

Opinia na temat poselskiego projektu ustawy Prawo działalności gospodarczej (Druk Sejmowy nr 608)

Uwaga wstępna

Omawiany projekt jest w znacznej mierze powtórzeniem jednej z wcześniejszych wersji projektu ustawy noszącego taki sam tytuł, a przygotowanego w Ministerstwie Gospodarki. Również uzasadnienie niemal dokładnie pokrywa się z uzasadnieniem projektu ministerialnego. Kolejne wersje projektu ustawy przygotowanego w Ministerstwie Gospodarki zostały kilkakrotnie krytycznie zaopiniowane przez Radę Legislacyjną (ostatnio dotyczyło to projektu z 2 września 1998 r.)

Powyższa informacja wydaje się istotna: należy się spodziewać, że prace w Sejmie nad kilkoma projektami ustaw dotyczącymi tej samej materii zostaną połączone i warto już teraz sobie uświadamiać fakt istnienia kilku zbliżonych projektów, mających podobne wady i zalety.

Ogólne założenia projektu

1. Projekt przewiduje uchwalenie ustawy, która miałaby mieć charakter *lex generalis* w zakresie publicznoprawnej problematyki dopuszczania do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców. W związku z tym przewiduje się w art. 87 uchylenie ustawy z 1988 r. o działalności gospodarczej (dalej cytowanej jako: udg), z wyjątkiem przepisów dotyczących ewidencji działalności gospodarczej a ponadto ustawy z 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym i, co ma już znacznie mniejsze znaczenie: dekretu z 1951 r. o targach i targowiskach.

2. Projekt zawiera pewne nowe interesujące rozwiązania, np. dotyczące przedstawicielstw i oddziałów.

Równocześnie jednak projekt przewiduje pewne rozwiązania dyskusyjne lub wręcz i nieudane. Dotyczy to m.zd. przepisów dotyczących:

- zakresu stosowania projektowanej ustawy i jej stosunku do ustaw szczególnych;
- samorządu gospodarczego;
- małych i średnich przedsiębiorstw;
- koncesjonowania i wydawania zezwoleń.

Uwagi szczegółowe

Art. 1 jest ogólnikową deklaracją pozbawioną waloru normatywnego. Ponadto znalazł się tam potworek językowy: “w ramach spójnego pakietu przepisów regulujących sprawy własności, rynku i podatków”.

Art. 2 ust. 2. Autorzy projektu wracają do poprzedniej koncepcji zakresu podmiotowego pojęcia “przedsiębiorcy” (dawniej: podmiotu gospodarczego) z okresu przed uchwaleniem ustawy z 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym. Mianowicie, w projekcie przewiduje się, że przedsiębiorcą miałyby być w dalszym ciągu, analogicznie do obecnie obowiązujących przepisów udg., obok osoby fizycznej i osoby prawnej, także “nie posiadająca osobowości prawnej jednostka organizacyjna prowadząca działalność gospodarczą”. W praktyce chodzi tutaj

o spółki cywilne, które, z dniem wejścia w życie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, tj. 1 I 2001 r. mają utracić status przedsiębiorców.

Zagadnienie to jest, jak wiadomo sporne, i powinno być przedmiotem dalszej dyskusji merytorycznej. W tym miejscu należy jedynie odnotować zamiar wprowadzenia omawianej zmiany i postawić pytanie, czy miałyby to oznaczać rezygnację z wprowadzenia w życie przepisu pozbawiającego spółki cywilne statusu przedsiębiorcy z dniem 1 I 2001 r. Jeżeli odpowiedź miałaby być pozytywna, niezbędne jest zharmonizowanie projektowanej ustawy z innymi ustawami, w tym zwłaszcza z ustawą o Krajowym Rejestrze Sądowym. Niezależnie od tej kwestii aktualny pozostaje postulat zapewnienia efektywnego stosowania obowiązujących przepisów kodeksu handlowego lub ich zmodyfikowanie, po to, aby umożliwić odgraniczenie "zwykłej" spółki cywilnej od spółki jawnej, prowadzącej działalność gospodarczą "w większym rozmiarze", z czym wiąże się obowiązek wspólników zgłoszenia spółki do rejestru handlowego.

Art. 3 ust. 1 i 2 określają od strony negatywnej zakres stosowania projektowanej ustawy. Analogicznego przepisu nie ma w udg. Zagadnienia te zasługują na kilka uwag:

Art. 3 ust. 1 przewiduje w ośmiu punktach wyłączenie spod działania projektowanej ustawy wykonywania pewnych zawodów, które można zaliczyć do zawodów wolnych. Takie rozwiązanie jest przekonujące. Nie jest jednak jasne, jak miałyby być interpretowane omawiany przepis. Czy wyłączeniu miałyby podlegać działalność przedsiębiorców będących osobami fizycznymi (tak wyraźnie w podpunkcie 8, a pośrednio wynika to też w odniesieniu do niektórych innych podpunktów)? Tylko o osobach fizycznych można bowiem sensownie mówić, że "wykonują zawód". Czy też (a byłaby to druga możliwość) chodzi o działalność wszelkich przedsiębiorców – także spółek cywilnych i osób prawnych w zakresie przedmiotowym określonym w art. 3 ust. 1? Sprawa powinna zostać wyjaśniona, a omawiany przepis odpowiednio preredagowany.

Art. 3 ust. 2 przewiduje wyłączenie spod działania przepisów projektowanej ustawy działalności produkcyjnej w rolnictwie, itd. Podobny przepis znajdował się w przedwojennym Prawie przemysłowym, a także występuje w ustawodawstwie niektórych innych państw, np., w Niemczech. Sprawą do dyskusji może być to, czy wyłączenie w tym przepisie wymienionych rodzajów działalności nie sięga zbyt daleko.

Ogólnie rzecz biorąc wydaje się, że zakres wyłączeń spod działania projektowanej ustawy sformułowany w art. 3, jest niepełny. Powstaje np. problem stosowania projektowanej ustawy do pewnych rodzajów działalności, które mieszczą się w ogólnych ramach art. 2 ust. 1, ale są obecnie całkowicie i szczegółowo normowane odrębnymi ustawami. Czy do tych rodzajów działalności miałyby znajdować zastosowanie projektowana ustawa? Chodzi tu np. o prowadzenie niepublicznych szkół wyższych, prowadzenie działalności bankowej, prowadzenie działalności ubezpieczeniowej, prowadzenie działalności w zakresie radiofonii i telewizji, albo prowadzenie domów maklerskich.

Projektodawcy nie odnoszą się w art. 3, ani w żadnym innym przepisie, do pewnych rodzajów działalności, które obecnie, na mocy wyraźnych przepisów ustaw szczególnych, są wyłączone spod przepisów udg. Powstaje więc pytanie, czy takie wyłączenie miałyby także obowiązywać pod rządami projektowanej ustawy, czy też przeciwnie, zamiarem projektodawców jest poddanie pewnych rodzajów działalności ogólnemu reżimowi prowadzenia działalności gospodarczej? Chodzi tu w szczególności o działalność zakładów opieki zdrowotnej,

działalność oświatową obejmującą prowadzenie szkoły lub placówki oświatowej, prowadzenie domów opieki społecznej oraz działalność kulturalną instytucji kultury.

Art. 3 ust. 3 określa stosunek przepisów projektowanej ustawy do przepisów ustaw odrębnych. Wynika z niego, że ustawy odrębne miałyby jedynie znaczenie subsydiarne ("w zakresie nie uregulowanym ustawą"). Innymi słowy, wyłączone byłaby stosowanie zasady *lex specialis derogat legi generali*. Należy jednak rozważyć praktyczne skutki takiego rozwiązania. Wydaje się, że przepisy projektowanej ustawy są zbyt ogólne, aby pasować do wszystkich, bardzo zróżnicowanych sytuacji dotyczących poszczególnych rodzajów działalności gospodarczej, regulowanych w ustawach szczególnych. Dotyczy to zwłaszcza przepisów licznych ustaw szczególnych normujących udzielanie koncesji i zezwoleń. W projektowanej ustawie zostały unormowane takie kwestie jak: zawartość wniosku o udzielenie koncesji i zezwoleń (art. 14 i art. 20), przesłanki odmowy udzielenia koncesji (art. 16), przesłanki wydania zezwolenia, a pośrednio – także odmowy (art. 26), przesłanki cofania koncesji (art. 21) oraz zezwoleń (art. 28 w zw. z art. 21), zasady sprawowania kontroli (art. 20 i 28). Zagadnienia te są obecnie regulowane w ustawach szczególnych w odniesieniu do poszczególnych koncesji lub zezwoleń. Przepisy ustaw szczególnych powinny wobec tego zostać przejrzone i ewentualnie zmienione. Art. 9 normuje warunki podejmowania i prowadzenia działalności przez obywateli państw obcych. Przepis ten został sformułowany wariantowo. Przy wyborze właściwego rozwiązania należałoby się kierować przede wszystkim zobowiązaniami przyjętymi przez Polskę w umowach międzynarodowych, a zwłaszcza w Układzie Europejskim z 1991 r (art. 44 i nast. UE), a także potrzebą dostosowania przepisów polskich do standardów prawa Wspólnoty Europejskiej, w perspektywie przyszłego członkostwa w Unii Europejskiej (art. 52 i nast. Traktatu WE).

Art. 10 przewiduje objęcie koncesjonowaniem działalności gospodarczej w czterech dziedzinach. W porównaniu z obecnym art. 11 udg, poddającym koncesjonowaniu 27 rodzajów działalności gospodarczej, jest to zmiana rewolucyjna, przynajmniej formalnie.

Na tym tle nasuwają się jednak następujące uwagi:

Niektóre koncesje proponuje się zastąpić zezwoleniami, jest to więc raczej zmiana terminologiczna (por. art. 67, 70, 74 projektu);

Koncesje w niektórych dziedzinach miałyby być zniesione, a działalność gospodarcza mogłaby być w tych dziedzinach podejmowana w sposób wolny. Dotyczy to dziedzin objętych obecnym art. 11 udg, a wymienionych w art. 86 ust. 2 projektu.

Powstaje pytanie o los dziedzin obecnie koncesjonowanych, które nie zostały wymienione ani w art. 10, ani w art. 86 ust. 2, ani w art. 67, 70 lub 74 projektu. Zasadniczo, stosownie do art. 86 ust. 1 należałoby przyjąć że działalność taka może być prowadzona bez koncesji. Sprawa nie jest jednak jasna, ponieważ art. 86 ust. 1 odsyła do ust. 3, którego w projekcie nie ma !

Idea ograniczenia liczby koncesji i rozszerzenia w ten sposób zakresu wolności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji RP) zasługuje na uznanie. Jednakże znoszenie koncesji (dotyczy to także zezwoleń) wymaga uzasadnienia, tak samo jak ich wprowadzenie. Należy rozważyć, czy interes publiczny i interes osób trzecich, np. konsumentów nie dozna uszczerbku wskutek pochopnego dopuszczenia do prowadzenia danej działalności poza zakresem bezpośredniego oddziaływania władzy publicznej. Przy "ryczałtowym" znoszeniu koncesji i zezwoleń powstaje niebezpieczeństwo popełnienia błędów, które będą następnie naprawiane poprzez przywrócenie koncesjonowania, z niewątpliwą szkodą dla autorytetu ustawodawcy.

Uzupełnieniem uwag do art. 10 są uwagi do rozdziału 4 projektu (art. 24 i nast.)

Art. 15 dotyczy sytuacji, kiedy o koncesje ubiega się większa liczba przedsiębiorców, niż wynosi liczba rozdzielanych koncesji. Ust. 3 przewiduje konstrukcję łącznego postępowania koncesyjnego dla wszystkich podmiotów zainteresowanych otrzymaniem koncesji. Jest to rozwiązanie które ma zalety: zapewnia równość szans i równe traktowanie przedsiębiorców ubiegających się o koncesje oraz sprzyja rzetelnemu postępowaniu administracyjnemu. Z drugiej jednak strony, zasady takiego zbiorczego postępowania administracyjnego powinny zostać szczegółowo unormowane. Dotychczasowe konstrukcje proceduralne k.p.a. są niedostosowane do takiej sytuacji, mimo obowiązywania art. 62 k.p.a. Powstają w związku z tym poważne trudności prawne i praktyczne, związane np. z ustaleniem kręgu podmiotów, którym można przyznać status strony postępowania, dostępu stron do akt postępowania, przebiegu postępowania dowodowego, korzystania ze środków prawnych, momentu w którym decyzja staje się wykonalna i wielu innych.

Przepisy rozdziału 4 projektu, czyli art. 24-28 projektu dotyczą zezwoleń.

Jak wynika z uzasadnienia, projektodawcy nawiązują do spotykanego niekiedy w literaturze rozróżnienia koncesji i zezwoleń i rozdzielają w związku z tym przepisy między rozdziały 3 i 4 projektu. Zgodnie z tą koncepcją koncesje mogą być udzielane w dziedzinach objętych monopolem (wyłącznością) państwa. Przyznanie koncesji oznacza dla koncesjonariusza prowadzenie działalności gospodarczej (często powiązane z wykonywaniem funkcji administracyjnych) w sferze zastrzeżonej zasadniczo dla państwa. Natomiast wydawanie zezwoleń jest przewidziane przez ustawodawcę wówczas, kiedy prowadzenie danej działalności jest związane potencjalnie z zagrożeniem dla życia, zdrowia czy innych dóbr oraz ochrony interesu publicznego. Z tych względów podjęcie danej działalności jest poddane prewencyjnej reglamentacji, której przejawem jest generalny zakaz prowadzenia działalności, chyba że zakaz ten zostanie indywidualnie uchylony, właśnie przez udzielenie zezwolenia przez organ administracyjny.

Przedstawione powyżej rozróżnienie koncesji i zezwoleń i opieranie na nim rozwiązań ustawowych budzi wątpliwości.

Odwołanie się przy instytucji prawnej "koncesji" do koncepcji wyłączności (monopolu) państwa zakłada, że istnieją jakieś dziedziny gospodarki zastrzeżone niejako ze swej natury dla państwa. Takie podejście nie nadaje się współcześnie do zaakceptowania w sytuacji, gdy tendencje do prywatyzacji gospodarki opanowały od ok. dwudziestu lat niemal cały świat, w tym również Polskę. W świetle art. 216 ust. 3 Konstytucji RP monopol państwa jest konstrukcją prawa pozytywnego, zastrzeżoną dla ustawodawstwa. Traktowanie koncesji jako formy wykonywania monopolu państwa wymagałoby więc najpierw każdorazowo wyraźnego ustanowienia tego monopolu w przepisach ustawowych. Tego w obecnym stanie prawnym w Polsce nie uczyniono, a w każdym razie nie we wszystkich dziedzinach, które według twórców projektu miałyby podlegać koncesjonowaniu.

