

KRZYSZTOF KUŁAK, MARCIN PODLEŚ, PIOTR MARCIN WIÓREK

Uniwersytet Wrocławski

POJĘCIE PRZEDSIĘBIORCY I KUPCA W PRAWIE NIEMIECKIM I FRANCUSKIM NA TLE POJĘCIA PRZEDSIĘBIORCY W PROJEKCIE KODEKSU CYWILNEGO¹

1. WPROWADZENIE

W dyskusji nad instytucjami prawa handlowego w projekcie księgi pierwszej kodeksu cywilnego² szczególne znaczenie z oczywistych względów ma zaproponowana koncepcja przedsiębiorcy. Projekt, w wielu miejscach inspirowany między innymi holenderskim kodeksem cywilnym, w odniesieniu do pojęcia przedsiębiorcy wydaje się oryginalną, pozbawioną wyraźnych obcych wpływów propozycją. Warto więc, by ostateczną ocenę projektowanej definicji przedsiębiorcy poprzedzić refleksją nad ewentualną przydatnością rozwiązań znanych innym kontynentalnym systemom prawnym. Niniejsze opracowanie poświęcone zostało koncepcji kupca i przedsiębiorcy w prawie niemieckim, do którego polskie prawo prywatne tradycyjnie wykazuje wiele podobieństw, oraz w prawie francuskim, najbardziej reprezentatywnym dla systemów prawa romańskiego, szczytującym się obowiązującą od ponad 200 lat kodyfikacją prawa handlowego³. Podjęta analiza jest tym ciekawsza, że oba omawiane porządki prawne zasadzają się formalnie — w przeciwieństwie do prawa polskiego — na dualistycznej koncepcji prawa prywatnego⁴, zakładającej systemowy i funkcjonalny rozdział prawa handlowego i prawa cywilnego.

¹ Zagadnienia dotyczące prawa niemieckiego opracował M. Podleś i P. Wiórek, francuskiego — K. Kułak.

² Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt wraz z uzasadnieniem*, Warszawa 2008; dalej: projekt.

³ Francuski kodeks handlowy — *Code de commerce*, dalej: C.com. — w wyniku rekodyfikacji z 2000 r. jest formalnie załącznikiem do ordonansu nr 2000-912 z dnia 18 września 2000 r. w sprawie części legislacyjnej kodeksu handlowego (JORF z 21 września 2000 r., NOR: JUSX0000038R).

⁴ W Niemczech prawo handlowe określane jest jako „szczególne prawo prywatne kupców” (*Sonderprivatrecht der Kaufleute*), a nawet jako prawo stanu kupieckiego (*Recht des Handelsstandes*); por. K. Hopt, A. Baumbach, *Handelsgesetzbuch*, München 2008, Einleitung vor § 1, nb. 1; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, 24. Aufl., München 2006, § 1, I, nb. 10, s. 4–5. Co do koncepcji fran-

2. PRZEDSIĘBIORCA

2.1. UWAGI OGÓLNE

Zarówno w Niemczech, jak i we Francji znane jest pojęcie przedsiębiorcy (niem. *Unternehmer*, fr. *entrepreneur*), o innym jednak znaczeniu niż to nadawane mu w prawie polskim. W obu tych państwach kategoria przedsiębiorcy ukształtowała się stosunkowo niedawno obok tradycyjnych, właściwych dla prawa handlowego, konstrukcji kupca (niem. *Kaufmann*, fr. *commerçant*). Ponieważ pojęcia te nie mają charakteru zamiennego, istotne jest właściwe ich rozumienie i odróżnianie.

2.2. NIEMCY

Ustawodawca niemiecki wprowadza pojęcie przedsiębiorcy w § 14 kodeksu cywilnego (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalej: BGB). Zgodnie z ustępem pierwszym tego przepisu przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub posiadająca zdolność prawną spółka osobowa, która przy dokonywaniu czynności prawnej działa w wykonywaniu swojej działalności gospodarczej lub zawodowej. W literaturze podkreśla się przy tym, że pojęcie czynności prawnych należy interpretować rozszerzająco i objąć nim również czynności przygotowawcze, podejmowane przed dokonaniem czynności prawnych⁵. Ustęp drugi § 14 BGB definiuje posiadającą zdolność prawną spółkę osobową jako spółkę osobową, która wyposażona jest w zdolność nabywania praw i zaciągania zobowiązań. Pojęcie przedsiębiorcy zostało wprowadzone do niemieckiego kodeksu cywilnego w toku europeizacji prawa cywilnego i jest ściśle związane ze wspólnotowym prawem konsumenckim. Stanowi ustawowe „lustrzane odbicie” pojęcia konsumenta i — jak podkreśla się w literaturze niemieckiej — zastępuje ono w prawie konsumenckim zarówno pojęcie kupca (*Kaufmann*), jak i pojęcie przedsiębiorstwa (*Gewerbebetrieb*), którym posługuje się BGB w wybranych przepisach (na przykład w § 269 ust. 2 BGB — dla oznaczania miejsca spełnienia świadczenia). Pojęcie przedsiębiorcy pokrywa się praktycznie również z pojęciem działalności zarobkowej, rozumianej zarówno funkcjonalnie, jak i przedmiotowo zgodnie z § 1822 pkt 3 BGB, a także z pojęciem przedsiębiorcy w rozumieniu § 84 HGB⁶. Jest to natomiast pojęcie

cuskich zob. R. David, *Prawo francuskie: podstawowe dane*, Warszawa 1965, s. 189–193; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, Paris 1959, s. 196–210.

⁵ H. Heinrichs, I. Ellenberger, [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, red. O. Palandt, 67. Aufl., München 2008, § 14, nb. 4.

⁶ Powołany § 84 HGB dotyczy przedstawiciela handlowego i określa go jako tego, kto samodzielnie prowadząc działalność gospodarczą, powołany jest stale do pośredniczenia dla innego przedsiębiorcy (przedsiębiorca) lub do dokonywania (dosłownie: zawierania) w imieniu tegoż innego przedsiębiorcy czynności prawnych. Przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów o pośredniku

węższe niż pojęcie przedsiębiorcy w umowie o dzieło (§ 631 i n. BGB), ponieważ na tle tej regulacji przedsiębiorcą jest wytwórca (zleceńbiorca), który może być również konsumentem⁷.

Na tle pojęcia przedsiębiorcy w Niemczech można już odnotować wiele wypowiedzi judykatury. Za przedsiębiorcę uznano każdą osobą fizyczną i prawną, która oferuje na rynku w sposób planowy i trwałe świadczenia za wynagrodzeniem⁸. Przedsiębiorcami są zarówno osoby wykonujące wolny zawód, zawodowi opiekunowie⁹, rzemieślnicy oraz rolnicy, jak i osoby prowadzące działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze, niewpisane do rejestru handlowego. Do uznania za przedsiębiorcę nie jest konieczny zamiar osiągania zysków¹⁰. Dlatego pod pojęciem przedsiębiorcy mieszczą się również ustawowi zarządcy majątkowi (syndycy, zarządcy w postępowaniu egzekucyjnym, zarządcy masy spadkowej i wykonawcy testamentu), którzy zarządzają przedsiębiorstwem, a także organizacje pożytku publicznego (dokładnie: stowarzyszenia użyteczności publicznej) i jednostki prawa publicznego (zakłady komunalne, baseny) świadczące usługi dla obywateli za wynagrodzeniem, chyba że stosunek prawny, z którego świadczenia te wynikają, zorganizowany jest wyłącznie publicznieprawnie. Osoba podstawiona przez przedsiębiorcę do działania za niego (figurant, niem. *Strohmann*) również jest przedsiębiorcą w rozumieniu § 14 BGB¹¹. Jeżeli dany podmiot oferuje wynajem w warunkach konkurencji rynkowej w sposób planowy i za wynagrodzeniem, jest on przedsiębiorcą¹². Nawet obca branżowo działalność uboczna, jak i pozazawodowe czynności przedsiębiorcze, na przykład. eBay-power-seller (tak zwany supersprzedawca na internetowym portalu aukcyjnym eBay)¹³, poddane są regulacji § 14 BGB. Natomiast pod pojęciem przedsiębiorcy nie mieści się zarząd majątkiem własnym ani przystąpienie do spółki zarządzającej funduszami, chyba że następuje objęcie funkcji przedsiębiorczej¹⁴. Przepis § 13 BGB, definiujący konsumenta, obowiązuje wszelako, jeśli inwestor zgłasza popyt na świadczenia.

handlowym jest druga strona umowy z owym pośrednikiem i jest to pojęcie szersze od pojęcia kupca. Podobne, szersze od pojęcia kupca pojęcie przedsiębiorcy spotkać można w innych przepisach niemieckiego kodeksu handlowego (§ 55 ust. 4 HGB), w którym jako przedsiębiorcę określa się mocodawcę pełnomocnika handlowego lub przedstawiciela handlowego; § 406 HGB dotyczącym umowy komisji; § 454 HGB dotyczącym umowy spedycji i wreszcie w § 2 HGB, regulującym uprawnienia przedsiębiorcy, który nie jest kupcem z mocy prawa (*Istkaufmann*), do skorzystania z uprawnienia zostania kupcem poprzez wpis do rejestru handlowego jako kupiec fakultatywny — *Kannkaufmann*).

⁷ H. Heinrichs, I. Ellenberger, *op. cit.*, § 14, nb. 1.

⁸ BGH, NJW 06, s. 2250.

⁹ BFH, NJW 05, s. 1005.

¹⁰ BGH, NJW 06, s. 2250.

¹¹ BGH, NJW 02, s. 2030.

¹² H. Heinrichs, I. Ellenberger, *op. cit.*, § 14, nb. 2.

¹³ Ffm, NJW 05, 1438, LG Bln, MMR 07, 401, LG Mainz, NJW 06, 783 i wiele innych orzeczeń. Por. H. Heinrichs, I. Ellenberger, *op. cit.*, § 14, nb. 2.

¹⁴ H. Heinrichs, I. Ellenberger, *op. cit.*, § 14, nb. 2.

Jak już wspomniano, przedsiębiorcami w rozumieniu § 14 ust. 2 BGB mogą być również spółki osobowe, a więc spółka jawna, komandytowa, partnerska, wyposażona w częściową zdolność prawną spółka cywilna oraz europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych¹⁵.

Pojęcie przedsiębiorcy zdefiniowane w § 14 BGB pojawia się we wszystkich tych przepisach niemieckiego kodeksu cywilnego i innych pozakodeksowych przepisach niemieckiego prawa cywilnego, w których występuje on jako druga strona czynności prawnej — obok konsumenta: występuje ono bądź bezpośrednio w treści samego przepisu (obok pojęcia konsumenta)¹⁶, bądź też należy je uznać za pojęcie definiujące drugą stronę czynności prawnej, a niekiedy faktycznej, dokonywanej z konsumentem, nawet jeżeli dany przepis odnosi się do innego podmiotu, na przykład spedytora¹⁷.

Poza zawartą w § 14 BGB wyraźną definicją przedsiębiorcy, a także występującym pojedynczo w niektórych przepisach pojęciem przedsiębiorcy (*Unternehmer*), a więc poza sferą języka prawnego, w niemieckim języku prawniczym wyróżnia się ponadto pojęcie przedsiębiorcy (*Unternehmensträger*) rozumianego jako podmiot (potocznie: właściciel) przedsiębiorstwa (w znaczeniu przedmiotowym), a także jako — i to dosłownie — „nośnik” przedsiębiorstwa w znaczeniu funkcjonalnym. Jest nim osoba, w której imieniu prowadzone jest przedsiębiorstwo — będąca bezpośrednio podmiotem praw i obowiązków, związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa¹⁸. Pojęcie to ma objąć i obejmuje szerszy krąg podmiotów, cechujących się pewnym stopniem profesjonalizmu, niż sami kupcy. Podmiotów określanych w języku prawniczym jako przedsiębiorcy nie można więc utożsamiać z kupcami — tylko bowiem przedsiębiorcy spełniający określone (wskazane niżej) kryteria są jednocześnie kupcami, do których stosuje się przepisy niemieckiego kodeksu handlowego. Natomiast do przedsiębiorców niebędących kupcami, właśnie ze względu na brak u nich owej kupieckiej podmiotowości, nie stosuje się, co do zasady, przepisów kodeksu handlowego. Takimi przedsiębiorcami są zarówno przedstawiciele wolnych zawodów, która to działalność wyłączona jest z pojęcia działalności gospodarczej, jak i osoby prowadzące działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze (*Kleingewerbetreibende*), niewpisane do rejestru handlowego. Dla tej kategorii podmiotów przepisy niemieckiego kodeksu handlowego znajdują jednakże zastosowanie wprost — jeżeli istnieje w danym zakresie wyraźna podstawa prawna, jak ma to miejsce w stosunku do *Kleingewerbetreibende* w takich przepisach, jak § 84 ust. 4, § 93 ust. 3, § 383 ust. 2, § 407 ust. 3 zd. 2, § 453 ust. 3 zd. 2, § 467 ust. 3 zd. 2 HGB, bądź na podstawie reguł

¹⁵ H. Heinrichs, I. Ellenberger, *op. cit.*, § 14, nb. 3.

¹⁶ Zob. np. § 241a BGB, § 310 ust. 3 BGB, § 312 BGB, § 355 i 356 BGB, § 474 BGB, § 485 BGB.

¹⁷ Zob. § 455 ust. 3 HGB.

¹⁸ Por. K. Schmidt, *Handelsrecht*, Köln 2002, s. 92.

o odpowiedzialności za stworzenie pozoru prawnego (*Rechtsscheinhaftung*). Wreszcie istnieje możliwość zastosowania do przedsiębiorców niebędących kupcami pojedynczych przepisów kodeksu handlowego w drodze analogii w sytuacjach określonych przez orzecznictwo sądów niemieckich. Przede wszystkim zaś obowiązuje w stosunku do nich ogólne prawo przedsiębiorców (*Unternehmensrecht*) obejmujące normy z zakresu zbywania przedsiębiorstw i innych umów dotyczących przedsiębiorstw, postępowania egzekucyjnego i upadłościowego, prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji i antymonopolowego oraz prawa własności intelektualnej, a także sądownictwa polubownego itd.

