

STUDIA I PRACE KOLEGIUM ZARZĄDZANIA I FINANSÓW

ZESZYT NAUKOWY 57



Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

Szkoła Główna Handlowa
Kolegium Zarządzania i Finansów
Katedra Prawa Gospodarczego

WOLNOŚĆ GOSPODARCZA

Wybrane zagadnienia prawne

pod red. Zygmunta Niewiadomskiego

RADA PROGRAMOWA
STUDIÓW I PRAC KOLEGIUM ZARZĄDZANIA I FINANSÓW

Jerzy Nowakowski (przewodniczący)
Anna Skowronek-Mielczarek (sekretarz)
Jan Adamczyk, Stefan Doroszewicz, Jan Kaja, Jan Komorowski
Tomasz Michalski, Janusz Ostaszewski, Piotr Płoszajski
Maria Romanowska, Lech Szyszko, Wojciech Wrzosek

Recenzent
Zbigniew Leoński

Redaktor
Ewa Tomkiewicz

© Copyright by Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, 2005

ISSN 1234-8872

Nakład 320 egzemplarzy



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:
Dom Wydawniczy ELIPSA,
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa
tel./fax 635 03 01, 635 17 85, e-mail: elipsa@elipsa.pl, www.elipsa.pl

SPIS TREŚCI

Od Komitetu Redakcyjnego	7
Wstęp	9
O pojęciu wolności działalności gospodarczej Krzysztof Jaroszyński	11
Wolność gospodarcza jako prawo podstawowe Unii Europejskiej Krzysztof Popowicz	32
Dopuszczalna ingerencja w wolność gospodarczą w świetle zasady proporcjonalności Tomasz Asman	70
Metody regulacji działalności przedsiębiorstw w sektorze energetycznym Paweł Grzejszczak	101
Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego a wolność gospodarcza Zygmunt Niewiadomski	117
Test inwestora prywatnego w orzecznictwie Komisji Europejskiej i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i jego znaczenie dla procesów restrukturyzacji niektórych przedsiębiorców w Polsce Krzysztof Wiater	125
Dopuszczalność stosowania zasady <i>złotego veta</i> w prawie polskim Rafał Parczewski	137
Monistyczny model ładu korporacyjnego w spółce europejskiej jako alternatywny system zarządzania i nadzoru w korporacji Tomasz Siemiątkowski	148

OD KOMITETU REDAKCYJNEGO

Oddajemy do rąk Czytelników kolejny, 57 zeszyt naukowy z serii „Studia i Prace” przygotowany w Kolegium Zarządzania i Finansów Szkoły Głównej Handlowej. Jest to zeszyt specjalny, który wpisuje się w uroczyste obchody Stulecia SGH zapoczątkowane w kwietniu 2005 roku.

W zeszycie zamieszczono artykuły pracowników Katedry Prawa Gospodarczego SGH. Stanowią one swoistą monografię dotyczącą swobody działalności gospodarczej w Polsce i dyskusji naukowej, która na ten temat toczy się zarówno w gronie ekonomistów, prawników, teoretyków, jak i praktyków gospodarczych.

Prezentowane wydawnictwo – podobnie jak poprzednie zeszyty z tej serii – ma zasięg europejski, gdyż wysyłane jest nie tylko do wszystkich bibliotek ekonomicznych w Polsce, ale również do ośrodków naukowych w Europie współpracujących z Kolegium Zarządzania i Finansów Szkoły Głównej Handlowej.

Wstęp

W dniu 2 lipca 2004 roku uchwalona została ustawa o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807) regulująca podejmowanie, wykorzystanie i kończenie działalności gospodarczej na terytorium RP. Przepisy tej ustawy, po latach poszukiwań modelu działalności zarobkowej w warunkach gospodarki rynkowej kształtują zasady kładące podwaliny pod docelowe rozwiązania prawne w tym zakresie, z naczelną zasadą – deklarowaną przez ustawodawcę już w nazwie ustawy – swobody działalności gospodarczej. Zasada ta stała się dla zespołu pracowników naukowych Katedry Prawa Gospodarczego Kolegium Zarządzania i Finansów Szkoły Głównej Handlowej punktem wyjścia do podjęcia badań nad instytucją wolności gospodarczej w prawie polskim. Efektem tych badań jest zbiór studiów z tego zakresu.

Zbiór otwierają rozważania na temat genezy i istoty wolności gospodarczej jako instytucji prawnej (mgr Krzysztof Jaroszyński). Mając na uwadze, iż instytucja ta na trwałe weszła do porządków prawnych współczesnych państw gospodarki rynkowej – przede wszystkim krajów UE, stając się tam prawem podstawowym – kolejne opracowanie poświęcone zostało tej właśnie problematyce (dr Krzysztof Popowicz). Traktowanie wolności gospodarczej nie tylko w kategoriach zasady prawnej, ale przede wszystkim publicznego prawa podmiotowego dało z kolei asumpt do rozważań nt. dopuszczalnej ingerencji w wolność gospodarczą w świetle zasady proporcjonalności leżącej u podstaw orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (mgr Tomasz Asman). Wolność gospodarcza nie jest wartością bezwzględną i jako taka doznaje ograniczeń. Przykładem jest sektor energetyczny, będący przedmiotem kolejnego opracowania (dr Paweł Grzejszczak). Jeszcze dalej ograniczenia te idą w przypadku podejmowania działalności gospodarczej przez jednostki samorządu terytorialnego. Stąd też kolejne opracowanie poświęcone został tej właśnie problematyce (prof. Zygmunt Niewiadomski). Wejście Polski do UE w nowym świetle stawia problem pomocy państwa w procesach restrukturyzacji przedsiębiorstw, stając się przedmiotem zainteresowania w opracowaniu na ten temat (dr Krzysztof Wiater). Zbiór studiów zamykają rozważania nt. dopuszczalności stosowania złotego weta w prawie polskim (mgr Rafał Parczewski) w świetle swobody działalności gospodarczej oraz artykuł o monistycznym modelu ładu korporacyjnego w spółce europejskiej (dr Tomasz Siemiątkowski).

Prof. Zygmunt Niewiadomski
Kierownik Katedry Prawa Gospodarczego

O pojęciu wolności działalności gospodarczej

Przedmiotem opracowania jest analiza pojęcia wolności działalności gospodarczej jako instytucji prawnej. Zostało ono podzielone na części odpowiadające najważniejszym kwestiom, pozwalającym na określenie zakresu znaczeniowego przedmiotowej wolności¹. Uwagi dotyczące rozumienia tego pojęcia rozmieszczone zostały na trzech płaszczyznach: doktrynalnej, ustrojowej i techniczno-prawnej (ustawowej). Zasadniczym celem opracowania jest przybliżenie zagadnienia oraz znalezienie wspólnego mianownika dla wolności gospodarczej, której nadaje się na każdym z tych poziomów różne znaczenie.

Wydaje się, że istnieje możliwość wyodrębnienia przynajmniej jednego jednolitego znaczenia wolności działalności gospodarczej, przenikającego zarówno unormowania konstytucyjne, ustawowe, jak i ich opis, leżący w sferze zainteresowań literatury przedmiotu. Opiera się ono na konstrukcji publicznego prawa podmiotowego. Dlatego też część opracowania – poświęcona omówieniu najważniejszych elementów, składających się na wolność gospodarczą jako na relację określonej treści, łączącą oznaczone podmioty ze wskazaną dziedziną – obejmuje rozważania dotyczące systemu prawa jako pewnej całości. Dalszym celem pracy jest wskazanie na kilka podstawowych zagadnień budzących wątpliwości w teorii i praktyce.

1. Pojęcie działalności gospodarczej dzieli los wszystkich sformułowań ogólnych, pozostając wieloznaczne i trudne do wyjaśnienia. Odnosi się ono do pewnej dziedziny aktywności społecznej, na którą składają się różne rodzaje zachowań i czynności wchodzące w zakres przedmiotowego pojęcia, nie dające się z góry zdefiniować i stwarzające trudności nawet przy próbie ich klasyfikacji. Komplikacje związane z poszukiwaniem precyzyjnego znaczenia *działalności gospodarczej* uwidaczniają się przede wszystkim w języku potocznym. *Działalność* – to *zespół czynności, działań, podejmowanych w jakimś celu, zakresie, czynny udział w czymś; działanie, praca*². Natomiast nie sposób przyporządkować w sposób jednoznaczny i stały pojęcia gospodarki (więc również i działalności odnoszącej się

¹ Praca została podzielona na części: 1) zawierającą ogólne uwagi dotyczące rozumienia wolności działalności gospodarczej, 2) poświęconą ujęciu doktrynalnemu tej wolności, 3) dotyczącą przekrojowej analizy tego pojęcia w oparciu o podział na podmiot, przedmiot i treść działalności, 4) obejmującą zarys regulacji konstytucyjnej, 5) zakończenia.

² Słownik języka polskiego, red., M. Szymczak, Wyd. Naukowe PWN, Warszawa.

do niej) do konkretnego desygnatu. Leksykalne wyjaśnienia „gospodarki” odnoszą się zasadniczo do czterech znaczeń. Po pierwsze, gospodarka jest rozumiana jako organizacja pewnego wycinka rzeczywistości (np. przemysłu, rolnictwa, handlu); w tym kontekście mówi się m.in. o gospodarce kapitalistycznej czy socjalistycznej. Po drugie, gospodarka jest rozumiana jako pewna struktura, ogół zakładów wytwórczych danego kraju lub dana dziedzina przemysłu, wytwórczości. Po trzecie, gospodarka jest utożsamiana z zarządzaniem, dysponowaniem czymś, np. materiałami czy pieniędzmi. Po czwarte, gospodarka pozostaje synonimem gospodarstwa rolnego³.

Na potrzeby tego opracowania pewną rolę mogą odegrać trzy pierwsze sposoby tłumaczenia pojęcia gospodarki, jako przedmiotu działalności człowieka. Warto zauważyć, że działalność gospodarza może być traktowana bądź to jako udział osoby ją prowadzącej w jakiejś organizacji lub strukturze (pierwsze i drugie znaczenie), bądź jako zarządzanie (dysponowanie) określonymi dobrami – przede wszystkim majątkiem.

Możliwość zminimalizowania trudności związanych ze znalezieniem znaczenia terminu działalności gospodarczej powstaje w momencie włączenia tego pojęcia do terminologii naukowej. Nauka nadaje różnym pojęciom specyficzne znaczenia, modyfikując ich potoczne rozumienie na własne potrzeby, stosując przy tym swoiste kryteria. Dzięki temu otrzymujemy terminologię odległą od języka potocznego, a zarazem spełniającą naukowe standardy precyzji. Nie sposób jednak – przynajmniej w naukach społecznych – całkowicie uwolnić się od potocznego znaczenia pojęć, stąd też niejasność przedmiotowego pojęcia wpływa na trudności z ich naukowymi definicjami (w ramach różnych nauk, ale także w obrębie jednej dziedziny nauki).

Działalność gospodarcza czy wolność działalności gospodarczej, jako zjawiska społeczne, są przedmiotem badań wielu nauk społecznych, związanych przede wszystkim z ekonomią i politologią, a także historią tych dziedzin. Szczególnie pojęcie wolności w tej sferze życia stało się przedmiotem badań i w większym stopniu przeszło z języka potocznego do języka nauki. Jest ono także właściwym przedmiotem niniejszych rozważań.

Omawiane pojęcia są inkorporowane do systemów prawnych państw europejskich i jako takie pozostają pojęciami języka prawnego, a za jego pośrednictwem – także nauki prawa. Nauka prawa zajmuje jednak uprzywilejowaną pozycję, ponieważ przedmiotem analizy czyni treść norm prawnych, które w dużej mierze opierają się na konwencji oraz na arbitralności prawodawcy. Przejawia się

³ Patrz: Słownik języka polskiego, s. 682 i 683.

to przede wszystkim w tworzeniu definicji legalnych, rozumianych jako konstrukcje przepisów⁴.

Swoboda ustawodawcy w nadaniu pojęciom normatywnej (a więc obowiązującej) treści jest znacząca. Stąd też terminologia, którą posługuje się prawoznawstwo, opierając się na treści normatywnej, nie potrzebuje nieraz innych kryteriów znaczeniowych niż wola prawodawcy. Z drugiej strony, występują jednak zjawiska ograniczające tę tendencję. Często definicje legalne – wbrew założeniu, które jest wpisane w ich istotę – nie wyjaśniają wiele, wprowadzają nawet nowe pojęcia niedookreślone do systemu prawa. Poza tym obowiązują one na potrzeby tylko określonego zespołu norm prawnych (najczęściej aktu, w którym zostały użyte), a przeniesienie ich znaczenia na użytek innych norm (akty prawne czy nawet cały system prawa) może ewentualnie nastąpić tylko w drodze stosownej wykładni. Dodatkowe trudności pojawiają się w przypadku, gdy ten sam termin występuje w normach prawnych różnego rzędu, szczególnie gdy weźmiemy pod uwagę poziom konstytucyjny i ustawowy. Taka właśnie sytuacja dotyczy wolności działalności gospodarczej, która jest w prawie RP pojęciem normatywnym.

Działalność gospodarcza jest terminem zdefiniowanym ustawowo, natomiast analiza pojęcia wolności w tej sferze pozostaje dziełem doktryny, a także orzecznictwa. Dzieje się tak, ponieważ znaczenie wolności jako prawa podmiotowego leży od dawna w kręgu zainteresowań nauki prawa i stosunkowo łatwo znaleźć w literaturze przedmiotu wyjaśnienie tego terminu⁵. Wolności w tym kontekście nadaje się sprecyzowane, jurydyczne znaczenie, w sposób jasny oddzielone od jej znaczenia przyjętego w języku potocznym. Nie można tego natomiast powiedzieć o działalności gospodarczej, która jako termin prawniczy nie doczekała się tak kompleksowej analizy w doktrynie. Pozostaje więc pojęciem doktrynalnie niedookreślonym. Przy jego rozumieniu dużą rolę będzie zatem odgrywać znaczenie potoczne, ewentualnie przyjęte w innych naukach. Dlatego też, przy współczesnych warunkach ustrojowych (wynikających z zasady demokratycznego państwa prawa, konieczności respektowania prawa i wolności obywatelskich), formułując konstrukcję ustawową przy użyciu pojęcia działalności gospodarczej, prawodawca jest skazany na każdorazowe formułowanie definicji legalnych. Wszelka reglamentacja (a w jej kontekście reguluje się przecież działalność gospodarczą) wymaga bowiem wyczerpujących, jasnych i precyzyjnych – w miarę możliwości – unormowań.

2. Pojęcie wolności działalności gospodarczej jest przykładem terminu doktrynalnego mogącego pochodzić wprost z porządku prawnego. Nie jest to jednak

⁴ Zob. Z. Cieślak, w: *Prawo administracyjne. Część ogólna*, red., Z. Niewiadomski, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2002, s. 82–83.

⁵ Zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 106–111.

warunek konieczny. Obecność tego pojęcia w języku prawnym nie jest warunkiem stosowania go przez jurysprudencję. Sama instytucja wolności działalności gospodarczej wchodzi często do systemu prawnego państw europejskich poprzez orzecznictwo. Analizując historię prawa i doktryn polityczno-prawnych, można rozważać problem, od kiedy należy mówić o pojawieniu się w rzeczywistości społecznej takiego zjawiska, jak wolność działalności gospodarczej i nie będzie to raczej moment włączenia go *expressis verbis* do regulacji prawnej⁶. Należy z związku z tym zwrócić uwagę na fakt, że pojęcie działalności gospodarczej odnosi się zawsze do określonego porządku prawnego (skonkretyzowanego w czasie i przestrzeni) funkcjonującego w określonym ustroju społeczno-gospodarczym. Oderwanie go od konkretnej rzeczywistości społecznej i normatywnej prowadzi do punktu wyjścia, czyli powrotu niesprecyzowanego znaczenia obecnego w języku potocznym.

Wątpliwe wydaje się zatem zbudowanie przez doktrynę uniwersalnej definicji działalności gospodarczej. Działalność gospodarza w swej istocie wiąże się bowiem ze zmiennymi warunkami faktycznymi – np. rozwojem technologii, pojawianiem się nowych zawodów i zanikiem niektórych profesji, zapotrzebowaniem na nowe surowce; w skrócie rzecz ujmując – z postępem (ewentualnie regresem) cywilizacyjnym. Przedmiot działalności gospodarczej jest nie tylko różnorodny, ale i zmienny. Stąd pojęcie działalności gospodarczej nie może mieć stałej treści, w oderwaniu od konkretnego ustroju funkcjonującego w danym miejscu i czasie. W konsekwencji wolność działalności gospodarczej również nie doczeka się pełnej definicji, a jedynie pewnych przybliżeń. Rozumienie tej wolności będzie się odnosić do definicji legalnych zawartych w obowiązujących regulacjach⁷. W literaturze podkreśla się, że wolność gospodarza funkcjonuje w ramach stworzonych przez ustawodawcę (oraz przez reguły rynku), pozostaje więc pojęciem względnym⁸.

Wolność działalności gospodarczej – zarówno w doktrynie, jak i w systemach normatywnych krajów europejskich – bywa określana przy użyciu różnych sformułowań, co w sposób oczywisty wiąże się z niedookreślonością tego pojęcia

⁶ Pierwotnie wolność gospodarza była pewną ideą ekonomiczną traktowaną jako element porządku naturalnego, pojawiająca się w opozycji do merkantylizmu i późniejszego protekcjonizmu państwowego. Rozwój jej zawdzięczamy w dużej mierze upowszechnieniu się poglądów J. Locke'a i W. Petty'ego, a także F. Quesnay'a. Pod wpływem ich myśli kształtował się XVIII i XIX wieczny liberalizm gospodarczy. Włącznie wolności działalności gospodarczej w poczet zasad ustrojowych nastąpiło już po ukształtowaniu się doktryny tej wolności, w okresie gdy ingerencja państwa w swobodę jednostki zaczęła się z powrotem nasilać – patrz C. Kosikowski, *Wolność gospodarza w prawie polskim*, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1995, s. 19–22.

⁷ Wpływ unormowań ustawowych na doktrynalne rozumienie wolności działalności gospodarczej jest widoczny w literaturze różnego pochodzenia – zob. C. Kosikowski, *Wolność gospodarza...*, s. 25–26.

⁸ C. Kosikowski, *Wolność gospodarza...*, s. 355.

i uzależnieniem go od regulacji prawnej. Na działalność gospodarczą składają się różnorodne aktywności podmiotów prawa. Ustawowe definicje mogą węższej lub szerzej obejmować zakres tej działalności. Wśród systemów prawnych europejskich charakterystycznym elementem różnicującym ich treść jest włączenie lub wyłączenie z nich wykonywania pracy najemnej oraz wolnych zawodów⁹. Poza tym, częstym zjawiskiem jest analiza treści wolności działalności gospodarczej w odniesieniu do innych praw i wolności, pozostających z nią w ścisłym związku. Dotyczy to w szczególności przypadków, gdy omawiana wolność nie należy do pojęć normatywnych, lecz jest wynikiem orzecznictwa i doktryny.

Brane są zatem pod uwagę przede wszystkim „wolność własności”, „wolność zarobkowania” (Austria)¹⁰, „wolność handlu i przemysłu” (Belgia¹¹, Francja¹²), „wolność przedsiębiorstwa” (Hiszpania¹³), „wolność zawodu” i „wolność przemysłowa” (Niemcy¹⁴). Podobnie, na prawach i wolnościach powiązanych, opierała się konstytucyjna regulacja kwestii wchodzących w zakres wolności działalności gospodarczej w przedwojennym prawie polskim¹⁵. Tradycyjnie elementem wspólnym, łączącym różne zakresy spraw będących przedmiotem wolności działalności gospodarczej, pozostaje zarobkowy charakter wykonywanej działalności¹⁶. Działalność gospodarcza jest współcześnie utożsamiana z aktywnością profesjonalną, nastawioną na efekt ekonomiczny i wyraźnie przeciwstawiana aktywności konsumenckiej. Rozróżnienie tych dwóch sfer uwidacznia się w polskim prawie prywatnym¹⁷ i jest obecne także na płaszczyźnie ustrojowej¹⁸. Taki charakter działalności gospodarczej nadają ustawowe elementy jej definicji¹⁹.

⁹ S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Zakamycze 2000, s. 182.

¹⁰ Tamże, s. 12–13.

¹¹ Tamże, s. 23–30.

¹² Tamże, s. 55–66.

¹³ Tamże, s. 67–74.

¹⁴ Pierwsza jako zasada konstytucyjna, druga jako ustawowa, tamże, s. 75 i n.

¹⁵ Tamże, s. 126–130.

¹⁶ Tamże, s. 182.

¹⁷ Wprowadzenie pojęcia przedsiębiorcy w KC oraz ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Istotne jest rozdzielenie jego statusu w systemie prawa od statusu pracownika – zob. C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza...*, s. 31–32.

¹⁸ Por. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29 kwietnia 2003 r. (SK 24/2002), OTK ZU Nr 4a z 2003 r., poz. 33. Trybunał stoi na stanowisku potrzeby rozdzielenia wolności działalności gospodarczej oraz wolności kontraktowej (swobody umów).

¹⁹ Por. art. 2 ust. 1 ustawy z 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm.) – działalność wykonywana w celu zarobkowym na własny rachunek, art. 2 ust. 1 ustawy z 19 listopada 1999 r. prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178) oraz art. 2 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807) – działalność zarobkowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły, zob. też art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej – definicja przedsiębiorcy (działanie na własny rachunek).

Różnorodność nazewnictwa jest spowodowana odmiennymi zakresami znaczeniowymi, jakie ustawodawca nadaje działalności gospodarczej. Nazewnictwo odzwierciedla tutaj ustawowy zakres tej działalności. Przedmiotem niniejszego opracowania nie jest szczegółowa analiza rodzajów tej działalności, stąd zróżnicowanie terminologiczne nie jest istotne. Na potrzeby opracowania wystarczy przyjąć najszerszą i najmniej precyzyjną zarazem nazwę: wolności (prowadzenia) działalności gospodarczej. Można używać jej w tym przypadku zamiennie z ustawowym pojęciem swobody działalności gospodarczej²⁰.

Na płaszczyźnie doktrynalnej i normatywnej wyróżnia się dwa znaczenia wolności działalności gospodarczej. Stanowi ona z jednej strony zasadę prawa, które powinno tworzyć ramy sprzyjające rozwojowi tej wolności, w tym kontekście mającej nie tylko znaczenie prawne, ale i ekonomiczne oraz polityczne. Z drugiej strony jest ona rozumiana jako prawo podmiotowe, określające status jednostki w danym ustroju²¹.

Pierwsze znaczenie jest istotne szczególnie przy procesie stanowienia prawa, a więc służy głównie opisowi norm konstytucyjnych. Wybiega ono także poza dziedzinę nauk prawnych, będąc w dużym stopniu przedmiotem zainteresowania innych dyscyplin. Drugie znaczenie leży przede wszystkim w kręgu zainteresowań prawników, ma również szersze zastosowanie w procesie stosowania prawa. Autorzy w większości koncentrują swoją uwagę na wolności gospodarczej jako prawie jednostki, deklarowanym w Konstytucji RP i konkretyzowanym w ustawach. Takie rozumienie jest także przyjęte dalej.

3. Na pojęcie wolności działalności gospodarczej należy spojrzeć jako na relację łączącą podmiot z pewną dziedziną. Składają się na nią trzy elementy: podmiot, któremu wolność przysługuje (pkt. B), dziedzina życia społeczno-gospodarczego, która została objęta tą wolnością (pkt. C) oraz treść relacji, która określa możliwości działania podmiotu w dziedzinie (pkt. A). Jeżeli ujmijemy ten schemat w kategoriach prawnych, to otrzymamy prawo podmiotowe, z którym związany jest szereg stosunków prawnych, określających prawa i obowiązki beneficjenta wolności oraz innych podmiotów prawa. Będą one wyznaczać, przede wszystkim, zakazy ingerowania w sferę wolności po stronie innych podmiotów niż uprawniony.

A. Największa jednomyślność we współczesnej doktrynie panuje w kwestii opisu treści relacji pomiędzy podmiotem uprawnionym a dziedziną swobody.

²⁰ W ustawie o swobodzie działalności gospodarczej art. 6 ust. 1 normujący prawo podmiotowe również posługuje się pojęciem wolności.

²¹ S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza...*, s. 179.

Składa się na nią charakter „wolności” przysługującej jednostce we współczesnych systemach prawa europejskiego. Chodzi o publiczne prawo podmiotowe o charakterze negatywnym, któremu towarzyszy obowiązek władzy publicznej nie naruszania swobody jednostki w sferze wolności gospodarczej²². Nie wynika ono zatem z prawa w znaczeniu przedmiotowym, ale jest przez nie gwarantowane i chronione.

Na poziomie konstytucyjnym wyznacza ono ramy, w których poruszać się może ustawodawca. Na poziomie ustawowym wskazuje granice działania jednostki i rygory, jakim jej czynności muszą być poddane. Nie jest to bowiem na żadnym z tych poziomów prawo absolutne. Z założenia podlega ograniczeniom ze względu na interes publiczny oraz prawa i wolności innych osób. Mechanizm ochrony interesu indywidualnego podmiotu powołującego się na wolność działalności gospodarczej polega na ustanowieniu swego rodzaju domniemania swobody działania beneficjenta²³. Tylko wyraźny przepis prawa pozwala na ingerencję w tę swobodę. Wykładnia takiego przepisu nie powinna mieć zasadniczo charakteru rozszerzającego, ponieważ ograniczenie jest wyjątkiem, którego nie można wyinterpretować. Ochrona prawna dotyczy zarówno wymiaru horyzontalnego, jak i wertykalnego oddziaływania wolności gospodarczej. W literaturze słusznie podkreśla się, że swoboda działalności gospodarczej obejmuje nie tylko wolność od ingerencji państwa w obszarze działalności ekonomicznej człowieka, ale i wolność od ingerencji i utrudnień ze strony innych jednostek²⁴.

Wolność gospodarcza jako konstytucyjne prawo jednostki jest źródłem zarówno zakazów, jak i nakazów pochodzących od państwa. Prawo stanowione powinno nie tylko respektować konstytucyjne przesłanki ograniczenia wolności gospodarczej poprzez minimalizację ingerencji publicznoprawnej w działania podmiotów gospodarczych, ale również w sposób aktywny kształtować instytucje chroniące m.in. uczciwą konkurencję, pewność obrotu gospodarczego, ochronę własności i innych praw powiązanych z działalnością gospodarczą, a także zapewniać środki ochrony interesu indywidualnego przed istniejącymi ingerencjami publicznoprawnymi. Realizacja wolności gospodarczej w rozumieniu Konstytucji obejmuje bowiem nie tylko regulacje ustawowe powiązane wprost z prowadzeniem działalności gospodarczej, ale także tworzące otoczenie prawne tych działań. Jeżeli np. zawodowa działalność budowlana jest kwalifikowana jako działalność gospodarcza, to zastrzeżenie przepisów prawa budowlanego, wydłużające proces

²² A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 8–12.

²³ Zob. T. Kocowski, w: *Administracyjne prawo gospodarcze*, Kolonia Limited 2003, s. 146.

²⁴ Zob. K. Pawłowicz, *Prawo człowieka do swobodnej działalności gospodarczej*, w: *Prawa człowieka w społeczeństwie obywatelskim*, A. Rzepliński, red., Warszawa 1994, s. 69 i n.

inwestycyjny, byłoby również wymierzone w wolność gospodarczą. Podobny skutek miałyby zmiany w przepisach podatkowych obciążające dodatkowo inwestorów.

Wolność gospodarcza na poziomie ustawodawstwa zwykłego tworzy faktyczny zakres obowiązywania swobody działalności gospodarczej (wraz z prawem unijnym oraz jego specyficznymi gwarancjami i wymaganiami²⁵). Przepisy wprowadzone w odpowiedniej procedurze do systemu prawa i odpowiadające konstytucyjnym standardom ochrony praw jednostki wyznaczają treść wolności gospodarczej. Uprawniony może powoływać się na swoje prawo podmiotowe w granicach wyznaczonych przez normy prawne i tylko w tych granicach wolność gospodarcza pozostaje nienaruszalna. We współczesnym państwie istnieje znacząca i wciąż wzrastająca liczba norm materialnoprawnych oraz proceduralnych, regulujących bezpośrednio lub pośrednio warunki prowadzenia działalności gospodarczej. Rozrastająca się regulacja jest tylko jedną z przyczyn zagrożeń dla obecnego zakresu wolności gospodarczej oraz trudności związanych z opisem i systematyzacją unormowań prawnych w tym zakresie (a warto zauważyć, że trudności doktrynalne idą często w parze z rzeczywistymi). Inne przyczyny wynikają m.in. z niskiego poziomu legislacyjnego, a także z rozdrobnienia istniejących rozwiązań i rozproszenia ich w systemie prawa²⁶.

Nie jest możliwe określenie *a priori* katalogu uprawnień podmiotu korzystającego z wolności gospodarczej. Nie miałby on z założenia charakteru zamkniętego i rządziłby się zasadą domniemania swobody działania. Uwaga ta dotyczy zarówno unormowań konstytucyjnych, jak i ustawowych. Jest natomiast teoretycznie możliwe stworzenie listy ograniczeń (zakazów i nakazów) skierowanych do podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Odpowiadałby jej zbiór dozwolonych przez prawo ingerencji ze strony władzy publicznej lub innych podmiotów. Byłby to katalog zamknięty, złożony ze ściśle określonych sytuacji, interpretowanych jako wyjątki od reguły. Taki katalog stanowiłby obraz aktualnie obowiązujących przepisów, będących podstawą do ingerencji. Biorąc pod uwagę częste zmiany w tej gałęzi prawa, szybko by się zdezaktualizował i nie posiadałby większego znaczenia poznawczego. Taki katalog można zbudować tylko w oparciu o obowiązujące przepisy prawa powszechnie obowiązującego, głównie ustaw krajowych i regulacji unijnych. Na szczeblu konstytucyjnym oczywiście nie byłoby to możliwe, ponieważ ustawa zasadnicza wprowadza jedynie wytyczne co do identyfikacji

²⁵ Zob. szerzej K. Sobczak, *Działalność gospodarcza. Uregulowania prawne*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2001, s. 120 i n.

²⁶ Tendencją we współczesnych państwach europejskich jest zmniejszanie roli ustaw ogólnych o prowadzeniu działalności gospodarczej na rzecz rozwiązań szczegółowych dotyczących poszczególnych gałęzi gospodarki i rodzajów działalności. Do tego dochodzi także rozbudowana regulacja reglamentacyjna przewidziana przez prawo wspólnotowe – zob. szerzej K. Sobczak, *Działalność gospodarcza...*, s. 120.

cji i realizacji interesu publicznego oraz przesłanki ograniczeń praw i wolności, pozostawiając ustawodawcy skonkretyzowanie treści wolności gospodarczej.

Nie tworząc katalogu uprawnień podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, można próbować wskazać na rodzaje działań podejmowanych w różnych jej dziedzinach. Te działania tworzą podstawowe grupy uprawnień składających się na prawo podmiotowe. Stanowią one zarazem główny przedmiot ingerencji w swobodę działalności gospodarczej.

Podział uprawnień związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej na grupy pozostaje przedmiotem sporu w doktrynie. Niektórzy ograniczają się do wskazania dosyć ogólnego podziału czynności związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej na podejmowanie (wolność wyboru) i prowadzenie (wykonywanie) tej działalności²⁷. W literaturze są także spotykane podziały idące dalej. Kontrowersyjna pozostaje w związku z tym problematyka określenia istotnych elementów konstrukcji pojęcia działalności gospodarczej. Uwidaczniają się poglądy sprzeciwiające się ograniczaniu zakresu działalności gospodarczej do jej podejmowania, a nawet akcentujące szczególną rolę dalszych elementów tego pojęcia – swobody organizacji i samodzielności w prowadzeniu działalności gospodarczej²⁸. Podkreśla się przy tym, że wybór rodzaju działalności jest dopiero początkiem korzystania ze swobody działalności gospodarczej, która pozostałaby iluzoryczna bez elastycznych regulacji dotyczących wyboru prawno-organizacyjnych form prowadzenia działalności oraz zasięgu i intensywności ingerencji publicznoprawnych związanych z prowadzeniem określonego rodzaju działalności.

Swoboda podejmowania działalności gospodarczej oznacza sytuację, w której istnieje wybór szerokiej gamy dziedzin, które można objąć działalnością gospodarczą, a całkowity zakaz, koncesjonowanie czy wydawanie zezwoleń będzie uzasadnionym wyjątkiem²⁹. Oznacza ona również brak nadmiernego rygору do-

²⁷ Zgodnie z nomenklaturą przyjętą w poprzednim, stanie prawnym. Aktualnie obowiązująca ustawa o swobodzie działalności gospodarczej posługuje się pojęciami podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej (art. 1 i art. 6 ust. 1). Por. S. Biernat, A. Wasilewski, Ustawa o działalności gospodarczej. Komentarz, Zakamycze, Kraków 1997, s. 27 i n.

²⁸ Taki pogląd prezentuje C. Kosikowski, Wolność gospodarcza..., s. 32.

²⁹ Regulacja administracyjna podejmowania działalności może ograniczać się do obowiązku rejestracji (w KRS lub EDG zgodnie z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej), a może w uzasadnionych przypadkach mieć charakter reglamentacyjny. Istnieją w tym ostatnim przypadku zasadniczo cztery możliwości: 1) działalność określonego typu jest dozwolona, ale wymaga zezwolenia, które otrzymuje się przy spełnieniu ustawowych wymagań, 2) działalność jest generalnie zakazana, ale organ może zezwolić na jej prowadzenie w ramach uznania administracyjnego, 3) działalność jest zastrzeżona dla podmiotów publicznych, które mogą jednak dopuścić do niej inne podmioty – koncesje *sensu stricto*, 4) przepisy ustanawiają lub pozwalają na objęcie monopolem prawnym określonej działalności na rzecz określonego podmiotu lub ich grupy bez możliwości upoważnienia przez te podmioty innych osób do wykonywania działalności. Zob. S. Biernat, A. Wasilewski Ustawa..., s. 30–31. Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej nie dotyczy działalności sprzecznej z porządkiem prawnym, np. sutenerstwa.

tyczącego formalności związanych z podejmowaniem działalności określonego rodzaju – co dotyczy także dostępności form organizacyjno-prawnych, w których można prowadzić działalność, ale też administracyjnej kontroli wykonywania samej działalności.

Oprócz tych trzech podstawowych elementów składających się na prawa podmiotu gospodarczego (przedsiębiorcy), wymienia się jeszcze dodatkowe swobody. Są to: swoboda konkurencji (brak nieuczciwych praktyk na rynku, w tym monopolistycznych), swoboda zbywania towarów i usług, w tym kształtowania cen, swoboda decydowania o sposobie zaangażowania kapitału, swoboda w zakresie zatrudnienia, swoboda w zakresie decydowania o sposobie prowadzenia działalności, zmiany jej profilu, czasie jej trwania.

Podstawowe ograniczenia w zakresie tych sfer wolności wprowadza prawo publiczne, a także normy prywatnoprawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym³⁰.

B. Następnym elementem konstrukcji pojęcia wolności działalności gospodarczej, po określeniu treści samej relacji, jest wskazanie podmiotu, któremu wolność przysługuje. Zarówno na płaszczyźnie konstytucyjnej, jak i ustawowej, brakuje wyraźnych przeciwwskazań do objęcia swobodą gospodarczą szerokiej grupy podmiotów prawa. Działalność gospodarczą wykonują w ramach tej wolności nie tylko osoby fizyczne, ale także osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, lecz korzystające ze zdolności prawnej, w związku z czym mogące prowadzić działalność gospodarczą we własnym imieniu³¹. Dotyczy to ustawowego ujęcia wolności gospodarczej, ale nie wyklucza się tutaj stosowania również norm konstytucyjnych.

Adresatami konstytucyjnych praw i wolności są zasadniczo osoby fizyczne, lecz jeżeli natura prawa lub wolności na to pozwala, mogą się powoływać na nią również inne podmioty przewidziane w normach prawnych, stanowiące różne formy organizowania się osób fizycznych³² i przez to korzystające pośrednio z konstytucyjnych praw tych osób³³. Wolność gospodarcza w danym systemie prawa krajowego przysługuje jego obywatelom, ale coraz częściej obejmuje ono także

³⁰ Za M. Zdybem, *Publiczne prawo gospodarcze*, Zakamycze 1998, s. 80–81.

³¹ Por. art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

³² Choć nie koniecznie w oparciu o substrat osobowy – podmioty, których byt prawny oparty jest na substracie majątkowym też wchodzi w grę.

³³ W literaturze podkreśla się możliwość korzystania w niektórych przypadkach z konstytucyjnych praw i wolności przez inne podmioty niż osoby fizyczne, np. przy spełnieniu przesłanki „odpowiedniości” pomiędzy charakterem takiego podmiotu a charakterem prawa – tak B. Banaszak, J. Boć i M. Jabloński, w: *Konstytucje Rzeczypospolitej...*, s. 143.

cudzoziemców³⁴. Istnieją poglądy, zgodnie z którymi zakres podmiotowy wolności gospodarczej należy rozszerzać także na podmioty publiczne, np. państwo³⁵. Inne natomiast ograniczają krąg beneficjentów wolności gospodarczej do podmiotów prywatnych lub tylko osób fizycznych³⁶. Warto zaznaczyć, że Trybunał Konstytucyjny³⁷ odmówił podmiotom publicznym prawa powoływania się na konstytucyjną zasadę wolności gospodarczej. Nie rozstrzygając tej kwestii definitywnie, można się ograniczyć w tym miejscu do stwierdzenia, że nie ma sprzeczności w twierdzeniu, że możliwe jest prowadzenie działalności gospodarczej w ramach ustawowego przyzwolenia, nie tylko w oparciu uznaną prawnie wolność.

Kwestia podziału podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na te, które czynią to, realizując publiczne prawo podmiotowe o charakterze negatywnym i te, które tylko korzystają z pewnej grupy uprawnień związanych z prowadzeniem tej działalności, pozostaje sporna. Praktyczne znaczenie rozstrzygnięcia tego problemu sprowadza się do określenia zakresu intensywności ochrony przedsiębiorcy w procesie stanowienia i stosowania prawa, zależnie od jego charakteru prawnego. W każdym razie wydaje się, że przepisy ustawowe obejmują wolnością gospodarczą przynajmniej wszystkie podmioty prywatne³⁸.

Należy także postulować, aby w świetle Konstytucji objąć wolnością gospodarczą jednostki organizacyjne posiadające i nie posiadające osobowości prawnej, które korzystają w tym względzie z umocowania osób fizycznych, które je tworzą. W ramach konstytucyjnej wolności gospodarczej mieści się na pewno wybór formy organizacyjno-prawnej prowadzenia działalności. Stworzenie czy przystąpienie w tym zakresie, np. do osoby prawnej, nie uszczupla na pewno pozostałych elementów swobody gospodarczej, których ochrony może domagać się sama jednostka organizacyjna. Wydaje się także, iż niekonsekwencją byłoby uznanie, że konstytucyjna wolność gospodarcza pozostaje pojęciem jakościowo różnym od wolności gospodarczej występującej jako prawo podmiotowe chronione przez ustawy. Konstytucyjna treść tej wolności jest o wiele szersza, w dużym stopniu nieodokreślona – pozostawiona do skonkretyzowania ustawodawcy, ale należy stwierdzić, że chodzi o to samo prawo podmiotowe, które deklaruje ustawodawca. Byłoby ono częścią naszego porządku prawnego, nawet gdyby go nie deklarował. Nie wydaje się więc właściwe stanowisko ograniczające normy konstytucyjne do roli

³⁴ Państwa członkowskie UE zobowiązane są do zapewnienia wolności zakładania przedsiębiorstw obywatelom i spółkom innych państw członkowskich na takich samych zasadach jak własnym (art. 43 i n. TWE).

³⁵ Tak C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza...*, s. 33.

³⁶ Zob. S. Biernat, A. Wasilewski, *Ustawa o działalności...*, s. 33 i n.

³⁷ Wyrok TK z 26 października 1993 r. (U15/92), OTK 1993 r. cz. II, poz. 36.

³⁸ Art. 6 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

wzorca dla ustawodawcy, zwłaszcza w świetle zasady bezpośredniego stosowania Konstytucji.

C. Trzecim elementem składającym się na wolność działalności gospodarczej jest sama dziedzina, której wolność się realizuje. Tak jak to było powiedziane wcześniej, stanowi ona najbardziej płynną część pojęcia wolności działalności gospodarczej, zależnej w największym stopniu od aktualnie obowiązujących rozwiązań ustawowych. Analiza sfer życia społeczno-gospodarczego, które są objęte zbiorczą nazwą działalności gospodarczej, przekracza ramy opracowania. Normatywne znaczenie działalności handlowej, wytwórczej, produkcyjnej czy usługowej powinno być raczej przedmiotem komentarza do ustawy. W tym miejscu należy ograniczyć się do wskazania podstawowego problemu związanego z ustawowym sprecyzowaniem rodzajów działalności, mianowicie: czy w systemie prawa działalnością gospodarczą pozostaje tylko działalność w ten sposób zakwalifikowana przez ustawodawcę czy też inne rodzaje działalności.

Odpowiedzi wymaga więc pytanie, czy w przypadkach wyłączonych z zakresu stosowania ustawy ogólnie regulującej działalność gospodarczą i wprowadzającej jej definicję, podmioty prawa mogą skutecznie powoływać się na wolność gospodarczą. W związku z przekonaniem o konieczności poszerzenia ochrony jednostki w drodze interpretacji przypadków wątpliwych na jej korzyść – a także w świetle wcześniejszych wywodów dotyczących umocowania prawa podmiotowego w samej Konstytucji, która jest konkretyzowana poprzez całokształt ustawodawstwa, nie tylko przez ustawy kluczowe w jakiejś dziedzinie prawa – należy na to pytanie odpowiedzieć twierdząco. Nie ma potrzeby badania, czy wolność gospodarcza deklarowana ustawowo została wprowadzona tylko na potrzeby stosowania konkretnej ustawy, ponieważ prawo podmiotowe określające swobodę gospodarczą pozostaje i tak częścią porządku prawnego z mocy Konstytucji. Ustawową deklarację o wolności podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej można traktować jako odesłanie systemowe.

Warto dodać, że interpretacja tego, czym jest działalność gospodarcza w rozumieniu ustawy, również powinna być szeroka, a poszczególnych dziedzin wskazanych w definicji legalnej nie sposób traktować jako odesłań do innych przepisów prawa (jest to możliwe co najwyżej przy pojęciu działalności budowlanej). Dziedziny te pozostają jednak co do zasady prawnie niedookreślone, stąd podkreśla się, że wyczerpują one właściwie wszystkie przejawy działalności człowieka. Co więcej, wiele z nich można przyporządkować do więcej niż jednej dziedziny wskazanej w ustawowej definicji³⁹. Należy także przypomnieć w tym miejscu

³⁹ Por. S. Biernat, A. Wasilewski, *Ustawa o działalności...*, s. 43.

o przesłankach kwalifikujących działalność podejmowaną we wskazanych dziedzinach jako działalność profesjonalną⁴⁰.

Ograniczenia ustawowe wolności działalności gospodarczej w zakresie dziedzin, w których jest ona wprowadzona, polegają na wyłączeniu niektórych z nich jako sprzecznych z porządkiem prawnym oraz na zarezerwowaniu innych na rzecz określonej grupy podmiotów i ewentualnego dopuszczania do takiej działalności pozostałych osób w drodze specjalnego przyzwolenia. Innym, najczęstszym przykładem ograniczeń jest generalne zachowanie zasady wolności w jakiejś dziedzinie, lecz dopuszczenie do wykonywania działalności dopiero w momencie spełnienia warunków określonych prawem. Dzieje się to w formie wydawania pozwoleń, których uzyskanie stanowi także publiczne prawo podmiotowe przedsiębiorcy (zob. przypis 28).

W literaturze spotyka się różne klasyfikacje ograniczeń w zakresie korzystania z wolności gospodarczej. Najczęściej wspomina się o ograniczeniach przedmiotowych (dotyczących dziedzin gospodarki, w których wolność przysługuje) oraz ograniczeniach podmiotowych (związanych ze specyficznymi cechami przedsiębiorcy, najczęściej jednak w związku z przedmiotem działalności). Ograniczenia dzieli się także na wewnętrzne, obejmujące czynności związane z prowadzeniem samej działalności gospodarczej, uzależnione od jej rodzaju, stanowiące jej immanentną cechę (regulujące tę działalność) oraz ograniczenia zewnętrzne, determinowane prawami i wolnościami innych osób czy wartościami wysoko cenionymi z zakresu interesu publicznego, których ochrona jest wymagana przy wykonywaniu działalności gospodarczej⁴¹.

4. Dla pełności obrazu niezbędne jest odniesienie się do ustrojowych podstaw swobody gospodarczej. Problematykę tę można podzielić na regulację pozytywną, stanowiącą o tym, czym jest omawiana swoboda (pkt. A), oraz regulację negatywną, która określa przesłanki jej ograniczania (pkt. B).

A. Konstytucja RP odwołuje się do wolności działalności gospodarczej w przepisach rozdziału I „Rzeczpospolita”, zawierającego podstawowe zasady ustrojowe, na których opiera się system prawny naszego państwa. Art. 20 ustawy zasadniczej stanowi, że społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności

⁴⁰ Chodzi o elementy zarobkowej działalności, prowadzonej w sposób zorganizowany i ciągły. Przyjmuje się, że działalność gospodarcza cechuje zawodowy charakter, powtarzalność podejmowanych działań, uczestnictwo w obrocie gospodarczym, podporządkowanie regułom rynku, przy czym zawęża się zakres stosowania definicji do stosowania ustawy na użytek, której została skonstruowana. Zob. szerzej: W. Kubala, Komentarz do ustawy prawo działalności gospodarczej, C.H. BECK 1999, s. 43 i n.

⁴¹ S. Biernat, A. Wasilewski, Wolność gospodarcza..., s. 180–181.

gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych, stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie zaś z art. 22 Konstytucji, ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Powstaje pytanie, czy konstytucyjna wolność działalności gospodarczej to tylko jeden z fundamentów ustroju społeczno-gospodarczego, określonego jako społeczna gospodarka rynkowa, którego wprowadzenie i utrzymanie jest zadaniem ustawodawcy, czy również stanowi ona jedno z praw i wolności obywatelskich, na które może się powoływać jednostka wobec państwa dla ochrony swoich interesów. Wątpliwości co do uznania ostatniej tezy budzi brak jednoznacznego sformułowania ustrojodawcy, które przypisywałoby wolność gospodarczą jednostce, a także umiejscowienie przepisów regulujących ją wśród zasad ustrojowych, przy pominięciu jej w rozdziale II Konstytucji RP „Wolności, Prawa i Obowiązki Człowieka i Obywatela” (podczas gdy własność, prócz unormowania w art. 20 i 21, jest także wyraźnie określona jako prawo człowieka w art. 64).

Wbrew powyższym argumentom należy jednak uznać wolność działalności gospodarczej za prawo podmiotowe, na które może powoływać się każdy adresat konstytucyjnych praw i wolności. Nie ma bowiem żadnego uzasadnienia dla ograniczania katalogu praw i wolności tylko do rozdziału II Konstytucji RP. Ustawa zasadnicza wolność człowieka uznaje za podstawową zasadę ustroju i systemu prawnego RP – **wolność człowieka, jako stan mu przyrodzony, podlega ochronie prawnej** (zob. art. 20, 30, 31 ust. 1, a także: Preambuła). Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje (art. 31 ust. 2). Ograniczanie praw i wolności stanowi wyjątek od reguły (art. 31 ust. 3). Sytuacja jednostki pozostaje w przeciwieństwie do sytuacji organów władzy publicznej, które działają tylko na podstawie i w granicach prawa (art. 7). Stąd też w razie trudności z interpretacją językową przepisów Konstytucji, należy przyjąć rozwiązanie korzystne dla jednostki – ograniczeń nie wolno domniemywać.

Należy także zauważyć, że nie ma wolności gospodarczej bezpodmiotowej. Stąd koncepcja ograniczająca rolę art. 20 i uzupełniającego go art. 21 do wskazania powinności państwa w zakresie utrzymania pewnej formy ustrojowej w odezwaniu od praw podmiotowych jest nie do utrzymania⁴². Na takim stanowisku stoi także Trybunał Konstytucyjny, podkreślając dwojaki charakter wolności działalności gospodarczej – jako zasady ustrojowej oraz podstawy formułowania praw podmiotowych, których doszukiwać się możemy także poza rozdziałem II Konstytucji

⁴² Por. analogiczne rozumowanie odnoszące się do własności – B. Banaszak, Konstytucyjne prawo do własności, w: Konstytucyjne podstawy systemu prawa, red., M. Wyrzykowski, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2001, s. 28.

tucji RP⁴³. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zaznacza się przy tym, że przepisy rozdziału I mają zastosowanie do praw i wolności jednostki wtedy, gdy określone sprawy nie są uregulowane w rozdziale II albo gdy z przepisów rozdziału I wynika zamiar wprowadzenia odmiennych regulacji dotyczących praw i wolności człowieka (a zatem unormowania zawarte w rozdziale I mają charakter subsydiarny wobec rozdziału II w zakresie regulacji praw i wolności)⁴⁴.

Warto również dodać, że wolność działalności gospodarczej pozostaje w ścisłym związku z niektórymi innymi prawami podmiotowymi pozostającymi w sferze regulacji konstytucyjnej. Dotyczy to głównie art. 64 ust. 1 i ust. 2 (prawo do własności) oraz art. 65 ust. 1 Konstytucji (wolność wykonywania zawodu). Zakresy przedmiotowe swobody wyboru i wykonywania zawodu oraz wolności gospodarczej mogą bowiem pokrywać się; w niektórych państwach europejskich tak właśnie się dzieje⁴⁵. Nie ulega również wątpliwości ścisły związek pomiędzy wolnością działalności gospodarczej a prawem własności, nie tylko na płaszczyźnie ustrojowej (art. 20 Konstytucji), ale także podmiotowej.

Przyznanie jednostce wolności w sferze gospodarczej jest konsekwencją i uzupełnieniem zagwarantowania jej praw majątkowych. Pełne korzystanie z tych praw wymaga dopuszczenia uprawnionego do uczestnictwa w gospodarce. Fakt ten podkreśla także Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając, że wolność działalności gospodarczej może się manifestować również przez działania, które z punktu widzenia ochrony konstytucyjnej stanowią realizację innych wolności i praw poręczonych przez Konstytucję⁴⁶. Może więc wystąpić konieczność badania przepisów ustawowych, regulujących działalność gospodarczą także w odniesieniu do innych unormowań konstytucyjnych niż te, które wprost odnoszą się do wolności działalności gospodarczej⁴⁷.

⁴³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29 kwietnia 2003 r. (SK 24/2002), OTK ZU Nr 4a z 2003 r., poz. 33. Rozumienie wolności działalności gospodarczej jako z jednej strony prawa przedmiotowego, z drugiej zaś jako prawa podmiotowego uartało się w kulturze prawnej państw europejskich – zob. S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza...*, s. 179.

⁴⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29 kwietnia 2003 r. (SK 24/2002), OTK ZU Nr 4a z 2003 r., poz. 33.

⁴⁵ Zob. S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza...*, s. 182.

⁴⁶ Tu w kontekście związku pomiędzy wolnością działalności gospodarczej a swobodą umów, zasadniczo wynikającą z art. 31 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji RP – Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29 kwietnia 2003 r. (SK 24/2002), OTK ZU Nr 4a z 2003 r., poz. 33.

⁴⁷ Podobnie w oparciu o inne wolności, których zakres pokrywa się z wolnością działalności gospodarczej, należy doszukiwać się jej ochrony w międzynarodowych standardach prawa człowieka, w szczególności istotna tu będzie ochrona własności, wyboru miejsca zamieszkania oraz zatrudnienia (Powszechna Deklaracja Praw Człowieka), prawo korzystania ze wszystkich praw gospodarczych, prawo do pracy, prawo do pełnego i swobodnego posiadania i użytkowania (Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych), swoboda poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania (Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych) oraz prawo własności chronionego przez Protokół I do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Jaka jest zatem konstytucyjna treść wolności działalności gospodarczej? Punktem wyjścia jest stwierdzenie, że jako prawo podmiotowe o charakterze wolnościowym wyznacza ono sferę swobody adresatów. Jak już była o tym mowa – oznacza ono zakaz ingerencji władzy publicznej, na który jednostka może się skutecznie powoływać, zarówno kwestionując proces stanowienia prawa (poprzez skargę konstytucyjną), jak i jego stosowania (np. poprzez odwołania od decyzji czy skargi do sądów administracyjnych).

Ustawodawca powinien kształtować porządek prawny, realizując zasadę społecznej gospodarki rynkowej (art. 20) oraz ingerować w sferę praw i wolności w sposób zgodny z przesłankami ich ograniczeń (art. 31 ust. 3). Pamiętając o zasadzie bezpośredniego stosowania Konstytucji (art. 8 ust. 2), należy uznać, że wolność działalności gospodarczej pozostaje nie tylko ustrojowym wzorcem dla ustawodawcy, ale także wytyczną skierowaną do organów stosujących prawo. Trzeba bowiem postulować, aby przypadki wymagające interpretacji norm prawnych, były rozstrzygane z uwzględnieniem wolności działalności gospodarczej jako elementu składającego się na interes prawny jednostki. Skoro wolność jest zasadą a ograniczenie jej wyjątkiem, to należy domniemywać w procesie wykładni prawa regulację korzystną dla jednostki. Oczywiście, w konkretnym przypadku mogą się pojawić inne normy chroniące np. interes publiczny, które przeważą szalę interpretacji na rzecz ograniczeń. Istnieje jednak w polskim systemie prawnym zasada, że nie można *a priori* zakładać prymatu interesu publicznego nad indywidualnym⁴⁸ (zob. wcześniejsze uwagi na temat umocowania wolności gospodarczej jako prawa podmiotowego wprost w przepisach Konstytucji RP).