Rodzą się także wątpliwości, czy odróżnienie koncesji od zezwoleń może polegać na tym, jak sądzą autorzy uzasadnienia projektu, że te pierwsze są decyzjami uznaniowymi (tzn. organowi koncesyjnemu przysługuje uznanie administracyjne), a te drugie decyzjami związanymi. Przede wszystkim należy zauważyć, że takiego rozróżnienia, deklarowanego w uzasadnieniu projektu, nie daje się wyczytać z samych przepisów projektu. Również analiza przepisów ustaw szczególnych nie przyniosłaby oczekiwanego rezultatu. "Podręcznikowo" rzec ujmując, w

przypadku koncesji organ “może ją wydać”, natomiast w przypadku zezwoleń, organ “wydaje zezwolenie, jeśli spełnione są warunki określone w ustawach szczególnych”. Takie rozróżnienie nie znajduje odbicia w obowiązującym prawie i nie przynosi go także omawiany projekt. Ponadto, doktrynalna konstrukcja uznania administracyjnego również nie znajduje pełnego zastosowania do analizy ustaw. Rzecz w tym, że warunki przyznania zezwoleń często są określone za pomocą pojęć niedookreślonych, wymagających oceny stanu faktycznego ze strony organu stosującego prawo. W praktyce, mimo różnej kwalifikacji doktrynalnej, zarówno przy wydawaniu koncesji jak i zezwoleń organom administracyjnym przysługują pewne “luzy decyzyjne”.

W konkluzji należy stwierdzić, że zasadniczo rozróżnienie koncesji i zezwoleń nie ma obecnie merytorycznego uzasadnienia. W obu przypadkach chodzi o ograniczenie wolności gospodarczej polegające na tym, że podjęcie działalności gospodarczej jest uzależnione od uzyskania uprawnienia na podstawie konstytucyjnej decyzji administracyjnej. W każdym przypadku należy postulować, aby reglamentacja tego typu miała charakter starannie umotywowanego wyjątku od zasady, jaką jest swobodna (wolna) działalność gospodarcza. Ponadto, niezbędne jest, aby przesłanki odmowy lub cofania koncesji (zezwoleń) były określone możliwie precyzyjnie. Pozostawianie zbyt wielkiej swobody organom administracyjnym rodzi bowiem niebezpieczeństwo korupcji. Przesłanki przyznawania omawianych uprawnień muszą być z konieczności zróżnicowane, w zależności od przedmiotu działalności gospodarczej; z drugiej strony należy dążyć do częściowej unifikacji tych przesłanek w ustawie mającej charakter *lex generalis*.

Z powyższym poglądem nie koliduje natomiast aprobatą dla zachowania różnorodności terminologicznej i nazywania niektórych decyzji administracyjnych “koncesjami”, a innych “zezwoleńiami”, zgodnie z wcześniejszą tradycją.

Rozdział 5 (art. 29-38) dotyczy przedstawicielstw. Projekt zawiera na ogół trafne przepisy dotyczące przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych (w rozumieniu art. 4 pkt 4 projektu), które mają zastąpić anachroniczne już rozporządzenie Rady Ministrów z 1976 r. Art. 31. Nie wydaje się uzasadnione tworzenie odrębnej ewidencji przedstawicielstw, prowadzonej przez Ministra Gospodarki obok Krajowego Rejestru Sądowego. Wydaje się, że przedstawicielstwa powinny podlegać rejestracji w tym rejestrze, ewentualnie po wprowadzeniu niezbędnych modyfikacji do ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. Co najwyżej można przewidzieć jakieś rozwiązanie przejściowe do czasu wejścia w życie wymienionej ustawy, tj. do 1 I 2001 r.

W rozdziale 7 projektu (art. 44 - 48) wprowadzone zostały nowe przepisy dotyczące przedsiębiorstw rodzinnych oraz małych i średnich.

Art. 44 wprowadza normę zawierającą wewnętrzną sprzeczność. Nie da się bowiem stworzyć “korzystnych warunków dla funkcjonowania i rozwoju” pewnej kategorii przedsiębiorców, w tym przypadku: “przedsiębiorców prowadzących przedsiębiorstwa małe i średnie, a w szczególności rodzinne”, a równocześnie czynić to: “z poszanowaniem zasad równości i konkurencji” wobec innych, nieuprzywilejowanych przedsiębiorstw.

Art. 45 i 46. Kryteria wyróżnienia małych i średnich przedsiębiorstw są oparte na prawie Wspólnoty Europejskiej. Zasadniczo, to wyróżnienie ma znaczenie z punktu widzenia przepisów dotyczących dopuszczalnych form udzielania pomocy państwa dla przedsiębiorstw. Dlatego też wydaje się, że miejsce dla takich przepisów jest nie w projektowanej ustawie., ale w

innych ustawach, np. w przygotowywanej ustawie o zasadach udzielania pomocy państwa dla przedsiębiorstw.

Art. 45 ust. 3 wprowadza pojęcie “małego rodzinnego przedsiębiorstwa”. Ma to być małe przedsiębiorstwo, w rozumieniu art. 45 ust. 1, które jest wyłącznie własnością członków rodziny, ale nie jednego członka rodziny. Art. 45 ust. 4 określa natomiast, kogo uważa się za członków rodziny, odsyłając do ustawy o podatku od spadków i darowizn.

Na tym tle nasuwają się następujące uwagi:

Należy się domyślać, że ideą, jaka przyświecała projektodawcom jest polityka prorodzinna.

Można jednak żywić poważne wątpliwości, czy zastosowane rozwiązania spełnią swoje zadanie. Problematiczne jest, czy zakres pojęcia “członkowie rodziny” zaczerpnięty z innej ustawy, mającej odmienne cele, jest adekwatny do celów przyświecającym twórcom omawianego projektu. Zakres ten obejmuje bowiem: małżonka, zstępnych, wstępnych, pasierba, zięcia, synowej, rodzeństwo, ojczyma, macochę i teściów, zstępnych rodzeństwa, rodzeństwo rodziców, zstępnych i małżonkowie pasierbów, małżonków rodzeństwa i rodzeństwo małżonków, małżonków rodzeństwa małżonków, małżonków innych zstępnych.

Projekt nie przewiduje w art. 2 ust. 2 “rodziny” jako odrębnej kategorii przedsiębiorców. W związku z tym członkowie rodziny, chcąc prowadzić małe przedsiębiorstwo rodzinne w rozumieniu projektu będą musieli założyć spółkę (prawa cywilnego lub prawa handlowego). Ograniczenie kręgu wspólników do członków rodziny ograniczy rozwój spółki, zmiany kręgu wspólników, itd.

Art. 48. Korzyści przewidziane w tym przepisie powinny być określone raczej w ustawach odrębnych, a nie w projektowanej ustawie.

Przepisy rozdziału 8 (art. 49-53) dotyczą samorządu gospodarczego. Zagadnienie regulacji prawnej samorządu gospodarczego jest istotne, m.in. ze względu na jego podstawy konstytucyjne (art. 17 ust. 2). Regulacja prawna tej materii w projekcie budzi jednak poważne wątpliwości.

Jak wiadomo, sprawa ustawowego unormowania samorządu gospodarczego jest sporna od wielu lat. Kwestią, co do której nie osiągnięto zgody w Sejmie kilku kadencji jest to, czy przynależność do samorządu gospodarczego powinna być dobrowolna, czy też obowiązkowa, a ponadto: jakie zadania powinny wykonywać organizacje samorządowe oraz czy i jakie powinny im przysługiwać kompetencje do wykonywania administracji publicznej.

Twórcy projektu nie mają najwidoczniej jeszcze pełnej wizji regulacji samorządu gospodarczego i dlatego ograniczyli się do zamieszczenia kilku przepisów, odsyłając w pozostałym zakresie do osobnej ustawy (art. 53). W tej sytuacji powstaje w ogóle pytanie, czy nie byłoby celowe pełne unormowanie tej problematyki w odrębnej ustawie, bez zamieszczania w projekcie przepisów, które ze względu na swój szcątkowy charakter nie nadają się jeszcze do stosowania.

Projektodawcy opowiadają się za dobrowolną przynależnością do samorządu gospodarczego (art. 50). Jest to dokonanie wyboru pewnego “modelu” samorządu z którym nie sposób w tym miejscu dyskutować. Zalety i wady takiego rozwiązania są przy tym znane. Dodatkowo jednak w art. 52 ust. 1 stwierdza się, że samorząd gospodarczy “nie posiada uprawnień władczych w stosunku do przedsiębiorców”. Pojęcie “uprawnień władczych” nie jest jasne i nie wiadomo, czy jest tu potraktowane jako synonim sprawowania administracji publicznej. Powstaje jednak obawa, że to, co w projekcie określa się jako “samorząd gospodarczy” w istocie nie ma takiego

charakteru i występuje tutaj swego rodzaju nadużycie terminologiczne. W tym miejscu można jedynie przypomnieć, że samorząd, w ścisłym prawniczym rozumieniu, polega – ujmując rzecz w skrócie - na wykonywaniu administracji publicznej w sposób zdecentralizowany przez powołane do życia na podstawie ustaw organizacje pewnych, zainteresowanych grup społecznych.

Przepisy rozdziału 9 noszącego mało mówiący tytuł: Przepisy szczególne (art. 54-55) wprowadzają pewne kompetencje kontrolne i nadzorcze organów administracji publicznej wobec przedsiębiorców.

Art. 54 ust. 1 projektu przewiduje kompetencje kontrolne wobec przedsiębiorców, dotyczące przestrzegania obowiązków wynikających z art. 8 projektu, a przysługujące “organom administracji publicznej”. Jest to rozwiązanie nieprawidłowe, gdyż właściwość organów została określona wysoce nieprecyzyjnie. Organami administracji publicznej są zarówno organy administracji rządowej (centralnej i terenowej), jak i administracji samorządowej, na wszystkich szczeblach. Trudno przyjąć, że omawiane kompetencje przysługują wszystkim organom należącym do wszystkich tych kategorii.

Ta sama wada występuje w art. 54 ust. 2 i art. 55.

Art. 86. O przepisie tym była mowa przy omawianiu art. 10.

Prof. dr hab. Stanisław Biernat
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Jagiellońskiego
w Krakowie

Opinia o zgodności z prawem Wspólnot Europejskich projektu ustawy Prawo działalności gospodarczej (Druk Sejmowy nr 608)

Wstęp

Opiniowany projekt ustawy dotyczy zasad podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP (art. 1 projektu).

Swoboda działalności gospodarczej należy, stosownie do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS), do fundamentalnych zasad Wspólnoty Europejskiej (wyrok w sprawie *The Queen przeciwko H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail*, sprawa 81/87, wyrok wstępny z 27 września 1988 r. § 15).

Wolność przedsiębiorczości znajduje swoje źródło w przepisach Traktatu Rzymskiego (art. 52 - 58). Opiera się na dwóch elementach:

* swobodzie poruszania się i osiedlania w celu założenia i prowadzenia przedsiębiorczości oraz,

* swobodzie przedsiębiorczości *sensu stricto*, czyli na swobodzie wykonywania rzeczywistej działalności gospodarczej za pośrednictwem określonego przedsiębiorstwa utworzonego w innym państwie członkowskim przez czas nieoznaczony (*Factortame Ltd. i inni przeciwko Secretary of State for Transport*, sprawa 221/89, wyrok wstępny z 25 lipca 1991 r., § 20).

Ze względu na zakres regulacji opiniowanego projektu ustawy, omówiony zostanie jedynie drugi składnik wolności przedsiębiorczości.

I. Beneficjentami wolności przedsiębiorczości są osoby fizyczne - obywatele państw członkowskich. Stają się oni podmiotami wtedy, gdy pragną założyć lub już założyli przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 52 ust. 2 TR w innym niż własne państwie członkowskim. Traktat bowiem nie dotyczy sytuacji czysto krajowych. Tym niemniej, jak podkreślił ETS, art. 52 TR nie może być interpretowany w taki sposób, by wykluczał obywateli własnego państwa, mieszkających w innym państwie członkowskim z korzyści, jakie daje prawo wspólnotowe (*Knoors przeciwko Staatsekkretaris voor Economische Zaken*; sprawa 115/78, wyrok wstępny z 7 lutego 1979 r., § 24). Zasada wolności przedsiębiorczości jest adresowana także do spółek i innych przedsiębiorstw. Chodzi o spółki założone zgodnie z prawem któregośkolwiek z państw członkowskich i mające swą siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo w obrębie Wspólnoty.

Traktat Rzymski przyjmuje bardzo szerokie rozumienie pojęcia "spółka". Art. 58 ust. 2 stanowi, że przez spółkę rozumie się spółki prawa cywilnego lub handlowego, spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, które zmierzają do osiągnięcia zysku. Pojęcie spółki jest jeszcze bardziej rozszerzane przez orzecznictwo i doktrynę. Spotyka się poglądy, że aby być spółką w rozumieniu art. 58 ust. 2 TR wystarczy posiadać najważniejsze atrybuty osobowości prawnej (nie koniecznie pełną osobowość prawną) - autonomię majątkową i zdolność sądową.

Także kryterium osiągania zysku zostało w doktrynie złagodzone. Ważne jest by spółka wykonywała działalność nie za darmo albo zwykle za wynagrodzeniem.

Spółki mogą przybierać różne postacie. Z jednej strony mogą to być przedsiębiorstwa pierwotne (art. 58 ust. 1 TR). Z drugiej strony spółkami są także agencje, oddziały i filie przedsiębiorstw właściwych (art. 52 ust. 1 TR), ponieważ wolność przedsiębiorczości obejmuje tworzenie i utrzymywanie więcej niż jednego miejsca pracy w państwach Unii Europejskiej (Ordre des avocats au Barreau de Paris przeciwko Klopp, sprawa 107/83, wyrok wstępny z 12 lipca 1984 r., § 19). Trybunał wyraził także pogląd, że przedsiębiorstwami zależnymi - do których odnosi się zasada wolności przedsiębiorczości - są też biura, które zatrudniają własny personel, a także osoby, które wykonują pracę samodzielnie, o ile tylko są upoważnione do działania przez przedsiębiorstwo macierzyste na stałej podstawie (Komisja przeciwko RFN, sprawa 205/84, wyrok wstępny z 4 grudnia 1986 r., § 21). Zarazem już z Ogólnego programu zniesienia ograniczeń w sferze wolności przedsiębiorczości z 18 grudnia 1961 r. (O.J. 1961, nr 2) wynika, że przedsiębiorstwa zależne muszą mieć stałą i rzeczywistą więź z gospodarką państwa przyjmującego.