Podsumowując rozważania na temat pojęcia przedsiębiorcy w prawie niemieckim, można stwierdzić, że występuje ono zarówno w języku prawnym (definicja przedsiębiorcy zawarta w § 14 BGB, pojęcie przedsiębiorcy zawarte w § 84 HGB), jak i w języku prawniczym, obejmując swoim zakresem szerszą grupę podmiotów niż klasyczne dla niemieckiego prawa handlowego pojęcie kupca. Wyodrębnienie tego pojęcia w § 14 BGB nie miało jednak na celu „zreformowania” definicji kupca, lecz stworzenie odrębnej kategorii pojęciowej dla określenia podmiotów wchodzących w różnorakie relacje prawne z konsumentami.

2.3. FRANCJA

We Francji natomiast pojęcie *entrepreneur*, najczęściej tłumaczone właśnie jako przedsiębiorca, pozostaje przede wszystkim wyrażeniem języka potocznego i prawniczego, a jeśli już pojawia się w tekstach prawnych, oznacza przyjmującego zamówienie w ramach umowy o dzieło (*contrat d'entreprise*) albo jest częścią nazwy określonego zawodu (działalności)¹⁹. W języku potocznym i prawniczym (choć w tym ostatnim przeważa raczej jego funkcja porządkująca) określenie *entrepreneur* jest z kolei odnoszone do ogółu podmiotów aktywnych gospodarczo²⁰, rozumianych jako wszystkie osoby wykonujące działalność (przemysłową, handlową, rzemieślniczą) z wykorzystaniem odpłatnej siły roboczej²¹, przy czym działalność ta powinna mieć charakter autonomiczny, powtarzalny (stały) i eko-

¹⁹ Jak *entrepreneur de remise et de tourisme, entrepreneur de spectacles vivants* czy *entrepreneur du bâtiment et des travaux publics*.

²⁰ Nie istnieje w prawie francuskim ogólne pojęcie działalności gospodarczej, które obejmowałoby wszystkie rodzaje aktywności gospodarczej. Przeciwnie, według przedmiotu działalności rozróżnia się na przykład działalność handlową (*activité commerciale*), rzemieślniczą (*activité artisanale*), rolniczą (*activité agricole*) czy wykonywaną w ramach wolnego zawodu (*activité libérale*). Piśmiennictwo posługuje się niekiedy, jako zbiorczym, określeniem *activité économique* (działalność ekonomiczna, gospodarcza). Stopniowo jednak, przede wszystkim za sprawą prawa wspólnotowego, toruje sobie drogę pojęcie *activité professionnelle* (działalności zawodowej, przy czym nie chodzi o praktykowanie wolnego zawodu).

²¹ Tak w *Vocabulaire juridique*, red. G. Cornu, 8^e éd., Quadrige 2007, s. 363.

nomiczny²² (w tym znaczeniu wyrażenie *entrepreneur* uznawane jest również za synonim szefa (właściciela) przedsiębiorstwa (*chef d'entreprise*)²³). Przedsiębiorca jest zatem kategorią zbiorczą, obejmującą:

1) kupca (*commerçant*) — prowadzącego działalność handlową (*commerce, activité commerciale*), czyli działalność w zakresie handlu (*distribution, négoce*), przemysłu²⁴ (*industrie*) lub usług (*services*);

2) rzemieślnika (*artisan*) — prowadzącego działalność rzemieślniczą²⁵ (*artisanat, activité artisanale*);

3) rolnika (*agriculteur*) — prowadzącego działalność rolniczą²⁶ (*agriculture, activité agricole*);

4) przedstawiciela wolnego zawodu (*professionnel libéral*) — wykonującego wolny zawód (*profession libérale, activité libérale*).

Porządkująca funkcja określenia *entrepreneur* przejawia się w tym, że podmioty wymienione w pkt 2–4 tworzą — niejako w opozycji do kupca (*commerçant*) — doktrynalną kategorię *entrepreneurs non-commerçants* (przedsiębiorców niebędących kupcami), podlegającą nie prawu handlowemu, ale prawu cywilnemu. Jedynie w ograniczonym zakresie i to z mocy wyraźnego odesłania możliwe jest stosowanie do nich przepisów pomyślanego przede wszystkim dla kupców prawa handlowego (w pierwszej kolejności C.com.). Dotyczy to między innymi²⁷ możliwości korzystania z instytucji najmu handlowego (*bail commercial*), upadłości (*faillite*), postępowania naprawczego (*redressement judiciaire*), braku ograniczeń dowodowych — co do zasady niedostępnych dla *entrepreneurs non-commerçants*. Przecistawianie tej grupy podmiotów kupcom zdaje się jednak powoli tracić na znaczeniu w obliczu stopniowego rozszerzania przez ustawodawcę francuskiego uprawnień typowo kupieckich na kolejne grupy przedsiębiorców, w szczególności na rzemieślników. Zacieraniu granic sprzyja

²² *Droit de l'entreprise*, red. D. Fasquelle, Lamy S.A. 2007, s. 170–171. Warunek ekonomicznego charakteru jest w prawie francuskim rozumiany szeroko, w każdym razie nie jako nastawienie na osiąganie zysku, a raczej jako „przedmiot działalności w postaci produkcji i wymiany dóbr i usług na rynku”.

²³ *Vocabulaire...*, s. 363.

²⁴ Mówi się też czasem o działalności przemysłowej (*activité industrielle*) dla podkreślenia specyfiki jej przedmiotu, to jest wydobywania (*extraction*), przetwarzania (*transformation*) i produkcji (*production*) dóbr nierolniczych — *Vocabulaire...*, s. 487; nie zmienia to jednak faktu, iż jest ona zaliczana do szerszego pojęcia działalności handlowej, przez co podlega prawu handlowemu, a osoba ją wykonująca, zwana przemysłowcem (*industriel*), jest jednocześnie kupcem (*commerçant*) — por. *Droit...*, s. 171.

²⁵ Działalność rzemieślnicza nie została zaliczona do działalności handlowej, przez co podlega ona odrębnej od prawa handlowego regulacji prawnej, sami zaś rzemieślnicy nie posiadają statusu kupca.

²⁶ Działalność rolnicza jest tradycyjnie uznawana za cywilną. Potwierdza to także regulacja prawna (zob. art. L721-6 C. com., art. 2 al. 2 ustawy n° 88-1202 z 30 grudnia 1988 r.).

²⁷ Reżim prawny właściwy dla kupców omawia szczegółowo G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 11^e éd., Paris 1983, s. 222 n.

również działalność prawodawcy europejskiego (zwłaszcza w zakresie wspólnotowego prawa konsumenckiego i konkurencji), zrównującego pod względem praw i obowiązków wszystkich przedsiębiorców (*entrepreneurs*), określanych wspólną nazwą *professionnels*²⁸.

3. KUPIEC — KONSTRUKCJA PRAWNA

3.1. UWAGI OGÓLNE

W obu omawianych systemach kategorią o donioślejszym znaczeniu zarówno prawnym, jak i praktycznym, niż ogólnie pojmowany przedsiębiorca (niem. *Unternehmer*, fr. *entrepreneur*) jest kupiec (niem. *Kaufmann*, fr. *commerçant*). Ponieważ to właśnie instytucja kupca jest treściowo i konstrukcyjnie najbliższa pojęciu przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 43¹ kodeksu cywilnego²⁹, powinna ona stanowić punkt odniesienia do oceny zaproponowanej w art. 57 § 1 projektu definicji przedsiębiorcy.

3.2. NIEMCY

Niemiecki kodeks handlowy (*Handelsgesetzbuch*)³⁰ od początku swego istnienia opiera się na koncepcji subiektywnej, czyniąc pojęcie kupca centralną instytucją oddzielającą prawo handlowe od prawa cywilnego, skodyfikowanego w kodeksie cywilnym³¹. Od czasu uchwalenia kodeksu handlowego do chwili obecnej pojęcie kupca uległo jednak pewnej modyfikacji.

Początkowo, na gruncie ówczesnie obowiązujących przepisów kodeksu handlowego, doktryna niemiecka³² dzieliła kupców na trzy grupy. Pierwszą z tych grup stanowiły osoby trudniące się działalnością nadającą im w świetle § 1 kodeksu handlowego (dalej: HGB) z mocy ustawy przymiot kupca. Przepis § 1 ust. 2 HGB zawierał przy tym wyliczenie określonych rodzajów działalności (*Grundhandels-gewerbe*) — obejmując między innymi czynności bankowe, transportowe, skład, handel towarami. Działalność tę określano mianem „czynności handlowych

²⁸ Zob. np. art. 2 francuskiej wersji językowej dyrektywy 85/577/EWG z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa (Dz.Urz. WE L 372 z 31.12.1985), gdzie definiowane na użytek dyrektywy pojęcie *commerçant* obejmuje podmioty prowadzące wszelką działalność zawodową (*activité professionnelle*).

²⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej: k.c.

³⁰ Ustawa z dnia 10.05.1897 r., RGBl. 1897, 219.

³¹ Por. G. Roth, *Handels- und Gesellschaftsrecht. Das Recht des kaufmännischen Unternehmens*, München 1998, s. 2.

³² Tak: K. Hopt, A. Baumbach, K. Duden, *Handelsgesetzbuch*, München 1989, s. 32 n.; G. Roth, *op. cit.*, s. 45 n.; K. Schmidt, *op. cit.*, s. 291 n.

obiektywnych” (*Grundhandelsgeschäfte*)³³, a osoby prowadzące taką działalność były kupcami bez względu na to, czy dopełniły obowiązku rejestracji w rejestrze handlowym (*Musskaufleute*)³⁴. Do drugiej grupy kupców należały osoby zajmujące się działalnością inną niż wymieniona w § 1 ust. 2 HGB. Prowadzenie takiej działalności mogło skutkować uzyskaniem przymiotu kupca nie ze względu na sam jej przedmiot, ale jedynie na rozmiar i rodzaj przedsiębiorstwa, które wymagało zorganizowania w sposób kupiecki³⁵. Jednakże dana osoba z opisywanej drugiej grupy stawała się kupcem — w świetle § 2 HGB — dopiero po dokonaniu wpisu do rejestru handlowego (*Sollkaufleute*), chociaż wpis ten był obligatoryjny. Inaczej potraktowano osoby prowadzące działalność w zakresie produkcji rolnej, które nie miały obowiązku dokonania wpisu do rejestru handlowego. Jeśli jednak wpisu dokonały, to na gruncie § 3 HGB uzyskiwały status kupca (*Kannkaufleute*). Z kolei trzecią grupę kupców tworzyły osoby uzyskujące — tak jak spółka akcyjna — status kupca z mocy obranej formy działalności, a zatem już przez sam fakt ich utworzenia (*Formkaufleute*).

Dokonane przybliżenie pojęcia kupca ukazuje wyraźnie, że uzyskanie statusu kupca było pierwotnie uzależnione w Niemczech od przedmiotu oraz rodzaju lub formy działalności i dlatego nie było możliwe dla każdej osoby prowadzącej działalność gospodarczą. Mimo to podkreślano, iż przyjęta w Niemczech regulacja objęła określeniem kupca, według kryteriów czysto formalnych, warstwy społeczne nieodpowiadające potocznemu, ekonomicznemu pojęciu kupca³⁶. Z punktu widzenia praw i obowiązków kategoria kupców podzielona została na dwie grupy: kupców podlegających uregulowaniom kodeksu handlowego — „pełnych kupców” (*Vollkaufleute*) oraz kupców, do których wiele przepisów kodeksu handlowego nie miało zastosowania — „niepełnych kupców” (*Minderkaufleute*). Według dawnego § 4 ust. 1 HGB przepisy o firmie, prokurze, księgach handlowych oraz o spółkach handlowych nie miały zastosowania do osób, które prowadziły działalność gospodarczą niewymagającą ze względu na jej rozmiar i rodzaj zorganizowania w sposób kupiecki. Z kolei podmioty prowadzące działalność niewymienioną w § 1 ust. 2 HGB (*Grundhandelsgewerbe*), które nie skorzystały z możliwości dokonania wpisu do rejestru handlowego na podstawie § 2 HGB, nie były uznawane za kupców, nawet „niepełnych” (*Minderkaufleute*), chociażby ich działalność wymagała zorganizowania w sposób kupiecki³⁷.

³³ Tak: A.D. Szczygielski, *Kupiec*, Warszawa 1935, s. 7.

³⁴ G. Roth, *op. cit.*, s. 49.

³⁵ K. Schmidt, *op. cit.*, s. 292.

³⁶ A.D. Szczygielski, *op. cit.*, s. 7.

³⁷ Taki stan rzeczy był krytykowany w doktrynie i prowokował postulaty stosowania przepisów kodeksu handlowego na zasadzie analogii — por. K. Schmidt, *op. cit.*, s. 292.

Pierwotna regulacja kodeksu handlowego dotycząca pojęcia kupca została zmieniona w roku 1998³⁸ i w kształcie tą zmianą nadanym obowiązuje do dnia dzisiejszego. Od tego czasu zgodnie z § 1 HGB kupcem z mocy prawa (*Kaufmann*, określany również jako *Istkaufmann*) jest każdy, kto prowadzi kupiecką działalność gospodarczą (*Handelsgewerbe*)³⁹, przez którą rozumie się każdą działalność gospodarczą, chyba że działalność ta nie wymaga ze względu na swój rodzaj i rozmiar zorganizowania na sposób kupiecki⁴⁰. Po analizie treści nowego § 1 HGB, definiującego pojęcie kupca, można dojść do wniosku, że obecnie w prawie niemieckim zostało zawarte wzruszalne domniemanie prowadzenia kupieckiej działalności gospodarczej, skutkujące obowiązkiem ujawnienia prowadzonej działalności w rejestrze handlowym⁴¹. Pod pojęciem działalności gospodarczej (*Gewerbe*) w doktrynie rozumie się zawodowe i samodzielne prowadzenie działalności z zamiarem stałego osiągania zysku⁴². Kupiecka działalność gospodarcza (*Handelsgewerbe*) wyróżniana bywa zaś w konkretnym przypadku na podstawie sposobu zorganizowania prowadzonej działalności, w tym w szczególności liczby pracowników, rodzaju działalności, wysokości obrotu, kapitału założycielskiego, ilości oferowanych usług i kontaktów handlowych, korzystania z kredytu oraz udziału w obrocie wekslowym⁴³. Wyłączeniu spod pojęcia działalności gospodarczej (*Gewerbe*) w Niemczech podlega

³⁸ Por. *Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz)* — ustawa o nowym uregulowaniu prawa kupca oraz prawa firmowego oraz zmieniająca inne przepisy z zakresu prawa handlowego i prawa spółek (ustawa reformująca prawo handlowe) z dnia 22.06.1998 r., BGBl I, 1474. Ustawa weszła w życie z dniem 1 lipca 1998 r.

