



FUNDACJA REPUBLIKAŃSKA

Deregulacja – jak powstrzymać inflację prawa?

We współpracy z



Konrad
Adenauer
Stiftung

Centrum Analiz Fundacji Republikańskiej

Warszawa, maj 2012

Opracowanie redakcyjne

Dr Stanisław Tyszka

Publikacja wydana we współpracy z
Fundacją Konrada Adenauera w Polsce



Fundacja Konrada Adenauera w Polsce/
Konrad-Adenauer-Stiftung - Auslandsbüro in Polen
ul. Dąbrowskiego 56
02-561 Warszawa
tel.: 48 22 - 845 93 39
fax: 48 22 - 848 54 37
www.kas.pl

© Copyright by Fundacja Republikańska, Warszawa 2012



Fundacja Republikańska
ul. Kopernika 30 lok. 421
00-336 Warszawa
tel./fax: +48 22 891 07 37
e-mail: biuro@republikanie.org
www.republikanie.org

Spis Treści

I. Wstęp. Hiperinflacja prawa Stanisław Tyszka.....	4
II. Zderegulować III RP Przemysław Wipler, Stanisław Tyszka.....	7
III. (De)regulacja – geneza problemu i propozycje rozwiązań systemowych Jacek Piecha.....	16
IV. Deregulacja prawa krajowego wobec członkostwa w Unii Europejskiej Mateusz Irmiński.....	48
V. Deregulacja prawa podatkowego Paweł Gruza.....	61
VI. Kilka uwag o deregulacji na tle Kodeksu Spółek Handlowych Jacek Siński.....	74
VII. Prawo antymonopolowe wobec deregulacji – przykład przepisów o kontroli koncentracji Mateusz Błachucki.....	80
VIII. Analiza kierunków deregulacji rynku telekomunikacyjnego w Polsce Łukasz Kryśkiewicz	92

I. Hiperinflacja prawa

Stanisław Tyszka

Żyjemy w czasach olbrzymiej nadprodukcji przepisów prawa. Po przemianach 1989 roku można było mieć nadzieję, że III Rzeczpospolita będzie konsekwentnie oddalać się od modelu ustrojowego, w którym życie obywateli poddawane jest ścisłej i wszechstronnej kontroli państwa i prawa. Tymczasem okazało się, że bezrefleksyjnie imitując model zachodnioeuropejski nie uniknęliśmy patologii modernizacji przejawiających się w tendencji do regulowania coraz to nowych obszarów życia za pomocą prawa. Dlatego tonimy dziś w nadmiarze niepotrzebnych i absurdalnych przepisów.

Skalę przyrostu prawa obrazuje wzrastająca w zawrotnym tempie liczba stron Dziennika Ustaw. W całym 1989 roku publikacje w Dzienniku zajęły w sumie 1186 stron. Przepisów uchwalonych w roku 1999 było już sześć razy więcej i zajęły już 7292 stron. To jednak nic w porównaniu z koncertem legislacji, z którym mamy do czynienia od roku 2001. Co roku nowe przepisy zajmują kolejne kilkanaście tysięcy stron. Dotychczasowy szczyt osiągnęliśmy w roku wstąpienia do Unii Europejskiej, kiedy Dziennik Ustaw liczył aż 21032 strony.

Z hiperinflacją prawa powiązane jest zjawisko określone przez socjologa prawa Adama Podgóreckiego mianem kontroli społecznej trzeciego stopnia.¹ Polega ono na tym, że rozmaite mechanizmy kontroli społecznej, w tym instrumenty prawne, wykorzystywane są jako środek do realizacji nie tych celów, które zostały im przypisane, ale dla celów autonomicznie definiowanych przez określone grupy społeczne. Na poziomie bezpośrednich relacji obywatel-urzędnik nadmiar przepisów regulujących wszelkie obszary życia społecznego przekłada się na takie sytuacje, w których urzędnicy mogą te stosunki kształtować praktycznie dowolnie. Mogą mianowicie w konkretnych przypadkach – i to zawsze na gruncie obowiązujących przepisów – podjąć decyzję dla obywatela pozytywną albo negatywną, mogą też zdecydować w sposób czysto przypadkowy, albo w nieskończoność odkładać podjęcie jakiegokolwiek decyzji. W wyniku nadmiaru prawa, przeciętny obywatel w coraz większym stopniu pozostaje na łasce urzędników. W szerszym wymiarze społecznym zjawisko to prowadzi również do powstawania tzw. „brudnych wspólnot”, czyli wyodrębnionych grup (często z udziałem urzędników) współpracujących ze sobą w obchodzeniu i łamaniu prawa.

Skala problemów społecznych wynikających z nadmiaru regulacji prawnych w III Rzeczpospolitej skłoniła autorów niniejszego zbioru tekstów do postawienia postulatu głębokiej deregulacji prawa. Deregulację rozumiemy tu jako zmianę legislacyjną płynącą ze świadomej decyzji politycznej o uproszczeniu relacji pomiędzy organami państwa i obywatelami. Zmiany te powinny bądź to ograniczać ilość wyróżnionych stanów faktycznych (hipotez norm prawnych), z którymi dotychczasowe

¹ A. Podgórecki, Kontrola prawna trzeciego stopnia. [w:] Problemy profilaktyki społecznej i resocjalizacji. Prace IPSiR UW, 1976, s. 15 – 27.

regulacje wiążą obowiązek określonych zachowań, bądź ograniczać ilość konkretnych zachowań (dyspozycji norm prawnych), które są wymagane dotychczasowymi regulacjami. Jeśli zaś chodzi o zakres postulowanej deregulacji, to powinna ona polegać na odrzuceniu większości dorobku prawnego III Rzeczypospolitej.

Powyższy postulat formułują w tekście otwierającym tę publikację pt. „Zderegulować III RP” Przemysław Wipler i Stanisław Tyszka. Autorzy wskazują główne przyczyny nadmiernej aktywności ustawodawcy po 1989 roku. Upatrują ich w tendencji do jurydyzacji życia społecznego, w traktowaniu prawa jako narzędzia służącego utrzymaniu dotychczasowej pozycji grup osób uprzywilejowanych w PRL-u, w bezmyślnej imitacji rozwiązań zachodnich i równie bezmyślnej implementacji regulacji unijnych, wreszcie w słabości polskiego życia publicznego. Autorzy proponują dwie podstawowe zasady deregulacyjne, dzięki którym można by odwrócić te szkodliwe trendy. Pierwszą zasadą jest zasada prymatu dobra wspólnego nad partykularnymi interesami grupowymi. Dobrym przykładem praktycznej realizacji tej zasady był projekt Fundacji Republikański postulujący zniesienie barier dostępu do zawodów regulowanych.² Drugą zasadą jest zasada „UE plus 0” przewidująca weryfikację polskich przepisów pod kątem tego, czy są one wymagane przez prawo unijne. Jeśli nie są one konieczne, a nakładają zbędne obciążenia na polskich obywateli, powinno się je uchylić.

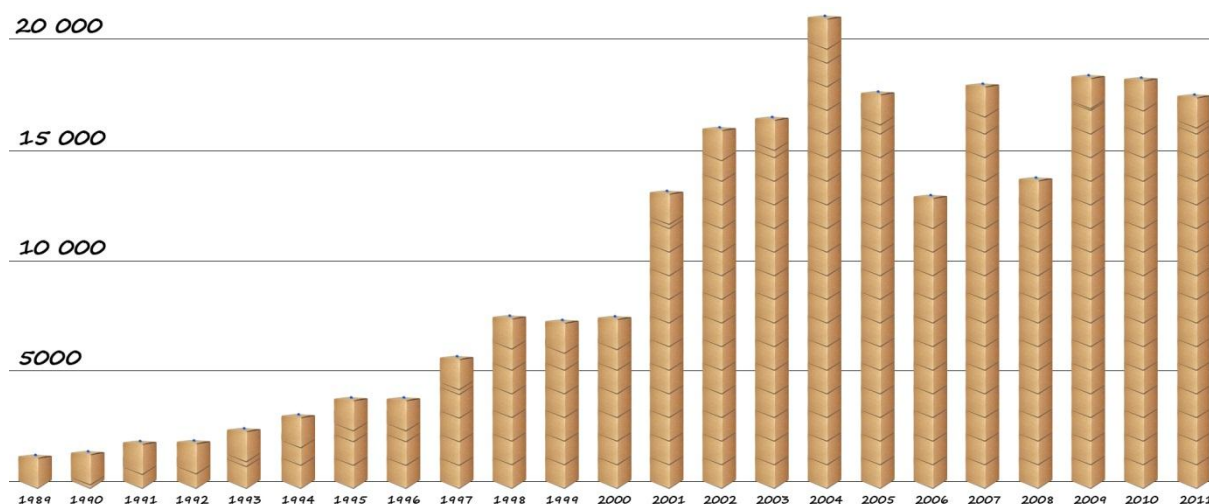
Autor drugiego tekstu, Jacek Piecha, przedstawia wybrane aspekty historii regulacji w III RP i proponuje rozwiązania systemowe. Autor wychodzi od tak zwanej Ustawy Wilczka - bardzo wolnościowej w swoich założeniach ustawy o działalności gospodarczej z 1988 roku. Następnie szczegółowo przedstawia proces stopniowego psucia tamtej ustawy poprzez dodawanie kolejnych przepisów reglamentujących działalność gospodarczą. Następnie omawia nieudane próby deregulacji w postaci Planu Hausnera, komisji Przyjazne Państwo, i kosmetycznych zmian w tak zwanych ustawach deregulacyjnych rządu PO-PSL. W drugiej części tekstu autor przybliży koncepcję tyranii status quo Milтона i Rose Friedmanów i argumentuje, że partie opozycyjne powinny przygotowywać projekty reform na długo przed objęciem władzy. Na poziomie instrumentów deregulacji wskazuje na rolę, jaką w tworzeniu lepszego prawa mogłyby odegrać programy legislacyjne rządu. Wreszcie wysuwa istotny postulat wprowadzenia *sunset legislation*, czyli klauzul czasowych. Po upływie terminów zapisanych w ustawach wskazane przepisy lub instytucje państwowe przestałyby istnieć chyba, że ich efektywność zostałaby pozytywnie zweryfikowana, a ich racja istnienia potwierdzona nową decyzją polityczną.

Kolejne teksty, wszystkie autorstwa znakomitych ekspertów, naświetlają wybrane zagadnienia szczegółowe z zakresu deregulacji. Mateusz Irmiński przedstawia uwarunkowania dla deregulacji wynikające z prawa unijnego. Paweł Gruza, szef Zespołu ds. Finansów Publicznych CAFR, pisze o deregulacji prawa podatkowego. Mecenasz Jacek Siński proponuje listę konkretnych rozwiązań deregulacyjnych w sprawie spółek. Doktor Mateusz Błachucki pisze o prawie antymonopolowym, a Łukasz Kryśkiewicz o rynku telekomunikacyjnym.

² M. Paczkowski, S. Tyszka, P. Wipler, Zawody regulowane. Aktualny stan prawny i propozycje zmian. Raport Fundacji Republikańskiej, wrzesień 2012

Chcielibyśmy, żeby publikacja ta stanowiła przyczynek i zachętę do dalszej dyskusji o deregulacji. Fundacja Republikańska raportem o zawodach regulowanych z września 2011 roku bardzo skutecznie zapoczątkowała dyskusję, która ma duże szanse zakończyć się uchwaleniem przepisów deregulacyjnych. Mamy nadzieję, że postulaty przedstawione w tej publikacji również prędzej czy później zostaną przełożone na decyzje ustawodawcze.

Poniższy wykres obrazuje liczbę stron Dzienników Ustaw w latach 1989-2011. Sytuacji oczywiście nie zmienił fakt, że od 1 stycznia 2012 Dziennik Ustaw ukazuje się tylko w formie elektronicznej, bo od dawna jakakolwiek kontrola nad obecnym regulacyjnym labiryntem możliwa jest tylko dzięki informatyzacji. Zwykły obywatel nie jest w stanie się w tym labiryncie zorientować, często nawet z pomocą specjalistów. Aby Polska mogła dokonać rzeczywistego skoku cywilizacyjnego, większości dorobku prawnego III RP trzeba by się po prostu pozbyć.



Liczba stron Dziennika Ustaw w latach 1989-2011.

II. Zderegulować III RP

Stanisław Tyszka, Przemysław Wipler

„Im ludzie wiedzą mniej o powstawaniu kielbas i praw, tym lepiej w nocy śpią”.

Powiedzenie przypisywane Otto von Bismarckowi

Bez rozwojowego skoku, będziemy w Europie i na świecie zajmowali pozycję zdecydowanie poniżej możliwości i aspiracji Polaków. A niezbędnym warunkiem odblokowania rozwoju Polski jest odrzucenie zdecydowanej większości dorobku prawnego III Rzeczypospolitej.

Debata o reformie regulacyjnej toczy się w państwach zachodnich już od lat 70. ubiegłego wieku i związana jest z radykalnym rozrostem funkcji współczesnego państwa. Dotyczy ona zarówno deregulacji sensu stricto, czyli ograniczenia lub likwidacji obciążeń prawnych dla przedsiębiorstw i obywateli, jak i kwestii „lepszego regulacji” („better regulation”), czyli upraszczania przepisów i doskonalenia procesów tworzenia polityki publicznej. W Polsce, jeśli dyskusje na te tematy w ogóle się pojawiały, to ograniczały się do wąskich kręgów akademickich bądź do zapatrzonych w Zachód biurokratów, często bezrefleksyjnie kopiujących zagraniczne procedury. Tymczasem problem fatalnej jakości stanowionego w III RP prawa stał się na tyle palący, że trzeba pochylić się nad jego istotą, rodzimymi i obcymi źródłami, a także spróbować zarysować zarówno pożądane, jak i możliwe sposoby przecięcia gordyjskiego węzła prawnej nadregulacji.

Problem stary jak świat, ale...

Według słynnego stwierdzenia Tomasza Hobbsa z „Lewiatana” życie człowieka w stanie natury było „wojną wszystkich przeciw wszystkim” (*bellum omnium contra omnes*) i w efekcie było to życie „samotne, biedne, brzydkie, zwierzęce i krótkie”. Ta pesymistyczna wizja człowieka stanowi w rzeczywistości podstawowe uzasadnienie dla istnienia norm prawnych w ogóle – regulacji, które pozwalają społeczeństwom organizować się, a jednostkom bezpiecznie żyć, tworzyć i handlować. Jednocześnie regulacje prawa stanowionego od zawsze wpisywały się w dialektykę bezpieczeństwa i wolności, a więc potrzeby zapewnienia ochrony jednostkom czy ograniczania ryzyka, które podejmują, przy jednoczesnym poszanowaniu ich wyborów w myśl podstawowej wolnościowej zasady, że „chcącemu nie dzieje się krzywda” (*volenti non fit iniuria*). W tym też kontekście od wieków podejmowane były problemy jakości prawa i zakresu, w jakim regulacje prawne ingerują w życie społeczne.