Swoboda przedsiębiorczości regulowana jest także w Układzie Europejskim¹ (art. 44 - 54). Podmiotami tej wolności są przedsiębiorstwa i obywatele państw-stron. W przypadku przedsiębiorstw są nimi przedsiębiorstwa macierzyste oraz filie, oddziały i agencje. Pojęcie przedsiębiorstwa (polskiego i wspólnotowego) określa art. 48 ust. 1 Układu. Stanowi on, że przedsiębiorstwem są odpowiednio przedsiębiorstwo lub firma założone zgodnie z prawem odpowiednio Polski lub państwa członkowskiego WE i mające swe zarejestrowane biuro, centralną administrację lub główne miejsce działalności na terytorium odpowiednio Polski lub Wspólnoty. Gdyby przedsiębiorstwo ograniczało się jednak wyłącznie do zarejestrowanego biura, to jego działalność musi mieć rzeczywiste i stałe powiązanie z gospodarką Polski lub Wspólnoty. Podmiotami swobody przedsiębiorczości są również przedsiębiorstwa, które są kontrolowane i pozostają wyłącznie wspólną własnością obywateli lub przedsiębiorstw polskich oraz obywateli lub przedsiębiorstw WE (art. 54 Układu).

Podmiotowy zakres opiniowanego projektu ustawy w zasadzie pokrywa się z regulacjami wspólnotowymi. Stosownie do art. 2 ust. 2 projektu przedsiębiorcą jest: osoba fizyczna, osoba prawna, spółka osób fizycznych lub prawnych oraz nie posiadająca osobowości prawnej jednostka organizacyjna, o ile wykonują działalność gospodarczą. Pomimo innego sformułowania, przepis ten odpowiada przepisowi art. 58 ust. 2 TR.

Autorzy projektu starają się uniknąć wprowadzenia dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zwłaszcza w stosunku do przedsiębiorców z państw Unii Europejskiej (art. 9 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 4 pkt. 4 projektu). Poprzez odesłanie do bezpośredniego stosowania Układu Europejskiego (jest on niewątpliwie "umową międzynarodową" określającą "zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP") unika się naruszenia jego postanowień.

II. Wolność przedsiębiorczości *sensu stricto* obejmuje prawo podejmowania działalności na własny rachunek, jak też prawo zakładania i kierowania przedsiębiorstwami, w tym zwłaszcza spółkami w rozumieniu art. 58 ust. 2 TR, zgodnie z przepisami stanowiącymi dla własnych obywateli przez państwo członkowskie, w którym działalność jest podejmowana (art. 52 ust. 2 TR).

¹ Dz. U. z 1994 r. Nr 11, poz. 38.

Wolność przedsiębiorczości opiera się na prawie zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw bez dyskryminacji z uwagi na obywatelstwo. W przypadku spółek oznacza to zarówno rejestrację, jak i rzeczywistą siedzibę. Prawo dostępu do zawodu (założenia przedsiębiorstwa) na zasadzie narodowej pociąga za sobą zakaz wymagania przez państwo przyjmujące dodatkowych dokumentów, upoważnień, wcześniejszego stażu lub pobytu w tym państwie, zakaz dodatkowych warunków dla uzyskania zezwolenia wymaganego od wszystkich, zakaz dodatkowych ciężarów fiskalnych lub innych, zakaz wprowadzania lub utrzymywania przepisów uniemożliwiających lub ograniczających dostęp do kształcenia zawodowego niezbędnego dla wykonywania działalności zawodowej. Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że prawo prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje także swobodę wyboru właściwej formy prawnej, w której chce się wykonywać swą działalność (Komisja przeciwko Francji, sprawa 270/83, wyrok z 28 stycznia 1986 r., § 22).

W tym świetle pozytywnie należy ocenić przewidziane w projekcie (art. 87 pkt. 2 projektu) uchylene ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz. U. z 1997 r. Nr 26, poz. 143). Prawo prowadzenia przedsiębiorstwa oznacza także możliwość jego rozwoju organizacyjnego i merytorycznego (art. 54 ust. 3 pkt. f TR), możliwość zawierania umów, dostępu do własności (art. 54 ust. 3 pkt. e TR), zaciągania kredytów, zdolność sądową, prawo przystępowania do organizacji, czy udziału w zabezpieczeniu społecznym na zasadzie traktowania narodowego. W stosunku do osób fizycznych największe znaczenie w sferze dostępu do zawodu i stabilności warunków jego wykonywania ma problem wzajemnego uznawania kwalifikacji (dyplomów, świadectw i innych tytułów zawodowych). Ze względu na to, że opiniowany projekt ustawy nie zajmuje się tą problematyką, kwestia ta nie będzie szerzej omawiana w niniejszej opinii.²

Do wolności przedsiębiorczości, której podmiotami są spółki w rozumieniu art. 58 ust. 2 stosuje się w zasadzie przepisy odnoszące się do osób fizycznych mających obywatelstwo państwa członkowskiego (art. 58 ust. 1 TR). Oznacza to, że spółki mogą swobodnie przemieszczać się po obszarze Wspólnot, jak też że mogą zakładać inne spółki, w tym zwłaszcza takie, które będą stanowiły agencje, oddziały lub filie spółek macierzystych. Prawo przedsiębiorczości obejmuje także możliwość przejęcia udziałów w przedsiębiorstwach działających w innych państwach członkowskich. Agencje i inne podmioty prawne muszą być jednak poddane prawu państwa, w którym są lokowane (The Queen przeciwko HM Treasury i Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail, sprawa 81/87).

Zgodnie z Układem Europejskim, wolność przedsiębiorczości ma służyć swobodnemu podejmowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej, która obejmuje zwłaszcza działalność o charakterze przemysłowym, handlowym, rzemiosło oraz działalność w zakresie wolnych zawodów (zob. art. 2 ust. 1 i art. 3 projektu).

W przypadku obywateli polskich lub państw wspólnotowych oznacza to, że mogą oni pracować samodzielnie, a także tworzyć przedsiębiorstwa i kierować nimi. Działalność ta nie może jednak polegać na poszukiwaniu lub podejmowaniu zatrudnienia na rynku pracy, ani nie może nadawać dostępu do rynku pracy drugiej stronie. W odniesieniu do przedsiębiorstw natomiast wolność przedsiębiorczości ma umożliwiać zakładanie filii, oddziałów, agencji i kierowanie nimi (art. 44 ust. 4 Układu). Z zakresu omawianej swobody wyłączona jest działalność związana z

² Zob. art. 93 ustawy z 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 1996 r. Nr 67, poz. 329 ze zmianami) i art. 150 ustawy z 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz. U. Nr 65, poz. 385 ze zmianami) i wydane na ich podstawie przepisy wykonawcze.

wykonywaniem funkcji publicznych (art. 53 ust. 2). Ponadto, postanowienia o wolności przedsiębiorczości nie znajdują zastosowania do działalności polegającej na nabywaniu oraz sprzedaży zasobów naturalnych, gruntów rolnych i lasów (art. 44 ust. 6, zał. XII E). Postanowienia te nie dotyczą także lotniczych usług transportowych, usług transportowych żeglugi śródlądowej oraz usług transportowych morskiej żeglugi przybrzeżnej (art. 51 ust. 1 Układu).

Polska ma obowiązek stopniowego (w okresie przejściowym) urzeczywistniania zasady traktowania narodowego obywateli państw członkowskich i ich przedsiębiorstw w sferze zakładania przedsiębiorstw. W sferze prowadzenia działalności przez przedsiębiorstwa i obywateli WE, którzy w chwili wejścia w życie Układu już działali w Polsce, istnieje obowiązek zapewnienia traktowania narodowego najpóźniej do końca pierwszego etapu. Polska nie może wprowadzić żadnych nowych ograniczeń w tym zakresie w ciągu okresu przejściowego, poza wyjątkami przewidzianymi przez Układ (art. 44 ust. 1 i 2).

Przedsiębiorstwa państw członkowskich, założone na terytorium Polski, mają od dnia wejścia w życie Układu, prawo nabywania, używania, wynajmowania i sprzedaży nieruchomości, a w odniesieniu do zasobów naturalnych, ziemi uprawnej i lasów prawo dzierżawy, jeżeli będzie to niezbędnie konieczne dla prowadzenia działalności gospodarczej, dla której zostały założone. Prawo to powinno być zapewnione do końca pierwszego etapu dla oddziałów i agencji przedsiębiorstw państw członkowskich w Polsce (art. 44 ust. 7 i 8 Układu).

Realizacji przedmiotowego zakresu zasady wolności przedsiębiorczości służyć ma wspomniane już odesłanie do bezpośredniego stosowania Układu Europejskiego (art. 9 ust. 2 projektu), zrównanie obywateli państw obcych, mających prawo stałego zamieszkania w RP z obywatelami polskimi w prawach dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej, a także uregulowane w ustawie zakładanie przedstawicielstw i oddziałów przedsiębiorców zagranicznych (art. 29 - 43 projektu).

III. Zgodnie z orzecznictwem ETS, przepis art. 52 TR jest (po okresie przejściowym) przepisem bezpośrednio skutecznym, ponieważ ma on charakter bezwarunkowy (Reyners przeciwko Belgii, sprawa 2/74, wyrok wstępny z 21 czerwca 1974 r.).

Bezpośrednia skuteczność nie oznacza, że ochrona wolności przedsiębiorczości jest absolutna. W szczególności art. 56 ust. 1 TR stanowi, że państwo członkowskie może wydać przepisy prawne i administracyjne, które będą przewidywały szczególną regulację wobec obywateli innych państw z uwagi na porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne lub zdrowie publiczne. Podstawy te nie mogą jednak mieć charakteru gospodarczego.

Dodatkową możliwość ograniczeń stworzył ETS. W nawiązaniu do art. 57 TR stwierdził on, że państwo przyjmujące może wymagać od uprawnionych przestrzegania reguł zawodowych wspartych dobrem ogólnym, a zwłaszcza reguł dotyczących organizacji, kwalifikacji, etyki zawodowej, kontroli i odpowiedzialności, o ile środki krajowe będą stosowane bez dyskryminacji (J. Thieffry przeciwko Conseil de l'Ordre des Avocats a la Cour de Paris, sprawa 71/76, wyrok wstępny z 28 lipca 1977 r., § 12 i 15).

Także Układ Europejski przewiduje możliwości ograniczania swobody przedsiębiorczości. Są to np. restrykcje wprowadzane ze względu na ochronę porządku publicznego, zdrowia publicznego i bezpieczeństwa publicznego (art. 53 ust. 1 Układu). Inne ograniczenia wynikają z art. 45 i 50. Wynika z nich, że Polska może w I etapie okresu przejściowego dla działań gospodarki

wymienionych w załącznikach XII A, B, C i D wprowadzić ograniczenia lub zakazy przedsiębiorczości. Musi być spełniona jednak jedna z czterech następujących przesłanek:

- * dziedziny chronione są w trakcie restrukturyzacji;
- * dziedziny chronione stoją w obliczu poważnych trudności, zwłaszcza takich, które pociągają za sobą poważne problemy społeczne w Polsce;
- * pojawia się groźba wyeliminowania lub drastycznego zmniejszenia udziału na rynku polskim polskich przedsiębiorstw lub obywateli w danym dziale gospodarki lub dziedzinie przemysłu;
- * są to nowe dziedziny przemysłu w Polsce.

Dodatkowe możliwości ochronne przewiduje art. 45 ust. 2 Układu. Stanowi on, że Strony mogą podejmować środki niezbędne dla prowadzenia polityki pieniężnej lub w celu zapewnienia ochrony inwestorów, depozytariuszy, właścicieli polis lub osób, do których należą prawa powiernicze, albo w celu zapewnienia spójności i stabilności systemu finansowego. Środki takie nie mogą jednak powodować dyskryminacji z uwagi na przynależność państwową.

IV. Przepisy projektowanego art. 11 ustawy - "Zmiany w przepisach obowiązujących" są w większości zgodne z prawem Wspólnot Europejskich lub nie są objęte zakresem jego regulacji. Wyjątek stanowi art. 66 projektu, który przewiduje nowelizację ustawy Prawo dewizowe. Proponowana nowelizacja jest niezgodna z art. 73b TR, który statuuje zasadę swobody przepływu kapitałów.

Opracował: Bartosz Pawłowski

Opinia prawna do rządowego projektu ustawy Prawo działalności gospodarczej (Druk Sejmowy nr 715)

W kolejnych punktach podnoszę jedynie uwagi krytyczne albo wątpliwości.

1. Do art. 2

1) W ust. 1 zawarta jest definicja pojęcia działalności gospodarczej. Działalność ta powinna być prowadzona w sposób zorganizowany i ciągły.

Projektodawca chciał w ten sposób zaakcentować, że działalnością gospodarczą nie jest działalność wykonywana incydentalnie, jak np. sprzedaż domu czy sprzedaż samochodu. Powtarzalność, ciągłość ma być jedną z cech istotnych, decydujących o zakwalifikowaniu danej działalności jako działalności gospodarczej. Kierunek rozumowania wydaje się słuszny, tym niemniej rodzi się pewna wątpliwość. Otóż w praktyce gospodarczej czasem zawiązuje się spółki handlowe dla zrobienia tylko jednego interesu, np. kupna jednej tylko partii towaru i korzystnego sprzedania jej. Po zrobieniu interesu spółka ulega rozwiązaniu. Jednorazowość, czyli nieciągłość, jest w takich przypadkach zapisywana w umowie spółki.

Na gruncie projektowanej definicji może powstać wątpliwość, czy taka spółka wykonuje działalność gospodarczą, a więc, czy jest przedsiębiorcą. Dalszą konsekwencją może być odmowa zarejestrowania takiej spółki.

Nie jest także jasna relacja pomiędzy pojęciem ciągłości użytym w projekcie a pracami sezonowymi i dorywczymi nieraz wykonywanymi poza stosunkiem pracy.