³⁹ Pojęcie *Gewerbe* — przełożone jako „proceder zarobkowy” — traktowano w polskiej doktrynie jako równoważne zawartemu w przepisach polskiego kodeksu handlowego pojęciu „przedsiębiorstwa” w znaczeniu funkcjonalnym. Polski prawodawca wybrał jednak pojęcie „przedsiębiorstwo” na określenie zawodowego i stałego zajmowania się czynnościami handlowymi”, ze względu na pejoratywny wydźwięk słowa „proceder” w języku polskim; tak: A.D. Szczygielski, *Zasady prawa handlowego*, t. 1, Warszawa 1936, s. 130 n. W niniejszym opracowaniu słowo *Gewerbe* jest jednak tłumaczone w postaci uwspółcześnionej jako „działalność gospodarcza”.

⁴⁰ W doktrynie niemieckiej stosowane jest również pojęcie „przedsiębiorstwo w mniejszym rozmiarze” (*kleinerer Gewerbebetrieb*) jako pojęcie przeciwstawne określeniu „prowadzenie przedsiębiorstwa w większym rozmiarze” (*Betrieb eines größeren Handelsgewerbes*), odnoszącemu się do działalności w znaczeniu funkcjonalnym, która ma być już prowadzona przez kupca według reguł określonych między innymi w HGB; por. S. Habermeier, *Grundfragen des Gesellschaftsrechts*, JuS 1998, s. 866.

⁴¹ Por. K. Schmidt, *op. cit.*, s. 308.

⁴² Por. K. Schmidt, *op. cit.*, s. 281 n.; G. Roth, *op. cit.*, s. 45.

⁴³ Por. K. Schmidt, *op. cit.*, s. 308 n. oraz powołane tam orzecznictwo. K. Schmidt podkreśla, iż o istnieniu „kupieckiej działalności gospodarczej” decydować ma łącznie rodzaj i rozmiar prowadzonej działalności, a nie tylko jeden z tych elementów. Z kolei zgodnie z orzeczeniem Wyższego Sądu Krajowego w Dreźnie (NJW-RR 2002, s. 34) kwalifikowaniu danej działalności jako „kupieckiej działalności gospodarczej” nie stoi na przeszkodzie okoliczność, iż w danym przedsiębiorstwie

nadal działalność w zakresie wykonywania wolnych zawodów (co znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisach szczególnych)⁴⁴, działalność naukowa i artystyczna⁴⁵, a ponadto na podstawie § 3 HGB również działalność w dziedzinie rolnictwa i leśnictwa.

Wpis kupca z mocy prawa (*Istkaufmann*) do rejestru handlowego ma charakter deklaratoryjny, chociaż istnieje obowiązek wpisu do rejestru⁴⁶.

W wyniku dokonanej w Niemczech nowelizacji pojęcia „kupca” również osoby prowadzące działalność gospodarczą „niewymagającą ze względu na swój rodzaj i rozmiar zorganizowania na sposób kupiecki”, określane w literaturze jako *Kleingewerbetreibende* (podmioty prowadzące działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze), mogą po dokonaniu wpisu do rejestru handlowego prowadzić swoją działalność jako kupcy (tak zwany *Kannkaufmann* — § 2 HGB, kupiec fakultatywny, kupiec z wyboru). Przepis § 2 HGB nabiera szczególnego znaczenia w prawie spółek poprzez odpowiadający mu § 105 ust. 2 HGB⁴⁷, zgodnie z którym spółki cywilne, jeśli już ze względu na sam rozmiar prowadzonej przez nie działalności gospodarczej nie stały się z mocy prawa spółkami jawnymi⁴⁸, lub spółki zarządzające własnym majątkiem stają się po wpisaniu firmy przedsiębiorstwa do rejestru handlowego spółkami jawnymi lub spółkami komandytowymi⁴⁹. Jako szczególną grupę do kategorii *Kannkaufmann* zalicza się również osoby prowadzące działalność w dziedzinie rolnictwa i leśnictwa. Mimo że osobom tym nie przysługuje zgodnie z § 3 ust. 1 HGB status kupca, mogą one wszelako — zgodnie z § 3 ust. 2 HGB i po spełnieniu określonych tam przesłanek⁵⁰ — zostać kupcami na mocy fakultatywnego wpisu do rejestru. W obydwu wypadkach wpis do rejestru handlowego ma charakter konstytutywny.

Oprócz kategorii „kupców z wyboru” (i jak stwierdzono, fakultatywnego, ale zarazem konstytutywnego wpisu), zgodnie z § 6 HGB prawo niemieckie nadal traktuje niektóre podmioty jako kupców, niezależnie od przedmiotu ich działalności. Są to tak zwani „kupcy z mocy formy prawnej” (*Formkaufmann*). Obecnie

roczny obrót bądź powierzchnia użytkowa są stosunkowo niewielkie, o ile inne elementy wskazują na określony poziom profesjonalizmu prowadzonej działalności.

⁴⁴ K. Hopt, A. Baumbach, *Handelsgesetzbuch*, München 2008, § 1, nb. 19.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*, § 2, nb. 10.

⁴⁷ *Ibidem*, § 2, nb. 2.

⁴⁸ Zob. § 105 ust. 1 HGB. Ta konstrukcja powstania spółki jawnej automatycznie z chwilą osiągnięcia przez przedsiębiorstwo spółki cywilnej większych rozmiarów odpowiada konstrukcji kupca z mocy prawa (*Istkaufmann*). W obydwu przypadkach bowiem wpis do rejestru ma charakter deklaratoryjny, chociaż jest obowiązkowy.

⁴⁹ Zob. § 161 ust. 2 w związku z § 105 ust. 2 HGB. Jednakże niektórzy autorzy nie utożsamiają całkowicie spółki jawnej i komandytowej z mocy wpisu z *Kannkaufmann* (kupcem fakultatywnym) — por. przykładowo K. Hopt, A. Baumbach, *op. cit.*, § 1, nb. 7.

⁵⁰ Zgodnie z tym przepisem § 2 HGB stosuje się do osób prowadzących działalność rolniczą lub leśną, jeżeli wymaga ze względu na swój rodzaj i rozmiar zorganizowania na sposób kupiecki.

— obok spółek kapitałowych — także niektóre handlowe spółki osobowe mogą być uznawane za kupców z mocy formy prawnej, skoro mogą być tworzone niezależnie od przedmiotu działalności pod warunkiem dokonania ich wpisu do rejestru handlowego⁵¹. Ta ostatnia uwaga odnosi się w szczególności do spółek zarządzających własnym majątkiem, które są wymienione w § 105 ust. 2 HGB⁵². Nie stanowią natomiast kupców z mocy formy prawnej spółki jawne i spółki komandytowe, które w każdym przypadku prowadzą działalność gospodarczą i są one kupcami bądź to z uwagi na rozmiar prowadzonej przez nie działalności gospodarczej, która właśnie ze względu na ów rozmiar staje się kupiecką działalnością gospodarczą, bądź przez wpis do rejestru jako kupcy z wyboru (§ 105 ust. 2 HGB), w przypadku kiedy ich działalność gospodarcza nie osiągnęła jeszcze rozmiarów „kupieckich”. Odnośnie do tychże spółek przepis § 6 HGB nie ma więc samodzielnego znaczenia, skoro nie przyznaje im podmiotowości kupieckiej niezależnie od przedmiotu ich działalności⁵³.

Istnieje wreszcie pojęcie „kupca z mocy wpisu” (*Kaufmann kraft Eintragung*), związane z wyrażonym w § 5 HGB domniemaniem, zgodnie z którym w przypadku wpisania firmy do rejestru handlowego nie można podnosić wobec osoby, która powołuje się na wpis do rejestru, zarzutu, że wpisana do rejestru działalność nie jest kupiecką działalnością gospodarczą (działalnością handlową). Pojęciem *Kaufmann kraft Eintragung* objęte są zarówno podmioty określane mianem *Kannkaufmann*, jak i tak zwane spółki jawne i komandytowe z mocy wpisu, które w istocie stanowią szczególną grupę kupców fakultatywnych⁵⁴. Jest ono jednak o tyle szersze, że obejmuje również podmioty niewymienione w § 2 i § 105 HGB, a które zostały omyłkowo wpisane do rejestru handlowego.

W efekcie zmiany definicji kupca w Niemczech zniesiono zatem rozróżnienie sposobów uzyskania statusu kupca ze względu na rodzaj prowadzonej działalności (*Grundhandelsgewerbe*), a także zlikwidowano pojęcie „kupców niepełnych” (*Minderkaufleute*)⁵⁵. Porównując nową regulację niemieckiego kodeksu handlowego z regulacją pierwotną, można stwierdzić, że pojęcie kupca nadal stanowi centralny punkt odniesienia do prawa handlowego jako szczególnego prawa prywatnego kupców. Dotychczasowe pojęcia *Muß-* i *Sollkaufmann* zastąpiło jednolite pojęcie kupca (*Kaufmann*, okreśłany również jako *Istkaufmann*), przy zachowaniu pojęcia działalności gospodarczej. Kupcem jest obecnie każdy prowadzący działalność gospodarczą (niezależnie od branży) poza podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze (*Kleingewerbetreibende*), które jednak mogą wpisać się do rejestru handlowego i zostać dobrowolnie kupcami (tak zwany *Kannkaufmann* — kupiec z wyboru), jeśli nie są już kupcami z mocy formy

⁵¹ Tak: K. Schmidt, *op. cit.*, s. 295 n.

⁵² Por. szerzej C.-W. Canaris, *op. cit.*, § 3, II, nb. 46.

⁵³ Por. C.-W. Canaris, *op. cit.*, § 3, II, nb. 45–46.

⁵⁴ Por. K. Hopt, A. Baumbach, *op. cit.*, § 1, nb. 7.

⁵⁵ Por. K. Schmidt, *op. cit.*, s. 293 n.

prawnej (*Formkaufmann*). W rezultacie wprowadzonych w kodeksie handlowym zmian zbędna stała się kategoria „kupców niezupełnych” (*Minderkaufmann*), co doprowadziło wszelako do wyjścia wielu podmiotów poza zakres regulacji niemieckiego kodeksu handlowego⁵⁶. Rozróżnienie między kupcem a osobą prowadzącą działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze następować będzie obecnie — z braku dotychczasowych kryteriów takich jak *Grundhandels-gewerbe* — na podstawie całokształtu okoliczności. W literaturze niemieckiej podkreśla się, że rezygnacji z katalogu podstawowej działalności handlowej (*Grundhandels-gewerbe*) towarzyszy zmniejszenie pewności prawnej, które tylko częściowo łagodzone jest przez to, że przez wpis do rejestru każdy prowadzący działalność gospodarczą (*Gewerbetreibende*) zostaje kupcem, a spółka cywilna i spółka zarządzająca majątkiem staje się spółką jawną, oraz przez zawarte w § 1 ust. 2 HGB domniemanie przemawiające za prowadzeniem kupieckiej działalności gospodarczej⁵⁷. Warto dodać, że zakresem regulacji niemieckiego kodeksu handlowego została objęta również działalność gospodarcza w przedmiocie poszczególnych rodzajów umów, nawet jeśli prowadzona jest przez podmioty, które na gruncie przepisów kodeksu handlowego nie są kupcami (tak: § 84 ust. 4, § 93 ust. 3, § 383 ust. 2, § 407 ust. 3 zd. 2, § 453 ust. 3 zd. 2, § 467 ust. 3 zd. 2 HGB). Miało to z jednej strony rekompensować zniesienie pojęcia *Minderkaufmann*, z drugiej jednak powoduje odejście od klasycznego prawa kupieckiego⁵⁸.

3.3. FRANCJA

Nieco bardziej złożone okazuje się pojęcie kupca w prawie francuskim. Wynika to z przedmiotowego ujęcia francuskiego prawa handlowego⁵⁹, którego pojęciem centralnym nie jest przedsiębiorca czy kupiec, ale czynność handlowa (*acte de commerce*)⁶⁰, stanowiąca zarazem najistotniejszy element definicji kupca. Zgodnie bowiem z art. L121-1 C.com. kupcem jest każdy, kto dokonuje czynności handlowych i czyni z tego swój stały zawód⁶¹.

Na definicję tę składa się część określająca krąg osób mogących uzyskać status kupca oraz część określająca zachowanie wyróżniające (działalność wyróż-

⁵⁶ Por. K. Hopt, A. Baumbach, *op. cit.*, § 1, nb. 4 i 10.

⁵⁷ *Ibidem*, § 1, nb. 3.

⁵⁸ *Ibidem*, § 1, nb. 4.

⁵⁹ Podkreślił to zresztą ustawodawca francuski, zamieszczając definicję czynności handlowej już w dwóch pierwszych artykułach C.com. (art. L110-1 i L110-2). Coraz częstsze są jednak wypowiedzi upatrujące we francuskim prawie handlowym koncepcji przedmiotowo-podmiotowej (zob. A. Viandier, J. Vallansan, *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, 3^e éd., n° 50, Paris 1992; Y. Reinhard, J.-P. Chazal, *Droit commercial*, n° 176, 6^e éd., Litec 2001).

⁶⁰ Na ukierunkowanie francuskiego prawa handlowego właśnie na czynność handlową, a nie na osobę jej autora, wskazuje G. Ripert, *op. cit.*, s. 1.

