

Działalność nierejestrowana – uwagi na tle projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców

*Patrycja Dolniak**

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest analiza projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców w zakresie proponowanej regulacji wprowadzającej możliwość wykonywania działalności gospodarczej bez obowiązku jej uprzedniej rejestracji. Poniższe rozważania omawiają projektowaną regulację oraz zawierają krytyczną analizę jej potencjalnych skutków.

Słowa kluczowe: swoboda działalności gospodarczej, działalność nierejestrowana

1. Uwagi wstępne

Obowiązująca aktualnie ustawa o swobodzie działalności gospodarczej (dalej: u.s.d.g)¹, definiując działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły, ustanawia jednocześnie regułę, w myśl której przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku

* Doktor nauk prawnych, asesor sądowy w Sądzie Rejonowym Katowice-Wschód w Katowicach, Wydział VI Gospodarczy, asystent na Wydziale Zarządzania Sportem i Turystyką Akademii Wychowania Fizycznego im. Jerzego Kukuczki w Katowicach.

¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 2168 ze zm.

sku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (dalej: CEIDG) albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym (dalej: KRS). Definicja ta oraz obowiązek wpisu są, w myśl obowiązujących przepisów, tak samo aktualne co do działalności drobnej, przynoszącej niewielki przychód, jak i działalności wykonywanej na szeroką skalę i generującej wprost proporcjonalny przychód.

Powyższy stan rzeczy – w ocenie twórców Konstytucji Biznesu, zawierającej w swoim pakiecie projekt ustawy – Prawo przedsiębiorców² – nie zapewnia należytych ułatwień dla drobnej przedsiębiorczości, która – z uwagi na jej skalę – powinna móc być świadczona w oparciu o mniej sformalizowane reguły. Odpowiedzią na powyższy postulat ma być wprowadzenie działalności nierejestrowanej. Działalność ta, odpowiadając wszelkim warunkom uznania jej za działalność gospodarczą z punktu widzenia zarówno definicji działalności gospodarczej proponowanej przez twórców projektu, jak i aktualnie obowiązujących przepisów, z uwagi na niski poziom przychodów będzie mogła być wykonywana w zdecydowanie łatwiejszy sposób. Projektodawca proponuje bowiem rozwiązanie, w myśl którego działalność taka zostanie wyłączone z zakresu działalności gospodarczej, a co za tym idzie będzie mogła być wykonywana bez rejestracji.

Niniejszy artykuł analizuje zasadność proponowanej zmiany. W tym celu w jego pierwszej części zaprezentowane zostaną aktualnie obowiązujące przepisy charakteryzujące cechy pozwalające na uznanie danego rodzaju aktywności za działalność gospodarczą oraz regulacje związane z rejestracją takiej działalności. Charakterystyka ta ma za zadanie wykazać, że definicja działalności gospodarczej nie ulega zasadniczej zmianie. Aktualna pozostaje również zasada rejestracji działalności gospodarczej. Nowością jest jedynie wyodrębnienie z działalności gospodarczej działalności o dokładnie takim samym przedmiocie i charakterze tylko i wyłącznie w oparciu o kryterium uzyskiwanych przychodów. Przeprowadzona analiza proponowanego rozwiązania prowadzi do wniosku, że zmiana, której niewątpliwie przyświeca słuszna idea ułatwienia działalności drobnym przedsiębiorcom, nie została właściwie opracowana, a skutki wynikające z wdrożenia jej w życie mogą przynieść efekty odmienne od zamierzonych.

2. Wykonywanie działalności gospodarczej wedle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopaliny ze złóż, a także

² Projekt z 18.11.2016 r.

działalność zawodową³ wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2 u.s.d.g.). Aby uznać daną aktywność za działalność gospodarczą, konieczne jest zatem łączne zaistnienie trzech jej cech funkcjonalnych: zarobkowości, zorganizowania formalnego (czyli wyboru formy prawnej przedsiębiorczości) oraz ciągłości⁴. Zgodnie ze stanowiskiem SA w Szczecinie⁵ stwierdzenie, że w danym wypadku mamy do czynienia z działalnością gospodarczą, wymaga ustalenia kumulatywnego spełnienia następujących elementów: jej profesjonalnego charakteru, podporządkowania regułom opłacalności i zysku lub zasadzie racjonalnego gospodarowania, działania na własny rachunek, powtarzalności działań oraz uczestnictwa w obrocie gospodarczym⁶. Brak którejkolwiek z cech, o jakich mowa powyżej, oznaczają, że działalność nie stanowi działalności gospodarczej⁷.

Ustawodawca wymienia przy tym przykładowo rodzaje aktywności gospodarczej, to jest działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż⁸. Należy mieć przy tym na uwadze, że zarówno poszukiwanie, rozpoznanie i eksploatacja zasobów naturalnych, jak też działalność wytwórcza, budowlana, handlowa i usługowa jest działalnością gospodarczą tylko wtedy, gdy ma charakter zarobkowy, a jednocześnie odbywa się w sposób zorganizowany i ciągły⁹. Działalnością gospodarczą jest ponadto działalność zawodowa, oczywiście jeśli spełnia pozostałe warunki z definicji zawartej w art. 2 u.s.d.g.

Zarobkowy charakter działalności wiąże się z nastawieniem na osiąganie zysku¹⁰. Nie będzie działalnością gospodarczą zachowanie mające na celu jedynie zaspokajanie potrzeb własnych. Zarobkowy cel działalności gospodarczej będzie się zatem wiązał z jej odpłatnością¹¹. Zgodnie z rozważaniami WSA w Poznaniu¹² zarobkowy charakter danej działalności związany jest z celem jej wykonywania. Jeżeli zakłada się uzyskanie nadwyżki przychodów nad świadomie poniesionymi kosztami, to można przyjąć, iż został określony cel zarobkowy danej działalności. O zarobkowości działalności świadczyć może również udział podmiotu w obrocie gospodarczym i wykonywanie wielu czynności będących

³ Por. J. Jacyszyn, *Przedsiębiorca w regulacjach prawnych*, cz. I, EP 2015, Nr 4, s. 27.