Analiza treści pojęcia *wolności działalności gospodarczej* w ujęciu Konstytucji przynosi podobne wyniki jak analiza doktrynalna. Stąd istota, zakres i podziały odnoszące się do wolności działalności gospodarczej jako pojęcia teoretycznego znajdują zastosowanie także do konstytucyjnego znaczenia tej wolności. Ustawa zasadnicza, ustanawiając podstawy pewnych instytucji prawnych, które wymagają dopiero ustawowej konkretyzacji, posługuje się sformułowaniami ogólnymi, zaczerpniętymi z dorobku nauki, istniejących doktryn politycznych oraz ideologii. Użytemu w Konstytucji pojęciu wolności gospodarczej należy zatem przypisać znaczenie podane powyżej, przy okazji rozważań nad doktrynalnym ujęciem przedmiotowej wolności.

⁴⁸ Zob. np. wyrok NSA z dnia 17 czerwca 1996 r. (IV SA 578/96), „Palestra” Nr 3–4 z 1997 r., s. 236. por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 r. (K 2/02), OTK ZU Nr 1 z 2003 r., poz. 4 oraz uchwała składu 7 sędziów SN z 10 stycznia 1990 r. (III CZP 97/89), OSN z. 6 z 1990 r., poz. 74 (zasada *in dubio pro libertate* na rzecz podmiotu gospodarczego).

B. Z ustrojowego punktu widzenia tak rozumiana wolność działalności gospodarczej nie ma zatem również charakteru absolutnego⁴⁹, co więcej – w jej istotę wpisane są pewne ograniczenia (wynikające chociażby stąd, że niektóre rodzaje działalności są sprzeczne z samą Konstytucją). Trybunał Konstytucyjny uznał, że ograniczenia ustawowe wolności działalności gospodarczej mogą sięgać dalej niż ograniczenia innych praw i wolności, w szczególności osobistych i politycznych⁵⁰. Należy to wiązać ze szczególnym powiązaniem tej wolności z interesami innych osób oraz z interesem publicznym. Na tym tle pojawia się problem określenia konstytucyjnych przesłanek ingerencji ustawodawcy w konstytucyjną wolność działalności gospodarczej.

Problematyczna jest relacja pomiędzy art. 31 ust. 3 oraz art. 22 Konstytucji. Istnieją przynajmniej trzy kierunki wykładni w tej kwestii. Pierwszy opiera się na uznaniu, że art. 31 ust. 3 odnosi się do wszystkich praw i wolności konstytucyjnych, a zatem także tych, które pozostają uregulowane poza rozdziałem II Konstytucji, przy czym przejmuje on w całości na siebie regulację kwestii ograniczeń. Przepis ten dotyczy w konsekwencji także wolności działalności gospodarczej. Natomiast art. 22 tylko odsyła do tego przepisu i stanowi uzupełnienie gwarancji tej wolności zawartej w art. 20 Konstytucji. Nie wpływa on w żaden sposób na zastosowanie art. 31 ust. 3.

Drugi kierunek opiera się na przypisaniu normie zawartej w art. 22 charakteru konstytucyjnego w zakresie tworzenia przesłanek ograniczeń wolności gospodarczej i w rezultacie na stwierdzeniu, że jako przepis szczególny wyłącza on stosowanie przepisu ogólnego (tj. art. 31 ust. 3).

Trzecia droga wykładni ma charakter kompromisowy i przyjmuje część założeń pierwszego i drugiego sposobu wykładni. Mianowicie art. 31 ust. 3 stosuje się do wszystkich praw i wolności, przy założeniu, że roli art. 22 nie powinno sprowadzać się tylko do odesłania. Interpretacja ta prowadzi do wniosku, że oba przepisy należy zastosować jednocześnie. Oznacza to, że unormowanie art. 22 modyfikuje reguły określone w art. 31 ust. 3. Modyfikacja ta, zgodnie z wykładnią językową, poszerza katalog celów, na które powinien powołać się ustawodawca, ograniczając przedmiotową wolność – zamiast wymienionych w art. 31 ust. 3 wchodzi w grę szersze pojęcie ważnego interesu publicznego⁵¹.

⁴⁹ Zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 czerwca 2003 r. (SK 21/03), OTK ZU Nr 6 z 2004 r., poz. 56.

⁵⁰ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 kwietnia 1998 r. (K. 10/97), OTK ZU Nr 3 z 1998 r.

⁵¹ Istnieje także możliwość zinterpretowania pojęcia ważnego interesu publicznego jako kategorii zawierającej wartości wskazane w art. 31 ust. 3, czyli każda z tych wartości musiałaby spełnić wymóg „ważności”, aby stanowić podstawę ograniczeń wolności działalności gospodarczej. Wykładnia taka byłaby jednak problematyczna z punktu widzenia językowego oraz celowościowego, bo prowadziła by do wniosku, że wolność gospodarcza cieszy się intensywniejszą ochroną niż np. prawa osobiste.

Wydaje się, że trzeba przyjąć właśnie trzeci sposób wykładni. Nie należy bowiem w drodze interpretacji prawa (w tym Konstytucji) uszczuplać ochrony praw jednostki przez wyłączenie stosowania art. 31 ust. 3, gdzie przesłanki ograniczeń w zakresie korzystania z praw i wolności są określone w sposób kompleksowy⁵². Należy jednak zgodzić się ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, że wolność działalności gospodarczej nie podlega aż tak intensywnej ochronie, jak prawa i wolności polityczne czy osobiste. Dlatego też właściwe wydaje się uznanie art. 22 Konstytucji za przepis otwierający szersze możliwości ingerencji ustawodawcy w omawianą wolność⁵³.

Przesłanki ograniczeń w zakresie korzystania z wolności gospodarczej przez podmioty prawa mają charakter formalny (muszą być wprowadzone w drodze ustawy) oraz materialny. Te ostatnie opierają się na pojęciach niedookreślonych, będących przedmiotem oceny w oparciu o znajomość konkretnych potrzeb faktycznych, związanych z funkcjonowaniem państwa (ważny interes gospodarczy i istota praw i wolności⁵⁴). Oceny tej dokonuje przede wszystkim władza ustawodawcza i Trybunał Konstytucyjny. Mamy tu do czynienia z pojęciem ważnego interesu publicznego, który może przybrać formę jednej z wartości określonych w art. 31 ust. 3, lecz nie musi.

Ograniczenie w zakresie korzystania z wolności działalności gospodarczej powinno nastąpić tylko w celu ochrony prawidłowo zidentyfikowanego interesu publicznego o wysokim stopniu społecznej doniosłości (niezbędne jest tu wyczerpujące i racjonalne uzasadnienie). Ustrojodawca włączył tu także zasadę proporcjonalności (sformułowania: *ograniczenia [...] mogą być ustanawiane [...] tylko wtedy,*

⁵² Brak na to wystarczających argumentów logiczno-językowych, wręcz przeciwnie – w art. 31 ust. 3 jest mowa o konstytucyjnych prawach i wolnościach bez ich specyfikacji co oznacza, że dotyczy on wszystkich praw i wolności w Konstytucji zawartych. Argument z systematyki Konstytucji, która zawiera art. 31 ust. 3 w rozdziale II nie wydaje się wystarczający.

⁵³ Szersze możliwości ingerencji ustawodawcy w wolność gospodarczą niż w inne prawa i wolności Trybunał wyraźnie podkreśla w swoim orzecznictwie. Jeśli chodzi o samo rozstrzygnięcie kwestii zakresu stosowania art. 22 i art. 31 ust. 3 to brak jest jednolitego orzecznictwa. W wyroku z dnia 21 kwietnia 2004 r. (K 33/03) OTK ZU Nr 4 z 2004 r., poz. 31 Trybunał bada zasadność ograniczeń wolności działalności gospodarczej odwołując się do katalogu wartości zawartego w art. 31 ust. 3 (s. 436), podczas gdy jeszcze w wyroku z dnia 29 kwietnia 2003 r. (SK 24/2002), OTK ZU Nr 4A z 2003 r., poz. 33 Trybunał przeprowadza wywód, w którym stwierdza: *Z art. 22 Konstytucji wynika, że wolność działalności gospodarczej ma szczególny charakter, jeśli chodzi o zakres dopuszczalnych ograniczeń tej wolności. Art. 22 Konstytucji reguluje wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Jeżeli więc uznać, że wolność działalności gospodarczej jest jedną z konstytucyjnych praw i wolności jednostki (zob. niżej pkt 4), to art. 22 Konstytucji stanowiąc lex specialis w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji wyłącza jego stosowanie jako adekwatnego wzorca kontroli ustawowych ograniczeń wolności działalności gospodarczej.*

⁵⁴ Wydaje się, że takie ujęcie istoty praw i wolności odpowiada teorii istoty względnej. Zob. B. Banaszak, Prawo konstytucyjne, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 1998, s. 382.

gdy są konieczne w demokratycznym państwie). Zatem ustawodawca ma prawo ingerować w omawianą wolność tylko wtedy, gdy inne sposoby realizacji interesu publicznego niż ingerencja w prawa i wolności nie zdałyby egzaminu, a konieczność takiego rozwiązania pozostaje w zgodzie z wartościami składającymi się na państwo demokratyczne⁵⁵. Co więcej, ustawodawca powinien miarkować środki, tj. działać w sposób najmniej dolegliwy wobec praw jednostki. Występuje tu także wspomniane pojęcie istoty praw i wolności, której naruszyć nie wolno. Ustrojodawca przewiduje zatem zagrożenie polegające na wprowadzeniu takich regulacji ustawowych, przy których wolność gospodarcza pozostawałaby tylko w sferze deklaracji, faktycznie zaś zostałaby zniweczona przez nadmierne ograniczenia.

Trzeba też zaznaczyć, że na ocenę dopuszczalności ustawowych ograniczeń wolności działalności gospodarczej mogą wpływać inne przepisy Konstytucji, np. deklarujące inne prawa podmiotowe (jak art. 64). Warto podkreślić tu szczególną rolę zasady równości i uzupełniającą ją zakazu dyskryminacji (art. 32). Zróżnicowanie sytuacji prawnej podmiotów bez wystarczającego uzasadnienia okolicznościami faktycznymi i prawnymi należy uznać za sprzeczne z Konstytucją i godzące w prawa podmiotowe osób „pokrzywdzonych” taką regulacją ustawową.

W literaturze spotyka się klasyfikacje najczęściej występujących w systemach prawnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej. Mogą one pochodzić m.in.: z zakazów o charakterze karnym, konieczności uzyskiwania zezwoleń i koncesji na określone rodzaje działalności, wymogu przestrzegania przepisów o kontyngentowaniu obrotu, cła, podatkach i akcyzach, wymogu przestrzegania przepisów o normalizacji, certyfikacji, o systemie miar, wag i jakości, przepisów o wymogach sanitarnych i zdrowotnych, konieczności respektowania innych praw podmiotowych, a także konieczności stosowania się do regulacji powiązanych z istnieniem obszarów specjalnych i stanów nadzwyczajnych⁵⁶.

Reasumując, na poziomie ustrojowym nie budzi wątpliwości prawne znaczenie pojęcia wolności jako negatywnego prawa podmiotowego tworzącego prawnie chronioną sferę możliwości, opartą nie na przyzwoleniu ze strony władzy publicznej lecz na możliwości czynienia wszystkiego w granicach zakazów przez prawo przewidzianych. Znaczenie to i zarazem mechanizmy prawne związane z istnieniem (przede wszystkim ochroną) prawa podmiotowego przenoszą się

⁵⁵ Warto zauważyć, że Trybunał formułował bardzo podobne przesłanki ograniczeń wolności działalności gospodarczej przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r., w czasie gdy wiele wymogów konstytucyjnych było wyinterpretowanych z zasady demokratycznego państwa prawnego. Por. J. Oniszczuk, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w latach 1986–1996*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1998, s. 215–220.

⁵⁶ Za: S. Malarski, w: *Konstytucje Rzeczypospolitej...*, s. 57–58.

także na poziom ustawowy oraz na poziom stosowanie prawa, także jako współstosowanie norm konstytucyjnych⁵⁷.

5. Pojęcie wolności działalności gospodarczej stanowi przede wszystkim dorobek doktryny i orzecznictwa, często posiada także charakter normatywny. Analiza tej wolności przebiegająca na poziomie teoretycznym, ustrojowym (konstytucyjnym) oraz ustawowym prowadzi do wniosku, że na każdym z nich mamy do czynienia innym zakresem znaczeniowym, ale też z inną rolą tego pojęcia. Różnice w rozumieniu dotyczą jego istoty oraz przynależności do specyficznego języka różnych dziedzin nauki. Jest ono traktowane przede wszystkim jako pojęcie prawne, a także ekonomiczne i polityczne.

W języku prawnym i prawniczym przypisywane jest mu znaczenie zasady prawa oraz prawa podmiotowego. Posiada ono zawsze cechę niedookreśloności, ponieważ obejmuje sferę życia społeczno-gospodarczego, podlegającą ciągłej ewolucji. Niedookreśloność ta podlega jednak stopniowaniu. Najmniejsza precyzja jest możliwa do osiągnięcia na płaszczyźnie doktrynalnej i ustrojowej, ustawodawca natomiast tworzy definicje przybliżające jego znaczenie. Sytuacja taka sprzyja sporom dotyczącym zakresu podmiotowego, przedmiotowego oraz sfery uprawnień składających się na wolność prowadzenia działalności gospodarczej. Ujęcie doktrynalne pozostaje zasadniczo zbieżne z konstytucyjnym rozumieniem wolności działalności gospodarczej. Próby sprecyzowania (zawężenia) tego pojęcia, na które skazany jest ustawodawca, przynoszą efekt w postaci trudności interpretacyjnych powstających w procesie stosowania prawa.

Wydaje się jednak, że możliwe jest określenie przynajmniej jednego znaczenia, jakie nadaje się wolności gospodarczej, obejmującego jednocześnie poziom doktrynalny, ustrojowy oraz ustawowy. Stanowi je publiczne prawo podmiotowe o charakterze wolnościowym, rozumianym jako domniemanie swobody przedsiębiorcy w ramach ustawowych ograniczeń. Tak wyznaczona sfera wolności stanowi obszar z założenia niezdefiniowany od strony treści uprawnień, jaki się na nią składają, a także z punktu widzenia rodzajów działalności, które mogą byćbrane pod uwagę. Dlatego też takie rozumienie wolności działalności gospodarczej najlepiej odpowiada kwestiom związanym z brakiem precyzji pojęcia.

Stwierdzenie powyższe wymaga odpowiedniego spojrzenia na relację pomiędzy Konstytucją a ustawodawstwem. Wolność gospodarcza (prawo podmiotowe) nie może być traktowana jako pojęcie jakościowo różne na poziomie ustrojowym i ustawowym (w bieżącym obrocie prawnym). Należy uznać, że Konstytucja określa nie tylko ustrojowy wzorzec dla ustawodawcy jeśli chodzi o kształtowa-

⁵⁷ Zob. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, s. 92–93.

nie życia gospodarczego, stanowi również bezpośrednie źródło prawa podmiotowego, które przez ustawodawcę jest jedynie powtórzone. Stąd wolność gospodarczą jako prawo podmiotowe należy uznać za pojęcie jednolicie obejmujące cały system prawa.

Wolność gospodarcza jako prawo podstawowe Unii Europejskiej

1. Wprowadzenie

Laureat nagrody Nobla Amartya Sen w swojej książce „Rozwój i wolność” stwierdza, że podstawowe znaczenie wolności dla procesu rozwoju wynika z dwóch różnych racji:

- 1) wartościującej – postęp należy oceniać ze względu na pomnażanie ludzkiej wolności,
- 2) narzędziowej – rozwój jest uzyskiwany wyłącznie za sprawą wolnej działalności ludzi.

Sen ukazuje rozwój jako proces rozbudowywania rzeczywistych swobód, które przysługują ludziom. Autor omawia różne typy wolności, które muszą istnieć i współgrać ze sobą.

Swobody są nie tylko głównym celem rozwoju, ale należą także do jego zasadniczych narzędzi. Nie wystarcza samo uznanie fundamentalnego znaczenia wolności, gdyż potrzebne jest jeszcze zrozumienie widomych empirycznie więzów scalających różne typy wolności. Swobody polityczne (w postaci wolności słowa i wolnych wyborów) pomagają umocnić bezpieczeństwo społeczne. Społeczne zabezpieczenia (w postaci dostępu do edukacji i ochrony zdrowia) ułatwiają uczestnictwo w życiu gospodarczym. Rozwiązania ekonomiczne, które pozwalają na uczestniczenie w wymianie i produkcji owocują i osobistą zamożnością i znacznymi zasobami publicznymi, z których można finansować społeczne zabezpieczenia. Tak oto wolności różnych typów mogą ze sobą współdziałać i wzmacniać się nawzajem⁵⁸.

David S. Landes, wybitny specjalista w zakresie rozwoju społeczeństw w książce „Bogactwo i nędza narodów. Dlaczego bogaci? Dlaczego biedni?” wymienia 7 podstawowych czynników mających wpływ na rozwój i bogacenie się społeczeństwa. Idealne państwo dla rozwoju i wzrostu powinno:

- gwarantować nienaruszalność własności prywatnej, zachęcać do oszczędzania i inwestycji,
- gwarantować wolności indywidualne jednostce, chroniąc je przed tyranią i nieporządkiem publicznym (przestępczość, korupcja),

⁵⁸ A. Sen, *Rozwój i wolność*, Poznań 1999, s. 25.

- respektować umowy i zasadę swobody ich zawierania,
- zapewniać stabilność rządów, niekoniecznie demokratycznych, ale przestrzegających norm prawa (rządy prawa a nie ludzi),
- wspierać wrażliwość społeczną,
- zapewniać rządy uczciwe, gdzie aktorzy ekonomiczni nie wykorzystują władzy dla swoich interesów własnych,
- zapewniać rząd skuteczny, skromny w swoich potrzebach, bez specjalnych przywilejów, utrzymujący podatki na niskim poziomie, niezbędnym dla funkcjonowania państwa.

W takim państwie zdaniem Landesa istnieją najlepsze warunki do rozwoju i wzrostu. W idealnym społeczeństwie Landesa ludzie są uczciwi, są to ludzie którzy wierzą, że ich powodzenie i sukces materialny zależy od nich samych. Jest to zbiorowość ludzi mobilnych, poszukujących dla siebie lepszych perspektyw życiowych. Jest to społeczeństwo zwrócone do przyszłości, a nie spoglądające wstecz, składające się z ludzi umiających podjąć ryzyko, nie pozostając w bezpiecznej stagnacji. Społeczeństwo odrzucające egalitaryzm, albowiem talenty nie są dla wszystkich jednakie⁵⁹.

Pojęcie *wolności gospodarczej* nie zostało zdefiniowane ani przez europejskie prawo stanowione, ani przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Pojęcie to ma jednak szczególne znaczenie w sferze jednolitego rynku Unii Europejskiej, opierającego się na zasadach: wolności przepływu osób, towarów, usług i kapitału. Wolności te w traktatach i prawie wtórnym nie mają charakteru bezwzględnego, podlegają ograniczeniom ze względu na inne chronione przez prawo wolności i uznane wartości, takie jak: bezpieczeństwo, ochrona zdrowia, prawa konsumentów, porządek publiczny.

Samo pojęcie *wolności* w prawie europejskim występuje nie tylko w sferze rynku wewnętrznego, ale także w odniesieniu do praw podstawowych jednostki i określonych idei, np. przestrzeni wolności bezpieczeństwa i sprawiedliwości (art. 29 (K.1) TUE), przywiązania do wartości, zasad wolności, demokracji poszanowania praw człowieka i rządów prawa (preambuła TUE akapit 3).

Z powyższego wyliczenia widać, jak szeroki zakres problematyki wiąże się z tytułowym zagadnieniem niniejszych refleksji. Z konieczności zakres niniejszego opracowania został ograniczony do przedstawienia sfery zagadnień wolności gospodarczej. Nie oznacza to, że problematyka pozostałych typów wolności zostanie w opracowaniu całkowicie pominięta, pozostaną one jednak tylko ilustracją dla głównego toku rozważań.

⁵⁹ *Op. cit.* David S. Landes, *Richesse et pauvreté de nations. Pourquoi des riches? Pourquoi des pauvres?*, Paryż 2000, s. 285–287.

Opracowanie zostało podzielone na dwie części. W pierwszej zostało przedstawione kształtowanie się unormowań prawnych w zakresie wolności gospodarczej w krajach członkowskich i w Unii Europejskiej. W części tej dokonano analizy decyzji politycznych, zróżnicowanych interesów państw członkowskich w okresie budowania europejskiej przestrzeni wolności gospodarczej. W części w drugiej przedstawiono aktualnie obowiązujący w UE stan prawny w zakresie wolności gospodarczej.

2. Kształtowanie się prawa

Pojęcie wolności gospodarczej jest zbiorczym określeniem różnorodnych terminów występujących w ustawach zasadniczych i aktach normatywnych państw członkowskich Unii Europejskiej. W Niemieckim prawodawstwie używa się określenia wolność zawodu (*Berufsfreiheit*)⁶⁰ i wolności przemysłowej, ustawa Prawo Przemysłowe z 1896 roku (*Gewerbeordnung*). W ustawodawstwie francuskim i belgijskim używa się pojęcia wolności przemysłowej i handlu (*liberté de commerce et de l'industrie*). W Hiszpanii – wolność przedsiębiorstwa (*La libertad de empresa*)⁶¹. We Włoszech – wolność inicjatywy ekonomicznej (*L' iniziativa economica privata*)⁶².

Konstytucja RP używa pojęcia *wolności działalności gospodarczej* (art. 20). Najnowsza polska ustawa w tym zakresie z dnia 2 lipca 2004 roku została zatytułowana „o swobodzie działalności gospodarczej”. Różnice terminologiczne nie skutkują na merytoryczne znaczenie istoty samego pojęcia. We wszystkich stanowiących porządkach prawnych państw unijnych zasada wolności gospodarczej jest zaliczana do katalogu praw i wolności podstawowych. Gwarantuje się obywatelom prawo swobodnego podejmowania działalności gospodarczej, ograniczając ustawowo interwencje władzy publicznej. Oznacza to, iż obowiązuje domniemanie prawne wolności gospodarczej (co nie jest zakazane jest dozwolone),

⁶⁰ Wszyscy Niemcy mają prawo do swobodnego wyboru zawodu, miejsca pracy i miejsca kształcenia. Wykonywanie zawodu może zostać uregulowane ustawą lub na podstawie ustawy (art. 12 pkt. 1 Konstytucji z 1949 r).

⁶¹ Art. 38 Konstytucji Hiszpańskiej z 1978 r. *Uznaje się wolność przedsiębiorstwa w ramach gospodarki rynkowej. Władze publiczne zapewniają i ochraniają jej wykonywanie oraz obronę produktywności zgodnie z wymogami całej gospodarki oraz ewentualnego planowania.*

⁶² Zgodnie z art. 41 konstytucji z 1947 r. *(1) Prywatna inicjatywa ekonomiczna jest wolna (2) Nie może być ona wykonywana sprzecznie z interesem społecznym bądź w sposób przynoszący uszczerbek bezpieczeństwu wolności lub godności ludzkiej (3) Ustawa określa plany i kontrole, niezbędne po to, aby publiczna i prywatna działalność mogła być kierowana i koordynowana dla osiągnięcia celów społecznych.*

a wszelkie ograniczenia muszą wynikać z obowiązującej ustawy⁶³. Z punktu widzenia porządku ekonomicznego zasada wolności gospodarczej oznacza, że organizacja państwa, w którym zasada ta obowiązuje, oparta jest na gospodarce wolnorynkowej z przewagą przedsiębiorstw prywatnych.

Budowanie wolności gospodarczej w krajach Europy Zachodniej ma długą tradycję. We Francji już w okresie przedrewolucyjnym zaczęto ograniczać uprawnienia korporacyjne cechów, a także zaczęto znosić cła wewnętrzne tak charakterystyczne dla gospodarki merkantylistycznej. Najpełniej uregulował zasadę wolności gospodarczej dekret D'Allerde'a z 2–17 marca 1791 roku, gdzie w art. 7 ustalono zasadę swobody prowadzenia handlu i zawodu, jaki kto uzna za właściwy pod warunkiem przestrzegania porządku prawnego. Uzupełniającą w tym zakresie była ustawa Le Chapelier (14–17 czerwiec), która likwidowała istniejące do tego czasu przymusowe korporacje cechowe. 13 września 1794 roku wprowadzona została zasada wolności gospodarczej w odniesieniu do obrotu zbożem (Edykt Turgota)⁶⁴.

W Austrii w oktrojowanej (nadanej z góry) konstytucji z 3 marca 1849 roku zagwarantowano obywatelom Cesarstwa wolność osoby i majątku, znosząc dotychczasowe zrzeszenia korporacyjne i wprowadzając gwarancje równości oraz prawną ochronę własności i wolności zarobkowania. Gwarancje te rozbudowywały możliwości korzystania przez obywateli z wolności umów, przyznanej im wcześniej przepisami kodeksu cywilnego z 1811 roku. Patent Cesarski z 20 grudnia 1895 roku w sprawie prawa przemysłowego zniósł całkowicie system cechowy i wprowadził wolność prowadzenia działalności przemysłowej. Wolność gospodarcza jako prawo obywateli została potwierdzona konstytucyjnym zapisem w ustawie zasadniczej z 21 grudnia 1867 roku (art. 5 i 9).

W Belgii przed uzyskaniem niepodległości obowiązywało prawo francuskie. Obowiązywał więc francuski dekret 2–17 marca 1791 roku Allarde'a z jego zasadą *liberte du commerce et de l'industrie*. Moc tej ustawy została utrzymana po uzyskaniu niepodległości w 1830 roku, co zostało potwierdzone w tzw. ustawie objaśniającej z 31 grudnia 1845 roku.

⁶³ W Wielkiej Brytanii wolność gospodarcza jest realizowana w obszarach gdzie nie obowiązują ustawy ją ograniczające. Brak wyraźnego domniemania wolności gospodarczej w Wielkiej Brytanii wynika z charakteru brytyjskiego *common law*.

⁶⁴ Turgot planował ponadto zastąpienie szarwarków królewskich podatkiem powszechnym i stworzenie zgromadzeń lokalnych z wyborów cenzusowych. Śmiałość jego projektów doprowadziła w końcu do jego dymisji. Jego następcy Ogier de Clugny i zwłaszcza merkantylista i wielbiciel Colberta, Necker, odeszli od tych projektów reform. Necker powrócił do polityki reglamentacyjnej, regulującej działalność cechów zawodowych. Zgromadzenia lokalne wprowadził zaś jedynie w kilku prowincjach, a i to, nie z wyborów, lecz z nominacji. Po latach Alexis de Tocqueville stwierdził, że gdyby Turgotowi dano szansę na dokończenie reform, mogłyby one zapobiec Rewolucji Francuskiej.

W Wielkiej Brytanii wolność gospodarczą, jako jedno z praw podstawowych, należy wywieść bezpośrednio z katalogu praw i wolności zawartych w *Bill of Rigts*. W systemie *common law* nie ma możliwości określenia ram ingerencji państwa. W związku z tym obowiązuje zasada, że to co nie jest objęte regulacją prawną, jest dozwolone. Ograniczenia wolności gospodarczej w Wielkiej Brytanii należy badać poprzez analizę obszarów aktywności gospodarczych wymagających licencjonowania.

W prawie niemieckim, podobnie jak w innych państwach Europy Zachodniej, idea wolności gospodarczej znalazła swój prawnomaterialny wyraz w ustawodawstwie ograniczającym prawa cechowe i w znoszeniu ceł wewnętrznych. W 1816 roku, w Prusach, zniesiono cła wewnętrzne w prowincjach położonych na wschód od Łaby, w 1818 roku w całym państwie. W 1829 roku – Prusy utworzyły Związek Celny z Hesją – Darmstadt. Dołączył do niego Związek Celny Środkowo-Niemiecki (Hanower, Hesja-Kassel, Saksonia). W 1843 roku powstał Niemiecki Związek Celny (*Deutscher Zollverein*)⁶⁵.

W 1869 roku zostało uchwalone Prawo przemysłowe Związku Północnoniemieckiego. Prawo to ukształtowało stosunki między państwem a przedsiębiorcami w duchu liberalizmu, zaś jego główną ideą była i jest wolność gospodarcza (*gewerbefreiheit*)⁶⁶. Moc tej ustawy po utworzeniu Cesarstwa Niemieckiego została rozciągnięta na całe państwo. Akt ten po wielu nowelizacjach (ponad dwieście) obowiązuje w Niemczech do dzisiaj⁶⁷.

3. Budowanie wolności gospodarczej wewnątrz Wspólnoty (decyzje polityczne)

W sferze podmiotowej wolność gospodarcza w państwach członkowskich przysługiwała zarówno obywatelom państwa, jak też osobom prawnym prawa prywat-

⁶⁵ Zob. J. Krasuski, *Historia Niemiec*, Wrocław, Warszawa, Kraków 2002, s. 182–183.

⁶⁶ Zgodnie z § 1. ust 1 ustawy *Wykonywanie przemysłu jest dozwolone każdemu, o ile w niniejszej ustawie nie są określone lub dopuszczone wyjątki albo ograniczenia*.

⁶⁷ W Państwach Europy Zachodniej wraz z rosnącą wolnością gospodarczą wewnętrzną rósł protekcjonizm zewnętrzny. Państwa broniły swoje rynki przed importem towarów. Obowiązywała ogólna zasada, iż dobra gospodarka państwa to taka, która więcej eksportuje niż importuje. W początkach XIX wieku niemiecki filozof Fichte postulował budowanie zamkniętego państwa niemieckiego. W ślad za Fichtem pojawiły się inne doktryny protekcjonistyczne. Rosnąca w siłę gospodarka stanów Zjednoczonych stała się poważnym zagrożeniem dla rolnictwa i przemysłu europejskiego. Znacznie tańsze zboże amerykańskie spowodowało drastyczny spadek jego cen w Europę. Przykładowo we Francji cena zboża spadła z 22 franków za kwintal w 1881 roku do 6 franków w 1885 roku. Mięso wołowe, wieprzowina importowane z USA i Argentyny były o połowę tańsze niż w Europie. Ta różnica cen zagrażała rolnikom europejskim. We Francji taryfa celna z 1892 roku przewidywała dwie taryfy celne: minimalną i maksymalną. Ta ostatnia aż do 50% wartości towaru. Taryfę minimum przyznawano eksporterom z krajów z którymi Francja łączyła zasada wzajemności. Zob. szerzej G. Lefranc, *Histoire de Commerce*, Paryż 1965, s. 90–96.

nego. Dopuszczenie cudzoziemców i zagranicznych osób prawnych do działalności gospodarczej na terenie innego państwa podlegało licznym reglamentacjom i ograniczeniom. Ograniczenia te stopniowo były łagodzone wraz z powołaniem Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej.

Integracja europejska została zbudowana na fundamencie wolności gospodarczej, wyrażającej się w zapewnieniu czterech podstawowych swobód: przepływu kapitału, usług, towarów i ludzi. Budowa tych czterech swobód zabrała jednoczącej się Europie prawie 50 lat. Był to więc żmudny i długotrwały proces i dzisiaj można się zapytać, dlaczego trwał on tak długo, mimo ewidentnych korzyści i wspólnego dobra dla wszystkich.

Odpowiedź na to pytanie wymaga szerszej historycznej refleksji. Podstawą tej refleksji będzie odniesienie do historii powstawania dwóch traktatów, przełomowych z punktu widzenia wolności gospodarczej w skali całej Wspólnoty: traktatu powołującego Europejską Wspólnotę Gospodarczą i Jednolitego Aktu Europejskiego – budowania jednolitego rynku.

Zjednoczona Europa jako twór polityczny konstytuowała się, używając określenia wybitnego filozofa francuskiego Alain'a Finkelkrauta *na fundamencie paraliżującego kompleksu winy* – poprzez hiperkrytyczny stosunek do samej siebie⁶⁸. Europejczycy zostali sparaliżowani poprzez okropieństwa popełniane w imię partykularyzmów narodowych. Dlatego zapragnęli się zakorzenić w uniwersalności, w myśl postanowienia: nigdy więcej tego co było, nigdy więcej mocarstwowej polityki, nigdy więcej równowagi sił.

Zjednoczenie powstawało w przekonaniu, że Europa jest źródłem zła i że trzeba na zawsze wypędzić z niej demony, które rozpętały dwie wojny światowe. Takie przekonanie przekładało się nie tylko poszukiwania nowych rozwiązań w sferze politycznej, ale również gospodarczej. W opinii publicznej panowało przekonanie, że do wybuchu obydwu wojen w znacznej mierze przyczynił się kapitał prywatny, dla którego wojny były okazją do zarobienia pieniędzy. Kompromitacja rządów prawicowych spowodowała niespotykany wzrost sił komunizującej lewicy.

W drugiej połowie lat 40. przez państwa Europy kontynentalnej, ale również w Wielkiej Brytanii, przeszła fala nacjonalizacji podstawowych sektorów przemysłowych. We Francji znacjonalizowano Bank Francji i główne banki depozytowe. Znacjonalizowano kopalnie węgla, produkcję gazu i elektryczności, linie lotnicze. Przeprowadzone nacjonalizacje pozwalały na silną interwencję państwa i wprowadzenie gospodarki planowej. System ten Francuzi nazwali *dirigismem*. W Wielkiej Brytanii po przegranej wyborczej konserwatystów w lipcu 1945 roku ukonstytuował się rząd Partii Pracy, który utrzymał się przy władzy przez 6 lat.

⁶⁸ Wywiad z A. Finkelkarut, *Paraliżujący kompleks winy*, Rzeczpospolita, 28–29 luty 2004.

W trakcie pierwszej kadencji znacjonalizowano Bank Anglii, kopalnie węgla, produkcje gazu i elektryczności, kolejnictwo stocznie i doki portowe.

Paradoksalnie, powojenna fala nacjonalizacyjna w Europie Zachodniej ułatwiła integrację gospodarczą. Powstanie pierwszej Wspólnoty Węgla i Stali było decyzją polityczną, która ze względu na wysoki stopień nacjonalizacji obydwu sektorów gospodarczych w państwach członkowskich, mogła szybko przyjąć efektywne formy współpracy i łatwo poddała się kontroli ponadnarodowej.

Motor integracji europejskiej w pierwszych latach powojennych był motorem francuskim. To determinacja woli, wizjonerstwo Schumana i Monneta doprowadziło do powstania pierwszej Wspólnoty. Jednakże najważniejsze motywy polityczne – którymi Francja się kierowała w pierwszych latach powojennych, postulując powołanie EWWiS w połowie lat 50. – zaczęły tracić na swoim znaczeniu. Nieudana próba powołania Europejskiej Wspólnoty Obronnej, remilitaryzacja Niemiec, uwikłanie się w wojnach kolonialnych w Indochinach i Afryce północnej sprawiły, że Francja znacznie mniej uwagi zaczęła poświęcać sprawie integracji w Europie.

Problemem francuskim była ponadto, oprócz naturalnej różnicy poglądów przedstawicieli różnych opcji politycznych, także zasadnicza sprzeczność interesów przedstawicieli sektorów gospodarczych w samej Francji. Francja po wojnie miała bardzo rozwinięty sektor rolniczy (25% populacji pracowało w rolnictwie) i potrzebowała dostępu do nowych zagranicznych rynków zbytu na swe produkty rolne. Państwa europejskie stawały się coraz bardziej samowystarczalne żywnościowo, zaś stopniowa utrata kolonii w Azji i Afryce pozbawiała Francję najbardziej naturalnych zamorskich rynków zbytu. W tej sytuacji Francji zależało na liberalizacji handlu produktami rolnymi nie tylko w Europie, ale i na innych rynkach.

Politycy francuscy szukali alternatywnych rozwiązań. We wrześniu 1956 roku premier Guy Mollet pojechał do Londynu, aby wybadać stanowisko Brytyjczyków w sprawie ewentualnego zbliżenia gospodarek Francji z państwami Commonwealthu i zawarcia z nimi daleko idących wielostronnych umów handlowych. Rząd brytyjski potraktował jednak francuskiego polityka chłodno. Francja szybko zrozumiała, że zarówno Wielka Brytania, jak i państwa członkowskie Wspólnoty Węgla i Stali, nie są zainteresowane liberalizacją handlu w ramach sektora rolniczego. Stało się oczywiste, że kraje te nie mogły się zgodzić się na liberalizację w sektorze rolniczym, bez jednoczesnej, podobnej liberalizacji w sektorze przemysłowym.

W sprawie podwójnej liberalizacji stanowisko Francji okazało się bardzo wstrzemięźliwe. Wstrzemięźliwość ta podyktowana była co najmniej dwoma obawami. Po pierwsze, okres Czwartej Republiki był w historii francuskiej czasem

daleko idącej nacjonalizacji kluczowych dla gospodarki przedsiębiorstw. Odpowiedzialni za nacjonalizację politycy obawiali się, że dalsza (po stworzeniu EWWiS) liberalizacja handlu artykułami przemysłowymi – połączona być może z wyłanianiem nowych ponadnarodowych instytucji – może zagrozić programowi upaństwowienia części przemysłu francuskiego. Po drugie, wielu polityków martwiło się, całkiem zasadnie, czy przedsiębiorstwa francuskie podołają konkurencji na szczeblu europejskim.

Przedstawiciele pracodawców francuskich zrzeszeni w CNPF (*Conseil National du Patronat Français*), Państwowej Radzie Pracodawców Francuskich, naciskali na kolejne rządy, by te pilnowały ich interesów⁶⁹. Domagali się, by rząd stał na straży dodatniego bilansu płatniczego i w razie konieczności chronił rynek zaporowymi cłami. Reasumując, kłopot Francji polegał na tym, że chciała ona liberalizacji w jednym sektorze, nie chciała w drugim i nie znajdowała dla tych swych sprzecznych celów dostatecznego zrozumienia wśród zagranicznych partnerów.

W RFN sytuacja była dokładnie odwrotna. Niemcy miały umiarkowanie rozwinięty sektor rolniczy, zatrudniający 15% aktywnej zawodowo populacji, miały natomiast rozwinięty przemysł. W przeciwieństwie do Francji i Anglii, Niemcy nie posiadały przed wojną wielkiego imperium kolonialnego, którego rozpad teraz pozbawiałby je w sposób nagły i gwałtowny starych rynków zbytu. Niemcy jednak w wyniku wojny utraciły dostęp do tradycyjnych rynków zbytu dla swego przemysłu. Przed wojną eksportowały wielkie ilości artykułów przemysłowych do Europy Wschodniej. Jednak jej zagarnięcie przez ZSRR i rychłe odgrodzenie „żelazną kurtyną”, skutecznie odcięło Niemcy od tego regionu. Choć w jakiejś mierze upodobniało to sytuację niemiecką do sytuacji dawnych imperiów kolonialnych, to jednocześnie sprawiało, że w centrum niemieckiego zainteresowania znalazł się zupełnie inny sektor gospodarki niż to miało miejsce we Francji.

Kanclerz Adenauer, dążąc do liberalizacji handlu artykułami przemysłowymi, miał lepszą sytuację polityczną u siebie w kraju niż jego francuscy partnerzy. Po pierwsze, jego rząd był stabilny, zaś opozycja SPD relatywnie słaba, niezdolna skutecznie blokować liberalizacji handlu. Po drugie, Adenauer miał pełne poparcie niemieckich przemysłowców zrzeszonych w BDI (*Bundesverband der deutschen Industrie*) Związku Niemieckich Przemysłowców. W chwili, gdy kolejne rządy francuskie prowadziły bardzo trudne rozmowy z członkami CNPF, w Niem-

⁶⁹ W latach 1955–56 sytuacja na tym tle była do tego stopnia drażliwa, że rząd prowadząc już wówczas negocjacje zmierzające do liberalizacji handlu na szczeblu europejskim, ukrywał celowo ich postępy przed pracodawcami i przed opinią publiczną. To utajnienie było o tyle łatwe, że społeczeństwo było w tym czasie zaabsorbowane sytuacją w Algierii. Por. R. Marjolin, *Architect of European Unity: Memoirs, 1911–1986*, Londyn 1989, s. 297–301.

czach mówiono, że szef BDI, Fritz Berg, jest faktycznym ministrem gospodarki i prawą ręką Adenauera, który darzył go wielkim zaufaniem. Niemiecki przemysł odczuwał potrzebę liberalizacji handlu tak silnie, że nie był w stanie zadowolnić się rozwiązaniem cząstkowym, za jakie uważał EWWiS⁷⁰.

Niemcy chciały ustanowienia Strefy Wspólnego Handlu na wszystkie artykuły przemysłowe, sprzeciwiały się natomiast integracji sektorowej, to jest prowadzonej na drodze oddzielnych umów regulujących osobno handel w różnych gałęziach przemysłu. EWWiS stanowiła właśnie przykład integracji sektorowej i jako taka, była w niemieckich kręgach przemysłowych bardzo niepopularna. Zamiast dostrzegać w niej pierwszy krok na drodze do dalszej liberalizacji, Niemcy przemysłowcy widzieli w niej raczej hamulec utrudniający utworzenie strefy wolnego handlu. Ponadto co więksi doktrynerzy wśród niemieckich zwolenników wolnego rynku, jak minister gospodarki Ludvig Erhard, niechętnie patrzyli na tworzenie instytucji wspólnotowych, w których postrzegali niepotrzebny gorset biurokracji krępującej rynek.

Erhard uważał wymogi GATT za najzupełniej wystarczające do uregulowania rynku. Był przekonany, że nie należy do nich dodawać żadnych nowych. Berg z kolei twierdził, że EWWiS jest doskonałym przykładem na to, jak nie należy integrować Europy. Erhard, chcąc wymusić liberalizację bardziej spontaniczną i żywiołową, a mniej zinstytucjonalizowaną, poszedł tak daleko, że zaczął jednostronnie obniżać taryfy celne na granicach niemieckich. W tym radykalnym działaniu nie zyskał zresztą poparcia ani Berga, ani Adenauera (Adenauer nie ufał Erhardowi, który był jego najważniejszym i najniebezpieczniejszym oponentem w CDU)⁷¹. Dążąc z taką determinacją do liberalizacji handlu w sektorze przemysłowym, Niemcy byli jednocześnie przez cały czas więcej niż sceptyczni, co do podobnej liberalizacji w sektorze rolniczym, dokładnie odwrotnie niż Francja. Francuzi naturalnie za nic nie chcieli się zgodzić na strefę wolnego handlu produktów przemysłowych.

Jedyną dziedziną, w której francuski i niemiecki punkt widzenia, przez długi czas zdawały się spotykać ze sobą, była współpraca w zakresie wykorzystania energii atomowej. Rządy obu państw zgadzały się, iż zarządzanie nią wymaga współpracy na szczeblu międzynarodowym. Jednak Niemcy były mniej niż Francja zainteresowane jej wykorzystaniem cywilnym. Tuż po wojnie najważniejszą sprawą było dla Niemiec zachowanie niepodległości i maksimum przedwojennych terytoriów, w tym szczególnie zagłębia Saary, oraz zapewnienia sobie bez-

⁷⁰ A. Moravcsik, *The choice for Europe, Social purpose and state power from Messina to Maastricht*, UCL Press, Londyn 1998, s. 97.

⁷¹ A. Moravcsik, *ibidem*, s. 98.

pieczeństwa. W latach 50. problemy te zostały już rozwiązane pozytywnie, jednak Adenauer wciąż szukał dla Niemiec dalszych, oprócz obecności w NATO, gwarancji bezpieczeństwa. Przy okazji negocjowania Traktatów Rzymskich, Niemcy zaproponowały zatem Francji stworzenie wspólnego programu, który pracowałby nad stworzeniem francusko-niemieckiej bomby atomowej. Francja początkowo odniosła się do tego projektu przychylnie i umowa w tym zakresie została wstępnie podpisana przez francuski rząd. Jednak zmiana reżimu politycznego we Francji i ponowne dojście do władzy generała de Gaulle'a zmieniły sytuację. De Gaulle, sprzeciwiający się jakiegokolwiek uzależnieniu francuskiej polityki obronnej od czynników zewnętrznych, wycofał się z umowy z Niemcami. Zamiast tego Francja zaangażowała się jednostronnie w program stworzenia własnej broni atomowej.

Niechętna postawa Wielkiej Brytanii w stosunku do gospodarczych inicjatyw integracyjnych i jej małe zaangażowanie w sprawy kontynentu w połowie lat 50. były uwarunkowane wieloma czynnikami. Historycy tamtego okresu zarzucają ówczesnym przywódcom brytyjskim Macmillanowi i Edenowi, że ich wrogość do integracji europejskiej i chęć utrzymania pozycji Wielkiej Brytanii jako supermocarstwa zaowocowały tym, że cały kraj, jak to obrazowo określił M. Charlton: *misses the boat*⁷².

Niepowodzenia brytyjskiej polityki zagranicznej w latach 1955–1956 mają dowodzić słuszności oskarżeń w stosunku do obu polityków, że kierowali się w swoich działaniach ideologiczną irracjonalnością i ignorancją⁷³. Trudno jednak oceniać ówczesną politykę zagraniczną Wielkiej Brytanii bez zrozumienia całokształtu uwarunkowań historycznych. Anglia, w przeciwieństwie do krajów małej Europy, jako jedyna, wyszła z wojny zwycięsko. Początek zimnej wojny w znacznie mniejszym stopniu wywołał poczucie zagrożenia niż na kontynencie. Anglicy nie zaznali wojny na swoim terytorium, ich „wyspiarskość” okazała się, tak jak wielokrotnie w historii, wystarczająco silną zaporą przed ewentualną inwazją. Trwanie w tradycji imperialnej w naturalny sposób ograniczało zainteresowanie sprawami europejskimi. Anglia pomimo osłabienia wojną i rozpoczętym procesem dekolonizacji, postrzegając się cały czas jako mocarstwo. Pierwsza w Europie weszła w posiadanie broni atomowej, miała stałe miejsce w Radzie Bezpieczeństwa ONZ i przewodziła Brytyjskiej Wspólnocie Narodów. Te wszystkie elementy złożyły się na całościową postawę Wielkiej Brytanii wobec zachodzących procesów integracyjnych.

Punktami granicznymi tej postawy było niegodzenie się na przekazanie swoich uprawnień na rzecz ponadnarodowych, europejskich instytucji, z jednoczesną

⁷² M. Charlton, *The Price of Victory*, Londyn 1983, s. 194 i nast.

⁷³ A. Moravcsik, *Choice for Europe*, *ibidem*, s. 122 i nast.

próbą zachowania równowagi, by zbyt daleko idące procesy integracyjne nie doprowadziły Anglii do izolacji od kontynentu⁷⁴. W polityce wewnętrznej, od 1945 roku przez następne sześć lat u steru rządów pozostawała partia pracy. W polityce wewnętrznej Partia Pracy za zadanie pierwszoplanowe uznała przeprowadzenie głębokich reform społeczno-ekonomicznych, mających na celu wyrównanie zbyt wysokich różnic majątkowych i wprowadzenie wzorem Szwecji i innych państw skandynawskich państwa dobrobytu.

W trakcie pierwszej kadencji rząd, pod przewodnictwem Clementa Attleego, znacjonalizował Bank Anglii, kopalnie węgla, sektor energetyczny, kolejnictwo, stocznie doki portowe, rozszerzył opiekę socjalną i utworzył państwową służbę zdrowia. W tym samym czasie rekonstrukcja gospodarek Niemiec, Francji i Włoch (pomimo podobnej fali nacjonalizacji) postępowała według tradycyjnych reguł ekonomii liberalnej⁷⁵. Kiedy w 1950 roku Wielka Brytania została zaproszona do negocjacji w sprawie utworzenia EWWiS, odmówiła, argumentując między innymi, iż nie może uczestniczyć w projekcie, gdyż zarówno sektor stalowy, jak i węglowy są własnością państwa i jako takie nie mogą być poddane władzy ponadnarodowych instytucji.

Z ekonomicznego punktu widzenia po wojnie i na początku lat 50. gros obrotów handlowych Wielkiej Brytanii przypadało cały czas na kolonie i państwa terytorialne Commonwealth'u. Kontynent miał dla brytyjskiego handlu zagranicznego znacznie mniejsze znaczenie. Ponadto istotnym również powodem, dla którego Wielka Brytania nie chciała się angażować w EWG, była odmienna struktura jej gospodarki, w porównaniu z państwami europejskimi. W latach 50. jedynie 5% populacji brytyjskiej pracowało w rolnictwie. Dla porównania we Francji było to 25%, a w Niemczech 15%. Wielka Brytania za nic nie chciała zatem wchodzić w integrację sektora rolniczego z bardziej zacofanymi pod tym względem krajami. Jako maksimum tego, na co mogłaby się zgodzić, Wielka Brytania traktowała liberalizację handlu artykułami przemysłowymi w ramach strefy wolnego handlu, zgodnie z przepisami GATT, lecz bez tworzenia ponadnarodowych instytucji. To z kolei było za mało dla jej europejskich partnerów.

⁷⁴ K. Wiaderny-Bidzińska, *Polityczna integracja Europy zachodniej*, Toruń 1999, s. 41.

⁷⁵ We Francji CNR (*Conseil National de la Resistance*) przeprowadził program reform. Upaństwowienie przeprowadzono w dwóch etapach. Pierwsze w zagłębiu węglowym Nord-Pas – de-Calais 14 grudnia 1944 roku, w zakładach Renault 16 stycznia 1945 roku, Gnome-Rodan 28 maja 1945 roku (była to kara dla właścicieli za kolaborację z Niemcami). Drugi etap upaństwowienia był rezultatem powszechnego głosowania po wyborach październikowych 1945 roku. Znacjonalizowano kopalnie węgla 17 marca 1946 roku, gaz i elektryczność 8 kwietnia. Znacjonalizowano również cztery główne banki depozytowe (2 grudnia 1945 roku) i towarzystwa ubezpieczeniowe (25 kwietnia 1946 roku). Zob. A. Prost, *Zarys Historii Francji XX wieku*, Universitas, Kraków 1997, s. 69 i nast.

W połowie lat 50. coraz wyraźniejsza stawała się tendencja do odwracania trendów wymiany handlowej. Coraz większego znaczenia w tej wymianie zaczęły odgrywać państwa Małej Europy. Niemcy i Francja nadzwyczaj szybko podniosły się ze zniszczeń wojennych i weszły na ścieżkę przyspieszonego rozwoju gospodarczego. Cały czas jednak przeważał u polityków brytyjskich daleko idący sceptycyzm, co do szans powodzenia Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej. Uważano, że projekt ten nie ma szans na powodzenie. Ten sceptycyzm nie oznaczał jednak, że w brytyjskich kręgach politycznych nie zastanawiano się nad konsekwencjami ewentualnego sukcesu EWG. Powstanie EWG wzmocniłoby gospodarczą siłę Europy, a tym samym zwiększyłyby się obroty handlowe z Anglią, na niekorzyść Commonwealth'u. Co gorsza, handlując z Europą, nie wchodząca w skład EWG Wielka Brytania znalazłaby się niewątpliwie na ostatniej pozycji, co zaowocowałoby ujemnym bilansem handlowym Wielkiej Brytanii w jej relacjach z kontynentem.

Pojawiały się opinie, że gdyby ten wysoce nieprawdopodobny scenariusz miał się sprawdzić, to koszty nie wchodzenia do EWG na dłuższą metę, przeważą nad kosztami wejścia. Jednak taki rozwój sytuacji, mało kto w Wielkiej Brytanii, w połowie lat 50., traktował poważnie. Później czołowi politycy brytyjscy przyznawali, że był to wielki błąd. Jednak zrozumienie tego błędu przyszło za późno. Anglicy próbowali przeciwdziałać powstaniu EWG, gdy tylko stwierdzili, że prace nad powołaniem EWG, zapoczątkowane konferencją w Messynie mogą zakończyć się powodzeniem. Wielka Brytania w lutym 1957 roku – a więc na parę miesięcy przed oficjalnym podpisaniem traktatów powołujących EWG i Euratom – wystąpiła z kontrpropozycją powołania strefy wolnego handlu z wykorzystaniem dotychczasowych doświadczeń Europejskiej Organizacji Współpracy Ekonomicznej (OEEC). Uruchomiono tzw. plan G. Było już jednak za późno. Propozycja angielska ograniczona do produktów przemysłowych bez uwzględnienia sektora rolnego, bez unii celnej była dla Francji nie do przyjęcia⁷⁶.

Kolejną propozycją angielską – tym razem bez udziału państw Małej Europy – stało się powołanie Europejskiej Strefy Wolnego Handlu (EFTA) z udziałem Wielkiej Brytanii, Szwecji, Norwegii, Danii, Szwajcarii, Austrii i Portugalii. EFTA miała w założeniu równoważyć wpływy i siłę EWG. Nigdy jej się to jednak nie udało. Na przeszkodzie stanęła różnica potencjałów ekonomicznych po-

⁷⁶ Ciekawa jest ewolucja stanowiska Wielkiej Brytanii do Europejskiej Organizacji Współpracy Ekonomicznej. Wielka Brytania nigdy nie była zwolennikiem tej organizacji. W początkach jej istnienia kontestowała jej rolę w dystrybucji pomocy amerykańskiej, proponując parokrotnie ograniczenie jej aktywności. Podstawowym argumentem był tymczasowy charakter OEEC i zrealizowanie celu, dla którego została powołana. Jednak w 1956 roku okazało się, że jest to jak dotychczas, jedyna organizacja obok EWWiS zdolna rozwiązywać problemy ekonomiczne w Europie zachodniej.

szczególnych państw członkowskich EFTA, nierzadko ich odległość geograficzna (na przykład Szwecji i Portugalii) oraz ich indywidualne powiązania handlowe z państwami EWG. W istocie EWG było dla wielu członków EFTA ważniejszym partnerem handlowym niż pozostałe państwa EFTA. Wreszcie strefa nie miała własnych silnych instytucji, co utrudniało jej członkom wspólne występowanie na forum międzynarodowym czy wywieranie jakiegokolwiek skutecznej presji: na EWG, ewentualnie na inne państwa bądź organizacje międzynarodowe, w sprawach, w których EFTA była zainteresowana. Wielka Brytania przystąpiła do EWH w 1973 roku.