⁶¹ Zawód należy tu rozumieć szeroko — jako wszelkie zajęcie zarobkowe (działalność zarobkową). Tłumaczenie za A. Kozłowska-Szczerba, [w:] *Prawo francuskie*, red. A. Machowska, K. Wojtyczek, t. I, Kraków 2004, s. 255. Por. też K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 26, z zastrzeżeniem nieaktualności numeracji powoływanych tam przepisów.

niającą), będące wyłącznym i rozstrzygającym kryterium uzyskania statusu kupca. Wpis do właściwego dla wszystkich kupców Rejestru handlu i spółek (*Registre du commerce et des sociétés* — RCS) jest bowiem tylko konsekwencją posiadania tego przymiotu, pełniąc jedynie funkcje dowodowe⁶². Zasada ta odnosi się do osób fizycznych, spółek *ex definitione* cywilnych (na przykład spółka udziałowa — *société en participation*) oraz innych jednostek organizacyjnych mających osobowość prawną (stowarzyszeń, fundacji itd.)⁶³, z wyjątkiem jednak spółek handlowych (spółki jawnej, komandytowej, komandytowo-akcyjnej, z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnej). Te ostatnie bowiem powstają i z mocy prawa — z uwagi na swoją formę prawną — nabywają status kupca z chwilą wpisu do RCS, bez względu na charakter prowadzonej działalności. Dlatego spółki handlowe pozostają niejako poza zakresem zastosowania definicji kupca z art. L121-1 C.com.⁶⁴

Podmiotowy zakres definicji kupca, zbudowany w oparciu o sformułowanie „każdy, kto”, obejmuje zatem obie wyróżniane we francuskim prawie prywatnym kategorie podmiotów, tj. osoby fizyczne (*personnes physiques*) oraz osoby prawne (*personnes morales*)⁶⁵.

Jako że prowadzenie działalności handlowej polega na dokonywaniu czynności handlowych, będących w istocie czynnościami prawnymi, podstawowym warunkiem do uzyskania statusu kupca przez osobę fizyczną jest posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych⁶⁶. Wskutek więc okoliczności określanych łącznie jako brak zdolności (*incapacités*⁶⁷) kupcem nie może być osoba małoletnia⁶⁸ (nawet uppełnoletniona⁶⁹ — na gruncie prawa cywilnego ciesząca się pełną zdolnością do czynności prawnych⁷⁰) oraz osoba pełnoletnia pozostająca pod opieką, kuratelą lub dozorem sądu. Uzyskanie statusu kupca⁷¹ jest także ograniczone ze

⁶² Wpis pociąga za sobą jedynie wzruszalne domniemanie prawne, że dana osoba jest kupcem (F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clément, *Droit commercial, Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, consommation*, 9^e éd., Paris 2007, s. 51).

⁶³ Osobę fizyczną wykonującą działalność handlową pomimo braku wpisu do RCS określa się mianem kupca faktycznego (*commerçant de fait*). Nie dotyczy to co do zasady osób prawnych, które do czasu wpisu do RCS nie istnieją (nie mogą więc posiadać statusu kupca).

⁶⁴ *Droit...*, s. 115.

⁶⁵ We Francji istnieje dychotomiczny podział podmiotów prawa prywatnego — są to albo osoby fizyczne, albo prawne (tymi ostatnimi są między innymi wszystkie spółki handlowe, a także spółki cywilne).

⁶⁶ *Droit...*, s. 116; A. Kozłowska-Szczerba, [w:] red. A. Machowska, K. Wojtyczek, W. Jakimowicz, *op. cit.*, s. 255.

⁶⁷ Por. G. Ripert, *op. cit.*, s. 159–163.

⁶⁸ Pełnoletność osiąga się we Francji z ukończeniem 18. roku życia.

⁶⁹ Uppełnoletnienie we Francji (*émancipation*) następuje z mocy prawa na skutek zawarcia przez małoletniego małżeństwa albo na podstawie decyzji sądu opiekuńczego, podjętej w stosunku do małoletniego, który ukończył 16. rok życia (art. 413–1 n. francuskiego kodeksu cywilnego (*Code civil*; dalej: C.civ.). Osoba uppełnoletniona może być członkiem organu spółki handlowej oraz wykonywać działalność rzemieślniczą, rolniczą lub wolny zawód.

⁷⁰ Art. L121-2 C.com. i art. 413–8 C.civ.

⁷¹ *Droit...*, s. 117–119.

względem na niedopuszczalność łączenia (*incompatibilités*) działalności handlowej (w tym wykonywanej za pośrednictwem osoby trzeciej) z określonymi zawodami, zajęciami i funkcjami (wykonywaniem zawodu zaufania publicznego (na przykład notariusz, komornik), wolnego zawodu, sprawowaniem mandatu parlamentarnego itp.), przy czym zakaz łączenia tych zajęć może nie mieć charakteru bezwzględniego, dotycząc tylko określonych rodzajów działalności handlowej albo stanowisk⁷². Najczęstszą sankcją za jego naruszenie jest odpowiedzialność dyscyplinarna (skreślenie z listy, zakaz wykonywania danego zawodu), wyjątkowo tylko karna⁷³. Z kolei zakaz wykonywania działalności handlowej (*interdiction professionnelle*) wyklucza możliwość uzyskania statusu kupca przez osoby skazane za zbrodnie i występki określone w art. 1 ustawy n° 47-1635 z 30 sierpnia 1947 r. dotyczącej uzdrowienia działalności handlowej i przemysłowej — w okresie ustalonym przez sąd, jednak nie krótszym niż 5 lat, oraz przez osoby, w stosunku do których ogłoszono upadłość osobistą (*faillite personnelle*) — art. L625-1–L625-2 C.com.⁷⁴ Poza tym należy wspomnieć o reglamentacji działalności handlowej obcokrajowców (z wyjątkiem obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej), polegającej albo na całkowitym wyłączeniu dostępu do określonych zawodów (na przykład maklera giełdowego), albo na odesłaniu do umów międzynarodowych (na przykład na zasadzie wzajemności) z zastrzeżeniem dodatkowych warunków (między innymi uzyskanie karty kupca zagranicznego⁷⁵), przy czym osobie takiej nigdy nie będzie przysługiwać ani czynne, ani bierne prawo wyborcze do izb handlowych i sądów gospodarczych⁷⁶, ani też prawo do zawierania umów najmu handlowego.

Obok ograniczeń dotyczących bezpośrednio osoby potencjalnego kupca należy mieć na uwadze istnienie szczególnych, reglamentowanych rodzajów działalności, wymagających zgody odpowiedniego organu administracyjnego, z możliwością jej uzależnienia od posiadania odpowiedniego wykształcenia lub gwarancji finansowych⁷⁷, a także monopoli produkcyjnych i usługowych, które jednak, pod wpływem regulacji wspólnotowych, systematycznie tracą na znaczeniu.

⁷² Na przykład o ile zakazane jest sprawowanie funkcji w organach kierowniczych jednostek organizacyjnych mających status kupca, o tyle dopuszczalne jest bycie ich współnikiem, udziałowcem oraz sprawowanie w nich funkcji nadzorczych.

⁷³ Na przykład w odniesieniu do urzędników zob. art. 175 i 176 francuskiego kodeksu karnego (*Code pénal*).

⁷⁴ Zgodnie z art. L625-2 C.com. upadłość osobista niesie z sobą zakaz kierowania, zarządzania, administrowania lub kontrolowania, bezpośrednio lub pośrednio, wszelkiego przedsiębiorstwa (*entreprise*) handlowego, rzemieślniczego, wszelką działalnością rolniczą i jakiegokolwiek osoby prawnej prowadzącej działalność gospodarczą (*activité économique*). Podobne zakazy zawarte są ponadto w przepisach szczególnych, regulujących poszczególne zawody.

⁷⁵ *Carte d'identité de commerçant étranger* nie jest wymagana od obywateli Andory, Monako, Algierii, jej uzyskanie zaś jest ułatwione dla obywateli USA, Szwajcarii i niektórych państw afrykańskich.

⁷⁶ Sądy gospodarcze we Francji mają charakter branżowy i składają się z samych kupców wybieranych w ramach izb handlowych.

⁷⁷ Na przykład dystrybucja napojów alkoholowych, prowadzenie sal widowiskowych, transport drogowy, agencja nieruchomości.

Dzięki przyjętej w art. L121-1 C.com. otwartej formule podmiotowej kupcami mogą być również osoby prawne⁷⁸ (*personnes morales*), spośród których najliczniejszą grupę stanowią spółki handlowe (*sociétés commerciales*)⁷⁹. Poza tym za kupców mogą być uznane także spółki cywilne (*sociétés civiles*) oraz — z zastrzeżeniem niejedynolitości poglądów — podmioty typu *not for profit*, na przykład stowarzyszenia (*associations déclarées*)⁸⁰ i fundacje (*fondations*). Natomiast przedsiębiorstwom publicznym (państwowym)⁸¹ (*établissements publics*) — choć co do zasady podlegają one regulacji prawa handlowego — z powodu licznych odrębności⁸² odmawia się statusu kupca.

Jak zostało już wspomniane, definicja kupca wyrażona w art. L121-1 C.com. nie dotyczy spółek handlowych, podlegających odrębnej regulacji art. L210-1 C.com., zgodnie z którym o handlowym charakterze spółki (a w konsekwencji o nabyciu przez nią statusu kupca) decyduje jej forma prawna albo handlowy przedmiot działalności. Ze względu na swoją formę, niezależnie od przedmiotu prowadzonej działalności⁸³, mają charakter handlowy spółki jawne (SNC — *sociétés en nom collectif*), spółki komandytowe (SCS — *sociétés en commandite simple*), spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (SARL — *sociétés à responsabilité limitée*) oraz spółki akcyjne⁸⁴ (*sociétés par actions*).

Spółka cywilna (art. 1845 n. C.civ.) ma natomiast, zgodnie ze swoją nazwą, charakter cywilny i do realizacji działalności cywilnej⁸⁵ została przede wszystkim pomyślana (potwierdza to zresztą mnogość pozakodeksowych typów tej spółki, na przykład spółka cywilna wolnych zawodów, spółka cywilna zawodów zaufania publicznego, spółka cywilna do prowadzenia działalności rolniczej itd.). Do-

⁷⁸ Zob. G. Ripert, *op. cit.*, s. 183 n.

⁷⁹ Zob. F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clément, *op. cit.*, s. 32; A. Kozłowska-Szczerba, *op. cit.*, s. 254. Szczegółową klasyfikację spółek przedstawia T. Włudyka, [w:] L.J. Smith *et al.*, *Prawo spółek w Republice Federalnej Niemiec, Wielkiej Brytanii, Francji i Włoszech*, Kraków 2000, s. 138 n.

⁸⁰ Tak zwane stowarzyszenia niezgłoszone (*associations non déclarées*) nie mają osobowości prawnej, nie mogą również prowadzić działalności handlowej.

⁸¹ Na przykład RATP (*Régie Autonome des Transports Parisiens*) — Niezależny Zarząd Paryskiego Transportu, przedsiębiorstwo państwowe transportu publicznego w Paryżu; EDF (*Électricité de France*) — przedsiębiorstwo państwowe zajmujące się dostarczaniem energii elektrycznej.

⁸² Są na przykład wpisywane do RCS, ale w odrębnym dziale, podlegają sądownictwu gospodarczemu, ale nie jest możliwe w ich przypadku postępowanie naprawcze.

⁸³ Problem pojawia się w razie konfliktu formy organizacyjnej i przedmiotu działalności, gdy będąca z definicji kupcem spółka handlowa prowadzi działalność o charakterze cywilnym. Przykładem są tu spółki wolnych zawodów (SEL — *société d'exercice libéral, société des professions libérales*), które na podstawie ustawy n° 90-1258 z 31 grudnia 1990 r. mogą przyjmować formę spółki handlowej, podlegającej — jako kupiec — co do zasady prawu handlowemu, a jednocześnie — według cywilnego przedmiotu swojej działalności — sądownictwu cywilnemu (art. L721-5 C.com.).

⁸⁴ Do grupy spółek akcyjnych (*sociétés par actions*) należy „zwykła” spółka akcyjna (SA — *société anonyme*), spółka akcyjna uproszczona (SAS — *société par actions simplifiée*) oraz spółka komandytowo-akcyjna (SCA — *société en commandite par actions*).

⁸⁵ Chodzi o dziedziny aktywności niebędące działalnością handlową, w szczególności o rzemiosło, rolnictwo, wykonywanie wolnego zawodu. Bliżej na ten temat T. Włudyka, *op. cit.*, s. 141.

piero podjęcie przez spółkę cywilną działalności handlowej skutkuje uznaniem, że niejako obok spółki cywilnej funkcjonuje spółka handlowa, zwana faktyczną spółką handlową (*société commerciale de fait*); jednakże powinien być to co najwyżej etap przejściowy, prowadzący docelowo do przekształcenia spółki cywilnej w spółkę handlową.

Podobnie jest ze spółką udziałową (*société en participation*), która jako jedyna spółka prawa francuskiego nie posiada osobowości prawnej (art. 1871 n. C.civ.), stanowiąc wyłącznie umowę wspólników. Inaczej jednak niż w przypadku spółki cywilnej, charakter spółki udziałowej jest całkowicie zależny od przedmiotu jej działalności. Jeśli więc będzie to działalność handlowa, to spółka udziałowa zostanie uznana za spółkę handlową, a do jej funkcjonowania odpowiednie zastosowanie znajdą przepisy o spółce jawnej.

Jeśli zaś chodzi o działalność wyróżniającą kupca spośród ogółu uczestników obrotu prawnego i rozstrzygającą o nabyciu statusu kupca, to można ją w skrócie określić jako zawodową działalność handlową (*activité professionnelle commerciale*)⁸⁶. Oznacza ona, zgodnie z definicją legalną kupca, **dokonywanie czynności handlowych w imieniu własnym i na własny rachunek** (działalność handlowa jest zajęciem niezależnym w sensie prawnym⁸⁷) **jako stałe zajęcie, z awód** (na ten wymóg składają się w istocie dwa elementy: stałość (*habitude*), przez co wykluczone jest nabycie statusu kupca poprzez jednorazowe dokonanie czynności handlowej⁸⁸, oraz zawodowy charakter działalności (*caractère professionnel*), co oznacza wykonywanie działalności w celu uzyskiwania środków niezbędnych do egzystencji⁸⁹)⁹⁰.