⁴ Wyrok WSA w Poznaniu z 28.4.2009 r., III SA/Po 374/08, LEX nr 550514; wyrok NSA w Lublinie z 4.2.2000 r., I SA/Lu 1518/98, LEX nr 61020; por. również C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 16 i n., który szeroko omawia orzecznictwo w zakresie przyznania danemu rodzajowi aktywności charakteru działalności gospodarczej lub odmowy takiej kwalifikacji.

⁵ Postanowienie SA w Szczecinie z 7.8.2006 r., I ACz 441/06, LEX nr 279953.

⁶ Postanowienie SN z 19.10.1999 r., III CZ 112/99, OSNC 2000, Nr 4, s. 78.

⁷ Wyrok SA w Lublinie z 19.4.2016 r., III AUa 1126/15, LEX nr 2039632; wyrok NSA z 26.9.2008r., II FSK 789/07, LEX nr 495147.

⁸ Por. M. Sieradzka, [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, M. Sieradzka, M. Zdyb (red.), Warszawa 2013, s. 33; K. Kohutek, [w:] *Komentarz do ustawy z 2.7.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej*, LEX/el., 2005, teza 2 komentarza do art. 2 u.s.d.g.

⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 8.10.2004 r., II SA 3673/03, LEX nr 159913.

¹⁰ M. Bidziński, *Swoboda działalności gospodarczej*, EP 2012, Nr 11, s. 2.

¹¹ C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 30 i n.

¹² Wyrok WSA w Poznaniu z 28.4.2009 r., III SA/Po 374/08, LEX nr 550514.

konsekwencją tego udziału, takich jak formułowanie ofert, zawieranie umów handlowych, ustalanie cen czy wystawianie faktur. W rezultacie ich podejmowania realne jest bowiem osiągnięcie wpływów, których suma zapewni stosowny zarobek¹³.

W myśl ustawy o swobodzie działalności gospodarczej zarobkowy charakter działalności gospodarczej nie jest tożsamy z osiąganiem dochodów. Dla oceny, czy działalność należy zakwalifikować jako gospodarczą, nie ma znaczenia niewielka ilość transakcji, niski, a nawet zerowy dochód¹⁴. Również fakt odnoszenia strat, nawet w przeciągu dłuższego czasu, nie będzie odbierał działalności jej gospodarczego charakteru, jeśli podmiot ją wykonujący nadal będzie działał z wolą osiągnięcia z tego tytułu zysku, a podejmowana aktywność stanowi działalność, która obiektywnie może taki dochód przynosić¹⁵. Kryterium zarobkowości opiera się bowiem na celu działalności, a nie jej rezultacie¹⁶. W związku z powyższym działalność, która nie przynosi zysków lub przestaje je przynosić, nie przestaje być z tego tylko powodu działalnością gospodarczą.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego przyjęcie założenia, że konieczną cechą definiującą „działalność gospodarczą” jest jej dochodowość, prowadziłoby do całkowitej przypadkowości i zmienności kwalifikacji. Ten sam bowiem rodzaj działań musiałby być kwalifikowany jako „gospodarczy” lub „niegospodarczy” w zależności od podmiotu, okresu, lokalizacji geograficznej, koniunktury¹⁷. Decydującym kryterium staje się więc cel wykonywanej działalności¹⁸. Sąd Najwyższy w uchwale z 6.12.1991 r.¹⁹ zdefiniował działalność gospodarczą jako działalność, którą charakteryzują: zawodowy charakter, powtarzalność, dążenie albo do pełnego osiągnięcia zamierzonego celu (zasada największego efektu), albo do osiągnięcia celu w określonym stopniu przy użyciu jak najmniejszych środków (zasada oszczędności środków). Zawsze więc powinna być ona prowadzona racjonalnie, ale nie zawsze jej celem jest osiągnięcie zysku. Podobnie Najwyższy Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 15.9.2005 r.²⁰ wskazał, że cechami działalności gospodarczej są jej zawodowy (stały) charakter, związana z nią powtarzalność działań, podporządkowanie zasadzie racjonalnego gospodarowania oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Nie będzie

¹³ Na temat zarobkowości por. również uwagi G. Materny, [w:] *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Oficyna 2009, LEX/el., teza 2.1.2.2 do art. 2 u.s.d.g.

¹⁴ Wyrok SA w Poznaniu z 1.3.2016 r., III AUa 1142/15, LEX nr 2025565.

¹⁵ K. Kohutek, [w:] *op. cit.*, teza 3.2 komentarza do art. 2 u.s.d.g.

¹⁶ M. Eteł, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, LEX 2012, źródło: LEX, teza 1.3 do art. 2 u.s.d.g.; K. Borowicz, M. Kurzajewski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z komentarzem*, Warszawa 2005, s. 17-18; P. Wrześniewski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 21.

¹⁷ Uchwała SN z 30.11.1992 r., III CZP 134/92, OSNC 1993, Nr 5, s. 79.

¹⁸ Por. C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 30-31.

¹⁹ III CZP 117/91, OSNC 1992, Nr 5, s. 65.

²⁰ FSK 2643/04, LEX nr 153881.

miała natomiast charakter działalności gospodarczej działalność *non profit*²¹, działalność świadczona charytatywnie²².