Europa Zachodnia po uchwaleniu Traktatów Rzymskich musiała czekać prawie trzydzieści lat na uchwalenie nowego Traktatu. Z punktu budowania wolności gospodarczej wewnątrz Wspólnoty sporządzenie Jednolitego Aktu Europejskiego w 1986 roku okazało się przełomowe. Uchwalenie nowego Traktatu zamknęło okres niepewności co do przyszłości integracji europejskiej. W połowie lat 80. podstawowe cele integracji zostały spełnione. Nastąpiło pojednanie francusko-niemieckie, słabło zagrożenie ideologiczne i militarne ze strony sowieckiego bloku, rósł dobrobyt ekonomiczny. Obiektywną koniecznością gospodarczą stało się zniesienia barier pozataryfowych utrudniających wymianę handlową i swobodne świadczenie usług wewnątrz Wspólnoty. Potrzebny był nowy impuls integracji.

W styczniu 1985 roku zaczęła działalność nowo wybrana Komisja Europejska pod przewodnictwem Jacques'a Delors'a. Z osobą nowego przewodniczącego wiązano duże nadzieje. Ten znany polityk francuski, były deputowany do Parlamentu Europejskiego, znany był jako znakomity ekonomista. Delors, jako pragmatyk, wielokrotnie powtarzał, że nie ufa konstrukcjom ideologicznym. Był zwolennikiem integracji sektorowej i koncepcji rozwoju Wspólnoty na zasadzie zmiennej geometrii, rozwoju w różnych szybkościach ukierunkowanych na osiągnięcie wspólnych celów⁷⁷.

W roku wyboru nowego przewodniczącego, wydawało się, że Wspólnota pokonała długoletni kryzys. W Fontainebleau rozwiązano podstawowe kwestie związane z kontrybucją Wielkiej Brytanii do budżetu, rokowania rozszerzeniowe z Hiszpanią i Portugalią praktycznie zostały zakończone a państwa członkowskie odnotowały wzrost gospodarczy dający nadzieje na powrót koniunktury.

Nowy przewodniczący Komisji w swoim pierwszym wystąpieniu 14 stycznia 1985 roku przed deputowanymi Parlamentu w Strasburgu sprecyzował prio-

⁷⁷ Kandydaturę nowego przewodniczącego poparł bardzo silnie H. Kohl. Jak pisze w swoich pamiętnikach Delors: *25 czerwca Helmut Kohl, którego witałem na lotnisku Orly przed Radą Europejską w Fontainebleau wziął mnie na stronę i powiedział. To jest czas by Niemiec przydywał Komisji, ale może istnieć interes polityczny by jednak był to Francuz. W tym wypadku nie zaakceptuje nikogo którego inicjały nie byłyby J.D., op. cit., J. Delors, Mémoires, Paryż 2004, s. 169.*

rytety swoich działań. Jako główne zadanie uznał zakończenie prac nad utworzeniem jednolitego rynku i jego powstanie do końca 1992 roku. Data ta, wielokrotnie potem powtarzana przy różnorodnych okazjach, stała się wyzwaniem i znalazła swoje prawne usankcjonowanie w Jednolitym Akcie Europejskim⁷⁸.

W nowej Komisji Dyrekcje Generalną odpowiedzialną za rynek wewnętrzny powierzono angielskiemu konserwatyście Lordowi Francisowi Arthurowi Cofield. To przede wszystkim dzięki jego zaangażowaniu Komisja przedłożyła Białą Księgę, dokument na podstawie którego został zbudowany jednolity rynek. Początkowo wybór Brytyjczyka – liberała, mającego ponosić odpowiedzialność za największe jak dotychczas przedsięwzięcie integracyjne Wspólnoty – był kontestowany⁷⁹. Obawiano się jego bliskich powiązań z Margaret Thatcher, znanej ze swoich antyintegracyjnych poglądów.

Obawy te okazały się nieuzasadnione. Przede wszystkim zmieniło się samo nastawienie do rządu londyńskiego do Wspólnoty. Brytyjczycy po raz pierwszy poczuli realne zagrożenie możliwością ich wykluczenia z określonych przedsięwzięć. Idea Europy dwóch szybkości była poważnie rozważana przez Mitteranda i Kohla przed szczytem w Fointainbleau w trakcie negocjacji z Brytyjczykami w sprawach budżetowych⁸⁰.

⁷⁸ Jak wielką wagę przykładął Delors do treści swojego inauguracyjnego wystąpienia przed PE, świadczy czas jaki poświęcił on na jego napisanie: *Rozpocząłem redagować swoje przemówienie w listopadzie i grudniu 1984 roku, by być gotowy na dzień objęcia przez nas funkcji to jest 7 stycznia 1985 roku, a wystąpiłem w Parlamencie 14 stycznia, op. cit., J. Delors, Mémoires, Paryż 2004, s. 198.*

⁷⁹ Geoffrey Howe od 1983 roku sekretarz stanu ds. zagranicznych w gabinecie pani Thatcher stwierdził, że nominacje lorda Cofielda była spowodowana między innymi jego *single – mindedness in our cause, op. cit., G. Howe, Conflict of Loyalty, Londyn 1994, s. 405.*

⁸⁰ Prezydent Francji w tamtym okresie poważnie rozważał możliwość izolowania Brytyjczyków. Uznał, że Europa może integrować się bez udziału Wielkiej Brytanii, jeżeli ta nie zgodzi się na kompromis. Ta możliwość była wiele razy dyskutowana przez wysokich urzędników we Francji i Niemczech. Taktyka „groźby wykluczenia” miała skłonić Thatcher do jej większego umiarkowania w stawianych żądaniach. Kohl i Mitterand z rozmysłem twierdzili, że trzeba się zdecydować na model Europy dwóch szybkości (*Europe a deux vitesses*), by umożliwić tym, którzy będą chcieli przyspieszyć integrację europejską, możliwość zawierania własnych porozumień, bez czekania na zapóźnionych. Mitterand apelował o zwołanie konferencji, na której przedyskutowano by nowy rozruch Wspólnoty pomiędzy tymi państwami członkowskimi, które „wstałyby i zostały policzone”. W swym przemówieniu do Parlamentu Europejskiego w maju 1984 r. podjął znowu ten temat, mówiąc otwarcie o potrzebie Europy o „zmiennej geometrii” (*geometrie variable*). Premier Francji zapowiedział, że jeśli zgoda co do budżetu nie zostanie osiągnięta, jego rząd zwoła spotkanie bez Brytyjczyków, by przedyskutować różne projekty reform. Dumas swoją groźbę budowania Europy dwóch szybkości ponowił w trakcie wizyty Thatcher w Pałacu Elizejskim. Ze swojej strony Kohl wspominał krótko potem, że „decydujące warunki” zostały stworzone, by ruszyć w kierunku ukończenia budowy wspólnego rynku oraz wprowadzenia głosowania większością głosów w Radzie. Zaapelował o podjęcie działań w kierunku większej jedności europejskiej niezależnie od tego, czy wszystkie kraje wyrażą na to swą zgodę.

Nie bez znaczenia dla wspólnej decyzji o potrzebie urzeczywistnienia jednolitego rynku był nacisk kręgów przemysłowych, zarówno w Wielkiej Brytanii, jak i na Kontynencie. Na kilka dni przed wystąpieniem Delorsa przed Parlamentem Europejskim, prezes koncernu Phillipsa, Weisser Dekker zareprezentował w Brukseli (11 stycznia 1985 roku) w imieniu własnym i wielkich przedsiębiorstw europejskich program zatytułowany „Europa 1990” (*Europe 1990: An Agenda for action*). W Programie tym zaproponował w przeciągu 5 lat usunięcie wszelkich barier technicznych w swobodnym przepływie towarów, harmonizację podatkową i standaryzację norm⁸¹. W programie zawarto również postulat utworzenia wspólnego rynku informatycznego⁸².

Przyspieszeniu integracyjnemu Wspólnoty sprzyjała ponadto silna presja konkurencyjna ze strony USA i Japonii oraz nowo uprzemysłowionych krajów Azji Południowo-Wschodniej. Kraje te z różnych względów lepiej dostosowywały się do zmieniającej się sytuacji na rynku światowym (głównie przez rozwój nowych technologii lub lepszą ich absorpcję) i stały się bardziej konkurencyjne w porównaniu z Europą. Ponadto kraje te, głównie Stany Zjednoczone i Japonia, podjęły kroki w kierunku rozszerzenia swych rynków zbytu poprzez rozwój współpracy z krajami sąsiednimi. Nie bez znaczenia były również negatywne doświadczenia kryzysu lat 70. (kryzys energetyczny, walutowy), kiedy okazało się, że jego przezwyciężenie jest niemożliwe w pojedynkę przez poszczególne kraje⁸³.

Należało stworzyć program ze ścisłym określeniem terminów zniesienia granic geograficznych technicznych i fiskalnych, uniemożliwiających realizację czterech swobód. Jeżeli chodzi o bariery fizyczne, należało doprowadzić do całkowitej eliminacji kontroli granicznych do 1992 roku, przykładowo zastąpienia około siedemdziesięciu formularzy wymaganych dotychczas od kierowców ciężarówek przekraczających granice jednolitym dokumentem. Równolegle postulowano zniesienie jakiegokolwiek kontroli w stosunku do obywateli Wspólnoty na granicach wewnętrznych. Jeżeli chodzi o bariery techniczne – przedstawiono program ujednoczenia krajowych norm dotyczących tysięcy różnych produktów i procesów

⁸¹ Mimo braku ceł, ten sam towar miał inne ceny w różnych krajach, bo był w różny sposób opodatkowany. Na granicach nadal kontrolowano import, aby go opodatkować mimo, że zrezygnowano z jego oclenia. I tak według stanu z 1991 roku średnia stopa podatku od wartości dodanej wynosiła w Luksemburgu i w Hiszpanii 12%, w Niemczech 14%, w Wielkiej Brytanii 15%, w Grecji 16%, w Portugalii 17%, w Holandii 18,5%. We Francji 18,6% w Belgii i Italii 19% w Danii 22% i w Irlandii 23% ceny detalicznej towaru. *Op. cit.*, J. Krasuski, Europa Zachodnia, Dzieje Polityczne 1945–1993, Warszawa 1995, s. 329.

⁸² Szerzej na temat programu Dekkera A. Moravcsik, *The choice for Europe*, Londyn 1999, s. 355; zob. również B. Olivi, *L'Europe difficile*, Paryż 2001, s. 353.

⁸³ S. Swadzba, *Procesy integracyjne w Unii Europejskiej w latach osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych*, w kontekście procesów transformacyjnych w gospodarce światowej, w pracy zbiorowej *Integracja Europy*, Warszawa 1996, s. 172.

produkcyjnych oraz zastąpienia ich zasadą wzajemnego ich uznawania. W sferze fiskalnej zawarto propozycje stopniowego ujednoczenia stóp podatku VAT i opłat akcyzowych. Według Komisji byłoby dobrze, gdyby stawki nie różniły się więcej niż $\pm 2,5\%$ od przyjętej stawki lub stopy standardowej.

W zakresie swobodnego przepływu siły roboczej, pracowników wolnych zawodów, jak i pracowników najemnych, dzięki szerokiemu orzecznictwu w tej materii Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, bariery w dużej mierze zostały usunięte. W Białej Księdze zaproponowano usunięcie ostatnich ograniczeń, szczególności co do zasad przyznawania przez kraje członkowskie prawa pobytu. Stwierdzono, że konieczne jest przyspieszenie prac harmonizujących wzajemne uznawanie dyplomów i uprawnień do wykonywania wolnych zawodów.

Ponadto określono, że konieczna jest liberalizacja przepisów dotyczących zamówień publicznych, ustanowienia wspólnego rynku usług transportowych, bankowych, ubezpieczeniowych, swobodnego przepływu kapitału, przyjęcia wspólnotowego systemu znaków towarowych i usunięcia barier dla tworzenia przedsiębiorstw obejmujących swą działalnością obszar wspólnotowy.

W rezultacie księga była bardzo obszernym dokumentem. Zawierała około 300 propozycji aktów prawnych różnorodnych inicjatyw, których terminy wprowadzenia zostały ściśle określone. Terminy te miały obowiązywać Komisję, która w odpowiednim czasie powinna występować z inicjatywą legislacyjną i przedkładać projekty rozporządzeń i dyrektyw, ale również Radę Ministrów, która w wyznaczonych terminach miała je przyjąć.

Biała Księga Komisji została przedstawiona na posiedzeniu Rady Europejskiej w Mediolanie, 28–29 czerwca 1985 roku. Mimo ogólnego entuzjazmu, jaki towarzyszył jej akceptacji, wśród polityków i kręgów biznesowych panował nastrój dużego sceptycyzmu i pytanie, czy tak ambitnie zakreślony program może być w ogóle zrealizowany. Program jednak wykonano, dzięki determinacji Delorsa i lorda Cocfielda (został on wybrany podobnie jak Delors na drugą kadencję). Obowiązująca na mocy przyjętego Aktu Jednolitego procedura głosowania większościowego umożliwiła państwom członkowskim szybsze dochodzenie do kompromisu (nikt nie chciał być przegłosowany), co zaowocowało do 31 grudnia 1992 roku przyjęciem ponad 90% zaproponowanych aktów prawnych.

Realizacja programu Białej Księgi przez siedem lat wpływała na codzienne działania Wspólnoty. Zaktywizowała życie polityczne, ale przede wszystkim – życie gospodarcze. Nigdy jak do tej pory w historii działania Wspólnoty nie wzbudziły tak szerokiego zainteresowania. Jeszcze przed przedstawieniem Białej Księgi przed Radą Europejską w czerwcu 1985 roku, operacja „jeden rynek” (określenie definitywnie przeszło do potocznego języka mediów) była szczegółowo badana w różnych sektorach gospodarczych. Analizowano korzyści i koszty niezbędnych

dostosowań, budowano nowe strategie działania. Konsumenci liczyli na obniżenie się cen, niektórzy obawiali się utraty pracy i bezrobocia (np. służby celne). To wszystko wywoływało ożywione dyskusje i znajdowało swoje odbicie w mediach, co w sposób naturalny wzmacniało jeszcze bardziej zainteresowanie projektem. W ciągu nadchodzących miesięcy i lat, kiedy decyzja wspólnotowa została podjęta, a cel jasno wyrażony, operacja zdołała zmobilizować uwagę wszystkich obywateli w skali nigdy dotąd nie notowanej, stając się podstawą zajęć i programów publicznych i prywatnych gospodarki wspólnotowej. Nigdy dotąd nie obserwowano takiego zaangażowania społecznego, a było ono spowodowane przede wszystkim użytecznością i wiarygodnością propozycji⁸⁴.

Integracja wokół budowy jednolitego rynku stała się kołem zamachowym dla integracji politycznej i zmian instytucjonalnych. Urzeczywistnienie jednolitego rynku wymagało istotnych zmian politycznych.

Trudno jest dzisiaj odpowiedzieć na pytanie, czy w momencie rozpoczęcia pracy nad Białą Księgą Delors i Cofield byli świadomi, że ich dzieło zaowocuje podpisaniem nowego Traktatu. Większość polityków zdawała sobie sprawę, że zbudowanie jednolitego rynku będzie bardzo utrudnione, jeżeli 90% decyzji aplikacyjnych – zgodnie z zapisami Traktatu Rzymskiego – będzie musiało być podejmowane jednogłośnie. Zmiana wymagała albo modyfikacji obowiązujących w tym zakresie norm, albo uchwalenia nowego Traktatu. Podczas całej prezydencji włoskiej (pierwsze półrocze 1985 roku) trwała dyskusja, za którym wariantem należy się opowiedzieć.

Podstawą dyskusji był raporty Komitetu Doodge'a i Adonnina, jak również propozycje Spinnellego. Przeważała opcja za zwołaniem nowej Konferencji Międzypaństwowej. Przeciwnikami uchwalenia nowego Traktatu byli Grecy, Duńczycy i Brytyjczycy. Ci ostatni stali na stanowisku, iż wystarczy wprowadzić system oparty na możliwości wstrzymania się od głosu bez potrzeby wprowadzania zmian instytucjonalnych. Stanowisko brytyjskie było powtórzeniem idei zawartych w przedstawionym przez M. Thatcher w Fontainbleau dokumencie „Europa Przyszłości”. Wielka Brytania nie wyrażała zgody na zmiany kompetencji poszczególnych instytucji wspólnotowych, w tym zwiększenia uprawnień Parlamentu Europejskiego.

⁸⁴ Istotnym jest tu raport Paolo Cecchiniego, który przewodniczył grupie analityków badających korzyści wynikające z urzeczywistnienia jednolitego rynku (oryg. ang. raportu *The Cost of Non - Europe*). W raporcie przewidziano, że potencjalny wzrost dobrobytu w 12 państwach członkowskich dojdzie do 216 miliardów Ecu lub, 4,5, PKB każdego państwa członkowskiego, obniżenie cen o około 6%. Raport został opublikowany w 1988 r. i opierał się na analizie 11 tysięcy przemysłowych i ekonomicznych modeli, przewidywał on również powstanie 2 milionów nowych miejsc pracy. Szerzej na temat raportu Cecchiniego zob. F. Emmert, M. Morawiecki, Prawo Europejskie, PWN, Warszawa-Wrocław, s. 24, Dick Leonard, Przewodnik po Unii Europejskiej, Warszawa 1998, s. 133.

Opinia publiczna w krajach członkowskich była podzielona. Odpowiedzi, jak zwykle w tego typu sondażach, zależały od treści postawionego pytania. Według danych Barometru z czerwca 1985 roku na pytanie, czy jesteś za unią polityczną, 43% ankietowanych w dziesięciu krajach nie miało swojego własnego zdania, natomiast na pytanie, czy jesteś za projektem Spinello, a więc projektu unii o charakterze federalnym, 43% w respondentów w skali Wspólnoty było *za*, w tym 51% w Krajach Beneluksu, 56% w Włoszech, 16% w Danii i 23% w Wielkiej Brytanii⁸⁵.

Największymi zwolennikami uchwalenia nowego Traktatu byli deputowani europejscy. Propozycja Parlamentu zawarta w przedłożonym projekcie Traktatu o Unii Europejskiej okazała się najbardziej radykalna w swoich federalistycznych rozwiązaniach i umacniała w sposób znaczący rolę PE. Warto również odnotować, że w projekcie parlamentarnym w art. 47 przewidziano zakończenie budowy jednolitego rynku w drodze etapowej eliminacji – w ciągu 2, 5 i 10 lat – wszystkich barier ograniczających wolny rynek kapitału i usług oraz zniesienie granic wewnętrznych Oprócz projektu Parlamentu w Mediolanie miały być dyskutowane również raporty Komitetu Dooge'a i Komitetu Andonnina, jak również Deklaracja Solenna Genschera- Colombo. Odrębnym tematem było podjęcie decyzji w sprawie przyjęcia Białej Księgi i jej realizacji.

Należy zwrócić uwagę na kontekst czasu Rady w Mediolanie. Wojna Falklandzka już wcześniej uzmysłowiła wszystkim, że bliższa współpraca polityczna i bezpieczeństwa państw członkowskich Wspólnoty jest konieczna. Zmiana władzy w Związku Radzieckim, nominacja w marcu 1985 roku Michała Gorbaczowa na stanowisko sekretarza generalnego KPZR napawała optymizmem, ale i pewnym niepokojem. Nikt w tamtym okresie nie mógł przewidzieć rewolucyjnych zmian, jakie miała przynieść najbliższa przyszłość⁸⁶.

⁸⁵ Jeżeli chodzi o pytania z zakresu jednolitego rynku – tu poparcie było znacznie większe. Na pytanie, czy jesteś za zniesieniem granic wewnętrznych i cel w skali Wspólnoty 59% respondentów było *za* w tym 85% w Belgii, 81% w Niemczech, 68% w Holandii, 81% we Francji. Szerzej o wynikach sondaży opinii publicznej przeprowadzonych w tym okresie zob. Marie-Therese Bitsch, *Histoire de la construction européenne*, Bruksela 2001, s. 228.

⁸⁶ Rozumiała to również pragmatyczna Pani Thatcher, *Miałam nadzieję, że pierwszym ważnym krokiem będzie dokument, który opracowałam z Geoffreyem Howe'em na posiedzenie w Mediolanie (...) Najważniejszy element dotyczył współpracy politycznej, która w normalnym języku oznacza politykę zagraniczną. (...) W owym czasie istniało kilka powodów do obrania takiego stanowiska. Wojna Falklandzka udowodniła mi, jak cenna byłaby wola wszystkich państw członkowskich do popierania jednego z nich gdy znajdzie się w trudnej sytuacji. Prezydent Mitterand był wówczas naszym lojalnym sojusznikiem lecz niektóre państwa Wspólnoty zawahały się, zaś nastawienie jednego lub dwóch innych było wprost wrogie. Bodaj jeszcze ważniejsza była potrzeba jedności wśród Państw Zachodu w stosunkach z blokiem wschodnim. Współpraca w zakresie polityki zagranicznej w ramach Wspólnoty Europejskiej wzmocniłaby Zachód dopóki sprawą nadrzędną pozostawałyby dobre stosunki ze*

Tygodnie poprzedzające datę Szczytu Mediolańskiego (28–29 czerwca) wypełnione były licznymi spotkaniami dyplomatycznymi różnego szczebla. Przewodniczący prezydencji włoskiej premier Bruno Craxi odwiedzał kolejno swoich kolegów w krajach członkowskich, sondując ich opinie co do możliwości uchwalenia nowego traktatu. W trakcie rozmów stanowiska poszczególnych państw zaczęły się krystalizować. 25 czerwca minister spraw zagranicznych Włoch Gulio Andreotti w artykule opublikowanym w *Corriere della Sera* przedstawił stanowisko swojego rządu. Rząd włoski uznał potrzebę wypracowania koncepcji Unii Europejskiej, uznając raport Dooge’a jako wyjściowy materiał do dyskusji⁸⁷.

Francja do ostatniej chwili formalnie nie ujawniała swojego stanowiska. W przeddzień Szczytu 27 czerwca rzecznik prasowy Pałacu Elizejskiego przedstawił cztery punkty, które zdaniem Francji winny się znaleźć w centrum dyskusji:

- Europa technologii,
- Europa obywateli,
- Europa ekonomiczna i socjalna,
- Unia Europejska.

Do każdego z wymienionych punktów były przypisane odpowiednie zalecenia. I tak, Europa technologii miała zostać skonstruowana (*a construire*) Europa Obywateli przyspieszona (*a accélérer*) Europa ekonomiczna i socjalna udoskonalona (*a perfectionner*), Unia Europejska zbudowana (*a fonder*)⁸⁸. Stanowisko Francji było bardzo ogólne, bez jasnego opowiedzenia się za czy przeciw zwołaniu Konferencji Międzyrządowej.

Po wystąpieniu rzecznika prasowego Mitteranda nikt się nie spodziewał tego, co miało się zdarzyć w Niemczech kilka godzin później. Kanclerz Kohl w wystąpieniu przed Bundestagiem ogłosił, że Francja i Niemcy zdecydowały przedstawić Radzie Europejskiej swój wspólny projekt traktatu o Unii Europejskiej. Inicjatywa francusko-niemiecka była dla wszystkich całkowitym zaskocze-

Stanami Zjednoczonymi. Jednakże nie chciałam nowego traktatu jako dodatku do Traktatu Rzymskiego. Wierzyłam, że mogliśmy zarówno osiągnąć ściślejszą współpracę w sferze polityki jak i uczynić postęp w kierunku jednolitego rynku bez tego rodzaju układu. Moja intuicja ostrzegala mnie przed tym, czym mogą się okazać federalistyczne fantazje, gdybyśmy otworzyli tę puszkę Pandory, M. Thatcher, Lata na Downing Street, Gdańsk, s. 494.

⁸⁷ Andreotti w artykule nie odniósł się do najbardziej istotnego pytania. Czy Rada Europejska w Mediolanie ma podjąć decyzje o zwołaniu Konferencji Międzyrządowej i określić jej mandat do opracowania tekstu nowego mandatu czy też ograniczyć się do nowelizacji Traktatu Rzymskiego. To *nieodpowiedzenie* ministra było zrozumiałe ze względu na sprawowaną w tym czasie przez Włochy rezydencje.

⁸⁸ Por. B. Olivi, *L'Europe difficile*, Paryż 2001, s. 371. Dość ogólne stanowisko Francji bez wyraźnego opowiedzenia się za uchwaleniem nowego Traktatu można wytłumaczyć obawami Mitteranda, który liczył się z ewentualną przegraną socjalistów w nadchodzących wyborach parlamentarnych i nie chciał zrażać wyborców przeciwnych wizji zfederalizowanej Europy.

niem a sam projekt traktatu został przesłany krajom członkowskim na kilka godzin przed rozpoczęciem obrad⁸⁹. Projekt francusko-niemiecki zawierał propozycje w sprawach wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa. Zaproponowano stworzenie Unii Europejskiej w miejsce Wspólnot. Na czele Unii miała stać Rada Europejska z powoływanym na cztery lata sekretarzem generalnym, mającym do pomocy zespół współpracowników, nominowanych na okres dwóch lat. Ministrowie spraw zagranicznych mieli się spotykać co najmniej cztery razy do roku, podejmując decyzje w procedurze międzyrządowej⁹⁰.

Zaskakująca inicjatywa francusko-niemiecka, nie konsultowana z partnerami spowodowała, że Szczyt w Mediolanie rozpoczął się w atmosferze wzajemnej nieufności. Dla Margaret Thatcher nowy projekt traktatu był równoznaczny z odrzuceniem jej propozycji zacieśniania współpracy politycznej bez potrzeby jego uchwalenia. Brytyjskie stanowisko w tym zakresie Thatcher przedstawiła w maju Kohlowi i Miettrandowi sądząc, że obydwaj politycy stanowisko to zaakceptowali. Spotkało ją rozczarowanie, w szczególności, że prasa brytyjska przedwcześnie zaczęła pisać o sukcesie brytyjskiej dyplomacji i zawarciu „kompromisu z Mediolanu”. Kraje Beneluksu brytyjskie doniesienia prasowe odebrały jako nowe porozumienie brytyjsko-francusko-niemieckie i zgodę na brytyjskie minimum.

Początek obrad nie rokował powodzenia. Zdecydowana odmowa Wielkiej Brytanii Danii i Grecji, mało stanowcza postawa Niemiec i Francji, zwątpienie

⁸⁹ Jak wielkie było zaskoczenie wśród polityków świadczą słowa Delorsa, który pomimo swojej funkcji o inicjatywie francusko-niemieckiej nic nie wiedział: *Gdy przyjechałem do Mediolanu czekała na mnie wielka niespodzianka. Francuzi właśnie dystrybuowali projekt traktatu. Pytanie do Delorsa Więc Pan nigdy przedtem nie słyszał o tym projekcie? Ani ja, ani prezydencja włoska. Wkrótce po przyjeździe do hotelu zwołałem swoich pracowników (...). Po pierwszym przeczytaniu (powiedziałem im) to mi przypomina plan Foucheta numer dwa Oczywiście nikt z zebranych nie sądził, że będzie potrzeba zabrania ze sobą planu Foucheta. Jednakże niezastąpiony Francois Lamoureux wyjął ze swojej wielkiej teczki Pierwszy i Drugi plan Foucheta, ten drugi poprawiony ręką samego Generała de Gaulle'a, J. Delors, Memoires, Paryż 2004, s. 208.*

⁹⁰ Według Delorsa prawdopodobnie tekst projektu został napisany przez najbardziej zaufanych doradców obydwu polityków, Jacquesa Attaliego i Horsta Teltschika. Sam Delors uważał przedstawiony projekt za przedwczesny: *Ten projekt, który się znalazł jak włos w zupie, miał w moich oczach dwie wady: po pierwsze, nie odpowiadał celowi, który szefowie rządów, sami uznali za główny, to znaczy stworzeniu Europy gospodarczej. Po drugie, stanowił on poważny wyłom w metodzie wspólnotowej, do której byłem, i wciąż jestem przywiązany, Nawet jeśli zawsze stałem na stanowisku, że Unia Europejska, a w tamtym czasie Wspólnota Europejska, jest jednocześnie związkiem ludów i związkiem państw. To zaś implikuje dobry kompromis między metodą wspólnotową, a metodą międzyrządową. Jednak w projekcie francusko-niemieckim, tak jak w planie Foucheta, nacisk kładziono wyłącznie na metodę międzyrządową. Mogę powiedzieć, że pozostałe rządy nie były zachwycone. (...) Kohl nie nalegał specjalnie, gdy wyraziłem mu swoje zaskoczenie, że zarzucił metodę wspólnotową i nie zajął się środkami realizacji Europy gospodarczej. Co do Mitteranda, podszedłem do niego dość brutalnie, a kiedy powiedziałem mu „A zatem stał się pan zwolennikiem Planu Foucheta?”, zrobił zaskoczoną minę. Ibidem, s. 209.*

i irytacja krajów Beneluksu nie rokowały przełomu w niekończących się dyskusjach⁹¹.

Delors mógł być po pierwszym dniu obrad zdenerwowany. Nie wierząc w osiągnięcie porozumienia, przedstawił plan minimum, niezbędny do realizacji postanowień Białej Księgi. Zaproponował nowelizacje artykułów Traktatu Rzymskiego. Artykułu 57 par. 2 (dzisiaj art. 47) dotyczącego wolności działalności prowadzonej na własny rachunek, artykułu 99 (dzisiaj art. 93) o harmonizacji podatków pośrednich i artykułu 100 (dzisiaj art. 94) dotyczącego harmonizacji przepisów mających wpływ na ustanowienie i funkcjonowanie wspólnego rynku. W tych trzech przypadkach jednogłośność miała być zastąpiona głosowaniem większościowym.

Przedłużający się impas w rozmowach przerwał przewodniczący Radu Bettino Craxi, który zdecydował się na rzecz dotychczas niespotykaną. Craxi – mając obok siebie eksperta od zagadnień wspólnotowych, ambasadora Renato Ruggiero – postanowił wymusić konferencję międzyrządową, poprzez podjęcie decyzji w tej sprawie większością głosów członków Rady Europejskiej⁹². W ciągu dwóch dni to, co zapowiadało się na wielkie zwycięstwo dyplomacji brytyjskiej, przekształciło się w głębokie upokorzenie pani Thatcher.

W każdym razie, ku mojemu zdumieniu i oburzeniu pan Craxi zarządził głosowanie i Rada większością głosów postanowiła zwołać Konferencję Międzyrządową. Zmarnowałam więc mnóstwo czasu. Musiałam stanąć przed Izbą Gmin i wyjaśnić, dlaczego wielkie nadzieje związane z Mediolanem zostały zniweczone. A ja nie miałam nawet okazji, żeby pójść do opery⁹³.

Głosowanie zostało przeprowadzone na mocy uchylonego już dzisiaj artykułu 236, paragrafu 2, Traktatu o EWG. Zdaniem większości prawników, z punktu widzenia prawa głosowanie to było jak najbardziej prawomocne. Inną opinię mieli Brytyjczycy. Jednak brytyjska premier, mimo swojego głębokiego niezadowolenia, nie podważyła rezultatu głosowania, choć znalazła się w mniejszości, razem z Danią i Grecją⁹⁴.

Mandat przyznany Konferencji Rządowej był bardzo szeroki. Konferencja miała przygotować projekt traktatu w materii wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa na bazie propozycji niemiecko-francuskiej i brytyjskiej. Zadaniem Konferencji było również przygotowanie nowelizacji traktatu o EWG, wypraco-

⁹¹ W przeddzień szczytu w Mediolanie 27 czerwca Ruch Europejski, na placu przed mediolańską katedrą zorganizował wielką manifestację poparcia dla procesu pogłębienia integracji.

⁹² Rzykową decyzję Craxiego Delors określił jako: *Coup de théâtre – po raz pierwszy w historii na żądanie Bettino Craxiego, który przewodniczył, Rada Europejska została zaproszona do głosowania. Ibidem*, s. 215.

⁹³ M. Thatcher, *Lata na Downing Street*, Gdańsk 1996, s. 498.

⁹⁴ Zob. szerzej: B. Olivi, *L'Europe difficile*, Paryż 2001, s. 377.

wanie nowego mechanizmu decyzyjnego, rozszerzenie systemu głosowania większościowego na nowe dziedziny i dokonanie niezbędnych zmian instytucjonalnych. Ostateczny rezultat, pomimo początkowej niepewności, okazał się dużym sukcesem. Z drugiej strony obrady Rady wykazały kolejny raz głębokie różnice między państwami członkowskimi co do wizji przyszłości Europy⁹⁵.

Z pośród trzech krajów, które przeciwstawiły się konferencji międzyrządowej w Mediolanie, Grecja była zadowolona z obietnicy znacznej pomocy gospodarczej, Dania z jednolitego rynku i zapowiedzi dialogu społecznego. Dla Wielkiej Brytanii najważniejsze reformy zdawały się ograniczać do kwestii związanych z wprowadzeniem rynku wewnętrznego. Rząd brytyjski nie od razu zrozumiał, że ustanowienie jednolitego rynku otwierało drogę dla nowych reform i w sposób logiczny miało z czasem doprowadzić do Maastricht. Można przypuszczać, że gdyby brytyjskie rozumienie wszystkich implikacji wprowadzanych w 1985 roku było większe, Wielka Brytania zajęłaby inne stanowisko i do kompromisu by nie doszło. Francja, Niemcy i kraje Beneluksu były w szczególności zadowolone z reform o charakterze instytucjonalnym. Logikę federacyjną trzeba było wprawdzie zarzucić, ale i z drugiej strony tak droga Brytyjczykom zasada współpracy międzyrządowej nie została przyjęta. Rozszerzono kompromisowo zakres decyzji podejmowanych większością głosów na niemal wszystkie sprawy związane z wykończeniem budowy rynku wewnętrznego (wyjątkiem były kwestie podatkowe).

Integracja wspólnotowa uczyniła zatem kilka kroków do przodu. Zwiększono, dość symbolicznie wprawdzie, kompetencje Parlamentu Europejskiego, który uzyskał zwiększenie swych praw do wprowadzania poprawek do aktów legislacyjnych w drugim czytaniu. Dominującą pozycję zachowała jednak Komisja, która też pozostała odpowiedzialna za dialog z Radą, ostatecznym decydem. Jacques Delors okazał się w ten sposób jednym z głównych „wygranych” negocjacji i wielokrotnie powtarzał później, że Akt Jednolity jest jego „ulubionym traktatem”. Znacznie mniej entuzjastyczne było stanowisko Parlamentu, który oczekiwał większego zwiększenia swej władzy i który 11 grudnia próbował jeszcze przeforsować poprawki do traktatu, zmieniające jego relacje z Komisją, na jego korzyść. Powo-

⁹⁵ Delors przemawiając 2 lipca w PE przed komisją instytucjonalną tak scharakteryzował, wizje poszczególnych państw i polityków co do przyszłości Wspólnoty: *Są szefowie rządów, którzy jednocześnie wyznają różne koncepcje. a) są przede wszystkim ci którzy chcą wyłącznie strefy wolnego handlu i współpracy w polityce zagranicznej; b) na drugim miejscu są kraje, które chcą konstruować integrację ekonomiczną i które sądzą, że nie można jej budować, po to by następnie przykryć ją dachem politycznym; c) na trzecim miejscu są ci, którzy krzyczą o Europie, ale nie chcą się angażować razem z krajami, których politykę ekonomiczną uważają za niesprawiedliwą i wola Wspólnotę zredukowaną do jej najprostszego wyrazu; d) wreszcie są ci, którzy odkryli współpracę międzyrządową, lub których zawsze ona pociągała.* Cyt za: B. Olivi, *ibidem*, s. 379.

lywano się na obiekcje Włoch i Danii, niezbyt zadowolonych z ostatecznego kształtu reformy. Wysiłki te spełzły jednak na niczym.

Jednolity Akt Europejski po ratyfikacjach w krajach członkowskich wszedł w życie 1 lipca 1987 roku⁹⁶. Był to pierwszy akt prawny od czasów Traktatów Rzymskich, który wprowadził istotne zmiany we wspólnotowym prawie pierwotnym⁹⁷.

4. Wolność gospodarcza w Unii Europejskiej jako prawo podstawowe

Wolność gospodarcza w Unii Europejskiej zaliczana jest do kategorii praw podstawowych człowieka. Początkowo we wspólnotowym prawie pierwotnym nie było normatywnego odniesienia do tych praw. Historycznie integracja europejska była realizowana w strukturach Wspólnot Europejskich i w strukturach Rady Europy (w mniejszym stopniu w strukturze Unii Zachodnioeuropejskiej). Celem Wspólnot była integracja ekonomiczna. Jednak konstrukcja jakiegokolwiek wspólnoty oparta tylko na fundamencie ekonomicznym zawsze okazuje się niewystarczająca. Te lukę starała się wypełnić Rada Europy, która za główny cel swojego działania postawiła ochronę praw człowieka. Rezultatem prac Rady stało się uchwalenie w 1950 roku Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Konwencja ta została ratyfikowana przez wszystkie państwa członkowskie Rady Europy a tym samym państwa członkowskie Unii Europejskiej.

Brak w traktatach założycielskich odniesienia normatywnego do katalogu podstawowych praw człowieka i obywatela stworzył problem priorytetu stosowania prawa wspólnotowego przed prawami krajowymi⁹⁸. Niektóre państwa odmawiały uznania prymatu prawa wspólnotowego skoro prawo to nie respektowało praw jednostki gwarantowanych przez konstytucje krajowe⁹⁹. Prawna niemożli-

⁹⁶ W Irlandii wniesiona została skarga do Sądu Najwyższego co do zgodności traktatu z konstytucją. Po rozpatrzeniu sprawy dokumenty ratyfikacyjne zostały przekazane przez Irlandię 27 czerwca 1987 r.

⁹⁷ W literaturze polskiej szerzej o treści Aktu zob. J. Barcz, A. Koiliński, *Jednolity Akt Europejski. Zagadnienia prawne i instytucjonalne*, Warszawa 1991, W. Grabska, *Koncepcja i praktyka integracji w EWG*, Warszawa 1988, K. Wiaderny-Bidzińska, *Polityczna integracja Europy zachodniej*, Toruń-Warszawa 1999.

⁹⁸ Traktaty założycielskie odwołują się w kilku miejscach do praw zasadniczych (zakaz dyskryminacji, swoboda przepływu osób) jednakże nie formułują ich katalogu.

⁹⁹ W 1974 r. zachodnioniemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że dopóki Wspólnoty nie wypracują katalogu praw zasadniczych wspólnotowe prawo wtórne będzie podlegało kontroli pod kątem jego zgodności z prawami zasadniczymi określonymi w Konstytucji RFN Teza tego orzeczenia (sprawa Solange-Beschluss) została uchylona w orzeczeniu z 1978 r. w sprawie Solange II, w którym FTK uznał, że w praktyce Wspólnot zapewnione jest przestrzeganie praw zasadniczych.

wość (ograniczenia kompetencyjne – opinia 2/94 ETS)¹⁰⁰ przystąpienia Wspólnot do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie oznaczała braku poszukiwań wypełnienia zaistniałej niespójności. Pierwszą instytucją, która podjęła działania na rzecz ochrony praw jednostki był, z racji swojej funkcji, Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

ETS w wyroku wstępnym w sprawie Stauder przeciwko Miastu Ulm (12 listopada 1969 roku) zaliczył prawa podstawowe w poczet zasad ogólnych prawa wspólnotowego¹⁰¹. Tę samą opinię podzielił w sprawie 11/70 Internationale handelsgesellschaft GmbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. W uzasadnieniu orzeczenia stwierdził między innymi: *Poszanowanie praw fundamentalnych stanowi integralną część ogólnych zasad prawa chronionych przez Trybunał Sprawiedliwości. Ochrona takich praw, inspirowana konstytucyjnymi tradycjami wspólnymi dla wszystkich państw członkowskich, musi być zagwarantowana w ramach struktur i celów Wspólnoty*¹⁰².

Najpełniej konieczność zabezpieczenia przez prawo wspólnotowe praw podstawowych ETS wyraził w sprawie J. Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung versus Komisja Wspólnot Europejskich, w której powód – firma J. Nold uznała, że wyłączenie jej z handlu węglem było równoznaczne z wywłaszczeniem. Decyzja Komisji w tym zakresie miała być podjęta, zdaniem skarżącego, z pogwałceniem prawa do wolności działalności gospodarczej oraz zasady proporcjonalności. Komisja natomiast uznawała, że ETS nie ma prawa interpretowania i stosowania zasad prawa wewnętrznego państw członkowskich, w tym norm konstytucyjnych. Jej zdaniem traktat EWWiS nie zawierał gwarancji praw nabytych.

W tezie orzeczenia ETS stwierdził co następuje: *Prawa zasadnicze stanowią część składową ogólnych zasad prawa, których przestrzeganie zapewnia Trybunał. Gwarantując te prawa, Trybunał ma obowiązek czerpać inspiracje z tradycji konstytucyjnej wspólnej państwom członkowskim i nie może utrzymywać środków, które są niezgodne z prawami zasadniczymi ustanowionymi i gwarantowanymi przez konstytucje tych państw. Podobnie umowy międzynarodowe dotyczące ochrony praw człowieka, przy których powstaniu państwa członkowskie współpracowały lub których są sygnatariuszami, mogą dostarczyć wzorców, które należy*

¹⁰⁰ Bezpośrednie przyjęcie przez Wspólnoty Konwencji okazało się niemożliwe. Według opinii ETS byłoby to równoczesne z rozszerzeniem Traktatów i w istotny sposób zmieniloby obowiązujący system prawny rozszerzając integrację na system instytucjonalny zarządzany prawem międzynarodowym. Ponadto zdaniem ETS w związku z tym, że Wspólnota korzysta wyłącznie z kompetencji powierzonych albo wynikających z art. 308 (235) TWE, brak jest podstawy kompetencyjnej do działania Wspólnoty w dziedzinie praw człowieka. Opinia 2/94 Rapport of the European Court of Justice 1996, s. 1579.

¹⁰¹ Sprawa 29/69, ECR 1969, s. 419.

¹⁰² Sprawa 4/73, ECR 1974, s. 491.

naśladować w ramach prawa wspólnotowego. Jeżeli prawa własności są chronione przez prawo konstytucyjne wszystkich państw członkowskich i jeżeli podobne gwarancje istnieją w doniesieniu do praw swobodnego wyboru i uprawiania handlu lub zawodu, powstałe przez te prawa, aczkolwiek dalekie od niewzruszonych prerogatyw, muszą być interpretowane w świetle społecznej funkcji własności i chronionych przez nie działalności¹⁰³.

W sprawie *L. Hauer versus Kraj Nadrenia – Palatynat* Trybunał uznał, że kwestia ewentualnego naruszenia praw zasadniczych przez akt organów Wspólnoty może być rozstrzygnięta wyłącznie w świetle prawa wspólnotowego. Wprowadzenie specyficznych kryteriów oceny wypływających z ustawodawstwa lub prawa konstytucyjnego poszczególnych państw członkowskich prowadziłoby, poprzez naruszanie materialnej jedności i skuteczności prawa wspólnotowego, do naruszenia jedności Wspólnego rynku i zagrożenia jedności Wspólnoty¹⁰⁴.

W kolejnych orzeczeniach ETS podkreślał wielokrotnie, że żadne przepisy prawa państw członkowskich, podobnie jak i prawa wspólnotowego, nie mogą być sprzeczne z prawami podstawowymi. Dorobek orzecznictwa w tym zakresie został wykorzystany przy późniejszym opracowywaniu Karty Praw Podstawowych.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wpłynęło na działalność legislacyjną Wspólnot. Początkowo odwoływanie się do katalogu praw podstawowych przybierało charakter aktów o charakterze politycznym. Pierwszą deklaracją w tym zakresie była tzw. Deklaracja Kopenhaska o tożsamości europejskiej (*l'identité européenne*) i z dnia 15 grudnia 1973 roku podjęta przez Radę Europejską w Kopenhadze. W Deklaracji uznano poszanowanie praw człowieka za jedną z fundamentalnych kategorii tożsamości europejskiej. W ślad za tą deklaracją trzy instytucje Wspólnoty, Parlament Europejski, Rada Ministrów i Komisja przyjęły wspólną

¹⁰³ ECR I 1974 s. 491 Obydwa cytowane orzeczenia w tłumaczeniu W. Czapliński, R. Ostriansky, P. Saganek, A. Wyrozumska, Prawo Wspólnot Europejskich Orzecznictwo, Warszawa 1997, tom I, s. 278–279.

¹⁰⁴ Sprawa 44/79 ECR 1979 s. 3727. Orzecznictwo ETS zakresie wolności przedsiębiorczości odnosi się nierzadko do prawa własności. Oba prawa podstawowe często występują łącznie. Jako przykład może służyć cytowane wyżej orzeczenie w sprawie *Hauer*. *L. Hauer* była właścicielką obszaru ziemi w okolicy Bad Durkheim. Wystąpiła do odpowiednich władz administracyjnych o zgodę na założenie na swojej ziemi winnicy. Uzyskała decyzje odmowną uzasadnioną tym, że ziemia ta nie nadawała się w świetle obowiązującego prawa do uprawy winorośli oraz że Rozporządzenie Rady 1162/76 z 17 maja 1976 roku zabraniało zakładania nowych winnic w tym regionie. Powódka stwierdziła, że wystąpiła o zgodę na założenie winnicy przed wejściem w życie rozporządzenia oraz że było ono sprzeczne z niektórymi przepisami konstytucji RFN.

ETS w obszernym uzasadnieniu odrzucił zarzut powódki uznając, że te same względy, które przemawiają za dopuszczalnością ograniczenia prawa własności, uzasadniają ograniczenia wolności gospodarczej w podobny sposób jak prawo własności, prawo do swobodnej działalności handlowej i zawodowej nie tylko nie stanowią niepodważalnej prerogatywy. Lecz muszą być oceniane z punktu widzenia społecznej funkcji.

deklarację o prawach podstawowych (5 kwietnia 1977 roku). W deklaracji podkreślono, że Wspólnota przywiązuje pierwszorzędne znaczenie do ochrony praw podstawowych zawartych w konstytucjach państw członkowskich i Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Poszanowanie praw podstawowych stało się zasadą w działalności organów Wspólnoty. W prawie pierwotnym po raz pierwszy bezpośrednio odniesienie do praw podstawowych znalazło się w preambule Jednolitego Aktu Europejskiego: *Zdecydowani razem popierać demokrację, w oparciu o fundamentalne prawa zagwarantowane w Konstytucjach i systemach prawnych państw członkowskich, Konwencji Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, oraz Europejskiej Karcie Społecznej a w szczególności w oparciu o wolność, równość i sprawiedliwość społeczną*¹⁰⁵.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, jak i deklaracje polityczne najwyższych władz Wspólnoty, nie równoważyły braku w prawie wspólnotowym regulacji praw podstawowych. Parlament Europejski wielokrotnie zwracał uwagę na konieczność uchwalenia katalogu praw podstawowych¹⁰⁶. W rezolucji z 12 kwietnia 1989 roku, zatytułowanej Deklaracja podstawowych praw i wolności, deputowani wymienili wszystkie kategorie tych praw, prawa osobiste, polityczne, gospodarcze socjalne i kulturalne. Jednakże rezolucja ta nie przybrała postaci obowiązującego prawa¹⁰⁷. Wcześniej Parlament podejmował różne próby tworzenia katalogu praw podstawowych w ramach prac nad projektami konstytucji europejskiej¹⁰⁸. Przykładowo, w projekcie Spinellogo wprowadzono rozdział

¹⁰⁵ Porównując teksty preambuł, Traktatu Paryskiego, Traktatów Rzymskich i Jednolitego Aktu Europejskiego wyraźny jest kontekst historyczny, czasu w których je podpisywano. Traktat Paryski zawarty kilka lat po wojnie, w trakcie trwania wojny koreańskiej odwoływał się do konieczności budowy pokoju i jego obrony. Traktaty Rzymskie zawarte w okresie stabilizowania się ówczesnego ładu światowego i podziału Europy odwoływały się przede wszystkim do konieczności budowania stałych więzi między narodami i rozwoju gospodarczego poprzez wspólne działanie na rzecz likwidacji barier dzielących Europę. W JAE jest zapowiedź budowania Unii Europejskiej. W Traktacie z Maastricht powołano się na historyczne znaczenie podziału kontynentu europejskiego oraz na potrzebę stworzenia trwałych podstaw pod budowę przyszłej Europy.

¹⁰⁶ Zob. szerzej: Respekt for Fundamental rights in the Eu – general development – goniec sobie odpoczywa, European Parliament Facts Sheets (strona internetowa PE www.europarl.eu.int/factsheets).

¹⁰⁷ Tekst Rezolucji w J. O 1989, C 120, s. 51. Zob. w języku polskim: Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe, przekład i opracowanie B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1966, s. 298–303.

¹⁰⁸ Podejście Spinellogo do problemu ewentualnej federalizacji Wspólnoty i powstania państwa europejskiego było niewątpliwie w dużej mierze *rewolucyjne*. Być może był to efekt jego komunistycznej przeszłości. W latach powojennych Spinelli snuł dość utopijne wizje powołania Kongresu ludu europejskiego, mającego dokonać zjednoczenia kontynentu bez oglądania się na oficjalne struktury państwowe. Pomysły takie dziwiły trochę u późniejszego wielkiego pragmatyka. Trzeba jednak dodać, że pewne podstawowe aspekty jego idei powróciły w zmienionej formie w latach 70. i okazały się bardzo racjonalne. Punktem wyjścia dla działalności Spinellogo w tym okresie była

zatytułowany: polityka społeczna, jako sumy polityk ukierunkowanych na rozwój i wzrost poziomu życia obywateli Wspólnoty. W rozdziale tym obok istniejących aktywności Wspólnoty, takich jak polityka regionalna, polityka społeczna, pojawiły się nowe dziedziny – kultura i informacja.

Raport Spinellogo pośrednio wpłynął na zaaprobowanie przez Radę Europejską w Strasburgu Wspólnotowej Karty Podstawowych Praw Socjalnych (9 grudnia 1989 roku)¹⁰⁹. Na mocy Traktatu Amsterdamskiego Karta ta stała się podstawą ochrony praw socjalnych we Wspólnocie (art. 136, s. 117 TWE)¹¹⁰.

W Traktacie z Maastricht powołującym Unię Europejską w art. F pkt. 2 zostało podkreślone, że Unia szanuje prawa podstawowe, gwarantowane w Kon-

zapowiedź pierwszych wolnych powszechnych wyborów do Parlamentu Europejskiego. Spinelli natomiast zrozumiał, że Parlament mający mandat od obywateli państw europejskich, uzyskany w demokratycznych wyborach, będzie swego rodzaju odpowiednikiem idealizowanego przez niego Kongresu ludu europejskiego. Parlament ten jako autentyczne przedstawicielstwo narodów Europy był instytucją najbardziej powołaną i predestynowaną, do wystąpienia z poważną inicjatywą polityczną zmierzającą do stworzenia Unii europejskiej o charakterze federalnym. Spinelli wybrany do Parlamentu Europejskiego (wciąż z ramienia Włoskiej Partii Komunistycznej) zaczął lobbować wśród swoich kolegów parlamentarzystów poparcie opracowania takiego projektu.

¹⁰⁹ Na posiedzeniu w Strasburgu Kartę społeczną przyjęło 11 państw za wyjątkiem Wielkiej Brytanii. Karta została zatwierdzona przez KES (Komitet Ekonomiczny i Społeczny) i Parlament. Przeciwna Kartce była Pani Thatcher. W znanym przemówieniu w Kolegium Europejskim w Brugii we wrześniu 1988 roku, stwierdziła między innymi: *Pozwólcie mi powiedzieć, stanowczo nie potrzebujemy nowych regulacji, które podnoszą koszty zatrudnienia i powodują, że europejski rynek pracy jest mniej elastyczny i mniej konkurencyjny w stosunku do dostawców z za oceanu. Jeżeli chcemy mieć statut spółek europejskich, trzeba by statut ten zawierał minimum regulacji. W wielkiej Brytanii jesteśmy przeciwni jakimkolwiek próbom wprowadzenia korporacyjności na poziom europejski. Jeżeli ktoś chce to zrobić, niech to robi w swoim kraju i tylko dla siebie.* Cytat z przemówienia M. Thatcher w Kolegium w Brugii w dniu rozpoczęcia roku akademickiego 20 sierpnia 1988 roku (tłum. własne). Delors w 1988 roku przewidywał że do 1993 roku co najmniej 80% ustawodawstwa gospodarczego w tym i społecznego będzie objęte regulacjami wspólnotowymi. Słowa Thatcher uwypukliły raz jeszcze spór pomiędzy zwolennikami szkoły neoliberalnej, uznających zbyt dalekie zaangażowanie państwa w politykę socjalną jako działania ograniczające rozwój ekonomiczny a zwolennikami państwa opiekuńczego. Ci ostatni uważali, że zrównanie standardów socjalnych we Wspólnocie zlikwiduje zjawisko dumpingu socjalnego, który pojawia się w momencie dużego zróżnicowania kosztów socjalnych ponoszonych przez przedsiębiorstwa.