Warto zauważyć, że właśnie dzięki wspólnemu dla prawa cywilnego i handlowego pojęciu zawodu, zajęcia (*profession*)⁹¹ rozróżnienie na kupców (*commerçants*) oraz przedsiębiorców niebędących kupcami⁹² (*entrepreneurs non-commerçants*) zdaje się obecnie tracić na znaczeniu. Jego miejsce zajmuje bar-

⁸⁶ Por. F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clément, *op. cit.*, s. 46.

⁸⁷ Z tego względu nie stanowi przeszkody w uznaniu za kupca zależność ekonomiczna od innego podmiotu, na przykład franczyzanta czy koncesjonariusza.

⁸⁸ Zob. Cour de cassation, Com., 2 oct. 1985, JCP 1985.IV.352, Bull. civ. IV, n° 227.

⁸⁹ Do uznania za kupca nie wymaga się, by zawód, działalność handlowa (*profession commerciale*) była wyłączną aktywnością danej osoby. Przeciwnie, jedna osoba może na przykład prowadzić działalność handlową, posiadając w związku z tym status kupca, a jednocześnie wykonywać tradycyjnie cywilną działalność rolniczą. W takim przypadku zawodowa działalność handlowa (*activité professionnelle commerciale*) tej osoby będzie podlegać prawu handlowemu, a do zawodowej działalności cywilnej (*activité professionnelle non-commerciale*) zastosowanie znajdą przepisy prawa cywilnego. Sytuację tę określa się mianem *pluri-activité*. Może być ona jednak zakazana przez ustawę, jak na przykład w przypadku notariusza, który nie może jednocześnie wykonywać czynności bankowych.

⁹⁰ F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clément, *op. cit.*, s. 46; *Droit...*, s. 114.

⁹¹ Pojęcie to omawia szczegółowo G. Ripert, *op. cit.*, s. 101 n.

⁹² Czyli wykonujących działalność o charakterze cywilnym.

dziej życiowy i uniwersalny podział na profesjonalistów (*professionnels*) i nieprofesjonalistów (*non professionnels*), widoczny już nie tylko we wspólnotowym prawie konsumenckim czy konkurencji⁹³, ale także w nowszym prawodawstwie francuskim. Powoli zaczyna się nawet mówić o scalaniu reżimu prawnego działalności cywilnej i handlowej⁹⁴.

Najistotniejszym elementem działalności wyróżniającej jest jednak dokonywanie czynności handlowych, za które art. L110-1 C.com. uznaje (są to tak zwane czynności handlowe ze względu na swą naturę — *actes de commerce par nature*): nabywanie rzeczy ruchomych w celu ich odsprzedaży w stanie niezmienionym bądź po ich przetworzeniu lub poddaniu obróbce; nabywanie nieruchomości w celu ich odsprzedaży, pod warunkiem że nabywca nie działał z zamiarem wzniesienia jednego lub więcej budynków i sprzedaży ich w całości lub jako poszczególnych lokali⁹⁵; operacje pośrednictwa w kupnie, subskrypcji lub sprzedaży nieruchomości, przedsiębiorstw⁹⁶, akcji lub udziałów w spółkach nieruchomościowych⁹⁷; usługi przedsiębiorstw najmu ruchomości⁹⁸; usługi przedsiębiorstw produkcyjnych, komisowych, transportu naziemnego i wodnego; usługi przedsiębiorstw dostawczych, agencji, biur gospodarczych, przedsiębiorstw sprzedaży licytacyjnej, przedsiębiorstw przedstawień publicznych; operacje wymiany walut, bankowe i brokerskie⁹⁹; operacje banków publicznych; zobowiązania między handlowcami, pośrednikami i bankierami; między wszystkimi osobami — weksle trasowane¹⁰⁰. Wyliczenie to jest kontynuowane w art. L110-2 C.com.,

⁹³ Zasadnie posługującym się jak najszerzą definicją przedsiębiorcy — profesjonalisty, aktualną zarówno w obrocie konsumenckim, jak i profesjonalnym.

⁹⁴ F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clément, *op. cit.*, s. 50.

⁹⁵ Nabyte nieruchomości muszą być zatem odsprzedane w tym samym stanie, w jakim zostały nabyte; nie będzie więc mieć charakteru handlowego działalność deweloperska.

⁹⁶ Chodzi o przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (*fonds de commerce*).

⁹⁷ To tak zwane spółki specjalnego przeznaczenia — SPV (ang. *special purpose vehicle*), jak na przykład spółka cywilna nieruchomościowa (SCI — *société civile immobilière*), której głównym lub jedynym celem jest nabycie własności nieruchomości i wynajmowanie jej innym spółkom (najczęściej powiązanym) do prowadzenia ich działalności. Konstrukcja ta z jednej strony czyni ową nieruchomość niedostępną dla wierzycieli spółki prowadzącej właściwą działalność, z drugiej zaś upraszcza ewentualną sprzedaż nieruchomości, jako że obrót udziałami w SCI jest znacznie prostszy od obrotu nieruchomościami.

⁹⁸ Najem nieruchomości ma co do zasady naturę cywilną i podlega przepisom C.civ., nawet jeśli nieruchomość służy prowadzeniu działalności handlowej. Jedyny od tego wyjątek wprowadza tak zwana akcesoryjność najmu względem działalności handlowej jednej ze stron, znajdująca wyraz w instytucji najmu handlowego (*bail commercial*), szczegółowo regulowanego przez art. L145-1–L146-3 C.com.

⁹⁹ W tym operacje na giełdach papierów wartościowych i towarowych, operacje ubezpieczeniowe itd.

¹⁰⁰ Wszelkie zobowiązania z weksla trasowanego (nawet te zaciągnięte w ramach stosunków cywilnych przez osoby niebędące kupcami) są poddane regulacji prawa handlowego, w tym wyłącznej właściwości sądów gospodarczych i rygorystycznemu reżimowi egzekucyjnemu. W od-

jednak dotyczy ono wyłącznie tak zwanych czynności handlu morskiego (*actes de commerce maritime*).

Otwarty charakter powyższego wyliczenia¹⁰¹ oraz znaczna niejednorodność poszczególnych jego elementów budzi zastrzeżenia francuskiej doktryny, według której w definicji czynności handlowej nastąpiło pomieszanie czynności (operacji) z zawodami (zajęciami), przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek ogólnej wskazówki pozwalającej na wyprowadzenie z treści przepisu spójnych, uniwersalnych zasad oceny tego, co jest czynnością handlową, a co nie¹⁰². Podnosi się także, że zastosowana forma wyliczenia, trąca zachowawczością i nielogicznością, prowadzić musi do skostnienia i zamknięcia kategorii czynności handlowej na zmieniające się potrzeby ekonomiczne i społeczne, wymuszając na nauce prawa i orzecznictwie nieustanne dookreślanie zakresu tego pojęcia¹⁰³.

Oprócz czynności handlowych wymienionych w art. L110-1 C.com. (*actes de commerce par nature*) orzecznictwo i doktryna wyróżniają drugą grupę czynności handlowych — czynności handlowe akcesoryjne (*actes de commerce par accessoire*). Będąca podstawą ich wyróżnienia tak zwana teoria akcesoryjności (*théorie d'accessoire*) opiera się na ogólnej zasadzie, że to, co akcesoryjne, dzieli losy tego, co główne. Na gruncie prawa handlowego wyraża się ona w uznaniu czynności, która normalnie byłaby czynnością cywilną, za czynność handlową, jeśli tylko została ona dokonana w związku z inną czynnością handlową oraz w stosowaniu do obu czynności (głównej i akcesoryjnej) jednego, wspólnego reżimu prawnego, właściwego dla czynności głównej — w tym wypadku handlowej¹⁰⁴. Wyróżnia się przy tym trzy warianty akcesoryjności: handlową podmiotową (*accessoire commercial subjectif*, zgodnie z którą, choć nie bez wyjątków, wszystkie czynności zdziałane przez kupca na potrzeby jego działalności handlowej są uznawane za czynności handlowe, chociażby miały one charakter cywilny), handlową przedmiotową (*accessoire commercial objectif*), polegającą na uznaniu zobowiązania za handlowe, jeśli jego przedmiot ma charakter handlowy (chodzi najczęściej o zobowiązania ze stosunku spółki handlowej¹⁰⁵ lub mające

różnieniu od weksla trasowanego (*lettre de change*), weksel własny (*billet à ordre*) i czek (*chèque*), w zależności od natury zobowiązania głównego, w wykonaniu lub zabezpieczeniu którego zostały wystawione, mogą mieć charakter cywilny albo handlowy, podlegając odpowiednio prawu cywilnemu albo handlowemu.

¹⁰¹ Pomimo przeprowadzonej w 2000 r. rekodyfikacji C.com. (przyjęła ona formę tak zwanej *codification à droit constant* polegającej na włączeniu dotąd rozproszonych aktów prawnych do treści C.com. bez dokonywania zmian merytorycznych, a jedynie ze zmianami formalnymi, między innymi przyjęciem nowej numeracji poszczególnych przepisów), nie dostosowano zawartego w art. L110-1 C.com. katalogu czynności handlowych do współczesnych potrzeb.

¹⁰² Zob. G. Ripert, *op. cit.*, s. 207 n.

¹⁰³ Zob. F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clément, *op. cit.*, s. 31.

¹⁰⁴ Odwrotny skutek nastąpi w przypadku zastosowania zasady akcesoryjności cywilnej.

¹⁰⁵ Na przykład subskrypcja udziałów lub akcji, pomimo iż subskrybenci nie są jeszcze udziałowcami, powodztwa przeciwko osobom zarządzającym spółką, spory powstałe na tle nabycia udziału lub akcji itd.

za przedmiot przedsiębiorstwo (*fonds de commerce*)¹⁰⁶ albo jeśli jest ono akcesoryjne w stosunku do czynności handlowej¹⁰⁷ oraz akcesoryjność cywilną (*accessoire civil*), będącą przeciwieństwem zasady akcesoryjności handlowej podmiotowej, zgodnie z którą niektóre czynności wprost wymienione w art. L110-1 C.com. nie są uznawane za czynności handlowe, jeśli zostały zdziałane przez przedsiębiorcę niebędącego kupcem (*entrepreneur non-commerçant, professionnel civil*) w wykonaniu jego cywilnej działalności zawodowej (*activité professionnelle non-commerciale*).

Omawiając działalność handlową, warto odnieść się jeszcze do kwestii działalności przedstawicieli wolnych zawodów i rzemieślników, która w prawie francuskim została rozwiązana w dość osobliwy sposób.

Otóż, działalność polegająca na wykonywaniu wolnego zawodu (*activité libérale*) nie ma charakteru handlowego, przez co i samym przedstawicielom wolnych zawodów nie przysługuje co do zasady status kupca. Dzieje się tak, ponieważ działalność intelektualna, a do takiej zaliczane są wolne zawody, jest ze swej natury uznawana za działalność cywilną. Nie są więc kupcami adwokaci, notariusze, lekarze, architekci, biegli rewidentzi, zarządcy sądowi, pełnomocnicy-likwidatorzy itd., gdyż nawet jeśli pobierają oni honorarium, to zgodnie z tradycyjną deontologią zawodową nie działają z zamiarem osiągnięcia zysku, co wyklucza uznanie podejmowanych przez nich czynności za czynności handlowe, a ich samych — za kupców. Niemniej jednak status kupców, pomimo wykonywania wolnego zawodu, posiadają aptekarze, ponieważ w toku ich działalności niezbędne okazuje się dokonywanie licznych zakupów (środków farmaceutycznych i materiałów medycznych) w celu odsprzedaży. Podobnie, jeśli osoby wykonujące wolny zawód, naruszając właściwe dla danej profesji zakazy, dokonują czynności handlowych, mogą być w tym zakresie, niezależnie od odpowiedzialności dyscyplinarnej, uznane za kupców¹⁰⁸.

Jeśli zaś chodzi o działalność rzemieślniczą, to wydawałoby się, iż powinna być ona kwalifikowana jako produkcyjna lub usługowa działalność przemysłowa¹⁰⁹, zyskując przez to status działalności handlowej. Tak jednak nie jest, ponieważ ustanowiony w art. L110-1, 5° C.com. wymóg działania w ramach przedsiębiorstwa (*entreprise de manufactures*) wyklucza z zakresu działalności handlowej rzemiosło. O ile bowiem każdy rzemieślnik pracujący sam lub wraz z czeladnikiem przedsiębiorstwo w rozumieniu potocznym posiada, o tyle francuska judyka-

¹⁰⁶ Na przykład czynności mające za przedmiot przedsiębiorstwo, dokonywane przez spadkobierców zmarłego kupca.

¹⁰⁷ W odróżnieniu od weksli trasowanych, które mają charakter czynności handlowych ze względu na formę, zobowiązanie z weksla własnego (*billet à ordre*) i czeku ma charakter zobowiązania handlowego, jeśli tylko zostały one wystawione na zabezpieczenie długu powstałego w związku z działalnością handlową. To samo dotyczy między innymi zastawu lub poręczenia.

¹⁰⁸ F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clément, *op. cit.*, s. 36.