Podsumowując powyższe, wskazać należy, że na gruncie obowiązujących przepisów dla ustalenia, że wykonywana działalność stanowi działalność gospodarczą, nieistotne jest, czy przynosi ona zysk, a tym bardziej w jakiej jest on wysokości. Ważne jest, aby podmiot ją świadczący działał z celem wygenerowania takiego zysku, a prowadzona działalność obiektywnie mogła prowadzić do jego uzyskania. Można również spotkać się z poglądami, w myśl których już racjonalne prowadzenie działalności, nawet przy przyjęciu, że nie zawsze jej celem jest osiągnięcie zysku, może prowadzić do uznania danej aktywności za działalność gospodarczą. Także więc drobne przedsięwzięcia, które nie angażują znacznych nakładów finansowych i nie przynoszą wysokiego przychodu, stanowią desygnaty pojęcia działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g. – jeżeli tylko osoby podejmujące te przedsięwzięcia działają z motywacją uzyskania dochodu i ponadto spełniają pozostałe przesłanki konstytutywne dla działalności gospodarczej²³.

Kolejną cechą definiującą działalność gospodarczą jest jej zorganizowany charakter. Działalnością gospodarczą nie będą więc czynności wykonywane w sposób przypadkowy, chociażby były odpłatne i przynosiły wykonującemu je zarobek²⁴. Wedle Sądu Apelacyjnego w Szczecinie stwierdzenie „prowadzi działalność” zakłada określony ciąg działań, a nie tylko pojedyncze czynności. Zgodnie z podglądem wyrażonym przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie²⁵ prowadzenie działalności gospodarczej polega tak na stworzeniu odpowiednich warunków do jej wykonywania, oczekiwaniu na zamówienie, jak i na faktycznym wykonywaniu zleconej pracy.

Przedsiębiorcą będzie więc tylko ten, kto wykonuje czynności powtarzalne i w taki sposób, że tworzą one pewną całość, a nie stanowią oderwanego świadczenia czy świadczeń określonych rzeczy lub usług²⁶. Chodzi w szczególności o czynności wykonywane w ramach pomocy sąsiedzkiej lub koleżeńskiej, bądź w ramach tzw. grzeczności, chociażby ich wykonanie było odpłatne. Zorganizowanie to zaplanowanie działalności tak pod względem prawnym, jak i faktycznym. Aspekt prawny będzie oznaczał, że podmiot wykonujący działalność podjął szereg formalnych czynności związanych np. z rejestracją działalności gospodarczej, zgłoszeniem do opodatkowania, uzyskaniem zezwoleń, licencji

²¹ Inaczej przypadek ten jest jednak oceniany przez TSUE, który w sprawie C-244/94 uznał podmiot prowadzący działalność *non profit* za przedsiębiorcę z punktu widzenia art. 85 Traktatu. Por. wyrok z 16.11.1995 r., LEX nr 116365.

²² M. Sieradzka, [w:] *op. cit.*, s. 32–33.

²³ K. Kohutek, [w:] *op. cit.*

²⁴ C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 32.

²⁵ Wyrok z 28.1.2009 r., VII SA/Wa 1374/08, LEX nr 489317.

²⁶ Postanowienie SA w Szczecinie z 7.8.2006 r., I ACz 441/06, LEX nr 279953.

czy koncesji. Materialny element zorganizowania to np. pozyskanie środków finansowych, zatrudnienie pracowników, wynajęcie lokalu²⁷. Andrzej Powałowski zorganizowanie łączy również z pojęciem przedsiębiorstwa z art. 55¹ KC, w myśl którego jest ono zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej²⁸.

Jak jednak wskazał Najwyższy Sąd Administracyjny w wyroku z 14.7.2005 r.²⁹, przesłanki zorganizowania nie należy rozumieć wyłącznie jako prowadzenia jej w formie jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej lub w formie osoby prawnej. Działalność gospodarcza może być wszakże prowadzona przez osobę fizyczną wykonującą osobiście wszystkie czynności.

Trzecią przesłanką jest ciągłość. Aby działalność mogła zostać uznana za gospodarczą, musi być podejmowana w stałym zamiarze jej wykonywania. Nie wyklucza to z założenia czynności wykonywanych sezonowo lub do czasu osiągnięcia postawionego sobie celu³⁰. Relewantne jest, czy w ramach takich sezonowych czynności istnieje zamiar powtarzalności określonych zachowań celem osiągnięcia dochodu³¹. Ciągłość może być bowiem odnoszona do sezonu bądź dla wykonania postawionego celu³². Jednakże dla uznania, że dana działalność stanowi działalność gospodarczą, konieczne jest ustalenie, że w jej ramach występują regularne, powtarzające się czynności³³. Działalność gospodarcza to zatem systematyczne stałe działania, charakteryzujące się pewnym ich natężeniem. Tylko taki zespół wielokrotnie powtarzanych czynności (nie zaś czynności sporadyczne, oderwane od siebie, niepowiązane ze sobą) można uznać za prowadzenie działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 u.s.d.g.³⁴.

Ciągłość nie powinna być jednak rozumiana jako nieustannie trwający proces, bowiem oznaczałoby to niemożność zawieszenia czy zaprzestania wykonywania działalności gospodarczej³⁵.

3. Zasada rejestracji działalności gospodarczej

Zgodnie z art. 14 ust. 1 u.s.d.g. przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do CEIDG albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w KRS. Wpisowi do ewidencji podlegają przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi (art. 14 ust. 2 u.s.d.g.).

²⁷ M. Etel, *op. cit.*, teza 1.5.

²⁸ A. Powałowski, [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*, A. Powałowski (red.), Warszawa 2007, s. 28.

²⁹ FSK 1971/04, LEX nr 173219.

³⁰ C. Kosikowski, *op. cit.*

³¹ K. Kohutek, [w:] *op. cit.*, teza 3.4 komentarza do art. 2 u.s.d.g.