¹¹⁰ Wcześniej w trakcie negocjacji nad Traktatem z Maastricht jedenaście z ówczesnych państw członkowskich postanowiło włączyć treść Karty socjalnej do nowego traktatu. Przeciwnikiem tego rozwiązania był następca Pani Thatcher, John Major. Zgłosił on brytyjskie *opt-out* do protokołu socjalnego stanowiącego załącznik do traktatu. Na mocy *opt-out* Wielka Brytania nie była związana regulacjami wspólnotowymi w zakresie polityki socjalnej. Efekty przyjęcia protokołu za cenę rozłamu we Wspólnocie były nikłe. Przyjęto zaledwie dwie dyrektywy w sprawie związków zawodowych i minimalnego wymiaru urlopu macierzyńskiego. Kiedy Wspólnota przyjęła dyrektywę na podstawie dotyczącą maksymalnego wymiaru czasu pracy, Wielka Brytania wystąpiła ze skargą do ETS twierdząc, że dyrektywa nie powinna być oparta na przepisach w zakresie zdrowia i bezpieczeństwa pracy, obowiązujących wszystkie państwa członkowskie ale na przepisach Protokołu socjalnego nie obowiązującego Wielką Brytanię. ETS rozstrzygnął sprawę na niekorzyść Wielkiej Brytanii. Po wygranej Partii Pracy w 1997 r. Rząd brytyjski zaakceptował Protokół socjalny i rezygnując tym samym z *opt-out* w tym zakresie.

wencji Europejskiej o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 roku i wynikające ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich w charakterze zasad ogólnych prawa cywilnego. Było to normatywne zsumowanie dotychczasowego dorobku orzecznictwa ETS w tym zakresie. Poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności zgodnie z zapisem art. J 1. stało się celem wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa. Traktat Amsterdamski rozbudował przepisy z Traktatu z Maastricht, uznając prawa człowieka i podstawowe wolności za jedną z fundamentalnych zasad Unii Europejskiej, której przestrzeganie jest warunkiem przyjęcia do Unii art. 49 (0). W żadnym jednak traktacie, łącznie z Traktatem Nicejskim, nie został przedstawiony katalog praw podstawowych i środków ich ochrony¹¹¹. Katalog ten został dopiero przyjęty i określony w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

5. Wolność gospodarcza w Karcie Podstawowych Praw UE

Rada Europejska w Kolonii w czerwcu 1999 roku stwierdziła konieczność skatalogowania praw obywateli Unii Europejskiej. Deklaracja ta miała charakter polityczny. Rada nie określiła, jaki charakter prawny ma mieć opracowany katalog. Zdecydowano, że katalog powinien być uroczystie proklamowany przez Radę UE, Parlament i Komisję oraz zalecono rozważenie jego włączenia do traktatów¹¹².

Projekt miał być gotowy na posiedzenie Rady Europejskiej w Nicei w grudniu 2000 roku. W międzyczasie Rada do Spraw Ogólnych powołała specjalną grupę roboczą, z zadaniem wypracowania koncepcji zasad pracy na projektem. Na Szczycie w Tampere w październiku 1999 roku zdecydowano się powołać Konwencję składającą się z 62 osób: piętnastu przedstawicieli państw członkowskich, jednego przedstawiciela Komisji, szesnastu deputowanych Parlamentu Europejskiego, trzydziestu reprezentantów parlamentów narodowych. Powołano również czterech obserwatorów: po dwóch z Trybunału Sprawiedliwości i Rady Europy. Prawo składania swoich opinii miał Komitet Gospodarczy i Społeczny, Komitet Regionów i Rzecznik Praw Obywatelskich. Przewodniczącym Konwencji został wybrany były prezydent RFN, Roman Herzog. Po raz pierwszy w tak szerokim zakresie zastosowano jawność toczących się obrad. Wszystkie wypracowane dokumenty były publikowane w Internecie. Konwencja zakończyła pracę w listopadzie 2000 r. Rada Europejska zatwierdziła Kartę jednomyślnie na nieformalnym

¹¹¹ Zob. szerzej: Citizen rights- fundamental rights. Strona internetowa europa. Ue.int./abc/cit1-en.htm

¹¹² Conclusion of the European Council in Cologne. Anex IV. European Council Decision on the Drawing up of Charter of Fundamental Rights of the European Union.

szczyt w Biarritz. Uroczyste proklamowanie Karty nastąpiło w na szczycie w Nicei 7 grudnia 2000 roku.

Uchwalenie Karty zlikwidowało dwie dotychczasowe słabości regulacji: prawną i polityczną. Od strony prawnej – istniejącą nieadekwatność unijnego systemu ochrony praw człowieka opartego na uchwałach Rady i orzeczeniach Trybunału do poziomu unijnej integracji. Od strony politycznej – uchwalenie Karty stanowiło odrzucenie dotychczasowego przekonania, że w sferze praw człowieka wystarczające były regulacje Rady Europy¹¹³.

W kontekście historycznym uchwalenie Karty zbiegło się z ostateczną fazą budowy unii walutowej, zamknięciem budowy jednolitego rynku, negocjacjami rozszerzeniowymi. Integracja ekonomiczna osiągnęła wysoki stopień zaawansowania i jej rozszerzenie na sfery „obywatelskie” było logiczną konsekwencją całego procesu.

Z prawnego punktu widzenia Krata Praw Podstawowych UE jest uroczystą proklamacją (*proclamation solennelle*) Parlamentu Europejskiego Rady Unii Europejskiej i Komisji Europejskiej. Jako deklaracja nie ma mocy prawnie wiążącej. Stąd też, konsekwentnie, jej postanowienia nie mogą stać się podstawą jakichkolwiek roszczeń prawnych i podstawą do postępowania przed sądami wspólnotowymi. Jednakże jak pisze C. Mik: *Brak charakteru prawnego nie musi oznaczać, że Karta pozostanie obojętna dla praktyki instytucji. W szczególności może stanowić ona źródło inspiracji w działalności prawotwórczej instytucji (zwłaszcza na etapie projektowania aktów) czy też nieformalne kryterium oceny jakości merytorycznej projektów aktów prawnych. Nie jest wykluczone, że postanowienia Karty będą w swych rozumowaniach uwzględniali (na zasadzie dodatkowej racji argumentacyjnej lub nawet kreatywnej) rzecznicy generalni czy składy orzekające sądów wspólnotowych. Faktyczne poszanowanie Karty nie może być obojętne przy negocjowaniu umów międzynarodowych¹¹⁴.*

Zgodnie z art. 51 pkt. 2 Karty: nie ustanawia ona żadnego nowego uprawnienia ani zadania dla Wspólnoty lub Unii ani nie zmienia uprawnień i zadań określonych w Traktatach. Jak wynika z komentarza Sekretariatu Konwencji: *Chodzi o wyraźne ustalenie, że Karta ma zastosowanie przede wszystkim do instytucji i organów Unii zgodnie z zasadą subsydiarności. Przepis ten wiąże się z art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej, który wymaga od Unii poszanowania podstawowych praw oraz z mandatem udzielonym przez Radę Europejską*

¹¹³ Zob. szerzej: J. Menkes, Karta Praw Podstawowych UE a konstytucja Europy, *Studia Europejskie* 2/ 2000.

¹¹⁴ C. Mik, Karta Praw Podstawowych UE, w zbiorze *Traktat Nicejski*, Lublin 2001, s. 71.

w Kolonii. Co do państw członkowskich, z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości jasno wynika, że wymaganie poszanowania praw podstawowych dotyczy państw członkowskich tylko gdy działają w kontekście prawa wspólnotowego (wyrok z 13 lipca 1989 roku sprawa 5/88 Wachauf {1988} ECR 2609; wyrok z 18 czerwca 1991 roku ERT{1991} ECR I 29 25).

Poza tym należy pamiętać, że wymagania wynikające z ochrony praw podstawowych w porządku prawnym Wspólnoty obowiązują również państwa członkowskie, kiedy wprowadzają w życie regulacje wspólnotowe (wyrok z 13 kwietnia 2000 roku sprawa C-292/97)¹¹⁵.

Karta według C. Mika jest przede wszystkim pierwszym w historii europejskiego procesu integracyjnego oficjalnym manifestem ideowym najważniejszych organów decyzyjnych Unii dotyczącym roli i znaczenia jednostki w tym procesie¹¹⁶.

Z punktu widzenia naszych rozważań najistotniejsze są regulacje Karty w zakresie praw wolności gospodarczej. Regulacje te znalazły się w rozdziale II zatytułowanym „Wolności”, w artykule 15 „Wolność wyboru zawodu i prawo zatrudnienia” i art. 16 „Wolność prowadzenia działalności gospodarczej”.

Karta nie operuje pojęciem wolności gospodarczej. *Należy przyjąć, że regulacje art. 15 i 16 są składnikami tego pojęcia. Podobną sytuację mamy w orzecznictwie ETS. W zależności od rodzaju sprawy w orzeczeniach ETS spotykamy takie określenia, jak: wolność prowadzenia handlu, wolność wykonywania zawodu. W niektórych orzeczeniach ETS odnosi się do niektórych aspektów wolności gospodarczej, jak swoboda wyboru, z kim się prowadzi interesy. Czy na tej podstawie można wyodrębnić nie jedno, ale kilka praw podstawowych? Należy zgodzić się z opinią S. Biernata i A. Wasilewskiego, że takie rozdrobnienie omawianego prawa podstawowego na kilka bardziej szczegółowych nie wydaje się uzasadnione. Nie można bowiem stwierdzić, aby ETS różnicował treść tego prawa w zależności od tego, jak zostanie ono dokładnie nazwane¹¹⁷.*

Zgodnie z art. 15 Karty:

- 1) każdy obywatel ma prawo do zatrudnienia i wykonywania zawodu swobodnie wybranego lub zaakceptowanego;
- 2) każdy obywatel ma swobodę poszukiwania zatrudnienia, wykonywania pracy oraz świadczenia usług w każdym państwie członkowskim;
- 3) obywatele krajów trzecich posiadający zezwolenie na pracę na terytorium państw członkowskich są uprawnieni do takich samych warunków pracy jak obywatele Unii.

¹¹⁵ *Op. cit.*, Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej z komentarzem Sekretariatu Konwencji, tekst w tłumaczeniu Marka A. Nowickiego, Kraków 2001, s. 75.

¹¹⁶ *Op. cit.*, C. Mik, *ibidem*, s. 66.

¹¹⁷ *Op. cit.*, S. Biernat, A. Wasilewski, Wolność gospodarcza w Europie, Kraków 2000, s. 199–200.

Wolność wyboru zawodu została uznana w orzecznictwie ETS. Ustęp ten ma swoje źródło również w art. 1 ust. 2 Europejskiej Karty Społecznej podpisanej 18 października 1961 roku i ratyfikowanej przez wszystkie państwa członkowskie oraz w pkt. 4 Karty Wspólnotowej Podstawowych Praw Pracowniczych z 9 grudnia 1989 roku. Ustęp 2 art. 15 Karty dotyczy trzech wolności zagwarantowanych w art. 39, 43 i 49 TWE (swobodnego przepływu pracowników, wolności przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług)¹¹⁸.

W myśl art. 16 Karty: *Uznaje się swobodę prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z prawem wspólnotowym oraz prawem i praktyką krajową.*

Zgodnie z objaśnieniem Sekretariatu Konwencji, artykuł ten jest oparty na orzecznictwie ETS, który w wielu wyrokach uznał wolność prowadzenia działalności gospodarczej i handlowej jako prawo podstawowe¹¹⁹.

6. Zakres zagwarantowanych praw

W żadnym kraju członkowskim UE zasada wolności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego. Zasada ta podlega ograniczeniom ze względu na specyfiki polityk gospodarczych każdego państwa, np. zachowanie monopolów i szeroko rozumiany interes publiczny: kwestie bezpieczeństwa, zdrowia, ochrony konsumentów. Granicą wolności gospodarczej jest również nienaruszalność innych wolności, przysługujących obywatelom, np. prawa własności. Zgodnie z art. 52 Karty Podstawowych Praw UE: (1) zakres ograniczenia korzystania z praw i wolności uznanych w Karcie musi być przewidziany przez ustawę z poszanowaniem istoty ich treści. Z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności, ograniczenia mogą być wprowadzane wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście realizują cele wynikające z ogólnego interesu uznane przez Unię, lub wynikają z potrzeby ochrony praw i wolności innych osób.

(3) W zakresie w jakim niniejsza Karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, znaczenie i zakres tych praw jest zgodny z nadanym im przez tę Konwencję. Artykuł ten nie stoi na przeszkodzie, aby prawo Unii zapewniało szerszą ochronę.

Artykuł 52 określa granicę ochrony zagwarantowanych praw. Jego treść została oparta na orzecznictwie ETS. S. Biernat, A. Wasilewski na podstawie

¹¹⁸ Komentarz Sekretariatu Konwencji do art. 15 Karty.

¹¹⁹ Zob. cytowany wyżej wyrok w sprawie 4/73 Nold (1974) ECR 491 par. 14 uzasadnienia, sprawa 230-78 Eridiana i inni (1979) ECR 2749 par. 20 i 31 uzasadnienia, oraz wolność umów – sprawa 51/78 Sukkerfabriken Nykobing (1979) ECR1, par. 19 uzasadnienia.

analizy orzecznictwa ETS u stwierdzili, że stanowisko ETS w tym przedmiocie sprowadza się do czterech zasadniczych stwierdzeń:

1. Prawa podstawowe nie są absolutne. Dotyczy to również wolności gospodarczej, która nie stanowiąc nieograniczonej prerogatywy musi być ujmowana w świetle społecznej funkcji.
2. Ograniczenia praw podstawowych są dopuszczalne, jeżeli wiążą się z ogólnym interesem Wspólnoty.
3. Ograniczenia te nie powinny stanowić nieproporcjonalnego i niedopuszczalnego (*disproportionate and intolerable*) wkroczenia w prawa danych podmiotów.
4. Ograniczenia nie powinny naruszać istoty prawa podstawowego (wolności)¹²⁰.

7. Przykładowe orzecznictwo ETS w sferze wolności gospodarczej

Wolność gospodarcza od strony przedmiotowej w Unii Europejskiej, to przede wszystkim stałe dążenie do stworzenia jednolitej przestrzeni dla osób i podmiotów gospodarczych mających prawo, bez nieuzasadnionych przeszkód, realizować cztery podstawowe wolności. Wolności przepływu osób, przedsiębiorczości, świadczenia usług, wolności przepływu kapitałów i płatności. Nic więc dziwnego, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości najczęściej rozstrzyga i ocenia praktyczną realizację tych wolności.

Orzecznictwo w tym zakresie jest bardzo szerokie. Przytoczenie nawet najistotniejszych wyroków Trybunału w tym zakresie przekraczałoby zakres niniejszego opracowania. Z konieczności przykładowo przytoczone zostaną orzeczenia ETS ilustrujące wyłącznie dopuszczalne ograniczenia wolności gospodarczej w sferze swobody świadczenia usług i przedsiębiorczości.

Wolność przedsiębiorczości i wolność świadczenia usług są ze sobą strukturalnie powiązane (art. 55 TWE). Z reguły świadczenia usług wymaga umiejscowienia zakładu lub jego filii na terenie kraju, w którym usługa jest wykonywana. Samo rozróżnienie pomiędzy świadczeniem usług a prowadzeniem działalności gospodarczej jest wielokrotnie trudne do przeprowadzenia. Rozróżnienie to jest jednak konieczne ze względu na fakt, iż samo prawo wspólnotowe reguluje obydwie formy aktywności gospodarczej oddzielnie. Należy przyjąć, że chociaż obydwie swobody odnoszą się do tej samej kategorii osób, to jednak odmienne są ich cele.

¹²⁰ *Op. cit.*, S. Biernat, A. Wasilewski, Wolność gospodarcza w Europie, Kraków 2000, s. 203.

Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej ma na celu uczestnictwo podmiotu w sposób trwały i ciągły w życiu gospodarczym danego państwa, natomiast swoboda świadczenia usług ma na celu umożliwienie okazjonalnego wykonywania zawodu w innym państwie członkowskim. Innymi słowy, incydentalność świadczenia usług jest istotnym kryterium wyodrębniającym działalność gospodarczą od swobody świadczenia usług. W sprawie 55/94 R. Gebharda *versus* Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano¹²¹ ETS w odpowiedzi na prejudycjalne pytanie o zgodność przepisów krajowych ze wspólnotowymi (do jakich przepisów traktatowych się odnieść – czy do norm o świadczeniu usług czy też norm o zakładaniu przedsiębiorstw) odniósł się między innymi do pojęcia *establishment*.

R. Gebhard był adwokatem obywatelem Niemiec. We Włoszech założył własną kancelarię prawną i zaczął używać tytułu *avvocato*. Mediolańska korporacja prawnicza zakwestionowała prawo używania przez R. Gebharda tytułu adwokata (niemiecki prawnik nie miał wpisu na stosowną listę mediolańskich adwokatów) i wszczęła przeciwko niemu postępowanie dyscyplinarne. ETS w swoim uzasadnieniu zaczął od stwierdzenia, że wolność usług poddana jest również wolności przedsiębiorczości. Niezbędne jest zatem rozważenie pojęcia *establishment*. Zasada wolności osiedlania stanowi barierę przeciw utrudnianiu świadczeniu usług i zakładaniu przedsiębiorstw, poza obszarem własnego państwa. Swoboda osiedlania się jest częścią składową wolności gospodarczej, w przeciwnym razie poprzez ograniczenia przedmiotowe i podmiotowe można byłoby ją doskonale ograniczyć. Swoboda wyboru miejsca prowadzenia działalności obejmuje również prawo zakładania filii biur, przedstawicielstw, przedsiębiorstw córek (22). Prawo przedsiębiorczości jest zapewnione w art. 52–58 TWE tak dla osób prawnych, jak i fizycznych, które przynależą do państw członkowskich. Z zastrzeżeniem wyjątków i warunków wskazanych w tych przepisach prawo to pozwala podejmować i wykonywać wszelkie rodzaje działalności samodzielnej na terytorium innych państw członkowskich (23). Wolność przedsiębiorczości oznacza też dla członków wolnych zawodów możliwość otwierania praktyki więcej niż w jednym państwie członkowskim (24). Koncepcja (*establishment*) w sensie traktatowym jest bardzo szeroka i pozwala uczestniczyć obywatelom Wspólnoty na stałej i stabilnej podstawie uczestniczyć w życiu gospodarczym innego niż własne państwa członkowskie i czerpać z tego tytułu korzyści (27). Fakt, że nie jest się członkiem krajowej korporacji może być warunkiem podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej, ale nie jest elementem konstytutywnym pojęcia *establishment* (31). Regułą jest, że wykonywanie działalności zawodowej poddanej jest prawu państwa przyjmujące-

¹²¹ ECR 1955, I-4165.

go. Jednak gdy nie przewiduje ono postanowień specyficznych, obywatel innego państwa jest uprawniony do założenia przedsiębiorstwa i wykonywania działalności zawodowej, co wszak nie stanowi przeszkody do stosowania przepisów chroniących dobro ogólne, zwłaszcza dotyczących organizacji kwalifikacji, etyki zawodowej, nadzoru i odpowiedzialności. Normy te mogą wymagać zatem legitymowania się dyplomem, przynależenia do korporacji. ETS znaczył, że środki krajowe, które stanowią przeszkodę w wykonywaniu wolności traktatowych muszą spełniać cztery warunki (38):

- nie mogą stanowić dyskryminacji,
- muszą być uzasadnione imperatywnymi wymogami interesu ogólnego,
- muszą być właściwe dla zamierzonego celu,
- nie mogą wkraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia.

Niedopuszczalność i brak proporcjonalności wkraczania w prawa podmiotów wiąże się z zasadą subsydiarności. Zasada ta jest jedną z podstawowych zasad prawa wspólnotowego¹²². Zgodnie z nią Wspólnota podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele proponowanych działań nie mogą być realizowane w sposób wystarczający przez państwa członkowskie (ustęp 2 art. 3b TWE). *Ratio legis* tego zapisu to skuteczność podejmowanych działań. Wspólnota ma prawo „zastąpić” państwa członkowskie tylko wtedy, kiedy okaże się, iż jej działanie będzie skuteczniejsze w procesie jego realizacji (*efficiency by better – results*). W sensie pozytywnym oznacza to, że pierwszeństwo kompetencji należy do państw członkowskich a Rada w każdym wypadku (*case by case*) powinna oceniać, czy istnieje konieczność zastosowania art. 3b^{123 124}.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoich dotychczasowych orzeczeniach nie zakwestionował ważność podjętych środków przez Wspólnotę ze względu na naruszenie zasady subsydiarności. Zarzuty „nieproporcjonalności” najczęściej są kierowane w stosunku do państw członkowskich, gdy powstają wątpliwości, czy środki zastosowane przez państwo, ograniczające wolność gospodarczą były konieczne i uzasadnione celem dla którego były wprowadzone.

¹²² Zob. szerzej: K. Popowicz, *Podstawy instytucjonalno-prawne Unii Europejskiej*, Warszawa 1998.

¹²³ Strażnikami stosowania zasady subsydiarności jest Komisja posiadająca prawo inicjatywy ustawodawczej. Zobowiązana jest ona do przeprowadzania konsultacji poprzedzających złożenie każdej propozycji legislacyjnej z państwami członkowskimi. Konsultacja taka winna uwzględniać wszelkie aspekty związane z subsydiarnością. Jeżeli okaże się to konieczne Komisja winna przedstawiać memorandum wyjaśniające, które winno zawierać dokonaną przez nią szczegółowo analizę uwzględniającą postanowienia art. 3b. Komisja przedstawia Radzie Europejskiej i Parlamentowi Europejskiemu za pośrednictwem Rady Ogólnej coroczne raporty dotyczące stosowania zasady subsydiarności.

¹²⁴ Por. Generalne stanowisko w sprawie stosowania przez Radę zasady subsydiarności oraz artykułu 3b Traktatu o Unii Europejskiej – konkluzje Prezydencji, Edynburg 12 grudzień 1992 r.

Niedopuszczalne ograniczania wolności gospodarczej wiążą się najczęściej ze złą interpretacją obowiązującego prawa przez sądy krajowe albo z niezgodnością tego prawa z prawem wspólnotowym. W sprawie *J. Reynerd versus* państwo Belgijskie, Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził: *przewidziany w art. 55 (n. 45) TWE wyjątek od zasady swobody przedsiębiorczości obejmuje te rodzaje działalności wymienione w art. 52 n. 43, które wiążą się bezpośrednio i szczególnie z udziałem sprawowania władzy publicznej: nie zalicza się do nich wolnych zawodów, jak zawód adwokata, którego działalność polega na udzielaniu porad i pomocy prawnej, a także na reprezentowaniu i obronie klienta przed sądem, nawet jeżeli ustawa wyraźnie zastrzega te funkcje dla adwokata.*

Zgodnie z prawem belgijskim, warunkiem dopuszczenia do wykonywania zawodu adwokata w tym kraju było posiadanie obywatelstwa belgijskiego, obywatele innych państw mogli być adwokatami tylko wtedy, gdy państwo ich pochodzenia gwarantowało wzajemność. J. Reyners był synem obywateli holenderskich mieszkających w Brukseli. Uczył się i studiował w Belgii. Kiedy jednak zażądał dopuszczenia do adwokatury. Okazało się to niemożliwe ze względu na brak obywatelstwa¹²⁵.

Innym przykładem w tej materii jest sprawa 205/84 Komisja *versus* Republika Federalna Niemiec. Komisja zarzuciła państwu Niemieckiemu naruszenie art. 59 i 60 (n. 49 i 50) TWE oraz niezrealizowanie w odpowiedni sposób dyrektywy wspólnotowej 78/437¹²⁶.

Przepisy o nadzorze ubezpieczeniowym, obowiązujące w RFN, wymagały od przedsiębiorstw prowadzących określone działalności ubezpieczeniowej zezwolenia na tę działalność oraz posiadania stałej siedziby na obszarze RFN. Agenci ubezpieczeniowi działający w tym państwie byli objęci zakazem prowadzenia działalności akwizycyjnej na rzecz przedsiębiorstw zagranicznych nie spełniających tych przesłanek. Komisja fakt ten uznała za naruszenie wyżej cytowanych artykułów TWE i Dyrektywy 78/437.

W uzasadnieniu orzeczenia ETS zważył, co następuje: (4) Swoboda świadczenia usług jako fundamentalna zasada TWE może być ograniczona tylko przez takie regulacje prawne, które uzasadnione są interesem ogólnym i które dotyczą wszystkich osób lub przedsiębiorstw działających na terytorium wydającego je państwa: dodatkowym warunkiem jest, by wspomniany ogólny interes nie był już

¹²⁵ Treść uzasadnienia i opis stanu faktycznego cyt. za: Prawo Wspólnot Europejskich Orzecznictwo, s. 441 i nast.

¹²⁶ Zgodnie z art. 49 TWE ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do przynależności państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwa w kraju Wspólnoty innym niż kraj przeznaczenia W art. 59 TWE zawarto definicje usług jako świadczenia wykonywanego zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są uregulowane przepisami o swobodnym przepływie towarów, kapitałów i osób.

uwzględniony przez regulacje obejmującego, świadczącego usługi w państwie, w którym prowadzi firmę. Wymogi te muszą przy tym być uzasadnione merytorycznie, aby gwarantować przestrzeganie zasad i ochronę interesów, którym mają służyć.

(6) O ile wymóg zezwolenia stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług, to wymóg posiadania stałej siedziby oznacza w praktyce negację tej swobody. W następstwie tego art. 59 (n. 49) TWE, którego celem jest zniesienie ograniczeń w świadczeniu usług na terytorium danego państwa przez podmioty mające siedziby w innym państwie członkowskim byłoby pozbawione praktycznego znaczenia [...].

(8) W odniesieniu do dyrektywy 78/473 o ubezpieczeniach wspólnych, nie tylko wymóg posiadania przedsiębiorstwa, ale również wymóg posiadania zezwolenia na mocy przepisów o nadzorze ubezpieczeniowym są sprzeczne z art. 59 i 60 (n. 49 i 50) TWE, a tym samym z dyrektywą¹²⁷.

8. Podsumowanie

Budowanie wolności gospodarczej w sferze przedmiotowej rozumianej jako przestrzeń jednolitego rynku trwało prawie pięćdziesiąt lat. Polska wstępując do Unii Europejskiej będzie korzystała z jej dobrodziejstwa. Wśród decydentów politycznych nowo przyjmowanych do UE krajów, bardzo rzadko pojawia się refleksja, że samo wejście do zbudowanej już przestrzeni wolności gospodarczej, bez potrzeby ponoszenia kosztów tej budowy, jest samoistną wartością. Polska i inne nowe kraje członkowskie mogą od razu czerpać ze wspólnotowego dorobku powstałego z tak z dużym i wieloletnim trudem.

Uzyskaliśmy w ten sposób posługując się określeniem A. Sena „wolność osiągnięcia rozwoju”. Wolność ta oparta jest na dostępie, na zasadzie równości, do wszelkich zasobów umożliwiających rozwój na fundamencie wolności gospodarczej. Zasobami tymi są cztery swobody, na których oparto funkcjonowanie jednolitego rynku, prawo pierwotne i wtórne i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Zasobami są również aksjologiczne zasady uznane przez członków Wspólnoty jako wspólne. W Preambule projektu Traktatu Konstytucyjnego obok stwierdzenia, że Europa jest kontynentem, który zrodził cywilizację opartą na równości ludzi, wolności, poszanowaniu rozumu, wskazano również, że traktat czerpie inspirację z dziedzictwa kulturowego, religijnego i humanistycznego Europy, w której wartością jest uznanie nadrzędnej roli jednostki ludzkiej, jej nienaruszalne i niezbywalne prawa oraz poszanowanie prawa. W art. 2 projektu

¹²⁷ Treść uzasadnienia i opis stanu faktycznego, cyt. za: Prawo Wspólnot Europejskich Orzecznictwo, s. 455.

traktatu wymieniono katalog tych wartości *Unia opiera się na wartościach poszanowania godności ludzkiej, wolności, demokracji, równości, rządów praw i poszanowania praw ludzkich. Wartości te są wspólne wszystkim państwom członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, tolerancji sprawiedliwości, i niedyskryminacji.*

Unia gotowa jest bronić tych wartości. Poszanowanie aksjologii Unii jest warunkiem akcesu do Unii (art. I-1 ust. 2 i art. I-57 projektu) a naruszenie wartości Unii może być przyczyną zawieszenia praw członkowskich państwa (art. I-58).

W myśl art. I-56 ust 1. Projektu Traktatu Konstytucyjnego, wspólne wartości są kryterium ustanawiania przestrzeni dobrobytu i dobrego sąsiedztwa.

Analizując zapisy normatywne i dotychczasową praktykę działania Unii Europejskiej możemy stwierdzić, że ewolucja aksjologii Unii, to stałe poszerzanie przestrzeni wolności i praw podstawowych Aksjologa ta stwarza warunki niezbędne do rozwoju i budowania społecznego dobrobytu. Warunki te za Davidem S. Landes zostały przywołane we wstępie do niniejszego opracowania.

9. Bibliografia

1. Barcz J., Koliński A., Jednolity Akt Europejski. Zagadnienia prawne i instytucjonalne, Warszawa 1991.
2. Besançon A., Granice Europy na wschodzie i kwestia rosyjska, Polska w Europie Nr 18, 1995.
3. Bitsch M. T., Histoire de la construction européenne, Edition Complexe 2001.
4. Charlton M., The Price of Victory, Londyn 1983.
5. Charter of Fundamental Rights of The European Union, Explanations relating to the complete text of the Charter, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2001.
6. Conclusion of The European Council in Cologne. Annex IV. European Council Decision on the Drawing up of a Charter of Fundamental Rights of the European Union.
7. Delors J., Mémoires, Paryż 2004.
8. Doutriaux Y., Le Traité sur L' Union Européenne, Armand Colin, Paryż 1992.
9. Emmert F., Morawiecki M., Prawo Europejskie, PWN, Warszawa-Wrocław.
10. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności Dz.U. Nr 61, poz. 284 z dn. 10.07.1993 r., Biernat S., A. Wasilewski, Wolność gospodarcza w Europie, Kraków 2000.
11. Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés é, opr. J. Boulois, Paryż 1991.
12. Howe G., Conflict of Loyalty, Londyn 1994.

13. Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej, tekst z objaśnieniami Sekretariatu Konwencji z wprowadzeniem Marka A. Nowickiego, Kraków 2001.
14. Kawecka-Wyrzykowska E., Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej Przyszłość Unii Europejskiej. Polski punkt widzenia, pod red. J. Barcza i K. Zukrowskiej, MSZ, Warszawa 2001.
15. Krasuski J., Europa Zachodnia Dzieje polityczne 1945–1993, Warszawa 1995.
16. Landes S. D., Richesse et pauvreté des nations Pourquoi des riches pourquois de pauvres?, Paryż 2000.
17. Lefranc G., Histoire de Commerce, Paryż 1965.
18. Leonard D., Przewodnik po Unii Europejskiej, Warszawa 1998.
19. Machińska H., Zarys uwag dotyczących problemu Karty Praw Podstawowych i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, maszynopis powielany, maj 2002.
20. Menkes J., Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej a konstytucja Europy, *Studia Europejskie* 2/2001.
21. Mik C., Europejskie prawo wspólnotowe, tom I, Warszawa 2000.
22. Mik C., Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, w zbiorze Traktat Nicejski, Lublin 2001.
23. Marjolin R., Architect of European Unity: Memoirs, 1911–1986, Londyn 1989.
24. Moravcsik A., The Choice for Europe – Social purpose and state power from Messina to Maastricht, UCL Press, Londyn 1999.
25. Olivi B., L'Europe difficile, Paryż 2001.
26. Podraza A., red., Traktat Nicejski, Lublin 2001.
27. Popowicz K., Podstawy instytucjonalno-prawne Unii Europejskiej, Warszawa 1998.
28. Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe, przekład i opracowanie B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1966.
29. Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo, wybór i redakcja W. Czapliński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska, Warszawa 1997.
30. Prost A., Zarys Historii Francji XX wieku, Universitas, Kraków 1997.
31. Sen A., Nierówności. Dalsze rozważania, Kraków 2000.
32. Sendrowicz M., Subsydiarność jako zasada ustrojowa w Unii Europejskiej.
33. Swadzba S., Procesy integracyjne w Unii Europejskiej w latach osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych, w pracy zbiorowej „Integracja Europy”, wyd. Fundacja Edukacyjna Transformacje, Warszawa 1996.
34. Thatcher M., Lata na Downing Street, Gdańsk 1996.
35. Welsh M., Europe United? The European Union and the Retreat from Federalism, Ipswich Book Co Ltd, Ipswich, Suffolk 1966.
36. Wiaderny-Bidzińska K., Polityczna integracja Europy Zachodniej, Toruń–Warszawa 1999.

Dopuszczalna ingerencja w wolność gospodarczą w świetle zasady proporcjonalności

1. Nowa regulacja ustawowa

Szesnaście lat obowiązywania, trzy ustawy, kilkadziesiąt nowelizacji. Losy ustawowej regulacji wolności gospodarczej muszą budzić uzasadnioną satysfakcję autorów komentarzy i równie wielki niepokój przedsiębiorców. Mała stabilność systemu publicznego prawa gospodarczego, choć można powiedzieć, że wywołana młodością tej dziedziny prawa w warunkach gospodarki rynkowej, stanowi ważny czynnik zniechęcający do prowadzenia działalności gospodarczej. Obserwacja rzeczywistości gospodarczej pokazuje, że dotyczy to w równym stopniu drobnych przedsiębiorców krajowych, jak i korporacji o zasięgu międzynarodowym. Powstaje pytanie: co może być czynnikiem stabilizującym? Nie można raczej liczyć na względną niezmiennosc ustaw. Politycy nie doceniają istnienia stabilnego systemu prawa w stopniu równym przedsiębiorcom.

Doświadczenia państw Europy Zachodniej oraz ewolucja systemu prawa Wspólnot Europejskich pokazują, że czynnikiem stabilizującym może być silniejsze, powszechne i bardziej konsekwentne odwoływanie się do ogólnych zasad prawa a szerzej – do wartości, które winny być przez prawo chronione. Po latach prymatu aksjologii marksowskiej i marksistowskiej – właściwej państwom hołdującym zasadom tzw. realnego socjalizmu – dziwi zbyt małe zainteresowanie, zwłaszcza ustawodawcy zwykłego i administracji, aksjologią państwa prawnego. Chlubnym wyjątkiem jest orzecznictwo sądów i trybunałów, zwłaszcza najwyższych instancji. Jednak zbyt często – co podkreślili autorzy wstępu do reprintu jednej z prac F. Longchamps de Bérier¹²⁸ – współczesne rozważania mają charakter suchy i dogmatyczny, króluje swoisty *kodycyzm a problemy trzeciorzędne urastają do rangi fundamentalnej*.

Jedną z zasad, która może stanowić punkt oparcia dla adresatów norm materialnego prawa publicznego, jest zasada proporcjonalności. Spaja ona prawo konstytucyjne i administracyjne a obecnie, wraz z nimi, prawo wspólnotowe. Można stwierdzić, że ma wpływ na wszystkie sfery działalności państwa – od

¹²⁸ F. Longchamps de Bérier, *Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego za Zachodzie Europy*, Wrocław 2001; wstęp: A. Błaś, J. Boć, A. Chełmoński, J. Jeżewski.

działalności ustawodawczej, poprzez administracyjną, sądowniczą, na stosunkach międzynarodowych kończąc. Odpowiada to poglądom i postulatom przedstawicieli doktryny, o jednolitości systemu prawa publicznego¹²⁹.

W niniejszym artykule rozpocznę od przedstawienia założenia, że można traktować wolność gospodarczą nie tylko jako zasadę prawa, lecz przede wszystkim jako publiczne prawo podmiotowe, na które mają wpływ zasady materialnego prawa publicznego, w szczególności: zasada państwa prawnego, zasada legalizmu i zasada proporcjonalności. Podejście takie stanowi coraz powszechniejszą tendencję w nauce prawa i orzecznictwie. Następnie na przykładzie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego zobaczymy, jak zasada proporcjonalności działa w sferze ustawodawczej¹³⁰, tzn. tam, gdzie w polskim systemie prawnym jest najbardziej żywotna oraz jak uznanie określonych obowiązków państwa za publiczne prawa podmiotowe jednostek ma wpływ na dopuszczalność ograniczania innego prawa podmiotowego, w omawianym przypadku – wolności gospodarczej¹³¹. Pokażę również, iż wzorce zawarte w orzecznictwie konstytucyjnym mogą być wykorzystane jako czynnik skłaniający do rozpowszechnienia zasady proporcjonalności w sferze stosowania prawa, a nawet w działaniach faktycznych administracji – np. w odniesieniu do czynności kontroli bądź nadzoru nad podmiotami znajdującymi się poza administracją.

Przedmiotem niniejszego artykułu nie będzie wolność gospodarcza rozumiana jako jedna ze swobód podstawowych rynku wewnętrznego Unii Europejskiej¹³² ani wolność gospodarcza pojmowana jako prawo podstawowe w porządku prawnym Wspólnoty Europejskiej¹³³.

Uchwalenie ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej¹³⁴ daje powód do komentarza związanego z jej nazwą oraz uzasadnieniem projektu. Nie śledziłem dyskusji dotyczącej nazwy ustawy, która niewątpliwie miała miejsce w prasie poświęconej zagadnieniom prawnym i ekonomicznym. Wątpliwości budzi jednak użycie pojęcia *swoboda* w miejsce użytego w Konstytucji terminu *wolność*. Zapoznanie się z uzasadnieniem do projektu ustawy¹³⁵ pozwala stwierdzić, że zdaniem wnioskodawcy ustawa *doprecyzowuje* pojęcie „*swobody gospodarczej*” poprzez wprowadzenie przepisu, stanowiącego, że *organ*

¹²⁹ Podnosi się również, że prawo administracyjne jest skonkretyzowanym prawem konstytucyjnym.

¹³⁰ Na przykładzie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26.04.1995 (K 11/94, OTK 1995/1/12).

¹³¹ Na przykładzie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21.04.2004 (K 33/03 OTK-A 2004/4/31).

¹³² Problematyce tej poświęcono w piśmiennictwie wydanym w jęz. polskim kilkadziesiąt publikacji książkowych w okresie ostatnich kilkunastu lat. Zob. zwłaszcza: M. A. Dausés, *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999.

¹³³ Zob.: S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000, s. 184–221.

¹³⁴ Dz.U. 2004, Nr 173, poz. 1807.

¹³⁵ Druk sejmowy Nr 2118 z pismem przewodnim Prezesa RM z dnia 15.10.2003 r.

*administracji publicznej nie może uzależnić swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej przez zainteresowaną osobę od spełnienia przez nią dodatkowych warunków, w szczególności przedstawienia dokumentów lub ujawnienia danych, nieprzewidzianych przepisami prawa*¹³⁶. Należy zauważyć, że taka regulacja jest w zasadzie zbędna a czyni się z niej – zgodnie z uzasadnieniem – jeden z największych walorów ustawy. Powyższy obowiązek władzy publicznej wynika bowiem z zasady państwa prawnego¹³⁷ oraz zasady praworządności formalnej¹³⁸, i to wprost.

Idąc tą drogą ustawodawca mógłby zawrzeć przepis identyczny, do zacytowanego powyżej, w każdej ustawie. Po drugie, ze względu na powyższe, zapis taki nie upoważnia do użycia pojęcia *swoboda* w miejsce słowa *wolność* jako nowej jakości, jakoby stanowiącej korzyść dla przedsiębiorcy, ponieważ takiej jakości nie tworzy. Po trzecie, uzasadnienie takie pokazuje, że wnioskodawca jest świadomy nieznamomości zasad konstytucyjnych lub nieprzestrzegania prawa przez administrację i zamieszcza ten przepis w celach „instrukcyjnych” bądź sam nie posiada takiej znajomości. Niejasna jest więc, tak jak niejasne jest jej uzasadnienie, zmiana pojęcia *wolność* na pojęcie *swoboda*. Można tylko domyślać się, iż podyktowana była względami „wizerunkowymi”, właściwymi socjotechnice i działaniom *public relations*, tak aby pokazać, że *tworzy się nową jakość czy nową swobodę*, w ramach rządowego programu rozwoju przedsiębiorczości.

Nie można nie zauważyć, że uzasadnienie projektu powieliła wiele sformułowań uzasadnienia projektu ustawy Prawo działalności gospodarczej¹³⁹, podnosząc te same postulaty, np. informatyzacja systemu ewidencji, uproszczenie instrumentów reglamentacji, żeby w innym miejscu stwierdzić, że celów tych nie udało się osiągnąć, a nawet że otrzymano efekt odwrotny do zamierzonego.

Reasumując, uzasadnienie projektu ma charakter opisowego przedstawienia zawartych w ustawie przepisów oraz nie daje listy zalet i wad proponowanych rozwiązań. Stan taki, właściwy również innym projektom, ma negatywne znaczenie dla naszego ustawodawstwa oraz procesu stosowania – zwłaszcza wykładni – prawa. Przeciwnieństwo stanowią np. akty prawa wspólnotowego. Znajduje się w nich obszerna preambuła i uzasadnienie, z powołaniem się na wartości chronione prawem, zastosowane zasady prawa wspólnotowego oraz związane akty prawne, co daje nieocenione dyrektywy wykładni zamierzeń ustawodawcy. Myślę, że uzasadniony jest postulat, aby powyższa praktyka została przyjęta również przez projektodawcę i ustawodawcę polskiego.

¹³⁶ Tamże, s. 41–42.

¹³⁷ Art. 2 Konstytucji RP.

¹³⁸ Art. 7 Konstytucji RP.

¹³⁹ Druk sejmowy Nr 715 z pismem przewodnim Prezesa RM z dnia 10.11.1998 r.

2. Publiczne prawa podmiotowe

Punktem wyjścia dla każdego opracowania jest przyjęcie jak najwłaściwszych, ze względu na wybrany temat, założeń metodologicznych. Patrząc na problematykę wolności – każdej, nie tylko dotyczącej podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej – mamy do wyboru ujęcie przedmiotowe lub podmiotowe. Jest to zarazem wybór pomiędzy dwoma sposobami ujęcia sytuacji jednostek w państwie: uniwersalistycznym i indywidualistycznym. Mówiąc *jednostki* będziemy rozumieli to pojęcie szeroko – nie tylko jako osoby fizyczne lecz także jako jednostki organizacyjne, przykładowo w niniejszym artykule jako *wszystkie podmioty mogące być przedsiębiorcami*.

Charakterystyczne, że spojrzenie na prawo jako system norm (prawo przedmiotowe) afirmowane było w okresach, które oceniamy jako takie, w których *nie szanowano praw jednostek*. Do takich zaliczamy w szczególności tzw. państwo policyjne (monarchie absolutne XVIII w.), w którym władca (administracja) wydawał normy jednostronnie wiążące, w dowolny sposób ingerujące w prawa jednostek, a jednostkom nie przysługiwały żadne środki obrony. Nie było sądownictwa administracyjnego ani nie było praw podmiotowych obywateli wobec państwa¹⁴⁰. Te same zarzuty postawić można państwom totalitarnym XX wieku. W państwie faszystowskim jednostka stanowiła środek do realizacji celów państwa. Prawa były jednostce przyznawane przez państwo w takim zakresie, w jakim państwo to uznało za korzystne dla siebie. Zasada wodzostwa (*Führerprinzip*) zastąpiła zasady porządku prawnego. Podstawowym założeniem stała się integracja jednostki w ramach wspólnoty ludowej¹⁴¹, a negowana była zasada jej indywidualności.

Podobne założenia posiada koncepcja marksistowska. Prawa jednostki w tym ujęciu nie muszą, a nawet nie mogą, mieć charakteru praw obronnych wobec państwa¹⁴². W państwach tzw. realnego socjalizmu, nastąpiło utożsamienie interesu indywidualnego z interesem społecznym, a państwo stało się wyłącznym dysponentem praw obywatelskich, do możliwości ich wycofania włącznie. Doktryny polityczne i prawne tych państw negowały istnienie publicznych praw podmiotowych, postulując nawet, np. z argumentacją teoretyczno-prawną, ale w rzeczywistości ze względów ideologicznych, całkowitą rezygnację z pojęcia prawa podmiotowego¹⁴³. Taka koncepcja – uniwersalistyczna czy też autoteliczna – pozwalała postawić dobro państwa jako cel, któremu ma być podporządkowane do-

¹⁴⁰ A. Peretiatkowicz, *Podstawowe pojęcia prawa administracyjnego*, Poznań 1947, s. 15.

¹⁴¹ B. Banaszak, A. Preisner, *Prawo konstytucyjne. Wprowadzenie*, Wrocław 1993, s. 96.

¹⁴² Tamże, s. 95.

¹⁴³ Por. K. Opalek, *Prawo podmiotowe*, Warszawa 1957.

bro poszczególnych obywateli. Cel ten miał być realizowany poprzez ochronę systemu prawa przedmiotowego danego przez państwo (klasę panującą).

Spojrzenie przeciwne – indywidualistyczne (podmiotowe, humanistyczne) – pozwala spojrzeć na interes publiczny jako wypadkową interesów jednostek. Dobro ogółu powinno ostatecznie sprowadzać się do dobra konkretnych ludzi. Taki punkt widzenia doprowadził do ukształtowania się na przełomie XVII i XVIII wieku doktryny praw człowieka i obywatela. Założenie istnienia przyrodzonych praw naturalnych, które w wyniku umowy społecznej powinny znaleźć odzwierciedlenie w prawie stanowionym, tworzyło sferę ochronną wokół jednostki ludzkiej. H. Grocjusz, w zakresie gospodarczym, sprowadził pojęcie *ius* do prawa podmiotowego.

Koncepcja publicznych praw podmiotowych została rozwinięta na gruncie prawa pozytywnego w nauce niemieckiej i austriackiej XIX wieku. Podstawę pod nią dała doktryna państwa prawnego, tj. założenie istnienia dwustronnie wiążących norm ustawowych, ustanawiających obok obowiązków obywateli, także obowiązki władzy wobec obywateli i związane z nimi prawa podmiotowe (publiczne) obywateli. Utrwalił się pogląd, że istnieje sfera wolności jednostek, która nie może być naruszana bez upoważnienia ustawowego.

G. Jellinek za prawo podmiotowe uznał sferę władztwa woli ludzkiej, skierowaną ku pewnemu dobru bądź interesowi oraz uznaną i chronioną przez porządek prawny. Prawa podmiotowe przysługują względem władzy państwowej – jako roszczenia – i są niezbywalne¹⁴⁴. W tym zakresie G. Jellinek wyodrębnił m.in. status negatywny jednostki (*status libertatis*), obejmujący sferę praw podmiotowych, w których jednostka jest wolna od ingerencji władzy oraz status pozytywny (*status civitatis*), obejmujący prawa podmiotowe, upoważniające do żądania od państwa pozytywnych działań na jej rzecz¹⁴⁵.

Natomiast na gruncie nauki austriackiej E. Bernatzik rozróżnił trzy możliwe postaci sytuacji prawnej obywatela wobec władzy:

- prawo podmiotowe – dające roszczenie o czynność określonej treści,
- interes prawny – dający tylko roszczenie o ochronę (wydanie decyzji, ale nie decyzji o oznaczonej treści),
- oraz interes faktyczny – z którym nie jest związane jakiegokolwiek roszczenie do państwa¹⁴⁶.

¹⁴⁴ J. Filipek, *Stosunek administracyjnoprawny*, Kraków 1968, s. 31; zob. szerzej: G. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie*, Warszawa 1921.

¹⁴⁵ Szerzej: F. Longchamps, *Poglądy nauki niemieckiej i austriackiej na publiczne prawa podmiotowe*, ZNUW, Prawo V, 1960, Nr 21.

¹⁴⁶ J. Filipek, *Stosunek...*, jw., s. 39.

Doktryna francuska, mimo wczesnego rozwoju prawa publicznego, zwłaszcza za sprawą orzecznictwa Rady Stanu a potem Trybunału Kompetencyjnego, rozwinęła koncepcję publicznych praw podmiotowych dopiero pod wpływem wzorców z zachodniej granicy (J. Berthelemy, R. Bonnard). Domaganie się od kogoś, na podstawie prawa przedmiotowego, czegoś, w czym ma się interes, pod sankcją skargi sądowej, stanowi prawo podmiotowe jednostki. Jeżeli taka sytuacja zachodzi w stosunkach pomiędzy jednostką a państwem, to mamy do czynienia z publicznym prawem podmiotowym¹⁴⁷.

Powyższe subiektywistyczne spojrzenie na instytucje publiczno-prawne zostało przyjęte w polskiej nauce okresu międzywojennego. Sytuacja taka miała oparcie normatywne – skarga do Najwyższego Trybunału Administracyjnego musiała opierać się na wykazaniu naruszenia publicznego prawa podmiotowego. Kwestię publicznych praw podmiotowych poruszali m.in.: T. Bigo, T. Hilarowicz, W. L. Jaworski, S. Kasznica, J. Panejko, A. Peretiatkowicz i B. Wasiutyński¹⁴⁸.

Niepodobna tu przedstawić całego poglądu doktryny, zasygnalizujemy zatem definicję S. Kasznicy: publicznym prawem podmiotowym jest taka sytuacja prawna jednostki, w której posiada ona opartą na normie prawnej możliwość żądania czegoś od państwa czy innego związku publiczno-prawnego. S. Kasznica rozróżnił przy tym trzy rodzaje praw publicznych:

- prawa wolnościowe,
- prawa polityczne,
- prawa do pozytywnych świadczeń ze strony państwa¹⁴⁹.

Reaktywowanie w latach 80. ubiegłego wieku sądownictwa administracyjnego zaowocowało odrodzeniem się koncepcji publicznych praw podmiotowych na gruncie polskiej nauki prawa. Przedstawiono najpierw typologię i orzecznictwo dotyczące praw publicznych¹⁵⁰. Następnie, po zmianach konstytucyjnych odnoszących się zwłaszcza do przyrodzonych i niezbywalnych praw, i wolności człowieka oraz do instytucji skargi konstytucyjnej, pojawił się cały szereg publikacji dotyczących tej tematyki¹⁵¹.

¹⁴⁷ Szerzej: F. Longchamps, Poglądy nauki francuskiej i belgijskiej na prawa jednostki wobec władzy, AUWr, Prawo X, 1962, Nr 5.

¹⁴⁸ Przegląd tych poglądów dają m.in.: M. Maciołek, O publicznym prawie podmiotowym, Samorząd Terytorialny 1992, Nr 1–2; W. Jakimowicz, Publiczne prawa podmiotowe, Kraków 2002.

¹⁴⁹ S. Kasznica, Polskie prawo administracyjne, pojęcia i instytucje zasadnicze, Poznań 1946, s. 127–130.

¹⁵⁰ Por. M. Kulesza, Materiały do nauki prawa administracyjnego (z orzecznictwa sądowego), Warszawa 1989.

¹⁵¹ Obok powołanych powyżej pozycji M. Maciołek i W. Jakimowicza, także w opracowaniach podręcznikowych, np.: J. Boć, red., Prawo administracyjne, Wrocław 2001; M. Stahl, red., Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie, Warszawa 2000.

Należy podkreślić zalety ujęcia podmiotowego w problematyce dotyczącej instytucji prawa publicznego. Należą do nich: patrzenie na regulacje zawarte w prawie konstytucyjnym i skonkretyzowane w prawie administracyjnym ze strony interesu jednostek oraz powiązanie z tego punktu widzenia prawa konstytucyjnego i administracyjnego, co powinno ukierunkowywać proces stanowienia i stosowania prawa. Pozwala także oderwać się od prostej egzegezy wyodrębnionych przepisów prawnych i skoncentrować się na instytucjach prawa oraz aksjologii zawartej w Konstytucji. Co do tematu poruszonego w niniejszym artykule, rozważania powinno ułatwić odejście od typowego, niejako „dwuwymiarowego” ujęcia: zasada wolności gospodarczej a wyjątki od niej, na rzecz spojrzenia „bardziej przestrzennego”: wolność gospodarcza jako publiczne prawo podmiotowe przedsiębiorcy – granice dopuszczalnej, stopniowalnej ingerencji w to prawo. Stwarza też podstawę do ujmowania podobnych zagadnień w kategorii konkurencji interesów: prywatnego i publicznego. Reasumując, przyjęcie ujęcia podmiotowego pozwala na właściwe postawienie akcentu w prowadzonych rozważaniach, tj. na kwestię najistotniejszą – praw jednostki i instytucji je chroniących, przesuwając jednocześnie na drugi plan badanie systemu norm jako takiego. Podkreśla również, wyrażone w Konstytucji, naturalnoprawne źródło pochodzenia wolności i praw jednostek.

3. Treść wolności gospodarczej jako publicznego prawa podmiotowego

Ujmowanie wolności gospodarczej jako publicznego prawa podmiotowego ma ugruntowaną pozycję w polskiej nauce prawa¹⁵². Co do koncepcji prawa podmiotowego, powszechne jest również stosowanie aparatury pojęciowej wypracowanej przez poznańską szkołę teorii prawa¹⁵³. Charakterystyczne, że pojęcie *prawo podmiotowe* jest terminem języka prawniczego, a nie języka aktów prawnych¹⁵⁴. Podstawową sytuację prawną danego podmiotu, kwalifikowaną z punktu widzenia wypowiedzi o charakterze dyrektywalnym (norm prawnych) można określić jako zachowanie nakazane, zakazane lub indyferentne prawnie, tzn. wolne (modalność podstawowa). Gdy uwzględnimy związek sytuacji prawnej z zachowaniami

¹⁵² Dotyczy to w szczególności przedstawicieli Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego – zob. kolejno: A. Wałaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999; W. Jakimowicz, *Publiczne...*, jw.

¹⁵³ Zob. np. Z. Ziemiński, *Próba uporządkowania podstawowego słownictwa prawniczego*, *Studia Logica* 1964, t. XV; do szkoły poznańskiej odwołuje się zarówno K. Wojtyczek, jak i W. Jakimowicz.

¹⁵⁴ S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 12.

innego podmiotu, możemy mówić o pochodnej sytuacji prawnej, wyrażającej się w istnieniu uprawnienia, kompetencji lub roszczenia (modalność pochodna). Powiązania pochodnej sytuacji prawnej (pochodnych sytuacji prawnych) oraz podstawowej sytuacji prawnej (podstawowych sytuacji prawnych) danego podmiotu daje pojęcie złożonej sytuacji prawnej¹⁵⁵.

Prawo podmiotowe stanowi złożoną sytuację prawną wyznaczoną podmiotowi przez obowiązujące normy, ze względu na uznany przez prawodawcę społecznie uzasadniony interes tego podmiotu¹⁵⁶. Istnieją poglądy, że o prawie podmiotowym ukształtowanym przez normy prawa publicznego, możemy mówić wyłącznie jako o prostej sytuacji prawnej podmiotu prawa¹⁵⁷. Stanowisko takie należy uznać za sporne, gdyż jego autor opierając się na aparaturze pojęciowej stosowanej przez S. Wronkowską, jednocześnie upraszcza pojmowanie *złożonej sytuacji prawnej* do przypadków, w których następuje sprzężenie sytuacji pochodnych – szczególnie *uprawnienia* i *kompetencji*, co przeczy definicji złożonej sytuacji prawnej jako takiej, która może obejmować również powiązanie sytuacji pochodnej z sytuacją podstawową danego podmiotu (np. kompetencja połączona z nakazem czynienia z niej użytku)¹⁵⁸.