Problemy z jakością prawa są równie stare jak jego istnienie i niezależnie od epoki nurtują osoby, dla których ważne jest dobro wspólne. Widział te problemy doskonale słynny historyk rzymski Tacyt, który pisał: „Tak jak kiedyś cierpieliśmy z powodu zbrodni, tak obecnie cierpimy z powodu praw. Im bardziej

skorumpowana jest Republika, tym liczniejsze jej prawa”. Na temat ten wypowiadał się również twórca koncepcji trójpodziału władz – Monteskiusz, według którego: „Są dwa rodzaje zepsucia: jedno, kiedy lud nie przestrzega praw; drugie, kiedy same prawa przynoszą ze sobą zepsucie. To zło jest nieuleczalne, bo tkwi w samym lekarstwie”. Najdalej jednak posunął się ojciec konserwatyizmu anglosaskiego Edmund Burke, twierdząc, że „Złe prawa są najgorszym rodzajem tyranii”. Warto przy tym zauważyć, że żaden ze wspomnianych filozofów w najczarniejszym śnie nie potrafiłby wyobrazić sobie szaleństwa legislacyjnego naszych czasów, które obok niskiej jakości prawa przejawia się też w jego dramatycznej nadprodukcji, zwanej elegancko inflacją prawa, a mniej elegancko – legislacyjną biegunką.

W Polsce po 1989 roku radosna twórczość legislacyjna wręcz eksplodowała. W 1990 roku liczba nowo uchwalonych ustaw po raz pierwszy w historii przekroczyła 100 (w 1988 roku przyjęto ich 28, w 1987 – 34, a w 1986 – 18), by w 2001 roku przekroczyć 200, a w 2004 – 250. Jeszcze szybciej rosła liczba wydawanych rozporządzeń wykonawczych, z 264 w 1988 roku zwiększyła się ona niemal siedmiokrotnie i zaczęła zbliżać się do 2 tysięcy rocznie! Prawodawca przestał nadążać sam za sobą i do dziesiątek ustaw brak jest rozporządzeń, w wyniku czego prawo to faktycznie nie obowiązuje. Nadmierna liczba produkowanych przepisów z uwagi na brak czasu na ich należyte przygotowanie dodatkowo prowadzi do stanowienia prawa wadliwego zarówno pod względem merytorycznym, jak i techniczno-legislacyjnym, o czym najlepiej świadczy liczba aktów nowelizacyjnych. Dla przykładu, na 250 ustaw uchwalonych w roku 2004 aż 130 stanowiły nowelizacje! Dodatkowo, niezwykle częste zmiany aktów nowelizacyjnych praktycznie uniemożliwiają jakąkolwiek stabilizację praktyki i orzecznictwa: urzędnicy i sędziowie po prostu nie nadążają.

Jeden ze współodpowiedzialnych za obecny stan polskiego systemu prawa, Rzecznik Praw Obywatelskich IV Kadencji prof. Andrzej Zoll, już w 2004 roku mówił, że „prawo zatraciło, ze względu na ilość obowiązujących przepisów, ich niespójność, wieloznaczność i niestabilność, funkcję motywującą podmioty do nakazanego w normach prawnych zachowania. Adresat normy prawnej nie jest w stanie zapoznać się z jej treścią, nie jest więc w stanie, bez pomocy fachowców, określić zakresu swoich praw i obowiązków wynikających z obowiązujących norm”.³ Ta ostra ocena prawa III RP dokonana przez czołowego przedstawiciela polskiego establishmentu prawniczego jest jednak jeszcze nie dość ostra i wymaga uzupełnienia. Następca prof. Zolla na stanowisku RPO, śp. dr Janusz Kochanowski zauważył mianowicie, że obywatele często nie są w stanie określić zakresu swoich praw i obowiązków nawet z pomocą profesjonalistów, a sądy i organy państwowe zajmują się nazbyt często rozstrzygnięciem spraw, które w ogóle nie powinny mieć miejsca i których źródłem jest sama wadliwość regulacji prawnych.⁴

³ A. Zoll, „Główne grzechy w funkcjonowaniu państwa prawa”, referat na konferencji „Czy Polska jest państwem prawnym?”, Pałac Prezydencki, Warszawa, 15.10.2004.

⁴ J. Kochanowski, [„Jak powinno być tworzone prawo w Polsce”](#)

Inflacja prawa w III Rzeczypospolitej jest tak silna, że jej trwanie jest faktycznie możliwe jedynie dzięki... postępowi technicznemu. Bez Internetu, informatyki i komputerów nie moglibyśmy stosować tych wszystkich przepisów. Przyczyny tej choroby są jednak niezależne od postępu technologicznego.

Przyczyny inflacji prawa

Niszcząca polskie życie publiczne, społeczne i gospodarcze biegunka legislacyjna ma tak wiele przyczyn, że ich analiza to temat na osobne, obszernie opracowanie, dlatego skupimy się tu jedynie na kilku z nich – szczególnie uderzających w zasadę dobra wspólnego i wskazujących jak mało podmiotowe jest państwo polskie.

Pierwsza z nich to postępująca w okresie transformacji ustrojowej jurydyzacja, czyli dążenie do regulowania coraz to nowych obszarów naszego życia prawem. Prawo wypiera inne systemy regulowania stosunków między obywatelami, a normy prawne coraz śmieiej wkraczają w obszary, które przedtem były regulowane normami moralnymi, obyczajowymi, tradycją czy umowami między uczestnikami życia społecznego. Przykładem takich działań jest choćby skandaliczna ustawa rządu Donalda Tuska „O przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie”, dająca urzędnikom szerokie pole ingerencji w sprawy rodzinne.

Druga przyczyna to traktowanie prawa jako narzędzia służącego utrzymaniu dotychczasowej pozycji grup osób uprzywilejowanych w PRL-u i biorących udział w transformacji ustrojowej na uprzywilejowanych zasadach. Świetnym tego przykładem jest wychwalana pod niebiosa przez radykalnych zwolenników wolnego rynku tzw. „ustawa Wilczka” z 1988 roku. Choć była ona faktycznie bardzo wolnościowym aktem prawnym, to została stworzona przede wszystkim dla legalizacji procesu zwanego później uwłaszczeniem nomenklatury. Bezpośrednio po zakończeniu zasadniczej fazy tego procesu na początku lat 90. rozpoczęło się gwałtowne zamykanie rynku na konkurencję – wprowadzano kolejne koncesje, zezwolenia, zamykano dostęp do szczególnie intratnych zawodów. W efekcie, w chwili obecnej liczba zawodów, do których dostęp jest w różny sposób przez państwo reglamentowany, wzrosła do 367!⁵

Trzecia patologia to sposób, w jaki było i wciąż tworzone jest prawo. Przy słabości polskiego życia akademickiego i niskiej jakości nauki prawa (profesorowie traktujący uczelnię jako uzupełnienie swojej aktywności biznesowej w kancelariach etc.), brak znajomości nowoczesnych rozwiązań prawnych adekwatnych dla krajów wychodzących z komunizmu prowadził do bezrefleksyjnego wprowadzania rozwiązań wymuszanych przez międzynarodowe instytucje, które uzależniały określoną pomoc czy świadczenia na rzecz Polski od przyjęcia konkretnych uregulowań. W chwili obecnej rolę tę przejęła Unia Europejska i prawo polskie stało się ponownie prawem powielaczowym – większość nowych przepisów jest efektem wdrażania unijnych rozporządzeń, dyrektyw, decyzji, zaleceń i opinii.

⁵ Liczba zawodów według danych Komisji Europejskiej, według ujednoliconej dla państw UE metodologii (stan na 11 marca 2012).

Jako czwarty problem należy wskazać generalnie słabą jakość polskiego życia publicznego. W kraju, w którym główne media służą wyłącznie realizacji interesów biznesowych swoich właścicieli, przestrzeń poważnej debaty publicznej dramatycznie się kurczy. Skoro zaś nie ma społecznej kontroli i nacisku na tworzenie dobrego prawa – trudno, aby takie powstawało. Tym bardziej że parlamentarzyści nie mają godziwego zaplecza eksperckiego, a urzędnicy są liczni jak mrówki, ale jednocześnie źle opłacani, wskutek czego przepisy powstają w prywatnych kancelariach, którym zamiast państwa płacą spółki – państwowe lub prywatne. Płacą i wymagają, a w efekcie olbrzymią część prawa stanowią regulacje słabej jakości, służące mniejszym bądź większym grupom interesów kosztem ogółu obywateli.

Zdajemy sobie przy tym sprawę z istnienia praźródła wszystkich przyczyn inflacji prawa, leżącego w samej naturze współczesnego państwa. Oparcie go na Hobbesowskiej koncepcji suwerenności, przyznanej właśnie państwu, a nie ludowi, ujawniło swoje fatalne skutki dopiero po pewnym czasie, tworząc państwo-Lewiatana, niczym biblijny potwór „pożerającego” kolejne dziedziny życia.

Jak to monstrum trwale okiełznać – to temat na osobne rozważania i osobną debatę. W tym tekście chcemy jedynie pokazać, jak można zaradzić nad-regulacji w obecnych warunkach, na gruncie obowiązującej filozofii państwa i prawa. Aby to zrobić, pochylny się teraz nad problemem wykorzystywania przepisów przeciwko obywatelom.

Prawie państwo prawa

Zgodnie z konstytucją RP, Polska jest państwem prawa. Należy dodać tutaj „prawie”, pamiętając mądrość z jednej z reklam (!), zgodnie z którą „prawie robi wielką różnicę”. W efekcie działania m.in. opisanych wcześniej mechanizmów powstał system regulacji krępujący normalny rozwój gospodarki, w którym pod płaszczykiem państwa prawa rząd jak w PRL-u ma narzędzia pozwalające działać w myśl filozofii „jak chcesz uderzyć psa, to kij zawsze się znajdzie”. W sytuacji, w której na wszystko istnieje (znana najczęściej tylko formalnie) regulacja, organy państwa zbyt często mogą znaleźć podstawy do opresyjnych działań, a obywatel nigdy nie może być do końca pewny, kiedy wkracza na obszar uregulowany i kiedy prawo może być przeciwko niemu użyte. Przykładem takich działań mogą być kolejne kampanie marketingowo-polityczne rządu Donalda Tuska.

Premier najpierw ogłosił „walkę z pedofilami”. Zaczęło się we wrześniu 2008 roku od sprawy Krzysztofa B., 45-letniego kazirodcy z Grodziska koło Siemiatycz, który przez 6 lat więził i gwałcił nastoletnią córkę. Kilka dni po ujawnieniu sprawy Donald Tusk zapowiedział zaostrzenie kar dla pedofilów oraz wprowadzenie „chemicznej kastracji”. „Nie sądzę, żeby wobec takich indywiduów, takich kreatur, można było zastosować termin «człowiek»” – powiedział. Proces legislacyjny dotyczący leczenia i karania pedofilów potoczył się w tempie jak na polskie warunki ekspresowym: ustawa „kastracyjna” przeszła przez Sejm we wrześniu 2009 roku, a dwa miesiące później doczekała się podpisu prezydenta. Do dziś jednak nie wydano do niej rozporządzeń wykonawczych! 18 osób oczekuje na kastrację chemiczną, która nie jest wykonywana z uwagi na zaniechania prawne.

Później rząd ogłosił wojnę z handlarzami dopalaczy, którą prowadził bezprawnie, korzystając z podległych mu inspekcji (handlowej, sanitarnej). Dopiero po bezprawnych działaniach administracyjno-policyjnych, w podobnym tempie jak w przypadku pedofilii uchwalono właściwą ustawę.

Obecnie na celowniku są kibice, więc okazuje się, że istniejące przepisy pozwalają, jeśli tak chce władza, na zamykanie „z powodów bezpieczeństwa”... najnowocześniejszych i najbezpieczniejszych w Polsce stadionów w Warszawie i w Poznaniu za brak właściwego zabezpieczenia meczu... w Bydgoszczy.

Niejednokrotnie niszczone są poszczególne osoby i firmy, a jedynie niewielka część takich tragedii uzyskuje rozgłos czy jest upubliczniana, tak jak np. sprawa prześladowań przez organa skarbowe Romana Kluski.

Sposoby sanacji prawa

Rozwój Polski w duchu republikańskim wymaga radykalnej naprawy prawa. Hasło to – będące przed 2005 rokiem jednym z filarów idei IV Rzeczypospolitej – wymaga ponownego podniesienia na sztandary, ukonkretnienia i wykonania. Bez stworzenia sprawiedliwych, czytelnych reguł prawnych i oczyszczenia z regulacji obszarów, które ewidentnie nie są ich domeną, nasze życie społeczne i gospodarcze będzie chore, a (nie tylko) młodzi Polacy z bólem serca będą głosowali nogami i przenosili się w miejsca, gdzie „żyje się lepiej”.

Dlatego konieczna jest deregulacja prawa, której nie udało się przeprowadzić żadnemu rządowi i na której polegli wszyscy – począwszy od powołującego zespół ds. odbiurokratyzowania gospodarki wicepremiera Leszka Balcerowicza, a skończywszy na depczącego na konferencjach prasowych sterty ustaw szefa sejmowej komisji „Przyjazne Państwo” Janusza Palikota. Deregulacja nie udała się żadnemu z rządów między innymi dlatego, że nie określono „reguły deregulacyjnej” – podstawowej zasady, według której ma się toczyć przegląd i weryfikacja ton zapisywanego przez 20 lat przepisami papieru.

Podczas prac Zespołu ds. Deregulacji działającego w Fundacji Republikańskiej doszliśmy do wniosku, że należy dokonać przeglądu całokształtu przepisów w Polsce pod kątem dwóch kryteriów. Nasza pierwsza reguła deregulacyjna to „UE plus zero” – powinniśmy zweryfikować, czy dana ustawa lub akt prawny są konieczne w świetle prawa unijnego. Jeśli nie są konieczne, a nakładają zbędne obciążenia na polskich obywateli, powinno się je uchylić.

Druga reguła deregulacyjna, pod kątem której powinno zostać przesiane prawo polskie, to zgodność obowiązującego prawa z zasadą dobra wspólnego. Każda ustawa powinna być przeanalizowana pod kątem tego, czy służy ogółowi obywateli, czy tylko mniej lub bardziej licznej grupie interesów. Czy ochrona interesu publicznego jest realizowana proporcjonalnymi środkami i czy nie kosztuje Polaków więcej niż im daje? Dotyczy to oczywiście również prawa unijnego. Według raportu zespołu

eurourzędników zwanego „Raportem Mandelkerna”, analizującego przeregulowanie ustawodawstwa Unii Europejskiej, już w 2001 roku przepisów unijnych było o 40 proc. za dużo! Minęło kolejnych 10 lat i obecnie jest o wiele gorzej.

Tę regułę deregulacyjną dobrze ilustruje przykład niedawnej porażki obecnego rządu. W projekcie ustawy o ograniczeniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, propagandowo zwanej pierwszą ustawą deregulacyjną, rząd zaproponował zniesienie licencji na pośrednika w obrocie nieruchomościami. Dziś, żeby wykonywać ten zawód, trzeba legitymować się wyższym wykształceniem, ukończonymi studiami podyplomowymi, praktyką zawodową i nie być karanym. Dopiero wtedy można otrzymać licencję. Pytanie brzmi, jaki ważny interes publiczny chronią te regulacje? Czy jest to rzeczywiście interes ogółu obywateli, czy raczej konkretnej korporacji? Ponieważ odpowiedź jest oczywista, wydawałoby się, że rząd będzie tu zdecydowanie działał na rzecz dobra wspólnego. Niestety w obliczu ostrej akcji lobbingowej prowadzonej przez korporację pośredników rząd ustąpił i odpowiedni przepis nie znalazł się w uchwalonej ustawie. Dla porównania, warto wspomnieć, że na przykład w Czechach, aby zostać pośrednikiem w handlu nieruchomościami, nie potrzeba ani wykształcenia, ani praktyki, ani licencji, a wystarcza zwykła rejestracja działalności gospodarczej, co kosztuje 1000 koron, czyli ok. 160 złotych.