³² A. Powałowski, [w:] *op. cit.*, s. 29.

³³ M. Sieradzka, [w:] *op. cit.*, s. 45.

³⁴ Wyrok NSA z 17.9.1997 r., II SA 1089/96, LEX nr 31312.

³⁵ Wyrok NSA z 14.7.2005 r., FSK 1971/04, LEX nr 173219.

Wpis co do zasady warunkuje możliwość zgodnego z prawem podjęcia działalności gospodarczej. Wyjątek od tej zasady przewiduje art. 14 ust. 4 u.s.d.g., zgodnie z którym spółka kapitałowa w organizacji może podjąć działalność gospodarczą przed uzyskaniem wpisu do rejestru przedsiębiorców. Wpis do rejestru będzie miał zatem charakter deklaratoryjny, ponieważ samo jego uzyskanie nie kreuje działalności gospodarczej. Z konstytutywnym charakterem wpisu będziemy mieć do czynienia w zakresie powstania osoby prawnej, której byt jest uzależniony od wpisu w KRS³⁶. Ten kreacyjny charakter należy jednak odnieść do samego powstania osoby prawnej. Oczywiście osobowość prawna, jaka jest konstruowana w oparciu o wpis w KRS, warunkuje prowadzenie działalności gospodarczej, jednakże nie można z tego faktu wywodzić, że sam wpis kreuje gospodarczy charakter działalności danego podmiotu³⁷.

Jak wynika z powyższego, zgłoszenie i wpis do właściwego rejestru stanowi tylko podstawę rozpoczęcia działalności gospodarczej w rozumieniu jej legalizacji, nie może być natomiast zdarzeniem utożsamianym z podjęciem takiej działalności³⁸. Z kolei samo istnienie wpisu w rejestrze nie przesądza jeszcze o faktycznym prowadzeniu działalności gospodarczej, choć niewątpliwie prowadzi do domniemania prawnego³⁹, że osoba, która nie zgłosiła zawiadomienia o zaprzestaniu wykonywania działalności gospodarczej, działalność taką prowadzi⁴⁰.

W orzecznictwie za wykonywanie działalności gospodarczej zostały uznane również czynności przygotowawcze zmierzające bezpośrednio i wprost do rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej, jeśli przedsiębiorca w wyniku tychże czynności podjął działania wchodzące w zakres działalności gospodarczej⁴¹.

4. Wykonywanie działalności gospodarczej oraz działalności nierejestrowanej wedle projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców

Artykuł 3 u.s.d.g. zawiera katalog zarobkowej aktywności, do której jej regulacje nie znajdują zastosowania⁴². Nie oznacza to wszelako, że działalność wymie-

³⁶ K. Kohutek, [w:] *op. cit.*, teza 6 komentarza do art. 14 u.s.d.g., który wskazuje na rozbieżności w doktrynie związane z oceną charakteru wpisu do KRS.

³⁷ Por. również K. Kohutek, [w:] *op. cit.*, teza 3 komentarza do art. 14 u.s.d.g.

³⁸ Wyroki SA: w Białymstoku z 1.3.2016 r., III AUa 961/15, LEX nr 2016291, w Gdańsku z 16.7.2015 r., III AUa 193/15, LEX nr 1781873; wyrok WSA w Gdańsku z 16.12.2010 r., III SA/Gd 556/10, LEX nr 756387.

³⁹ Wyrok SA w Szczecinie z 16.6.2015 r., III AUa 499/14, LEX nr 1814827.

⁴⁰ Wyrok SA w Białymstoku z 10.2.2016 r., III AUa 849/15, LEX nr 2015602.

⁴¹ Wyrok SA w Łodzi z 2.2.2016 r., III AUa 292/15, LEX nr 1983734.

⁴² Zgodnie z art. 3 u.s.d.g. ustawy nie stosuje się do działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego; wynajmowania przez rolników pokoi, sprzedaży posiłków domowych i świadczenia w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów; wyrobu wina przez producentów będących rolnikami wyrabiającymi mniej niż 100 hektolitrow wina w ciągu roku gospodarczego, o których mowa w art. 17 ust. 3 ustawy z 12.5.2011 r. o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina; działalności rolników w zakresie sprzedaży, o której mowa w art. 20 ust. 1c ustawy z 26.7. 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych.

niona w art. 3 u.s.d.g. nie jest działalnością gospodarczą, ale tylko, że do tego rodzaju działalności, z mocy decyzji ustawodawcy, nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Z tego punktu widzenia projekt Konstytucji Biznesu proponuje rewolucyjną wręcz nowość. Przewiduje on bowiem, że pewien rodzaj aktywności nie będzie stanowił działalności gospodarczej, jeżeli generowany przez nią przychód nie będzie przekraczał określonego w ustawie progu. Projektodawca nie zdecydował się zatem na wyłączenie stosowania przepisów ustawy do działalności o niskim przychodzie, ale poszedł o krok dalej. Przychód poniżej określonego progu oznaczać ma bowiem, według pomysłodawców zmian, że dana działalność w ogóle nie będzie działalnością gospodarczą, mimo że wszystkie jej cechy będą odpowiadały ustawowej definicji działalności gospodarczej.

4.1. Działalność gospodarcza według projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców

Projekt ustawy – Prawo przedsiębiorców nie wprowadza relewantnych zmian z punktu widzenia niniejszych uwag, jeśli chodzi o definicję działalności gospodarczej. Przewiduje on bowiem, że działalność gospodarcza to zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana samodzielnie w sposób zorganizowany i ciągły (art. projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców, dalej: projekt). Projektodawca nadal zatem określa działalność gospodarczą poprzez cechy zarobkowości, ciągłości i zorganizowanego charakteru. Wyeliminowany został jedynie katalog rodzajów aktywności, które działalność taką stanowią. Jak jednak wzmiankowano już wyżej, katalog ten nie miał charakteru zamkniętego, więc jego usunięcie nie prowadzi do jakościowych zmian w definicji działalności gospodarczej.