W literaturze przeważa ujęcie wolności gospodarczej jako prawa podmiotowego o charakterze wolnościowym bądź negatywnym – w zależności od przyjętych założeń terminologicznych. Można przy tym zauważyć, że drugie z wymienionych pojęć mieści się w pierwszym z nich. Jak wyżej zauważyliśmy, wolność zachowania się jednostki stanowi podstawową sytuację prawną, tzn. że dane zachowanie jest indyferentne – ani nakazane, ani zakazane. Inaczej mówiąc, istnieje wolność zrealizowania danego czynu, jak i wolność powstrzymania się od jego zrealizowania¹⁵⁹. Wszelkie ograniczenia wolności muszą być ustanowione wyraźnie – istnieje bowiem domniemanie na rzecz wolności przysługującej przedsiębiorcy (*in dubio pro libertate*)¹⁶⁰.

Na prawo o charakterze wolnościowym składają się dwa aspekty: pozytywny i negatywny¹⁶¹. Aspekt pozytywny polega na tym, że jednostka może dowolnie kształtować swoje zachowania w obrębie danej wolności – zarówno w zakre-

¹⁵⁵ Tamże, s. 19–21.

¹⁵⁶ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 152–153.

¹⁵⁷ W. Jakimowicz, *Publiczne...*, jw., s. 174.

¹⁵⁸ Patrz przypis 29.

¹⁵⁹ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, jw., s. 145.

¹⁶⁰ C. Kosikowski, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 34; tam powołana uchwała SN z 10.01.1990 r., III CZP 97/89, OPSNCP 1990, Nr 6, poz. 74.

¹⁶¹ L. Wiśniewski, *Gwarancje podstawowych praw i wolności obywateli PRL*, Wrocław 1981 – podaje za K. Wojtyczek, *Granice...*, jw., s. 25.

sie czynności psychofizycznych, jak i czynności konwencjonalnych doniosłych prawnie – a nawet powstrzymać się od jakichkolwiek działań. Aspekt negatywny polega na obowiązku państwa, innych podmiotów wyposażonych we władztwo publiczne oraz innych jednostek powstrzymania się od ingerencji w sferę przysługującego jednostce prawa wolnościowego.

Istnieją również poglądy kwalifikujące wolność gospodarczą, wraz np. z prawem własności (rozumianym publicznoprawnie, tj. szeroko, jako „mienie”), do złożonej strukturalnie kategorii: *praw-instytucji*¹⁶². Składnikami praw-instytucji są:

- po pierwsze, prawo do żądania, aby państwo utworzyło określone instytucje prawne (stanowiące warunek konieczny korzystania z prawa-instytucji),
- po drugie, prawo do ochrony sytuacji prawnych ukształtowanych w oparciu o te instytucje.

Odnosząc się do pierwszego z wymienionych składników, należy przyjąć, iż podmiotem zobowiązanym do jego realizacji jest prawodawca, który – w przypadku wolności gospodarczej – powinien ukształtować instytucje publicznego i prywatnego prawa gospodarczego, np. określić rodzaje i umożliwić powoływanie jednostek organizacyjnych mogących być przedsiębiorcami. Drugi ze składników prawa-instytucji polega na udzieleniu ochrony sytuacjom prawnym ukształtowanym przez uczestników obrotu prawnego w oparciu o instytucje powołane przez prawodawcę. Podmiotem zobowiązanym są w tym przypadku organy administracji publicznej i inne jednostki, które powinny powstrzymać się od dokonywania czynności ingerujących w ukształtowane sytuacje prawne. Od powyższego obowiązku istnieją oczywiście wyjątki, tj. sfera dopuszczalnej ingerencji w prawa jednostek nabyte w oparciu o stworzone jednostkom warunki instytucjonalne. Prawa-instytucje posiadają aspekt zarówno publiczno-, jak i prywatno-prawny¹⁶³.

W. Jakimowicz, jakkolwiek przyjmuje podział publicznych praw podmiotowych za K. Wojtyczkiem¹⁶⁴, nie wyróżnia praw-instytucji i kwalifikuje wolność gospodarczą jako prawo o charakterze negatywnym, z którego wynikają roszczenia do państwa, po pierwsze, o zaniechanie ingerencji w sferę uprzednio uznanej wolności, po drugie, o udzielenie ochrony przed niedozwoloną ingerencją innych jednostek w sferę tej wolności¹⁶⁵. Jednakże badając kwestie kręgu podmiotów, które mogą podejmować działalność gospodarczą, W. Jakimowicz nawiązuje pośrednio do koncepcji K. Wojtyczka. Zauważa bowiem, że o ile wolność podejmowania działalności gospodarczej przez osoby fizyczne nie może zależeć od uzna-

¹⁶² K. Wojtyczek, *Granice...*, jw., s. 34.

¹⁶³ Tamże, s. 35–38.

¹⁶⁴ W. Jakimowicz, *Publiczne...*, jw., s. 254–260.

¹⁶⁵ Tamże, s. 267.

nia ustawodawcy, gdyż jest niejako zadeklarowana, a jej źródła należy poszukiwać w przyrodzonych prawach człowieka, to w przypadku osób prawnych prawa prywatnego oraz innych jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej zależy od woli prawodawcy. Mamy tu zatem przykład kształtowania przez prawodawcę instytucji prawnych niezbędnych do korzystania z prawa-instytucji, o którym mówi K. Wojtyczek.

Należy zauważyć, że losy ustawowej regulacji wolności działalności gospodarczej potwierdzają tezę, iż dopuszczalność podejmowania działalności gospodarczej przez jednostki inne niż osoby fizyczne zależna jest od woli ustawodawcy. Dotyczy to zwłaszcza możliwości, ostatecznie wyłączonej, kwalifikowania spółki cywilnej jako przedsiębiorcy. Również na gruncie najnowszej regulacji doszło do zmiany zakresu podmiotów mogących być przedsiębiorcami. Mowa jest bowiem nie tylko o spółkach prawa handlowego nie posiadających osobowości prawnej, tj. spółkach osobowych prawa handlowego, ale o wszystkich jednostkach organizacyjnych nie będących osobami prawnymi, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną.

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej – analogicznie jak to czyni Konstytucja, potwierdzając istnienie wolności gospodarczej jako konstytucyjnego prawa podmiotowego, w które to prawo ingerować może ustawodawca zgodnie z zasadami, o których powiemy dalej – określa negatywno-wolnościowy charakter tego prawa na potrzeby stosunków jednostek (przedsiębiorców) z administracją publiczną¹⁶⁶. Charakter ten potwierdza, chociaż jak zauważyliśmy wcześniej, postanowienia takiego nie należy przeceniać, nowy przepis¹⁶⁷. Należy podkreślić, że przeszkody formalne w podejmowaniu działalności gospodarczej (ogólna – wpis do ewidencji lub rejestru, oraz specyficzne – wymóg uzyskania koncesji, zezwolenia, wpisu do rejestru działalności regulowanej), o ile są zgodne z zasadą proporcjonalności oraz innymi przesłankami dopuszczalności ingerencji ustawodawczej, nie przekreślają wolnościowego charakteru tego prawa. Stosunki administracyjno-prawne, które powstają np. w postępowaniach administracyjnych o udzielenie zezwolenia, a także decyzje kończące te postępowania, prowadzą jedynie do zniesienia przeszkody czasowej w możliwości korzystania z wolności – w przypadkach, w których wnioskodawca spełnia wszelkie wymogi prawne. Mogą też – w przypadkach decyzji odmownej – prowadzić do utrzymania tej przeszkody, do czasu aż podmiot zamierzający podjąć określoną działalność spełni określone prawem wymogi. Można powiedzieć, iż w wyniku konkretyzacji normy ogólnej – abstrakcyjnej i wydania decyzji indywidualnej – konkretnej, doprecyzowuje się treść publicznego prawa podmiotowego.

¹⁶⁶ Art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

¹⁶⁷ Art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

Na gruncie kontaktów z administracją może również dochodzić do powstania nowych praw podmiotowych – chociażby na tle stosunków wynikających z obowiązku zapłaty podatku czy innej daniny publicznej – w wyniku wydania przez organ wiążącej interpretacji przepisów prawa publicznego¹⁶⁸. Nowa, korzystna sytuacja przedsiębiorcy (podatnika), ukształtowana w wyniku czynności organu podatkowego, polega na gwarancji pewności nie tyle prawa, co norm indywidualnych i konkretnych, które kształtować mogą prawa i obowiązki danego podmiotu w określonej sprawie.

4. Zasada proporcjonalności. Dopuszczalna ingerencja w wolność gospodarczą

Nauka prawa wskazuje, że u podstaw zasady proporcjonalności stoi założenie racjonalnego prawodawcy (zasada racjonalności). Słusznie podnosi się, że powyższa konstrukcja stanowi *pevien model wykształcony przez interpretatora prawa* i jest przyjmowana aksjomatycznie¹⁶⁹. Modele takie są kształtowane zarówno na potrzeby tworzenia, jak i wykładni prawa. Oprzeć je można na twierdzeniu, że racjonalny prawodawca wybiera instrumenty adekwatne (współmierne) do realizacji obranych celów. Zawierają one elementy subiektywne, np. stosunek do określonych wartości, jak i obiektywne, np. zdatność do osiągnięcia celu¹⁷⁰.

Genezy zasady proporcjonalności, znanej także pod nazwami: miarkowania, adekwatności, współmierności, *najmniejszego bólu*, poszukuje się w orzecznictwie pruskiego Najwyższego Sądu Administracyjnego (XIX wiek), VIII poprawce do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, orzecznictwie Niemieckiego Związkowego Trybunału Konstytucyjnego czy poglądach doktryny niemieckojęzycznej, a nawet z odwołaniami do prawa rzymskiego¹⁷¹.

Doktryna jest zgodna, że na zasadę proporcjonalności składają się trzy wymogi: wymóg przydatności (odpowiedniości), wymóg konieczności (niezbędności)

¹⁶⁸ Art. 10 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

¹⁶⁹ J. Jabłońska-Bonca, Wstęp do nauk prawnych, Gdańsk 1992, s. 154–155.

¹⁷⁰ K. Wojtyczek, *Granice...*, jw., s. 136–139; tam również szerokie powołanie literatury.

¹⁷¹ Szerzej: D. Kijowski, *Zasada proporcjonalności (adekwatności) jako miernik dopuszczalności ingerencji państwa w prawa i wolności obywateli*, Biuletyn RPO 1990, Nr 6 (prawdopodobnie pierwsze opracowanie polskie tego tematu); D. Kijowski, *Zasada adekwatności w prawie administracyjnym*, PiP 1990, z. 4; A. Walaszek-Pyziół, *Wolność gospodarcza w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, PUG 1992, Nr 5–6; A. Walaszek-Pyziół, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, PUG 1995, Nr 1; K. Wojtyczek, *Granice...*, jw.; Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*, Warszawa 2000; M. Stahl, red., *Prawo administracyjne...*, jw.; tam też szerokie powołanie na literaturę niemieckojęzyczną.

i wymóg zachowania proporcjonalności ograniczenia w relacji do zamierzonego celu (zasada proporcjonalności *sensu stricto*).

Wymóg przydatności jest kryterium obiektywnym, polegającym na ocenie, zgodnie z najlepszym stanem wiedzy, czy środek działania (ingerencji) jest zdolny do osiągnięcia zamierzonego celu. Zatem użycie, zarówno przez ustawodawcę zwykłego, jak i administrację stosującą prawo, środków niezdatnych jest bezwzględnie zakazane. Oceniamy więc potencję podejmowanych środków w relacji do zaplanowanych celów.

Charakter obiektywny ma również wymóg konieczności (niezbędności). Odnosi się do sytuacji, w której ten sam cel może zostać osiągnięty różnymi środkami. Nakazuje stosować zasadę najmniejszej ingerencji, tzn. wybrać środek najslabiej wkraczający w prawa czy wolności jednostki. Wskazuje się, aby ważenie niezbędności odbywało się przy użyciu kryterium: przestrzennego (aplikacja środka wyłącznie do obszaru, w którym zagrożone są wartości chronione – przy czym nie chodzi wyłącznie o *obszar* w znaczeniu *terytorium*), czasowego (wyłącznie przez okres konieczny do ochrony), podmiotowego (wyłącznie w odniesieniu do najmniejszej, „niezbędnej” grupy podmiotów), przedmiotowego (środka minimalnego z punktu widzenia uciążliwości). Wymóg konieczności wiąże się więc z problemem stopniowania głębokości ingerencji¹⁷².

Trzeci wymóg, proporcjonalność *sensu stricto*, posiada walor subiektywny. Opiera się na ocenie, czy dobro (prawo podmiotowe, interes) poświęcane (ograniczane) nie pozostaje w dysproporcji z zamierzonym celem, odnoszącym się do dobra (interesu) chronionego. Nie wolno zatem doprowadzać do ograniczania prawa, jeśli wartość celu takiego ograniczenia nie usprawiedliwia – nawet w sytuacji, gdy ograniczenie takie spełnia pierwszy i drugi wymóg.

Zasada proporcjonalności ma rangę zasady konstytucyjnej, choć nie jest wyrażona wprost w przepisach Konstytucji RP czy konstytucjach państw zachodnioeuropejskich. Została wyinterpretowana przez organa sądownicze, szczególnie trybunały konstytucyjne, z zasady państwa prawnego, przy wzięciu pod uwagę zarówno aspektu formalnego tej zasady, jak i aspektu materialnego, tzn. wymogu akceptowania określonego katalogu wartości (praw jednostek)¹⁷³. Obecnie podkreśla się również znaczenie, jakie dla funkcjonowania zasady proporcjonalności ma art. 31 ust. 3 Konstytucji, o czym będzie mowa później.

Do zasady proporcjonalności jako instrumentu ograniczającego swobodne uznanie organów administracji odwołuje się rekomendacja Nr R (80) 2 Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 11 marca 1980 roku, w której zapisano, iż na-

¹⁷² Por. D. Kijowski, *Zasada adekwatności...*, jw., s. 62.

¹⁷³ A. Walaszek-Pyziół, *Zasada proporcjonalności...*, jw., s. 15.

leży utrzymać właściwą relację pomiędzy negatywnymi dla praw jednostek efektami aktów administracyjnych a celami, które przyświecały ich wydaniu. Należy się przy tym kierować: stosowaniem środków współmiernych dla realizowanych celów oraz zasadą utrzymania właściwej równowagi między interesami publicznymi a prywatnymi, tak aby unikać zbędnej ingerencji w sferę praw jednostek. W zakresie oddziaływania na funkcjonowanie samorządu terytorialnego, zasadę proporcjonalności przywołuje się również w Europejskiej Karcie Samorządu Terytorialnego¹⁷⁴.

Znakomity wpływ na upowszechnianie zasady proporcjonalności w państwach europejskich, zwłaszcza wśród nowych członków Unii Europejskiej, ma jej znaczenie w prawie wspólnotowym. Zasada proporcjonalności łączy się nierozzerwalnie z aksjologią właściwą genezie i rozwojowi Wspólnot Europejskich. Promowanie idei wolności i rządów prawa, obecne przez cały okres istnienia Wspólnot, doprowadziły – przy czym nie bez znaczenia był również czynnik recypowania tego sposobu rozumowania z praktyki sądowniczej państw członkowskich – do uznania zasady proporcjonalności jako zasady ogólnej prawa wspólnotowego przez Trybunał Sprawiedliwości i Sąd I Instancji, a następnie jej wyrażenia w Traktacie z Maastricht. Chociaż służy ona w pierwszym rzędzie, wraz z zasadą kompetencji powierzonych oraz zasadą subsydiarności, do określania zakresu kompetencji Wspólnot Europejskich, wykorzystywana jest również w odniesieniu do oceny działań państw członkowskich, np. implementacji dyrektyw czy ingerowania w swobody rynku wewnętrznego.

Sądzę, że kontakty polskich organów sądowniczych i administracji z odpowiednikami wspólnotowymi, np. poprzez instytucję orzeczeń wstępnych, staną się jedną z najszybszych dróg przyjmowania w polskim porządku prawnym zasady proporcjonalności – nie tylko jako zasady prawnej, ale również jako filozofii rozumowania prawniczego. Można zauważyć, że powinna ona do nas powszechnie dotrzeć niejako okrężną drogą, rozpoczętą w państwach germańskich.

Zasada proporcjonalności nie stanowi samodzielnego kryterium oceny dopuszczalności ingerencji ustawodawczej w sferę konstytucyjnych praw jednostek. Warunki dopuszczające taką ingerencję zawarte są w pierwszym rzędzie w normie konstytucyjnej¹⁷⁵. Polegają one na:

- wymogu zastosowania formy ustawy,
- uwzględnieniu zasady proporcjonalności,
- uwzględnieniu zasady państwa demokratycznego,

¹⁷⁴ Z. Kmiecik, *Ogólne...*, jw., s. 113–114.

¹⁷⁵ Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

- ustanawianiu ograniczeń wyłącznie dla ochrony określonych wartości (bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia, moralności publicznej bądź wolności i praw innych osób),
- zakazie naruszania istoty danej wolności czy prawa.

Przyjmuje się, że ta generalna reguła ma zastosowanie do oceny dopuszczalności ograniczania wszystkich konstytucyjnych wolności i praw a nie wyłącznie tych wskazanych w Rozdziale II Konstytucji¹⁷⁶. Takie też stanowisko zajmuje Trybunał Konstytucyjny w swoich orzeczeniach.

Jeszcze na gruncie przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy przez art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 roku o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (przepisy konstytucyjne zwane będą dalej „PK”) oraz ustawy z dnia 23 grudnia 1988 roku o działalności gospodarczej, Trybunał Konstytucyjny rozpatrywał sprawę z wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej „RPO”), o stwierdzenie niezgodności art. 3 ust. 3, 3a, 3b i 4 oraz art. 25e, 25f, 25g i 25h ustawy o działalności gospodarczej z art. 1, 6, 7 i 67 ust. 2 PK¹⁷⁷.

Nowelizacja obejmująca zaskarżone przepisy ustanowiła obowiązek podmiotów gospodarczych do przeprowadzania poważniejszych transakcji za pośrednictwem rachunku bankowego, a w razie posiadania kilku rachunków w kilku bankach – do określenia jednego z nich jako podstawowego oraz do powiadomienia banku, w którym prowadzony jest rachunek podstawowy o pozostałych rachunkach a pozostałych banków o tym rachunku podstawowym. Realizację powyższych obowiązków przez podmiot gospodarczy zabezpieczono sankcjami karnymi.

W przekonaniu RPO, powyższe unormowanie naruszało wolność działalności gospodarczej, zasadę demokratycznego państwa prawnego, zasadę ochrony własności oraz zasadę równości wobec prawa. RPO uznał, że nałożenie na podmioty gospodarcze obowiązku dokonywania rozliczeń w drodze bankowych rozliczeń bezgotówkowych stanowiło nadmierną administracyjną ingerencję w swobodę kształtowania umów między uczestnikami obrotu gospodarczego, bez jednoczesnego zapewnienia tym podmiotom bezpieczeństwa takiego obrotu. RPO wskazał m.in. na brak ograniczeń ustalania i pobierania prowizji opłat bankowych oraz brak gwarancji środków finansowych lokowanych w bankach. Upadłość lub utrata płynności finansowej przez bank może bowiem narazić na straty podmioty gospodarcze posiadające w takim banku swoje rachunki. Wobec powyższego, dobra jednostek narażone są na zagrożenie nieuzasadnione wagą chronionego interesu publicznego. Nadto RPO podniósł, że kwestionowana regulacja stwarza

¹⁷⁶ Szerzej zob.: K. Wojtyczek, *Granice...*, jw., s. 77–215.

¹⁷⁷ Orzeczenie TK z dnia 26.04.1995 (K 11/94, OTK 1995/1/12).

bankom pozycję uprzywilejowaną wobec pozostałych podmiotów gospodarczych, a to narusza zasadę równości wobec prawa.

Prokurator Generalny zajął stanowisko, iż zaskarżone przepisy są zgodne z PK oraz zauważył, że wolność działalności gospodarczej nie ma charakteru prawa absolutnego i może być poddawana koniecznym ograniczeniom. Ochrona ładu i porządku prawnego stanowi wartość konstytucyjną (interes publiczny), która ograniczenia takie uzasadnia. *Ratio legis* nowelizacji ustawy o działalności gospodarczej było przeciwdziałanie patologicznym zjawiskom gospodarczym. Zdaniem Prokuratora Generalnego, waga przesłanek (dóbr chronionych) leżących u podstaw wprowadzenia zakwestionowanych ograniczeń pozwalała uznać je za przeważające nad partykularnymi interesami jednostek. Powołał się zatem – nie nazywając go wprost – na trzeci wymóg wynikający z zasady proporcjonalności.

Trybunał Konstytucyjny uznał, iż nowelizacja ustawy o działalności gospodarczej wprowadziła nowe ograniczenie wolności działalności gospodarczej, gwarantowanej przez art. 6 PK. Trybunał podkreślił, że wolność gospodarcza nie jest prawem bezwzględny – tak jak i inne konstytucyjne prawa i wolności jednostek może być poddawana przez ustawodawcę ograniczeniom. Prawa i wolności jednostek mogą być ograniczane tylko wtedy, gdy jest to dopuszczalne w przepisach konstytucyjnych, a ograniczenia mogą być wprowadzane tylko w zakresie niezbędnym i traktowane być muszą w kategorii wyjątków – ani poszczególne ograniczenia, ani też ich suma nie mogą naruszać istoty praw bądź wolności im poddanych.

Gdy chodzi o wolność działalności gospodarczej, to możliwość jej ograniczenia (regulowania) została wyraźnie dopuszczona w art. 6 PK, który stanowi, że ograniczenie *może nastąpić jedynie w ustawie*. Trybunał Konstytucyjny uznał za oczywiste, że działalność gospodarcza – ze względu na jej charakter, a zwłaszcza na bliski związek zarówno z interesami jednostek, jak i interesem publicznym – może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym lub politycznym. Interes publiczny wyraża się m.in. w stworzeniu takich ram obrotu gospodarczego, by zminimalizować przypadki nieprawidłowości, tak w stosunkach między podmiotami gospodarczymi, jak i w wykonywaniu przez te podmioty swych obowiązków wobec administracji publicznej.

Sędziowie Trybunału Konstytucyjnego zauważyli, że w aspekcie formalnym powołany art. 6 PK oznacza, że regulacja ustawowa jest jedyną dopuszczalną formą ustanawiania ograniczeń wolności działalności gospodarczej. Konstytucyjnie zakazane jest więc samoistne, tzn. nie oparte na odpowiednio precyzyjnym upoważnieniu ustawowym, ustanawianie takich ograniczeń przez akty wykonawcze. Podkreślono jednak, że art. 6 PK ma również aspekt materialny, uznając że

norma ta nie udziela ustawodawcy blankietowego upoważnienia dla swobodnego ingerowania w wolność działalności gospodarczej, byle dokonywano tego w formie ustawy. Przypomniano, że choć we wcześniejszym orzecznictwie wskazywano, że ograniczenie wolności działalności jest dopuszczalne, gdy godzi ona w jakikolwiek interes uznany przez ustawodawcę za zasługujący na obronę, to później uznano, iż przykładowo: *ograniczenia swobody, o której mówi art. 6 (...) nie może być dowolne*¹⁷⁸, rozumie się, że u podstaw takiego ograniczenia leć powinny określone racjonalne względy¹⁷⁹ czy wprowadzenie ograniczeń w swobodzie działalności gospodarczej ustawą nie oznacza jeszcze zgodności takiej regulacji z art. 6 (...) *Ustanawiając ustawową formę ograniczeń przepis ten zakłada dopuszczalność jedynie wymagań minimalnych. Takie ograniczenie musi być zatem na tyle merytorycznie uzasadnione, by w konflikcie z zasadą „swobodnej działalności gospodarczej” rachunek aksjologiczny przeważał na korzyść ograniczenia*¹⁸⁰.

Trybunał Konstytucyjny uznał, że przysługuje mu kompetencja do nie tylko formalnej, ale również materialnej oceny ograniczeń konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej, ustanawianych przez ustawy. Jako kryterium dokonywania takiej oceny Trybunał powołał *zakaz nadmiernej ingerencji*, który pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich praw i wolności jednostki. Jest także jednym z przejawów zasady zaufania obywatela do państwa, a tym samym jednym z wymagań, jakie demokratyczne państwo prawne nakłada na swoje organy.

Trybunał zauważył, że koncepcja ta ujmowana w doktrynie i orzecznictwie państw zachodnioeuropejskich, początkowo zyskała sobie miejsce w rozstrzygnięciach sądów administracyjnych, które odnosiły zakaz nadmiernej ingerencji do sposobu wykonywania ustaw przez administrację państwową, a następnie zaczęła być wykorzystywana w orzecznictwie konstytucyjnym. Istotą powołanego *zakazu nadmiernej ingerencji* jest uznanie, że ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza naruszających proporcję pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie. W istocie było to powołanie się na trzeci wymóg składający się na zasadę proporcjonalności.

Rozpatrując zaskarżoną nowelizację Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że istnienie istotnego interesu publicznego uzasadniającego ustanowioną regulację wynika z istnienia interesów poszczególnych podmiotów gospodarczych, prowadzących działalność w sposób zgodny z prawem oraz żądających od państwa ochrony swoich praw przed podmiotami je naruszającymi. Podkreślono w ten sposób,

¹⁷⁸ Orzeczenie TK z dnia 09.04.1991 (U 9/90, OTK 1991).

¹⁷⁹ Orzeczenie TK z dnia 17.12.1991 (U 2/91, OTK 1991).

¹⁸⁰ Orzeczenie TK z dnia 20.08.1992 (K 24/92, OTK 1992).

że interes publiczny stanowi wypadkową interesów jednostek. Sędziowie zauważyli, że nałożenie na wszystkie podmioty gospodarcze obowiązku posiadania rachunków bankowych i obowiązku wydatkowania środków pieniężnych za pośrednictwem tych rachunków wynika z tego, że obrót poprzez banki poddaje się łatwiejszej kontroli, a pełna informacja o posiadanych rachunkach bankowych może przyczynić się do eliminacji naruszeń prawa. Jest to zatem środek przydatny i konieczny (minimalnie niezbędny) dla realizacji postanowionego celu.

W orzeczeniu stwierdzono, że dla uznania konstytucyjności zaskarżonej nowelizacji potrzebna jest odpowiedź na pytanie, czy zachowana została proporcja pomiędzy celami regulacji a ciężarami, jakie jej wprowadzenie nałoży na jednostki. Sędziowie podkreślili, iż aktualny, dla okresu rozpatrywania skargi, stan polskiego systemu bankowego nie zawsze daje gwarancję sprawności i niezawodności przeprowadzanych operacji oraz że istniejąca regulacja funkcjonowania banków nie przewiduje żadnych zewnętrznych ograniczeń w wysokości prowizji i opłat. Nadto uznano, że w obecnym stanie prawnym gwarancje zobowiązań banków mają charakter ograniczony. Wynikało to m.in. z faktu, że ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym wprowadziła gwarancje środków pieniężnych zgromadzonych na rachunkach bankowych tylko do wysokości nie przekraczającej równowartości 3000 ECU, a pełna gwarancja odnosiła się tylko kwoty stanowiącej równowartość 1000 ECU. Natomiast ustawa o działalności gospodarczej wprowadza nakaz wydatkowania środków pieniężnych za pośrednictwem rachunku bankowego zawsze, gdy wartość należności lub zobowiązań przekracza 3000 ECU.

We wszystkich więc sytuacjach, gdy podmiot gospodarczy musi posługiwać się rachunkiem bankowym, środki pieniężne zgromadzone na tym rachunku nie są w pełni gwarantowane. Sędziowie zaznaczyli jednak, że istotną cechą działalności gospodarczej (w stopniu wyższym niż w obrocie nieprofesjonalnym) jest ponoszenie ryzyka i że obecny system bankowy stwarza możliwość wyboru. Kwestią kalkulacji ekonomicznej jest natomiast korzystanie z usług banku, który oferuje tańsze usługi prowadzenia rachunków i dokonywania rozliczeń bądź też banku droższego, ale – co prawdopodobne – pewniejszego. Dokonany wybór może wprawdzie doprowadzić do utraty własności przez przedsiębiorcę, jednakże państwo nie może przejmować pełnej odpowiedzialności za prywatną sferę gospodarowania, musi natomiast tworzyć publiczno-prawne instrumenty zabezpieczające przed nieuczciwymi praktykami gospodarczymi.

Warto podkreślić, iż omawiane orzeczenie powiązało *zakaz nadmiernej ingerencji* z art. 1 PK (zasadą państwa prawnego) i w pełni sformułowało zasadę proporcjonalności, która powinna – w działaniu – opierać się na udzieleniu odpowiedzi na trzy pytania: czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w sta-

nie doprowadzić do zamierzonych celów, czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych na jednostki.

Należy zauważyć, że omawiane orzeczenie nie dotyczyło form (instrumentów) reglamentacji wolności gospodarczej. Poruszało kwestię istnienia jakichkolwiek ograniczeń konstytucyjnego prawa do niezakłóconego prowadzenia działalności gospodarczej, takich jak przymus dokonywania operacji bankowych, miało więc charakter zdecydowanie szerszy. Stanowi to wskazówkę, że zasada proporcjonalności brana pod uwagę przez sąd konstytucyjny nie dotyczy wyłącznie kompetencji administracji do korzystania z określonych ustawą instrumentów kształtowania zakresu praw przedsiębiorców, jak koncesje i zezwolenia, ale wszystkich zakazów i obowiązków, efektywnie ograniczających prawo podmiotowe jednostki, wynikających z norm prawa publicznego, działających bezpośrednio, a także pośrednio, przez akty konkretne i indywidualne. Trybunał stwierdził, że wprowadzenie nowego unormowania może stwarzać dodatkowe utrudnienia dla podmiotów gospodarczych, to jednak nie można przyjąć, iż wprowadzone obowiązki mają charakter nadmierny (nieproporcjonalny) w stosunku do interesu publicznego, którego ochronie mają służyć – zważono zatem pozostające w konflikcie interesy. Znamienne, że chroniony interes publiczny nie był utożsamiany z interesem państwa rozumianym jako postulat zapewnienia niezakłóconego i sprawnego funkcjonowania organizacji państwowej. Interes ten wyprowadzony był z indywidualnych interesów jednostek, ponieważ polegał bezpośrednio na ochronie bezpieczeństwa obrotu gospodarczego, w którym uczestniczą przedsiębiorcy.

Na gruncie obowiązującej Konstytucji zapadł wyrok Trybunału Konstytucyjnego w głośnej sprawie biokomponentów, które miały być obowiązkowo dodawane – z mocy nakazu ustawowego – do paliw ciekłych¹⁸¹. Trybunał Konstytucyjny skrótowo przedstawił wzorce kontroli mające zastosowanie w tej sprawie. W odniesieniu do zasady wolności gospodarczej, wynikającej z art. 20 i 22 Konstytucji, Trybunał powtórzył wielokrotnie wyrażany pogląd, że obejmuje ona wolność wyboru działalności gospodarczej oraz wolność jej wykonywania. Przypomniano, że *art. 22 Konstytucji pełni dwojaką funkcję. Z jednej strony traktować go należy jako wyrażenie jednej z zasad ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej (i w tym zakresie stanowi on konkretyzację ogólniejszych zasad, wyrażonych w art. 20), z drugiej strony – może on stanowić podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą*¹⁸².

¹⁸¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21.04.2004 (K 33/03 OTK-A 2004/4/31).

¹⁸² Wyrok TK z dnia 10.04.2001 (U 7/00 OTK ZU Nr 3/2001, poz. 56).

Trybunał wskazał, że z użycia w art. 20 i art. 22 Konstytucji zwrotu „wolność działalności gospodarczej” wynika, że chodzi o działalność jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji „niepaństwowych” (czy też, szerzej rzecz ujmując, niepublicznych), które mają prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. Chodzi tu więc o osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi¹⁸³.

Jednocześnie przypomniano przedstawione powyżej orzeczenie z 26 kwietnia 1995 roku, K. 11/94, w którym podnoszono, iż ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaburzających proporcje pomiędzy stopniem naruszenia praw jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie. Nadto Trybunał wskazał na konieczność uwzględnienia przy ograniczaniu praw jednostki zasady wymagającej odpowiedniego wyważenia wagi interesu publicznego, któremu służy ograniczenie danego prawa i wagi interesów naruszonych przez takie ograniczenie¹⁸⁴.

Trybunał stwierdził w badanej sprawie, że rozwiązania wprowadzone przez ustawodawcę tworzą w praktyce dwojaki przymus. Po stronie producentów – wprowadzania na co do zasady wolny rynek określonego towaru, zaś po stronie konsumentów – nabycia tego towaru. Stan taki przesądza zatem o naruszeniu przez ustawodawcę konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej. Biorąc pod uwagę, iż naruszenie nastąpiło z zachowaniem formy ustawowej, czyli że została spełniona przesłanka formalna, niezbędne było dokonanie analizy, czy znajduje ono uzasadnienie w *ważnym interesie publicznym*, a więc czy przemawiają za nim przesłanki materialne wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Na marginesie można dodać, że do rekonstrukcji wzorca kontroli Trybunał wykorzystał również znaczenie wolności gospodarczej, wynikające z prawa wspólnotowego. Podniósł, że zasady i reguły prawa wspólnotowego kształtują warunki swobody gospodarczej, w jakich działają zarówno krajowi, jak i zagraniczni przedsiębiorcy. Gdyby zaś polską ustawę o biokomponentach uznać za akt kształtujący rynek w odniesieniu do wszystkich producentów (sprzedawców), tak krajowych, jak zagranicznych, dochodziłoby, z punktu widzenia prawa wspólnotowego, do ograniczenia swobody przepływu towarów w obrębie rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej. Konsekwencją zagrożonych sankcjami nakazów ustawy byłyby bowiem niemożność pojawienia się na polskim rynku innych paliw.

¹⁸³ Wyrok TK z dnia 07.05.2001 (K 19/00 OTK ZU Nr 4/2001, poz. 82).

¹⁸⁴ Wyrok TK z dnia 26.04.1999 (K 33/98 OTK ZU Nr 4/1999, poz. 71).

Skoro więc – wywodził Trybunał – nie można poddać paliw wyprodukowanych za granicą i wprowadzanych na polski rynek rygorom, nałożonym ustawą o biokomponentach na polskich producentów, to nie sposób uznać, że wiążące tych ostatnich ograniczenia wynikające z zaskarżonej ustawy mogą być uznane za zgodne z *ważnym interesem publicznym*, o którym mowa w art. 22 Konstytucji, bowiem prowadzą do dyskryminacji polskich przedsiębiorców wobec zagranicznych.

Jak wyżej wspomniano, art. 31 ust. 3 Konstytucji przewiduje dopuszczalność wprowadzenia ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, jeśli są one konieczne są w demokratycznym państwie prawnym. Owa konieczność musi być przy tym warunkowana wymienionymi w przepisie przesłankami: bezpieczeństwem państwa lub porządkiem publicznym, ochroną środowiska, zdrowia i moralności publicznej względnie ochroną wolności i praw innych osób. Dodatkowym obostrzeniem jest zastrzeżenie, aby wprowadzone ograniczenia, nawet znajdujące należyte uzasadnienie, nie naruszały istoty wolności i praw.

Samo kryterium konieczności, łączące się z zasadą proporcjonalności oznacza, że ustawodawca chcąc osiągnąć założony cel, winien wybierać najmniej uciążliwe środki doń prowadzące. Prowadzi to do uznania, że jeśli ten sam cel można osiągnąć, stosując środki w mniejszym stopniu ograniczające prawa i wolności, to zastosowanie środka uciążliwszego stanowi wykroczenie ponad konieczność, zatem jest naruszeniem Konstytucji.

W rozpatrywanej sprawie pominać można analizę dokonanego naruszenia w aspekcie przesłanek bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego oraz ochrony zdrowia i moralności publicznej, jako że – w opinii Trybunału – wartości te nie wiążą się z produkcją, obrotem ani stosowaniem paliw z dodatkiem biokomponentów. Tym samym zagadnienie to rozpatrywać należy jedynie w aspekcie dwóch przesłanek: ochrony środowiska oraz ochrony praw i wolności innych osób. Rozstrzygnięcie w tym zakresie wymaga zatem odniesienia się do motywów wymienionych w uzasadnieniu projektu badanej ustawy. Projektodawca ujawnił w nim trzy cele proponowanych rozwiązań: tworzenie nowych miejsc pracy w rolnictwie, poprawę dochodów rolników oraz ochronę środowiska naturalnego.

Tworzenie miejsc pracy stanowi bezsprzecznie element polityki państwa¹⁸⁵. Nie istnieje jednak konstytucyjne prawo podmiotowe do zatrudnienia w takim znaczeniu, w jakim zasada proporcjonalności odwołuje się do ochrony praw i wolności innych osób. Państwo nie ma bezpośredniego obowiązku tworzenia miejsc pracy we wszystkich sferach działalności gospodarczej, w tym w rolnictwie. Norma taka ma charakter jedynie programowy. Trzeba podkreślić, że ustawodawca

¹⁸⁵ Art. 65 ust. 5 Konstytucji.

konstytucyjny wyjaśnił w powołanym przepisie wprost, na czym ma polegać prowadzenie polityki pełnego i produktywnego zatrudnienia. Wskazał, że polityka ta winna przejawiać się realizacji programów zwalczania bezrobocia, w tym w organizowaniu i wspieraniu poradnictwa i szkolenia zawodowego oraz robót publicznych i prac interwencyjnych.

Zatem – zdaniem Trybunału – poza wątpliwością pozostaje, że *tworzenie miejsc pracy w rolnictwie* nie stanowi wprost realizacji konstytucyjnego nakazu. W związku z tym nie można uznać dostępu do miejsca pracy za konstytucyjne prawo podmiotowe jednostek. Wobec powyższego nie sposób uzasadnić nim konieczności ograniczenia wolności gospodarczej i dokonywać jego ważenia z interesem przedsiębiorców, jako kryterium dopuszczalności ograniczenia innego prawa podmiotowego w świetle zasady proporcjonalności. W odniesieniu do drugiego celu podniesionego przez projektodawcę również uznano, że nie jest konstytucyjnym obowiązkiem państwa zapewnienie wszystkim obywatelom wynagrodzeń w określonej wysokości oraz że takie publiczne prawo podmiotowe nie przysuguje nawet sędziom, których dotyczy odpowiednia norma Konstytucji¹⁸⁶, a która jednak nie tworzy bezpośrednio takiego prawa.

W odniesieniu do analizy ochrony środowiska jako przesłanki ograniczenia wolności i praw Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że jest istotne, czy przesłanka ta spełniona została w sferze rzeczywistej, a nade wszystko, czy kształt przyjętych rozwiązań ustawowych jest odpowiedni i należyście uzasadniony *koniecznością* z punktu widzenia demokratycznego państwa prawa, w tym zasady proporcjonalności.

Trybunał w przedstawionym orzeczeniu zgodził się z tezą, że pogląd o pozytywnym wpływie produkcji i użycia biokomponentów na środowisko naturalne jest jednym z wielu poglądów, być może uzasadnionym, lecz wymagającym dalszych badań. Sędziowie wzięli pod uwagę, iż kwestia pozytywnego wpływu produkcji i używania biokomponentów nie przedstawia się jednoznacznie z punktu widzenia ich wpływu na stan środowiska naturalnego. Trudno więc przyjąć, że działania wymuszające taką produkcję są konieczne (niezbędne) w demokratycznym państwie prawnym. Skoro zaś spełnienie się warunku konieczności jest wątpliwe, to nie sposób uznać, że ustawowe ograniczenie wolności gospodarczej jest należyście uzasadnione. Takie stanowisko ma niebagatelne znaczenie dla stosowania zasady proporcjonalności, wyrażające się w tym, że nie można dokonywać ważenia konkurujących ze sobą interesów, w przypadkach, gdy fakt istnienia (i jego aksjologicznego uzasadnienia) jednego z tych interesów ma wyłącznie charakter hipotetyczny. Stosowanie zasady proporcjonalności musi zatem odwo-

¹⁸⁶ Art. 178 ust. 2 Konstytucji.

ływać się do konkretnych i rzeczywistych interesów, które podlegają badaniu w jej myśl.

Charakterystyczne dla tego i innych najnowszych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego jest powoływanie się na art. 31 ust. 3 Konstytucji, jako dyrektywy uzasadniającej stosowanie zasady proporcjonalności. Trzeba podkreślić, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego koncepcja oceny dopuszczalności ingerencji w publiczne prawa podmiotowe jednostek oraz znaczenia dla tej oceny zasady proporcjonalności jest jednoznacznie określona, co powinno stanowić wyraźny sygnał dla ustawodawcy.

Dokonana prezentacja zasady proporcjonalności i sposobu ważenia interesów prawnych w celu oceny dopuszczalności ograniczenia publicznego prawa podmiotowego, skłania do poczynienia wstępnych i zarazem niewyczerpujących uwag dotyczących ingerencji w wolność gospodarczą, w kontekście regulacji zawartych w ustawie z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej – zarówno w sferze ustawodawczej, jak i administracyjnej.

Jako krok w kierunku potwierdzenia obowiązku stosowania przez administrację zasady proporcjonalności (a dokładniej trzeciego składającego się na nią wymogu – zasady proporcjonalności *sensu stricto*) należy uznać wymóg uwzględniania uzasadnionych interesów przedsiębiorcy¹⁸⁷. Norma taka – w zakresie prowadzonych postępowań administracyjnych – wiąże administrację również z mocy zasad ogólnych postępowania administracyjnego. Nie jest ona niczym innym niż wynikający z zasady proporcjonalności obowiązek ważenia interesu indywidualnego i interesu publicznego, tak aby przyznawać ochronę wybranemu z nich, w kontekście wagi reprezentowanych przez te interesy wartości¹⁸⁸.

Obowiązek ten stanowi przykład stosowania zasady proporcjonalności do wszystkich działań – nie tylko czynności prawnych, ale również działań nie skierowanych bezpośrednio na wywołanie skutków prawnych, a także przypadków „zaniechania” administracji publicznej. Dotyczy to, w szczególności, nie tylko kwestii rozpoczęcia i zakończenia kontroli, ale również jej intensywności, tak aby nie miała ona charakteru represyjnego (nadmiernego w stosunku do spodziewanych zagrożeń czy naruszeń prawa), zarówno co do zakresu przeprowadzanych czynności kontrolnych, jak i czasu jej trwania. Stanowi to element szerszego problemu, tzn. racjonalności działania administracji, tak aby maksymalizować efekty jej działania przy jak najmniejszych kosztach.

¹⁸⁷ Art. 9 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

¹⁸⁸ Warto zauważyć, że w prawie okresu socjalistycznego wynik rozumowania opartego na zasadzie proporcjonalności był z góry przesadzony, gdyż zgodnie z orzecznictwem NSA interes indywidualny podlegał ochronie do granic kolizji z interesem społecznym.

Z problematyką kontroli przedsiębiorców wiąże się również kompetencja organu wykonawczego samorządu gminnego do nakazania wstrzymania wykonywania działalności gospodarczej na okres maksymalnie trzech dni¹⁸⁹. Należy stwierdzić, że proporcjonalność takiej ingerencji w wolność gospodarczą, zarówno w kontekście okoliczności leżących po stronie przedsiębiorcy a uzasadniających podjęcie takiej decyzji, jak i w kontekście maksymalnego czasu trwania takiego nakazu, nie budzi wątpliwości. Może natomiast stanowić powód do dyskusji przesłanka, która odnosi się do okoliczności leżących po stronie organu administracji a dotyczy braku możliwości niezwłocznego powiadomienia właściwego organu kontrolnego. Rażące byłoby obciążanie przedsiębiorcy kosztami przestoju w sytuacjach, w których niemożność dokonania zawiadomienia wynika z wadliwego funkcjonowania administracji. Argumentem przemawiającym za adekwatnością takiego instrumentu jest jego zupełna wyjątkowość. Prawo podmiotowe przedsiębiorcy do niezakłóconego ze strony administracji prowadzenia działalności może zostać naruszone wyłącznie w przypadku zagrożenia życia, zdrowia czy możliwości naruszenia środowiska naturalnego bądź powstania znacznych szkód majątkowych, czyli w sytuacjach, w których dobra zagrożone przedstawiają bezsprzecznie większą wartość niż prawo podmiotowe przedsiębiorcy.

Poruszony powyżej problem jest częścią szerszego zagadnienia – sposobu wykonywania przez administrację władzy dyskrecjonalnej. Uzasadnienie projektu ustawy zawiera argument, iż stosowanie w ustawie licznych klauzul generalnych ma duże znaczenie dla przedsiębiorców, ponieważ wyznaczy *kierunek i zakres regulacji prawnych w ustawach szczegółowych*¹⁹⁰. Należy zauważyć, że polskie prawo nie przewiduje ustawy konstytucyjnej jako źródła prawa ułożonego pomiędzy Konstytucją a ustawą zwykłą. Zwroty niedookreślone zawarte w ustawie nie wiążą ustawodawcy w sposób bezwzględny co do celów, które mają być realizowane w ustawach uchwalanych później. Ustawodawca związany jest Konstytucją oraz ogólnymi zasadami prawa, chociażby wspomnianą powyżej zasadą racjonalnego ustawodawcy, zawierającą m.in. nakaz tworzenia spójnego systemu norm, przy czym ewentualne kolizje norm rozstrzygane są przy użyciu walidacyjnych reguł wykładni. Użycie w ustawie klauzul generalnych wpływa jedynie na zakres luzów decyzyjnych pozostawionych organom administracji. Nie przesądza to, że zwiększenie ilości zwrotów nieostrych pomnoży liczbę decyzji wydawanych *na korzyść przedsiębiorcy* (czy też określonych jako poszerzające zakres jego prawa podmiotowego) – zwiększenie sfery uznania administracyjnego może działać w kierunku zupełnie przeciwnym. Tylko konsekwentne stosowanie przez administra-

¹⁸⁹ Art. 78 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

¹⁹⁰ Druk sejmowy Nr 2118..., jw., s. 43.

cję zasady proporcjonalności spowoduje, że proces stosowania prawa zostanie ukierunkowany w stronę ocenianą subiektywnie przez przedsiębiorców jako *sprzyjająca wolności gospodarczej*. Ingerencja w publiczne prawa podmiotowe jednostek ma bowiem charakter stopniowalny, dający możliwość wyboru wielu instrumentów (ewentualnie tego samego instrumentu lecz jakościowo bądź ilościowo „silniejszego” lub „słabszego”) a nie odbywa się na zasadzie alternatywy, czy zastosowania wyjątku od zasady. Korzystniejsze zatem dla przedsiębiorców byłoby użycie klauzul generalnych wraz z zapisaniem wprost w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej pełnej zasady proporcjonalności jako dyrektywy działania organów administracji.

Ustawodawca poszedł jednak w inną stronę. Wprowadził, a w zasadzie powtórzył, zasadę proporcjonalności skierowaną „do samego siebie”. Mianowicie, wprowadzenie koncesji odbywać się może wyłącznie po rozważeniu, czy działalność nie może być wykonywana jako wolna lub po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia oraz wymagać będzie zmiany ustawy o swobodzie¹⁹¹. Przepis taki był również zawarty w poprzedniej regulacji¹⁹². Nie wprowadzono natomiast takiej reguły dla wyboru pomiędzy zezwoleniem a wpisem do działalności regulowanej – w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej nie ma przepisów ogólnych dotyczących zezwoleń.

Uzasadnienie projektu nazywa zastosowane rozwiązanie – a przynajmniej traktuje je – jako składnik „zasady ograniczonej reglamentacji”¹⁹³. Rozwiązanie takie nie bierze jednak pod uwagę, że ustawa zwykła nie wiąże ustawodawcy, wiąże go jedynie postulat stanowienia norm niesprzecznych – co do zasady, ponieważ nie jest wykluczona możliwość wprowadzania wyjątków.

Ustaw szczególnych nie będzie można badać pod względem zgodności z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej, skutkiem czego przepisy ustaw szczególnych mogą być potraktowane jako *lex specialis* i zgodnie z taką regułą waldacyjną uznane za wiążące. Nie zapobiegnie to zatem wprowadzaniu nowych instrumentów reglamentacji w ustawach szczegółowych. Problem ten był aktualny na gruncie ustawy Prawo działalności gospodarczej, co przyznaje sam projektodawca, zaznaczając w uzasadnieniu: *najbardziej jaskrawo wygląda zaś sytuacja polegająca na tym, że ustawy odrębne wprowadzają rozwiązania, które jako lex specialis mają pierwszeństwo w stosunku do zasad przyjętych w Prawie działalności gospodarczej, w rezultacie czego te ostatnie nie są respektowane i w praktyce legislacyjnej zaznaczyła się bardzo wyraźna tendencja do wprowadzenia obok*

¹⁹¹ Art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

¹⁹² Art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej.

¹⁹³ Druk sejmowy Nr 2118..., jw., s. 48.

koncesji i zezwoleń innych, różnie nazwanych, form reglamentacji działalności gospodarczej (np. licencje, pozwolenia, decyzje zezwalające, upoważnienia, zgody, certyfikaty, przydziały częstotliwości, limity produkcji i usług itp.) oraz warunki wykonywania niektórych rodzajów działalności gospodarczej są określane nie tylko w ustawach, lecz także w rozporządzeniach i przez to są poszerzane poza ustawami¹⁹⁴. W rzeczywistości, w obecnym stanie prawnym, można zaradzić wyłącznie ostatniemu z wymienionych problemów, poprzez wystąpienie do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności takich rozporządzeń z ustawą i Konstytucją.

Dwa pierwsze problemy, dotyczące regulacji ustawowych niezgodnych z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej, mogą zostać usunięte przez wpisanie zasady stopniowania ingerencji, np. typu: *wolność – działalność regulowana – zezwolenie – koncesja*, do art. 22 Konstytucji, co ograniczyłoby powstawanie nowych form reglamentacji i jednocześnie wymusiło na ustawodawcy adekwatność stosowania tych form. Jeszcze lepsze, ze względu na większą dopuszczalną szczegółowość, byłoby wprowadzenie, jako ponadustawowego źródła prawa, ustawy konstytucyjnej i nadanie ustawom, dzisiaj zwanym w języku prawniczym ustrojowymi (m.in. ustawie o swobodzie działalności gospodarczej), statusu ustaw konstytucyjnych. O takiej możliwości wspomina zresztą w uzasadnieniu projektodawca (*nadać postanowieniom nowej ustawy pierwszeństwo w stosunku do ustaw odrębnych*)¹⁹⁵, nie podając jednocześnie, jak taki cel osiągnąć.

Jednym z celów ustawy Prawo działalności gospodarczej było uproszczenie form reglamentacji, poprzez ustanowienie wyłącznie dwóch instrumentów (koncesji i zezwolenia) i przeprowadzenie jasnej linii podziału między nimi. Koncesja miała być środkiem o charakterze wyjątkowym, opartym na maksymalnie ograniczonym uznaniu administracyjnym. Zezwolenie zaś środkiem mniej dolegliwym, opartym na decyzji związanej i stosowany także do form reglamentacji o innych nazwach, np. licencji czy pozwoleń.

W przypadku ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, należy pozytywnie ocenić zastąpienie większości zezwoleń wpisem do rejestru działalności regulowanej, chociaż zmniejszeniu, proporcjonalnemu, powinny ulec opłaty za wpis do rejestru, ponieważ koszty postępowania rejestrowego będą zapewne dla obu stron niższe – a projektodawca stwierdza, iż opłaty pozostaną bez zmian¹⁹⁶. Problemem natomiast, poza wspomnianym powyżej, coraz większym zróżnicowaniem instrumentów reglamentacji (zgody, przydziały, certyfikaty etc.), może się stać usunięcie przepisów ogólnych regulujących instytucję zezwolenia.

¹⁹⁴ Druk sejmowy Nr 2118..., jw., s. 46–47.

¹⁹⁵ Tamże, s. 48.

¹⁹⁶ Tamże, s. 57.

Mając na uwadze dotychczasowe losy polskiego publicznego prawa gospodarczego, taka sytuacja może doprowadzić do znacznej dyferencjacji cech zezwoleń regulowanych każdorazowo w ustawach szczególnych, z możliwością powstania „wypaczeń” (np. znaczna uznaniowość w miejsce decyzji związanej) włącznie. Danie w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej wyłącznie katalogu ustaw regulujących zezwolenia niczego dla wolności gospodarczej nie tworzy. Ustawodawca może nawet dbać o spójność systemu norm i każdorazowo – obejmując nowe dziedziny działalności reglamentacją w formie zezwoleń – nowelizować stosowany przepis ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹⁹⁷. Nie zmniejszy to zagrożenia powstawaniem instrumentów o nazwie „zezwoleń”, niepodobnych do zezwoleń w dotychczasowym rozumieniu tej instytucji prawa publicznego. Efektem mogą być niespójność systemu reglamentacji i zupełna dowolność ingerencji w wolność gospodarczą jako publiczne prawo podmiotowe przedsiębiorcy. Z drugiej strony, dotychczasowa regulacja cech konstytutywnych zezwoleń w ustawie Prawo działalności gospodarczej nie zapobiegła takim negatywnym następstwom a to, że wspomnianego powyżej, braku zakreszenia dopuszczalnych środków reglamentacji w normie rangi konstytucyjnej czy też nie funkcjonowania w polskim systemie prawnym formy ustawy konstytucyjnej jako ponadustawowego źródła prawa.

Patrząc na powyższy problem ze strony zasady proporcjonalności, można zauważyć, że brak wiążącego i jednoznacznego uregulowania w polskim systemie prawa dopuszczalnych instrumentów reglamentacji wolności gospodarczej może utrudniać, a w skrajnych przypadkach nawet uniemożliwiać stosowanie zasady proporcjonalności, gdyż nie jest dana droga (skala) stopniowania ingerencji. Niezależnie od powyższego, kierunek przyjęty przez ustawodawcę jest korzystny dla przedsiębiorców, ponieważ ogranicza się stosowanie najdalej idących instrumentów reglamentacji tj. koncesji i zezwoleń. Nie ma jednak mechanizmu zabezpieczającego przed odwróceniem czy skierowaniem na jeszcze inny tor (tj. drogę nieznaną dotychczas form reglamentacji), takiej tendencji.