Przypuszczam, że kwestie te były rozważane i przeważały argumenty za przyjęciem zapisu jak w projekcie, tym niemniej w uzasadnieniu do projektu nie jest to wyjaśnione.

2) Kolejną istotną cechą działalności gospodarczej jest prowadzenie jej w sposób zorganizowany. Projekt nie określa minimum organizacji, od której działalność będzie uznana za działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy. Do tego problemu powrócę w punkcie 3.4) opinii.

3) W ust. 2 zdefiniowano pojęcie przedsiębiorcy. Przedsiębiorcą może być osoba fizyczna, osoba prawna lub nie mająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego. Jedną z cech przedsiębiorcy jest **zawodowe** podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej. Otóż słowo "zawód" czy "wykonywanie zawodu" odnosi się jedynie do osoby fizycznej, nie odnosi się natomiast do osoby prawnej ani do spółek nie mających osobowości prawnej. Sądzę, że lepiej byłoby w wierszu drugim ust. 2 słowa "która zawodowo" zamienić słowami "która odpłatnie" albo słowami "która zarobkowo" albo wykreślić.

2. do art. 3

Zgodnie z projektem przepisów ustawy nie stosuje się do działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego.

1) Nie rozumiem po co w przepisie wymieniono osobno "chów" i "hodowlę" zwierząt. Wydaje mi się, że słowa te znaczą to samo, a więc wystarczy użyć tylko jednego z nich.

2) Art. 3 jest odpowiednikiem art. 10 pkt 1) dotychczas obowiązującej ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 41 z 1988 r. poz 324 z późn.zm.). Uzupełnieniem art. 10 pkt 1) dotychczas obowiązującej ustawy był jej art. 9 ust. pkt 3), zgodnie z którym nie wymagała zgłoszenia do ewidencji działalność będąca ubocznym zajęciem zarobkowym, a takim ubocznym zajęciem były czynności handlowe polegające na sprzedaży nie przetworzonych produktów rolnych itp. W opiniowanym projekcie nie ma odpowiednika art 9. Można więc rozumieć, że uprawa roślin, hodowla zwierząt i połów ryb na śródlądziu nie jest działalnością gospodarczą w rozumieniu projektu ale sprzedaż płodów rolnych, mięsa i ryb już taką działalnością jest.

Z uzasadnienia do ustawy (strona 5) wynika, że intencja projektodawcy jest zupełnie inna. Ogłasza się jednak tylko ustawy, a nie ich uzasadnienia. Porównując teksty ustawy uchylanej i ustawy nowej można dojść do wniosków odmiennych od intencji projektodawcy.

3. do art. 2, 3 i 7

Dla jasności wyводу najpierw zreferuję, bardzo skrótowo i z pewnymi uproszczeniami, stan obecny.

1) stan obecny

Obecnie obowiązujące prawo dzieli podmioty prowadzące działalność gospodarczą na trzy zasadnicze grupy;

- a) Spółki handlowe, przedsiębiorstwa państwowe, spółdzielnie i niektóre inne podmioty gospodarcze są rejestrowane w rejestrach sądowych. W założeniu są to podmioty prowadzące działalność gospodarczą w większym rozmiarze,
- b) Osoby fizyczne i spółki prawa cywilnego prowadzące działalność gospodarczą rejestrują się w urzędach gmin - rejestr prowadzony przez urząd gminy nazywa się ewidencją działalności gospodarczej. W założeniu jest to działalność prowadzona w niewielkim rozmiarze,
- c) Rolnicy oraz osoby wykonujące różnorodne uboczne zajęcia zarobkowe w ogóle nie podlegają wpisowi do ewidencji. Rolnicy nie podlegają obowiązkowi wpisu do ewidencji ze względu na tradycję. Uboczne zajęcia zarobkowe to działalność prowadzona w rozmiarze wręcz znikomym, której nie opłaca się ewidencjonować.

2) Istota projektowanych zmian

Projekt znosi obecny trójpodział.

Podmiotom zaliczonym do pierwszej i drugiej grupy nakazuje rejestrować się w sądzie.

Sytuacja prawna rolników staje się niejasna, o czym pisałem w punkcie 2 opinii.

Sytuacja prawna osób wykonujących uboczne zajęcia zarobkowe także staje się niejasna, omówię to poniżej w punkcie 4).

3) Projekt znosi ewidencję podmiotów gospodarczych prowadzoną przez urzędy gminne i wprowadza to miejsce powszechną rejestrację w sądzie, w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Oznacza to, że każdy przedsiębiorca, nawet właściciel budki z warzywami, a być może także osoba handlująca jajkami z koszyka, będzie musiał rejestrować się w Krajowym Rejestrze Sądowym. To bardzo ważne dla oceny projektu. Zgodnie z ustawą z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 1997 r. Nr 121, poz. 769) rejestry przedsiębiorców

prowadzić mają sądy rejonowe, ale tylko niektóre, mające siedzibę w miastach wojewódzkich. W efekcie, żeby zarejestrować działalność albo dokonać zmiany w rejestrze trzeba będzie załatwiać sprawę w mieście wojewódzkim (starym). W miejsce prostego i łatwo dostępnego systemu ewidencji działalności gospodarczej w gminie wprowadza się dużo bardziej sformalizowany system rejestracji sądowej.

Z własnej praktyki radcy prawnego wiem, że znaczna część osób prowadzących drobne przedsiębiorstwa nie potrafi zredagować wniosku do sądu. Osoby te będą musiały skorzystać z pomocy prawnika, a to oznacza stratę czasu i wydatki. W efekcie założenie drobnego przedsiębiorstwa będzie o wiele trudniejsze.

4) Zgodnie z art. 9 dotychczasowej ustawy o działalności gospodarczej nie wymagało zgłoszenia do ewidencji wykonywanie szeregu określonych w tym przepisie ubocznych zajęć zarobkowych. Ustawodawca rezygnował z kontrolowania, a tym samym często także z opodatkowania, drobnego handlu czy drobnej wytwórczości. Zamieszczając w art. 2 ust. 1 projektu wymóg zorganizowania i wymóg ciągłości projektodawca zapewne chciał wyłączyć poza zakres regulacji różne zajęcia zarobkowe okazjonalne albo nie wymagające organizacji. Nie wiadomo jednak jakie. Bowiem niemal każdy rodzaj działalności ludzkiej jest w jakimś, choćby minimalnym stopniu, zorganizowany. Projekt nie określa owego minimum organizacji, od której działalność będzie uznana za działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy, a osoba wykonująca tę działalność będzie uznana za przedsiębiorcę, a więc będzie zobowiązana uzyskać wpis do rejestru przedsiębiorców. Problem nie jest tylko teoretyczny. W PRL-u przez całe dziesięciolecie administracja a często i policja zwalczały tak zwaną "babę z cielęcina" oraz świadczenie usług sąsiadom. Obawiam się, że brak doprecyzowania znaczenia słów "zorganizowany" oraz "ciągły" może stanowić podstawę prawną do nowych "wojen" z osobami handlującymi jajkami, czosnkiem czy kilku kostkami pumeksu albo naprawiającymi ogrodzenia. Sądzę, że po pewnym czasie obecne intencje projektodawcy wyrażone w uzasadnieniu do ustawy, ale jednak nie sprecyzowane, okażą się słabsze od zaborczości urzędów skarbowych i urzędniczej skłonności do regulowania i kontrolowania wszystkiego. Z innych przepisów projektu, np. z art. 15 ust. 2, oraz z uzasadnienia do projektu wynika, że projektodawca traktuje projekt jako zaporę także przeciwko przyszłym zamiarom ograniczania aktywności gospodarczej. Tym bardziej należy precyzyjnie uregulować aktualny problem dotyczący co najmniej kilkuset tysięcy osób. Dodatkowym argumentem za potrzebą regulacji jest znaczne utrudnienie rejestrowania nowej działalności gospodarczej, o czym wspominałem już wyżej. Ten sam problem ustawodawca przedwojenny rozstrzygnął inaczej i moim zdaniem lepiej. Przy szerokim określeniu pojęcia "kupiec" (dzisiaj przedsiębiorca) zawartym w art. 2 kodeksu handlowego podzielił kupców na większych i mniejszych, czyli na rejestrowych i nie rejestrowych. Rozstrzygnięcie, kto jest kupcem rejestrowym a kto nie rejestrowym ustawodawca pozostawił rozporządzeniu Ministra Przemysłu i Handlu.

4. do art. 5

Zdanie podrzędne o treści "z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa" wydaje się zbędne. Ta sama w istocie treść zamieszczona jest w art. 9.

5. do art. 13

W ust. 1 pkt 1) utrzymano przymus rozliczeń za pośrednictwem banku. Przymus jest adresowany do przedsiębiorców działających w Polsce, a więc rozliczających się w złotych. Złoty jest już walutą ustabilizowaną. Określenie zamieszczonych w pkt 1) kwot w złotych polskich zamiast w ECU jest więc możliwe i byłoby wygodniejsze.

6. do art. 18

W ust. 4 użyto sformułowania "określa się dokumenty wskazujące na możliwość spełnienia warunków technicznych i organizacyjnych" itd. Czy nie lepiej byłoby użyć zwrotu "dokumenty uprawdopodobniające spełnienie warunków technicznych i organizacyjnych" ...? Określenie "uprawdopodobni" jest znane w prawie i, jak sądzę, lepiej oddaje istotę obowiązku ciężącego na ubiegającym się o koncesje. Jego obowiązkiem jest nie tylko "wskazać na możliwość spełnienia warunków" ale przekonać organ koncesyjny, czyli "uprawdopodobnić", że je spełni.

7. do art. 19

Zgodnie z ust. 6 informacje, którym nadano klauzulę poufności nie mogą być udostępniane innym uczestnikom postępowania. Taki zapis wydaje się niewystarczający. Informacji takich nie można udostępniać także przedsiębiorcom nie będącym uczestnikami postępowania, mediom itd.

8. do art. 32

Zgodnie z ust. 2 pkt 2) zezwolenie **może** zostać cofnięte, gdy przedsiębiorca przestał spełniać warunki wymagane do prowadzenia działalności gospodarczej określonej w zezwoleniu. Wydaje się, że w takim przypadku zezwolenie **musi** być cofnięte.

9. do art. 36

Przepis jest źle zredagowany. Nakaz powinien odnosić się do oddziału utworzonego w Polsce, a nie do przedsiębiorcy.

10. do rozdziału 6

Zamieszczenie rozdziału poświęconego tylko małym i średnim przedsiębiorcom oznacza, że regulacje w nim zawarte nie dotyczą przedsiębiorców pozostałych, czyli wielkich. Użyte w art. 53 sformułowanie "państwo stwarza....korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju małych i średnich przedsiębiorców" oznacza więc, że warunki dla wielkich przedsiębiorców będą mniej korzystne. Zapowiedź dalszej nierówności zawarta jest w punkcie 1) - zmiany stanu prawnego mają być korzystne dla małych i średnich przedsiębiorców, a tym samym niekorzystne dla wielkich. Co ma w takim razie oznaczać określenie "z poszanowaniem zasad równości i konkurencji" ? Przecież art. 53 i cały rozdział 6 są zaprzeczeniem równości. Tym samym rozdział 6 jest także sprzeczny z art. 5 projektu.

Nie wiadomo także co to jest przedsiębiorczość lokalna, o której mowa w pkt 5). Poznałem przedsiębiorcę, który w małej miejscowości wytwarza etui do okularów, a sprzedaje je między innymi do Anglii, Holandii i Niemiec. Zatrudnia mniej niż 50 osób. Czy jest on małym lokalnym przedsiębiorcą w rozumieniu projektu?

Wydaje mi się też, że dla przedsiębiorcy mającego sklepik z odzieżą obowiązek rejestrowania się w Krajowym Rejestrze Sądowym jest utrudnieniem istotniejszym niż wszystkie korzyści mogące wynikać z art. 53.

Art. 53, poza hasłową zapowiedzią wprowadzenia nierównego traktowania przedsiębiorców, nie zawiera w istocie treści normatywnej. I bez tego przepisu zmiany stanu prawnego będą inicjowane, niekoniecznie zresztą przez państwo i niekoniecznie muszą być to zmiany dla rozwoju małych przedsiębiorstw korzystne.

Sądzę, że rozdział 6 powinien zostać usunięty.

11. do rozdziału 7

Przepisy rozdziału nie określają roli i ustroju samorządu gospodarczego, zawierają zaledwie kilka uregulowań i dlatego w zasadzie jedynie sygnalizują zamiar opracowania projektu odpowiedniej ustawy. Tym samym rozdział 7 ma raczej charakter deklaracji programowej niż regulacji prawnej.

Sądzę, że rozdział ten powinien być usunięty.

12. do art. 61

W ust. 1 pkt 1) wójta, burmistrza lub prezydenta miasta nazwano organami samorządu. Z art. 15 ust. 1 i 26 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca o samorządzie terytorialnym (tj. Dz. U. Nr 13 z 1996 r., poz. 74 z późn.zm.) wynika, że organami gminy są jedynie rada gminy i zarząd. Pomiedzy omawianym przepisem projektu a wyżej powołanymi przepisami ustawy o samorządzie terytorialnym istnieje więc sprzeczność.

13. do art. 62

Wątpliwość budzi treść normatywna ustępu 1, a zwłaszcza jego punktu 2). Do zadań zleconych wójta należeć będzie "wspieranie działalności gospodarczej poprzez promowanie przedsiębiorczości oraz prowadzenie działalności informacyjnej i oświatowej".

Wiele gmin już taką lub podobną działalność prowadzi. Inne uznają, że nie stać ich na taką działalność. Po wejściu ustawy w życie będą musiały robić to wszystkie gminy. Obawiam się, że w praktyce sprowadzi się to do zatrudnienia w skali kraju kilku tysięcy nowych urzędników. Koszty ich zatrudnienia pokryte zostaną z podatków płaconych przez obywateli i przedsiębiorców, a więc obciążenie przedsiębiorców i obywateli podatkami będzie musiało wzrosnąć. Czy nie lepiej zostawić w rękach samych przedsiębiorców zarówno pieniądze jak i obowiązek prowadzenia tych rodzajów działalności? Wydaje się, że jest to wymarzone zadanie dla samorządu gospodarczego.

14. Uzasadnienie projektu

Uzasadnienie jest obszerne i wnikliwe. Lepsze od zazwyczaj sporządzanych.