Projektodawca nie zrezygnował również z zasady rejestracji działalności gospodarczej, wprowadzając, analogicznie do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, obowiązek rejestracji w CEIDG, w przypadku działalności gospodarczej prowadzonej przez osoby fizyczne, albo KRS, w sytuacji, kiedy jest ona wykonywana przez pozostałe podmioty stosunków prawnych (art. 20 projektu). Utrzymana została również zasada, w myśl której spółka kapitałowa w organizacji może podjąć działalność gospodarczą przed wpisem do rejestru przedsiębiorców (art. 20 ust. 4 projektu).

Z powyższego wynika, że definicja działalności gospodarczej wedle Konstytucji Biznesu nie ulega zmianie z punktu widzenia cech ją charakteryzujących. Nadal będzie to zorganizowana działalność zarobkowa wykonywana w sposób ciągły. Projektodawca zrezygnował z wyliczenia potencjalnych przedmiotów działalności gospodarczej oraz wyraźnie zaznaczył, że musi to być działalność

wykonywana samodzielnie. Samodzielność wykonywania działalności gospodarczej co prawda aktualnie *expressis verbis* nie wynika z treści definicji działalności gospodarczej, jednakże zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie nie wzbudza wątpliwości, że aby działalności spełniającej pozostałe kryteria z art. 2 u.s.d.g. przyznać walor działalności gospodarczej, nie może być ona świadczona w imieniu innego podmiotu⁴³.

W związku z powyższym, dla określenia, jakiego rodzaju aktywność konstituuje działalność gospodarczą, aktualne pozostają wszystkie powyższe rozważania. Tożsamy pozostaje również charakter wpisu, który sam w sobie nie stuuje działalności gospodarczej⁴⁴, a stanowi jedynie jej legalizację.

4.2. Działalność o cechach działalności gospodarczej, która nie podlega wpisowi do rejestru

Nowość proponowana w Konstytucji Biznes, to zawarte w art. 5 ust. 1 wyłączenie działalności mającej charakter zarobkowy, wykonywanej w sposób zorganizowany, ciągły i samodzielnie, z katalogu działalności gospodarczej, jeśli tylko przynosi ona przychód poniżej wskazanego w ustawie progu. Nie jest to więc zmiana mająca na celu poszerzenie wyłączenia zawartego w art. 3 u.s.d.g.⁴⁵. W związku z powyższym przepisy regulujące działalność gospodarczą i do tej działalności się odnoszące nie znajdują zastosowania do działalności opisanej w art. 5 ust. 1 projektu nie dlatego, że zostały wyłączone, ale dlatego, że działalność, o jakiej mowa w art. 5 ust. 1, w zamyśle projektodawcy w ogóle działalnością gospodarczą nie jest.

Zgodnie bowiem z art. 5 ust. 1 projektu nie stanowi działalności gospodarczej działalność wykonywana przez osobę fizyczną, która nie jest ujawniona w CEIDG i jej przychód z tej działalności nie przekracza w żadnym miesiącu 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia, o którym mowa w ustawie z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę⁴⁶. Jednocześnie – skoro przedsiębiorcę definiuje się jako osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującą działalność gospodarczą, bądź wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 projektu) – to osoba fizyczna, której przychód w żadnym miesiącu nie przekracza z tytułu wy-

⁴³ Por. postanowienie SN z 19.10.1999 r., III CZ 112/99, OSNC 2000, Nr 4, s. 78, oraz uwagi poczynione w punkcie 2.

⁴⁴ Z zastrzeżeniem, że wpis do KRS jest konstytutywny dla powstania niektórych podmiotów, w związku z powyższym jego zaistnienie będzie warunkowało rozpoczęcie działalności gospodarczej w tym sensie, że dopóki nie został on dokonany, dopóty nie istnieje w sensie prawnym podmiot, który taką działalność miałby wykonywać. Por. również uwagi poczynione w punkcie 2.2.

⁴⁵ Czyli katalogu aktywności, które, spełniając warunki z art. 2 u.s.d.g., działalnością gospodarczą pozostają, a jedynie z mocy decyzji ustawodawcy zostały wyłączone z zakresu oddziaływania ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

⁴⁶ Aktualnie: 1000 zł (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 847).

konywanej działalności przytoczonego wyżej progu, nie będzie przedsiębiorcą. W myśl art. 5 ust. 1 projektu jej działalność nie jest bowiem działalnością gospodarczą.

Jak wynika z powyższego, jedynym kryterium, jakie różnicować ma tego rodzaju działalność od działalności gospodarczej, jest kryterium przychodu. Działalność opisana w projekcie to więc aktywność niczym nieróżniąca się od działalności gospodarczej pod względem cech ją konstytuujących. Kryterium zastosowane przez projektodawcę odnosi się jedynie do wysokości osiągniętych przychodów. Projekt zakłada, że działalność gospodarcza istnieje dopiero wtedy, kiedy przychód z niej uzyskiwany przekracza połowę najniższego miesięcznego wynagrodzenia. Pozostały zakres gospodarczej aktywności został wyłączony z katalogu form działalności gospodarczej. Projektodawca zastrzega przy tym przewidywany wyjątek jedynie do działalności świadczonej przez osoby fizyczne.