Ocena poszczególnych form reglamentacji w nawiązaniu do zasady proporcjonalności prowadzi do następujących wniosków. Przydatność, jako pierwszy wymóg składający się na zasadę proporcjonalności, koncesji i zezwoleń jako instrumentu ochrony dóbr mieszczących się w pojęciu interesu publicznego, nie powinna budzić wątpliwości. Kontrola uprzednia wnioskodawcy, zarówno w zakresie okoliczności objętych wnioskiem o udzielenie koncesji, jak i mieszczących się w szerokiej klauzuli *rękojmi prawidłowego wykonywania działalności*¹⁹⁸, spoczywają-

¹⁹⁷ Tzn. art. 75 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

¹⁹⁸ Art. 50 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

cy na wnioskodawcy ciężar dowodzenia stanu faktycznego i prawnego wykazanego we wniosku, oraz – niewątpliwa w przypadku koncesji – sfera luzu decyzyjnego i możliwość kreowania fakultatywnych warunków wykonywania działalności na potrzeby konkretnego postępowania koncesyjnego¹⁹⁹ powodują, że są to środki reglamentacji najdalej idące, zdadne do tego, aby chronić wspomniane dobra.

Wątpliwości, o czym było powyżej, może budzić tylko określenie cech konstytutywnych zezwoleń. Brak wiążącego określenia, czym charakteryzuje się zezwolenie, powoduje, że przedsiębiorcy nie posiadają prawnej gwarancji, jakim zmianom będzie podlegać ten instrument reglamentacji. Minusem wymienionych powyżej instrumentów reglamentacji, są koszty, chociażby przygotowania specjalistycznej dokumentacji, i czas poświęcany przez przedsiębiorcę na udział w postępowaniu o udzielenie koncesji albo zezwolenia. Dlatego słuszne, moim zdaniem, są głosy, aby zasadą w przypadku postępowań koncesyjnych, stało się przeprowadzanie ich w dwóch fazach. Pierwsza miałaby charakter formalny (sprawdzenia wypełniania wszystkich warunków wymaganych od koncesjonariusza), a druga mogłaby zawierać element uznaniowości, zwłaszcza w przypadku istnienia względów powodujących, że liczba podmiotów wykonujących daną działalność na terenie kraju powinna być ograniczona.

W odniesieniu do luzu decyzyjnego pozostawionego organom administracji i stosowania do tych działań zasady proporcjonalności, można stwierdzić, iż nadmierną ingerencją w wolność gospodarczą może się stać wspomniana powyżej kompetencja do ustalania dodatkowych warunków wykonywania działalności objętej koncesją. Za uzasadnioną należy uznać decyzję ustawodawcy o odrzuceniu propozycji, aby można było określać tylko dodatkowe warunki, przewidywane przez ustawę, gdyż ze względu na wąski zakres zastosowania koncesji i znaczną zależność od konkretnych uwarunkowań w danym miejscu i w danym czasie, środek taki mógłby okazać się niezdatny lub niewystarczający do ochrony określonych dóbr. Uważam jednak, że aby chronić sferę wolności przedsiębiorców, korzystniejsze byłoby wprowadzenie przepisu, który nie ogranicza się wyłącznie do stwierdzenia, iż dodatkowe warunki określone są w *granicach odrębnych ustaw*. Sądzę, że należałoby zacieśnić swobodne uznanie poprzez określenie zakresu ingerencji, zarówno co do zakresu spraw, których mogą dotyczyć takie dodatkowe warunki, jak i co do głębokości, jakiej ta ingerencja może sięgać, oraz wskazanie, że ustalanie dodatkowych warunków musi się odbywać zgodnie z zasadą proporcjonalności.

Sformułowanie takiego przepisu byłoby oczywiście trudniejsze niż wersji obecnej, ale szczegółowość regulacji – podobnie jak to ma miejsce przy formuło-

¹⁹⁹ Art. 48 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

waniu delegacji ustawowych – działałaby na rzecz poszerzenia i lepszej ochrony praw podmiotowych jednostek.

Takie samo zastrzeżenie można zgłosić do innej formy ingerencji administracji w wolność gospodarczą podmiotów planujących rozpocząć działalność objętą koncesjonowaniem, tj. kompetencji organu koncesyjnego do ograniczania liczby udzielanych koncesji. W tym przypadku, ustawodawca nie zastosował żadnych elementów zasady proporcjonalności ani jawności podejmowanej decyzji. Sądzę, iż należałoby ograniczyć uznanie do określonych przypadków dopuszczalności takiej decyzji, powołać się na zasadę proporcjonalności, tzn. dopuścić ograniczenie, w sytuacji, kiedy jest ono konieczne dla określonych celów, oraz podawać do wiadomości wnioskodawców przyczynę takiego ograniczenia. Takie obostrzenie sfery luzu decyzyjnego sprzyjałoby ograniczeniu zjawisk korupcyjnych oraz zapobiegałoby tworzeniu nieuzasadnionych monopolii bądź oligopolii.

Trzeci z instrumentów reglamentacji, wpis do rejestru działalności regulowanej, oznaczający potencjalnie najslabszą ingerencję w prawa przedsiębiorcy, może teoretycznie – w zależności od rodzaju działalności i od konkretnego przypadku – okazać się niezdatny do ochrony takich dóbr, jak bezpieczeństwo publiczne bądź ochrona życia lub zdrowia. Przerzucenie ciężaru dowodzenia, iż przedsiębiorca nie spełnia wymogów prawa, na organ administracji, pozbawia administrację, która w tym przypadku staje się niejako rzecznikiem interesu publicznego, instrumentu prewencji, który w niektórych przypadkach mógłby się okazać niezbędny. Istnieją opinie, że w sytuacjach, w których pojawia się ryzyko powstania szkód w dobrach publicznych lub dobrach innych jednostek, należy rozważyć skorzystanie z zezwolenia, jeżeli ryzyko powstania szkód o znacznej wartości (np. skażenie środowiska naturalnego) przekracza wyraźnie koszty prowadzenia postępowań o udzielenie danego zezwolenia.

Analiza tego rodzaju dla każdego przypadku przekracza ramy niniejszego artykułu, ale jest warto podkreślenia, że z uzasadnienia projektu ustawy nie wynika, czy projektodawca taką analizę przeprowadził. Należy również zauważyć, że wprowadzenie działalności regulowanej wiąże się z koniecznością zwiększenia nakładów na funkcjonowanie organów kontrolnych, które oprócz poszukiwania przedsiębiorców prowadzących działalność bez wpisu do rejestru działalności regulowanej (tak jak uprzednio – bez zezwolenia) będą musiały skoncentrować się również na wykazywaniu, że przedsiębiorcy wpisani do powyższego rejestru podali nieprawdziwe informacje. Ewentualna niewydolność administracji kontrolnej może stać się zagrożeniem dla dobra chronionego, tj. interesu publicznego.

Drugi wymóg zasady proporcjonalności – konieczność (niezbędność) – ma zastosowanie, gdy ustawodawca dokonuje wyboru spośród co najmniej dwóch przydatnych instrumentów reglamentacji. Przykładowo, spośród sześciu istniejących

koncesji, wszystkie, moim zdaniem, poza koncesją na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, mają uzasadnienie w ochronie interesów najistotniejszych, tj. ochronie życia, zdrowia, bezpieczeństwa publicznego i środowiska naturalnego. Przywiązanie ustawodawcy do koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych i radiowych może być spowodowane przekonaniem elit politycznych, właściwym w takiej postaci szczególnie państwu postkomunistycznym, o istotności wpływu na media jako instrumentu sprawowania władzy. Z punktu widzenia interesów jednostek wystarczyłoby zapewne zezwolenie, którego udzielano by po spełnieniu wymogów technicznych i ewentualnym zobowiązaniu do realizacji określonych warunków programowych, np. maksymalnego czasu emisji reklam²⁰⁰.

Dla wymogu konieczności istotne jest także ustalenie pewnego – czasem nawet merytorycznie szerokiego, jakkolwiek z precyzyjnie określonymi granicami – luzu do podejmowanych decyzji indywidualnych i konkretnych. Taka kompetencja administracji pozwala jej, oczywiście z poszanowaniem zasady legalizmu i zasady proporcjonalności, do wyboru najmniej uciążliwego dla jednostki środka, wystarczającego jednak do ochrony interesu publicznego. Przykładowo, zamiast odmowy wydania pozwolenia, istnieją sytuacje, w których można by wydać pozwolenie czasowe lub z zastrzeżeniem określonych warunków (np. z zobowiązaniem wnioskodawcy do zastosowania określonych zabezpieczeń) – problem ten jest już podnoszony w literaturze²⁰¹.

Na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, co należy ocenić pozytywnie, pozostawione jest to do uznania organu koncesyjnego, który ma możliwość wyboru pomiędzy cofnięciem (co niweczy całkowicie prawo podmiotowe przedsiębiorcy) a zmianą zakresu koncesji (co wyłącznie ogranicza zakres publicznego prawa podmiotowego koncesjonariusza)²⁰². Wymóg konieczności, niezwykle istotny w prawie karnym ze względu na wybór kary niezbędnej do osiągnięcia celów prewencyjnych, a zwłaszcza resocjalizacyjnych, ma także znaczenie dla sankcji administracyjnych. Przykładowo, sankcja zakazu wykonywania określonej działalności, powinna być surowsza przy wykonywaniu działalności regulowanej bez wpisu niż w przypadku podmiotu, który wprowadził wpis uzyskał, ale następnie naruszył warunki wykonywania danej działalności – jest natomiast taka sama²⁰³.

²⁰⁰ W programach wyborczych partii, pojawiają się coraz częściej postulaty likwidacji Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji.

²⁰¹ D. Kijowski, *Postanowienia dodatkowe i dopuszczalność opatrywania nimi decyzji administracyjnych*, w: *Prawo. Administracja. Obywatele*, Białystok 1997.

²⁰² Art. 58 ust. 2 i art. 58 ust. 3 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

²⁰³ Art. 72 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej.

Trzeci z wymogów zasady proporcjonalności ma charakter zdecydowanie subiektywny. Polega na ważeniu wartości reprezentowanych przez konkurujące interesy. Jest istotny zarówno dla działalności ustawodawczej, jak i administracyjnej, choć najwięcej trudności może powodować w procesie wydawania decyzji administracyjnych i sprawowania czynności kontrolnych. Praktyka pokazuje bowiem, że kadryze urzędniczej łatwiej jest się utożsamić z interesem publicznym niż interesami jednostek. Dokonywanie takich operacji aksjologicznych musi być dokonywane w odniesieniu do konkretnych przypadków. Pamiętać przy tym należy, że normy prawne nie podają wprost jakimi kryteriami należy się kierować, gdyż nie jest wprowadzona jakakolwiek hierarchia dóbr chronionych prawem.

5. Wnioski końcowe

W okresach burzliwych zmian prawa stanowionego, czynnikiem stabilizującym powinno być odwoływanie się do zasad i aksjologii prawa. Dla oceny dopuszczalności i stopnia ingerencji w publiczne prawa jednostek szczególne znaczenie mają: zasada państwa prawnego, zasada legalizmu oraz zasada proporcjonalności. Odwoływanie się do nich stanowi dla adresatów norm materialnego prawa publicznego podstawę domagania się ochrony przed naruszeniami ich praw podmiotowych. Dotyczy to zarówno działalności ustawodawczej państwa, jak i ingerencji administracyjnej w prawa jednostek.

Dla właściwego postawienia akcentu, zarówno w rozważaniach teoretycznych, jak i praktycznych, fundamentalne znaczenie ma indywidualistyczne spojrzenie na instytucje prawa. Traktowanie tych instytucji w kategoriach podmiotowych, zwłaszcza przez konstruowanie publicznych praw podmiotowych, ma ugruntowaną pozycję w polskiej i europejskiej nauce prawa. Często, w poszczególnych systemach prawnych, wykazanie naruszenia prawa podmiotowego, stanowi przesłankę domagania się konstytucyjnej lub sądowo-administracyjnej ochrony praw jednostek.

Ogólnie można uznać, że publicznym prawem podmiotowym jest taka sytuacja prawna jednostki, w której posiada ona opartą na normie prawnej możliwość żądania czegoś od państwa czy innego związku publiczno-prawnego. Prawa podmiotowe o charakterze wolnościowym (negatywnym) składają się z dwóch składników. Składnik pozytywny polega na tym, że jednostka może dowolnie kształtować swoje zachowania w obrębie danej wolności – zarówno w zakresie czynności psychofizycznych, jak i czynności konwencjonalnych doniosłych prawnie – a nawet powstrzymać się od jakichkolwiek działań. Składnik negatywny polega na obowiązku państwa, innych podmiotów wyposażonych we władztwo publiczne oraz

innych jednostek powstrzymania się od ingerencji w sferę przysługującego jednostce prawa wolnościowego.

Wolność gospodarczą traktuje się jako prawo o charakterze wolnościowym lub nawet ujmuje ją się w kategorii złożonego *prawa-institucji*. Cechą praw-institucji jest m.in. to, że posiadają wymiar publiczno- i prywatno-prawny. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej nie wprowadza zmian w konstrukcji wolności gospodarczej jako publicznego prawa podmiotowego.

Ocena dopuszczalnej ingerencji ustawodawczej i administracyjnej w wolność gospodarczą wymaga znajomości i stosowania zasady proporcjonalności. Doktryna jest zgodna, że na zasadę proporcjonalności składają się trzy wymogi: wymóg przydatności (odpowiedniości), wymóg konieczności (niezbędności), wymóg zachowania proporcjonalności ograniczenia w relacji do zamierzonego celu (zasada proporcjonalności *sensu stricto*). Tak też jest ujmowana zasada proporcjonalności w orzecznictwie konstytucyjnym i administracyjnym.

Źródłem konstytucyjnym zasady proporcjonalności jest zasada państwa prawnego oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji, który daje pozostałe przesłanki generalne oceny dopuszczalności ingerencji ustawodawczej w prawa jednostek. Zasadę proporcjonalności możemy też odnaleźć w regulacjach ustawowych, w tym w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Jedną z podstawowych dróg przyjmowania zasady proporcjonalności w praktyce działania organów sądowych i administracyjnych powinny się stać kontakty z prawem Wspólnot Europejskich.

Polskie orzecznictwo konstytucyjne posiada wypracowany, jednoznaczny wzorzec kontroli dopuszczalności ingerencji w prawa podmiotowe jednostek. Fundamentem tego wzorca jest zasada proporcjonalności oraz dopuszczalność ingerencji oparta na ochronie interesu publicznego bądź innych praw podmiotowych człowieka i obywatela. Subiektywnym elementem dokonywanej oceny jest dokonanie aksjologicznego ważenia interesu publicznego, któremu służy ograniczenie danego prawa i wagi interesów naruszonych przez takie ograniczenie.

Decydujące znaczenie dla funkcjonowania wolności gospodarczej ma sposób wykonywania władzy dyskrecyjnej przez administrację publiczną. Czynnikiem przesądzającym o właściwym kierunku korzystania przez administrację z uznania administracyjnego jest właściwe stosowanie zasady proporcjonalności. Warto podkreślić, że tworzenie norm konkretnych i indywidualnych, dotyczących wydawania koncesji bądź zezwoleń, nie jest jedynym obszarem stosowania tej zasady. Dla przedsiębiorców niepodważalne znaczenie ma również jej wykorzystywanie na potrzeby wykonywania czynności kontrolnych.

Paweł Grzejszczak

Metody regulacji działalności przedsiębiorstw w sektorze energetycznym

1. Regulacja i jej znaczenie w sektorze energetycznym

Sektor energetyczny jest jednym z tych działów gospodarki, w których administracyjna ingerencja organów państwa w działalność przedsiębiorstw jest szczególnie zauważalna. Powyższy stan rzeczy wynika ze specyfiki tego sektora i jego fundamentalnego znaczenia dla rozwoju całej gospodarki. Działalność przedsiębiorstw energetycznych podlega daleko idącym ograniczeniom regulacyjnym, przede wszystkim z uwagi na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju, tj. pokrycia bieżącego i perspektywicznego zapotrzebowania odbiorców na paliwa i energię, przy zachowaniu wymagań w zakresie ochrony środowiska. Kwestia zapewnienia bezpieczeństwa dostaw nośników energii jest szczególnie istotna w obszarze paliw gazowych i produktów naftowych, gdzie występuje silne uzależnienie rynku krajowego od dostaw z jednego obszaru geograficznego (Rosja), co w sposób oczywisty zwiększa ryzyko wystąpienia niedoboru paliw w przypadku zakłócenia ciągłości tych dostaw. Dlatego też prawidłowa gospodarka paliwami i energią wymaga skoordynowania działań w skali makro i z tego względu nie może zostać pozostawiona bez nadzoru ze strony państwa. Skutki zaniedbań w tym zakresie mogą być dla gospodarki katastrofalne, co potwierdzają przypadki awarii sieci elektroenergetycznych, jakie ostatnio miały miejsca w USA (w stanie Kalifornia) i we Włoszech.

Działalność gospodarcza polegająca na dostarczaniu paliw i energii za pośrednictwem sieci objęta jest naturalnymi monopolami, stąd też działania regulacyjne mają również na celu przeciwdziałanie negatywnym skutkom istnienia tych monopolii, zwłaszcza w obszarze niekontrolowanego wzrostu kosztów działalności i nadmiernego podnoszenia poziomu cen. Brak presji rynkowej powoduje bowiem, że przedsiębiorstwa energetyczne działające w warunkach monopolu naturalnego mają tendencje do nadużywania swojej szczególnej pozycji rynkowej, co może przejawiać się przede wszystkim zawyżaniem cen dla odbiorców paliw lub energii w stosunku do ponoszonych kosztów własnych, oraz niechęcią do racjonalizacji tych kosztów. Dlatego też ochrona interesów odbiorców oraz minimalizacja kosztów działalności przedsiębiorstw energetycznych stanowią, obok potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju, podstawowe cele działalności

regulacyjnej państwa w sektorze energetycznym, które przede wszystkim ma realizować niezależny od przedsiębiorstw energetycznych i struktur państwowych regulator, tj. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki²⁰⁴.

Rola regulacyjna państwa w polskiej energetyce jest tym bardziej nieodzowna, gdyż procesy liberalizacji naszego rynku paliw i energii w praktyce dopiero się rozpoczęły. Nadal zdecydowana większość energii wykorzystywanej w kraju pochodzi ze źródeł zakontraktowanych w ramach tzw. kontraktów długoterminowych (KDT), które w połowie lat 90. Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. zawarły z wytwórcami energii. Kontrakty te, stanowiące podstawę dla finansowania przez banki inwestycji w elektroenergetyce, przewidują sprzedaż energii po cenach zawyżonych w stosunku do cen rynkowych. Skutkiem powyższego jest zmniejszenie presji rynkowej na wytwórców w zakresie wzrostu efektywności w procesie produkcji energii, w związku z czym presja ta musi być wywierana przez regulatora w ramach dostępnych mu środków prawnych.

Podkreśleniu znaczenia problematyki regulacji – jako jednego z kluczowych zagadnień dla kształtowania stosunków prawnych z udziałem przedsiębiorstw energetycznych – służy zdefiniowanie samego terminu *regulacja* w ustawie z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne²⁰⁵. Zgodnie z art. 3 pkt. 15 tej ustawy, regulacja to *stosowanie określonych ustawą środków prawnych, włącznie z koncesjonowaniem, służących do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, prawidłowej gospodarki paliwami i energią oraz ochrony interesów odbiorców*. Powyższe rozumienie terminu *regulacja* ogranicza się w praktyce do środków prawnych stosowanych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na podstawie ustawy Prawo energetyczne. Najistotniejsze z tych środków prawnych to środki o charakterze władczym, wskazane w art. 23 ust. 2 tej ustawy, których stosowanie wymaga wydania przez Prezesa URE decyzji administracyjnej. Należą do nich:

- 1) udzielanie, odmowa udzielenia, zmiana i cofanie koncesji,
- 2) zatwierdzanie taryf paliw gazowych, energii elektrycznej i ciepła,
- 3) rozstrzyganie sporów w sprawach dotyczących ustalania warunków świadczenia usług przesyłowych, odmowy przyłączenia do sieci, odmowy zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej, paliw gazowych lub ciepła albo nieuzasadnionego wstrzymania dostaw,
- 4) nakładanie kar pieniężnych na przedsiębiorstwa energetyczne nieprzestrzegające obowiązków określonych w przepisach Prawa energetycznego.

²⁰⁴ W kwestii potrzeby ustanowienia niezależnego regulatora w sektorze energetycznym, zob. Ch. W. Jones, EU Energy Law, Volume I – The internal energy market, Claeys & Casteels 2004, s. 97.

²⁰⁵ Tekst jednolity – Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1504, ze zm.

Niezależnie od możliwości ingerencji w działalność przedsiębiorstw na podstawie decyzji administracyjnych, Prezes URE dysponuje również na podstawie ustawy Prawo energetyczne środkami prawnymi o charakterze kontrolnym, z których najistotniejsze to kontrola:

- parametrów jakościowych dostaw i obsługi odbiorców w zakresie obrotu paliwami gazowymi i energią elektryczną,
- kwalifikacji osób zajmujących się eksploatacją instalacji i urządzeń energetycznych,
- przestrzegania obowiązku utrzymywania odpowiednich zapasów paliw,
- wykonywania obowiązku zakupu energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych i energii wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła.

Terminowi *regulacja* nadaje się często w sektorze energetycznym szersze znaczenie niż tylko ograniczenie go do działań Prezesa URE na podstawie ustawy Prawo energetyczne, skierowanych do indywidualnych adresatów. W tym szerszym ujęciu regulacja – to wszelkie działania o charakterze prawnym, podejmowane na podstawie obowiązujących przepisów przez organy państwowe lub samorządowe w stosunku do przedsiębiorstw energetycznych, choćby nie miały one władczego charakteru i nie były one aktami indywidualnymi skierowanymi wyłącznie do poszczególnych przedsiębiorstw energetycznych²⁰⁶.

W tym znaczeniu, w obszarze regulacji mieszczą się zarówno wskazane wyżej działania podejmowane przez Prezesa URE, który odgrywa wiodącą rolę w procesie stosowania indywidualnych środków prawnych w stosunku do przedsiębiorstw energetycznych, jak i czynności podejmowane w skali makro w ramach kreowania polityki energetycznej państwa przez Radę Ministrów lub Ministra Gospodarki²⁰⁷. Do tak rozumianych działań regulacyjnych należy również zaliczyć niezwykle istotne z punktu widzenia kształtowania wolnego rynku energii działania podejmowane w stosunku do przedsiębiorstw energetycznych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, właściwego w sprawach koncentracji przedsiębiorców oraz orzekania o stosowaniu praktyk ograniczających wolną konkurencję, które w sektorze energetycznym występują stosunkowo często. W obszarze planowania zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną i paliwa, przedsiębiorstwa energetyczne zobowiązane są do współpracy z właściwymi gminami i samorządami województw, którym również obowiązujące przepisy

²⁰⁶ J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak, Prawo energetyczne. Komentarz, Zakamycze 2003, s. 41–42, zob. także A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, Prawo energetyczne. Komentarz, Warszawa 1999, s. 22–23.

²⁰⁷ Przykładowo, Rada Ministrów może wprowadzić w drodze rozporządzenia ograniczenia na czas oznaczony w sprzedaży paliw oraz w dostawach energii, a Minister Gospodarki określa w drodze rozporządzenia wielkości i sposoby gromadzenia przez producentów i importerów obowiązkowych zapasów paliw.

przyznają określone uprawnienia w stosunku do przedsiębiorstw sektora energetycznego.

Problem regulacji w sektorze energetycznym znajduje odzwierciedlenie w postanowieniach drugiej dyrektywy elektroenergetycznej²⁰⁸ i drugiej dyrektywy gazowej²⁰⁹, które obowiązują w państwach członkowskich Unii Europejskiej od 1 lipca 2004 roku. Zawarto w nich generalne zasady, według których państwa członkowskie powinny ukształtować pozycję regulatora względem przedsiębiorstw energetycznych i aparatu państwowego. Zgodnie z tymi zasadami regulator powinien być całkowicie niezależny od wpływów ze strony uczestników rynku, gdyż tylko wtedy będzie w stanie przeciwdziałać przypadkom dyskryminacji i naruszania wolnej konkurencji, zwłaszcza w stosunku do nowych uczestników rynku.

Szczególnie akcentowany w obu dyrektywach jest problem nadzoru regulatora nad stosowanymi przez przedsiębiorstwa energetyczne taryfami, tak aby stosowane w taryfach opłaty na rzecz tych przedsiębiorstw z jednej strony nie dyskryminowały żadnych uczestników rynku, a z drugiej – pozwalały przedsiębiorstwom energetycznym na dokonywanie niezbędnych inwestycji w sieci gazowe lub energetyczne dla zapewnienia ich sprawności oraz dostępności. Ingerencja regulatora w proces tworzenia taryf może być zarówno ingerencją *ex ante*, tj. na etapie tworzenia taryfy, jak i *ex post*, tj. po jej wejściu w życie, co w praktyce sprowadza się do możliwości żądania zmian w już obowiązującej taryfie. Zgodnie z postanowieniami obu dyrektyw, regulator ma być również obligatoryjnym arbitrem przy rozstrzyganiu sporów z udziałem przedsiębiorstw energetycznych, przy czym od jego decyzji muszą przysługiwać środki odwoławcze o niesuspensywnym charakterze. Dyrektywy wymagają od państw członkowskich zapewnienia skuteczności działań regulatora, przede wszystkim w zakresie możliwości stosowania sankcji w stosunku do przedsiębiorstw energetycznych naruszających swoje obowiązki.

Ogólny charakter postanowień obu dyrektyw w kwestii usytuowania regulatora z pewnością ułatwia ich implementację w warunkach polskich. W praktyce bowiem, dyrektywy nie przesadzają metod regulacji, które powinny być stosowane przez regulatora, ale jedynie określają, w jakich obszarach ingerencja regulatora jest możliwa i do jakiego stopnia. W szczególności, nie zawierają one katalogu sankcji, jakie regulator może stosować wobec uczestników rynku²¹⁰. Po-

²⁰⁸ Zob. art. 23 Dyrektywy 2003/54/EC Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z 26 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej.

²⁰⁹ Zob. art. 25 Dyrektywy 2003/55/EC Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z 26 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu naturalnego.

²¹⁰ Zob. Ch. W. Jones, *EU Energy Law...*, *op. cit.*, s. 109–110.

zwala to na dosyć dużą elastyczność w doborze środków prawnych dostępnych regulatorowi, zgodnie z prawem wewnętrznym każdego z państw członkowskich.

2. Środki prawne o charakterze władczym

Regulacja w sektorze energetycznym jest przede wszystkim kojarzona z procesem koncesjonowania działalności w poszczególnych podsektorach energetyki, oraz z zatwierdzaniem i kontrolowaniem taryf przedsiębiorstw energetycznych.

2.1. Koncesjonowanie działalności gospodarczej

Wytwarzanie, przetwarzanie, magazynowanie, przesyłanie, dystrybucja i obrót paliwami i energią to, zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy z 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej²¹¹, jeden z sześciu obszarów, w którym obowiązuje koncesjonowanie działalności gospodarczej. Tak szeroki zakres koncesjonowanej działalności w sektorze energetycznym ulega pewnemu zawężeniu zgodnie z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Prawo energetyczne, dlatego też te właśnie przepisy, a nie art. 46 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, wyznaczają ramy koncesjonowania działalności gospodarczej w sektorze energetycznym²¹².

Zakres koncesjonowania działalności gospodarczej w energetyce ulega stopniowemu zawężeniu, w miarę rozwoju i liberalizacji rynku paliw i energii. Wciąż jednak pozostaje jednym z najbardziej reglamentowanych obszarów działalności gospodarczej w Polsce. Kryteria, które leżą u podstaw wyłączeń z obowiązku uzyskiwania koncesji w energetyce, są jednym z elementów polityki energetycznej państwa. Stosowane wyłączenia z obowiązku uzyskania koncesji oparte są na różnych kryteriach przedmiotowych, przy czym często kilka kryteriów znajduje równocześnie zastosowanie dla danego rodzaju działalności. Dominuje podejście, iż wyłączeniu z obowiązku uzyskania koncesji podlega działalność prowadzona na małą skalę albo przy wykorzystaniu infrastruktury energetycznej o małej mo-

²¹¹ Dz.U. Nr 173, poz. 1807.

²¹² Zgodnie z zasadą wynikającą z art. 46 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którą właśnie szczególne ustawy (w analizowanej sytuacji – ustawa Prawo energetyczne) mają określać szczegółowy zakres działalności podlegającej koncesjonowaniu. Pewna niejasność w interpretacji przepisów pojawia się w związku z działalnością polegającą na przetwarzaniu paliw i energii, której nie wymienia jako działalności koncesjonowanej art. 32 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne, podczas gdy wskazuje na nią jako na działalność koncesjonowaną 46 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, oraz art. 43 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne, w kontekście możliwości wystąpienia o wydanie promesy koncesji na prowadzenie tej działalności. Wydaje się, że pierwszoplanowe znaczenie ma tu jednak treść art. 32 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne, stąd też przetwarzanie paliw i energii (o ile nie może zostać równocześnie uznane za wytwarzanie), nie podlega co do zasady koncesji (zob. w tej kwestii J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak, Prawo energetyczne..., *op. cit.*, s. 217–218).

cy lub małej przepustowości. Na kształt kryteriów wyłączeniowych wpływa też dostępność danego nośnika energii oraz jego znaczenie dla gospodarki państwa.

Najdalej idące wyłączenia z obowiązku uzyskania koncesji dotyczą działalności polegającej na obrocie paliw lub energią. Ten segment rynku jest w największym stopniu poddany działaniu wolnej konkurencji, z uwagi na brak potrzeby dokonywania dużych nakładów inwestycyjnych na kosztowną infrastrukturę energetyczną, która co do zasady nie jest konieczna dla prowadzenia tej działalności. Wolny od obowiązku uzyskania koncesji jest obrót paliwami stałymi (w całości), obrót paliwami gazowymi – do rocznej wartości obrotu nie przekraczającej równowartości 100 000 euro, obrót gazem płynnym – do rocznej wartości obrotu nie przekraczającej równowartości 10 000 euro, obrót energią elektryczną za pomocą instalacji o napięciu poniżej 1 kV będącej własnością odbiorcy oraz obrót paliwami gazowymi i energią elektryczną, dokonywany przez domy maklerskie na giełdach towarowych, bez względu na wartość tego obrotu. Co charakterystyczne, w pełni koncesjonowany jest obrót paliwami ciekłymi, choćby dokonywano go na małą skalę, co świadczy o strategicznym znaczeniu tego obrotu według oceny ustawodawcy.

Należy zaznaczyć, że przy wydawaniu koncesji na hurtowy obrót gazem ziemnym z zagranicą, organ koncesyjny musi mieć na względzie wymagane poziomy dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy określone w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 24 października 2000 roku w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy²¹³. Przepisy tego rozporządzenia określają maksymalny dopuszczalny udział procentowy gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia w stosunku do całkowitej wielkości importu gazu w danym roku, przy czym powyższe ograniczenia importowe nie dotyczą gazu ziemnego wydobywanego w krajach Unii Europejskiej²¹⁴. Rozporządzenie nakłada na regulatora dodatkowy obowiązek w postaci utrzymania w procesie koncesjonowania wymaganego w skali makro poziomu dywersyfikacji dostaw gazu. Powyższa metoda regulacji ma o tyle szczególny charakter, iż indywidualne postępowania koncesyjne są w tym przypadku warunkowane zakładanymi w skali makro parametrami dywersyfikacji dostaw, które są elementem polityki energetycznej i wynikają z potrzeby poprawy bezpieczeństwa energetycznego państwa.

W podsektorze wytwarzania paliw i energii wolne od koncesji jest wytwarzanie paliw stałych, wytwarzanie paliw gazowych z gazu płynnego, wytwarzanie ciepła uzyskiwanego w przemysłowych procesach technologicznych oraz ze

²¹³ Dz.U. Nr 95, poz. 1042.

²¹⁴ Dla 2004 roku udział ten nie może być wyższy niż 78%, a docelowo w 2020 r. udział ten ma obniżyć się do maksymalnie 49%.

źródeł o łącznej mocy poniżej 1 MW albo gdy wielkość mocy zamówionej przez odbiorców nie przekracza 1 MW, a ponadto wytwarzanie energii elektrycznej w źródłach o mocy poniżej 5 MW niezaliczonych do odnawialnych źródeł energii. Jak widać, powyższe wyłączenia dotyczą co do zasady działalności prowadzonej na małą skalę, której poddanie reżimowi koncesjonowania nie jest celowe.

Podobna sytuacja występuje w obszarze magazynowania paliw gazowych i ciekłych, gdzie koncesjonowaniem nie jest objęte wyłącznie magazynowanie gazu płynnego w instalacjach o przepustowości poniżej 1 MJ/s oraz magazynowanie paliw ciekłych w obrocie detalicznym.

W posektorach przesyłu i dystrybucji paliw i energii, gdzie liberalizacja rynku została dopiero zapoczątkowana, wyłączenia z obowiązku uzyskania koncesji są również nieznaczące i dotyczą wyłącznie przesyłania i dystrybucji paliw gazowych w sieci o przepustowości poniżej 1 MJ/s oraz przesyłania i dystrybucji ciepła, jeżeli moc zamówiona przez odbiorców nie przekracza 1 MW. Działalność w tych podsektorach jest realizowana za pośrednictwem sieci, a w szczególności sieci przesyłowych, stąd też na przedsiębiorstwach energetycznych prowadzących działalność w zakresie przesyłu i dystrybucji ciąży obowiązek dotyczący utrzymania sieci w stanie zdolnym do realizacji dostaw w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu obowiązujących wymagań jakościowych. Uzyskanie koncesji na tego typu działalność wiąże się więc z koniecznością spełnienia szczególnych wymagań stawianych przez regulatora, a dotyczących utrzymania ruchu sieciowego.

Specyfika procesu koncesjonowania działalności gospodarczej w energetyce sprowadza się do większego, niż w przypadku innych działalności podlegających koncesjonowaniu, stopnia uznaniowości przy podejmowaniu decyzji przez Prezesa URE o udzieleniu koncesji. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy Prawo energetyczne (art. 33 ust. 4 ustawy), regulator musi mieć możliwość oceny nie tylko zdolności spełnienia przez dany podmiot wynikających z ustawy warunków wykonywania działalności objętej koncesją (w tym posiadania możliwości technicznych, a także dostatecznych zasobów finansowych) oraz kwestii bezpieczeństwa i obronności państwa lub obywateli – które to przesłanki zawsze są oceniane w każdym postępowaniu koncesyjnym – ale również zgodności planowanej działalności z interesem społecznym i założeniami polityki energetycznej państwa, które to przesłanki są specyficzne dla procesu koncesjonowania działalności gospodarczej w energetyce.

W literaturze przedmiotu prezentowany jest pogląd²¹⁵, że odwołanie się do interesu społecznego i założeń polityki energetycznej państwa jako przyczyn uza-

²¹⁵ Zob. J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak, *Prawo energetyczne...*, *op. cit.*, s. 224–225, także A. Dobroczyńska, L. Juchniewicz, B. Zaleski, *Regulacja energetyki w Polsce*, Warszawa–Toruń 2001, s. 133.

sadniających odmowę przyznania koncesji jest sprzeczne z postanowieniami drugiej dyrektywy gazowej i drugiej dyrektywy elektroenergetycznej. Należy zgodzić się z tym stanowiskiem, gdyż postanowienia obu wspomnianych dyrektyw wymagają, aby kryteria podejmowania decyzji przez regulatora były obiektywne i nie-dyskryminujące. Z pewnością, zarówno *interes społeczny*, jak i *założenia polityki energetycznej państwa* – to terminy nieostre i wieloznaczne, które nie mają obiektywnego znaczenia. Powołanie się na nie przy odmowie udzielenia koncesji może stać się przyczyną dyskryminacji jednych podmiotów względem innych. Dlatego też celowe jest uchylenie art. 33 ust. 4 ustawy Prawo energetyczne, wprowadzającego oba te kryteria, przy najbliższej nowelizacji tej ustawy.

Specyficzna dla procesu koncesjonowania działalności gospodarczej w energetyce jest również możliwość uzależnienia przyznania koncesji od uprzedniego złożenia przez wnioskodawcę zabezpieczenia majątkowego, w celu zaspokojenia roszczeń osób trzecich, które mogą powstać wskutek niewłaściwego prowadzenia działalności objętej koncesją, w tym szkód w środowisku naturalnym. Takiej możliwości nie przewidują przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, co świadczy o tym, iż ustawodawca traktuje sektor energetyczny jako szczególnie ryzykowny dla otoczenia z punktu widzenia możliwości wyrządzania szkód przy prowadzeniu koncesjonowanej działalności. Jak pokazuje praktyka, Prezes URE żąda zabezpieczeń głównie od nowo powstających podmiotów, które zamierzają prowadzić działalność w zakresie obrotu paliwami i energią, która to działalność nie wymaga posiadania znacznego majątku trwałego (w szczególności sieci) mogącego stanowić wystarczające zabezpieczenie dla roszczeń osób trzecich²¹⁶.

O szczególnie dużym stopniu ingerencji regulatora w warunki wykonywania działalności koncesjonowanej w energetyce świadczy również rozpowszechniona praktyka nakładania w koncesjach, przez organ koncesyjny, na przedsiębiorstwa energetyczne różnego rodzaju obowiązków, których przedsiębiorstwa te muszą przestrzegać w toku prowadzonej działalności. Co do zasady, tzw. *szczególne warunki wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją* mogą zostać określone jedynie w granicach wyznaczonych przez przepisy ustawowe (art. 48 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej). Ustawy szczególne odnoszące się do poszczególnych rodzajów działalności koncesjonowanej powinny więc precyzyjnie wskazywać ramy takiej dopuszczalnej ingerencji.

W ustawie Prawo energetyczne ramy te określone są w sposób pozostawiający regulatorowi zbyt dużą swobodę w ograniczaniu działalności przedsiębiorstw

²¹⁶ Problem zwiększonego ryzyka towarzyszącego działalności przedsiębiorstw energetycznych w zakresie obrotu energią elektryczną dotyczy także dopuszczenia tych przedsiębiorstw do dokonywania transakcji zakupu lub sprzedaży energii na giełdach towarowych.

energetycznych. Wprawdzie z art. 37 ust. 1 pkt. 5 wynika jednoznacznie, że koncesja może przewidywać jedynie dwojakiego rodzaju szczególne warunki wykonywania działalności dla zapewnienia właściwej obsługi odbiorców – tj. w zakresie zapewnienia w sposób ciągły i niezawodny zdolności do dostarczania paliw i energii przy zachowaniu wymagań jakościowych oraz w odniesieniu do obowiązku powiadamiania Prezesa URE o niepodjęciu, zaprzestaniu lub ograniczeniu prowadzenia koncesjonowanej działalności – ale z drugiej strony z art. 37 ust. 1 pkt. 3 wynika generalne prawo regulatora do wskazania w koncesji *warunków wykonywania działalności*, bez bliższego sprecyzowania, o jakie warunki tu chodzi²¹⁷.

Powyższy stan prawny nie odpowiada nakazowi płynącemu z art. 48 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, aby szczególne warunki wykonywania działalności, nakładane w koncesjach, wynikały nie z ogólnej reguły kompetencyjnej (jak w art. 37 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo energetyczne), lecz wyłącznie z wyraźnie wskazanych w ustawie obszarów dozwolonej ingerencji organu koncesyjnego. Dlatego też niezbędna jest nowelizacja art. 37 ustawy Prawo energetyczne, poprzez usunięcie generalnej i formalnie niczym nie ograniczonej delegacji do limitowania przez Prezesa URE warunków prowadzonej działalności koncesjonowanej w energetyce oraz w zamian wprowadzenie zamkniętej listy przypadków, w których taka ingerencja regulatora ma być dozwolona.

Taka nowelizacja ustawy jest tym bardziej konieczna z uwagi na postanowienia drugiej dyrektywy elektroenergetycznej (art. 3 ust. 2) i drugiej dyrektywy gazowej (art. 3 ust. 2), zgodnie z którymi szczególne zobowiązania nakładane na podmioty z sektora energetycznego związane z wykonywaniem działalności koncesjonowanej mogą wynikać jedynie z potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa dostaw, jakości i ceny dostaw oraz ochrony środowiska naturalnego. Obie dyrektywy wymagają, aby zobowiązania te były jednoznacznie zdefiniowane, odpowiednio do potrzeb, niedyskryminujące i możliwe do weryfikacji.

Specyficzną dla sektora energetycznego metodą regulacji jest możliwość nakazania przedsiębiorstwu energetycznemu przez Prezesa URE dalszego prowadzenia koncesjonowanej działalności przez okres nie dłuższy niż dwa lata, pomimo wygaśnięcia koncesji, o ile wymaga tego interes społeczny. Jest to jeden z najdalej idących w prawie polskim wyjątków od swobody podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, gdyż wprowadza przymus kontynuacji działalności gospodarczej z gwarancją pokrycia przez Skarb Państwa jedynie uzasadnionych kosztów tej działalności w razie wystąpienia straty, przy założeniu, że przedsiębiorstwo energetyczne będzie kontynuowało tę działalność, dochowując należyte staranności.

²¹⁷ Zob. J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak, *Prawo energetyczne...*, *op. cit.*, s. 231–232.

Nie podważając celowości istnienia powyższego rozwiązania, należy jednak zauważyć, że przesłanka leżąca u podstaw skorzystania z niego wydaje się zbyt generalna i może być interpretowana subiektywnie, co zwiększa potencjalne ryzyko stosowania powyższego przymusu przez regulatora w różnych sytuacjach. Wydaje się, iż także w tym obszarze sposób zabezpieczenia interesów przedsiębiorstw energetycznych przed nadmierną ingerencją regulatora nie jest dostateczny. W praktyce bowiem, przy obecnej regulacji prawnej, Prezes URE może nakazać kontynuację działalności niezależnie od indywidualnej sytuacji przedsiębiorstwa energetycznego, kierując się jedynie subiektywnie rozumianym interesem społecznym. Dlatego też wydaje się celowa większa obiektywizacja i konkretyzacja kryterium warunkującego możliwość zastosowania tak nadzwyczajnego środka prawnego, jak przymus kontynuacji działalności gospodarczej, który co do zasady powinien być dostępny regulatorowi jedynie w przypadku wystąpienia jednoznacznie zdefiniowanych, nadzwyczajnych sytuacji.

2.2. Zatwierdzanie i kontrolowanie taryf przedsiębiorstw energetycznych

Proces ustalania i zatwierdzania taryf – to jeden z najbardziej newralgicznych dla przedsiębiorstw energetycznych procesów, w którym zresztą najczęściej dochodzi do sporów z Prezesem URE, gdyż wiąże się on bezpośrednio z administracyjnym ograniczaniem przez regulatora przychodów, a tym samym – zysków tych przedsiębiorstw w interesie odbiorców. Procedurze zatwierdzenia podlegają taryfy wszystkich przedsiębiorstw energetycznych posiadających koncesje, za wyjątkiem tych przedsiębiorstw, które Prezes URE zwolni z powyższego obowiązku uznając, iż działają w warunkach konkurencji²¹⁸.

Obecnie zwolnione z obowiązku przedkładania taryf są przedsiębiorstwa zajmujące się wytwarzaniem i obrotem energią elektryczną, przy czym powyższe zwolnienie nie dotyczy przedsiębiorstw posiadających zarówno koncesję na obrót, jak i koncesję na przesyłanie i dystrybucję energii elektrycznej. Nie dotyczy ono również energii wytwarzanej w skojarzeniu z produkcją ciepła²¹⁹. Zakres powyższego zwolnienia jest więc pochodną oceny przez regulatora stopnia liberalizacji rynku paliw i energii w Polsce, przy czym dokonując oceny rozwoju wolnej konkurencji w poszczególnych podsektorach energetyki, Prezes URE powinien wziąć pod uwagę takie czynniki, jak: liczbę uczestników i wielkość ich udziałów w rynku, przejrzystość struktur i zasad funkcjonowania rynku, istnienie barier w dostępie do rynku, istnienie przejawów dyskryminacji wśród uczestników rynku,

²¹⁸ Jak dotychczas, stosowane przez Prezesa URE zwolnienia z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia miały charakter aktów generalnych, a nie indywidualnych, co zdaje się być sprzeczne z brzmieniem art. 49 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne.

²¹⁹ Zob. stanowisko Prezesa URE z dnia 28 czerwca 2001 r., opublikowane w Biuletynie URE 2001, Nr 4.

dostęp do informacji i wysoko wydajnych technologii, oraz skuteczność kontroli i zabezpieczeń przed wykorzystywaniem pozycji ograniczającej konkurencję.

W procesie zatwierdzenia taryf zachodzi konieczność pogodzenia przez regulatora dwóch względem siebie sprzecznych interesów, tj. dążenia przedsiębiorstw energetycznych do pokrycia kosztów działalności i maksymalizacji wyniku finansowego, ale zarazem – interesów odbiorców przed nadmiernym wzrostem cen na paliwa lub energię. Proces ten nie zakłada pełnej uznaniowości działania regulatora, gdyż obowiązujące przepisy stwarzają przedsiębiorstwom energetycznym pewne gwarancje prawne w odniesieniu do obowiązku uwzględnienia przez Prezesa URE w taryfach określonych kosztów działalności, które stanowią tzw. koszty uzasadnione²²⁰.

Praktyka pokazuje jednak, że na tle uznawania określonych kosztów za koszty uzasadnione dochodzi stosunkowo często do sporów z regulatorem²²¹. Ponieważ taryfy są co do zasady ustalane na okres 1 roku, proces ich corocznego uzgadniania z regulatorem stał się rutynowym działaniem przedsiębiorstw energetycznych, pozwalającym jednocześnie Prezesowi URE na wnikliwą analizę działalności każdego z tych przedsiębiorstw, niezbędną nie tylko z punktu widzenia procedury zatwierdzania taryf, ale choćby dla oceny przestrzegania przez te przedsiębiorstwa warunków działalności przewidzianych w koncesjach. Dla wzajemnych relacji między przedsiębiorstwami energetycznymi, a regulatorem, procedura zatwierdzania taryf ma więc pierwszoplanowe znaczenie. Należy przy tym zauważyć, że inicjatywa w zakresie rozpoczęcia tej procedury może pochodzić nie tylko od przedsiębiorstwa energetycznego, ale również od Prezesa URE, który może zażądać przedłożenia mu taryfy do zatwierdzenia.

Rola Prezesa URE w procesie ustalania opłat na energię i paliwa ma szczególny charakter i ogólnospołeczne znaczenie. Nie jest oczywiście realizowana w oderwaniu od całokształtu uwarunkowań społecznych, a zwłaszcza od wciąż niskiej przeciętnej zasobności indywidualnych odbiorców energii. Dlatego też proces dochodzenia do europejskich cen na energię musi zostać rozłożony w czasie, co z pewnością nie pozostaje bez wpływu na tempo rozwoju polskich przedsiębiorstw energetycznych.

²²⁰ Przykładowo, zgodnie z art. 45 ust. 2 i 3 ustawy Prawo energetyczne, taryfy mogą uwzględniać koszty współfinansowania przez przedsiębiorstwa energetyczne przedsięwzięć związanych z rozwojem odnawialnych źródeł energii, oraz przedsięwzięć zmierzających do zmniejszenia zużycia paliw lub energii u odbiorców.

²²¹ Przepisy ustawy Prawo energetyczne definiują „koszty uzasadnione” jako koszty niezbędne do wykonania zobowiązań powstałych w związku z prowadzoną przez przedsiębiorstwo energetyczne działalnością, oraz przyjmowane do kalkulacji cen i stawek opłat ustalanych w taryfie w sposób ekonomicznie uzasadniony, z zachowaniem należytej staranności zmierzającej do ochrony interesów odbiorców.

3. Rozstrzygnięcie sporów z udziałem przedsiębiorstw energetycznych

Zgodnie z przepisami art. 8 ustawy Prawo energetyczne, Prezes URE jest wyłącznie właściwy do rozstrzygnięcia sporów dotyczących: ustalania warunków świadczenia usług przesyłowych, odmowy przyłączenia do sieci, odmowy zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej, paliw gazowych lub ciepła albo nieuzasadnionego wstrzymania dostaw. W powyższych spornych sprawach wyłączona została w pierwszej instancji droga sądowa na rzecz postępowania administracyjnego przez Prezesa URE, ale z możliwością odwołania się na zasadach określonych w art. 479⁴⁶–479⁵⁶ k.p.c. od decyzji Prezesa URE do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów²²².

Sprawy, w których Prezes URE ma pełnić rolę arbitra, dotyczą przede wszystkim ustalenia treści stosunków zobowiązaniowych w obszarach, w których na przedsiębiorstwach energetycznych ciąży z mocy prawa obowiązek kontraktowania²²³. W sytuacjach tych rola Prezesa URE polega na ustaleniu, czy z przepisów prawa wynika dla przedsiębiorstwa energetycznego obowiązek zawarcia umowy, a jeżeli tak, to w dalszej kolejności na ustaleniu treści umowy, jaka ma wiązać przedsiębiorstwo energetyczne z odbiorcą lub podmiotem ubiegającym się o przyłączenie do sieci.

Co do zasady, spory powstałe na podstawie już zawartych przez przedsiębiorstwa energetyczne umów nie podlegają właściwości Prezesa URE, lecz sądów powszechnych na ogólnych zasadach²²⁴. Jedynie, w drodze wyjątku od tej reguły Prezes URE jest właściwy do rozstrzygnięcia sporu, w razie wstrzymania przez przedsiębiorstwo energetyczne dostawy paliw, energii lub ciepła. Prezes URE rozstrzyga wówczas, czy wstrzymanie dostaw było uzasadnione, a jeżeli stwierdzi w tym zakresie naruszenie przepisów prawa, rozstrzyga o natychmiastowym przywróceniu dostaw.

Przyznanie Prezesowi URE roli organu rozstrzygającego spory we wskazanych wyżej sprawach wynika z przekonania ustawodawcy, że działanie Prezesa URE w tym zakresie będzie bardziej efektywne niż działanie sądów powszech-

²²² Sądowe postępowanie odwoławcze jest jednoinstancyjne, co Trybunał Konstytucyjny uznał za sprzeczne z konstytucyjną zasadą państwa prawa (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 czerwca 2002 roku – Dz.U. Nr 84, poz. 764). Planowana nowelizacja Prawa energetycznego zakłada wprowadzenie systemu dwuinstancyjnego sądowej kontroli decyzji Prezesa URE.

²²³ Zob. art. 4 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne.

²²⁴ Zauważalna jest praktyka przedsiębiorstw energetycznych do unikania za wszelką cenę sporów przed Prezesem URE. Nie do rzadkości należą sytuacje, gdy przedsiębiorstwa energetyczne decydują się na zawarcie umowy, a następnie od początku nie realizują określonych jej postanowień. Jeżeli sytuacja ta nie dotyczy wstrzymania dostaw, to wynikające z niej spory rozstrzygają sądy powszechne, a nie Prezes URE.

nych. Naruszenie obowiązku kontraktowania lub ciągłości dostaw jest najczęściej rezultatem zachowań monopolistycznych przedsiębiorstw energetycznych, nadużywających swoją szczególną pozycję rynkową. Ocena zasadności odmowy kontraktowania czy też zasadności wstrzymania dostaw jest łatwiejsza do przeprowadzenia przez regulatora niż sąd powszechny. Olbrzymie znaczenie w tych sprawach ma również szybkość rozstrzygnięcia sporu i podjęcia decyzji, co w większym stopniu zapewnia Prezes URE dysponujący różnorodnymi informacjami o poszczególnych przedsiębiorstwach energetycznych, pozyskiwanymi przy okazji podejmowania czynności regulacyjnych.

Egzekwowanie ostatecznych decyzji podjętych przez Prezesa URE w sprawach spornych, o których mowa w art. 8 ustawy Prawo energetyczne, następuje w trybie egzekucji administracyjnej. Główną sankcją za nie respektowanie takich decyzji jest grzywna, która może być wielokrotnie ponawiana, aż do ostatecznego podporządkowania się decyzji.

4. Nakładanie kar pieniężnych

Nakładanie kar pieniężnych na przedsiębiorstwa energetyczne przez Prezesa URE dotyczy wyłącznie przypadków naruszenia obowiązków określonych w art. 56 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne. Katalog naruszeń ma charakter zamknięty, stąd też regulator nie ma możliwości wymierzenia kar pieniężnych w przypadku naruszenia przez przedsiębiorstwa energetyczne innych obowiązków, choćby miały one bezpośredni związek z prowadzoną koncesjonowaną działalnością²²⁵.

Wśród obowiązków, których naruszenie powoduje wymierzenie kary pieniężnej przez Prezesa URE, znajdują się zarówno zasadnicze obowiązki przedsiębiorstw energetycznych, jak choćby utrzymywanie obowiązkowego zapasu paliw, dokonywanie zakupu paliw ze źródeł odnawialnych, przedstawianie taryf do zatwierdzenia w sytuacjach wymaganych przepisami prawa, niestosowanie cen i taryf wyższych od zatwierdzonych przez regulatora oraz przestrzeganie obowiązków wynikających z treści koncesji, ale także mniej istotne obowiązki, jak choćby obowiązek zawiadomienia zainteresowanego podmiotu o odmowie zawarcia z nim umowy.