15. Konkluzja

Projektodawca jest rozdarty. Z jednej strony - chce ułatwić działalność małym i średnim przedsiębiorcom i poświęca temu osobne rozdziały projektu ustawy. Z drugiej strony - ogromnie utrudnia podejmowanie działalności najdrobniejszym przedsiębiorcom. To rozdarcie sprawia, że projekt jest niedobry.

Opracował: Piotr Krawczyk

Uwagi do rządowego projektu ustawy o zakładach emerytalnych (Druk Sejmowy nr 447)

Przedłożony projekt ustawy o zakładach emerytalnych wraz z uchwalonymi ustawami:

- ustawą z dnia 25 czerwca 1997 r. o wykorzystaniu wpływów z prywatyzacji części mienia Skarbu Państwa na cele związane z reformą systemu ubezpieczeń społecznych (Dz. U. Nr 106, poz. 673),
- ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o pracowniczych programach emerytalnych (Dz. U. Nr 139, poz. 932),
- ustawą z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U. Nr 139, poz. 934),
- ustawy z dnia 4 września 1997 r. o funduszach przemysłowych i związku ich prywatyzacji z reformą ubezpieczeń społecznych (Dz. U. Nr 141, poz. 945)

oraz wraz z rozpatrywanymi obecnie przez Komisję Nadzwyczajną projektami ustaw:

- projektem ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (Druk Sejmowy nr 338),
- projektem ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Druk Sejmowy nr 339),
- tworzy kompleksowe podstawy prawne dla funkcjonowania zreformowanego systemu emerytalnego. Uchwalone ustawy stworzyły podstawę dla budowy II filaru ubezpieczenia emerytalnego, zaś rozpatrywane projekty ustaw (druki sejmowe nr 338 i 339) dotyczą gruntownej przebudowy I filaru ubezpieczenia emerytalnego. Przedłożony projekt ustawy (Druk Sejmowy nr 447) stanowi uzupełnienie ustaw regulujących II filar.

Według projektu ustawy o zakładach emerytalnych, zakład emerytalny w formie spółki akcyjnej ma prowadzić działalność polegającą na oferowaniu i wypłacaniu dożywotnich emerytur członkom otwartych funduszy emerytalnych w ramach tzw. II filaru zreformowanego systemu emerytalnego. W ramach tego filaru mają więc działać **otwarte fundusze emerytalne** o charakterze powszechnym i obowiązkowym, gromadzące składki wpłacane przez członków i dokonujące ich bezpiecznej lokaty na rynku finansowym oraz **zakłady emerytalne** zapewniające dożywotnią wypłatę świadczeń emerytalnych ze środków transferowanych z otwartych funduszy emerytalnych.

Projekt ustawy przewiduje, że środki gromadzone przez pracowników w czasie ich aktywności zawodowej w otwartych funduszach emerytalnych będą przekazywane przez te fundusze do zakładów emerytalnych, z którymi członkowie funduszy zawrą umowę emerytalną dotyczącą wypłaty emerytury dożywotniej. W razie problemów finansowych zakładu emerytalnego wybranego przez świadczeniobiorcę, istnieje gwarancja wypłaty świadczenia z Funduszu Gwarantowanych Emerytur Dożywotnich, a w dalszej kolejności ze środków Skarbu Państwa. Zasadnicze pytanie, jakie nasuwa się przy czytaniu projektu ustawy, dotyczy celowości powoływania, dodatkowej w stosunku do funduszu otwartego, instytucji powierniczej - zakładu emerytalnego - pośredniczącej między funduszem emerytalnym a odbiorcą emerytury. Działalność zakładu emerytalnego w zakresie lokowania nagromadzonych środków w okresie dożycia świadczeniobiorcy powieła działalność wyspecjalizowanego funduszu emerytalnego. Gromadzone środki są pomnażane przez fundusz emerytalny (w okresie aktywności zawodowej

jego członków i odprowadzania składki do funduszu), a następnie w okresie wypłacania świadczeń przez zakład emerytalny, do którego nagromadzone środki mają być przekazywane w chwili osiągnięcia przez pracownika wieku emerytalnego.

Czy otwarty fundusz emerytalny, tak jak jest to obecnie w towarzystwach ubezpieczeniowych, nie może obracać tymi środkami przez cały okres - wpłacania składek i wypłacania emerytur? Czy potrzebne jest tworzenie dodatkowych struktur z dodatkową prowizją obciążającą nagromadzone wkłady emerytalne? Dlaczego funkcji zakładu emerytalnego nie mogą spełniać powszechne towarzystwa emerytalne?

Niestety w uzasadnieniu załączonym do projektu ustawy nie ma żadnych wyjaśnień dotyczących celowości tworzenia takich instytucji w ramach II filaru tworzonego systemu emerytalnego.

Według proponowanych regulacji, w celu zapewnienia sobie świadczeń w ramach II filaru systemu ubezpieczeniowego, świadczeniobiorca musi:

- 1) zawrzeć umowę z otwartym funduszem emerytalnym w celu uzyskania jego członkostwa,
- 2) zawrzeć również tzw. umowę emerytalną z zakładem emerytalnym, na podstawie której ma nastąpić wypłacanie emerytury dożywotniej.

Każdemu świadczeniobiorcy potrąca się więc część składek dwukrotnie:

- 1) na pokrycie kosztów zarządzania otwartym funduszem emerytalnym przez powszechne towarzystwo emerytalne (według art. 134 ust. 1 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych otwarty fundusz może pobierać opłaty w formie potrącenia w określonej procentowo kwoty z wypłacanych składek, z zastrzeżeniem, że potrącenie to dokonywane jest przed przeliczeniem składek na jednostki rozrachunkowe oraz w formie potrącenia określonej kwoty ze środków na rachunku członka funduszu),
- 2) w postaci proponowanej prowizji na rzecz zakładu emerytalnego w dopuszczalnej maksymalnej wysokości 7% od transferowanych wkładów (art. 76 ust. 2 omawianego projektu ustawy).

Określenie maksymalnego poziomu potrącenia pobieranego przez zakłady emerytalne na dość wysokim poziomie uzasadniono dużymi kosztami organizacyjnymi (tworzenie zupełnie nowych instytucji) i obawą, że zbyt niski poziom potrąceń spowoduje brak chętnych do prowadzenia działalności na rynku zakładów emerytalnych.

Z punktu widzenia świadczeniobiorców projektowany II filar systemu emerytalny można uznać za nadmiernie kosztowny, albowiem tworzy wiele nowych instytucji i mnoży czynniki zwiększające koszty administracyjne.

Wątpliwości wzbudzają zasady podziału nadwyżki z aktywów pomiędzy zakładem emerytalnym a świadczeniobiorcami. Według art. 92 projektu ustawy zakład emerytalny:

- nie może dokonać podziału nadwyżki z tytułu lokowania środków świadczeniobiorców, jeżeli wartość aktywów stanowiących pokrycie funduszu rezerw technicznych jest niższa niż 110% aktualnej wartości wszystkich bieżących i przyszłych zobowiązań wynikających z zawartych umów emerytalnych (dochody z lokowania powiększają wówczas w całości aktywa stanowiące pokrycie funduszu rezerw technicznych - art. 88 ust. 3 projektu ustawy),
- może, ale nie musi, dzielić nadwyżki, gdy wartość aktywów stanowiących pokrycie funduszu rezerw technicznych jest wyższa niż 110% a niższa niż 115% aktualnej wartości wszystkich bieżących i przyszłych zobowiązań wynikających z zawartych umów emerytalnych (podziałowi podlega nadwyżka ponad 110%),

- jest zobowiązany dokonać podziału nadwyżki aktywów stanowiących pokrycie funduszu rezerw technicznych, gdy wartość aktywów jest wyższa niż 115% aktualnej wartości wszystkich bieżących i przyszłych zobowiązań wynikających z zawartych umów emerytalnych (obowiązkowemu podziałowi podlega nadwyżka ponad 115%).

Reasumując: lokowanie przez zakład emerytalny środków zgromadzonych przez świadczeniobiorców służy przede wszystkim zachowaniu wypłacalności całego systemu w II filarze. Dla zakładu emerytalnego i dla świadczeniobiorców opłacalne jest osiąganie zysków z lokat powyżej 115%, albowiem dopiero wtedy 1/4 nadwyżki ponad 115% zakład zobligowany jest przeznaczyć na powiększenie środków własnych, a resztę - 3/4 nadwyżki - musi podzielić wśród wszystkich świadczeniobiorców w postaci jednorazowych wypłat. W przypadku osiągnięcia nadwyżki powyżej 110% a poniżej 115% każdy zakład emerytalny może kształtować własną politykę (przeznaczać tę nadwyżkę do podziału lub nie) i w ten sposób stosować zachęty do zawierania umów przez kolejne roczniki świadczeniobiorców.

Wydaje się, że proporcje podziału zysku są niekorzystne dla świadczeniobiorców. W uzasadnieniu brakuje wyjaśnienia, dlaczego zakład emerytalny powinien zachować aż 1/4 całego zysku. Ponadto przypomnijmy, że świadczeniobiorca po zawarciu umowy emerytalnej z danym zakładem nie może jej rozwiązać i zawrzeć umowy z innym zakładem emerytalnym (art. 60 projektu ustawy), co oznacza, że konkurencyjność pomiędzy zakładami emerytalnymi jest ograniczona.

Warto też zwrócić uwagę na problem gwarancji wypłaty świadczeń przez państwo. Art. 102 ust. 5 projektu ustawy stanowi, że wypłaty indywidualnych emerytur dożywotnich z Funduszu Gwarantowanych Emerytur Dożywotnich są gwarantowane przez Skarb Państwa, ale według ust. 4 minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe zasady ustalania wysokości indywidualnej emerytury dożywotniej wypłacanej ze środków Funduszu Gwarantowanych Emerytur Dożywotnich. Taki zapis oznacza, że świadczeniobiorca w przypadku likwidacji zakładu emerytalnego nie ma gwarancji, że będzie otrzymywał emeryturę w wysokości ustalonej w umowie emerytalnej z zakładem emerytalnym.

Zwróćmy ponadto uwagę, że projekt ustawy reguluje zasady tworzenia i działalności zakładów emerytalnych, które mają działać w formie spółek akcyjnych a uzyskanie zezwolenie będzie zależało od decyzji Urzędu Nadzoru nad Funduszami Emerytalnymi. Decyzja ta będzie uzależniona od nagromadzenia przez zainteresowane podmioty środków pieniężnych na pokrycie kapitału akcyjnego zakładu w wysokości co najmniej 7 000 000 ECU (art. 7 projektu ustawy). Jest to kwota wyższa niż w przypadku powszechnego towarzystwa emerytalnego, dla którego minimalna wysokość kapitału akcyjnego została określona na poziomie 4 000 000 ECU (art. 31 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych). Ponadto, zakład obowiązany jest dysponować własnymi środkami co najmniej na poziomie marginesu wypłacalności oraz kapitałem gwarancyjnym w wysokości dwóch trzecich tego marginesu i nie mniejszym niż minimalna wysokość kapitału gwarancyjnego określona w rozporządzeniu Rady Ministrów. Powstaje pytanie, co się stanie, gdy z powodu tych zabezpieczeń, mimo korzystnych rozwiązań zawartych w ustawie, nie będzie chętnych podmiotów do założenia zakładów emerytalnych, lub ich ilość nie będzie wystarczająca. Czy nie będzie to obliżować Skarb Państwa do tworzenia zakładów emerytalnych w formie spółek Skarbu Państwa (czy przewiduje się odpowiednie regulacje prawne odnoszące się do tej ewentualności)?

Z tego względu oraz z możliwości powstawania niedoborów finansowych, budzi wątpliwości także przedstawiona w uzasadnieniu do projektu ustawy ocena finansowych konsekwencji funkcjonowania zakładów emerytalnych. Autorzy projektu nie określają przewidywanych skutków finansowych proponowanego rozwiązania, przewidując ich powstanie po 2007 roku. Projekt ustawy powinien jednak zawierać długoterminową prognozę skutków dla budżetu państwa. Ocena kosztów wprowadzanych rozwiązań i skutków dla podatnika i świadczeniobiorcy powinna być jednym z kryteriów oceny tej formy rozwiązań instytucjonalnych w ramach II filaru systemu emerytalnego.

Opracowały: Ewa Czerwińska, Bożena Kłos

Opinia prawna do rządowego projektu ustawy o zakładach emerytalnych (Druk Sejmowy nr 447)

Uwaga wstępna: nie jest zrozumiała sama istota projektu polegająca na powoływaniu dwóch odrębnych instytucji:

1) otwartych funduszy emerytalnych gromadzących środki (działać one będą na podstawie ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych - Dz. U. z 1997 r. Nr 139, poz. 934) i

2) zakładów emerytalnych wypłacających świadczenia (działać one będą na podstawie opiniowanego projektu ustawy).

Kwestia ta jest omawiana w innej opinii sporządzonej przez BSE, dlatego też nie rozwijam tego wątku ograniczając się do stwierdzenia, że proponowane rozwiązanie jest drogie dla świadczeniobiorców, a jego celowość nie jest objaśniona w uzasadnieniu do projektu.

Proponowane rozwiązanie jest logiczną konsekwencją rozwiązań przyjętych w ustawie o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, tym niemniej nie wiadomo jaki jest cel istnienia dwóch odrębnych instytucji wykonujących w sumie jedno zadanie.

Dalej w kolejnych punktach zamieszczać będę jedynie uwagi krytyczne do poszczególnych artykułów lub rozdziałów projektu.

1. do art. 3.

1) W ust. 1 projektodawca użył zwrotu "przedmiot przedsiębiorstwa zakładu obejmuje...itd." Sądę, że projektodawca skopiował sformułowanie przyjęte w art. 162, 166, 309 i 330 kodeksu handlowego, nie można więc postawić zarzutu, że jest to sformułowanie błędne. Tym niemniej wydaje się ono niezręczne. "Normalna" spółka może mieć różne przedsiębiorstwa; hutę, tartak, i dom towarowy a oprócz tego wytwarzać programy komputerowe. Każde z tych rodzajów działalności jest osobnym przedsiębiorstwem w rozumieniu artykułu 51'1 kodeksu cywilnego. Określenie "przedmiot przedsiębiorstwa spółki" użyte w Kodeksie handlowym należy rozumieć jako określenie "czym spółka będzie się zajmować, jaki rodzaj działalności gospodarczej będzie prowadzić". Zakład emerytalny będzie mógł mieć tylko jedno przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 51'1 kc i będzie mógł prowadzić tylko ściśle określoną działalność. Wydaje się więc, że zrzeczniej byłoby zapisać w ustawie; działalność zakładu polega na; przyjmowaniu wypłat transferowych od otwartych funduszy emerytalnych, lokowaniu środków uzyskanych w ramach tych wypłat oraz wypłacaniu emerytur i świadczeń gwarancyjnych.