Poza likwidacją zbędnych przepisów wskazane jest też wprowadzenie rzeczywistej kontroli projektów ustawodawczych w formie wstępnej oceny skutków regulacji, na wzór tej funkcjonującej w Stanach Zjednoczonych czy też w UE, oraz postlegislacyjnej kontroli tego prawa w postaci monitoringu funkcjonowania już obowiązujących przepisów. W przypadku nowego projektu ustawy powinny się te instrumenty uzupełniać, gdyż monitorowanie skutków istniejących rozwiązań winno być krokiem wstępnym do oceny projektu przyszłego prawa. Poszczególne ministerstwa próbują co prawda od paru lat praktykować ocenę skutków regulacji, załączając odpowiednie opracowania do propozycji aktów normatywnych. Liderem jest tu Ministerstwo Gospodarki. Problem w tym, że takie modele i wytyczne na papierze prezentują się wzorowo, ale znacznie gorzej jest z ich praktycznym stosowaniem.

Wreszcie, wskazane jest też wprowadzanie nowych regulacji prawnych jedynie na określony czas. Jeśli nie osiągną one zakładanych rezultatów, powinny w ustalonym terminie automatycznie tracić moc, o ile nie zostanie ponownie wyrażona polityczna wola ich utrzymania. Powinny też tracić moc te ustawy, do których w określonym czasie nie wydano odpowiednich przepisów wykonawczych. Takie rozwiązanie zostało wpisane do przygotowanej w Fundacji Republikańskiej, a zgłoszonej w Sejmie przez Prawo i Sprawiedliwość, ustawy o Rzeczniku Praw Podatników: jeśli się nie sprawdzi, po upływie kadencji urząd przestanie istnieć.

Potencjalne ośrodki deregulacyjne

Problem katastrofalnej jakości prawa w Polsce częściowo tkwi również w tym, że praktycznie nie funkcjonuje u nas ekspercki ośrodek legislacyjny z prawdziwego zdarzenia. Jak można tę sytuację,

zdecydowanie niepokojącą z systemowego, konstytucyjnego punktu widzenia zmienić? Z jednej strony trafnie brzmią niektóre argumenty za wzmocnieniem centrum rządu, czyli Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. Warto wspomnieć, że obecnie w KPRM oceną skutków gospodarczo-społecznych planowanych regulacji zajmuje się w około dziesięciu urzędników, co stanowi zaplecze zdecydowanie niewystarczające, jeśli nie wręcz śmieszne, biorąc pod uwagę rozmiar legislacyjnej biegunki. Skutkuje to między innymi tym, że w kwestiach uchwalania budżetu czy tworzenia prawa podatkowego hegemonem w rządzie pozostaje minister finansów, od którego wiedzy całkowicie uzależniony jest premier. Niedawny przykład brutalnego utracenia przez Ministerstwo Finansów propozycji (dość skromnych zresztą) Ministerstwa Gospodarki w projekcie drugiej ustawy o ograniczeniu barier administracyjnych, dotyczących m.in. skrócenia czasu na zwrot nadpłaconego podatku VAT, również przemawia za wzmocnieniem centrum rządu.

Z drugiej strony, pojawia się pytanie, czy z konstytucyjnego punktu widzenia nie byłoby bardziej słuszne zapewnienie dodatkowego zaplecza eksperckiego legislatywie. W tym kierunku szła propozycja powołania Rady Stanu, jako organu opiniodawczego w zakresie stanowienia prawa, sformułowana przez Kochanowskiego, który odwoływał się przy tym do podobnych instytucji funkcjonujących w innych państwach (m.in. Francja, Włochy, Belgia, Holandia).⁶ Rada opiniowałaby projekty aktów normatywnych przygotowywanych przez wszystkie podmioty, którym przysługuje inicjatywa ustawodawcza, sprawując jednocześnie pieczę nad poprawnością systemową i techniczno-legislacyjną prawodawstwa. Składałaby się z wysokiej klasy i rangi ekspertów w zakresie prawa, ekonomii i nauk społecznych. Jako obligatoryjny uczestnik procesu legislacyjnego, oceniałaby projekty m.in. pod względem przewidywanych skutków społecznych i gospodarczych. Poza tym, formułowałaby wnioski dotyczące eliminowania zbędnych barier i procedur administracyjnych, badałaby stosowanie wybranych ustaw w celu oceny skuteczności już przyjętych rozwiązań prawnych i formułowała propozycje dotyczące sposobów wdrażania prawa UE. Byłby to organ powoływany przez Sejm i niezależny od rządu i ekspercko-urzędniczego lobby.

W pewnym sensie w tym kierunku zmierza też propozycja ustanowienia Rzecznika Praw Podatnika, ponieważ byłaby to wyspecjalizowana instytucja ekspercka powoływana i odpowiedzialna właśnie przed Sejmem. Oprócz kompetencji typowych dla rzeczników praw obywatelskich, czyli udzielania pomocy obywatelom w ich sporach z administracją skarbową, rzecznik miałby bowiem oddziaływać również systemowo. Na wzór rzecznika praw podatnika działającego w USA składałby raporty przed Sejmem, w których miałby obowiązek identyfikować zasadnicze problemy w istniejących regulacjach prawa podatkowego i proponować konkretne zmiany.

W debacie wywołanej propozycją Fundacji Republikańskiej, poza licznymi głosami poparcia ze środowisk przedsiębiorców, pojawiły się również głosy odrzucające instytucję Rzecznika Praw Podatnika jako kolejnego kosztownego, prawdopodobnie nieskutecznego i niepotrzebnego urzędu. Choć nie podzielamy tej krytyki – bo z naszych kalkulacji wynika, że w odróżnieniu od licznych zbędnych urzędów, akurat ten by się podatnikom opłacił – to można się też zastanowić nad nieco

⁶ J. Kochanowski, „Deregulacja jako pierwszy etap reformy systemu tworzenia prawa”, „Ius et Lex”, nr 1/2005.

zmodyfikowaną propozycją. Można mianowicie powołać taką instytucję, która byłaby finansowana bezpośrednio z funduszy prywatnych przez przedsiębiorców, a jednocześnie byłaby umocowana ustawowo i wyposażona we wspomniane wyżej kompetencje. W ten sposób pojawiłby się nowy istotny uczestnik debaty publicznej, nie obciążający budżetu państwa a jednocześnie dysponującymi narzędziami do nagłaśniania opinii fiskalnej rządu i oddziaływania w kierunku deregulacji prawa podatkowego. Ta koncepcja łączyłaby więc ideę swoistej delegacji pewnych zadań publicznych z ideą deregulacji.

Wszystkie oblicza unijnej regulacji

Ze względu na to, że co roku ponad połowa uchwalanych u nas ustaw to prawo unijne, warto się również przyjrzeć próbom ulepszania jakości prawa podejmowanym w Brukseli. Od czasu wspomnianego wyżej „Raportu Grupy Mandelkerna ds. Lepszej Regulacji”⁷ sprzed dekady, w UE trwają intensywne prace nad udoskonaleniem procesu tworzenia prawa europejskiego. Można by nawet zaryzykować twierdzenie, że instytucje unijne są w tym zakresie w Europie „przodownikiem pracy”, bo unijni biurokraci wyznaczają sobie coraz to nowe wyśrubowane plany (gorzej jest z ich wykonaniem). Wspomniany wyżej plan redukcji przepisów unijnych o 40 proc. nie powiódł się ponoć z powodu przyjęcia do UE nowych państw. Z kolei przyjęty w 2007 roku program działań na rzecz zmniejszenia obciążeń administracyjnych zakłada redukcję biurokracji do 2012 roku o 25 proc. Według komunikatu Komisji z 2010 roku program jest „na najlepszej drodze do przekroczenia celu”.⁸ Zaczynamy się trochę niepokoić, czy po tym przełomie wystarczy pracy dla wszystkich, tak bardzo przecież potrzebnych, unijnych urzędników...

Raport Mandelkerna wyznaczył podstawowe kierunki prac, które trwają do dzisiaj i obejmują następujące obszary: uwzględnianie konieczności regulacji, ocenę ich skutków, upraszczanie przepisów, konsultacje społeczne, lepszy dostęp do prawa, lepszą komunikację i skuteczniejszą implementację do prawa krajowego. Od paru lat przy Komisji działa Grupa Krajowych Ekspertów Wysokiego Szczebla do Spraw Regulacyjnych, złożona z urzędników delegowanych przez kraje członkowskie, do której należą również przedstawiciele naszego Ministerstwa Gospodarki. W pracach unijnych ekspertów nastąpił pod koniec ubiegłego roku wiekopomny przełom polegający na tym, że zdecydowano się przejść z polityki „lepszego regulacji” („better regulation”) na wyższy poziom „regulacji inteligentnej” („intelligent regulation”). Zmiana ta przekłada się między innymi na obligatoryjne wydłużenie okresu konsultacji społecznych nowych regulacji z ośmiu do dwunastu tygodni począwszy od roku 2012.⁹

Eurobiurokraci imponują kolejnymi, coraz bardziej atrakcyjnymi nazwami dla wprowadzanych strategii. Mamy więc wspomnianą wyżej „lepszą regulację” i „inteligentną regulację”. Kiedy trudno jakiś rynek uregulować, choćby z powodów technicznych, wtedy wspaniałomyślnie dopuszcza się

⁷ [Mandelkern Group on Better Regulation Final Report](#), 13.11.2001

⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Inteligentne regulacje w Unii Europejskiej, COM(2010) 543, 08.10.2010.

⁹ Ibid.

„współregulację”, która otwarta jest na częściową „samoregulację” z udziałem największych podmiotów występujących w danym sektorze (np. dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych¹⁰). W praktyce, większość działań w ramach unijnych strategii oznacza jednak po prostu zwykłą re-regulację, czyli ponowne skrępowanie przepisami danego sektora gospodarki. Charakterystyczne, że kiedy Raport Mandelkerna używa terminu „deregulacja”, robi to tylko po to, żeby zdystansować się od „wulgarnej” likwidacji przepisów i zapewnić, że uproszczenie („simplification”) jest właściwym i „bardziej zaawansowanym” etapem rządowej regulacji. W poważnej refleksji o deregulacji nie powinno się jednak zapominać, że rzeczywista deregulacja oznacza nie kodyfikowanie, upraszczanie, czy też choćby najbardziej subtelne przeredagowywanie przepisów, ale przede wszystkim zwyczajną ich likwidację.

Patrząc realistycznie, trudno oczekiwać po pracach nad ulepszaniem prawa europejskiego jakiegoś rzeczywistego przełomu. Starając się na nie spojrzeć życzliwie, można by je ewentualnie próbować interpretować jako próbę naiwnej, nieumiejętnie wprowadzanej samoobrony przed załamaniem konkurencyjności gospodarek europejskich. Swoją drogą, chyba najlepszym kandydatem na przysłowiowe ostatnie źdźbło trawy, który złamie temu unijnemu wielbładowi grzbiet, są regulacje tzw. pakietu klimatyczno-energetycznego przewidujące między innymi, że od roku 2013 polskie elektrociepłownie będą musiały płacić za prawa do emisji dwutlenku węgla. Można by się śmiać z naiwnych wyobrażeń eurobiurokratów marzących o uratowaniu planety, gdyby nie to, że z ich powodu wszyscy niedługo otrzymamy radykalnie wyższe rachunki za elektryczność.

Deregulacja pod strzechy

Ponieważ dotychczasowe wysiłki deregulacyjne na poziomie polskiej polityki krajowej były całkowicie nieskuteczne, sceptycznie podchodzimy do możliwości wywierania jakiegoś rzeczywistego wpływu na tworzenie prawa europejskiego. Uwzględnia to poniekąd nasza pierwsza reguła deregulacyjna „UE plus zero”. Nie znaczy to oczywiście, że nie należy próbować.

Na koniec warto podkreślić właśnie wymiar obywatelski deregulacji. Naprawa prawa wymaga bowiem też olbrzymiej aktywności obywateli patrzących na ręce władzy, żądających wysłuchań publicznych podczas prac nad nowymi ustawami. Biorąc pod uwagę piękne polskie republikańskie tradycje w tym zakresie i tempo odbudowywania się zdolności Polaków do zrzeszania się, głęboko wierzymy, że w końcu damy radę zrzucić duszący nas garb złych przepisów. Ale nie dokona się to ani łatwo, ani prosto, ani za darmo.

¹⁰ [Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady, 2010/13/UE](#), 10.03.2010

III. (De)regulacja – geneza problemu i propozycje rozwiązań systemowych

Jacek Piecha

Legem brevem esse oportet

Prawo powinno być zwięzłe

Problematyka deregulacji jest zagadnieniem niezmiernie złożonym. Pomimo oczywistych korzyści, które mogą wypłynąć z faktu poprawnego przeprowadzenia tego procesu, dotychczasowe próby jego realizacji spełzły na niczym. W niniejszym opracowaniu stawiam sobie za cel opisanie poszczególnych zamierzeń sformułowanych w różnorodnych programach dotyczących przeprowadzenia deregulacji oraz próbę odpowiedzi na pytanie: Dlaczego nie udało się ich zrealizować?

Na wstępie przedstawię historię pierwszego poważnego zamysłu deregulacyjnego w Polsce. Pomimo, że został on uchwalony w formie ustawy jeszcze przez Sejm Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej był niewątpliwie aktem prawnym, który uwolnił przedsiębiorczość Polaków i zdeterminował sposób myślenia o wolności gospodarczej na następne lata. Chodzi oczywiście o ustawę z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej¹¹ zwaną potocznie „Ustawą Wilczka” (od nazwiska Mieczysława Wilczka, ministra przemysłu w latach 1988 – 1989, autora i rzecznika rozwiązań wolnorynkowych w schyłkowym okresie PRL – dalej będę używał skrótu UDG).

Następnie, z uwagi na wielość podejmowanych w historii III Rzeczypospolitej prób przeprowadzenia deregulacji, skoncentruję się tylko na trzech wybranych pomysłach dotyczących tej materii. Chodzi tu o tzw. Plan Hausnera, działalności sejmowej komisji „Przyjazne Państwo” oraz ustawę o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców.

Na koniec natomiast poruszę trzy zagadnienia mające wymiar systemowy tj. teorię tyranii status quo Friedman’ów, problem planowania legislacyjnego rządu i koncepcję tzw. sunse legislation.

Ustawa Wilczka

Tak zwana ustawa Wilczka liczyła 54 artykuły, z czego 21 dotyczyło zmian w innych aktach prawnych, mających na celu dostosowanie ich do wymogów określanych przez tę ustawę, a 8 stanowiło normy przejściowe i końcowe. Wynika z tego, zatem, że normy określające działalność gospodarczą i uwalniające ją znajdowały się, co do zasady, w artykułach 1 – 25.