¹⁰⁹ Rzemieślnikami są bowiem osoby zajmujące się osobiście, zawodowo i w sposób niezależny produkcją, przeróbką, naprawą lub świadczeniem usług. Listę zawodów rzemieślniczych zawiera dekret n° 98-247 z 2 kwietnia 1998 r.

tura, kierując się kazuistycznymi kryteriami, przyjmuje, że na gruncie art. L110-1 C.com. za kupców mogą być uznani jedynie rzemieślnicy, którzy swój zysk opierają na cudzej pracy, co oznacza, że muszą zatrudniać odpowiednią liczbę pracowników (zazwyczaj przyjmuje się, że dziesięciu), osiągając zysk przede wszystkim dzięki ich pracy, a nie osobistej działalności¹¹⁰. W określonych przypadkach dopuszczalna jest nawet podwójna rejestracja rzemieślników — we właściwym tylko dla nich Rejestrze zawodów (*Répertoire des métiers*) oraz w „kupieckim” RCS¹¹¹. Jakkolwiek więc można mówić o pewnej „konkurencji między działalnością rzemieślniczą a handlową”, to należy odnotować, że pytanie, czy rzemieślnik jest zarazem kupcem, traci ostatnio na znaczeniu, gdyż reżim prawny rzemiosła stopniowo przejmuje instytucje zarezerwowane dotąd wyłącznie dla kupców, jak: przedsiębiorstwo rzemieślnicze¹¹² (*fonds artisanal*) z możliwością ustanowienia na nim zastawu, najem handlowy (*bail commercial*), specjalny status małżonka-współpracownika (*conjoint collaborateur*) czy wreszcie postępowanie naprawcze (*redressement judiciaire*) z właściwością sądów gospodarczych. Najistotniejsze różnice dotyczą zaś nadal: terminów przedawnienia¹¹³, solidarnej odpowiedzialności z mocy prawa¹¹⁴, braku ograniczeń dowodowych¹¹⁵ czy ogólnej właściwości sądów gospodarczych¹¹⁶. I chociaż dalsze zacieranie się tych odrębności wydaje się przesądzone, to ze względu na fakt, iż nie wszystkie elementy kupieckiego statusu są dla rzemieślników korzystne, można spodziewać się zachowania choć szczątkowego zróżnicowania regulacji obu rodzajów działalności¹¹⁷.

Jak widać, specyfika francuskiego prawa handlowego, w tym także pojęcia kupca, wynika przede wszystkim z przyjmowanego dualizmu prawa prywatnego i przedmiotowego kryterium wyróżnienia prawa handlowego. Wskutek tych założeń prowadzenie „działalności gospodarczej” rządzi się we Francji odmiennymi zasadami w zależności od charakteru tej działalności (cywilnego albo handlowe-

¹¹⁰ Innymi stosowanymi w praktyce orzeczniczej kryteriami jest realizowane przez rzemieślnika w toku jego działalności przyjmowanie, jako akceptant, weksli trasowanych, koordynowanie działalności innych przedsiębiorstw, wykorzystywanie licznych urzędów, dokonywanie zakupów w celu odsprzedaży — zob. F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clément, *op. cit.*, s. 41.

¹¹¹ Według szacunków, około połowa rzemieślników jest wpisana do obu rejestrów.

¹¹² Chodzi o przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym, na wzór kupieckiego *fonds de commerce*.

¹¹³ Z zastrzeżeniem regulacji szczególnych termin przedawnienia roszczeń wynikających z działalności handlowej to 10 lat, a z cywilnej — 30 lat.

¹¹⁴ W stosunkach handlowych obowiązuje domniemanie solidarnej odpowiedzialności kupców za wspólnie zaciągnięte zobowiązania.

¹¹⁵ Czynności handlowych można dowodzić wszelkimi środkami dowodowymi, w tym zeznaniami świadków, podczas gdy dowód zawarcia umowy w stosunkach cywilnych powinien być co do zasady dowodem z dokumentu.

¹¹⁶ Sądy gospodarcze rozstrzygają spory między kupcami w pierwszej instancji i składają się z wybranych przedstawicieli samych kupców.

¹¹⁷ F. Dekeuwer-Défossez, É. Blary-Clément, *op. cit.*, s. 41 n. Zob. też *Droit...*, s. 115.

go), ewentualnie — od organizacyjnoprawnej formy jej wykonywania¹¹⁸ (spółki handlowe). Według przedmiotu prowadzonej działalności wyróżnia się więc z jednej strony kupców, objętych regulacją prawa handlowego (przede wszystkim *Code de commerce*), z drugiej zaś — przedsiębiorców niebędących kupcami (rzemieślników, przedstawicieli wolnych zawodów, rolników itd.), których działalność podlega co do zasady francuskiemu kodeksowi cywilnemu (*Code civil*) i odpowiednim przepisom szczególnym.

4. WNIOSKI Z ANALIZY PRAWA NIEMIECKIEGO I FRANCUSKIEGO

Według przepisów prawa niemieckiego kupcem w rozumieniu § 1 HGB jest „p r z e d s i ę b i o r c a” (właściciel przedsiębiorstwa)¹¹⁹, który prowadzi kupiecką działalność gospodarczą (*Handelsgewerbe*). Już sam fakt prowadzenia takiej działalności czyni go kupcem (stąd określenie *Istkaufmann*), a wpis do rejestru handlowego ma charakter deklaratoryjny. Jeżeli zaś nie prowadzi on kupieckiej działalności gospodarczej, może zostać kupcem przez dobrowolny i konstytutywny wpis do rejestru handlowego (*Kannkaufmann*), a nawet w określonych sytuacjach stać się kupcem wbrew swojej woli, na przykład z mocy nieprawidłowego wpisu (*Kaufmann kraft Eintragung*). Na podstawie ustawy prawo kupieckie stosuje się zaś do kategorii kupców wyróżnianej ze względu na formę prowadzonej działalności (*Formkaufmann*) i do spółek handlowych (§ 6 ust. 1 oraz ust. 2 HGB)¹²⁰. Coraz bardziej na znaczeniu w Niemczech zaczyna jednak zyskiwać pojęcie przedsiębiorcy (*Unternehmer*), po jego wprowadzeniu do kodeksu cywilnego (aktualnie § 14 BGB) — to bowiem ono uznawane jest w doktrynie niemieckiej za rozgraniczające obszar regulacji odnoszącej się do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą¹²¹. Polski ustawodawca stoi przed zadaniem uporządkowania pojęć, w tym przesądzenia, czy poprzestać na jednolitym ujęciu przedsiębiorcy, zarówno na potrzeby wyznaczania stosunków o charakterze konsumenckim, jak i obszarów prawa tradycyjnie przypisanych kupcom. Czerpanie z doświadczeń niemieckich może być przy tym przydatne w zakresie ustalania istotnej dla obrotu okoliczności posiadania przez dany podmiot statusu przedsiębiorcy, w szczególności w związku z domniemaniami wynikającymi z ujawnienia danej osoby w rejestrze w charakterze przedsiębiorcy.

Istotną różnicę między porównywanymi prawodawstwami, jak się wydaje na niekorzyść naszego systemu prawnego, stanowi przy tym niewpisywanie w Pol-

¹¹⁸ A. Kozłowska-Szczerba, *op. cit.*, s. 254.

¹¹⁹ Pojęcie „przedsiębiorca” (*Unternehmer*) w rozumieniu podmiotu (właściciela) przedsiębiorstwa (*Unternehmensträger*) zostało wyraźnie użyte w § 2 HGB.

¹²⁰ Taką właśnie wyraźną dystynkcję podmiotów przeprowadza się w literaturze niemieckiej. Por. K. Hopt, A. Baumbach, *op. cit.*, § 6, nb. 1 n.

¹²¹ Tak C.T. Ebenroth *et al.*, *Handelsgesetzbuch*, 2. Aufl., München 2008, Vorbemerkungen, nb. 27.

sce do rejestru przedsiębiorców osób fizycznych — przedsiębiorców, niezależnie od rodzaju i rozmiaru prowadzonej działalności¹²². Brak jest bowiem zarówno obowiązku uzyskania przez owych przedsiębiorców jednoosobowych wpisu do rejestru przedsiębiorców w przypadku osiągnięcia przez ich działalność gospodarczą określonych rozmiarów (nawet jeżeli wpis do rejestru przedsiębiorców w takim przypadku miałby charakter tylko deklaratoryjny) oraz możliwości fakultatywnego uzyskania takiego wpisu przez osoby fizyczne, chcące się stać przedsiębiorcami rejestrowymi. Dlatego w kontekście projektowanych zmian pojęcia przedsiębiorcy godne polecenia jest zarówno wprowadzenie obowiązku wpisu do rejestru przedsiębiorców osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą określonych rozmiarów, ewentualnie o określonym stopniu zorganizowania, jak i możliwości uzyskania takiego wpisu przez osoby fizyczne, które prowadząc działalność mniejszych rozmiarów, chciałyby stać się przedsiębiorcami rejestrowymi wpisanymi do Krajowego Rejestru Sądowego.

Na pierwszy rzut oka prawo niemieckie w mniejszym zakresie jest godne naśladowania, gdy chodzi o materialne kryteria kwalifikowania określonej osoby jako przedsiębiorcy z mocy prawa (*Istkaufmann*), a to przede wszystkim z uwagi na ich bardzo tradycyjne (historyczne) ukształtowanie¹²³ oraz ich nieostrość. Taka nieostrość jest jednakże nie do uniknięcia, a ewentualne wątpliwości co do charakteru danego podmiotu ma przynajmniej pomóc rozwiązać wynikające z § 1 HGB domniemanie prowadzenia kupieckiej działalności gospodarczej. Aktualnie, pod wpływem prawa konsumenckiego oraz w świetle zasady jedności prawa cywilnego, widoczne jest dążenie do bardzo szerokiego ujęcia przedsiębiorcy. Warto przy tym jednak wyrazić spostrzeżenie, że im szersza będzie kategoria przedsiębiorców (podmiotów uznawanych za przedsiębiorców z mocy prawa, niezależnie od wpisu do rejestru — odpowiednik niemieckiej kategorii *Istkaufmann*), tym większe problemy praktyczne stwarzać będzie w konkretnym przypadku ustalenie, czy mamy do czynienia z przedsiębiorcą. W Niemczech problem ten rozwiązać pomaga kategoria *Kannkaufmann* (§ 2 HGB), osób prowadzących działalność gospodarczą w niewielkim rozmiarze, które dopiero po dokonaniu wpisu do rejestru handlowego mogą swoją działalność prowadzić jako kupcy (tak zwany *Kannkaufmann* — § 2 HGB)¹²⁴. Wpis do rejestru stanowi bowiem w ich przypadku czytelne kryterium kwalifikacji jako kupców.

Przy tworzeniu nowego pojęcia przedsiębiorcy w projektowanym nowym kodeksie cywilnym, uwzględniając doświadczenia reformy niemieckiego pojęcia

¹²² Wprowadzenie domniemania prawdziwości danych ujawnionych w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, mające złagodzić istniejące w tym zakresie niedostatki, jest odsuwane w czasie — por. art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. — Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1808 z późn. zm.).

¹²³ Zwraca na to uwagę K. Schmidt, [w:] H. Krejci, K. Schmidt, *Vom HGB zum Unternehmergesetz*, Wiedeń 2002, s. 88. Autor nazywa je „reliktami dawnego prawa handlowego”.

¹²⁴ Zob. *ibidem*.

kupca w niemieckim kodeksie handlowym, powinno się wystrzegać tworzenia definicji, która doprowadziłaby do wykluczenia określonych podmiotów z kategorii przedsiębiorców tudzież cechowała się nieostrością utrudniającą przypisanie określonym podmiotom przymiotu przedsiębiorcy.

Analizując z kolei możliwość wykorzystania doświadczeń francuskich w pracach nad kształtem pojęcia przedsiębiorcy w prawie polskim, nie sposób ograniczać się wyłącznie do tamtejszej instytucji kupca, z pominięciem podstawowego jej elementu, jakim jest czynność handlowa.

I tak, ewentualne wykorzystanie konstrukcji czynności handlowej w prawie polskim mogłoby być rozważane w odniesieniu do dwóch przypadków — zastąpienia nią pojęcia działalności gospodarczej albo uznania jej za szczególną kategorię czynności prawnej.

Należy bowiem zauważyć, że pojęcie czynności handlowej w prawie francuskim jako podstawowy wyznacznik¹²⁵ statusu kupca, konstrukcyjnie odgrywa tę samą rolę, co występujące w polskiej definicji przedsiębiorcy pojęcie działalności gospodarczej. Wydaje się jednak, że polski ustawodawca w art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹²⁶ poradził sobie z jego określeniem o wiele lepiej¹²⁷ od ustawodawcy francuskiego, konstruując ogólną, syntetyczną i raczej odporną na zmieniającą się rzeczywistość, systemową definicję działalności gospodarczej. Niecelowe byłoby zatem zastępowanie tego zakorzenionego już w polskiej terminologii prawnej i prawniczej oraz w świadomości społecznej pojęcia kategorią czynności handlowej, w szczególności w formie przyjętej w art. L110-1 C.com. Byłoby to zresztą rozwiązanie zbyt radykalne, mogące wzbudzać wątpliwości co do rzeczywiście akceptowanej, podmiotowej koncepcji polskiego prawa handlowego.

Drugiej możliwości przywrócenia¹²⁸ do polskiego porządku prawnego kategorii czynności handlowych można upatrywać w wyodrębnieniu ich według kryterium podmiotowego¹²⁹, określonej grupy czynności prawnych. Powstaje jednak pytanie o potrzebę ustawowego mnożenia kolejnych rodzajów czynności prawnych i ich nazw. Wydaje się, że z racji przyjmowanej w Polsce zasady jedności prawa prywatnego, zabieg ten miałby znaczenie wyłącznie porządku-

¹²⁵ Pozostałe elementy to: wymóg uczynienia z dokonywania czynności handlowych stałego zawodu (*profession habituelle*), działanie we własnym imieniu i na własny rachunek oraz ukierunkowanie tej działalności na zysk.

¹²⁶ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.), dalej: u.s.d.g.

¹²⁷ Pomijając na przykład kwestię dwuznaczności powstającej w odniesieniu do działalności zawodowej na gruncie art. 43¹ *in fine* k.c.

¹²⁸ Zgodnie z art. 498 § 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. — Kodeks handlowy (Dz.U. RP nr 57, poz. 502), czynnościami handlowymi były czynności prawne kupca związane z prowadzeniem jego przedsiębiorstwa.