Jako uzasadnienie takiego założenia wskazana została chęć ułatwienia zarobkowania osobom, które podejmują aktywność gospodarczą, której cechy odpowiadają przesłankom działalności gospodarczej, ale czynią to na niewielką skalę lub w doraźny sposób. Jako przykłady takiego rodzaju aktywności projektodawca podaje sporadycznie udzielane korepetycje bądź drobny handel. Tyle uzasadnienie projektu. Trudno bowiem szukać w nim dalej idących argumentów za proponowaną zmianą, a tym bardziej jakiegokolwiek analizy skutków proponowanego wyłączenia. Projektodawca, konkludując, że stanowi ona emanację założenia o ułatwieniu życia osobom podejmującym działalność z zakresu działalności gospodarczej, w żadnym miejscu nie pochyliła się bowiem nad problemami, które mogą być następstwami proponowanej ustawy.

5. Przewidywane konsekwencje wprowadzenia działalności nierejestrowanej

Niewątpliwie art. 5 ustawy – Prawo przedsiębiorców wpisuje się w deklarowaną zasadę „co nie jest zabronione, jest dozwolone” i poszerza zakres wolności gospodarczej jednostki. Wprowadza bowiem właściwie nieskrępowaną możliwość podejmowania aktywności przynoszącej przychód w określonych granicach przy maksymalnym uproszczeniu procedur związanych z jej podjęciem i wykonywaniem. Niewątpliwie godna pochwały idea została niestety zaproponowana w formie budzącej spore wątpliwości.

Aby to unaocznić, posłużmy się prostym przykładem. Nawiązując do samego uzasadnienia, można sobie wyobrazić sytuację, w której student filologii angielskiej, chcąc sobie „dorobić” do stypendium, będzie mógł, bez konieczności

rejestracji swojej działalności, udzielać korepetycji z angielskiego. Ułatwienie proponowane przez projektodawcę będzie odnosiło się tak do studenta, który udziela korepetycji w miejscu i czasie uzależnionym od potrzeb aktualnego odbiorcy, jak i studenta, który co tydzień, o określonych porach spotyka się ze swoimi uczniami w z góry ustalonym miejscu oraz zaopatrzył się w niezbędne pomoce naukowe, które pozwalają mu efektywnie prowadzić korepetycje. Jeden i drugi może bowiem osiągać z tego tytułu podobne przychody, a treść art. 5 ust. 1 projektu w żaden sposób nie różnicuje sytuacji w zależności od stopnia zorganizowania oraz powtarzalności podejmowanych czynności. Nie jest też istotny rodzaj prowadzonej aktywności gospodarczej – zarówno ta wymagająca infrastruktury, narządzi i większego zaangażowania, jak i ta, której wykonywanie nie wymaga czynienia właściwie żadnych przygotowań, jeśli tylko będą generowały niższy niż ustalony przez projektodawcę przychód, poddane zostaną tej samej deregulacji.

Pojawia się tu pytanie, czy tak naprawdę o to chodziło projektodawcy? Jak można się bowiem domyślać z lakonicznego uzasadnienia Konstytucji Biznesu, regulacja art. 5 ust. 1 Prawa przedsiębiorców ma na celu ułatwienie życia osobom, które sporadycznie wykonują aktywność dotychczas kwalifikowaną jako gospodarczą. Abstrahując od pytania, czy regulacja taka jest w ogóle potrzebna, bo skoro działalność jest sporadyczna, to nie spełnia warunku ciągłości i już z tego tytułu mogłaby być wyłączona z zakresu działalności gospodarczej, rozważyć należy, czy przepis w proponowanym kształcie faktycznie jest zdolny zrealizować założony cel. Jak wskazano powyżej, z jego treści niekoniecznie płynie wniosek, że dotyczyć on będzie drobnej, w niewielkim zakresie zorganizowanej działalności, ale po prostu działalności generującej niewielki przychód. Jest to bowiem jedyne kryterium będące podstawą wyróżnienia tego rodzaju aktywności.

Działalność gospodarcza cechuje się przy tym pewnym rodzajem nieprzewidywalności. O ile jeszcze student udzielający korepetycji jest w stanie mniej więcej oszacować swój miesięczny przychód, układając grafik zajęć, to już trudniej o taką prognozę osobie, która, znów posiłkując się przykładem z uzasadnienia projektu, sprzedaje artykuły spożywcze w ramach drobnego handlu. Nie jest ona bowiem w stanie przewidzieć, ile dokładnie produktów sprzeda, a co za tym idzie – jaki osiągnie przychód. Prowadzić może to do tego, że jednego miesiąca przekroczy próg przewidziany w art. 5 ust. 1, a innego nie. Oznaczać to będzie, że w miesiącu, w którym nie doszło do uzyskania wyższych niż przewidziane we wzmiankowanym przepisie przychodów, wykonywana działalność nie była działalnością gospodarczą, natomiast w miesiącu, w którym był większy popyt na oferowane produkty, okazuje się, że osoba je sprzedająca staje się nagle przedsiębiorcą, a jej aktywność zarobkowa – działalnością gospodarczą.

Trudno przyjąć tezę, że taka sytuacja stwarza po stronie podmiotów podlegających regulacji art. 5 ust. 1 pewność prawa.