¹¹ Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. 1988 r. nr 41, poz. 324). Pisząc o tej ustawie, bez dodatkowych wzmianek, omawiam jej pierwotne brzmienie, na dzień wejścia w życie tj. na 1 stycznia 1989 r.

Ustawa ta w czasie jej obowiązywania, a zwłaszcza w okresie kilku lat od jej wejścia w życie była nazywana „konstytucją gospodarczą”. Nazwa ta była uzasadniona z kilku powodów. Po pierwsze ówczesnie obowiązująca konstytucja z 1952 roku¹² nie zawierała nawet norm, które określałyby zasady gospodarki planowej. Po drugie, ustawa proklamowała niejako inny system gospodarczy (początek gospodarki rynkowej), który był zupełnie odmienny od dotychczasowej praktyki państwa.¹³

Jedną z ważniejszych norm, które zostały wyrażone w ustawie o działalności gospodarczej była wynikająca z art. 1 norma stanowiąca deklarację państwa, że podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej jest wolne i dozwolone każdemu na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Stanowiło to deklarację niespotykaną wcześniej w PRL, zwłaszcza w kontekście obowiązującej wówczas Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r. Uregulowania ówczesnej Konstytucji jasno deklarowały m. in. w art. 11 ust. 1, że podstawę ustroju społeczno – gospodarczego PRL stanowi socjalistyczny system gospodarczy, oparty na uspołecznionych środkach produkcji i socjalistycznych stosunkach produkcji. Ustęp 2 art. 11 omawianej Konstytucji stanowił, że to Polska Rzeczpospolita Ludowa rozwija życie gospodarcze i kulturalne kraju na podstawie narodowego planu społeczno – gospodarczego. Ta deklaracja była dyrektywą, która przesądzała o tym, że głównym „przedsiębiorcą” było państwo, a obywatele mieli prawo do pracy, które PRL zabezpieczało. Kolejnym argumentem, potwierdzającym tezę, że prowadzenie działalności gospodarczej było zarezerwowane przede wszystkim dla państwa, był fakt, że Konstytucja chroniła własność indywidualną (dzisiaj mówimy o własności prywatnej) w sposób względny, w ramach obowiązującego ustawodawstwa zwykłego, które mogło być relatywnie szybko i łatwo zmienione, zgodnie z wytycznymi politycznymi. Wytyczne te były zaś jednoznacznie nastawione (z wyjątkami wynikającymi z art. 17 odnoszącymi się do „chłopów, rzemieślników i chałupników”) na likwidację prywatnych form gospodarowania¹⁴. Polska Rzeczpospolita Ludowa realizowała zatem, typowy dla państw socjalistycznych model gospodarki planowej (choć w ogóle nie opisywała czym ten „plan” jest), który zakładał odrzucenie rynku (a co za tym idzie mechanizmu popytu i podaży) jako koordynacji działań jednostkowych w sferze gospodarczej¹⁵. W sposób bezwzględny zaś, Konstytucja chroniła własność państwową i spółdzielczą.¹⁶ Powszechnie przyjęte jest, że własność prywatna jest podstawą prowadzenia działalności gospodarczej. Dlatego też, można uznać, że bez właściwej ochrony własności, przedsiębiorczość nie ma racji bytu.

Artykuł 1 omawianej ustawy był zatem przełomowy w sposobie rozumienia nowego systemu gospodarczego, a wynikająca z niego norma stanowiła istotną dyrektywę interpretacyjną, dla wykładni innych norm prawa gospodarczego wynikających nie tylko z UDG. Tezę tę potwierdziło orzecznictwo

¹² Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (tekst jedn. Dz. U. 1976 r., nr 7, poz. 36). Odwołując się do tej Konstytucji bez dodatkowych uwag, przyjmuję tekst jej brzmienia na dzień 1 stycznia 1989 r.

¹³ C. Kosikowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Wyd. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 246.

¹⁴ A. Ajnenkiel, *Konstytucje Polski 1791 – 1997*, wyd. Oficyna Wydawnicza RYTM, Warszawa 2001 r., s. 302.

¹⁵ C. Banasiński, *Doktrynalne podstawy udziału państwa w gospodarce*, w: C. Banasiński, K. Glibowski, H. Gronkiewicz – Waltz, R. Kaszubski, D. Szafranski, M. Wierzbowski, *Prawo Gospodarcze – Zagadnienia administracyjnoprawne*, wyd. LexisNexis, Warszawa 2007 r., s. 29.

¹⁶ A. Ajnenkiej, *op. cit.* s. 302. Szerzej na temat problematyki własności w ujęciu konstytucyjnym w okresie PRL zob. A. Ajnenkiel, *op. cit.* s. 302 i n.

stwierdzając m.in., że „wprawdzie (...) daje podstawę organowi administracji do wydania decyzji o odmowie wpisu do ewidencji, gdy zgłoszenie dotyczy działalności gospodarczej, do której nie stosuje się przepisów ustawy [UDG – przyp. autor], ale przepisu tego nie można interpretować w oderwaniu od przepisów art. 1 i 2 ust. 1 i 2 tej ustawy [UDG – przyp. autor]”.¹⁷

W ciągu 1989 roku (tj. pierwszego roku obowiązywania UDG) artykuł 1 był *de facto* jedynym, który realizował zasadę wolności gospodarczej. Zmiany w obowiązującej wówczas Konstytucji, deklarujące zasadę wolności gospodarczej, jako zasadę ustrojową, weszły w życie dopiero z dniem 31 grudnia 1989 r.

Przechodząc do bardziej szczegółowego omówienia UDG - główne uregulowania dotyczące statusu przedsiębiorcy znajdowały się w rozdziale I (art. 1 – 12) zatytułowanym „Przepisy ogólne”. Przepisy te (oprócz omówionego wyżej art. 1) dotyczyły najważniejszych kwestii związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Artykuł 2 UDG definiował czym jest działalność gospodarcza stwierdzając, że jest nią działalność wytwórcza, budowlana i usługowa prowadzona w celach zarobkowych i na własny rachunek podmiotu prowadzącego tę działalność. Art. 24 ust. 1 dodawał również do zakresu znaczenia terminu „działalność gospodarcza” świadczenie pomocy prawnej (obsługi prawnej) podmiotom gospodarczym w zakresie ich działalności gospodarczej przez spółki i spółdzielnie, w których uczestniczą adwokaci i radcowie prawni. Ponadto, art. 9 ust. 1 stanowił, że nie jest wymagane zgłoszenie do ewidencji działalności gospodarczej działalności w ramach tzw. ubocznego zajęcia zarobkowego. Widać tutaj zbieżność co do pojmowania działalności gospodarczej z analogicznym art. 2, obowiązującej dziś ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (dalej USDG)¹⁸, który stanowi, że działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

Podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą, (czyli podmiotem gospodarczym), mogły być zgodnie z art. 2 ust. 2, osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, utworzone zgodnie z przepisami prawa. Kolejną normą, która wyrażała aksjologię całej UDG była, wynikająca z art. 4, zasada *quod lege non prohibitum, licitum est*, co oznacza, że to, co prawem nie jest zakazane, jest dozwolone. Ustawa Wilczka wprowadziła również możliwość dobrowolnego zrzeszania się podmiotów gospodarczych (art. 6) oraz równość w prawie pod względem obciążeń publicznoprawnych oraz korzystania z kredytów bankowych i zaopatrzenia w środki produkcji, niezależnie od typu własności. Omawiana ustawa w art. 11 ust. 1 regulowała też problematykę koncesji, które miały być wydawane w jedenastu sferach, takich jak, na przykład, wydobywanie kopalin, wytwarzanie i obrót materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją, wytwarzanie środków farmaceutycznych. Należy jednak podkreślić, że norma zawarta w art. 11 ust. 2 zawierała

¹⁷ Wyr. NSA z dnia 29 grudnia 1989 r. sygn. SA.P579/89 (ONSA 1/90, poz. 13). Por. także: Uchwałę SN z dnia 10 stycznia 1990 r. sygn. III CZP 97/89 (OSN 6/90, poz. 74); Wyr. SN z dnia 26 czerwca 1992 r. sygn. III ARN 31/92 (OSN 2/94, poz. 38), Wyr. NSA z dnia 11 października 1989 r. sygn. SA/Ka 531/89 (ONSA 2/89, poz. 9), Wyr. NSA z dnia 29 grudnia 1989 r. sygn. SA.P579/89 (ONSA 1/90, poz. 13).

¹⁸ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t. jedn. Dz. U. 2010 r., nr 220, poz. 1447, z późn. zm.)

delegację dla Rady Ministrów, która na jej podstawie mogła, w drodze rozporządzenia, wyłączyć z obowiązku uzyskiwania koncesji niektóre rodzaje działalności wymienione w ustępie 1 tegoż artykułu. Jest to niezmiernie ważna reguła z punktu widzenia umożliwienia szybkości działania państwa w sferze gospodarczej. Widać tutaj, że Rada Ministrów mogła, jeśli wymagałyby tego okoliczności, czy potrzeby gospodarcze, spowodować, że dany rodzaj działalności zostałby poddany reżimowi wynikającemu z UDG, bez konieczności uzyskiwania koncesji. Ma to tę zaletę, że życie gospodarcze nierzadko wymaga szybkiego podejmowania decyzji. Gdyby tych zmian miał dokonywać wyłącznie Sejm, to z pewnością zajęłoby to zdecydowanie więcej czasu. Regulacja ta, pomimo że szlachetna w intencjach, stanowiła w moim przekonaniu jednak pewne niebezpieczeństwo dla stabilności prawa gospodarczego. Chodzi tu o sytuację, w której Rada Ministrów najpierw wyłączyłaby nakaz uzyskiwania koncesji na prowadzenie określonej działalności gospodarczej, a po jakimś czasie rozporządzenie to uchyliłaby. Było to zatem realne zagrożenie dla stabilności prawa gospodarczego, przez to, że norma ta przyznawała władzy wykonawczej zbyt wiele uprawnień, z których mogła korzystać, *de facto* w dowolny sposób.

Rozdział II ustawy o działalności gospodarczej, „Postępowanie ewidencyjne” (art. 13 – 19), regulował problematykę procedury wpisu podmiotu gospodarczego do ewidencji działalności gospodarczej. Ustawa przewidywała w art. 13, że jeśli przepisy UDG nie stanowią inaczej, to w postępowaniu ewidencyjnym stosuje się normy wynikające z kodeksu postępowania administracyjnego. Artykuł 14 ustanawiał właściwe w sprawie rejestracji organy administracyjne. Ważna norma, która upraszczała całą procedurę i zdejmowała niektóre obowiązki z przedsiębiorcy, wynikała z art. 15 ust. 2 UDG, która stanowiła zobowiązanie organu ewidencyjnego do doręczenia podmiotowi gospodarczemu zaświadczenie o wpisie do ewidencji nie później niż w terminie 14 dni od dnia zgłoszenia, oraz do przekazania kopii zaświadczenia właściwemu organowi podatkowemu. Kolejny artykuł normował problematykę treści zgłoszenia przez podmiot gospodarczy o wpis do ewidencji. Zgodnie z treścią omawianego art. 16 ust. 1 pkt 1 – 4, konieczne było dostarczenie organowi informacji dotyczących oznaczenia podmiotu gospodarczego, określenia przedmiotu działalności gospodarczej, wskazanie miejsca wykonywania działalności i wskazanie daty rozpoczęcia działalności gospodarczej. Z pozostałych obowiązków informacyjnych, którymi był obciążony podmiot gospodarczy należy wymienić wynikającą z art. 18 powinność zgłaszania organowi ewidencyjnemu zmian stanu faktycznego i prawnego odnoszących się do podmiotu gospodarczego i działalności gospodarczej, które powstały po wpisie do ewidencji, a były objęte zakresem danych zawartych w zgłoszeniu.

Odmowa wpisu do ewidencji mogła, zgodnie z art. 17 pkt 1 – 5, zostać wydana w formie decyzji administracyjnej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przesłanki takiego rozstrzygnięcia, alternatywnie, dotyczyły faktu, że zgłoszenie dotyczy działalności gospodarczej, do której nie stosuje się przepisów ustawy lub działalność ta podlega koncesjonowaniu lub nie podlega w ogóle zgłoszeniu, albo nie zostały uzupełnione, pomimo wcześniejszego wezwania braki formalne, czy też zgłoszenie dotyczyło działalności gospodarczej objętej prawem wyłączności dla spółdzielni inwalidów i niewidomych. Fakt, że wyraźnie wskazano, że odmowa wpisu do ewidencji następowała w drodze decyzji administracyjnej, był ogromną gwarancją dla jej adresata, ponieważ otwierało to drogę do

odwołania się od tego rozstrzygnięcia do organu wyższego stopnia. Artykuł 19 regulował problematykę wykreślenia podmiotu gospodarczego z ewidencji. Było to możliwe tylko w trzech wskazanych przypadkach, a mianowicie wniosku samego podmiotu o dokonanie takiej czynności, wyroku sądowego zakazującego osobie fizycznej prowadzenia tego typu działalności (art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2) oraz gdy wpis został dokonany przez organ z naruszeniem prawa (art. 19 ust. 2). Organ właściwy dokonywał wykreślenia w formie decyzji administracyjnej i kwestia dotycząca gwarancji dla podmiotu gospodarczego była aktualna również w tym zakresie.

Rozdział III UDG (art. 20 – 23) dotyczył problematyki koncesji w działalności gospodarczej. Udzielenie koncesji wchodzi w grę wówczas, gdy przyjmuje się, że dany obszar działania, ze względu na swe strategiczne znaczenie, jest objęty monopolem państwa, a państwo to decyduje czy jakiś inny podmiot może wykonywać tę działalność. Podkreśla to ważność danej dziedziny dla państwa.¹⁹ W omawianej ustawie koncesje zostały zarezerwowane dla podmiotów gospodarczych, które chciały prowadzić swoją działalność jednym z jedenastu obszarów (art. 11 ust. 1 pkt 1 – 11), które prawodawca uznał za obszary o strategicznym znaczeniu dla państwa już to pod względem fiskalnym (np. wytwarzania wyrobów tytoniowych czy wyrobu wódek), już to pod względem bezpieczeństwa państwa i zdrowia publicznego (wytwarzanie środków farmaceutycznych, obrót bronią czy materiałami wybuchowymi). Ustawa lokowała organ właściwy do wydania koncesji (organ koncesyjny), w sferze administracji państwowej, czy też centralnej. Konieczność uzyskiwania koncesji wpisana w treść norm UDG podkreślała fakt, że wolność gospodarcza nie była absolutna, i że istniały od niej wyjątki. Przepisu art. 20 ust. 5 stanowiący, że „organ koncesyjny może odmówić udzielenia koncesji lub ograniczyć jej zakres i przedmiot działalności gospodarczej w stosunku do wniosku o udzielenie koncesji ze względu na zagrożenie ważnego interesu gospodarki narodowej, obronności lub bezpieczeństwa państwa” wskazywał wyjątki od zasady udzielenia koncesji podmiotowi wnioskującemu. Jednakże, wyjątki te od początku podlegały ogólnej zasadzie prawa *exceptiones non sunt interpretanda extendae*, co potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 29 sierpnia 1991 r. sygn. III SA 625/91, stwierdzając, że: „Przepisy dopuszczające odmowę udzielenia koncesji, jako stanowiące wyjątek od zasady wolności i równości podmiotów gospodarczych wyrażonej w ustawie o działalności gospodarczej, nie mogą być interpretowane w drodze wykładni rozszerzającej”.²⁰

Odnosnie samego brzmienia przepisu co do kryteriów, które pozwalały organowi nie wydawać koncesji, można zauważyć, że kryteria te były nieostre, co mogło powodować zagrożenie zbyt dużą dyskrecjonalnością ze strony administracji. Wydaje się jednak, że w świetle wskazanego wyżej orzeczenia NSA, jak również w świetle dorobku doktryny dotyczącego problematyki uznania administracyjnego, organ nie dysponował tu uznaniem administracyjnym, a co najwyżej swobodną oceną co do stanu faktycznego. Znany w doktrynie jest pogląd H. Petersa, który stwierdzał, że w przypadku pojęć niedookreślonych, w określonej sytuacji faktycznej, możliwe jest tylko jedno prawidłowe rozwiązanie²¹, podczas gdy klasyczne uznanie administracyjne charakteryzuje się tym, że

¹⁹ C. Kosikowski, *op. cit.* s. 254.