¹²⁹ Ze względu na podmiotowy charakter polskiego prawa handlowego.

jące¹³⁰ (bardziej techniczne niż merytoryczne), jako wprowadzający zwężłe, zbiorcze określenie czynności dokonywanych dotąd „w stosunkach między przedsiębiorcami” (por. art. 66¹ § 4 zd. 2, art. 66² § 1, art. 68¹ § 1 k.c. czy art. 184 § 1 projektu). Należy zarazem odnotować, że zgodnie z przyjętymi przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego założeniami, zagadnienia dotyczące między innymi zawierania umów, w tym w obrocie profesjonalnym, znajdują się nie w części ogólnej nowego kodeksu cywilnego, ale w księdze poświęconej prawu zobowiązań, która publicznej dyskusji nie została jeszcze poddana.

Niedostatki francuskiej konstrukcji czynności handlowej, jako definicji kazuistycznej, a jednocześnie zakresowo niepełnej, wymagającej przez to ciągłych uzupełnień, powodują, że jest ona regulacją mało praktyczną i krytykowaną w samej Francji¹³¹, przez co trudno postulować, by stanowiła ona podstawę do ewentualnych prac nad wprowadzeniem tego pojęcia do prawa polskiego albo nad ostatecznym kształtem definicji działalności gospodarczej w nowym kodeksie cywilnym.

Również porównanie francuskiej definicji kupca z art. L121-1 C.com. z polską definicją przedsiębiorcy z art. 43¹ k.c. oraz z art. 57 § 1 projektu wskazuje na podobieństwo konstrukcyjne, polegające na budowaniu obu pojęć w oparciu o działalność wyróżniającą kupca i przedsiębiorcy, odpowiednio — dokonywanie czynności handlowych i prowadzenie działalności gospodarczej. Niemniej jednak, podczas gdy art. 43¹ k.c. w zw. z art. 2 u.s.d.g. tworzy definicję co do zasady zupełną, art. L121-1 C.com., nawet w zw. z art. L110-1 C.com. (definicja czynności handlowej), wciąż wymaga uzupełniania o niewyrażone wprost w ustawie warunki działania we własnym imieniu i na swój rachunek oraz kryterium zarobkowości.

Ponadto, skoro definicja kupca opiera się na pojęciu czynności handlowej, którego przydatność w pracach nad nowym kodeksem cywilnym jest istotnie wątpliwa, również sama konstrukcja kupca ma raczej znikomą wartość merytoryczną w tym zakresie. Możliwość inspirowania się w prawie polskim rozwiązaniami dotyczącymi innych niż kupcy „przedsiębiorców” francuskich (rzemieślników, przedstawicieli wolnych zawodów itd.) jest z kolei znacznie ograniczona, jeśli nie całkowicie wyłączona, ze względu na podstawowe dla nich założenie — dualizm francuskiego prawa prywatnego.

O tym, że obowiązująca regulacja omawianych zagadnień nie cieszy się uznaniem w samej Francji, najlepiej świadczy wspomniana już, rosnąca popularność pojęcia *professionnel*, oznaczającego podmiot aktywny gospodarczo. Nieuzasadnione byłoby więc wzorowanie się na regulacjach, od których się odstępuje, z powodu niskiej efektywności, nawet u ich źródła.

¹³⁰ Również wymiar dydaktyczny nie byłby spektakularny, skoro i dziś, nie posługując się pojęciem czynności handlowej, stosuje się takie pojęcia, jak na przykład umowy gospodarcze czy obrót profesjonalny.

¹³¹ Zob. R. David, *op. cit.*, s. 190–193; G. Ripert, *op. cit.*, s. 207 n.

W konsekwencji nie sposób rekomendować francuskiego pojęcia kupca jako punktu wyjścia do dalszych prac nad polskim pojęciem przedsiębiorcy. Instytucja kupca bowiem, w połączeniu z konstrukcją czynności handlowej oraz koncepcją dualizmu prawa prywatnego i przedmiotowego ujęcia prawa handlowego, tworzy we Francji skomplikowany system prawa handlowego, nieustannie konkurujący z prawem cywilnym, trudny do pojęcia na podstawie treści przepisów, które nierzadko pochodzą z początku XIX wieku — system, który bez prawotwórczej w istocie roli orzecznictwa i doktryny, byłby po prostu niewydolny¹³². Ponieważ z pewnością nie jest to skutek, o jaki chodzi polskiemu ustawodawcy, mającemu ambicje stworzenia europejskiego, nowoczesnego kodeksu cywilnego, wzory francuskie należy uznać za mało użyteczne i niegwarantujące osiągnięcia założonego w ten sposób celu.

5. POJĘCIE PRZEDSIĘBIORCY W PROJEKCIE KODEKSU CYWILNEGO

Mając na uwadze przeprowadzoną analizę prawa niemieckiego i francuskiego oraz wynikające z niej wnioski, warto przyjrzeć się bliżej zaproponowanemu w projekcie pojęciu przedsiębiorcy¹³³. Jakkolwiek pod względem konstrukcyjnym (technicznym) sama definicja przedsiębiorcy z art. 57 § 1 projektu nie budzi na pierwszy rzut oka większych zastrzeżeń, to pewne wątpliwości rodzą się na tle bardziej szczegółowych kwestii.

Wątpliwości budzi przede wszystkim sposób, w jaki oddzielono przedsiębiorców od osób niebędących przedsiębiorcami, w tym od osób prowadzących działalność gospodarczą nie na własny rachunek, lub działalność niemającą charakteru działalności „trwale zorganizowanej”. Z projektowanego art. 57 § 1 wynika bowiem wyraźnie, że twórcy projektu wprowadzili — podobnie jak w prawie niemieckim na tle przepisów kodeksu handlowego — rozróżnienie działalności gospodarczej, decydujące z mocy ustawy o przynależności do kategorii przedsiębiorców¹³⁴. Za decydujące w tym zakresie uznano prowadzenie działalności gospodarczej „w sposób trwale zorganizowany” i jednocześnie „na własne ryzyko”. Jedynie zaś w stosunku do osób prawnych zastosowano domniemanie trwałego zorganizowania ich działalności gospodarczej (art. 57 § 1 zd. 2 projektu). Uzasadnianie stosowania tego domniemania wyłącznie do

¹³² Stan ten utrzymuje się jednak we Francji od kilkudziesięciu już lat, por. R. David, *op. cit.*, s. 196.

¹³³ Ze względu na ograniczone ramy niniejszego opracowania, skupiono się głównie na zasygnalizowaniu nasuwających się na tym tle wątpliwości.

¹³⁴ Zob. projekt, s. 68. Należy jednak zauważyć, że w prawie niemieckim to rozróżnienie nastąpiło na tle pojęcia kupca w kodeksie handlowym, natomiast nie ma go w definicji przedsiębiorcy w BGB.

osób prawnych ich substratem w postaci istnienia jednostki organizacyjnej¹³⁵ przekonuje jedynie częściowo. Definiowanie osoby prawnej jako „jednostki organizacyjnej” nie musi bowiem oznaczać, że także prowadzenie działalności gospodarczej przez osobę prawną jest zawsze realizowane w ramach organizacji, chociaż niezaprzeczalnie istnieje takie prawdopodobieństwo. Poza tym brak jest definicji legalnej „jednostki organizacyjnej”, a pojęcie to nie stanowi cechy warunkującej uzyskanie osobowości prawnej. Tymczasem domniemanie prowadzenia działalności gospodarczej w sposób zorganizowany (i w konsekwencji decydujący o byciu przez daną osobę przedsiębiorcą) ma istotne znaczenie dla innych uczestników obrotu, w tym dla konsumentów. Brak takiego domniemania w stosunku do osób fizycznych utrudnia zaś sytuację dowodową osoby trzeciej, chcącej okoliczność tę wykazywać, podczas gdy od tego zależna może być również jej sytuacja prawna (przykładowo posiadanie przy danej czynności prawnej statusu konsumenta¹³⁶). Ponadto z definicji działalności gospodarczej z art. 2 u.s.d.g. projekt przejmuje w niezmienionym kształcie jedynie wymóg zarobkowego charakteru, nie stanowiąc już o zorganizowanym i ciągłym sposobie jej wykonywania¹³⁷. Pojawia się za to przesłanka stałości działalności. Trudno jednak przyjąć, by było to proste zastąpienie przez ustawodawcę jednego pojęcia drugim. Działalność stała nie jest bowiem równoznaczna z działalnością wykonywaną w sposób ciągły¹³⁸. Poza tym cecha ciągłości — w zmienionej formie — została wraz z elementem zorganizowania wkomponowana w nową definicję przedsiębiorcy (art. 57 § 1 projektu), która stanowi o prowadzeniu przez niego działalności gospodarczej w sposób „trwale zorganizowany” (ciągłość i zorganizowanie zostały więc zastąpione trwałością zorganizowania). Rozwiązanie to wydaje się dyskusyjne co najmniej z dwóch powodów. Z jednej strony prowadzi do rozbicia elementów składających się na definicję działalności gospodarczej na dwie osobne jednostki redakcyjne, stanowiące w dodatku dwie odrębne definicje legalne — przedsiębiorcy i działalności gospodarczej. Z drugiej zaś strony posługiwanie się w projekcie pojęciami trwałości (odnośnie do zorganizowanego sposobu wykonywania działalności gospodarczej) oraz stałości (wobec samej działalności) może rodzić wątpliwości interpretacyjne w zakresie rozróżnienia treści obu określeń. Problem nadmiaru określników należałoby więc rozwiązać

¹³⁵ Tak projekt, s. 68.

¹³⁶ Zgodnie z art. 55 projektu, konsumentem jest osoba fizyczna, która „dokonuje czynności prawnej [...] z przedsiębiorcą, działającym w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej”.

¹³⁷ Zgodnie z art. 57 § 2 projektu, działalnością gospodarczą jest stała działalność zarobkowa lub mająca inny cel gospodarczy, a także samodzielna działalność zawodowa.

¹³⁸ Określenie tego, co jest stałe, może w praktyce nastroczać trudności, podczas gdy cechę ciągłości można odnieść do pewnego zamkniętego okresu, co ułatwia ustalenie, że w tym czasie działalność była wykonywana właśnie w sposób ciągły.

albo przez rezygnację z wymogu trwałości przy pozostawieniu stałości działalności i zorganizowanego sposobu jej wykonywania, albo — co wydaje się rozwiązaniem lepszym — przez określenie sposobu wykonywania działalności za pomocą obecnie stosowanych pojęć ciągłości i zorganizowania, przy jednoczesnej rezygnacji z nowej przesłanki stałości. Wszystkie elementy charakteryzujące działalność gospodarczą powinny być przy tym zawarte w definicji tej działalności, a nie w definicji przedsiębiorcy.

Uzasadnienie projektu nie wyjaśnia również przyczyn rezygnacji ze znanej z art. 43¹ k.c. przesłanki prowadzenia działalności gospodarczej we własnym imieniu na rzecz przesłanki jej prowadzenia „na własne ryzyko”. Pojęcie ryzyka ma tymczasem na gruncie obowiązujących przepisów¹³⁹ znaczenie odmienne od tego, które mieć powinno w projektowanej definicji. Szeroki, a jednocześnie nieostry zakres pojęcia ryzyka w połączeniu z wielością wyróżnianych ryzyk (na przykład ryzyko prawne, gospodarcze, faktyczne itd.) nie pozwala na proste przyjęcie, że prowadzenie działalności „na własne ryzyko” znaczy tyle, co prowadzenie działalności „we własnym imieniu” (właściwie bliższe jest prowadzeniu działalności „na własny rachunek”). Sformułowanie to może więc stać się przyczyną niepotrzebnych wątpliwości interpretacyjnych, co powinno uzasadniać poddanie go ponownej analizie.

Sama definicja działalności gospodarczej zaproponowana w art. 57 § 2 projektu wypada pod względem konstrukcyjnym korzystnie z prawoporównawczego punktu widzenia. Znany z art. 2 u.s.d.g. opisowy i zwięzły charakter został nie tylko zachowany, ale nawet uległ wzmocnieniu. Rezygnacja z wyliczania poszczególnych rodzajów działalności potencjalnie mogących stanowić działalność gospodarczą (wytwórcza, budowlana, handlowa itd.) czyni tę definicję nie tylko czytelniejszą i całkowicie wolną od znanej z prawa francuskiego kazuistyki, ale także zakresowo szerszą, bo obejmującą każdy rodzaj działalności, jeśli tylko odznacza się ona stałością i zarobkowością lub innym celem gospodarczym. Zwłaszcza wzbogacenie definicji działalności gospodarczej o ten ostatni — alternatywny dla zarobkowości — element należy przyjąć z zadowoleniem. Powinno to bowiem pozwolić na uchylenie wątpliwości co do prawnej kwalifikacji działalności danej osoby (a w konsekwencji — kwalifikacji tej osoby jako przedsiębiorcy) w wielu sytuacjach granicznych, w których zarobkowość — rozumiana jako ukierunkowanie na zysk — nie zawsze jest oczywista albo wręcz świadomie negowana przez samego zainteresowanego (dotyczy to w szczególności różnego rodzaju podmiotów typu *not for profit*). Niejasności budzić może jednak przy tym aktualne rozumienie pojęcia „cel gospodarczy” na tle przepisów kodeksu cywilnego o spółce (art. 864 § 1 k.c.), dalece wykraczające poza przyjęte rozumienie działalności zarobkowej.

¹³⁹ Zob. np. art. 824¹ § 2 i 859⁶ k.c.

Jakkolwiek z aprobatą trzeba odnieść się do wyraźnego przesądzenia, iż działalność zawodowa jest działalnością gospodarczą¹⁴⁰, to jednak pewne wątpliwości mogą nasuwać się w dwóch kwestiach. Po pierwsze, nie do końca jasne pozostaje znaczenie „samodzielności” działalności zawodowej, zwłaszcza że cechy tej nie objaśnia definicja samodzielnej działalności zawodowej z art. 58 § 2 projektu, a art. 58 § 1 projektu nie wyklucza prowadzenia działalności zawodowej przez osoby prawne¹⁴¹, których działalność trudno w ogóle rozpatrywać w kategoriach działalności zawodowej, a tym bardziej samodzielnej. Warto więc się zastanowić, czemu tak naprawdę ma służyć wzbogacenie pojęcia działalności zawodowej o dodatkowe, niestosowane dotychczas, określenie „samodzielna” i czy jest ono niezbędne. Po drugie, właściwsze wydaje się zawarcie wspomnianej definicji samodzielnej działalności zawodowej nie w art. 58 § 2 projektu, ale w treści przepisu art. 57 § 2 projektu, co uczyniłoby tę jednostkę redakcyjną zupełną definicją działalności gospodarczej.