2) Redakcja ustępu 2 ma też inną wadę. Przedmiot przedsiębiorstwa zakładu obejmuje bowiem jedynie przyjmowanie wypłat oraz wykorzystywanie ich na wypłatę emerytur i świadczeń gwarancyjnych. Projektodawca pominął tak istotny element działalności zakładu jak lokowanie środków. Zakład działający zgodnie z ust. 1 ograniczałby się do roli przechowawcy pieniędzy i wypłacającego emerytury i świadczenia gwarancyjne. Z dalszych przepisów projektu (zwłaszcza art. 93) wynika, że lokowanie środków jest podstawową formą działania zakładu, dlatego sądę, że powinno znaleźć odzwierciedlenie w redakcji ust. 2 art. 1.

3) Ust. 2 zredagowany jest niezręcznie.

Lepsza byłaby treść;

"Działalność określoną w ust. 1, z wyjątkiem lokowania środków, może prowadzić wyłącznie zakład."

Zastrzeżenie nazwy "emerytura dożywotnia" należy przenieść do rozdziału 9.

2. do art. 7

Wysokość kapitału akcyjnego zakładu określona została jako równowartość 7.000.000,- ECU.

Po przeliczeniu daje to kwotę około 34.300.000,- złotych. Po co jednak odwoływać się do ECU, skoro są złotówki? Takie odwołania do ECU były już w ustawodawstwie praktykowane, ale odbywało się to w czasach dużej inflacji. Określanie niezbędnego kapitału w ECU spełniało rolę stabilizującą. Obecnie, kiedy inflacja jest już umiarkowana, cel ten odpada. Może jest jakiś inny cel, nie został on jednak objaśniony w uzasadnieniu.

3. do art. 14 w związku z art. 16, 22 i 24

1) Nie wiadomo, co ma oznaczać użyte w ust. 1 w punkcie 4) sformułowanie "daje rękojmię należytego wykonywania funkcji członka zarządu".

Gdyby posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych, niekaralność i wyższe wykształcenie były kwalifikacjami wystarczającymi do wykonywania zarządu, to projektodawca nie zamieszczałby punktu 4). Skoro jednak projektodawca zamieścił punkt 4), to znaczy, że kandydat musi mieć jeszcze jakieś cechy nie opisane w punktach od 1) do 3). Na ogół przez określenie "daje rękojmię należytego wykonywania funkcji" rozumiemy, że cieszy się dobrą reputacją, dobrą opinią, a w szczególności cieszy się dobrą opinią u oceniającego. Tym samym dajemy oceniającemu swobodę w ocenie.

Z ust. 3 wynika, że ta ocena dokonywana jest na podstawie dokumentów załączonych do wniosku o zezwolenie na utworzenie zakładu, to jest na podstawie dokumentów wymienionych w art. 22 pkt 5) i 6). Z lektury punktów 5) i 6) artykułu 22 można wywnioskować, że o dawaniu lub niedawaniu przez kandydata rękojmi decydować będzie dotychczasowa jego działalność zawodowa i ewentualnie rodzaj (kierunek) posiadanego wyższego wykształcenia. Wydaje się, że to bardzo wątpliwa podstawa do uznania, czy kandydat daje rękojmię, czy nie. Skutki uznania kandydata za nie dającego rękojmi są natomiast ogromne. Zgodnie z art. 24 pkt 3) Urząd Nadzoru odmawia zezwolenia na utworzenie zakładu, jeżeli członkowie władz nie dają rękojmi. Przez użyte w art. 24 pkt 3) określenie "członkowie władz statutowych" należy rozumieć, że przynajmniej dwóch członków władz musi nie dawać rękojmi.

2) Ponadto w art. 14 ust. 1 pkt 4) użyto sformułowania "daje rękojmię należytego wykonywania funkcji członka zarządu", a w art. 24 pkt 3) użyto innego sformułowania;

"nie dają rękojmi prowadzenia spraw zakładu w sposób zapewniający należyłą ochronę interesów świadczeniobiorców lub beneficjentów". Należy domniemywać, że te różne określenia mają różną treść. Otwarte pozostaje pytanie, na czym polega różnica.

W omawianych przepisach Projektodawca raczej poruszył istotny problem niż go rozwiązał. A problem można sformułować obrazowo: czy sławny i opisywany w prasie gangster może być członkiem zarządu lub rady nadzorczej zakładu? Czy chory psychicznie może być w zarządzie zakładu? (chory psychicznie mógłby, ale Albert Einstein nie mógłby, bo nie ukończył studiów. Konstytucyjna zasada państwa prawa prowadzić może do paradoksów). Projektodawca nie poradził sobie z tym problemem. Sądzę, że omawiane przepisy wymagają dopracowania.

3) W ust. 4 użyto niefortunnego określenia "...zakład jest obowiązany niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 6 miesięcy dostosować swą działalność do wymogów określonych w ustawie." Z przepisu wynika, że projektodawca ma na myśli nie działalność zakładu, ale skład zarządu. Omawiany fragment ust. 4 powinien więc mieć brzmienie;

"zakład jest zobowiązany niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 6 miesięcy dostosować skład zarządu do wymogów określonych w ustawie."

4) Ustęp 4 art. 16 zredagowany jest wadliwie. Intencją projektodawcy jest, jak sędzę, żeby członkowie rad nadzorczych także dawali rękojmię, żeby tę rękojmię Urząd Nadzoru mógł sprawdzać i aby zakład był zobowiązany do zapewnienia właściwego składu rady nadzorczej. W zdaniu pierwszym jest chyba błąd maszynowy polegający na dwukrotnym użyciu słowa "do", ponadto nie używa się sformułowania "do przepisu ... stosuje się przepis..." ale "do członków rady nadzorczej stosuje się przepis..." albo "do powoływania członków rady nadzorczej stosuje się przepis...".

5) W podsumowaniu tej części rozważań dochodzę do wniosku, że art. 14, 16, 22, 24 powinny ulec przeredagowaniu.

4. do art. 18

1) w ust. 1 pkt 3) jest mowa o osobach pozostających z zakładem w stosunku zlecenia ...itd. W punkcie 4) jest mowa o pracownikach podmiotów pozostających z zakładem a stosunku, o którym mowa w ust. 3. Raz używa się słowa "osoby", drugi raz "pracownicy podmiotów". Sądzę, że lepiej w ustępie 3 użyć sformułowania "podmioty pozostające z zakładem...itd." Określenie "podmioty" jest szersze, oznacza osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki nie mające osobowości prawnej.

5. do rozdziału 3

1) Rozdział jest zatytułowany "Warunki podejmowania działalności przez zakłady emerytalne." Prawo polskie rozróżnia powstanie podmiotu gospodarczego od podjęcia działalności przez ten podmiot. Z tak sformułowanego tytułu można więc wnosić, że założyciele mogą zawiązać spółkę akcyjną wyłącznie z własnej woli, a następnie po jej zarejestrowaniu w sądzie rejestrowym muszą zwrócić się do Urzędu Nadzoru o zgodę na podjęcie działalności. Zgodnie z art. 21 projektu zgody wymaga jednak nie podjęcie działalności przez zakład ale samo utworzenie zakładu. Powstaje zatem niepewność, co oznacza zwrot "utworzenie zakładu". W kodeksie handlowym, który z mocy art. 20 projektu stosuje się do zakładów, używa się określenia "zawiązanie" spółki, a nie określenia "utworzenie" spółki.(patrz art. art. 310 § 1, 329, 331 § 1 kh).

Wydaje się, że projektodawca niedokładnie powieliła sformułowanie zawarte w art. 310 § 1 kodeksu handlowego, zgodnie z którym "spółka akcyjna, której przedsiębiorstwo ma znaczenie państwowe lub charakter użyteczności publicznej, może być zawiązana jedynie za zezwoleniem Ministra Przemysłu i Handlu... itd.". Zgodnie z praktyką wykształconą na gruncie kodeksu handlowego zgoda na zawiązanie spółki była wyrażana przez Ministra Przemysłu i Handlu przed sporządzeniem aktu zawiązania spółki i oznaczała zgodę na sporządzenie aktu przez notariusza i na zarejestrowanie spółki w sądzie rejestrowym.

Wątpliwości co do znaczenia słowa "utworzenie" powiększa lektura kolejnych przepisów. W art. 22 pkt 2) użyto sformułowania "zgodę założycieli na zawiązanie zakładu... itd.". A więc

projektodawca rozróżnia pojęcia "utworzenie" i "zawiązanie", a skoro używa dwóch różnych pojęć, to znaczy, że mają one różne znaczenie. Określenie "utworzenie" powinno zatem oznaczać nie sporządzenie aktu notarialnego ale chyba zarejestrowanie spółki.

Z kolei w punkcie 3) tego samego artykułu zobowiązano założycieli do złożenia regulaminu organizacyjnego zakładu. Regulamin, żeby mógł być obowiązujący wobec wszystkich podmiotów zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej zgodnie z art. 18 ust. 1 projektu, musi być wydany przez zarząd spółki, a zarząd spółki jest skutecznie powołany dopiero z chwilą wpisania do rejestru. Czyli najpierw trzeba wpisać zarząd do rejestru handlowego, potem tenże zarząd może wydać regulamin organizacyjny, a dopiero potem regulamin ten można załączyć do wniosku o zezwolenie na utworzenie zakładu. Może więc zezwolenie na utworzenie jest w istocie nie zezwoleniem na zarejestrowanie spółki ale zezwoleniem na podjęcie działalności wydawanym już po rejestracji, jak to sugeruje tytuł rozdziału?

W efekcie nie jest jasne, co oznacza zgoda na utworzenie zakładu. Może ona oznaczać:

- a) zgodę na sporządzenie aktu notarialnego, czyli na zawiązanie spółki,
- b) zgodę na rejestrację spółki,
- c) zgodę na podjęcie działalności przez zarejestrowaną już spółkę.

Te wątpliwości należy rozstrzygnąć przez jednoznaczłą redakcję przepisów projektu.

2) Zgodnie z art. 22 pkt 7) do wniosku należy dołączyć dokumenty przedstawiające sytuację finansową wszystkich założycieli w okresie ostatnich 5 lat poprzedzających datę złożenia wniosku. Z kolei w art. 24 pkt 5) jest mowa o udowodnieniu pochodzenia i posiadania środków własnych.

Określenie "dokumenty przedstawiające sytuację finansową" znaczy co innego niż "udowodnienie pochodzenia i posiadania środków własnych". Jeżeli projektodawca wymaga od założycieli udowodnienia pochodzenia kapitału, to powinien obowiązek taki wyraźnie zapisać w art. 22 albo w art. 6, gdzie jest także mowa o pochodzeniu kapitału, a nie wprowadzać ten obowiązek niejako "od tyłu".

3) Podobna uwaga dotyczy punktu 8) czyli funduszu organizacyjnego. Nie wiadomo także, co oznacza określenie "utworzenie administracji zakładu".

4) W podsumowaniu dochodzę do wniosku, że rozdział 3 powinien zostać przeredagowany.

6. do art. 54

Zgodnie z przepisem umowę emerytalną można zawrzeć tylko z jednym zakładem. Takie rozwiązanie ogranicza swobodę osób uprawnionych. Może jest ono słuszne ale w uzasadnieniu nie wyjaśniono dlaczego?

7. do art. 60

Zgodnie z przepisem umowa emerytalna jest nierozwiązywalna nawet w przypadku, gdy uprawniony ma informacje o kiepskiej kondycji zakładu. Może jest to rozwiązanie słuszne, ale nie jest ono objaśnione w uzasadnieniu. Być może projektodawca obawia się powielenia doświadczeń chilijskich, gdzie podobna umowa jest rozwiązywalna, co prowadzi do zacieklej konkurencji pomiędzy zakładami. Efektem tej konkurencji są ogromne wydatki na reklamę obciążające oczywiście koszty działania zakładów, a tym samym pomniejszające wypłacane emerytury.

8. do art. 76

Zgodnie z ust. 2 z otrzymanej wypłaty transferowej zakład może potrącić do 7% na pokrycie kosztów związanych z prowadzoną działalnością. Bardziej precyzyjne byłoby określenie "na pokrycie kosztów swojej działalności". Te 7% pomniejsza kapitał zgromadzony przez uprawnionego. Gdyby emerytury wypłacał fundusz emerytalny, to tego kosztu nie byłoby

9. do art. 80

W ust. 3 użyto określenia "minister właściwy do spraw instytucji finansowych". Określenie takie nie jest praktykowane i może wprowadzać w błąd. Należy precyzyjnie określić "Minister Finansów" albo "Minister Skarbu Państwa" albo wskazać jeszcze innego ministra.

10. do art. 86

Zgodnie z ust.4 zdanie ostatnie ustanowienie zarządu komisarycznego nie wpływa na organizację i sposób działania zakładu. Po co w takim razie ustanawiać taki zarząd ? Wydaje się, że celem ustanowienia zarządu komisarycznego powinno być właśnie dokonanie takich zmian organizacyjnych, kadrowych i innych, które usprawnią działanie zakładu i spowodują jego uzdrowienie. Omawiane zdanie jest błędnie zredagowane.

11. do art. 92

Zgodnie z ust. 3 czwartą część, tj. 25 %, aktywów podlegających podziałowi zakład przeznacza na powiększenie środków własnych, a 75 % wypłaca uprawnionemu do emerytury. To podział bardzo korzystny dla zakładu. W działającej na polskim rynku Nationale Nederlanden podobny podział dokonuje się w proporcjach 15% dla zakładu i 85% dla klienta. Lepszym rozwiązaniem byłoby chyba określenie tylko górnej granicy części przypadającej dla zakładu, np. nie więcej niż 20%, i pozostawienie tej kwestii do uznania zakładu. Takie rozwiązanie zwiększyłoby konkurencję pomiędzy zakładami.