²⁰ Wyrok NSA z 29 sierpnia 1991, sygn. III SA 625/91, ONSA 1/93, poz. 2.

²¹ M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Wyd. Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1983 r., s. 23.

w określonym stanie faktycznym, organ może podjąć, co najmniej dwa różne rozstrzygnięcia, przy czym oba będą legalne.

Zgodnie z art. 21 ust. 1 koncesja wydawana była na czas nieoznaczony, natomiast zgodnie z normą art. 21 ust. 2 w wyjątkowych okolicznościach, tj. na żądanie podmiotu ubiegającego się o wydanie koncesji (pkt 1) lub w przypadkach uzasadnionych ochroną ważnego interesu gospodarki narodowej, obronności lub bezpieczeństwa państwa. W tym ostatnim przypadku pozostają aktualne uwagi dotyczące pojęć niedookreślonych przedstawionych powyżej. Cofnięcie koncesji, zgodnie z art. 22 ust. 1, odbywało się analogicznie do procedury wykreślenia wpisu w ewidencji działalności gospodarczej.

Ważną regulacją był również art. 23 ustawy o działalności gospodarczej, który wprowadzał do systemu prawnego instytucję promesy uzyskania koncesji. Rozwiązanie takie należy uznać za bardzo pożądane, zwłaszcza w kontekście dynamicznie zmieniającej się sytuacji gospodarczej. Uzyskanie promesy było przeznaczone dla podmiotów, które zamierzały podjąć działalność gospodarczą w dziedzinie podlegającej koncesjonowaniu. Promesa taka, w myśl ust. 2 omawianego artykułu wydawana była w drodze decyzji administracyjnej, przy czym z urzędu organ ustalał termin jej ważności, który nie mógł być krótszy niż 6 miesięcy (ust.3). W tym okresie organ nie mógł nie wydać koncesji przyrzeczonej, chyba że uległ zmianie stan faktyczny lub prawny podany we wniosku o wydanie promesy (ust. 4). Promesa była instytucją gwarancyjną dla podmiotu, któremu została udzielona. Był to czas, w którym można było dążyć do założenia przedsiębiorstwa, dopełniania innych formalności, które było potrzebne do rozpoczęcia danej działalności. Nie można było jednak jeszcze, na podstawie promesy, prowadzić koncesjonowanej działalności. Było to niejako prawo przedsiębiorcy do uzyskania pozytywnego rozstrzygnięcia na uzyskanie koncesji.²² Refleksem był tutaj obowiązek organu do jej wydania.

Pozostałe artykuły ustawy stanowiły zmiany w przepisach obowiązujących (rozdział 5) oraz przepisy końcowe i przejściowe (rozdział 6). Wśród tych ostatnich należy zwrócić uwagę na art. 53, który uchylał 14 aktów prawnych (ustaw, dekretów i rozporządzeń), które ustanawiały monopole państwa w różnych gałęziach gospodarki.

Ocena ustawy o działalności gospodarczej

Ustawa o działalności gospodarczej, regulowała podstawowe zagadnienia z zakresu tzw. prawa przedsiębiorców. Z racji swojej objętości, a raczej zwięzłości, była chwalona przez ekspertów zajmujących się problematyką gospodarczą. Można tu wymienić m. in. dr Roberta Gwiazdowskiego, który w artykule „Koza Nostra”²³ pisał, że: *„Ustawa o działalności gospodarczej, zwana ustawą Wilczka, uchwalona jeszcze za komuny w grudniu 1988 r., stwierdzała, że <podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej jest wolne i dozwolone każdemu na równych prawach>. Później było już tylko gorzej: kolejne regulacje, ograniczenia, koncesje, zezwolenia w myśl typowej raczej dla komunizmu, a nie budowanego rzekomo kapitalizmu(...)”*. W dyskursie publicznym zdarzają

²² C. Kosikowski, *op. cit.* s. 256.

²³ R. Gwiazdowski, *Koza Nostra*, Wprost nr 26/ 2004 r. Artykuł dostępny: <http://www.wprost.pl/ar/?O=61941&C=57> [data odczytu: 20 grudnia 2010 r.].

się nawet głosy, które nawołują do przywrócenia tejże ustawy.²⁴ Należy nadmienić, że Centrum im. Adama Smitha w 2008 r. uhonorowało Mieczysława Wilczka tytułem „Jego przedsiębiorczości”.²⁵ Można, co prawda doszukiwać się rzeczywistych intencji autora ustawy w chęci doprowadzenia do możliwości uwłaszczenia się ówczesnych członków aparatu państwowego i partii, na co wskazują historycy²⁶, ale należy też podnieść, że dzięki tej ustawie, w czasie jej obowiązywania – zdaniem jej autora - w Polsce pojawiło się około sześciu milionów miejsc pracy w kilku milionach nowopowstałych przedsiębiorstw²⁷. Ponadto stanowi ona dobry wzór dla obecnego ustawodawcy, ponieważ była prosta, zrozumiała i krótka. Jest to zgodne, z paremią umieszczoną na początku niniejszego opracowania, *legem brevem esse oportet*.

Psucie ustawy o działalności gospodarczej – psucie gospodarki.

Ustawa o działalności gospodarczej weszła w życie 1 stycznia 1989 r. W okresie swojego obowiązywania (do 1 stycznia 2001 r.) była nowelizowana ponad czterdzieści razy. Nie wszystkie zmiany prowadziły jednak do znaczących zmian w materialno prawnej sytuacji przedsiębiorców. Część z nich wynikała z reform administracji państwowej, w tym pierwszego etapu decentralizacji (tj. ustanowienie samorządu gminnego). Pierwszą nowelizacją UDG, która dotyczyła sytuacji materialno prawnej przedsiębiorców²⁸, było dodanie do art. 4 ustępu 2. Przepis znajdujący się w tym ustępie zakazywał prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na zarobkowym przewozie i doręczaniu korespondencji pisemnej w obrocie międzynarodowym. W artykule 11 ust. 1 dodano również punkt, który wprowadzał wymóg uzyskania koncesji na działalność gospodarczą w zakresie usług polegających na zarobkowym przewozie i doręczaniu korespondencji pisemnej. Wydaje się, że miało to związek z ochroną ówczesnego przedsiębiorstwa państwowego, jakim była Poczta Polska. Kosztem ochrony tego podmiotu, zdecydowano się jednak na ograniczenie wolności gospodarczej.

Kolejna nowelizacja²⁹ zmieniała brzmienie art. 11 ust. 1 pkt 1, rozszerzając konieczność uzyskiwania koncesji nie tylko na wydobywanie kopalin oraz poszukiwania złóż tych kopalin (tak jak było do czasu nowelizacji), ale również na poszukiwanie wód podziemnych, oraz bezzbiornikowego magazynowania cieczy i gazów we wnętrzu ziemi oraz składowania odpadów we wnętrzu ziemi. Zmiana zatem znów nakładała nowe obciążenia na podmioty gospodarcze, w postaci konieczności uzyskiwania koncesji na kolejny rodzaj działalności gospodarczej.

²⁴ Tak: A. Sadowski w wypowiedzi dla portalu wprost 24. Artykuł dostępny:

<http://www.wprost.pl/ar/148698/Sadowski-wprowadzmy-ustawe-Wilczka/> [data odczytu 10 grudnia 2010 r.].

²⁵ M. Kozmana, *Ustawa, która zmieniła kraj*, Rzeczpospolita [źródło:] <http://www.rp.pl/artykul/241282.html> [data odczytu 10 grudnia 2010 r.].

²⁶ W. Roszkowski pisze o tym w następujący sposób: „Wicepremierem i przewodniczącym Komitetu Ekonomicznego RM został natomiast Ireneusz Sekuła, niedawny prezes ZUS i minister pracy i polityki socjalnej, a ministrem przemysłu Mieczysław Wilczek, partyjny przedsiębiorca prywatny. Obydwaj byli symbolami uwłaszczającej się powoli nomenklatury PZPR i nadzorowali początki zmiany tej warstwy w grupę nowych kapitalistów (...) Władze ułatwiały w ten sposób swoim funkcjonariuszom przechodzenie z administracji partyjnej i państwowej do sektora prywatnego”, W. Roszkowski, *Najnowsza historia Polski 1980 – 2002*, wyd. Świat Książki, Warszawa 2003, s. 96 – 97.

²⁷ Tak: M. Wilczek, Wypowiedź dla dziennika Gazeta Prawna, zamieszczona w artykule: „Ustawa Wilczka o działalności gospodarczej mogłaby zostać przywrócona”. Źródło: http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/102692,ustawa_wilczka_o_dzialalnosci_gospodarczej_moglaby_zostac_przywrocna.html,2 [data odczytu: 10 grudnia 2010 r.].

²⁸ Zmiany te wynikały z art. 87 Ustawy z dnia 23 listopada 1990 r. o łączności (Dz. U. 1990 r., nr 86, poz. 504).

²⁹ Art. 4 ustawy z dnia 9 marca 1991 r. o zmianie Prawa górniczego (Dz. U. 1991 r. nr 31, poz. 128).

Niewielką formalnie zmianą, ale w moim przekonaniu odnoszącą istotne skutki w sferze sytuacji prawnej podmiotów pozostających poza administracją, spowodowała nowelizacja³⁰ art. 9 ust. 2 pkt 2 UDG. W dotychczasowym stanie prawnym zgodnie z normą wynikającą z art. 9 ust. 1, nie było wymagane zgłoszenie do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez osobę fizyczną osobiście, z której zarobek stanowił dodatkowe źródło dochodu. Nie trzeba było zatem zgłaszać wykonywania działalności ubocznej. Ustęp 2 tego artykułu podawał przykładowe wyliczenie rodzajów takiej działalności. Jednakże, nowelizacja zastrzegła, że wyjątkiem od tej zasady (niezależnie od tego, że działalność ta miała mieć charakter uboczny) jest zarobkowe przewożenie osób. Można się tego tylko domyślać, ale widać, że taka nowelizacja chroniła przede wszystkim osoby, dla których takie przewóz był działalnością główną, tj. głównym sposobem utrzymania. Chroniło to zatem taksówkarzy zawodowych, zrzeszonych w coraz liczniejszych „korporacjach” taksówkowych.

Kolejnym ograniczeniem wolności gospodarczej, była nowelizacja UDG, która koncesjonowała następny rodzaj działalności gospodarczej³¹, przez dodanie w art. 11 ust. 1 punktu 8a. Zmiana ta, wprowadzała koncesje na prowadzenie działalności dotyczącej obrotu hurtowego lekami gotowymi i surowcami farmaceutycznymi przeznaczonymi do produkcji lub sporządzania leków w aptekach oraz artykułami sanitarnymi.

Ciekawą nowelizacją, i zupełnie niezrozumiałą, była ta wynikająca z art. 68 ustawy z dnia 16 października 1991 r. o zatrudnieniu i bezrobociu. Wprowadzono obowiązek dla organu dokonującego wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, polegający na zamieszczeniu adnotacji tego wpisu w dowodzie osobistym osoby podejmującej działalność gospodarczą. Być może miało to na celu zapobiec wyludzeniu środków przez osoby bezrobotne. Jednakże dla przeciętnego człowieka, który pracował w sferze budżetowej, wizerunek „prywaciarza” mógł być wizerunkiem negatywnym. Taki wpis w dowodzie osobistym, mógł też prowadzić do stygmatyzacji tych osób, a co za tym idzie do poddawania ich różnym formom nacisku, jak choćby wymuszaniu łapówek. Przepis ten został skreślony na mocy art. 7 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o ewidencji ludności i dowodach osobistych oraz ustawy o działalności gospodarczej³², po sześciu latach obowiązywania.

Wracając do historii UDG, z biegiem czasu następowało dalsze ograniczania wolności gospodarczej. Kolejna nowelizacja ustawy była już znacznie obszerniejsza. 16 października 1991 roku uchwalono bowiem ustawę o zmianie ustawy o działalności gospodarczej³³. Część zmian dotyczyła problematyki kontroli przedsiębiorców, którzy otrzymali koncesje na prowadzenie określonej działalności gospodarczej. Nowelizacja wprowadzała w ogóle taką możliwość, jak również określała jej proceduralne podstawy. Jednakże pozostałe zmiany były znacznie poważniejsze, dlatego że dotyczyły sytuacji materialno prawnej przedsiębiorców. Po pierwsze poddano koncesjonowaniu kolejne rodzaje działalności gospodarczej – przetwórstwo i obrót metalami nieżelaznymi, (co prawdopodobnie miało ograniczyć działalność powstających masowo „skupów złomu”). Drugą rodzajem działalności, której

³⁰ Art. 3 ustawy z dnia 27 lipca 1991 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. 1991 r. nr 73, poz. 321).

³¹ Art. 67 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. 1991 r. nr 41, poz. 179).

³² Dz. U. 1997 r., nr 113, poz. 733.

³³ Dz. U. 1991 r., nr 107 poz. 460.

prowadzenie wymagało koncesji była działalność polegająca na dokonywaniu zapisu dźwięku lub dźwięku i obrazu na taśmy, płyty, kasety, wideokasety, i wideopłyty. Wprowadzono również na mocy tej nowelizacji - inne niż możliwość przeprowadzenia kontroli - nowe uprawnienia dla organów wydających koncesje. Od wejścia w życie nowelizacji organ mógł zażądać od podmiotu ubiegającego się o wydanie koncesji przedstawienia określonych informacji i dokumentów mogących uprawdopodobnić, że spełni on warunki wykonywania działalności gospodarczej, które będą określone w koncesji. Wydanie koncesji organ mógł również uzależnić od złożenia zabezpieczenia majątkowego roszczeń osób trzecich.