Nie można również tracić z pola widzenia art. 20 ust. 1–2 projektu. Utrzymuje on bowiem zasadę rejestracji działalności gospodarczej. Analogicznie do aktualnie obowiązującej regulacji przewiduje on, że działalność gospodarczą można podjąć w dniu złożenia wniosku o wpis do CEIDG albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w KRS (art. 20 ust. 1 projektu), przy czym CEIDG jest rejestrem przedsiębiorców będących osobami fizycznymi (art. 20 ust. 2 projektu). Wpis w odpowiednim rejestrze nadal zatem legalizuje wykonywanie działalności gospodarczej i powinien wyprzedzać jej rozpoczęcie. W związku z powyższym tym wyraźniej jawi się pytanie, co w sytuacji, kiedy przykładowy drobny sprzedawca co do zasady uzyskuje przychód nieprzekraczający 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia, ale w pewnym momencie osiąga przychód nieznacznie powyżej tej granicy? Zgodnie z definicją z art. 5 ust. 1 projektu przychód z takiej działalności nie może przekraczać „w żadnym miesiącu 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia”. W związku z powyższym uznać należy, że jeśli w choć jednym miesiącu do takiego przekroczenia dojdzie, to wyłącza to automatycznie możliwość zastosowania art. 5 ust. 1 projektu. Obowiązek rejestracji wyprzedza natomiast moment, od którego wykonywanie działalności gospodarczej można rozpocząć. W konsekwencji stwierdzić należy, że jeśli chociażby przez przypadek i zupełnie nieświadomie dojdzie do przekroczenia progu przewidzianego w art. 5 ust. 1 projektu, to mamy do czynienia z nielegalnie wykonywaną działalnością gospodarczą, bowiem przedsiębiorca ją świadczący czynił to bez wpisu w odpowiednim rejestrze.

Kolejna wątpliwość wiąże się ze sformułowaniem „w żadnym miesiącu”. Treść proponowanej regulacji nie odpowiada bowiem na pytanie, czy przekroczenie progu w jednym miesiącu oznaczać będzie, że tylko w tym miesiącu wykonywana była działalność gospodarcza, czy też nie oznacza to czasami, że cała działalność, poczynając od początku jej wykonywania, nie uzyskuje w taki sposób przymiotu działalności gospodarczej.

Oceny tej nie zmienia ust. 2 omawianego artykułu, który przewiduje, że osoba wskazana w ust. 1 ma prawo złożenia wniosku o wpis do CEIDG. Ponownie bowiem podkreślić należy, że wpis powinien poprzedzać rozpoczęcie wykonywania działalności gospodarczej. Działalność taka może być bowiem podjęta przez osobą fizyczną najwcześniej w dniu złożenia wniosku o wpis (art. 20 ust. 1 projektu). Trudno więc uznać, że jeśli osoba wykonująca czynności z zakresu nierejestrowanej działalności zorientuje się, że doszło w ubiegłym miesiącu do przekroczenia kryterium miesięcznego przychodu, może złożyć wniosek o wpis w CEIDG, który będzie sanował jej dotychczasowe działania i niejako retrospektywnie uznawał jej aktywność za działalność gospodarczą.

Proponowana regulacja budzi ponadto poważne wątpliwości z punktu widzenia możliwości kontroli podmiotu wykonującego działalność, o jakiej mowa w art. 5 Prawa przedsiębiorców. Zauważyć bowiem wypada, że ustalenia, czy działalność taka podpada pod wyłączenie przewidziane w projekcie, dokonywałby sam podmiot wykonujący działalność o cechach działalności gospodarczej. Skoro działalność taka nie byłaby nigdzie zarejestrowana, to nasuwa się pytanie, skąd organy administracji publicznej mogłyby na jej temat uzyskać wiedzę. Rodzi to więc pole do nadużyć poprzez wykonywanie działalności o wszelkich cechach działalności gospodarczej z ominięciem przepisów o jej rejestracji przy powołaniu się na art. 5 projektu. Przy takim sposobie działania możliwość pozyskania wiedzy przez organy administracji publicznej o wykonywaniu działalności z zakresu działalności gospodarczej, a co za tym idzie weryfikacja, czy przychód z tej działalności przekracza przewidziany limit czy też tego limitu nie przekracza, może okazać się znacznie utrudniona, o ile nie iluzoryczna.

Powyższe sugeruje również wątpliwości w zakresie ewidencjonowania uzyskiwanego przychodu pod kątem opodatkowania. I znowu – brak informacji w rejestrze o wykonywanej działalności w zdecydowany sposób utrudniać będzie jakąkolwiek kontrolę w tym zakresie i eliminację nieuczciwych zachowań.

Skoro o kontroli mowa, nie sposób zapomnieć o jakości oferowanych towarów. O ile w przypadku udzielania korepetycji ryzyko jest mniejsze, to problem może pojawić się np. przy drobnej sprzedaży artykułów żywnościowych. Nie budzi bowiem wątpliwości, że artykuły te powinny odpowiadać wymogom z punktu widzenia ich jakości, czystości czy też standardów produkcji. Wymaga tego bowiem ochrona zdrowia ich nabywców. Eliminacja drobnej sprzedaży z zakresu działalności gospodarczej i wyłączenie z obowiązku jej rejestracji mogą prowadzić do iluzorycznej kontroli w zakresie jakości oferowanych produktów. Tu również pojawia się wątpliwość: skoro bowiem organy administracji publicznej nie będą miały wiedzy, że dana działalność jest wykonywana, to w jaki sposób mogą wdrożyć kontrolę jakości oferowanych produktów?

Pojawia się również pytanie, co w zakresie działalności gospodarczej, której wykonywanie aktualnie wymaga nie tylko wpisu do CEIDG, ale np. uzyskania koncesji, zezwolenia czy też wpisu do rejestru działalności regulowanej? Projekt ustawy nadal bowiem przewiduje możliwość reglamentacji działalności gospodarczej i utrzymanie działalności gospodarczej, której wykonywanie wymaga uzyskania koncesji (art. 37–39 projektu), zezwolenia (art. 40–41 projektu) bądź wpisu do rejestru działalności regulowanej przy spełnieniu warunków, jakim ta działalność musi odpowiadać (art. 42 projektu). Treść rozdziału 4, w którym pro-