12. do art. 106

Zgodnie z ust. 6 po sporządzeniu protokołu kontroli Urząd Nadzoru zawiadamia zakład o stwierdzonych nieprawidłowościach. Jest wykształconym zwyczajem, mającym oparcie w przepisach prawa, że kontrolowany podpisuje protokół kontroli albo przynajmniej otrzymuje jego egzemplarz. Ma to istotne znaczenie dla kontrolowanego. Z treści ustępu 6 można natomiast wnioskować, że kontrolowany w ogóle nie dostaje protokołu.

13. Uwagi końcowe

Oprócz wad omówionych powyżej w projekcie jest także dużo błędów drobniejszych. Sposób redagowania i stylistyka przepisów są niezręczne, sprawiają, że projekt "ciężko się czyta". Projekt sprawia wrażenie, że zabrakło nieco czasu na jego dopracowanie.

Opracował: Piotr Krawczyk

Opinia prawna nt. rządowego projektu ustawy - Przepisy wprowadzające reformę ustroju szkolnego (Druk Sejmowy nr 747)

Przedłożony do zaopiniowania rządowy projekt ustawy - Przepisy wprowadzające reformę ustroju szkolnego, jest konsekwencją postanowień art. 6 ustawy z dnia 25 lipca 1998 r. o zmianie ustawy o systemie oświaty (Dz. U. Nr 117, poz. 759), zgodnie z którym zasady oraz termin wejścia w życie przepisów związanych z tworzeniem i funkcjonowaniem szkół przewidzianych w nowym ustroju szkolnym określić miała odrębna ustawa.

Podstawowym problemem związanym z opiniowanym projektem jest harmonogram wprowadzania zmian w strukturze szkolnictwa, wynikający z ustalonych w projekcie terminów tworzenia i funkcjonowania poszczególnych szczebli nauczania.

Zgodnie z postanowieniami ustawy przepisy dotyczące sześcioletnich szkół podstawowych i gimnazjów oraz obowiązku szkolnego w nich realizowanego zaczną obowiązywać z dniem 1 września 1999 r. Natomiast przepisy dotyczące tworzenia i funkcjonowania szkół ponadgimnazjalnych oraz obowiązku szkolnego z nimi związanego zaczną obowiązywać z dniem 1 września 2002. Oczywiście różnice związane z różnymi terminami wejścia w życie poszczególnych szczebli wynikają z konieczności zapewnienia tym uczniom, którzy w dotychczasowym systemie edukacji są dalece zaawansowani, możliwości ukończenia edukacji na dotychczasowych zasadach, co wydaje się być rozwiązaniem racjonalnym i w pełni uzasadnionym.

Reformę edukacji postrzegać należy na tle innych reform, których przeprowadzenie zostało już rozpoczęte.

Przebudowa systemu edukacji jest jedną z czterech podstawowych reform państwowych. Jej szeroki zakres oraz zwłaszcza powiązanie z reformą ustrojową państwa oraz sytuacja demograficzna kraju powodują, że zdecydowano się na szybkie wprowadzanie zmian. Niemniej jednak nie sposób nie zauważyć, iż terminy zawarte w projekcie, w związku z obowiązkami nałożonymi na podmioty prowadzące szkoły zarówno publiczne jak i niepubliczne placówki wydają się nieco nierealne.

Zgodnie z § 2 projektu rozporządzenia ministra właściwego do spraw oświaty i wychowania, które ma zostać wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 1 projektu ustawy, organy prowadzące publiczne szkoły podstawowe i gimnazja do *dnia 31 marca 1999 r.* mają przygotować dokumentację związaną z przekształceniami organizacyjnymi dotychczasowych publicznych szkół podstawowych oraz tworzeniem gimnazjów publicznych. Z kolei na podstawie § 7 projektu rozporządzenia dyrektorzy tych szkół do *dnia 10 maja 1999 r.* winni sporządzić i przekazać organom prowadzącym szkoły i kuratoriom oświaty wykazy nauczycieli i innych pracowników tych szkół, którym w związku ze zmianami organizacyjnymi nie będzie można zapewnić zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy.

Ponadto zgodnie z art. 8 projektu rady gmin do dnia *1 marca 1999 r.* mają ustalić sieć gimnazjów publicznych oraz granice ich obwodów.

Z art. 11 projektu wynika obowiązek osób prawnych i fizycznych, zamierzających założyć i prowadzić od dnia 1 września 1999 r. gimnazja publiczne i niepubliczne złożenia w terminie do

dnia 30 czerwca 1999 r., w pierwszym przypadku wniosku o udzielenie zezwolenia, w drugim natomiast wniosku o wpis do ewidencji.

Z przeglądu terminów zawartych w projekcie ustawy jasno wynika, iż dostosowane są one do tego aby nowy system edukacji mógł zacząć obowiązywać od roku szkolnego 1999/2000.

Niemniej jednak wskazać należy, iż obecnie projekt niniejszej ustawy znajduje się w fazie przed I czytaniem, a jednocześnie jest już połowa grudnia 1998 r. Tym samym konieczne jest dokonanie I, II i III czytania w Sejmie, następnie zajęcie wobec projektu ustawy stanowiska przez Senat, podpisanie ustawy przez prezydenta, opublikowanie ustawy i w końcu upływanie okresu *vacatio legis* (14 dni), aby opiniowany projekt ustawy stał się obowiązującym prawem. W praktyce może to oznaczać, iż opiniowany projekt ustawy wejdzie w życie w pierwszym kwartale 1999 r. i może *de facto* uniemożliwić dotrzymanie nałożonych na podmioty terminów, o których była mowa wyżej.

Podniesiony powyżej wniosek nie może jednak stanowić skutecznego argumentu na poparcie tezy o konieczności przesunięcia reformy systemu szkolnego na rok szkolny 2000/2001, a tym samym przesunięcia terminu tworzenia i funkcjonowania szkół ponadgimnazjalnych na dzień 1 września 2003 r.

W praktyce bowiem znane są przypadki sprawnego przeprowadzenia procesu legislacyjnego projektów ustaw.

W tej mierze możliwość wprowadzenia reformy szkolnej w terminach określonych w projekcie należy oceniać w kontekście szybkiej pracy parlamentu.

W związku z przedmiotowym projektem ustawy podnieść również należy, iż prace nad jego uchwaleniem dzięki poprawności i klarowności poszczególnych przepisów sprzyjać mogą skróceniu czasu pracy obu izb.

W zasadzie zarówno projekt, jak również załączone projekty aktów wykonawczych nie budzą większych wątpliwości zarówno natury prawnej, jak i legislacyjnej.

Podnieść jednak należy, iż nieco wątpliwości mogą budzić postanowienia art. 7 projektu, przewidujące możliwość obsadzenia stanowiska dyrektora gimnazjum bez przeprowadzania konkursu (ograniczone czasowo do 31 sierpnia 2001 r.). Zrozumiałym jest, iż podyktowane jest to koniecznością skrócenia procedur i tym samym powołaniem odpowiednich struktur już z dniem 1 września 1999 r., niemniej jednak należałoby dobrze rozważyć konieczność odstępstwa od generalnej zasady obsady stanowiska dyrektora placówki oświatowej, tym bardziej, iż będą to *de facto* osoby, które w największym stopniu będą miały wpływ na przebieg, a tym samym powodzenie reformy edukacji.

Zastrzeżenia natury redakcyjnej budzi natomiast konstrukcja art. 8 ust. 2.

"Organy prowadzące gimnazja publiczne, do dnia 15 kwietnia 1999 r. powierzą stanowiska dyrektorów gimnazjów, z tym, że powierzenie następuje z dniem 1 września 1999 r."

Należałoby podjąć decyzję od kiedy i komu powierzyć należy stanowisko dyrektorów gimnazjów publicznych.

W obecnym brzmieniu tak naprawdę nie wiadomo kiedy następuje powierzenie obowiązków dyrektorom gimnazjów.

Wydaje się, że poprawniejszym byłoby zredagowanie powyższego przepisu w następujący sposób:

"Organy prowadzące gimnazja publiczne do dnia 15 kwietnia 1999 r. wyłonią kandydatów na stanowiska dyrektorów gimnazjów, którym powierzenie obowiązków nastąpi z dniem 1 września 1999 r."

Podsumowując stwierdzić należy, iż przedłożony projekt ustawy - Przepisy wprowadzające reformę ustroju szkolnego nie budzi większych zastrzeżeń natury prawnej. Podkreślić Jednak należy, iż dla sprawnego wprowadzenia reformy systemu szkolnego w Polsce w roku szkolnym 1999/2000, z zachowaniem terminów przewidzianych w opiniowanym projekcie niezbędne jest prowadzenie przez Sejm niezwykle sprawnie prac nad jego uchwaleniem.

Opracował: Dariusz Chrzanowski

Opinia nt. projektu ustawy o zmianie ustawy o kasach oszczędnościowo-budowlanych i wspieraniu przez państwo oszczędzania na cele mieszkaniowe (Druk Sejmowy nr 527)

1. Należy zwrócić uwagę, że proponowane przez Radę Ministrów zmiany w ustawie z dnia 5 czerwca 1997 r. o kasach oszczędnościowo budowlanych i wspieraniu przez państwo oszczędzania na cele mieszkaniowe (Dz.U 1997, nr 85, poz. 538) pozostawiają bez zmian jedynie cztery artykuły z liczącej 19 artykułów ustawy. Z punktu widzenia legislacyjnego właściwym rozwiązaniem byłoby uchycenie obecnie obowiązującej ustawy i wprowadzenie na jej miejsce całkowicie nowej.

2. Proponowane brzmienie art. 2 ust 2 zawiera dodatkowe uprawnienie dla Komisji Nadzoru Bankowego, a które polega na możliwości określenia w drodze uchwały szczególnych zasad dotyczących wielkości wyposażenia kas w kapitał założycielski.

W świetle obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, rozwiązanie takie może być uznane za wadliwe prawnie. Artykuł 87 ust. 1 Konstytucji stanowi o zamkniętym katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Wśród źródeł prawa powszechnie obowiązującego w RP, jedynym podustawowym aktem - poza aktami prawa miejscowego - jest rozporządzenie. Zgodnie z artykułem 92 ust. 1 Konstytucji zamknięty jest również katalog organów upoważnionych do wydawania rozporządzeń. Przepisy Konstytucji nie nadały żadnemu z organów NBP, ani Komisji Nadzoru Bankowego (która nie jest organem NBP) prawa do wydawania rozporządzeń - czyli podustawowych aktów wykonawczych o charakterze powszechnie obowiązującym.

Konstytucja wyodrębnia również inną kategorię źródeł prawa, a mianowicie źródła prawa wewnętrznego, przy czym krąg podmiotów upoważnionych do wydawania tego rodzaju aktów nie jest zamknięty, jednakże obowiązują one jedynie podmioty organizacyjnie lub służbowo podległe wydającemu je organowi. Prawo bankowe oraz Ustawa o listach zastawnych i bankach hipotecznych wyposażała Komisję Nadzoru Bankowego w prawo wydawania aktów prawa wewnętrznego, dotyczących zasad wyposażania banków w kapitał założycielski oraz zasady wnoszenia kapitału założycielskiego w bankach w formie spółek akcyjnych i bankach państwowych. Uprawnienie takie zostało również zaproponowane w projekcie ustawy o zmianie ustawy o kasach oszczędnościowo - budowlanych i wspieraniu przez państwo oszczędzania na cele mieszkaniowe.

Można bronić poglądu, że rozwiązanie takie na gruncie obowiązującej Konstytucji jest wadliwe, albowiem, pomijając w niniejszej opinii prawidłowość umocowania ciała nie będącego organem NBP do wydawania aktów prawa wewnętrznego, należy zauważyć, że tego rodzaju akt prawny nie może - właśnie jako akt prawa wewnętrznego - kształtować praw i obowiązków jednostek innych niż bezpośrednio podporządkowane NBP. Niewątpliwie banki tworzące kasy oszczędnościowo budowlane nie są takimi podmiotami. Ustawa wyraźnie stanowi bowiem wyraźnie (art 2 ust.1), że kasy budowano - mieszkaniowe są bankami tworzonymi w formie spółek akcyjnych, a zatem posiadają własną osobowość prawną i nie wchodzą w skład struktury

NBP. Tak więc, można twierdzić, że nie jest możliwe wydawanie przez Komisję Nadzoru Bankowego aktów prawnych zawierających normy, które miałyby obowiązywać kasy budowlano-mieszkaniowe.

W obecnym stanie prawnym, nie istnieje możliwość wydawania przez organy NBP aktów prawnych o powszechnie obowiązującej mocy (tym bardziej nie może tego robić jednostka NBP, nie będąca jego organem).

3. Zakładając, w przypadku przyjęcia powyższego stanowiska za prawidłowe, a zatem w konsekwencji ustalenia innego uregulowania prawnego w zakresie określania szczególnych zasad dotyczących wielkości wyposażenia kas w kapitał założycielski, niż wynikające z obecnego projektu (delegacja do wydania rozporządzenia przez uprawniony do tego organ), a także biorąc pod uwagę ogólny przepis art. 32 ust. 1 Prawa bankowego - stanowiący, że kapitał banku w formie spółki akcyjnej, nie może być niższy od równowartości w złotych 5.000.000 ECU, należałoby doprecyzować czy kapitał kas oszczędnościowo - budowlanych może być niższy od wymaganego prawem bankowym, czy też projektodawcy chodzi jedynie o możliwość podwyższenia wymaganej wielkości.

4. Proponowane brzmienie art. 4 oznacza, że kasy oszczędnościowo - budowlane, nie będą mogły dokonywać żadnych innych czynności bankowych przewidzianych w art. 5 prawa bankowego.

5. Art. 4 ust. 1 pkt. 3 należałoby uzupełnić o zapis: "ze środków uzyskanych z budżetu państwa".

6. Art. 4 ust. 2 wprowadza zmiany w odniesieniu do kas oszczędnościowo budowlanych w zakresie prawa do emisji bankowych papierów wartościowych. Utrzymano zasadę swobody emisji takich papierów przyznaną bankom w art. 89 - 92 prawa bankowego, wprowadzając zmianę w zakresie okresu emisji (do jednego roku) oraz podmiotu jaki musi być poinformowany o zamiarze emisji. Według prawa bankowego jest to Prezes NBP, według projektu ustawy - Komisja Nadzoru Bankowego. Brak jest wyjaśnienia przyczyny takiego uregulowania, odmiennego od przyjętego w prawie bankowym.