Na mocy art. 7 ustawy z dnia 6 marca 1993 r. o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania oraz niektórych innych ustaw³⁴ dodano, do art. 3 ustępy 3 i 4. Dotyczyły one konieczności posiadania przez podmiot gospodarczy rachunku bankowego oraz obowiązku wydatkowania środków pieniężnych za pośrednictwem tego rachunku, gdy jednorazowa wartość transakcji przekraczała 3000 ECU. Była to jednak regulacja techniczna, która nie zmieniała materialnie prawnej sytuacji przedsiębiorcy.

Kolejną nowelizacją, która wprowadzała konieczność uzyskania koncesji w nowym obszarze działalności, była zmiana UDG, wynikająca z art. 4 ustawy o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz o zmianie niektórych ustaw³⁵. Zmiana dodawała punkt 7a w art. 11 ust. 1, a norma wynikająca z tego przepisu stanowiła, że uzyskania koncesji wymaga podjęcie działalności gospodarczej w zakresie budowy i eksploatacji autostrad i dróg ekspresowych oraz zlokalizowanych przy nich miejsc obsługi podróżnych, pojazdów i przesyłek. Punkt ten został skreślony w 1995 roku (po prawie dwóch latach obowiązywania) przez kolejną nowelizację UDG³⁶.

Wracając do nowelizacji UDG, która zakazała prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na zarobkowym przewozie i doręczaniu korespondencji pisemnej w obrocie międzynarodowym, przepisy te zostały znowelizowane przez w 1995 r.³⁷. Zmiana wprowadzała monopol Poczty Polskiej (wymienionej wyraźnie w tekście ustawy) w usługach pocztowych o charakterze powszechnym w zakresie przewozu i doręczania przesyłek listowych o masie do 2000 g, paczek pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym. Ponadto zmieniony został art. 11 ust. 1 pkt 12 dotyczący konieczności uzyskania koncesji na świadczenie usług pocztowych. Od chwili nowelizacji koncesjonowaniu podlegała działalność w zakresie usług kurierskich, a także pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek o masie powyżej 2000 g. Ponadto nowelizacja wprowadziła następny obszar działalności podlegający koncesjonowaniu, tj. działalność w zakresie usług telekomunikacyjnych. Zmiany te dowodzą, że państwo chroniło przedsiębiorstwa państwowe przez *de facto* ustawowe zapewnienie im pozycji monopolistów, jakimi były m. in. Poczta Polska lub Telekomunikacja Polska. Najprostszym sposobem było w tym przypadku albo wprost zakazanie określonej działalności albo poddanie jej koncesjonowaniu.

³⁴ Dz. U. 1993 r. nr 29, poz. 127

³⁵ Dz. U. z 1993 r. nr 47 poz. 212.

³⁶ Art. 66 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych i Krajowym Funduszu Drogowym

³⁷ Art. 3 ustawy z dnia 12 maja 1995 r. o zmianie ustawy o łączności oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 1995 r., nr 60, poz. 310).

Kolejna nowelizacja ograniczająca swobodę działalności gospodarczej³⁸ wprowadzała nowy obszar działalności koncesjonowanej- konieczność uzyskania koncesji na działalność w zakresie konfekcjonowania i obrotu środkami ochrony roślin. Taką samą formę regulacji wprowadzała kolejna ustawa zmieniająca UDG³⁹, która ustanawiała koncesję na działalność w zakresie obrotu w kraju i za granicą zwierzyną żywą i tuszami zwierzęcymi i ich częściami z wyłączeniem sprzedaży dokonywanej przez dzierżawców i zarządców obwodów łowieckich. Rozszerzenie dotychczasowego zakresu objętego koncesją, wprowadzała także ustawa z dnia 29 marca 1996 r. o zmianie ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁴⁰, która w dotychczasowym brzmieniu art. 11 ust. 1 pkt 7 nakazywała uzyskanie koncesji do prowadzenia działalności w zakresie transportu morskiego, lotniczego i wykonywania innych usług lotniczych. Nowelizacja ta dodawała, że koncesja również jest konieczna w przypadku zarządzania portami morskimi i lotniskami.

Nowym obszarem działalności gospodarczej, na mocy kolejnej nowelizacji UDG⁴¹, który przewidywał uzyskanie koncesji był, przez dodanie do art. 11 ust. 1 punktu 5a, wyrób i rozlew wyrobów winiarskich. Następną zmianę UDG wprowadzał art. 56 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r.⁴², który dodawał do art. 11 ust. 1 UDG punkt 7a, co oznaczało wprowadzenie koncesji na działalność w sferze zarządzania liniami kolejowymi i wykonywania przewozów kolejowych. To rozwiązanie, jak się wydaje, miało chronić przedsiębiorstwo Polskie Koleje Państwowe –działającego w tym obszarze państwowego monopolistę. Jest to jeden z wielu przykładów, w jaki sposób państwo chroniło swoje przedsiębiorstwa, nawet pomimo tego, że stawały się one zupełnie nierentowne a jakość świadczonych usług stale się pogarszała. Taka sama regulacja dotknęła rynek paliw-działalność w tym obszarze również została poddana najbardziej restrykcyjnej formie regulacji, (tj. konieczność uzyskania koncesji), przez nowelizację UDG, wynikającą z art. 61 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne⁴³. Konsekwencją następnej zmiany⁴⁴ UDG było dodanie w art. 11 ust. 1 punktu 19, wprowadzającego konieczność uzyskania koncesji na prowadzenie działalności w sferze międzynarodowego transportu drogowego.

Rok 1998 nie przyniósł zmian w tendencji regulowania przez państwo kolejnych obszarów działalności gospodarczej. W tym roku UDG była nowelizowana sześć razy, z czego aż cztery zmiany wprowadzały nowe rodzaje koncesji. Pierwszą był art. 295 ustawy z dnia 9 stycznia 1997 r. Kodeks celny⁴⁵, która wprowadzała w art. 11 ust. 1 UDG punkt 16, który zobowiązywał do uzyskania koncesji przedsiębiorcę, który zamierzał prowadzić w ramach swojej działalności gospodarczej agencję celną. Następną koncesję były ustanawiane dla prowadzenia działalności w zakresie produkcji i dystrybucji tablic rejestracyjnych pojazdów⁴⁶, organizowania imprez turystycznych z wyłączeniem wynajmowania

³⁸ Art. 57 ustawy z dnia 12 lipca 1995 r. o ochronie roślin uprawnych (Dz. U. 1995 r., nr 90, poz. 446).

³⁹ Art. 33 ustawy z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie (Dz. U. 1995 r., nr 127, poz. 1066).

⁴⁰ Dz. U. 1996 r., nr 45, poz. 199.

⁴¹ Art. 16 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich oraz obrocie tymi wyrobami (Dz. U. 1997 r., nr 124, poz. 783).

⁴² Dz. U. 1997 r. nr 96, poz. 591

⁴³ Dz. U. 1997, nr 54, poz. 348.

⁴⁴ Art. 34 ustawy z dnia 2 sierpnia 1997 r. o warunkach wykonywania międzynarodowego transportu drogowego (Dz. U. 1997 r., nr 106, poz. 677).

⁴⁵ Dz. U. 1997 r., nr 23, poz. 117.

⁴⁶ Art. 143 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. prawo o ruchu drogowym (Dz. U. 1997 r., nr 98, poz. 602).

turystom pokoi lub miejsc na rozstawienie namiotów w obrębie gospodarstwa i sprzedaży posiłków w ramach ubocznej działalności zarobkowej⁴⁷, działalności w zakresie pośrednictwa w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych⁴⁸. Pozostałe dwie nowelizacje UDG w roku 1998 dotyczyły kwestii technicznych.

W roku 1999 doszło do trzech nowelizacji UDG. Jedna z nich miała charakter techniczny i dotyczyła zmieniony jednostki walutowej używanej do określenia kwot transakcji, które powinny być dokonywane za pośrednictwem banków z ECU na Euro⁴⁹. Druga miała charakter deregulacyjny, że wykreślała bowiem wprowadzone rok wcześniej regulacje dotyczące konieczności uzyskiwana koncesji na organizowanie usług turystycznych i pośredniczenie w zawieraniu umów w tym zakresie⁵⁰. Należy tutaj wskazać, że takie działania ustawodawcy, wynika z nieprzemyślanych decyzji, co do tworzenia nowego i zmieniania obowiązującego prawa. Każda taka zmiana to nie tylko koszty związane z jej przygotowaniem i pracą nad nią, ale też określone skutki społeczne, zwłaszcza w sferze przedsiębiorczości. Dlatego też, każda zmiana prawa powinna być poprzedzona rzetelnymi analizami i rozważeniem wszystkich „za” i „przeciw”, bowiem w przypadku nieprzemyślanych decyzji ustawodawcy, konieczne są szybkie ich zmiany, co zdecydowanie obniża zaufanie obywatela do państwa. Trzecia nowelizacja⁵¹ dotyczyła słusznego w moim przekonaniu, dodania do art. 24b ograniczenia, co do prowadzenia działalności gospodarczej na terenie Pomnika Zagłady i jego strefy ochronnej (ograniczenia wynikały z ustawy o ochronie byłych hitlerowskich obozów zagłady (Dz. U. 1999, nr 41, poz. 412).

Ustawa o działalności gospodarczej utraciła moc obowiązującą z dniem 1 stycznia 2001 r. na podstawie art. 99 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. 1999 r., nr 101, poz. 1178), która to była nową ustawą regulującą podstawowe zasady podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej. W nowym akcie prawnym, problematyka koncesji została uregulowana w art. 14 ust. 1, który zawierał już tylko 8 punktów, (co było liczbą zdecydowanie niższą, niż 19 obszarów działalności koncesjonowanej w ustawie o działalności gospodarczej).

Układy korporacyjno – resortowe

Powyższe fakty potwierdzają jednak diagnozę o kształtowaniu się w tamtych czasach podstaw funkcjonowania tzw. układów korporacyjno – resortowych⁵². Zdaniem J. Hausnera, układy te są tworzone niejako przez dwie strony. Jedną z nich są określone resorty, wszakże „resort tworzy nie tylko określone ministerstwo, ale także podporządkowana mu (bezpośrednio lub pośrednio) administracja działająca w ramach porządku hierarchicznego i ingerująca w mikrostruktury życia

⁴⁷ Art. 47 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz. U. 1997 r., nr 133, poz. 884).

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Art. 30 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. Prawo dewizowe (Dz. U. 1988 r., nr 160, poz. 1063).

⁵⁰ Art. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1999 r. o zmianie ustawy o usługach turystycznych (Dz. U. 1999 r. nr 40, poz. 401).

⁵¹ Art. 21 ustawy z dnia 7 maja 1999 r. o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady (Dz. U. 1999 r. nr 41, poz. 412).

⁵² Nazwy tej używa J. Hausner w swojej książce: J. Hausner, *Pętle rozwoju – o polityce gospodarczej lat 2001 – 2005*, Wyd. Scholar, Warszawa 2007 r. s. 62 – 75.

społecznego”⁵³. Z drugiej strony tego układu znajdują się grupy interesu zorganizowane według schematu branżowego lub zawodowego, które wyodrębniają się (w rezultacie przyjętych rozwiązań systemowych) swoistą, silną i uprzywilejowaną pozycją w zamian za podporządkowanie się administracji resortowej.⁵⁴

Przejawem opisanego układu jest to, że w obecnej chwili pomimo, że działalność koncesjonowana obejmuje zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁵⁵ tylko 7 obszarów działalności, to jednak około czterystu profesji odnajduje się w sferze, w której dostęp do danego zawodu jest regulowany⁵⁶, a 16 zawodów podlega regulacji rangi ustawowej⁵⁷, które tworzą korporacje zawodowe.

Największe układy korporacyjno – resortowe tworzą się tam, gdzie mamy do czynienia przede wszystkim z własnością państwową, a centralna administracja rządowa ściśle reguluje i reglamentuje tę działalność, a co za tym idzie – petryfikuje resortowy układ zarządzania⁵⁸.

Zależności w układzie polegają na tym, że właściwi ministrowie niejako zabezpieczają uprzywilejowaną pozycję szeroko pojmowanych korporacji, a te zaś zapewniają rządowi spokój społeczny, a zarazem umacniają centralizm w regulowanych przez państwo sferach⁵⁹. Prowadzi to do poważnych konsekwencji. Po pierwsze- uniemożliwia proces unowocześniania państwa (doskonałym przykładem jest tutaj problematyka transportu drogowego i kolejowego, restrukturyzacja górnictwa, problem unowocześniania jednostek systemu ochrony zdrowia,) jak również rodzi wzajemny klientelizm obu stron – korporacji względem ministrów (ochrona *status quo* na etapie prac legislacyjnych), jak również ministrów względem tych korporacji (zapewniają one miejsca pracy urzędników państwowych, gdy tracą swoją pozycję i finansują polityków wywodzących się z ugrupowań rządzących)⁶⁰.

Pojęcie deregulacji

Analiza historycznego już aktu prawnego, jakim była ustawa o działalności gospodarczej z 1988 r. oraz jej kolejnych nowelizacji pomimo, że nie ma już, co do zasady, zastosowania w obecnych procesach gospodarczych, była jednak potrzebna do ukazania kształtowania się opisanych przez prof. J. Hausnera układów korporacyjno resortowych. W związku z najważniejszym elementem niniejszego opracowania, uzasadnionym wydaje się być postawienie pytania o to, dlaczego tak trudno zmienić taki stan rzeczy i jakie kroki należy przedsięwziąć do realizacji postulatu deregulacji prawa. Najpierw warto jednak odpowiedzieć sobie na pytanie, czym owa deregulacja jest. Literatura krajowa nie zajmuje się tym modnym w ostatnim czasie pojęciem. Konieczne jest stwierdzenie, że jest to pojęcie

⁵³ J. Hausner, *op. cit.* s. 63. Por. też definicję resortu *sensu largo* w: M. Wierzbowski (red.), J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, A. Wiktorowska, *Prawo administracyjne*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009 r., s. 160.

⁵⁴ J. Hausner, *op. cit.* s. 63.

⁵⁵ Tekst jedn. Dz. U. 2010 r. nr 220, poz. 1447

⁵⁶ Tak: J. Hausner, *op. cit.*

⁵⁷ *Ibidem*, s. 66 i n.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 63.

⁵⁹ *Ibidem*,

⁶⁰ *Ibidem*, s. 65.

interdyscyplinarne, obejmujące zarówno naukę prawa jak też i nauki ekonomiczne. Dotyka również dyscypliny zwaną nauką o administracji. Na skutek tego deregulację można opisywać na różne sposoby. W ujęciu prawniczym można pokusić się o stwierdzenie, że jest to:

„Zmiana legislacyjna, wynikająca ze świadomej decyzji politycznej o uproszczeniu relacji pomiędzy organami państwa i / lub obywatelami, która ogranicza:

- 1 ilość wyróżnionych stanów faktycznych (hipotez norm prawnych), z którymi dotychczasowa regulacja prawna wiązała obowiązek konkretnego zachowania, lub
2. ilość konkretnych zachowań (dyspozycji norm prawnych), które były wymagane dotychczasową regulacją prawną w przypadku wystąpienia wyróżnionego stanu faktycznego.”⁶¹

W ujęciu ekonomicznym zaś, deregulacja oznacza „proces usuwania norm sterująco – regulacyjnych stanowiących przez państwo i zastępowania ich parametrami ekonomicznymi, kształtującymi się w wyniku wolnej gry sił rynkowych”.⁶² W takim sposobie myślenia o deregulacji można wskazać jej cele. Są to m. in. stworzenie racjonalnych ekonomicznie przesłanek do podejmowania decyzji gospodarczych w różnych podmiotach, oczyszczanie gospodarki z podmiotów nieefektywnych ekonomicznie oraz stworzenie przesłanek do zaistnienia rozwiązań innowacyjnych oraz konkurencyjnych zarówno na rynku krajowym, jak i na rynkach zagranicznych.⁶³

Próby deregulacji prawa w Polsce – krótka charakterystyka.