O ile zatem pochwalić należy dążenie do ograniczenia szerokiego kwalifikowania osób wykonujących określone czynności na własne ryzyko jako przedsiębiorców, o tyle zastrzeżenia budzą przyjęte w tym celu kryteria i rozkład ciężaru dowodzenia faktu ich spełnienia, co może przyczynić się do powstania stanu niepewności prawa oraz nadmiernego ograniczenia zakresu pojęcia przedsiębiorcy.

Z perspektywy obowiązującej obecnie regulacji przedsiębiorcy w kodeksie cywilnym na pierwszy rzut oka wydaje się budzić wątpliwości odejście od — w zasadzie jednolitego — pojęcia przedsiębiorcy w prawie prywatnym i jego różnicowanie w projekcie. Na podstawie przepisów projektu możliwe jest bowiem zasadnicze wyróżnienie aż siedmiu kategorii (podtypów) przedsiębiorców: przedsiębiorcy „zwykłego” lub „pełnego” (rejestrowego¹⁴²), przedsiębiorcy szczególnego rodzaju¹⁴³, drobnego przedsiębiorcy¹⁴⁴, przedsiębiorcy ze względu na formę¹⁴⁵, rolnika-przedsiębiorcy „z wyboru”¹⁴⁶, przedsiębiorcy drobnego, który stał

¹⁴⁰ Co prawda stanowi o tym już obecnie obowiązujący art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jednak brzmienie art. 22² i 43¹ k.c. może nasuwać w tym względzie pewne wątpliwości.

¹⁴¹ Potwierdza to zresztą uzasadnienie projektu — zob. projekt, s. 68.

¹⁴² Zgodnie z art. 63 projektu, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, przedsiębiorca osiągający przychody z prowadzenia działalności gospodarczej przekraczające wartość powodującą, zgodnie z przepisami o rachunkowości, obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych, podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców.

¹⁴³ Według art. 58 projektu, szczególnym rodzajem przedsiębiorcy jest osoba, która na własne ryzyko prowadzi samodzielną działalność zawodową w sposób trwale zorganizowany.

¹⁴⁴ Na tle art. 59 projektu, drobnym przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, która osiąga przychody z prowadzenia działalności gospodarczej nieprzekraczające wartości powodującej, zgodnie z przepisami o rachunkowości, obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych.

¹⁴⁵ Zgodnie z art. 60 § 1 projektu, spółka handlowa jest przedsiębiorcą bez względu na to, czy prowadzi działalność gospodarczą.

¹⁴⁶ Według art. 65 projektu przepisów kodeksu dotyczących przedsiębiorcy nie stosuje się do osoby fizycznej prowadzącej gospodarstwo rolne w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodow-

się przedsiębiorcą pełnym „z wyboru”¹⁴⁷ oraz przedsiębiorcy z mocy wpisu do ewidencji albo rejestru¹⁴⁸.

Na aprobatę zasługuje pojawienie się kategorii przedsiębiorcy „pełnego” z wyboru, co stanowi mniej więcej odpowiednik niemieckiego *Kannkaufmann*. Z możliwości zostania przedsiębiorcą rejestrowym może bowiem skorzystać drobny przedsiębiorca (art. 59 § 3 projektu), jak i niebędąca przedsiębiorcą osoba fizyczna prowadząca gospodarstwo rolne w dziedzinach określonych w art. 65 § 1 projektu (podobne uprawnienie przysługuje w Niemczech na podstawie § 2 HGB tak zwanego *Kleingewerbetreibende*, do których zalicza się również drobnych rolników)¹⁴⁹. Wątpliwości systemowe może wywoływać natomiast możliwość uzyskania wpisu do rejestru przedsiębiorców przez szczególny rodzaj przedsiębiorców i uczynienie ich przez to przedsiębiorcami „pełnymi” z wyboru (art. 58 § 3 projektu)¹⁵⁰. Istotne znaczenie z punktu widzenia pewności i ochrony obrotu gospodarczego ma wyraźne uregulowanie kategorii przedsiębiorcy z mocy samego wpisu do ewidencji albo rejestru przedsiębiorców (art. 61 projektu; odpowiednik niemieckiego *Kaufmann kraft Eintragung*). Nie budzi również zasadniczych zastrzeżeń wprowadzenie kategorii przedsiębiorcy ze względu na formę (art. 60 § 1 projektu; odpowiednik niemieckiego *Formkaufmann*). Wątpliwości, z perspektywy opisanych powyżej rozwiązań niemieckich, mogących stanowić przecież potencjalny wzór do naśladowania, budzić może natomiast podział przedsiębiorców na trzy zasadnicze podgrupy: przedsiębiorców zwykłych (pełnych, rejestrowych), drobnych przedsiębiorców oraz szczególny rodzaj przedsiębiorców, jakim będą przede wszystkim przedstawiciele wolnych zawodów. Rodzi się pytanie o relację tych pojęć i ich desygnatów między sobą oraz ich stosunek do ogólnego pojęcia przedsiębiorcy z art. 57 projektu. O ile na przykład z definicji kupca zawartej w § 1 HGB wynika, że dotyczy ona podstawowego i pełnoprawnego podmiotu stosunków regulowanych niemieckim kodeksem han-

li zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego, a także świadczącej w gospodarstwie rolnym usługi związane z pobytem turystów. Jednakże osoba taka może złożyć wniosek o wpis do rejestru przedsiębiorców lub do ewidencji przedsiębiorców.

¹⁴⁷ Na tle art. 59 § 3 projektu, drobny przedsiębiorca może na żądanie zostać wpisany do rejestru przedsiębiorców, a wówczas podlega przepisom o firmie i prokurze.

¹⁴⁸ Zgodnie z art. 61 projektu osobę wpisaną do rejestru albo ewidencji przedsiębiorców uważa się za przedsiębiorcę, nawet jeżeli wpis był bezpodstawny lub podstawy wpisu ustały.

¹⁴⁹ W tym miejscu warto przypomnieć, że działalność rolnicza i leśna w Niemczech wyłączona jest na podstawie § 3 ust. 1 HGB z zakresu zastosowania regulacji kupieckiej i rolnicy nie są kupcami w rozumieniu HGB (z zastrzeżeniem § 3 ust. 2 i 3 HGB). Działalność rolnicza jest wszelako uznawana za działalność gospodarczą, a zatem mieści się ona w działalności, której prowadzenie uprawnia do stania się kupcem z wyboru na podstawie art. 2 HGB (por. C.-W. Canaris, *op. cit.*, § 3, II, nb. 30 i 36).

¹⁵⁰ Pojawia się tu ogólne pytanie na temat konsekwencji w regulacji działalności przedstawicieli między innymi wolnych zawodów i należytego uwzględniania szczególnej, pozagospodarczej funkcji, jaką spełniają zawody zaufania publicznego. Rozstrzygnięcie tej kwestii wykracza jednakże poza ramy niniejszego opracowania.

dlowym, czyli kupca z mocy prawa (*Istkaufmann*), który może udzielać prokury i działa pod firmą, o tyle definicja przedsiębiorcy zawarta w art. 57 projektu ma charakter ogólny i dopiero z następujących po nim przepisów wynika rozróżnienie poszczególnych „podtypów” przedsiębiorcy. Przy czym przyjęte przez autorów projektu kryteria podziału mogą wywoływać wątpliwości i trudności w praktyce. Mimo pozornej klarowności kryterium wartości osiąganego z działalności przychodu odróżniającego przedsiębiorcę zwykłego (rejestrowego) od przedsiębiorcy drobnego, nie jest do końca jasne, z jakim momentem drobny przedsiębiorca miałby być zobowiązany do wpisu do rejestru przedsiębiorców ze względu na osiągnięcie przychodów z prowadzenia działalności gospodarczej, przekraczających wartości powodujące, zgodnie z przepisami o rachunkowości, obowiązek prowadzenia ksiąg rachunkowych¹⁵¹. Dodatkowo warto zauważyć, że odniesienie się do kryterium wartościowego z ustawy o rachunkowości ma tę słabość, że uzależnia pojęcie „zwykłego” przedsiębiorcy w prawie prywatnym od zmieniających się decyzji „ustawodawcy publicznoprawnego”. Poszczególne kategorie przedsiębiorców nie są również jednorodne pod względem podmiotowym — przykładowo: drobnym przedsiębiorcą może być tylko osoba fizyczna, ale już przedsiębiorcą rejestrowym oraz przedsiębiorcą szczególnego rodzaju, prowadzącym samodzielną działalność zawodową, może być zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna. W rezultacie można stwierdzić, że wprowadzone przez autorów projektu podziały zamiast upraszczać, komplikują ustrojową regulację przedsiębiorców.

Trudno też zrozumieć, dlaczego projekt zastrzega instytucję firmy jedynie dla przedsiębiorców wpisanych do rejestru przedsiębiorców KRS (zob. art. 58 § 3 i art. 59 § 2 projektu). Raczej nie przekonuje argumentacja uzasadnienia projektu, iż prawo do firmy dla drobnego przedsiębiorcy i przedsiębiorcy „szczególnego rodzaju” nie ma istotnego znaczenia¹⁵². Należy bowiem pamiętać, że firma — indywidualizując przedsiębiorcę w obrocie — służy nie tylko jemu samemu, ale także jego kontrahentom, którzy dla zapewnienia sobie minimum bezpieczeństwa prawnego powinni mieć możliwość łatwej i pewnej identyfikacji drugiej strony nawiązywanego stosunku prawnego. Tego rodzaju regulacja mogłaby zostać odczytana jako regres w stosunku do wprowadzonej do kodeksu cywilnego zasady, że każdy przedsiębiorca ma firmę (art. 43² § 1 k.c.), a zmieniając stosunkowo świeże uregulowanie uderzać w poczucie pewności prawa¹⁵³.

¹⁵¹ Nie jest jasne, czy chodzi o faktyczny moment przekroczenia kwoty, czy też moment stwierdzenia tego faktu na podstawie okresowego zeznania podatkowego, czy też jeszcze inny moment. Warto podkreślić, że w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o rachunkowości poddaje się przepisom ustawy osoby fizyczne oraz spółki cywilne, spółki jawne, spółki partnerskie osób fizycznych, a także spółdzielnie socjalne, jeżeli ich przychody netto ze sprzedaży towarów, produktów i operacji finansowych za poprzedni rok obrotowy wyniosły co najmniej równowartość w walucie polskiej 1 200 000 euro.

¹⁵² Projekt, s. 68 i 69.

¹⁵³ Przepisy o firmie wprowadzono do k.c. ustawą z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2003 Nr 49, poz. 408).

Zastanawia też, czym przy wyznaczaniu podmiotowego zakresu definicji przedsiębiorcy kierowali się projektodawcy, wymieniając w art. 57 § 1 projektu w pierwszej kolejności osoby prawne, a po nich dopiero osoby fizyczne. Z pewnością nie chodziło przecież o umniejszenie roli przedsiębiorców indywidualnych, którzy stanowią większość podmiotów prowadzących w Polsce działalność gospodarczą¹⁵⁴. Nie uzasadnia tego również art. 1 projektu, który zachowując oczywistą, zdawałoby się, kolejność, wymienia najpierw osoby fizyczne, a następnie osoby prawne. Chociaż kwestia ta nie należy do pierwszorzędnych, to ranga projektowanej ustawy wymaga zachowania odpowiedniego poziomu konsekwencji w konstruowaniu treści jej przepisów.

6. ZAKOŃCZENIE

W niniejszym opracowaniu przedstawienie niemieckich i francuskich regulacji prawnych kształtujących pojęcie kupca i przedsiębiorcy w tych dwóch porządkach prawnych nie rości sobie prawa do miana w pełni wyczerpującego wspomnianą problematykę. Celem niniejszego artykułu jest ukazanie szerszego kontekstu prawa przedsiębiorców w dobie europeizacji przez zwrócenie uwagi na rozwój pojęcia przedsiębiorcy w prawodawstwie i orzecznictwie bliskich polskiemu porządków prawnych Niemiec i Francji.

Niezależnie od mającej zostać przyjętą przez polskiego kodyfikatora koncepcji przedsiębiorcy w polskim prawie cywilnym należy mieć na uwadze, że powodzenie tego przedsięwzięcia zależeć będzie nie od takiego czy innego ujęcia przedsiębiorcy, zgodnie z taką lub inną przyjętą przez ustawodawcę definicją legalną, ale od stworzenia w ramach kodeksu cywilnego spójnego i przemyślanego systemu norm regulujących cywilnoprawny obrót z udziałem przedsiębiorców (kupców, profesjonalistów). Dlatego dyskusji na temat proponowanego w projekcie pojęcia przedsiębiorcy — a więc adresata norm prawa handlowego (prywatnego gospodarczego) — powinna towarzyszyć przede wszystkim równie żywa dyskusja na temat materialnoprawnego, przedmiotowego zakresu zastosowania prawa przedsiębiorców (prawa handlowego, gospodarczego prywatnego)¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Według danych Głównego Urzędu Statystycznego w 2009 r. na ponad 3,7 mln podmiotów zarejestrowanych w krajowym rejestrze urzędowym podmiotów gospodarki narodowej REGON ponad 2,8 mln stanowiły osoby fizyczne — *Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w 2009 r.*, Warszawa 2010, s. 23.

¹⁵⁵ Podobny postulat na gruncie niemieckiego prawa handlowego w związku z dążeniami do przekształcenia prawa handlowego z prawa kupców w prawo szerzej pojmowanych przedsiębiorców wyraził C.-W. Canaris, *op. cit.*, § 1, III, nb. 29, s. 10.