Kary pieniężne stosowane przez Prezesa URE są sankcją o charakterze administracyjnym, której ściągnięcie następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Dla zwiększenia dolegliwości stosowanego środka, a jednocześnie umożliwienia regulatorowi miarkowania wysokości sankcji w sto-

²²⁵ Przykładowo, kara pieniężna nie może zostać wymierzona za brak taryfy w sytuacji, gdy nie podlega ona zatwierdzeniu przez Prezesa URE, a z treści koncesji nie wynika obowiązek jej ustalenia.

sunku do możliwości finansowych ukaranego podmiotu przyjęto, że wysokość kary nie może przekroczyć 15% przychodu ukaranego przedsiębiorcy osiągniętego w poprzednim roku podatkowym. Obowiązujące przepisy przewidują możliwość wielokrotnego karania tego samego podmiotu za to samo naruszenie w przypadku, gdy podmiot ten nadal nie wywiązuje się z określonego obowiązku, a także nałożenia kary na kierownika przedsiębiorstwa energetycznego naruszającego ustawowe obowiązki (do 300% jego miesięcznego wynagrodzenia).

Należy podkreślić, iż stosowanie kar pieniężnych przez regulatora to silny środek prawny o charakterze prewencyjnym, którego istnienie jest niezbędne dla skuteczności nakazów i zakazów dotyczących przedsiębiorstw energetycznych, a wynikających z przepisów ustawy Prawo energetyczne i wydanych na jej podstawie rozporządzeń wykonawczych. Kary pieniężne bardzo często poprzedzają stosowanie surowszych sankcji, jak: cofnięcie koncesji.

5. Inne metody regulacji

Oprócz środków prawnych o charakterze władczym, w ramach czynności regulacyjnych, Prezes URE podejmuje szereg działań nie związanych z wydawaniem decyzji administracyjnych. Należy tu wskazać przede wszystkim szereg czynności kontrolnych, jak chociażby kontrolowanie parametrów jakościowych dostaw i obsługi odbiorców w zakresie obrotu paliwami gazowymi i energią elektryczną czy też kwalifikacji osób zajmujących się eksploatacją instalacji i urządzeń energetycznych. Co charakterystyczne, brakuje w obowiązujących przepisach kompleksowego uregulowania zasad dokonywania kontroli przedsiębiorstw energetycznych przez regulatora, co należy uznać za istotne niedopatrzenie ustawodawcy²²⁶. Chodzi przy tym o regulację rangi ustawowej, która określając kompetencje Prezesa URE w tym względzie wyznaczałaby jednocześnie ramy dozwolonej ingerencji w działalność kontrolowanych przedsiębiorstw energetycznych²²⁷. Zasady wykonywania kontroli muszą być przy tym zgodne z generalnymi regułami kontrolowania przedsiębiorców określonymi w przepisach rozdziału 6 ustawy o swobodzie gospodarczej (np. odnośnie czasu trwania kontroli czy też treści upoważnienia do prowadzenia kontroli).

Prezes URE podejmuje również określone działania mające na celu uzgodnienie treści dokumentów lub stanowisk. Przykładowo, przedsiębiorstwa energe-

²²⁶ Zob. w tej kwestii J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak, *Prawo energetyczne...*, *op. cit.*, s. 191–192.

²²⁷ Stosowane przez URE instrukcje wewnętrzne określające zasady wykonywania kontroli nie zostały opublikowane i nie będąc źródłami prawa, nie mogą wyznaczać ram proceduralnych dla postępowań, w wyniku których mogą być stosowane środki o charakterze władczym.

tyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii elektrycznej uzgadniają z regulatorem projekty planów rozwoju w zakresie zaspokojenia obecnego i przyszłego zapotrzebowania na paliwa gazowe i energię elektryczną. Plany te sporządzane są na okresy co najmniej trzyletnie.

Ustawa Prawo energetyczne nakłada również na Prezesa URE obowiązek współdziałania z właściwymi organami dla przeciwdziałania praktykom monopolistycznym przedsiębiorstw energetycznych. W pierwszej kolejności chodzi tu o współdziałanie regulatora z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, które polega głównie na przekazywaniu informacji na temat poszczególnych podsektorów oraz przedsiębiorstw energetycznych

6. Podsumowanie

Sektor energetyczny nie może należycie funkcjonować bez regulacji. Wielkim osiągnięciem ostatnich lat jest powołanie w Polsce niezależnego regulatora, który wolny od wpływów ośrodków decyzji politycznej może działać na rzecz budowy wolnego rynku paliw i energii, kierując się przede wszystkim potrzebą ochrony bezpieczeństwa energetycznego państwa i interesów odbiorców.

Rola regulacji będzie w najbliższych latach ulegała zmianie, w miarę liberalizacji rynku paliw i energii w Polsce. Znaczenie metod regulacji o charakterze władczym będzie systematycznie malało, chociaż nie należy sądzić, aby metody te zupełnie zanikły. Działalność gospodarcza w sektorze energetycznym raczej pozostanie działalnością koncesjonowaną, z uwagi na swój strategiczny charakter. Docelowo można się spodziewać rezygnacji przez regulatora z kompetencji do zatwierdzania taryf w kolejnych podsektorach, a przynajmniej w podsektorze dystrybucji, chociaż taki stan rzeczy może nastąpić dopiero przy pełnej liberalizacji rynku dystrybucji, po przeprowadzeniu prywatyzacji powstających grup dystrybucyjnych.

W ustawie Prawo energetyczne z pewnością zostanie utrzymany szereg nakazów i zakazów, które obecnie ciążyą na przedsiębiorstwach energetycznych, a które ograniczają swobodę prowadzenia działalności gospodarczej. Specyfika sektora energetycznego jest bowiem taka, że pełna swoboda w prowadzeniu tej działalności mogłaby stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa energetycznego państwa lub dla interesów odbiorców, do czego nie można dopuścić. Pełna implementacja energetycznych dyrektyw europejskich spowoduje jednak zwiększenie przejrzystości prawa odnośnie określenia ram dozwolonej ingerencji w działalność przedsiębiorstw energetycznych. Resztki uznaniowości w działaniu regulatora zostaną, jeżeli nie w całości wyeliminowane, to sprowadzone do naprawę niezbędnego

minimum, zapewniając przedsiębiorstwom energetycznym większą pewność w podejmowaniu i prowadzeniu poszczególnych działań. Przyczyni się to z pewnością do dalszego wzrostu wiarygodności i przewidywalności regulatora, na czym skorzystają nie tylko przedsiębiorstwa energetyczne, ale także odbiorcy paliw i energii.

Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego a wolność gospodarcza

Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego jest poddana szczególnemu reżimowi prawnemu. Jednostki samorządu terytorialnego, aczkolwiek wyposażone w osobowość prawną, nie mogą być traktowane w takich samych kategoriach jak inne podmioty gospodarcze. Ich celem jest nie produkcja czy świadczenie usług komercyjnych, a zaspokajanie zbiorowych potrzeb lokalnych społeczności²²⁸. Jeżeli tak, to zasada wolności gospodarczej w działalności samorządu terytorialnego, kształtuje się inaczej niż w działalności innych podmiotów gospodarczych, doznając daleko idących ograniczeń. Ograniczenia te są zróżnicowane w zależności od sfery działania. W sferze użyteczności publicznej są one nieznaczne. Można przyjąć, że w istocie nie istnieją²²⁹. Jeżeli bowiem ustawowym celem działalności samorządu terytorialnego jest realizacja zadań użyteczności publicznej, to jego działalność gospodarcza w tej sferze jest dopuszczalna i nie podlega ograniczeniom.

Problem pojawia się wówczas, gdy samorządu terytorialny zamierza podjąć działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania użyteczności publicznej (działalność komercyjna). Dopiero wówczas uprawnione jest pytanie, czy może prowadzić działalność gospodarczą. Nie ulega wątpliwości, że dużo więcej przemawia przeciw dopuszczalności komercyjnej działalności gospodarczej samorządu terytorialnego niż za nią. Świadczy na jej niekorzyść czysto ekonomiczna nieefektywność publicznej działalności gospodarczej, potwierdzona empirycznie zarówno w systemie gospodarki planowej, jak i w gospodarce rynkowej. Za takim stanowiskiem przemawiają też następujące argumenty:

- 1) prowadzenie działalności komercyjnej nie należy do głównych elementów idei samorządu terytorialnego; może więc tę ideę wypaczyć. Jeżeli samorząd zacznie zajmować się działalnością zarobkową, przynoszącą konkretne korzyści finansowe, może zaniedbywać stwarzanie warunków do prowadzenia działalności przedsiębiorstw prywatnych;

²²⁸ Tak rozumiany cel jest jednym z podstawowych elementów określających istotę samorządu terytorialnego. Szerzej na ten temat zob. m.in. A. Agopszowicz, *Zarys prawa samorządu terytorialnego*, Wyd. UŚ, wyd. III, Katowice 1997, s. 11 i n.; Z. Leoński, *Samorząd terytorialny w RP*, Wyd. C.H. Beck, wyd. 3, Warszawa 2001, Z. Niewiadomski, *Samorząd terytorialny w warunkach współczesnego państwa*, wyd. JAiZ, Warszawa 1988, s. 13 i n.

²²⁹ O pojęciu użyteczności publicznej zob. S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Wyd. Zakamycze 1998, s. 254 i n.

- 2) działalność komercyjna samorządu terytorialnego nie mieści się także w koncepcji gospodarki rynkowej (prywatnej z natury), bazującej na ryzyku właściciela – przedsiębiorcy;
- 3) prowadzenie komercyjnej działalności gospodarczej przez samorząd terytorialny lub komunalne osoby prawne jest trudne do pogodzenia z zasadami wolnej konkurencji. Samorząd może stosunkowo łatwo stać się monopolistą lub wykorzystywać status władzy publicznej do przyznawania sobie pozycji uprzywilejowanej, do dyskryminacji lub nawet wypierania z lokalnego rynku prywatnych konkurentów, dla pokrycia skutków swojej niegospodarności²³⁰ itp.

Argumentów tych jest więcej. Można wskazać np. na ryzyko upadłości, charakterystyczne dla działalności gospodarczej. Samorząd terytorialny w przeciwieństwie do przedsiębiorcy nie może upaść.

Argumentacja powyższa zmierza nie tyle do wykazania, że samorząd terytorialny nie powinien w ogóle prowadzić działalności gospodarczej komercyjnej, co do wykazania, że konieczne są w tym zakresie ograniczenia. Takie jest współcześnie standardowe rozwiązanie w Europie. Do rzadkości należą rozwiązania skrajne, a więc takie, które w pełni dopuszczają komercyjną działalność gospodarczą samorządu (Austria) bądź całkowicie jej zakazują (Anglia). Powszechnie przyjętym modelem jest pełna dopuszczalność działalności gospodarczej samorządu w sferze użyteczności publicznej (tzw. działalność niekomercyjna) i ograniczona dopuszczalność tej działalności w sferze wykraczającej poza zadania użyteczności publicznej (tzw. działalność komercyjna)²³¹. Zakres tych ograniczeń jest różny w różnych krajach. W Republice Federalnej Niemiec ograniczenia idą np. w dwóch kierunkach: zakazu prowadzenia niektórych rodzajów działalności, w szczególności banków komercyjnych, i zakazu lub ograniczenia działalności gospodarczej komercyjnej, podjętej już przez inne podmioty gospodarcze.

Polski ustawodawca, przywracając w 1990 roku instytucję prawną samorządu terytorialnego, przyjął, formalnie rzecz biorąc, rozwiązanie powszechnie w Europie stosowane. W pełni dopuścił działalność gospodarczą gminy w sferze użyteczności publicznej i ograniczył jej działalność wykraczającą poza te zadania, stanowiąc w ówczesnym art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie terytorialnym²³²: *gmina oraz inna komunalna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą*

²³⁰ T. Skoczny, Dopuszczalność działalności gospodarczej gmin, „Samorząd Terytorialny” 1991, Nr 3, s. 5–6.

²³¹ Komercyjną (wykraczającą poza zadania użyteczności publicznej) działalność gospodarczą gmin dopuszczają np. kantonalne ustawy gminne w Szwajcarii (np. ustawa o gminach kantonu Schwyz z 21 października 1969 r.) oraz francuska ustawa z 2 marca 1982 r. o prawa i obowiązkach gmin, departamentów i regionów.

²³² Dz.U. Nr 16, poz. 95.

wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, jeżeli wymagają tego potrzeby społeczne. Ograniczenie sprowadzające się do tego, że działalność gospodarczą komercyjną gmina (inna komunalna osoba prawna) mogła podjąć wówczas, kiedy wymagały tego potrzeby społeczne – wobec szerokiej pojemności tego pojęcia – miało charakter iluzoryczny. W praktyce samorząd mógł podejmować każdą w zasadzie działalność komercyjną, powołując się na potrzeby społeczne. Sytuacja ta zbliżała nas w istocie do rozwiązania, polegającego na pełnej dopuszczalności działalności gospodarczej samorządu w sferze zadań wykraczających poza użyteczność publiczną.

Diametralna zmiana stanu prawnego nastąpiła w listopadzie 1992 roku. Sejm znowelizował ustawę o samorządzie terytorialnym i przyjął nową, obowiązującą aktualnie wersję art. 9 ust. 2 tej ustawy w brzmieniu: *Gmina oraz inna komunalna osoba prawna nie może prowadzić działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej*²³³. Z jednej skrajności, praktycznie pełnej dopuszczalności komercyjnej działalności gospodarczej samorządu, ustawodawca popadł w drugą skrajność – całkowicie zakazując takiej działalności. Jednocześnie zobowiązał gminy i inne komunalne osoby prawne, których działalność gospodarcza wykracza poza ramy użyteczności publicznej, do zapewnienia zgodności prowadzonej działalności gospodarczej z nowymi wymogami, w nieprzekraczalnym terminie do 30 czerwca 1994 roku²³⁴.

Polska gmina, a także inna komunalna osoba prawna, nie mogła zatem, począwszy od 20 listopada 1992 roku, czyli od dnia wejścia w życie ustawy zmieniającej ustawę o samorządzie terytorialnym, podejmować działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania użyteczności publicznej, a jeżeli taką rozpoczęła przed wejściem w życie omawianego przepisu – to miała obowiązek jej zaniechania najpóźniej do 30 czerwca 1994 roku.

Wobec terminu, o którym mowa, szereg gmin stanęło wówczas wobec trudnego pytania, jakiego rodzaju działalność gospodarczą można prowadzić po 30 czerwca 1994 roku. Z pewnością można było prowadzić działalność gospodarczą związaną z realizacją zadań użyteczności publicznej. Tylko czy prowadzenie np. piekarni, rzeźni miejskiej było taką działalnością? Czy było taką działalnością świadczenie usług doradczych? Niestety, żaden z wymienionych rodzajów działalności gospodarczej nie mieścił się w kategorii użyteczności publicznej. I aczkolwiek ustawodawca nie określił – w przeciwieństwie do działalności gospodarczej definiowanej w ówczesnej ustawie z 1988 roku o działalności gospodarczej –

²³³ Dz.U. Nr 100, poz. 499.

²³⁴ Zob. art. 2 ustawy z 6 listopada 1992 r. o zmianie ustawy o samorządzie terytorialnym – Dz.U. Nr 100, poz. 499.

działalności wykraczającej poza zadania użyteczności publicznej, to powszechnie przyjmowano, że składają się na nią: budowa i utrzymanie infrastruktury technicznej, budowa i zapewnienie działalności instytucji socjalnych (np. szkół, jednostek ochrony zdrowia, pomocy społecznej), zapewnienie bezpieczeństwa publicznego, ład przestrzenno-ekologicznego itp.²³⁵. Tak przedmiotowo określony zakres zadań o charakterze użyteczności publicznej (tzw. zadań własnych gminy) przyjęła polska ustawa samorządowa, co pozostaje w zgodzie z wymogami Europejskiej Karty Samorządu Komunalnego²³⁶.

W tej sferze zadań, gmina mogła – również po nowelizacji ustawy o samorządzie terytorialnym z listopada 1992 roku – podejmować i prowadzić działalność gospodarczą. Mogła to czynić w ramach własnej osobowości prawnej zarówno poprzez jednostki organizacyjne związane integralnie z budżetem gminy, jak i poprzez powoływane w tym celu spółki prawa handlowego, w tym jednoosobowe spółki „skarbu gminy”. Inaczej było z działalnością gospodarczą, wykraczającą poza zadania użyteczności publicznej gminy. Działalności takiej – zgodnie z ww. regulacją art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie terytorialnym – nie mogła prowadzić ani gmina, ani inna komunalna osoba prawna.

W świetle wskazanej wyżej regulacji ustawy o samorządzie terytorialnym rodziło się pytanie: czy gmina mogła przystąpić do spółki prawa handlowego z zadaniami wykraczającymi poza użyteczność publiczną? Odpowiedź zależała od tego, czy spółkę tę uznawano za komunalną osobę prawną. Jednoznaczne stanowisko w tej sprawie nie było łatwe. Ustawodawca nie definiował komunalnej osoby prawnej. Pozostawała zatem interpretacja celowościowa, wynikająca z regulacji ustawy o samorządzie, innych przepisów dotyczących zadań gminy i prawnych form ich realizacji (działalność gospodarcza, zadania o charakterze użyteczności publicznej itp.). Pozostawało też do wykorzystania, na zasadzie analogii, orzecznictwo Sądu Najwyższego w kwestii państwowej osoby prawnej²³⁷.

Uwzględniając powyższe przyjmowano, że z komunalną osobą prawną miano do czynienia dopiero wówczas, gdy wszystkie udziały (akcje) spółki stanowiły mienie komunalne. Zatem spółka, w której gmina nie miała 100% udziałów (akcji), nie była komunalną osobą prawną. Trzeba mieć jednak świadomość, że

²³⁵ Z. Niewiadomski, w: Z. Niewiadomski, T. Skoczny, Das Problem der Zulässigkeit der wirtschaftlichen Aktivität der Gemeinde. Referat na konferencję międzynarodową (14–18 maja 1990 r., Graz), maszynopis w bibliotece Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.

²³⁶ Por. zwłaszcza art. 4 ust. 2 Karty, który mówi, że *komunalne korporacje terytorialne mają w ramach ustaw prawo zajmowania się wszelkimi sprawami, które są wyłączone spod ich właściwości lub przekazywane innym organom*, por. F. Knemeyer (Hrsg.), Die Europäische Charta der Kommunalen Selbstverwaltung (Kommunalrecht – Kommunalverwaltung, Bd.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1989, s. 273 i n.

²³⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z 10 stycznia 1992 r. – OSN 1992, Nr 6, poz. 109.

była to interpretacja daleko idąca. Rodziło się bowiem pytanie – w jakim zakresie można korzystać z analogii państwowej i komunalnej osoby prawnej? Stąd bezpieczniejszą dla późniejszego funkcjonowania spółki była interpretacja o wysokości kapitału gminy przekraczającego 50% ogółu kapitału spółki. O ile pierwszą interpretację można było ewentualnie kwestionować, o tyle drugie stanowisko łatwe było do obrony.

Oznaczało to, że gmina, chcąc podjąć lub po 30 czerwca 1994 roku utrzymać działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania użyteczności publicznej, mogła to czynić za pośrednictwem spółki prawa handlowego z kapitałem własnym, nieosiągającym 100% majątku spółki, ale przekraczającym 50% tego majątku. Niezależnie od tego, gmina miała – wobec braku ustawowej definicji zadań użyteczności publicznej – możliwość korzystniejszej dla siebie interpretacji działalności gospodarczej, podejmowanej w sferze realizacji zadań o charakterze użyteczności publicznej. W tej bowiem sferze działalność gospodarcza gminy była w pełni dozwolona.

Kolejna istotna zmiana stanu prawnego nastąpiła z dniem wejścia w życie ustawy z 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej²³⁸. Przepisy tej ustawy wespół ze znowelizowaną w tej mierze ustawą z 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym oraz ustawami z 5 czerwca 1998 roku: o samorządzie powiatowym oraz o samorządzie województwa, kształtują aktualny model działalności gospodarczej samorządu terytorialnego. Ustawodawca, mając na uwadze negatywne doświadczenia praktyki, w tym niejasne rozwiązania prawne, odszedł od zakazu prowadzenia działalności gospodarczej samorządu terytorialnego w sferze wykraczającej poza użyteczność publiczną. Dopuścił w tej mierze, choć w różnym stopniu, działalność gospodarczą poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego, tj. gmin, powiatów i województw, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom społeczności lokalnych w tym zakresie.

I tak, jeśli chodzi o gminy, to ustawodawca przyjął, iż mogą one prowadzić działalność gospodarczą bez ograniczeń w sferze użyteczności publicznej, a więc wówczas, gdy podejmują i realizują ustawowo przypisane im zadania własne. Zadania te zamykają się w zasadzie w czterech kategoriach spraw związanych z:

- 1) infrastrukturą techniczną (drogi, komunikacja publiczna itp.),
- 2) infrastrukturą społeczną (szkoły, ochrona zdrowia, opieka społeczna itp.),
- 3) porządkiem i bezpieczeństwem publicznym oraz
- 4) ładem przestrzennym i ekologicznym²³⁹.

²³⁸ Dz.U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43.

²³⁹ Z. Niewiadomski, Podmioty administrujące, w: Prawo administracyjne. Część ogólna, pod red. Z. Niewiadomskiego, Wyd. Prawnicze LexisNexis, wyd. 2, Warszawa 2002, s. 156.

Działalność gospodarcza gminy, wykraczająca poza realizację ww. zadań jest także możliwa, ale może następować wyłącznie poprzez spółki prawa handlowego, które gmina winna w tym celu utworzyć lub przystąpić do już istniejących, bez ograniczeń co do minimum kapitału własnego, chociaż jest to możliwe dopiero wówczas, gdy zostaną spełnione następujące warunki:

- 1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym,
- 2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia²⁴⁰.

Poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich również wówczas, jeżeli zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki albo też rozporządzenie nim w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową.

Zgodnie z art. 10 ust. 3 ustawy o gospodarce komunalnej ograniczenia, dotyczące tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania przez gminę do nich, o których mowa, nie mają zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy. Na gruncie tego przepisu należy przyjąć, że gmina może – poza sferą użyteczności publicznej – przystępować lub tworzyć spółki, których przedmiotem działania są wymienione w tym przepisie czynności albo przystępować lub tworzyć inne spółki ważne dla rozwoju gminy.

Jeśli chodzi o województwo samorządowe to, tak jak w przypadku gminy, może ono prowadzić nieskrępowaną działalność gospodarczą w sferze użyteczności publicznej. Działalność gospodarcza województwa wykraczająca poza sferę użyteczności publicznej podlega ograniczeniom i to znacznie dalej idącym niż w przypadku gminy. Może być podejmowana tylko w zakresie działań promocyjnych, edukacyjnych i wydawniczych i w formie prawnej spółki prawa handlowego²⁴¹.

²⁴⁰ Art. 10 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej.

²⁴¹ Art. 13 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590).

Jeszcze dalej idą ograniczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej przez powiat. Może on bowiem podejmować działalność gospodarczą tylko w sferze użyteczności publicznej²⁴².

Ograniczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej przez jednostki samorządu terytorialnego powodują, że ustawodawca nieco inaczej kształtuje organizację i funkcjonowanie spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego. I tak, stosownie do regulacji art. 12 ustawy o gospodarce komunalnej do wnoszenia wkładów, obejmowaniu udziałów i akcji oraz ich zbywania stosuje się co prawda przepisy Kodeksu spółek handlowych oraz przepisy Kodeksu cywilnego, ale z ograniczeniami wynikającymi z przepisów ustaw: o samorządzie gminnym, o samorządzie powiatowym, o samorządzie województwa oraz o komercjalizacji i prywatyzacji²⁴³.

Z kolei art. 10a ustawy o gospodarce komunalnej wprowadza zmiany co do rady nadzorczej spółki. Członkowie rady nadzorczej, reprezentujący w spółce jednostkę samorządu terytorialnego, są powoływani spośród osób, które złożyły egzamin w trybie przewidzianym w przepisach o komercjalizacji i prywatyzacji. Członków zarządu spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego powołuje i odwołuje rada nadzorcza. Kadencja członka rady nadzorczej w spółkach z większościowym udziałem jednostek samorządu terytorialnego trwa 3 lata. Do członków rad nadzorczych spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego, reprezentujących w spółce jednostkę samorządu terytorialnego, stosuje się odpowiednio ograniczenia w zakresie wykonywania dodatkowych zajęć, o których mowa w art. 13 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji.

Obowiązujące regulacje prawne dopuszczają zatem działalność gospodarczą jednostek samorządu terytorialnego w szerszym zakresie niż w latach 1994–1997, ale węższym niż w latach 1990–1994. Stanowią rozwiązanie pośrednie pomiędzy nieskrępowaną działalnością samorządu terytorialnego w sferze komercyjnej, a całkowitym jej zakazem, zbliżając się tym samym do rozwiązań powszechnie w Europie stosowanych. Polski ustawodawca zasadnie odróżnia działalność gospodarczą podejmowaną przez jednostki samorządu terytorialnego w sferze użyteczności publicznej i działalność gospodarczą podejmowaną poza tą sferą (działalność gospodarczą komercyjną). Równie zasadnie nie tworzy ograniczeń w podejmowaniu i prowadzeniu tej działalności w sferze użyteczności publicznej, a ogranicza ją w sferach wykraczających poza zadania użyteczności publicznej (zadania własne samorządu), przy czym czyni to w sposób zróżnicowany, w zależności od jed-

²⁴² J. Ciapała, Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego jako element gospodarki komunalnej, „Rejent” 2002, Nr 2–3, t. 10.

²⁴³ Ustawa z 30 sierpnia 1996 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1397).

nostki samorządu terytorialnego. Stosunkowo mniej krępuje gminę, w znacznie zaś większym stopniu ogranicza województwo. Jeżeli zaś idzie o powiat, to traktując go jako jednostkę subsydiarną w stosunku do gminy, w ogóle zakazuje mu podejmowania działalności gospodarczej komercyjnej. Tak ukształtowany model podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej przez samorząd terytorialny rodzi pytanie o zgodność tych rozwiązań z przepisami Konstytucji, w szczególności z jej art. 61 ust. 3 i art. 203 ust. 3, a więc czy do jednostek tych ma zastosowanie zasada wolności gospodarczej. Na tak postawione pytanie trzeba odpowiedzieć negatywnie podziеляjąc poglądy prezentowane w literaturze przedmiotu.

Wolność gospodarowania nie ma zastosowania do podmiotów, które należą do Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego. Ustawodawca może ograniczać a nawet wykluczać możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez takie podmioty. Przede wszystkim nasuwa to myśl o bardzo powściągliwym podejściu do możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez samorząd terytorialny, który powinien koncentrować swą aktywność na wykonywaniu zadań publicznych, bez bezpośredniego zaangażowania w przedsięwzięcia gospodarcze. Dlatego uwagę zwracają regulacje ustaw ustrojowych poszczególnych jednostek samorządowych, które uzależniają prawo do prowadzenia działalności gospodarczej od wyboru form i spełnienia ustawowych warunków, w szczególności zawężają zasadniczo dziedziny, w których może być podejmowana taka działalność i określają jej funkcje²⁴⁴. Nie bez przyczyny komercyjna działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego nie podlega w zasadzie przepisom ustawy z 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej²⁴⁵. Podmioty te, choć pośrednio lub bezpośrednio uczestniczą w obrocie gospodarczym, nie są przedsiębiorcami, a ich zadania nie polegają na prowadzeniu działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 ww. ustawy. Oczywiście nie oznacza to, że jednostki samorządu terytorialnego prowadząc działalność gospodarczą nie są przedsiębiorcami w rozumieniu innych przepisów prawa. Tym niemniej nie mogą się skutecznie powoływać na swobodę działalności gospodarczej, o której mowa w przywołanej wyżej ustawie. Ich wolność gospodarcza jest ograniczona w znacznie większym zakresie niż innych podmiotów gospodarczych funkcjonujących na rynku, stanowiąc konsekwencję zadań i miejsca samorządu terytorialnego w systemie ustrojowym państwa.

²⁴⁴ J. Ciapała, *Konstytucyjna zasada wolności gospodarczej*, RPEiS 2001, Nr 4.

²⁴⁵ Dz.U. Nr 173, poz. 1807.

Test inwestora prywatnego w orzecznictwie Komisji Europejskiej i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i jego znaczenie dla procesów restrukturyzacji niektórych przedsiębiorców w Polsce

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej spowodowało konieczność przyjęcia nowego podejścia w stosunku do działań restrukturyzacyjnych inicjowanych przez władze wobec przedsiębiorców. Stwierdzenie to jest wyjątkowo uzasadnione zwłaszcza w odniesieniu do procesów restrukturyzacyjnych, w których dochodzi do redukcji zobowiązań publiczno-prawnych, takich jak należności podatkowe czy składki na ubezpieczenie społeczne. Rygorystyczne przepisy prawa wspólnotowego, regulujące zasady udzielania pomocy publicznej, ograniczają bowiem w znacznym stopniu swobodę władz państwowych w udzielaniu pomocy publicznej przedsiębiorcom.

Artykuł 87 Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej (dalej jako „TWE”) zakazuje udzielania przedsiębiorcom pomocy przez państwo lub ze środków państwowych, jeżeli taka pomoc narusza lub grozi naruszeniem konkurencji, w zakresie, w jakim jest spreczna ze wspólnym rynkiem. Powołany przepis stanowi: *Jeżeli w niniejszym Traktacie nie postanowiono inaczej, wszelkie wsparcie przyznane przez Państwo Członkowskie lub ze środków państwowych niezależnie od jego formy, które narusza lub grozi naruszeniem konkurencji poprzez traktowanie w sposób uprzywilejowany poszczególnych przedsiębiorców lub też produkcji pewnych towarów, w zakresie w jakim ma wpływ na handel pomiędzy Państwami Członkowskimi, będzie uznane za niezgodne ze wspólnym rynkiem.*

Należy zaznaczyć, że przepis art. 87 TWE nie wymienia przykładowych form pomocy. Przedstawiciele doktryny prawa europejskiego w swoich licznych wypowiedziach podejmowali próby wyliczenia form, w których może być udzielona pomoc publiczna. Przedstawione poniżej wyliczenie należy traktować jako przykładowe. W szczególności, za pomoc publiczną uważane są następujące działania:

- subsydia bezpośrednie,
- zwolnienia podatkowe,
- preferencyjne stawki oprocentowania kredytów i pożyczek,
- gwarancje udzielane na szczególnie korzystnych warunkach,
- pokrycie strat operacyjnych,

- zwrot kosztów w przypadku powodzenia danej operacji,
- udzielanie preferencyjnych zamówień publicznych,
- dotacje kapitałowe,
- konwersje długu,
- redukcje ciężarów socjalnych,
- ulgi podatkowe,
- bezpośredni lub pośredni udział państwa w kapitale zakładowym²⁴⁶.

Praktyka oraz ustawodawstwo państw członkowskich wskazują, że działania restrukturyzacyjne podejmowane przez władze państwowe w stosunku do przedsiębiorców obejmują co najmniej jedną z wymienionych wyżej form pomocy²⁴⁷.

W trakcie swojej działalności orzeczniczej Komisja Europejska, sprawująca nadzór nad udzielaniem pomocy publicznej musiała stawić czoła praktykom państw członkowskich, które udzielały wsparcia przedsiębiorcom, będącym – w sensie ekonomicznym – własnością danego kraju. Państwa członkowskie, w odpowiedzi na kierowane do nich wystąpienia Komisji Europejskiej, zawierające zarzut naruszenia przepisu art. 87 TWE, często podnosiły argument, że udzielając wsparcia przedsiębiorcom, w których państwo jest zaangażowane finansowo bądź to poprzez partycypację w kapitale zakładowym, bądź jako wierzyciele udzielający kredytów lub pożyczek, chronią przed utratą wartości należące do nich mienie.

Przedstawiając powyższy argument, państwa członkowskie powoływały się często na treść art. 295 TWE, który to przepis stwierdza, że przepisy TWE nie przesadzają, ani w żaden sposób nie dyskryminują jakiegokolwiek formy własności w państwach członkowskich. Bazując na powyższym przepisie, władze państw członkowskich wywodziły, że skoro przepisy TWE nie zabraniają w jakikolwiek sposób tworzenia przedsiębiorstw należących do państwa, to nie można również państwu, będącemu udziałowcem takiego przedsiębiorstwa, zabronić działań sanacyjnych prowadzonych wobec takiego podmiotu. Przedstawiciele państwa członkowskiego przedstawiali argument, że działań podejmowanych przez to państwo wobec należącego do niego przedsiębiorstwa nie należy traktować jak udzielania pomocy publicznej, lecz jako działania właściciela, który dokłada należytej staranności, chroniąc swoje mienie przed deprecjacją. Tym samym, w ocenie państw członkowskich nie można zarzucić, że udzielana takiemu przedsiębiorcy pomoc

²⁴⁶ Patrz S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością i zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 34 i n. oraz przywołana tam literatura. Patrz również L. Hancher, T. Ottervanger, P. J. Slot, *EC State Aids*, Londyn 1999, s. 42.

²⁴⁷ Przykładowo taki sposób restrukturyzacji przewidują przepisy ustawy z dnia 30 października 2002 r. o pomocy publicznej dla przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu dla rynku pracy (Dz.U. Nr 213, poz. 1800 ze zm.), przepisy ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o restrukturyzacji górnictwa węgla kamiennego w latach 2003–2006 (Dz.U. Nr 210, poz. 2037).

narusza konkurencję. Wprost przeciwnie – pomoc taka stanowiła, w ocenie przedstawicieli państw członkowskich działanie uzasadnione względami ekonomicznymi mającymi na celu ratowanie przed upadłością należących do nich przedsiębiorstw. Działanie takie byłoby podjęte przez każdego rozsądnego inwestora (lub udziałowca), dlatego też nie można w takich przypadkach zarzucać naruszenia konkurencji na wspólnym rynku.

Sprzeciwiając się powyższej interpretacji oraz badając liczne przypadki udzielania pomocy przez państwa członkowskie, Komisja wypracowała swoje stanowisko określające podejście do przypadku udzielania przez państwo pomocy należącemu do niego przedsiębiorstwu.

W ocenie Komisji, pomoc udzielana przez państwo należącemu do niego przedsiębiorstwu, może być uznana za działanie nienaruszające konkurencji i jako takie niepodlegające zakazowi przewidzianemu w art. 87 TWE, gdy państwo członkowskie, w sposób przekonujący wykaże, że udzielając wsparcia działało w sposób właściwy dla rozsądnego inwestora prywatnego, kierującego się zamiarem osiągnięcia zysku lub uchronienia się przed stratami. Państwo członkowskie, wykazując w postępowaniu prowadzonym przed Komisją Europejską, że działało w sposób opisany powyżej, może spowodować uznanie przez Komisję, stosownie do art. 7 rozporządzenia 659/99/EC, ustalającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu²⁴⁸, że dany środek restrukturyzacyjny nie oznacza pomocy publicznej w rozumieniu art. 87 i n. TWE, lecz jest efektem normalnej praktyki inwestorskiej, zmierzającej do uratowania przedsiębiorstwa należącemu do państwa przed upadłością.

Powyższe kryterium zachowania inwestora prywatnego (*market economy investor principle*) wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy udziałowcy lub wierzyciele restrukturyzowanego przedsiębiorstwa zachowaliby się w sposób, w jaki zachowaliby się udziałowcy lub wierzyciele, których można uznać za państwo dla potrzeb art. 87 TWE. Przechodząc na grunt konkretnych przykładów, może to wymagać udzielenia odpowiedzi na pytanie:

- Czy przedsiębiorstwo takie – biorąc pod uwagę całokształt swojej sytuacji gospodarczej, to jest zadłużenie, wysokość przepływów pieniężnych, obciążenia swojego majątku – byłoby w stanie pozyskać daną kwotę pieniężną (kredyt, pożyczkę, zobowiązanie do partycypacji w kapitale zakładowym) od inwestorów kierujących się jedynie zamiarem uzyskania rozsądnej stopy zwrotu zainwestowanego kapitału?

²⁴⁸ Rozporządzenie Rady z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu (OJ. L. Nr 83, z dnia 27 marca 1999 r., s. 1).

W przypadku przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji finansowej, grożącej koniecznością wniesienia wniosku o ogłoszenie upadłości w razie niepodjęcia przez udziałowców innych działań, pytanie, od odpowiedzi, na które zależałby wynik testu inwestora prywatnego, brzmiałoby najprawdopodobniej:

- Czy wierzyciele prywatni – kierujący się jedynie zamiarem uchronienia się od strat finansowych – wyraziliby zgodę na umorzenie części przysługujących im wierzytelności, zrzeczenie się ustanowionych zabezpieczeń lub zwiększenie swojego zaangażowania w kapitale przedsiębiorstwa, czy też bardziej dla nich korzystna, z finansowego punktu widzenia, byłaby partycypacja w postępowaniu upadłościowym?

Reasumując, należy odpowiedzieć na pytanie, czy w przypadku, gdy publiczny kapitał miałby być zainwestowany w przedsiębiorstwie, prywatny inwestor dokonałby takiej inwestycji. Wynik testu jest pozytywny, gdy w danej sytuacji i warunkach kapitał zainwestowany może przynieść normalnie oczekiwany zwrot w formie dywidendy lub zysków kapitałowych w postaci wzrostu wartości kapitału. W przeciwnym przypadku, czyli gdy inwestor prywatny nie zachowałby się w taki sposób jak państwo członkowskie, inwestycja powinna być przeanalizowana pod kątem możliwości zastosowania wyjątków spod ogólnego zakazu udzielania pomocy publicznej.

W sytuacji, gdy działanie państwa (lub jego szeroko rozumianych emanacji) będzie odpowiadać zachowaniu inwestora prywatnego, można moim zdaniem uznać, że celem państwa nie jest udzielenie wsparcia przedsiębiorcy, lecz uzyskanie zwrotu zainwestowanej kwoty. Takie działanie nie mogłoby zostać uznane za pomoc publiczną, lecz za normalne działanie podejmowane przez inwestora prywatnego.

Na kryterium inwestora prywatnego zwraca swoją uwagę Komisja Europejska w swoim zawiadomieniu skierowanym do państw członkowskich²⁴⁹, jak również w swoich licznych decyzjach²⁵⁰. Kryterium inwestora prywatnego było uwzględnione w definicji legalnej zawartej w ustawie z dnia 30 czerwca 2000 roku o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców²⁵¹.

Kryterium inwestora prywatnego przyjął również polski ustawodawca w obu poprzednio obowiązujących ustawach o warunkach dopuszczalności i nadzorowa-

²⁴⁹ Patrz: Commission communication to the Member States, O.J. C 307, 13.11.1993, s. 3.

²⁵⁰ Przykładowo patrz decyzje Komisji numer 90/70/EEC O.J. L. 074, 23.02.1990, s. 28 oraz 82/73 O.J. L. 37/29, 1999/720/ECSC, O.J. L. 292 13.11.1999, s. 27.

²⁵¹ Przepis art. 4 uchylonej już ustawy o pomocy publicznej z 2000 r., zawierający definicje legalne, inkorporował zwrot *prywatny inwestor w warunkach gospodarki rynkowej* do definicji legalnej pomocy publicznej.

niu pomocy publicznej dla przedsiębiorców. Przykładowo, art. 2 ust. 2 pkt 1–7 ustawy o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców z 27 lipca 2002 roku jako kryteria charakterystyczne dla poszczególnych form pomocy uznają fakt, że dane przysporzenie dokonywane na rzecz przedsiębiorcy przez państwo jest dokonywane na warunkach korzystniejszych niż oferowane na rynku. Podobnymi kryteriami posługiwał się art. 4 pkt 1 ustawy z 2000 roku, który wprost używał sformułowania: *na warunkach odbiegających od normalnych praktyk inwestycyjnych, jakie stosują prywatni inwestorzy w gospodarce rynkowej*²⁵² lub też posługiwał się zwrotami *na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku*, odnoszących się do przysporzeń finansowych oraz inwestycji dokonywanych przez państwo na rzecz przedsiębiorców. Przykład powyższy świadczy o recypowaniu przez polskie ustawodawstwo pomocowe rozumienia pomocy publicznej przyjętego w Unii Europejskiej.

Przedstawione powyżej rozważania mogą budzić szereg zasadniczych wątpliwości. Pierwszym zarzutem, jaki można jej postawić, jest niejasność pojęć. Zwroty takie jak: *normalna gospodarka rynkowa*, *prywatny inwestor*, *normalna praktyka inwestycyjna* nie należą do pojęć posiadających odpowiednie desygnaty w polskim języku prawniczym oraz prawnym i w związku z tym nie istnieją ich definicje legalne. Co więcej, pojęcia te są wyjątkowo nieostre, trudno bowiem osądzić, którą gospodarkę należy uważać za gospodarkę rynkową. Wydaje się, że celowe jest postawienie tezy, że ocena, czy dana praktyka inwestycyjna jest normalna dla prywatnego inwestora, powinna nastąpić w oparciu o całokształt okoliczności faktycznych danego przypadku. Takie stanowisko zajęła również Komisja Europejska, czemu dała wyraz w licznych decyzjach, dokonując oceny zachowania inwestora.

Komisja Europejska oraz ETS często przytaczają fragmenty własnych orzeczeń i decyzji definiujących powyższe kryterium. Tak na przykład w decyzji w sprawie ENI Lanerossi²⁵³ Komisja stwierdza, że nie można uznać za normalną praktykę stosowaną przez prywatnych inwestorów w warunkach gospodarki rynkowej takiej praktyki inwestycyjnej, w przypadku której *środkami zostały przyznane w warunkach niemożliwych do zaakceptowania dla inwestora prywatnego, działające w warunkach normalnej gospodarki rynkowej, ponieważ w obecnej sytuacji finansowej i ekonomicznej tych przedsiębiorstw, zwłaszcza przy wzięciu pod uwagę rozmiaru i zakresu strat, uzyskanie zwrotu w postaci dywidendy lub innych przychodów nie może nastąpić*. W rezultacie, działanie takie musi zostać uznane za pomoc publiczną i jako takie podlegać ocenie prawa wspólnotowego.

²⁵² Por. art. 4 pkt 1 lit (b) ustawy o pomocy z 2000 roku.

²⁵³ Patrz O.J. L. 16 20.1.1989, s. 52.

Podobnie w sprawie numer 40/85²⁵⁴ ETS uznał, że można mówić o pomocy publicznej w przypadku, gdy *przedsiębiorstwo nie mogłoby uzyskać powołanych kwot na prywatnym rynku kapitałowym*²⁵⁵. W takim razie, dofinansowanie przez państwo członkowskie działalności przedsiębiorcy poprzez udzielenie mu pożyczek należy uznać za pomoc publiczną z uwagi na fakt, że działanie takie nie spełnia wymogów testu inwestora prywatnego.

Swoistą odmianą *testu inwestora prywatnego* może być udział wierzyciela, którego wierzytelności mogą być potraktowane jako *środki państwa* w rozumieniu art. 87 TWE, w postępowaniach układowych i restrukturyzacyjnych prowadzonych na zasadach ogólnych, obowiązujących w danym państwie członkowskim. W toku takich postępowań wierzyciele często godzą się ratować dłużnika przed ogłoszeniem upadłości i zezwolić na jego dalsze istnienie poprzez wyrażenie zgody na redukcję zadłużenia lub rozłożenie go na raty. W tym miejscu ocena, czy szeroko rozumiane państwo zachowuje się tak, jak uczyniłby to rozsądnie działający inwestor prywatny, wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy inwestor uzyskałby procentowo wyższe zaspokojenie swoich wierzytelności, w przypadku postępowania upadłościowego i likwidacji majątku dłużnika, czy też bardziej rozsądnym gospodarczo działaniem byłoby, w danej sytuacji, wyrażenie przez wierzyciela zgody na układ połączony z jednoczesną redukcją wierzytelności, tak że wierzyciel mógłby, bazując na rozsądnych przesłankach, liczyć na wyższe zaspokojenie swoich wierzytelności²⁵⁶.

Należy w tym miejscu oczywiście zaznaczyć, że dokonanie oceny, czy postępowanie wierzycieli publicznych spełnia, w danej sytuacji, kryterium *rozsądnego zachowania inwestora* wymaga wnikliwej oceny ekonomicznej rezultatów działania podjętego przez wierzyciela i porównania wyników ekonomicznych takiego działania z potencjalną projekcją finansową partycypacji w upadłości, obejmującej likwidację przedsiębiorstwa dłużnika.

Jednocześnie jednak Europejski Trybunał Sprawiedliwości wziął pod uwagę argumenty często podnoszone przez przedstawicieli państw członkowskich, którzy stwierdzali, że nie jest dopuszczalne automatyczne, niejako, przenoszenie zachowań inwestorów prywatnych na grunt działań państwa (lub szeroko rozumianych organów publicznych) działających jako akcjonariusze. Zdaniem przedstawicieli państw członkowskich, nie jest prawidłowe porównywanie działań inwestorów spekulacyjnych, liczących na możliwie szybki i wysoki zwrot z zainwestowanego kapitału z działaniami państwa. Państwo bowiem, działa w perspektywie, która po-

²⁵⁴ Patrz sprawa Boch, Belgium v Commission [1986] ECR 2321.

²⁵⁵ Podobnie Trybunał orzekł w sprawie Boussac numer C301/87.

²⁵⁶ Tak Sąd Pierwszej Instancji w sprawie HAMSA, Hiszpania v. Komisja T-152/99.

za zyskiem – również istotnym – uwzględnia także inne wyniki podejmowanych działań, jak: przetrwanie i rozwój przedsiębiorstwa, stan zatrudnienia, wizerunek przedsiębiorstwa na rynku i opinia o nim. O ile nie można się zgodzić z argumentem, że czynniki takie są zupełnie indyferentne dla inwestorów prywatnych, to jednak wydaje się, że należy przyznać rację argumentom wskazującym na odmienną celów państwa (działającego jako inwestor) z działaniami części inwestorów prywatnych.

Mając na uwadze powyższe, ETS zdaje się, w swoim orzecznictwie dostrzegać różnicę pomiędzy inwestorem prywatnym, działającym raczej w perspektywie krótkoterminowej, który jest zainteresowany osiągnięciem możliwie dużego zysku w krótkim wymiarze czasu, a inwestorem, którego celem jest odbudowanie możliwości przedsiębiorstwa do osiągania zysku w przyszłości i który, w związku z tym, nie może liczyć na osiągnięcie natychmiastowego zysku. W ocenie ETS działanie państwa-inwestora należy raczej porównać do działań spółki matki (spółki holdingowej), która perspektywę udzielenia wsparcia bądź wycofania się ze spółki zależnej ocenia nie tylko w perspektywie zwrotu zainwestowanego kapitału, lecz uwzględnia również inne czynniki, takie jak perspektywę utrzymania osiągniętej pozycji rynkowej w dłuższym okresie czasu.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości słusznie przyjmuje możliwie szerokie rozumienie *zachowania inwestora rynkowego*, trudno bowiem ująć w ścisłe ramy potencjalne możliwości zachowania się przedsiębiorców (inwestorów) działających w warunkach gospodarki rynkowej. Zmienne warunki rynku, jak również odmienne podejścia do strategii inwestycyjnych powodują, że nie jest uzasadnione ocenianie takich zachowań wyłącznie przez pryzmat inwestora spekulacyjnego²⁵⁷, lecz należy badać całokształt okoliczności, które mogą uzasadniać i czynić racjonalnym odmienne zachowania przedsiębiorców.

Dodatkowo, w trakcie swojej działalności orzeczniczej ETS wskazał na inne różnice, które powinny być uwzględniane w procesie dokonywania porównania działań państwa do działań inwestorów prywatnych.

W mojej ocenie, państwo nie jest zobowiązane do działania jak inwestor *spekulacyjny*, liczący na szybki zwrot zainwestowanego kapitału. Należy raczej przyjmować pozycję inwestora będącego spółką holdingową, który to inwestor realizuje program dla całej grupy (sektora) i poza zwrotem kapitału liczy również na ochronę swojego pozytywnego wizerunku, możliwość sprzedaży przedsiębiorstwa przynoszącego straty w przyszłości na lepszych warunkach²⁵⁸.

²⁵⁷ Por. orzeczenie Trybunału w sprawie *Italy v. Commission* C 303/88.

²⁵⁸ Taki pogląd wyraził Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawach *Alfa Romeo Włochy v. Komisja Europejska* (C 305/89), *Hiszpania v. Komisja Europejska* (połączone sprawy C 278–280/92).

Co więcej – państwo, decydując się na restrukturyzację swojego przedsiębiorstwa, może również kierować się chęcią zabezpieczenia swoich interesów poprzez umożliwienie odzyskania choćby części należności. Nie powoduje to niezgodności z zasadą „testu inwestora prywatnego”, państwo nie zawsze bowiem musi się kierować chęcią uzyskania zysku (jak bank), lecz w warunkach uzasadnionych trudną sytuacją dłużnika może również dążyć jedynie do zabezpieczenia zapłaty części należności²⁵⁹.

Nie można również automatycznie odmawiać działaniom państwa (szeroko rozumianego) charakteru działań na warunkach rynkowych, jedynie na podstawie matematycznej analizy cen i założonych przepływów pieniądza bez uwzględniania wszystkich warunków transakcji²⁶⁰. W nie można zatem porównywać jedynie procentu zaspokojenia możliwego do uzyskania w wyniku przeprowadzenia upadłości likwidacyjnej i restrukturyzacji, bez brania pod uwagę kosztów dla państwa związanych z koniecznością wypłaty odpraw dla zwalnianych pracowników i pośrednich kosztów upadłości przedsiębiorców powiązanych z dłużnikiem.

Kolejnymi argumentami, które w ocenie państwa członkowskiego mogą przemawiać raczej za podjęciem działań restrukturyzacyjnych niż za partycypacją w postępowaniu upadłościowym, mogą być: utrata kontroli nad działalnością dłużnika, w przypadku ogłoszenia jego upadłości – kontrola i nadzór sprawowane byłyby przez sąd i syndyka a nie państwo (to jest właściciela). Przechodząc na grunt prawa i praktyki polskiej można przyjąć, że:

- 1) procedura sprzedaży aktywów uległaby opóźnieniu,
- 2) uzyskana cena odbiegałaby od ceny rzeczywistej (rynkowej) możliwej do uzyskania wskutek postępowania restrukturyzacyjnego,
- 3) „stygmata” upadłości spowodowałby utratę więzi kooperacyjnych z kontrahentami oraz uniemożliwiłby ich odbudowę w przyszłości, powodując spadek wartości majątku właściciela (w polskim przypadku Skarbu Państwa),
- 4) syndyk, nie będąc właścicielem i nie będąc zainteresowany prowadzeniem działalności gospodarczej dłużnika, nie zarządzałby przedsiębiorstwem dłużnika w sposób umożliwiający zbycie jego majątku na możliwie najkorzystniejszych warunkach.

Analizując podobne przypadki należy oczywiście poczynić rozróżnienie pomiędzy różnymi modelami prawa układowego i upadłościowego obowiązującego w państwach członkowskich, jak również wziąć pod uwagę wszelkie aspekty prawne określonego stanu faktycznego, takie jak: zabezpieczenia ustanowione przez wierzycieli zarówno na majątku dłużnika, jak i udzielone przez osoby trze-

²⁵⁹ Podobnie orzekł Europejski Trybunał w sprawie Fogasa, Hiszpania v. Komisja Europejska C 342/96.

²⁶⁰ Sprawa Bremer Vulkan, Niemcy v. Komisja Europejska, połączone sprawy C 329/93, C-62/95 i C 63/95.

cie, kolejność zaspokajania zobowiązań w postępowaniu upadłościowym oraz inne formy uprzywilejowania poszczególnych wierzycieli lub ich grup. Aspekty takie powinny być analizowane *ad casu*. Wydaje się jednak, że wykazanie, iż wierzyciele publiczni – to jest wierzyciele dysponujący środkami mogącymi być uznane za środki państwa w rozumieniu art. 87 TWE – godząc się na redukcję wierzytelności wobec dłużnika w sposób racjonalny zakładali, że w sposób ten uzyskają większe zaspokojenie swoich wierzytelności, oznacza to pozytywny wynik *testu inwestora prywatnego* i tym samym znacznie zmniejsza ryzyko uznania stosowanego środka za pomoc publiczną²⁶¹.

Niezależnie od powyższego, postępowania układowe i restrukturyzacyjne mogą rodzić kolejne pytanie. Czy działanie wierzycieli publicznych, uzyskujących w wyniku postępowania, na którego wszczęcie i prowadzenie wyrazili zgodę, zróżnicowane procentowo zaspokojenie swoich należności, nadal spełnia kryteria działania inwestora prywatnego? Innymi słowy, czy konieczne i uzasadnione jest dokonywanie analizy zachowania wierzycieli publicznych jako grupy i uznanie, w sytuacji, gdy cała grupa uzyskuje wyższy stopień zaspokojenia swoich wierzytelności, skutkuje pozytywnym wynikiem testu inwestora prywatnego? Czy też może konieczne jest spełnianie powyższego testu przez każdego z wierzycieli publicznych z osobna, tak by wynik *testu inwestora prywatnego* był pozytywny dopiero w przypadku, gdy wynik taki jest pozytywny dla każdego z wierzycieli?

Pytanie powyższe nie znalazło do tej pory odpowiedzi w orzecznictwie ETS ani w doktrynie prawa wspólnotowego. W mojej ocenie, kwestię powyższą należy rozstrzygnąć w ten sposób, że wierzyciele publiczni powinni być traktowani, co do zasady, jako grupa i w taki też sposób powinno być analizowane ich działanie. Jako jedną grupę należy, w moim mniemaniu, traktować podmioty, które nie są odrębnymi bytami prawnymi, a na dodatek wierzytelności tych podmiotów stanowią przychód tego samego organu państwa. Istnieje jednak uzasadnienie odmiennego traktowania podmiotów, które stanowią niezależne byty prawne, choć w tej sytuacji bardzo wiele zależeć może od przepisów danego państwa członkowskiego. Pomimo bowiem faktu, że określone wierzyciele należą do zakresu przedmiotowego pojęcia *państwo*, to ich interesy są w tym przypadku odmiennie, a w pewnych sytuacjach mogą być nawet sprzeczne. Każdy bowiem z tych wierzycieli powinien racjonalnie dążyć do możliwie wysokiego zaspokojenia **własnej** należności, jedynie w szczególnych przypadkach biorąc pod uwagę interes pozostałych wierzycieli publicznych.