Swoistymi próbami deregulacji w ostatnich latach były m. in. tzw. Plan Hausnera⁶⁴, czy działalność Komisji Nadzwyczajnej „Przyjazne Państwo” do spraw związanych z ograniczeniem biurokracji. W chwili pisania niniejszego artykułu na ostatnim etapie prac legislacyjnych jest ustawa o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców.

Deregulację należy rozumieć, jako pewien proces, w który zaangażowany jest w istocie cały aparat władzy wykonawczej, zwłaszcza te organy (jak również obsługujące ich urzędy), które wchodzi w skład rządu *sensu largo*, tj. Prezydent, Rada Ministrów i ministrów⁶⁵ oraz organy ustawodawcze (sejm i senat). Materia prac jest na tyle skomplikowana i czasochłonna, że nie sposób wyobrazić sobie, aby ustawy dotyczące tego problemu miały być wnoszone przez parlamentarzystów we właściwej dla nich procedurze. Do przeanalizowania całości (czy choćby większości ustawodawstwa) konieczne wydaje się uruchomienie ogromnego aparatu urzędniczego, który mógłby przeanalizować koszty funkcjonowania danych przepisów dla obywateli czy przedsiębiorców oraz wskazywać te, które są przepisami koniecznymi i efektywnymi zarówno dla sprawnego funkcjonowania państwa oraz osób w

⁶¹ Pojęcie to, zostało zaprezentowane przez P. Gruzę na seminarium „Deregulacja prawa w Polsce”, organizowanym przez Fundację Republikańską i Fundację Konrada Adenauera w Warszawie, dn. 26 I 2011 r.

⁶² M. G. Woźniak, *Ekonomiczne problemy krajów postsocjalistycznych – cz. II – deregulacja, demonopolizacja, prywatyzacja, restrukturyzacja*, Wyd. Akademia Ekonomiczna w Krakowie, Kraków 1995 r., s. 37

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Właściwie – Program uporządkowania i ograniczenia wydatków publicznych, przyjęty przez Radę Ministrów w październiku 2003 r. tekst dostępny: http://www.mpips.gov.pl/pliki_do_pobrania/program_uporzadkowania.pdf [data odczytu: 10 grudnia 2010 r.]

⁶⁵ M. Wierzbowski (red.), et. al. *op. cit.*, s. 141,

nim mieszkających. Konkretnie inicjatywy legislacyjne w tym zakresie powinna zgłaszać Rada Ministrów, która oprócz woli politycznej, powinna posiadać silne i zdyscyplinowane wsparcie polityczne w parlamencie, zwłaszcza dlatego, że podczas takiego procesu niezbędne byłoby naruszenie interesów choćby podmiotów funkcjonujących już w obszarach regulowanych lub koncesjonowanych. Można powiedzieć, że chodzi tutaj o poważną reformę aktualnej regulacji.

Pierwsza wspomniana próba deregulacji, była w istocie elementem składowym programu uporządkowania wydatków publicznych. Wśród nich znalazły się jednak propozycje, które oprócz efektu oszczędności, miały prowadzić również do likwidacji części instytucji państwowych, takich jak Inspekcja Jakości Handlowej Artykułów Rolno – Spożywczych i przekazanie jej zadań do innych podmiotów czy też konsolidacji podmiotów wykonujących podobne zadania (np. instytucji zajmujących się promocją Polski i polskiej gospodarki za granicą). Jednakże nie jest to działanie deregulacyjne *sensu stricto*, które wpisywałoby się w podaną wyżej definicję procesu deregulacji.

Zdecydowanie istotniejszym działaniem rządu Marka Belki było wprowadzenie nowej ustawy regulującej podstawowe aspekty działania przedsiębiorców, tj. Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, która uchyliła większość przepisów Ustawy Prawo Działalności Gospodarczej. Trudno jednak uznać ten, chociaż potrzebny wówczas dokument, za ustawę o charakterze deregulacyjnym, aczkolwiek z pewnością przyczynił się on do rozjaśnienia stanu prawnego w porównaniu do często nowelizowanych przepisów prawa działalności gospodarczej. Warte podkreślenia jest wprowadzenie do ustawy przepisu art. 10, z którego wynikało uprawnienie przedsiębiorcy do uzyskania pisemnej interpretacji właściwego organu, co do stosowania przepisów na podstawie, których przedsiębiorca mógł zostać obciążony daninami publicznymi. Norma ta budziła ogromne kontrowersje nie tylko wśród obywateli, co wewnątrz samego rządu – miała ogromne znaczenie dla funkcjonowania nie tylko Ministra Finansów, ale również całego budżetu państwa. To też było przyczyną specyficznego konfliktu w rządzie między ówczesnym wicepremierem i ministrem gospodarki – J. Hausnerem, a ministrem finansów.⁶⁶ Trudno jednak odnaleźć konkretne efekty Planu Hausnera w kontekście deregulacyjnym.

Kolejnym przykładem niepowodzenia w sprawie deregulacji prawa, zwłaszcza tego dotyczącego przedsiębiorców okazała się być Komisja Nadzwyczajna „Przyjazne Państwo” do spraw związanych z ograniczeniem biurokracji. Komisja ta, powołana przez Sejm w dniu 20 grudnia 2007 r., została utworzona dla realizacji odpowiednich zadań wymienionych w § 2 uchwały powołującej Komisję⁶⁷, który stanowi, że do zakresu działania Komisji należy m. in. „przeгляд i analiza przepisów regulujących kwestie społeczne, ekonomiczne i gospodarcze w celu wskazania przepisów niejasnych, niespójnych, nieskutecznych, zbędnych lub nadmiernie regulujących”. Nie oceniając jakości inicjatyw ustawodawczych Komisji (temat ten zdecydowanie przekracza zakres niniejszej pracy) można stwierdzić, że początkowy okres prac był okresem największej aktywności. Za początkowy okres prac przyjmuję w przybliżeniu okres 8 miesięcy od miesiąca pierwszego posiedzenia Sejmu VI kadencji

⁶⁶ Szerzej na ten temat. J. Hausner, *op. cit.*, s.

⁶⁷ Uchwała Sejmu RP z dnia 20 grudnia 2007 r. w sprawie powołania Komisji Nadzwyczajnej „Przyjazne Państwo” do spraw związanych z ograniczaniem biurokracji (M.P. 2010, nr 100, poz. 1082).

Sejmu RP. Stanowisko to opieram na poglądach Milтона i Rose'y Friedmanów⁶⁸, o którym szerzej napiszę w dalszej części pracy. W tabeli 1. przedstawiłem aktywność wspomnianej Komisji w zakresie prac legislacyjnych.

	Ilość projektów ogółem w Komisji	Ilość projektów uchwalonych przez Sejm	Procent procesów legislacyjnych Komisji zakończonych wejściem w życie ustawy (niezależnie od daty uchwalenia ustawy)
Ogółem	145	78	53 %
Okres prac Sejmu do 31 lipca 2008 r.	68	44	65 %
2008 r. (ogółem)	97	57	58 %
2009 r.	32	16	50 %
2010 r.	13	5	38 %
2011 r.	9	3	30 %

Tabela 1. Aktywność prac Komisji "Przyjazne Państwo"

Opracowanie to wskazuje wyraźnie, że im dłużej działa parlament, tym trudniej jest osiągnąć zamierzony cel (w przypadku Komisji „Przyjazne Państwo” była nim niewątpliwie szeroko rozumiana deregulacja). Widoczny jest spadek aktywności Komisji, na przestrzeni lat 2008 – 2010. O ile w całym 2008 r. komisja pracowała nad 97 projektami ustaw, o tyle w roku następnym było to już tylko 33 % projektów z tej liczby. W roku 2010 r. liczba projektów procedowanych w Komisji wyniosła zaledwie 13% liczby projektów z 2008 r. Charakter ustaw nowelizujących, które opracowywała Komisja Przyjazne Państwo nie ma jednak charakteru systemowego, a raczej jednostkowy. Brak też wyraźnej metodologii działania Komisji. Zmiany przez nią proponowane dotyczą pojedynczych regulacji z różnych gałęzi prawa. Można podać przykłady, czym zajmowała się ta Komisja – zmiany w: ustawie o podatku od spadków i darowizn, ustawie o usługach detektywistycznych, ustawie prawo o ruchu drogowym, ustawie o Inspekcji Weterynaryjnej etc. Świadczy to o braku wizji na czym miałby polegać proces deregulacji.

⁶⁸ M. Friedman, R. Friedman, *Tyrania status quo*, Wyd. Panta, Sosnowiec 1997 r. s. 2.

Najnowszą próbą deregulacji jest ustawa o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców.

Analiza tej ustawy, nazywanej w skrócie deregulacyjną pokazuje, że autorom przyświecał naczelnym cel, tj. zmiana kultury zaświadczenia na kulturę oświadczenia w postępowaniu obywatela wobec organu administracyjnego

Co do ogólnej oceny, należy stwierdzić, że ustawa ta nie jest w żaden sposób rewolucyjna jeśli idzie o elementy deregulacyjne. Należy o tym wspomnieć, dlatego, że dwuznaczny tytuł projektu, tj. „Ustawa o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców” sugeruje, że w istocie dotyczy on głębokich zmian, polegających głównie na uchylaniu niekorzystnych, utrudniających funkcjonowanie norm prawnych. Tymczasem głównym celem, który postawił sobie projektodawca jest, o czym wspominałem wyżej, wprowadzenia tzw. kultury oświadczeń. Nie należy oczywiście tego rozwiązania krytykować – to bardzo cenna inicjatywa, która wymagała od projektodawcy nie lada wysiłku, polegającego na dokładnym przejrzeniu wielu aktów prawnych.

Oprócz zmiany kultury zaświadczeń na kulturę oświadczeń ustawa wprowadza możliwość legitymowania się w pewnych sytuacjach (np. przy składaniu dokumentów potrzebnych do dopuszczenia do egzaminu wstępnego na aplikację adwokacką) kopią dyplomu ukończenia studiów, znosząc dotychczasowy wymóg przedstawienia oryginału dokumentu lub uwierzytelnionej kopii. Są to zmiany rzeczywiście wpływające pozytywnie na obraz prawa jako takiego w opinii publicznej, jednakże korzyść dla jednostki z takiej zmiany jest w istocie konsumowana jednorazowo, a zatem zmiany takie nie poprawiają zasadniczo komfortu funkcjonowania jednostki w rzeczywistości prawnej. Trudno zatem mówić o prowadzeniu procesu deregulacyjnego w odniesieniu do tej ustawy, gdyż nie dotyczy ona istoty problemu. Może być uważana raczej za potrzebny, ale jednak pierwszy krok w tej skomplikowanej materii.

Co hamuje zatem przeprowadzenie procesu deregulacji w Polsce? Można wskazać tu działanie wspomnianych już wcześniej układów korporacyjno – resortowych oraz problem tyranii (terroru) status quo.

Terror status quo Milтона i Rose'y Friedmanów

Pojęcie „terroru status quo” zostało po raz pierwszy zaprezentowane w pracy Milтона i Rose'y Friedmanów pod takim właśnie tytułem. Streszczenie całego materiału przedstawionego w tej publikacji znacznie wykracza poza ramy niniejszego artykułu. Istotne jest jednak opisanie na czym ono polega oraz w jaki sposób przekłada się na brak reformy regulacji w Polsce.

W skrócie można powiedzieć, że terror status quo jest sytuacją, w której niemożliwe staje się podejmowanie przez rządzących ważnych i koniecznych reform. Za jedną z nich można uważać również przeprowadzenie procesu deregulacji. Pod pojęciem terroru status quo kryje się

stwierdzenie, że stan obecny trudno zmienić, czyli ma on tendencje do trwania⁶⁹. W systemach demokratycznych zmiany rzeczywistości społeczno – gospodarczej wydają się być niezwykle trudne, ponieważ dużą rolę odgrywa tu „żelazny trójkąt” złożony z beneficjentów, polityków i biurokratów⁷⁰. Friedmanowie uważają ponadto, że najważniejsze reformy rząd może przeprowadzić tylko w ciągu sześciu do najwyżej dziewięciu pierwszych miesięcy rządzenia. Założeniem takiego wniosku jest to, że *primo* preferowane w życiu społecznym są znane sposoby działania – wszelka nowość napotyka większy lub mniejszy opór, *secundo*, opór do zmian jest paradoksalnie dużo mniejszy, jeżeli zmiana kosztuje wielu, daje korzyści niewielkiej grupie jej (tej zmiany) beneficjentów⁷¹. O ile pierwsze poczynione założenie wydaje się być oczywistym, o tyle drugie może rodzić pytania czy laureat nagrody Nobla aby na pewno ma rację? Jednakże tezę tę potwierdza tendencja zmian ustawy o działalności, o której pisałem na początku niniejszego opracowania. Uważne ich prześledzenie pozwala wysnuć wniosek, że regulowanie czy koncesjonowanie coraz to nowych obszarów działalności gospodarczej przychodziło decydentom niezmiernie łatwo. Dla przykładu można tutaj podać chociażby wprowadzanie koncesji na międzynarodowe przewozy i doręczanie korespondencji, ochronę działalności „korporacji” taksówkowych, wprowadzanie koncesji na budowę dróg ekspresowych i autostrad, koncesjonowanie działalności w zakresie przewozu lotniczego czy przewozów kolejowych. Wyraźnie widać, że w istocie wprowadzanie takich rozwiązań działa na korzyść podmiotów już działających w danej dziedzinie (niewielka grupa beneficjentów), a utrudnia nowym wejście na ten sam rynek. Jednakże często takie działanie, pod pretekstem ochrony niewydolnych przedsiębiorstw państwowych, jest pozytywnie oceniane przez obywateli (duża grupa), którzy nie zdają sobie sprawy, że tego rodzaju aktywność rządu oraz ustawodawcy doprowadzić może do monopolizacji danego rynku, a w konsekwencji niekorzystnej sytuacji dla odbiorców już to usług, już to produktów monopolisty. Jak można się domyślać, beneficjenci są jedną z grup, która jest zdecydowanie zainteresowana w zachowaniu swoich przywilejów, z oczywistych względów – ograniczenie konkurencji na danym rynku jest w pewnej perspektywie uproszczeniem prowadzenia swojej działalności. To samo prawo rządzi w przypadku problematyki systemu opieki społecznej czy tzw. wcześniejszych uprawnień emerytalnych. Możemy mówić tutaj o tym, co Friedmanowie nazwali tyranią beneficjentów⁷², którzy będą robili wszystko, aby zmiany zagrażające ich pozycji nie weszły w życie. Autorzy wskazują również, że „wystąpienie efektu czczenia status quo jak świętości” może przynieść w konsekwencji niemożliwe do obliczenia skutki finansowe takich regulacji⁷³. Odnosząc się do układów korporacyjno – resortowych, można powiedzieć, że korporacje, (czyli jedna z dwóch stron tego układu) są beneficjentem trwania statusu quo. Każda zmiana trwającego stanu rzeczy rodzi opór tych podmiotów, ponieważ czują się one zagrożone utratą swojej pozycji czy przywilejów. Na przykładzie omawianej ustawy o działalności gospodarczej widać jak łatwo jest wprowadzić przywileje lub ochronę tych podmiotów. Gorzej jest jednak z ewentualnym ich cofnięciem, co jest krokiem niezmiernie trudnym z powodu wzajemnych powiązań korporacji (w tym związków zawodowych) i

⁶⁹ J. Hozer, *Tempus locus homo casus et fortuna regit factum – zbiór esejów ekonomicznych*, Wyd. Instytut Analiz, Diagnoz i Prognoz Gospodarczych w Szczecinie, Szczecin 2003 r., s. 46.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 51.