jektodawca konsekwentnie postępuje się określeniem „działalność gospodarcza” i który już w swoim tytule mówi o reglamentacji „działalności gospodarczej”, wskazuje, że jeśli ustawa wymaga uzyskania koncesji, zezwolenia czy też wpisu do rejestru działalności regulowanej, to oznacza to, że mamy do czynienia z działalnością gospodarczą. Co jednakże w sytuacji, kiedy przychód z takiej działalności będzie tak niewielki, że nie przekracza progu 50% minimalnego miesięcznego wynagrodzenia? Trudno byłoby przyjąć, że w takiej sytuacji aktualizuje się art. 5 ust. 1 projektu. Nie sposób bowiem, wobec treści rozdziału 4, uznać, że działalność taka nie podlegałaby wpisowi do CEIDG, nie byłaby działalnością gospodarczą, ale jednocześnie wymagałaby np. uzyskania zezwolenia. Jest to jednak tylko wniosek wyprowadzany z założenia o racjonalności ustawodawcy. Sam projekt ustawy bowiem w żadnym zakresie nie odnosi się do takiej sytuacji. Artykuł 5 ust. 1 nie różnicuje bowiem w jakikolwiek sposób rodzajów działalności gospodarczej ze względu na jej reglamentację, a więc wagę dla interesów państwa czy też interes publiczny. Odczytując zatem *expressis verbis* treść projektowanej zmiany, można dojść do wniosku, że dotyczy on również przypadków działalności, które do tej pory uznawane były za reglamentowaną działalność gospodarczą.

Na koniec wskazać należy również, że projekt ustawy nie zawiera przepisu regulującego stosunek proponowanego aktu prawnego do ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Zawiera on bowiem jeden przepis końcowy, regulujący termin jej wejścia w życie. Treść proponowanej regulacji sugeruje, że zastępowałaby ona przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Niemniej wskazane jest, aby w przypadku uchwalenia projektu, zawierał on wyraźny przepis końcowy rozstrzygający o losach aktualnie obowiązujących norm prawnych regulujących wykonywanie działalności gospodarczej.

6. Wnioski końcowe

Analiza projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców w zakresie zmiany proponowanej w art. 5 nasuwa szereg wątpliwości. Niewątpliwie godne pochwały jest dążenie do uproszczenia procedur związanych z zakładaniem i wykonywaniem działalności gospodarczej. Szczególne znaczenie ma to dla działalności drobnej, która niejednokrotnie jest dla wykonującego ją podmiotu dodatkowym źródłem utrzymania, w związku z czym uciążliwość procedury w zakresie jej podejmowania i świadczenia może prowadzić do zaniechania jej wykonywania. Proponowane zmiany mogą jednakże prowadzić do wielu komplikacji i miast uprościć, utrudnią życie drobnym przedsiębiorcom.

Zastrzeżenia te wiążą się przede wszystkim z konsekwencjami przekroczenia proponowanego progu miesięcznego przychodu. Sytuacja taka będzie

oznaczała, że wykonywana działalność automatycznie uzyskuje walor działalności gospodarczej. Utrzymano jednocześnie obowiązek rejestracji działalności gospodarczej przez osoby fizyczne w CEIDG oraz zasadę, że działalność ta może być podjęta najwcześniej w dniu złożenia wniosku o wpis. Co prawda wpis stanowi jedynie legalizację działalności gospodarczej i nie ma charakteru konstytutywnego, jednakże w demokratycznym państwie prawa niedopuszczalne jest założenie, w myśl którego ustawodawca sam dopuszcza sytuację, kiedy jednostka będzie niejako zmuszona nie dopełnić ustawowego obowiązku. Wobec treści przepisu nie jest również jednoznaczne, od którego momentu będziemy mieli do czynienia z działalnością gospodarczą. Sformułowanie „w żadnym miesiącu” nasuwa wątpliwości, czy przekroczenie w jednym z kolejnych miesięcy progu przychodu oznaczać będzie, że działalność gospodarcza „powstaje” dopiero z tym miesiącem, czy też istniała już od pierwszego dnia, w którym podjęto aktywność odpowiadającą cechom wskazanym w art. 3 projektu.

Dalsze obawy wzbudza ewentualna kontrola uzyskiwanego przychodu. Skoro działalność kwalifikowana na podstawie art. 5 ust. 1 projektu nie będzie nigdzie rejestrowana, to organy administracji publicznej będą mieć dalece ograniczoną możliwość nie tylko powzięcia wiadomości o jej wykonywaniu, ale też ustalenia faktycznie uzyskiwanego przychodu. Powyższe może powodować tendencję do nierejestrowania działalności, mimo że faktycznie uzyskiwane przychody przekraczają ustawowy próg.

Mniejszy zakres wiedzy ze strony państwa w zakresie podejmowanej aktywności wiązać się będzie z mniejszym zakresem nad nią kontroli. Chroniąc przedsiębiorczość, nie można zapominać o słusznych interesach nabywców, które przejawiają się chociażby w należyтым nadzorze państwa nad jakością sprzedawanych towarów. Problem nabiera szczególnej doniosłości w zakresie towarów żywnościowych.

Pojawia się również pytanie o stosunek projektowanej zmiany do przepisów o reglamentacji działalności gospodarczej. Projektodawca nie reguluje bowiem wzajemnej relacji między art. 5 ust. 1 a przepisami rozdziału 4 projektu. Rodzi to więc wątpliwość w zakresie możliwości zastosowania wyjątku z art. 5 ust. 1 do działalności gospodarczej, której wykonywanie wymaga uzyskania koncesji, zezwolenia czy też wpisu w rejestrze działalności gospodarczej.

Unregistered business activity: comments against the background of the draft Law on Entrepreneurs

Summary

The aim of this article is to give an analysis of the draft Law on Entrepreneurs to the extent of the regulation that permits pursuing business activity without the obligation to register it. The article describes the proposed regulation and critically analyses its potential effects.

Keywords: freedom of establishment, unregistered business activity