²⁶¹ Podobne przekonanie wyraziła Komisja Europejska w decyzji z dnia 19 maja 2004 r. wszczynającej postępowanie wyjaśniające w sprawie udzielania przez Polskę pomocy publicznej Hucie Częstochowa S.A.

Uzasadnieniem poglądu przemawiającego za traktowaniem wszystkich wierzycieli publicznych jako jednej grupy może być szerokie pojmowanie *państwa* w orzecznictwie ETS. W sytuacji, gdy bardzo szerokie grono podmiotów powinno być traktowane jako państwo, to uzasadnione wydaje się być również takie samo traktowanie tych podmiotów przy dokonywaniu testu inwestora prywatnego. Jednocześnie jednak należy brać pod uwagę fakt, że często wierzyciele publiczni stanowią odrębne byty prawne i kierują się własnymi korzyściami, które nie są tożsame z korzyściami innych wierzycieli publicznych.

Można zatem uznać, że pomoc publiczna występuje w sytuacji takiego działania państwa, w wyniku którego beneficjent uzyskuje korzyść, której to korzyści nie mógłby uzyskać na takich warunkach i w takim rozmiarze na prywatnym rynku kapitałowym, z uwagi na zbyt duże dla prywatnego inwestora ryzyko, wynikające z dokonania takiej inwestycji.

Na gruncie polskim jedynym jak do tej pory przypadkiem odniesienia się Komisji Europejskiej do testu inwestora prywatnego jest interwencja Komisji w proces restrukturyzacji Huty Częstochowa S.A. oraz przedstawiana przez Komisję Europejską argumentacja²⁶².

Test inwestora prywatnego, a w zasadzie niepokój o jego wynik, znalazł zapewne odzwierciedlenie we wszczętym przeciwko Polsce postępowaniu wyjaśniającym, dotyczącym udzielenia pomocy publicznej. Komisja, w dniu 19 maja 2004 roku skierowała do Polski decyzję (opublikowaną dnia 12 sierpnia 2004 roku²⁶³) o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego, dotyczącego potencjalnej pomocy publicznej, która może być udzielona wskutek restrukturyzacji Huty Częstochowa S.A.

Komisja Europejska, w swojej decyzji zarzuca Polsce udzielenie pomocy Hucie Częstochowa S.A., w której 100% akcji było własnością Skarbu Państwa. Pomoc taka, w ocenie Komisji, może polegać na wdrożeniu planu restrukturyzacji, znajdującej się w bardzo trudnej sytuacji finansowej Huty Częstochowa S.A., zakładającego między innymi:

1. Umorzenie wierzytelności podatkowych oraz zaległych i niezapłaconych składek na ubezpieczenia społeczne przez Gminę Częstochowa, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych i Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Umorzenie takie, jak również zrzeczenie się przez wierzycieli publicznych zabezpieczeń ustanowionych na majątku Huty Częstochowa S.A., było przewidziane przez art. 32f ustawy z dnia 30 października 2002 roku o pomocy

²⁶² Wszystkie opublikowane poniżej informacje dotyczące procesu restrukturyzacji Huty Częstochowa S.A. pochodzą z danych opublikowanych przez Komisję Europejską w decyzji C 20/2004.

²⁶³ Por. OJ. C. 204 z dnia 12 sierpnia 2004, s. 6 i n., decyzja C 20/2004.

publicznej dla przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu dla rynku pracy, w związku z przeniesieniem restrukturyzowanych wierzytelności publicznoprawnych oraz części majątku nieprodukcyjnego do spółki Operator, co oznaczało jednoczesne zwolnienie ze zobowiązań publicznoprawnych Hutę Częstochowa S.A.

Zdaniem Komisji umorzenie to, połączone ze zrzeczeniem się zabezpieczeń rzeczowych ustanowionych na rzecz wierzycieli publicznych (zastawy skarbowe i hipoteki) na majątku Huty, nie spełnia kryterium inwestora prywatnego i jako takie może stanowić pomoc publiczną²⁶⁴.

W ocenie Komisji nie może być uznane za działanie rozsądnego inwestora prywatnego takie działanie wierzyciela publicznego, w wyniku którego zrzeka się on zabezpieczeń na majątku produkcyjnym dłużnika w sytuacji, gdy jest powszechnie wiadomo, że inwestorzy branżowi złożyli ofertę nabycia takiego majątku hutniczego, a w związku z dobrą koniunkturą w sektorze hutnictwa żelaza i stali należy oczekiwać uzyskania korzystnych cen. Tym samym, zrzekając się zabezpieczeń rzeczowych i rezygnując z możliwości sprzedaży majątku dłużnika w postępowaniu upadłościowym, w którym, z racji posiadania zabezpieczeń rzeczowych wierzyciele ci byłiby uprzywilejowani²⁶⁵. Działanie takie w ocenie Komisji może świadczyć, że zachowanie wierzycieli publicznych odbiega od standardu zachowań rynkowych i może być rozpatrywane w kategoriach pomocy publicznej, a nie praktyk rynkowych.

2. Umorzenie wierzytelności przez spółki Skarbu Państwa, takie jak Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., Polskie Koleje Państwowe S.A., lokalne zakłady energetyczne, Centralę Zaopatrzenia Hutnictwa S.A. (dostawca wsadu do wielkiego pieca) i Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. W ocenie Komisji spółki w pełni kontrolowane przez Skarb Państwa lub podmioty będące jednoosobowymi spółkami Skarbu Państwa, spełniają definicję *public undertaking* (przedsiębiorcy publicznego) ustaloną przez Dyrektywę Komisji o przejrzystości relacji finansowych pomiędzy przedsiębiorcami publicznymi, a państwami członkowskimi²⁶⁶. Komisja przyjmuje, że pomoc udzielana przez takiego przedsiębiorcę innemu przedsiębiorcy może zostać uznana za pomoc publiczną w ro-

²⁶⁴ Por. paragraf 40 decyzji C 20/2004.

²⁶⁵ Zgodnie z art. 345 Prawa upadłościowego i naprawczego, wierzytelności wierzycieli zabezpieczonych między innymi hipoteką i zastawem zaspokajane są z kwot uzyskanych ze sprzedaży przedmiotu zabezpieczenia pomniejszonych o koszty sprzedaży. Tym samym, wierzyciele zabezpieczeni rzeczowo na posiadającym dużą wartość majątku produkcyjnym dłużnika, zostaliby zaspokojeni w stopniu wyższym aniżeli pozostali wierzyciele.

²⁶⁶ Dyrektywa Komisji z dnia 25 czerwca 1980 r. Nr 80/723/EEC w sprawie przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy przedsiębiorcami publicznymi, a państwami członkowskimi, zmieniona następnie dyrektywą z dnia 24 lipca 1985 r., dyrektywą z dnia 30 września 1993 r. i dyrektywą z dnia 26 lipca 2000 r.

zumieniu art. 87 TWE. W związku z powyższym, umorzenie przez te spółki części należności od Huty Częstochowa S.A., jeżeli nie następuje na zasadach, na jakich uczyniłby to rozsądnie działający inwestor prywatny²⁶⁷ może stanowić pomoc publiczną.

Dodatkowo, w ocenie Komisji, samo już dostarczanie przez przedsiębiorcę publicznego towarów i usług odbiorcy, znajdującemu się w sytuacji grożącej niewypłacalnością temu odbiorcy, bez żądania jakichkolwiek zabezpieczeń płatności, może stanowić pomoc publiczną²⁶⁸. Takie stanowisko Komisji wydaje się iść za daleko i zbyt głęboko ingerować w autonomię podejmowania decyzji gospodarczych przez strony oraz zwyczaje występujące w obrocie gospodarczym danego kraju²⁶⁹.

W mojej ocenie, przedstawione wyżej argumenty wskazują na konieczność zmiany spojrzenia na przyszłe działania restrukturyzacyjne podejmowane przez Skarb Państwa w stosunku do spółek Skarbu Państwa. Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej i przyjęcie dorobku *acquis communautaire* wymagać będzie prawdopodobnie odejścia, w zakresie niektórych dziedzin prawa (a w szczególności prawa konkurencji i przepisów dotyczących udzielania pomocy publicznej), od czysto literalnej wykładni przepisów i przejścia na grunt wykładni celowościowej. W szczególności, konieczne stanie się uwzględnianie wyłącznie ekonomicznych efektów działań podejmowanych przez szeroko rozumianych wierzycieli publicznych wobec dłużników, jak również taka sama ocena uchwalanych aktów prawnych dotyczących restrukturyzacji przedsiębiorców, jeżeli restrukturyzacja taka uwzględniać będzie umorzenie szeroko rozumianych należności fiskalnych.

Test inwestora prywatnego i jego potencjalny wynik mogą okazać się przesłankami decydującymi o sposobie przeprowadzenia i powodzeniu restrukturyzacji przedsiębiorców.

²⁶⁷ W omawianym przypadku, Hucie Częstochowa SA., groziła upadłość, zatem działania inwestora prywatnego polegałyby na ocenie i rozważeniu, czy w przypadku upadłości, uzyskałby wyższe zaspokojenie swoich roszczeń (uwzględniając zabezpieczenia), czy też bardziej rozsądnym posunięciem byłoby wyrażenie zgody na umorzenie części należności, w celu uzyskania od dłużnika choćby częściowej spłaty.

²⁶⁸ Por. paragraf 44 decyzji C 20/2004.

²⁶⁹ Praktyka polskiego obrotu gospodarczego zdaje się wskazywać, że co do zasady, dostawcy mediów takich jak woda, energia elektryczna czy paliwo gazowe z reguły nie żądają zabezpieczenia płatności swoich należności nawet od dłużników znajdujących się w sytuacji zagrożenia niewypłacalnością.

Rafał Parczewski

Dopuszczalność stosowania zasady *złotego veta* w prawie polskim

1. Wprowadzenie

Własność jako instytucja prawna funkcjonuje od ponad 2000 lat. W kształcie podobnym do obecnego prawo własności było wykształcone już w okresie ustawy XII tablic, gdzie odróżniano je od posiadania. Rzymianie nadali prawu własności miano najszerszego władztwa nad rzeczą. Prawo to chronione było za pomocą *actiones in rem*, czyli skarg skutecznych względem wszystkich (*erga omnes*)²⁷⁰.

W późniejszym okresie prawo własności na jakiś czas straciło na znaczeniu, by znowu odzyskać centralne miejsce w aksjologii ustrojowej w okresie przemian rewolucyjnych XVII–XVIII w. Znalazło to swoje odbicie w dziełach takich filozofów, jak Hobbes, Locke czy Kant²⁷¹.

Zaznaczyć tu jednak należy, iż zarówno Rzymianie z okresu XII tablic, jak i wymienieni wyżej filozofowie stali na stanowisku o generalnym zakazie naruszenia prawa własności.

2. Instytucja *złotej akcji* w prawie polskim

Z prawem własności nierozzerwalnie łączą się uprawnienia akcjonariuszy²⁷² spółek akcyjnych. Zgodnie z doktryną akcja to ogół praw i obowiązków akcjonariusza wobec spółki²⁷³. Oznacza to, że akcjonariuszowi przysługują prawa i obowiązki określone przepisami ustaw i statutu spółki. Prawa te można podzielić ze względu na różne kryteria. Można, zatem mówić o uprawnieniach majątkowych czy korporacyjnych. Niektóre z uprawnień mogą również wynikać ze szczególnego uprzywilejowania niektórych akcji i mieć charakter szczególny. Akcją taką w doktrynie określa się mianem *złotej*. Nawiązując do licznych rozważań oma-

²⁷⁰ Prawo rzymskie Instytucje, W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, C.H. Beck, Warszawa 1996.

²⁷¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej Komentarz III, praca zbiorowa pod red. Leszka Garlickiego, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003.

²⁷² Podobnie wspólników w sp. z o.o.

²⁷³ Prawo papierów wartościowych, Kazimierz Kruczalak, Gdańsk 1998.

wianej kwestii w doktrynie, najczęściej wskazuje się dwa reżimy pozwalające uznać daną akcję za złotą²⁷⁴.

- 1) pierwszym przypadkiem będzie możliwość uzyskania określonego udziału w zysku. Należy zaznaczyć, iż jest to niezależne od dochodu spółki w danym roku obrotowym. Omawiany przywilej łączy się jednak z brakiem prawa głosu, co skutkuje faktem, iż dana akcja ma niemy charakter;
- 2) drugim przypadkiem będzie wynikająca z danej akcji możliwość wetowania różnych (np. określonych w statucie spółki) działań spółki.

Stwierdzić tu należy, iż akcja, z której wynikają uprawnienia określone w pkt 2) w większym stopniu zasługuje na miano złotej²⁷⁵. Dyskusyjna jest jednak dopuszczalność stosowania powyżej opisanej konstrukcji w prawie polskim. Mimo dopuszczalności przyznania danemu akcjonariuszowi osobistych uprawnień (art. 354 Kodeksu Spółek Handlowych – zwanym dalej „KSH”), zgodnie z art. 20 wspólnicy spółki powinni być traktowani jednakowo w takich samych okolicznościach.

Tezę o niedopuszczalności konstytuowania złotej akcji w kształcie opisanym w pkt 2) potwierdził Sąd Najwyższy (zwany dalej „SN”) w orzeczeniu z dnia 30 września 2004 roku²⁷⁶. W sprawie tej SN utrzymał w mocy orzeczenie sądu drugiej instancji, gdzie odmówiono uchylecia uchwały walnego zgromadzenia Cukrowni Mełno S.A. z 10 października 2002 roku dotyczącej sprzedaży części przedsiębiorstwa oraz nieruchomości należących do spółki. Uchylecia uchwał domagał się Skarb Państwa, który po prywatyzacji otrzymał akcję imienną, która inkorporowała w sobie wiele przywilejów określonych w statucie spółki. Jeden z nich stanowił, iż do ważności uchwał walnego zgromadzenia wymagane jest uczestnictwo przedstawicieli Skarbu Państwa. Mimo prawidłowego powiadomienia, przedstawiciele Skarbu Państwa nie przybyli na walne zgromadzenie, zwołane na dzień 10 października 2002 roku.

Podczas wspomnianego walnego zgromadzenia obecni byli akcjonariusze reprezentujący 63,2% kapitału zakładowego, dysponujący w sumie 347888 akcjami. Skarżoną uchwałę podjęto bez głosów sprzeciwu, przy 926 głosach wstrzymujących się. Biorąc za podstawę podjęcie uchwał w sposób sprzeczny ze statutem spółki (podjęcie uchwał bez obecności Skarbu Państwa) Skarb Państwa wystąpił do sądu o ich uchylenie. Po uwzględnieniu żądania pozwu przez sąd I instancji sprawa została skierowana do sądu II instancji, który z kolei odmówił uchylenia

²⁷⁴ A. Szamański, Złota akcja w prawie polskim, PPH 1998/12. Podobnie K. Osajda, Złota akcja w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i w prawie polskim, PPH 2004/08.

²⁷⁵ Podobnie: K. Osajda, Złota akcja w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i w prawie polskim, PPH 2004/08.

²⁷⁶ Sygn. IV CK 713/03.

uchwał. SN podtrzymał to stanowisko, zgadzając się z argumentacją, iż kontrowersyjne postanowienia statutu (dotyczące złotej akcji Skarbu Państwa) pozostają w sprzeczności ze wspomnianym wcześniej art. 20 KSH.

Zgodnie z art. 351 KSH spółka ma prawo wydawać akcje o szczególnych uprawnieniach (akcje uprzywilejowane). Uprzywilejowanie, o którym mowa, może dotyczyć w szczególności prawa głosu, prawa do dywidendy lub podziału majątku w przypadku likwidacji spółki. Przywileje te są rygorystycznie ograniczana przez następne przepisy KSH. Zgodnie z nimi jednej akcji nie można przyznać więcej niż dwóch głosów. Jeżeli chodzi o akcje uprzywilejowane w zakresie dywidendy, to nie mogą one przyznawać uprawnionemu dywidendy przewyższającej więcej niż o połowę dywidendę przeznaczoną do wypłaty akcjonariuszom uprawnionym z akcji nieuprzywilejowanych. Zagadnień tych nie należy jednak mylić z pojęciem złotej akcji.

W świetle wyżej opisanych przepisów można postawić tezę, iż obecnie w prawie polskim nie jest dopuszczalne ustanowienie *złotej akcji* opartej na prawie weta. Uprawnienie takie, nawet jeżeli znajdowałoby oparcie w statucie spółki byłoby sprzeczne z postanowieniami KSH. Wynikające z akcji prawo weta daje, bowiem akcjonariuszowi znacznie dalej idące uprawnienia od maksymalnie dopuszczalnych w świetle postanowień KSH. Tezę tę potwierdza omówione wyżej orzeczenie SN.

3. Nowe przywileje dla Skarbu Państwa – *złote veto*

Nie jest niczym nowym, iż Skarb państwa jest żywiołowo zainteresowany ciągłym utrzymywaniem kontroli w sprywatyzowanych już spółkach²⁷⁷. W świetle przytoczonych wyżej argumentów nie jest dopuszczalne określenie „nadzwyczajnych” uprawnień Skarbu Państwa w statucie spółki. Jak wyżej wskazano byłyby one sprzeczne z postanowieniami KSH. Mając to na uwadze Ministerstwo Skarbu Państwa (zwane dalej „MSP”), rozpoczęło prace nad projektem ustawy, która docelowo ma zmienić niekorzystną dla Skarbu Państwa sytuację.

Dnia 8 listopada 2004 r. MSP przedstawiło kolejną wersję projektu ustawy mającej na celu uprzywilejowanie pozycji Skarbu Państwa w spółkach, w których jest współnikiem albo akcjonariuszem. Zgodnie z postanowieniami projektu ustawy *o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach handlowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego* (zwany dalej „Projektem”) tak długo, jak Skarb Państwa bezpośrednio lub pośrednio pozostaje akcjonariuszem lub współnikiem w spółce,

²⁷⁷ Z zastrzeżeniem, że posiada w nich jeszcze choćby jedną akcję.

minister właściwy do spraw Skarbu Państwa może wyrazić w drodze decyzji administracyjnej sprzeciw wobec podjętej przez zarząd uchwały lub innej dokonanej przez zarząd czynności prawnej, której przedmiotem jest rozporządzenie składnikiem mienia spółki, podstawowym z punktu widzenia prowadzonej przez nią działalności. Sprzeciw dotyczy wyłącznie czynności prawnej spółki mającej istotne znaczenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, jeżeli czynność taka narusza porządek publiczny lub bezpieczeństwo publiczne. Kolejnym uprawnieniem Skarbu Państwa ma być możliwość ustanawiania obserwatorów w spółkach, w których jest współnikiem bądź akcjonariuszem.

Powyżej opisane przywileje poprzez dopuszczalność blokowania przez Skarb Państwa uchwał w spółkach, do których odnosi się omawiany projekt²⁷⁸ bez wątpliwości ograniczają prawo własności pozostałych współników i akcjonariuszy stanowią próbę obejścia przepisów KSH. Badając, czy w omawianej sytuacji również ograniczenie takie jest dopuszczalne, problem ten należy przeanalizować w od-

²⁷⁸ Szczególne uprawnienia Skarbu Państwa przysługują mu wyłącznie w spółkach, mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej, które:

- 1) wykonują działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej, jeżeli łączny udział podmiotu lub grupy kapitałowej z jego udziałem w ilości wytworzonej energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przekracza 15%;
- 2) wykonują działalność operatora lub są właścicielami systemu przesyłowego gazowego albo elektroenergetycznego, jeżeli podmiot lub grupa kapitałowa z jego udziałem posiada ponad 50% infrastruktury niezbędnej do przesyłania paliw gazowych lub energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 3) zajmują się produkcją paliw (benzyn silnikowych, oleju napędowego), jeżeli łączny udział podmiotu lub grupy kapitałowej z jego udziałem w produkcji tych paliw na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przekracza 20%;
- 4) zajmują się transportem rurociągowym w zakresie ropy naftowej lub paliw (benzyn silnikowych, oleju napędowego), jeżeli łączny udział podmiotu lub grupy kapitałowej z jego udziałem w ogólnej zdolności przesyłowej ropy naftowej lub paliw na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przekracza 50%;
- 5) zajmują się magazynowaniem i przechowywaniem towarów w zakresie benzyn silnikowych, oleju napędowego lub gazu ziemnego, jeżeli łączne pojemności magazynowe podmiotu lub grupy kapitałowej z jego udziałem na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie przechowywania benzyn silnikowych, oleju napędowego lub gazu ziemnego tych przekraczają 30 dni konsumpcji tych towarów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 6) zajmują się przeladunkiem towarów w portach morskich w zakresie ropy naftowej i jej produktów, jeżeli łączny udział podmiotu lub grupy kapitałowej z jego udziałem w zdolności do przeladunku tych towarów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przekracza 50%;
- 7) zajmują się wydobywaniem węgla kamiennego, gazu ziemnego lub górnictwem rud miedzi, jeżeli łączny udział podmiotu lub grupy kapitałowej z jego udziałem w wydobyciu węgla kamiennego, gazu ziemnego lub górnictwie rud miedzi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przekracza 50%;
- 8) są posiadaczami infrastruktury telekomunikacyjnej umożliwiającej przesyłanie sygnałów publicznej radiofonii i telewizji między nadawcą, a siecią nadajników na obszarze obejmującym co najmniej 70% terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 9) samodzielnie lub w grupie kapitałowej są posiadaczami infrastruktury kolejowej stanowiącej co najmniej 50% tej infrastruktury na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

niesieniu do postanowień Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (zwana dalej „Konstytucją”) i prawa europejskiego. Zarówno Konstytucja, jak i ratyfikowane umowy międzynarodowe w hierarchii źródeł prawa mają pierwszeństwo przed ustawą.

4. Ocena zgodności proponowanych rozwiązań z prawem krajowym

W obecnie obowiązującym prawie polskim prawo własności jest chronione licznymi normami konstytucyjnymi. Zgodnie z art. 21 Konstytucji:

1. Rzeczpospolita Polska chroni własność i prawo dziedziczenia [...]

Art. 64 Konstytucji stanowi natomiast, iż:

- 1. Każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia.*
- 2. Własność, inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej.*
- 3. Własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, jakim nie narusza ona istoty prawa własności.*

Obowiązek równego traktowania akcjonariuszy należy ściśle powiązać z konstytucyjną ochroną prawa własności (art. 21 i 64 Konstytucji). Granice dozwolonych odstępstw od zasady równego traktowania akcjonariuszy należy rozpatrywać w świetle zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Nawiązując do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego ingerencja w konstytucyjne prawa i wolności powinna respektować zasadę proporcjonalności. Zgodnie z tą zasadą należy w pierwszej kolejności badać, czy osiągnięcie tego samego efektu (skutku zamierzonego przez ustawodawcę) może nastąpić za pomocą środków mniej dolegliwych, tj. w węższym zakresie ingerujących w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności. Zasadę tę powinno się rozumieć w ten sposób, że nie chodzi tylko o zakres środków w znaczeniu przedmiotowym, ale również o zakres podmiotowy ingerencji.

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego: *chodzi o zastosowanie środków niezbędnych w tym sensie, że chronić one będą określone wartości w spo-*

sób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków, a jednocześnie winny to być środki jak najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawa bądź wolności ulegającym ograniczeniu²⁷⁹. W tym miejscu należy wskazać, iż zaproponowana przez MSP formuła określania spółek podlegających regulacji ma charakter otwarty, co umożliwi odniesienie Projektu w zasadzie do nieograniczonej liczby spółek. Można wyobrazić sobie sytuację, gdzie Skarb Państwa nabywa w obrocie publicznym jedną akcję danej spółki, co w konsekwencji uprawniać go będzie do bezkarnego ingerowania w kształtowanie jej polityki oraz funkcjonowania. Głównym argumentem przemawiającym za uznaniem instytucji *złotego veta* w proponowanym w Projekcie kształcie, za środek nieproporcjonalny a tym samym niezgodnym zarówno z Konstytucją oraz prawem wspólnotowym, (o czym niżej) jest jego zakres podmiotowy.

Problemu tego nie należy rozpatrywać w oderwaniu od ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej²⁸⁰ (zwana dalej „Ustawą o swobodzie”). Zgodnie z art. 6 wspomnianej ustawy wyrażającej zasadę wolności gospodarczej *podejmowanie, wykonywanie, i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa*. Postanowienia Projektu ograniczające prawa wspólników i akcjonariuszy pozostają w sprzeczności z postanowieniami Ustawy o swobodzie i systemem prawa polskiego.

Projekt narusza też jedną z fundamentalnych zasad polskiego prawa cywilnego – zasadę *pacta sunt servanda* (umów należy przestrzegać). Skarb Państwa powinien mieć możliwość wpływania na decyzje spółki w stopniu odpowiadającym jego zaangażowaniu kapitałowemu w sprywatyzowanej spółce. W sprzeczności z Konstytucją oraz z zasadą *pacta sunt servanda* pozostaje nadawanie Skarbowi Państwa dodatkowych uprawnień związanych z zarządzaniem sprywatyzowaną już spółką. Prywatyzując dany podmiot, Skarb Państwa niejako pozbył się uprawnień wynikających ze sprzedanych udziałów/akcji. Podmiot inwestujący swoje środki w prywatyzowaną spółkę działał w przekonaniu, że będzie miał taki wpływ na prowadzenie spraw spółki, jaki wynika z jego procentowego udziału w kapitale zakładowym. Nadawanie Skarbowi Państwa dodatkowych uprawnień już po prywatyzacji burzy ten stan rzeczy i stanowi złamanie zasad, na jakich prywatyzowano spółkę.

²⁷⁹ Wyrok z 3 października 2000 r., K. 33/99 OTK ZU Nr 6/2000, poz. 188.

²⁸⁰ Dz.U. z dnia 6 sierpnia 2004 r. Nr 173 poz. 1807.

5. Analiza zgodności projektu z prawem wspólnotowym

Problem dopuszczalności stosowania złotej akcji w prawie krajowym wielokrotnie był przedmiotem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (zwany dalej „ETS”). Podstawowe wątpliwości budzi zagadnienie zgodności instytucji złotej akcji z Traktatem Ustanawiający Wspólnotę (zwanym dalej „TWE”), a w szczególności z jego art. 56 odnoszącym się do zakazu ograniczeń w przepływie kapitału między Państwami Członkowskimi oraz Państwami Członkowskimi a państwami trzecimi. ETS wielokrotnie wypowiadał się przeciwko dopuszczalności stosowania złotej akcji. Jako przykład należy tu wymienić sprawę Komisja *versus* Francja²⁸¹, gdzie podważono postanowienia dekretu ustanawiającego na rzecz państwa „złotą” akcję w spółce *Societe Nationale Elf – Aquitaine*. Uprawnienia w niej inkorporowane uprawniały ministra gospodarki do udzielania pozwoleń na wzrost udziału we wspomnianym przedsiębiorstwie jakichkolwiek osób powyżej 1/10, 1/5, 1/3. Minister miał ponadto prawo weta wobec transferu oraz używania określonych w aneksie do dekretu środków trwałych. Zaskarżony akt dawał prawo do delegowania do zarządzie przedsiębiorstwa dwóch swoich przedstawicieli. Komisja zarzuciła Francji naruszenie przepisów art. 43, 48, oraz 56 TWE²⁸².

Niedopuszczalność stosowania złotej akcji ETS wykazał także w sprawie Komisja *versus* Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej²⁸³. Sprawa dotyczyła wykreowania w spółce związanej z kierowaniem międzynarodowymi portami lotniczymi niezbywalnej, uprzywilejowanej akcji, która m.in. uprawniała do blokowania rozporządzania majątkiem trwałym spółki.

Pozytywnie o złotej akcji ETS wypowiedział się tylko raz w sprawie Komisja *versus* Belgia. W tej sprawie Komisja zakwestionowała postanowienia dekretu królewskiego²⁸⁴, który uprzywilejowywał państwo w *Societe nationale de transport canalisations*. Wspomniane uprzywilejowanie polegało na:

- 1) informowaniu odpowiedniego ministra, który mógł sprzeciwić się danej operacji na podstawie uznania jej za sprzeczną z interesem narodowym w sektorze energetycznym, o transferze, zmianie przeznaczenia przedsiębiorstwa zajmującego się produkcją niezbędnych elementów dla funkcjonowania systemu energetycznego kraju;

²⁸¹ Sprawa C-483/99.

²⁸² K. Osajda – jw.

²⁸³ Sprawa C-98/01

²⁸⁴ Royal Decree z 10.06.1994 r., „Moniteur belge” z 28.06.1994 r., p. 17333.

2) upoważnieniu właściwego ministra do delegowania dwóch swoich przedstawicieli do zarządu. Przedstawiciele ci mogą proponować anulowanie decyzji sprzecznych z państwową polityką energetyczną²⁸⁵.

Komisja zakwestionowała ponadto dekret²⁸⁶ dający państwu *złotą akcję* w przedsiębiorstwie *Distrigaz*.

Państwo otrzymało takie same uprawnienia jak w wyżej wspomnianym dekrete. Komisja zarzuciła Belgii naruszenie norm wynikających z przepisów art. 43 i 56 TWE. Rząd Belgijski argumentował, że postanowienia skarżonych Dekretów usprawiedliwia interes ogólny związany ze strategicznym znaczeniem surowców, których dotyczyły kwestionowane akty. Procedura notyfikacji *ex ante* służyć miała informowaniu ministra, a bardzo krótkie ograniczenia czasowe umożliwiające mu działanie są dodatkową gwarancją dla podmiotów gospodarczych. Nie można zatem podnosić w tym miejscu argumentu, iż nie zostały ustanowione precyzyjne, obiektywne i stałe kryteria²⁸⁷. Zaznaczyć tu należy, że decyzja ministra nie jest ostateczna, przysługuje bowiem od niej prawo odwołania, co umożliwia stwierdzenie prawidłowości jej podjęcia.

Belgia w omawianej sprawie powołała się ponadto na normę wynikającą z art. 86 ust. 2. Zgodnie z tym artykułem: *Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom niniejszego Traktatu, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty.*

ETS przyjmując argumentację Belgii stwierdził, iż w Belgii w odróżnieniu do wyżej wspomnianych spraw nie funkcjonuje obowiązek uzyskiwania uprzednich zgód. Ponadto działania administracji poddane są surowemu rygorowi czasowemu. Podejmowane decyzje przedmiotowo są bardzo zawężone, ponieważ odnoszą się one wyłącznie do kwestii o strategicznym znaczeniu. Działania organu muszą mieć podstawę formalną i mogą zostać poddane kontroli sądowej. Komisja w tym przypadku nie wykazała naruszenia zasady proporcjonalności, ponieważ nie przedstawiła alternatywnych zachowań rządu, które prowadzić by miały do realizacji celu skarżonych dekretów²⁸⁸.

²⁸⁵ K. Osajda – jw.

²⁸⁶ Royal Decree z 16.06.1994 r., „Moniteur belge” z 28.06.1994 r., p. 17347.

²⁸⁷ K. Osajda – jw.

²⁸⁸ Jw.

Głównym powodem stwierdzenia przez ETS zgodności kwestionowanych przez Komisję aktów było gwarantowanie przez nie dostaw energii dla państwa w przypadku kryzysu. Zdaniem ETS służą one bezpieczeństwu publicznemu.

Instytucja złotej akcji proponowana w Projekcie w dość istotnym stopniu odbiega od rozwiązań belgijskich. Różnice te są ważne z punktu widzenia oceny zgodności proponowanych rozwiązań z prawem europejskim. Belgijska złota akcja została zaakceptowana ETS, ze względu na pomyślnie przejście stosowanego przez ten sąd tzw. testu proporcjonalności²⁸⁹, określającego wymogi, które spełnić powinien dany środek, jeśli ma ograniczyć możliwość korzystania z czterech swobód tworzących rynek wewnętrzny, w tym swobody przepływu kapitału²⁹⁰. Instrument ten umożliwia precyzyjne określenie, które z rozwiązań przyjmowanych przez poszczególne państwa członkowskie są uzasadnione w świetle traktatowych odstępstw od danych swobód (np. odnosząc się do kryterium bezpieczeństwa publicznego czy porządku publicznego). Na test, o którym mowa, składają się cztery warunki. Dany środek powinien:

- 1) mieć charakter niedyskryminacyjny;
- 2) być uzasadniony koniecznością ochrony interesu powszechnego;
- 3) mieć charakter pozwalający na osiągnięcie zamierzonego celu;
- 4) nie wykraczać ponad to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu.

Ani belgijska złota akcja, ani polskie propozycje ujęte w Projekcie nie mają charakteru dyskryminacyjnego. Z formalnego punktu widzenia nie wprowadzają bowiem rozróżnienia w stosowaniu złotej akcji na spółki, w których akcjonariuszami są podmioty krajowe i na spółki, w których akcjonariuszami są podmioty z innych krajów członkowskich. Należy jednak zwrócić uwagę na bardzo istotny fakt, że zakazana dyskryminacja będzie miała miejsce w przypadku polskiej złotej akcji, jeśli okaże się, iż w praktyce instrument ten będzie stosowany przede wszystkim w stosunku do spółek, w których akcjonariuszami są podmioty z innych krajów członkowskich. ETS wielokrotnie podkreślał w swoich orzeczeniach, iż dyskryminacyjny charakter może mieć nie tylko sam przepis, ale i sposób, w jaki jest on stosowany, a więc praktyka administracyjna i sądowa przyjęta w danym państwie członkowskim²⁹¹.

W odróżnieniu od rozwiązań belgijskich, katalog czynności, których może dotyczyć sprzeciw, w polskiej wersji złotej akcji jest sformułowany w sposób bardzo ogólny i niejasny. Skutkować to może, uznaniem przez ETS polskiej propozycji za środek wykraczający ponad przewidziany to, co jest konieczne z punktu

²⁸⁹ Zasady testu określone są w orzeczeniach ETS: C-55/94 Gebhard i C-148/91 Veronica.

²⁹⁰ R. Iniewski, M. Skwierczyński, Wstrzymać tę akcję, „Rzeczpospolita” 24.08.2004.

²⁹¹ Jw.

widzenia celu, który ma być osiągnięty, czyli na przykład ochrony zdrowia publicznego czy też bezpieczeństwa państwa. Zakładając prawdziwość postawionej wyżej tezy, śmiało można stwierdzić, że stanowi ona środek nieproporcjonalny, a tym samym narusza prawo unijne.

Zarówno u podstaw belgijskiego, jak i polskiego rozwiązania leży ochrona interesu powszechnego. Zaznaczyć należy, iż prawo *veta*, w myśl orzecznictwa ETS, nie może być uzasadnione interesem finansowym i ekonomicznym państwa. Projekt nie wyklucza ekonomicznych podstaw sprzeciwu ze strony Skarbu Państwa. Jako przykład można tu podać sytuację, gdzie w przypadku spółki świadczącej usługi użyteczności publicznej możliwy będzie sprzeciw Skarbu Państwa dotyczący uchwały o podziale spółki, jeśli uchwała ta związana jest *de facto* z restrukturyzacją podmiotu i niezbędną redukcją zatrudnienia. Biorąc za podstawę postanowienia Projektu nie można wykluczyć uznania za ważny interes państwa czy też ważny interes publiczny konieczności utrzymania określonego poziomu zatrudnienia²⁹². Takie uzasadnienie zastosowania złotej akcji będzie stanowić naruszenie prawa unijnego.

Zgodnie z postanowieniami projektu, MSP wydając sprzeciw, ma obowiązek uwzględnić założenia polityki Państwa w dziedzinach życia społecznego lub gospodarczego posiadających istotne znaczenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. Założenia polityki państwa w dziedzinach życia społecznego lub gospodarczego posiadających znaczenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego w odróżnieniu od poprzednich wersji projektu nie mają być precyzowane przez Radę Ministrów. Zaznaczyć należy, iż w Belgii podstawę sprzeciwu w dwóch określonych przedsiębiorstwach stanowią obowiązujące wytyczne państwa dotyczące polityki energetycznej kraju. To znacznie bardziej przejrzyste rozwiązanie stanowiło jedną z podstaw wyjątkowego uznania przez ETS zgodności rozwiązania belgijskiego z prawem unijnym.

Konkludując należy stwierdzić, iż złota akcja w zaproponowanym Projekcie kształcie jest rozwiązaniem nieproporcjonalnym w rozumieniu reguł przyjętych w orzecznictwie ETS, a co za tym idzie – jest sprzeczna z prawem unijnym, w szczególności zasadą swobody przepływu kapitału.

6. Zakończenie

Biorąc pod uwagę przytoczone powyżej argumenty, można stwierdzić, że zarówno konstytucyjność, jak i zgodność z prawem europejskim propozycji zawartych w Projekcie jest mocno wątpliwa. Na szczególną krytykę zasługuje naruszenie

²⁹² Jw.

zasady *pacta sunt servanda* oraz pośrednio *lex retro non agit*. W obecnej sytuacji można mieć nadzieję, że MSP nie uda się wprowadzić *tylnymi drzwiami* do polskiego porządku prawnego instytucji, która była mocno krytykowana przez Komisję Europejską, jak też w stosunku do której negatywne stanowisko zajął Sąd Najwyższy.

Monistyczny model ładu korporacyjnego w spółce europejskiej jako alternatywny system zarządzania i nadzoru w korporacji

1. Wprowadzenie

Uchwalając ustawę o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej, ustawodawca wprowadzi do polskiego prawa spółek monistyczny model ładu korporacyjnego. Niezależnie od powodzenia spółki europejskiej (*Societas Europea*)²⁹³ jako kolejnej formy organizacyjno-prawnej prowadzenia działalności gospodarczej system monistyczny ma w Polsce bardzo obiecujące perspektywy. Analizowana w niniejszym opracowaniu regulacja prawna stanowi bowiem, z uwagi na zapowiedź²⁹⁴ dalszego intensywnego rozwoju europejskiego prawa spółek, dopiero pierwszy krok na drodze do zmian w zakresie *corporate governance*. W Planie Działań dla Prawa Spółek (ang. *Action Plan for Company Law*) Komisja UE proponuje przeprowadzenie istotnych zmian w prawie spółek państw członkowskich w latach: 2003–2005 (tzw. krótkookresowe działania prawodawcze), 2006–2008 (tzw. działania średniookresowe) oraz po 2009 roku (tzw. działania długookresowe).

Zgodnie z zaleceniami Grupy Wintera Komisja postuluje, jako działanie średniookresowe, m.in. przyjęcie dyrektywy przyznającej spółkom publicznym swobodę wyboru pomiędzy systemem dualistycznym (zarząd i rada nadzorcza) oraz monistycznym (jeden organ zarządzająco-nadzorujący), tak jak przewiduje to obecnie rozporządzenie o statucie spółki europejskiej²⁹⁵. Jeśli dyrektywa ta zostanie przyjęta, co jest prawdopodobne w stopniu bardzo wysokim, w założonym czasie,

²⁹³ Szerz. o spółce europejskiej zob. np. J. Napierała, *Societas Europea*, „Przegląd Prawa Handlowego”, Nr 11/2002, s. 23 i nast. oraz K. Oplustil, A. Rachwał, Wprowadzenie europejskiej spółki akcyjnej do prawa polskiego, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, z. 3/2003, s. 649 i nast.

²⁹⁴ Zob. www.europa.eu.int/comm/interial_market/company/index_en.htm, gdzie opublikowano dokument dający się przetłumaczyć na język polski jako: Modernizacja prawa spółek oraz wzmocnienie ładu korporacyjnego w Unii Europejskiej-Plan Działań. Dokument ten, przedłożony Radzie i Parlamentowi UE w maju 2003 r., stanowi reakcję Komisji UE na postulaty zawarte w opublikowanym w listopadzie 2002 roku raporcie Wysokiej Grupy Ekspertów z Zakresu Prawa Spółek, tzw. Grupy Wintera.

²⁹⁵ Zob. szerz. K. Oplustil, P. Wiórek, Aktualne tendencje w europejskim prawie spółek – orzecznictwo ETS i planowane działania prawodawcze, „Przegląd Prawa Handlowego”, Nr 5/2004, s. 6–8.

tj. do 2008 roku, to wówczas pojawi się konieczność nowelizacji kodeksu spółek handlowych w zakresie regulacji spółki akcyjnej poprzez wprowadzenie, co najmniej dla spółek publicznych, możliwości wyboru modelu ładu korporacyjnego.

Ta rewolucyjna zmiana, która powinna nastąpić jeszcze w obecnej dekadzie, w znacznym stopniu ułatwi działalność gospodarczą prowadzoną w formie spółki akcyjnej. Nie chodzi tu, rzecz jasna o poszerzenie swobody (czy wolności) gospodarczej *sensu stricto*, ale zwiększenie elastyczności zarządzania w działalności gospodarczej korporacji, co można i należy widzieć jako element wpływający co najmniej pośrednio na zakres szeroko rozumianej wolności gospodarczej. Wprowadzany do polskiego prawa spółek monistyczny system ładu korporacyjnego, na razie wyłącznie dla spółki europejskiej, stanowi zatem pierwszy krok, a także swoisty *poligon doświadczalny* przed rozszerzeniem jego zastosowania względem krajowych spółek akcyjnych, którego to rozwiązania od wielu lat oczekują zagraniczni menedżerowie reprezentujący w Polsce inwestorów pochodzących z państw o systemie monistycznym.

2. Obowiązek polskiego ustawodawcy w zakresie wprowadzenia regulacji systemu monistycznego

Jakkolwiek art. 43 ust. 4 rozporządzenia o SE²⁹⁶ przyznaje ustawodawcy państwa członkowskiego jedynie kompetencję do stworzenia regulacji monistycznego systemu zarządzania i nadzoru, to art. 38 tego rozporządzenia, stwarzając promotorom SE możliwość decydowania w jej statucie o przyjętym systemie zarządzania i nadzoru (tj. o modelu dualistycznym albo monistycznym), ma charakter nadrzędny wobec prawa polskiego (zarówno Kodeksu spółek handlowych, jak i projektowanej ustawy). Wobec tego, jak również z uwagi na pogląd dominujący w państwach członkowskich UE, należało przyjąć, że art. 38 rozporządzenia o SE obejmuje, co prawda nie wyrażoną w rozporządzeniu *expressis verbis*, delegację zawierającą obowiązek dla polskiego ustawodawcy w zakresie wydania przepisów regulujących system monistyczny, nie występujący dotychczas w polskim prawie spółek²⁹⁷. W wykonaniu tej delegacji projekt ustawy²⁹⁸ zawiera w Dziale II, Rozdział 2 (art. 27–47) regulację monistycznego systemu ładu korporacyjnego.

²⁹⁶ Rozporządzenie Nr 2157/2001/WE dnia 8 października 2001 o statucie spółki europejskiej (SE) (Dz.Urz., WE L 294 z 10.11.2001).

²⁹⁷ W tej niewątpliwie dyskusyjnej kwestii zob. J. Sokołowski, Monistyczny system zarządu w Europejskiej Spółce Akcyjnej-wyzwanie dla polskiego ustawodawcy, „Prawo Spółek”, Nr 12/2003, s. 11 oraz s. 13–15.

²⁹⁸ Z dnia 31 sierpnia 2003 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej.

Propozycja projektu, poprzedzona gruntownymi badaniami prawno-porównawczymi (w szczególności systemu amerykańskiego²⁹⁹, francuskiego³⁰⁰ oraz szwajcarskiego³⁰¹), stanowi *novum* na gruncie polskiego prawa spółek, w szczególności – w zakresie tradycji terminologicznej.

3. Istota systemu monistycznego

Proponowaną w projekcie regulację systemu monistycznego, w odróżnieniu od systemu dualistycznego, charakteryzują następujące cechy:

- zastąpienie zarządu i rady nadzorczej przez jeden organ, zwany radą administrującą,
- kumulacja kompetencji zarządczych oraz nadzorczych z funkcjonalnym jedynie ich rozdziałem oraz możliwością delegacji kompetencji do prowadzenia spraw SE dyrektorowi (dyrektorom) wykonawczemu, nie będącemu członkiem rady administrującej SE,
- dopuszczalność łączenia funkcji członka rady administrującej i dyrektora wykonawczego oraz względnie obowiązujący zakaz jednoczesnego pełnienia funkcji przewodniczącego rady administrującej i generalnego dyrektora wykonawczego,
- możliwość wydawania dyrektorom wykonawczym przez radę administrującą wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw SE.

4. Rada administrująca

Ograniczony zakres normatywnej regulacji rady administrującej w projektowanej ustawie wiąże się po pierwsze, z zasadą bezpośredniego obowiązywania rozporządzeń Rady w państwach członkowskich oraz po drugie, z zawartym w art. 29 ust. 1 projektu odesłaniem do odpowiedniego stosowania do rady administrującej i jej członków przepisów KSH, a także innych ustaw o zarządzie i radzie nadzorczej oraz ich członkach (z zastrzeżeniem pierwszeństwa stosowania przepisów o zarządzie i jego członkach w przypadku wątpliwości) w zakresie nie unormowanym w projekcie. Z uwagi na moc wiążącą rozporządzenia o SE oraz związanym z tym zakazem powtarzania jego przepisów w prawie państwa człon-

²⁹⁹ Zob. np. W. A. Klein, J. M. Ramseyer, S. M. Bainbridge, *Business Associations-Agency, Partnerships, LLCs and Corporations*, New York, 2002, s. 99–103 oraz s. 183 i nast.

³⁰⁰ Zob. np. K. Oplustil, *Europejska spółka akcyjna. Teksty aktów prawnych z omówieniem*, Warszawa 2002, s. 96–97.

³⁰¹ Zob. np. B. Becchio, U. Wehinger, A. S. Farha, S. Siegel, *Swiss Company Law*, The Hague-London-Boston, 1996, s. 127 i nast.

kowskiego, w projekcie pominięto w szczególności regulację dotyczącą powoływania członków rady administrującej, ich kadencji oraz, częściowo, zasad podejmowania przez nią uchwał (art. 43 ust. 3, art. 46 oraz art. 50 ust. 1 i 2 rozporządzenia o SE). Odesłanie w projekcie do odpowiedniego stosowania przepisów odrębnych ustaw wyłączyło konieczność regulacji odwoływania członków rady administrującej, zakresu i sposobu reprezentowania przez nich SE, wyboru rady administrującej w drodze głosowania oddzielnymi grupami oraz zasad wynagradzania jej członków.

Poza przyznaniem radzie administrującej kompetencji do prowadzenia spraw i reprezentowania SE oraz stałego nadzoru nad jej działalnością, w projekcie zawarto, obowiązującą również na gruncie KSH (a wcześniej KH) w odniesieniu do zarządu spółki akcyjnej, jednakże nie wyrażoną *expressis verbis*, zasadę domniemanie kompetencji rady administrującej we wszystkich sprawach nie zastrzeżonych przez ustawę lub statut dla walnego zgromadzenia (art. 28 ust. 2). Wyrażona regulacja tej zasady charakteryzuje ustawodawstwa korporacyjne państw, w których występuje system monistyczny.

Przyznając radzie administrującej kompetencje we wszelkich sprawach nie przekazanych wyraźnymi postanowieniami ustawy lub statutu SE do kompetencji walnego zgromadzenia, projekt wprowadza dwa odrębne rozwiązania, stwarzające możliwość wykonywania niektórych kompetencji rady administrującej przez dyrektorów wykonawczych (art. 30) lub przez samych członków rady w wyłonionych z jej grona komitetach. Wspomniane rozwiązania „komitetowe” inspirowane były przez prawo amerykańskie (art. 32 ust. 3). Zasadnicze znaczenie ma w tym zakresie przepis art. 31 projektu, zawierający otwarty katalog koniecznych i wyłącznych kompetencji rady administrującej. Kompetencje w tym przedmiocie nie podlegają delegacji na rzecz dyrektorów wykonawczych, ani też przekazaniu komitetom rady administrującej.

W przedmiotowym zakresie zwracają uwagę następujące założenia projektu:

- 1) ograniczenie wyłącznych kompetencji rady administrującej w statucie jest dopuszczalne tylko w przypadkach, kiedy zezwala na to przepis projektu (art. 31 ust. 2 pkt 2). W przypadku dwóch kompetencji (do obniżenia kapitału zakładowego oraz umorzenia akcji własnych – art. 31 ust. 2 pkt 1) przysługują one radzie administrującej jedynie wówczas, gdy nie są zastrzeżone dla walnego zgromadzenia;
- 2) projekt zawiera definicję legalną terminu *delegacja kompetencji*, który oznacza *powierzenie prowadzenia spraw SE dyrektorowi wykonawczemu albo dyrektorom wykonawczym*. Konstrukcję delegacji kompetencji należy odróżnić od konstrukcji *przekazania kompetencji*: delegacja kompetencji, która może nastąpić wyłącznie na rzecz dyrektora wykonawczego i doty-

- czyć prowadzenia spraw SE, nie uszczupla kompetencji rady administrującej w zakresie prowadzenia spraw spółki ani też jej reprezentacji. „Przekazanie kompetencji” następuje natomiast na rzecz komitetów będących w istocie komitetami rady administrującej, składającymi się, co do zasady, wyłącznie z jej członków (art. 32 ust. 3). Przedmiotem „przekazania” mogą być również kompetencje wykraczające poza zakres prowadzenia spraw SE (w szczególności kompetencje w zakresie nadzoru i kontroli), a ich przekazanie uszczupli odpowiednio kompetencje rady administrującej;
- 3) w zakresie „delegacji kompetencji” dyrektorom wykonawczym projekt proponuje dopuszczalność jej statutowego wyłączenia, a także możliwość każdorazowej zmiany albo cofnięcia delegacji w drodze podjęcia uchwały przez radę administrującą, natomiast w zakresie „przekazania kompetencji” komitetom projekt dopuszcza tylko statutowe ograniczenie kompetencji podlegających przekazaniu;
 - 4) dopuszczając, co do zasady, możliwość łączenia funkcji członka rady administrującej i dyrektora wykonawczego (art. 40 ust. 3 zd. 1), projekt ogranicza tę zasadę (art. 32 ust. 3 zd. 2) wprowadzając zakaz łączenia funkcji w przypadku uczestniczenia w Komitecie Sprawującym Nadzór nad działalnością SE. Oznacza to, że członkiem takiego komitetu może być wyłącznie członek rady administrującej nie będący dyrektorem wykonawczym;
 - 5) wzorowana na prawie szwajcarskim możliwość statutowej „marginalizacji” roli komitetów poprzez postanowienie dopuszczające do uczestnictwa w nich również dyrektorów wykonawczych nie będących członkami rady administrującej, skutkuje ustawowym zawężeniem kompetencji komitetów wyłącznie do przygotowywania lub wykonywania uchwał rady administrującej (art. 32 ust. 4);

W odniesieniu do regulacji rady administrującej uwagę zwracają ponadto następujące propozycje:

- 1) projekt zakłada przyznanie kompetencji do żądania zwołania posiedzenia rady administrującej, obok członka rady administrującej, również dyrektorowi wykonawczemu (art. 34 ust. 1);
- 2) projekt przyznaje przewodniczącemu rady administrującej oraz dyrektorowi wykonawczemu odpowiedzialnemu za sprawy finansowe SE, nie występującą w kodeksowej regulacji rady nadzorczej spółki akcyjnej, kompetencję (stanowiącą jednocześnie obowiązek ustawowy) do zwołania posiedzenia rady administrującej, jeżeli bilans sporządzony przez radę administrującą wykaże stratę przewyższającą sumę kapitałów zapasowego i rezerwowych oraz jedną trzecią kapitału zakładowego (art. 34 ust. 3);

- 3) przepis art. 37 projektu przewiduje zakaz wydawania radzie administrującej przez walne zgromadzenie wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki;
- 4) projekt zakłada rozszerzenie ciężącego na członkach rady administrującej zakazu konkurencji na uczestnictwo w konkurencyjnej SE w charakterze dyrektora wykonawczego oraz akcjonariusza uprawnionego do powołania co najmniej jednego członka rady administrującej. Uchylenie tego zakazu należy do kompetencji walnego zgromadzenia.

5. Dyrektorzy wykonawczy

Projekt wprowadza do polskiego prawa spółek nową kategorię funkcjonariusza spółki (właściwego wyłącznie dla SE, w której statucie przyjęto system monistyczny), zwanego dyrektorem wykonawczym. Zważywszy na precyzyjne rozgraniczenie w prawie polskim pojęć *organ* i *członek organu* osoby prawnej należy podkreślić, że w przeciwieństwie do członków rady administrującej, którzy są członkami organu a kolegiálně tworzą ten organ, w projekcie zrealizowano założenie, że dyrektorzy wykonawczy nie są członkami organu osoby prawnej ani też kolegiálně nie tworzą takiego organu. Nie można ich jednocześnie zaliczyć do kategorii pełnomocników SE. Należy ich uznać za swoistych przedstawicieli spółki w ramach monistycznego systemu ładu korporacyjnego, co nakazuje przyznać im pozycję prawną odrębną od pozycji członka organu osoby prawnej oraz jej pełnomocnika.

W odróżnieniu od regulacji rady administrującej, której zakres w projekcie ograniczono z uwagi na treść rozporządzenia o SE oraz odesłanie zawarte w art. 29 ust. 1, unormowanie dotyczące dyrektorów wykonawczych ma charakter pełny i autonomiczny, co wiąże się z brakiem regulacji w tym zakresie zarówno w rozporządzeniu o SE, jak i w KSH.

Na uwagę zasługują ponadto następujące rozwiązania:

- 1) fakultatywny charakter dyrektorów wykonawczych oraz możliwość powołania jednego albo większej ich liczby (art. 40 ust. 1);
- 2) generalny dyrektor wykonawczy może posiadać status *primus inter pares* oraz kierować pracami dyrektorów wykonawczych (art. 40 ust. 4);
- 3) zasada każdorazowej odwołalności dyrektora wykonawczego przez radę administrującą bez możliwości statutowego ograniczenia tej odwołalności do ważnych powodów (art. 41 ust. 1);
- 4) możliwość wydawania dyrektorom wykonawczym przez radę administrującą wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw SE;

- 5) ograniczony ustawowo zakres reprezentacji SE przez dyrektorów wykonawczych nie będących członkami rady administrującej odpowiadający zakresowi spraw powierzonych do prowadzenia, z możliwością dalszego jego ograniczenia w statucie ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich (art. 43 ust. 1).