7. Istotą zaproponowanego w art. 5 ust. 2 pkt 1 systemu wykorzystywania przez kasy wolnych środków pieniężnych, jest zapewnienie ich maksymalnego bezpieczeństwa poprzez wprowadzenie zasady lokowania wolnych środków pieniężnych w papiery wartościowe emitowane lub gwarantowane przez podmioty publicznoprawne lub międzynarodowe instytucja finansowe W art. 5 ust 2 pkt. 2 i 3 wprowadzono dodatkowo możliwość lokowania wolnych środków na rachunkach lokat terminowych lub w bankowe papiery wartościowe, emitowane przez banki krajowe o kapitale własnym powyżej 10 mln. ECU. Banki takie nie posiadają gwarancji publicznoprawnych na przeprowadzanie takich emisji, a zatem bezpieczeństwo ulokowanych tak środków jest mniejsze, niż w przypadku lokat w papiery wartościowe emitowane przez podmioty publicznoprawne, lub przez nie gwarantowane.

8. W przypadku art. 5 ust. 3 uwaga podobna do zgłoszonej do art. 2 ust. 2. Nie wydaje się, aby w obecnie obowiązującym porządku konstytucyjnym, Komisja Nadzoru Bankowego mogła wydawać tego rodzaju powszechnie obowiązujące akty prawne.

9. W art. 5 ust. 4 należy dokładnie określić na co mogą być wykorzystane środki o których mowa w art. 5 ust. 3.

10. Zgodnie z art. 2 ust. 1, do uregulowania działalności kas mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo bankowe. Zgodnie z art. 54 ust 1 Prawa bankowego, otwarcie rachunku

bankowego następuje przez zawarcie z bankiem umowy na piśmie. Ustęp 2 cyt. artykułu, wylicza co w szczególności powinna określać taka umowa. Należy przyjąć, wobec braku uchylecia w projekcie ustawy powyższego obowiązku, że “umowa docelowego oszczędzania”, o której mowa w art. 7 projektu, jest dodatkową umową do umowy rachunku bankowego, a zatem należałoby dokonać koordynacji zapisów obu artykułów, celem uniknięcia nieporozumień. O ile zamiarem projektodawców jest uchylenie obowiązku, o którym mowa w art. 54 Prawa bankowego, to wówczas należy wprowadzić odpowiedni przepis do projektu. W art. 7.1 projektu należałoby dodać następujące punkty:

- określenie stron umowy;
- określenie waluty rachunku (projekt nie przewiduje, że oszczędzanie może być prowadzone jedynie w złotych);

Ponadto dalszego rozwinięcia wymaga punkt 4 “warunki gromadzenia wkładu oszczędnościowego” - jest on w obecnym brzmieniu niejasny.

11. Art. 7 ust. 2 jest sformułowany mało precyzyjnie. Z zapisu zdania pierwszego można wnioskować, że kasa, w przypadku przejściowego braku środków na udzielanie kredytów może być całkowicie zwolniona z obowiązku udzielenia kredytu. Z kolei zdanie drugie nie przewiduje trybu, w jakim należy ustalić kolejność przydzielania środków i udzielania kredytów.

Sformułowanie “terminy zawarcia umowy kredytu możliwie najkrótsze”, jest na tyle nieostre, że może prowadzić w praktyce do zupełnej dowolności w przydzielaniu środków i udzielaniu kredytów. Nie jest wiadome w jaki sposób należy dokonać podziału środków i zawierać umowy z oszczędzającymi, z którymi powinno się zawrzeć umowę w trybie bieżącym oraz z oszczędzającymi, dla których w ich terminie zawarcia umowy, zabrakło środków.

12. Rozwiązanie wprowadzone w art. 13a - 13e jest wzorowane na istniejącym rozwiązaniu zawartym w Dziale IV ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 o listach zastawnych i bankach hipotecznych (Dz. U. 1997, nr 140, poz. 940). Polega ono, na wprowadzeniu do niektórych rodzajów instytucji bankowych odrębnego czynnika kontroli działalności prowadzonej przez dany rodzaj banków. W zamiarze projektodawców wprowadzenia do kas budowlano - mieszkaniowych męża zaufania ma prowadzić do ścisłej kontroli - przez organ niezależny od zarządu kasy, a będący stale obecny w siedzibie kasy - kontroli postanowień przepisów wewnętrznych kas, w tym w szczególności newralgicznej kwestii kolejności zawierania umów. W zakresie wykonywania swoich czynności, mąż zaufania posiada określone w ustawie kompetencje rewizyjne oraz obowiązek powiadamiania, w przypadku stwierdzenia uchybień w działalności kasy, organu Narodowego Banku Polskiego odpowiedzialnego za nadzór nad działalnością bankową - Komisji Nadzoru Bankowego. Mąż zaufania nie podlega poleceniom Komisji Nadzoru Bankowego. Rozwiązanie to należy uznać za słuszne.

Ogólnie projekt należy ocenić dobrze, ze względu na wprowadzone zmiany dotyczące minimalizacji ryzyka działalności kas oraz doprecyzowanie zasad regulujących system naliczania, udzielania i rozliczania premii. Funkcjonowanie kas budowlano mieszkaniowych, zależy w pierwszym rzędzie od zainteresowania podmiotów, które byłyby skłonne do zainwestowania w ten rodzaj działalności oraz od wydolności budżetu państwa i możliwości udzielania zagwarantowanych premii, co jednak pozostaje poza analizą prawną przedstawionego projektu.

Opracował: Andrzej Kurkiewicz

Opinia prawna do poselskiego projektu ustawy o Narodowych Funduszach Uwłaszczeniowych oraz o zasadach powszechnego uwłaszczenia obywateli (Druk Sejmowy nr 600)

W kolejnych punktach przedstawię uwagi krytyczne lub wątpliwości.

Będę używał skrótów:

NFI - na oznaczenie narodowych funduszy inwestycyjnych działających na podstawie ustawy z dnia 30 kwietnia 1993 r. o narodowych funduszach inwestycyjnych i ich prywatyzacji (Dz. U. Nr 44 z 1993 r. poz. 202),

NFU - na oznaczenie narodowych funduszy uwłaszczeniowych, o których mowa w przepisach opiniowanego projektu.

1. Projekt zakłada powszechne uwłaszczenie obywateli.

Rozwiązania zawarte w projekcie, w części dotyczącej Narodowych Funduszy Uwłaszczeniowych, są bardzo podobne do rozwiązań dotyczących Narodowych Funduszy Inwestycyjnych utworzonych na podstawie ustawy z dnia 30 kwietnia 1993 r. o narodowych funduszach inwestycyjnych i ich prywatyzacji (Dz. U. Nr 44 z 1993 r. poz. 202 z późn.zm.). Wobec tego wydaje się, że dla osiągnięcia celu określonego w uzasadnieniu do projektu, znacznie prostsze byłoby utworzenie jeszcze kilku Narodowych Funduszy Inwestycyjnych i wyposażenie ich w majątek. Tym samym **kwestionuję celowość uchwalenia ustawy w części dotyczącej Narodowych Funduszy Uwłaszczeniowych.**

2. Zgodnie z art. 90 projektu uwłaszczenie ma być bezpośrednie lub pośrednie. Zgodnie z art. 91 ust. 1 uwłaszczenie bezpośrednie polegać ma na nabyciu przez uprawnionych prawa własności nieruchomości lub lokali. Zgodnie z ustępem 2 tego samego artykułu uwłaszczenie pośrednie polegać ma na nabyciu prawa do świadectwa uwłaszczeniowego podlegającego wymianie na certyfikat inwestycyjny w funduszu uwłaszczeniowym.

Z wyżej powołanych przepisów wynika, że przedsięwzięcie polegające na powołaniu funduszy uwłaszczeniowych i obdarowaniu obywateli certyfikatami inwestycyjnymi jest istotnym elementem, ale tylko elementem, szerszego programu, jakim jest powszechne uwłaszczenie.

A skoro tak, to;

po pierwsze - tytuł ustawy jest niewłaściwy. Powinien on brzmieć; "ustawa o zasadach powszechnego uwłaszczenia obywateli oraz o Narodowych Funduszach Uwłaszczeniowych."

po drugie - systematyka projektu jest wadliwa. Określenie, na czym polega powszechne uwłaszczenie powinno znaleźć się na samym początku ustawy, w jej części ogólnej. W następnych przepisach, w kolejnych rozdziałach ustawy, należy szczegółowo omówić poszczególne formy uwłaszczenia.

3. W projekcie zaproponowano skomplikowaną strukturę organizacyjną NFU:

- osobą prawną jest Fundusz,

- organem Funduszu jest inna osoba prawna zwana Towarzystwem Uwłaszczeniowym,

Towarzystwo Uwłaszczeniowe jest zobowiązane przechowywać aktywa Funduszu u kolejnego podmiotu zwanego depozytariuszem.

Nie jest jasne, po co przyjęto taki właśnie sposób organizacji przedsięwzięcia. Nadmierne skomplikowanie systemu rozmywa odpowiedzialność poszczególnych jego ogniw i czyni całe przedsięwzięcie niezrozumiałym dla obywateli.

4. Zgodnie z art. 92 pkt 3) projektu prawa do powszechnego uwłaszczenia nie będą miały osoby, które nabyły akcje na podstawie ustawy z dnia 30 kwietnia 1993 r. o narodowych funduszach inwestycyjnych i ich prywatyzacji.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 31 ustawy o NFI do udziału w programie powszechnej prywatyzacji uprawnieni byli niemal wszyscy pełnoletni obywatele polscy, a około 22 milionów z nich odebrało świadectwo udziałowe.

Osoby, które odebrały świadectwa można podzielić na cztery zasadnicze grupy;

1) pierwsza grupa - posiadacze świadectw wymienili je lub wymienią na akcje NFI (termin upływa 31 grudnia 1998 r.),

2) druga grupa - posiadacze świadectw sprzedali je,

3) trzecia grupa - posiadacze świadectw obdarowali nimi swoich bliskich lub jakieś instytucje,

4) czwarta grupa - posiadacze świadectw przechowują je na pamiętkę.

Omawiany przepis wyklucza z udziału w NFU wszystkie te osoby, które zamieniły świadectwa udziałowe na akcje NFI, czyli osoby wymienione w punkcie 1), nie wyklucza natomiast pozostałych grup osób.

Przyjęte rozwiązanie jest zupełnie niezrozumiałe, dyskryminuje osoby, które zachowały się w sposób najbardziej zgodny z ideą powszechnej prywatyzacji. Dlatego też przypuszczam, że treść punktu 3) jest wynikiem swoistego przejęzyczenia, że Projektodawca miał na myśli wszystkie osoby, które odebrały świadectwa udziałowe na podstawie ustawy o NFI, a nie akcje, czyli wszystkie osoby, które już skorzystały z powszechnego uwłaszczenia. Przy takim założeniu ratio legis art. 92 pkt 3) byłoby zrozumiałe: Projektodawca chce umożliwić skorzystanie z powszechnego uwłaszczenia tym osobom, które nie skorzystały z prywatyzacji na podstawie ustawy o NFI.

Przy takim założeniu można co prawda twierdzić, że projektowane uwłaszczenie nie jest uwłaszczeniem powszechnym a jedynie uzupełnieniem powszechnej prywatyzacji dokonanej na podstawie ustawy o NFI, ale nie sądzę, żeby była to istotna wada projektu.

5. Zgodnie z art. 5 ust. 1 projektu Fundusz uwłaszczeniowy emituje certyfikaty inwestycyjne. Z art. 55 wynika, że certyfikaty inwestycyjne są papierami wartościowymi na okaziciela. Z przepisów projektu nie wynika jednak jakie są prawa majątkowe z certyfikatu. Inaczej mówiąc, nie wiadomo jakie prawa przysługują posiadaczowi certyfikatu, a w konsekwencji, jakie korzyści majątkowe może on osiągnąć dzięki posiadaniu certyfikatu ?

Przypuszczam, że brak ten jest wynikiem omyłki pisarskiej popełnionej na wczesnym etapie opracowywania projektu.

Dopóki nie wiadomo jakie są prawa z certyfikatu, dopóty nie można ustalić, czy obywatele uwłaszczeni certyfikatem w ogóle otrzymają jakąkolwiek wartość. Z brzmienia przepisów zaprezentowanych w projekcie wynika, że certyfikat inwestycyjny ma wartość zerową, a może mieć jedynie wartość ujemną. Dlatego też przepisy projektu dotyczące certyfikatów muszą być uzupełnione, muszą określać prawa z certyfikatu.

6. W art. 94 projektu zakłada się

przekształcenie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu we własność na podstawie zawiadomienia adresowanego do Centralnego Rejestru Uczestników Uwłaszczenia

Bezpośredniego. W szczególności nie jest jasne, czy nowy właściciel lokalu będzie także współwłaścicielem całej nieruchomości, a więc budynku, w którym mieści się lokal i gruntu, na którym stoi budynek.

7. Zgodnie z art. 95 osoba, której przysługuje spółdzielcze lokatorskie prawo do lokalu nabędzie własność tego lokalu na podstawie oświadczenia skierowanego do Centralnego Rejestru. Przepis oznacza wyłączenie spółdzielni mieszkaniowych i z tego powodu może zostać uznany za naruszenie art. 21 i art. 63 Konstytucji RP.

8. Zgodnie z art. 96 projektu prawo użytkowania wieczystego gruntu ulegnie zamianie na własność w wyniku oświadczenia użytkownika wieczystego. Projektodawcy zdają się pomijać fakt, że od dnia 1 stycznia 1998 r. obowiązuje ustawa z dnia 8 września 1997 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego przysługującego osobom fizycznym w prawo własności (Dz. U. Nr 123 z 1997 r. poz. 781) całościowo regulująca ten problem, zgodnie z którą ten sam cel może być osiągnięty.

9. Odrębnej wzmianki wymaga uzasadnienie do projektu. Nie ma w nim żadnej informacji, jaka będzie liczba spółek lub przedsiębiorstw uczestniczących w programie i ich wartość. Nie można więc nawet w przybliżeniu ustalić jakie korzyści osiągną obywatele uczestniczący w programie.

10. Oprócz wyżej omówionych projekt zawiera jeszcze ponad dwadzieścia błędów legislacyjnych różnej wagi. Ich szczegółowe omawianie, a nawet wymienianie, wydaje się obecnie przedwczesne. Najpierw należy określić, jaki majątek będzie oddany do NFU, jakie są prawa z certyfikatu, kto jest uprawniony do udziału w programie.

Opracował: Piotr Krawczyk