⁷¹ M. i R. Friedman, *op. cit.* s. 48.

⁷² *Ibidem*, s. 49 i n.

⁷³ *Ibidem*, s. 52.

resortów jak również z powodu możliwości wzbudzenia niepokojów społecznych, które dla polityków wydają się być ostatnią rzeczą, którą chcieliby przeżywać w trakcie trwania swoich rządów.

Podjmując temat polityków konieczne jest podkreślenie i ich udziału w pielęgnowaniu zastanej sytuacji. Wprowadzanie reform jest nie zajęciem łatwym. Wdrożenie reformy jest długotrwałym procesem, którego nie można rozpoczynać zaraz po objęciu rządów przez największą siłę polityczną. Jest to tak naprawdę już ostatni etap, który w istocie polega na wdrożeniu prac legislacyjnych i zarządzania zmianą. Pierwsze działania powinny być podjęte już w chwili pozostawania partii w tak zwanej opozycji parlamentarnej czy też pozaparlamentarnej. Utrzymywanie statusu quo przez polityków wydaje się być jednak wygodne, ponieważ zwycięstwo w wyborach staje się celem nadrzędnym, za który cena jaką się płaci przestaje odgrywać jakąkolwiek rolę. Politycy starają się przekazać docelowej grupie wyborców atrakcyjne dla nich obietnice, za które zapłacą *de facto* inni wyborcy, albo po prostu przemilczą kwestię, kto za te obietnice zapłaci⁷⁴. Przygotowywanie reformy dopiero po objęciu rządów przez daną partię skutkuje popadnięciem w terror statusu quo na etapie próby jej wdrażania. Dlatego też tak ważne jest przygotowanie jeszcze przed wyborami rozwiązań, które partia chce wprowadzić, , jak również określić cele priorytetowe do osiągnięcia w trakcie trwania rządu.

Ostatnim elementem „żelaznego trójkąta” jest biurokracja. Pojęcie to rodzi zazwyczaj negatywne konotacje⁷⁵. Słowo „biurokracja” wzięło się od francuskiego „bure” (tj. sukno przykrywające stoły, ja których pisano) oraz greckiego „kratos” (tj. władza)⁷⁶. W literaturze można spotkać się z różnymi ujęciami tego zjawiska. Można najogólniej rzecz biorąc powiedzieć, że biurokracja oznacza rządy sprawowane przez urzędników. M. Crozier wyróżnia trzy znaczenia pojęcia biurokracja. Pierwsze to spojrzenie z perspektywy nauk społecznych, które opisuje to zjawisko, jako rząd państwa wraz z wszystkimi urzędami i mianowanymi urzędnikami, przy czym struktura ta jest zorganizowana w sposób hierarchiczny i zależny od władzy suwerennej. Drugie spojrzenie to ujęcie socjologiczne i historyczne, w świetle którego biurokracja to racjonalizacja działalności zespołowej, która wyraża się między innymi w nadmiernej koncentracji wszelkich organizacji oraz rozwoju i wzrostu znaczenia w ich strukturze przepisów dotyczących funkcji i podziału odpowiedzialności. Trzecia możliwość patrzenia na biurokrację to ujęcie potoczne, rodzące negatywne konotacje, o czym mowa była już wyżej⁷⁷.

Ważnym elementem, który należy wychwycić w omawianiu terroru statusu quo w odniesieniu do biurokracji, to fakt, że biurokracja składa się z fachowych urzędników, którzy co do zasady, powinni mieć stabilność zatrudnienia, tak aby podejmowane przez nich decyzje, czy też przygotowywane akty prawne nie nosiły znamion polityczności, a raczej znamię fachowości. Podnosi się, że „biurokrację” tworzy armia urzędników, którzy przez to, że piszą projekty aktów prawnych czy decyzji w istocie

⁷⁴ *Ibidem*, s. 53.

⁷⁵ Por. np. A. Chochołowska, *Biurokracja w poglądach doktryny*, w: J. Łukaszewicz (red.) *Biurokracja Bureaucracy – III Międzynarodowa Konferencja Naukowa, Krynica Zdrój, 2 – 4 czerwca 2006*, Wyd. Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, Oddział w Rzeszowie, Rzeszów 2006, s. 100; a także: E. Stefańska, *Niektóre organizacyjne i prawne aspekty biurokracji – problemy wybrane*, w: J. Łukaszewicz (red.), *op. cit.*, s. 577.

⁷⁶ E. Stefańska, *op. cit.* s. 577.

⁷⁷ M. Crozier, *Biurokracja. Anatomia zjawiska*, Warszawa 1967 r. s. 16 – 17; podają za: A. Chochołowska, *op. cit.*, s. 99 – 100.

decydują o kształcie stanowionego prawa i jego wykonywaniu, więc kierowanie rządem realnie leży w ich rękach⁷⁸. Zatem można stwierdzić, że powodzenie reformy w dużej mierze zależy również od tych urzędników, którzy tworzą aparat biurokratyczny. Dlaczego w kontekście deregulacji należy szczególną uwagę zwrócić na opór biurokracji? Przyczyna może wydawać się wręcz prozaiczna, ale stanowi ona poważny problem. Chodzi o to, że urzędnicy mogą obawiać się nie tylko o utratę swoich możliwości wpływania na rzeczywistość przez udział w chociażby w procesie legislacyjnym, ale również mogą obawiać się o utratę pracy. Deregulacja, która w zamierzeniu ma zlikwidować część nieefektywnych przepisów (np. likwidację wydawania pewnego typu decyzji czy zaświadczeń) może doprowadzić do zwolnień w administracji. Urzędnicy zdają sobie sprawę z tego i mogą podejmować próby torpedowania tego typu inicjatyw. J. Hozer określił działanie rządzących wobec biurokracji w następujący sposób: „Biurokracja potrafi być wspaniałomyślna i beznadziejna. Jeśli cokolwiek inicjujemy, pamiętać musimy o młynie biurokracji (administracji). Realizujemy coś – musimy mieć na względzie biurokrację. Finalizujemy coś – liczymy się z biurokracją. Nie liczysz się z biurokracją – dzielisz los niewspieranych, tak jak podzielili los: Sokrates, Mozart, Norwid, E. Kwiatkowski”⁷⁹. Dlatego też przy wdrażaniu tak poważnej reformy, jaką jest deregulacja należy brać pod uwagę możliwość oporu ze strony urzędników, którzy mają prawo poczuć się zagrożonymi utratą pracy.

Jak się wydaje, zjawisko kształtowania się układów korporacyjno – resortowych (z uwzględnieniem *biurokracji*) jest istotnym czynnikiem, dla którego rzeczywista deregulacja prawa w III Rzeczypospolitej nie powiodła się. Należy postawić pytanie czy w ogóle była wola przeprowadzenia tego procesu, rozumianego od strony praktycznej, jako głębokich zmian w prawie a przez to i w gospodarce, czy te ruchy, które zostały wykonane były tylko markowane zgodnie z zamiarem ochrony *status quo*?

W moim przekonaniu, jeśli można w ogóle przedstawić receptę na „otwarcie drogi do deregulacji”, to należy w pierwszej wskazać na dwa pomysły. Pierwszym wydaje się być prawne usankcjonowanie przygotowania partii politycznych do rządzenia. Idzie o to, abstrahując oczywiście od problemu zgodności takiego rozwiązania z Konstytucją RP, partia polityczna biorąca udział w wyborach, (czyli przyszły potencjalny rządzący) miała obowiązek przygotować plan działania wraz z projektami aktów prawnych, tak aby po ewentualnych wygranych wyborach móc od razu wdrażać działania reformujące prawo. Rozwiązanie takie, aczkolwiek bardzo trudne pozwoliłoby na wdrożenie najważniejszych dla danego środowiska reform w pierwszych miesiącach rządzenia. Zgodnie z diagnozą Milтона Friedmana przedstawioną powyżej pozwoliłoby to na uniknięcie oporu ze strony urzędników (tyranii *status quo*).

W drugiej kolejności konieczne jest osłabienie układów korporacyjno – resortowych. W moim przekonaniu konieczne jest dokończenie procesu prywatyzacji. Pozwoli to na wyrugowanie z przestrzeni politycznej części podmiotów tworzących ten układ, a to przyniesie jego osłabienie. W efekcie opór z tej strony będzie mniejszy, co w znaczący sposób powinno ułatwić przeprowadzenie procesu deregulacyjnego.

⁷⁸ M. i R. Friedman, *op. cit.* s. 55 i n. Zob. też J. Hozer, *op. cit.* s. 49 i n.

⁷⁹ J. Hozer, *op. cit.* s. 49 – 50.

Plan Prac Legislacyjnych Rządu.

Elementem, który pośrednio może wpływać na procesy deregulacyjne w procesie stanowienia prawa (zwłaszcza na skuteczne przeprowadzenie deregulacji), jest plan prac legislacyjnych rządu zwany potocznie planem legislacyjnym. Jest to instytucja znana państwom zachodnim, a od wejścia w życie ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa⁸⁰ (Dz. U. 2005 nr 169 poz. 1414 z późn. zm.) również polskiemu systemowi stanowienia prawa. Instytucja ta została znacząco zmieniona przez wejście w życie ustawy z dn. 13 maja 2011 r. o zmianie ustawy o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. 2011 r., nr 161, poz. 966)⁸¹. W chwili obecnej wykaz prac legislacyjnych rządu regulowany jest przez art. 3. Zmiana ta w moim przekonaniu jest zmianą niekorzystną, wypaczającą podstawowe, teoretyczne założenia i funkcje planowania legislacyjnego.

Wspomniana nowelizacja doprowadziła do daleko idących zmian w omawianym zagadnieniu. W skrócie można stwierdzić, że plan legislacyjny Rady Ministrów, zgodnie z art. 3 u.d.l.z. zastąpiony został „wykazem prac legislacyjnych” tego organu. Jest to spis, który obejmuje wszystkie projekty ustaw, ich założeń i projekty rozporządzeń, będących przedmiotem prac rządu. Wykaz ten prowadzony jest stale i na bieżąco uzupełniany, co stanowi odmienną od dawnego „planu prac legislacyjnych”, uchwalanego na określony czas. Obowiązkiem informacyjnym Rady Ministrów względem Sejmu RP, zgodnie z art. 3a ust. 2, jest informowanie organu ustawodawczego, raz na 6 miesięcy, o tych pozycjach w wykazie, co do których określono planowany termin ich przyjęcia przez Radę Ministrów.

W uzasadnieniu sporządzonym dla wskazanej nowelizacji zdiagnozowano pewien istotny problem, który był znany instytucji planowania legislacyjnego w poprzednim stanie prawnym. Mianowicie chodzi tutaj o fakt, że ówczesny, sześciomiesięczny okres planowania legislacyjnego (okres na który sporządzany był plan legislacyjny) był zbyt krótki i niewystarczający dla zagwarantowania prawidłowego planowania i realizowania zamierzeń legislacyjnych. Podniesiono również, że nowa regulacja w omawianej materii miałaby uprościć dostęp osób zainteresowanych do projektów ustaw nie tylko już zaawansowanych legislacyjnie, (które będą oznaczone terminem, w którym Rada Ministrów je przyjmie), ale również tych, które znajdują się na początkowym etapie tworzenia.

Przedstawiona diagnoza jest zdecydowanie słuszna. Wątpliwości budzi jednak fakt, że na bazie obecnych rozwiązań, nie istnieje okresowe programowanie prac legislacyjnych Rady Ministrów, a zastosowanie wyrażenia, że „Rada Ministrów lub jej organ pomocniczy może określić termin planowanego przyjęcia przez Radę Ministrów projektu dokumentu rządowego objętego wykazem”⁸² cechuje się bardzo dużą dowolnością, co może powodować, że projekty „niewygodne politycznie” będą odkładane *ad calendas graecas*, pomimo że będą ujęte w wykazie.

⁸⁰ W dalszej części będę posługiwał się skrótem „u.d.l.z.”

⁸¹ Odnosząc się do nowego brzmienia zmienionej ustawy będę posługiwał się skrótem „u.d.l.z.”

⁸² *Ibidem*.

Przed przystąpieniem do oceny nowych rozwiązań w aspekcie porównywania ich z regulacją, już w tej chwili historyczną (tj. z poprzednim brzemieniem u.d.l.) konieczne jest wskazanie podstawowych cech poprzednich przepisów prawnych.

W skrócie można powiedzieć, że plan legislacyjny to program opracowywany przez Radę Ministrów, w którym ujęty jest program prac tego rządu na określony czas. Dotyczy on przede wszystkim projektów ustaw, które mają być wniesione do Sejmu. Powinien być on łatwo dostępny dla wszystkich zainteresowanych podmiotów, tj. podmiotów, których mogą pośrednio lub bezpośrednio dotyczyć projektowane normy prawne.

Przed przystąpieniem do omawiania istoty planu legislacyjnego oraz jego roli w procesie deregulacji prawa, należy wspomnieć jeszcze, że obowiązek udostępniania przez organy władzy publicznej informacji na temat prac legislacyjnych wynika również z art. 6 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz lit. b ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2001 nr 112 poz. 1198 z późn. zm.⁸³) Norma, o której mowa stanowi, że udostępnieniu podlega informacja publiczna, w szczególności o polityce wewnętrznej i zagranicznej w tym o zamierzeniach działań władzy ustawodawczej oraz wykonawczej, projektowaniu aktów normatywnych czy programach w zakresie realizacji zadań publicznych, sposobie ich realizacji, wykonywaniu i skutkach realizacji tych zadań. Jak widać norma ta, jak również cała u.d.i.p. realizuje w praktyce zasadę jawności działań organów władzy publicznej. Jednakże omawiana reguła, po pierwsze nie ustanawia obowiązku opracowania programu prac legislacyjnych rządu, który byłby osadzony w określonych ramach czasowych, a po drugie, na co zwraca uwagę doktryna, przyjęto wąskie znaczenie tego obowiązku po stronie podmiotów zobowiązanych do podawania informacji. Chodzi tu o to, że organ nie ma obowiązku publikowania treści projektowanych rozwiązań, a jedynie (zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu) podawania informacji o zamierzeniach i samym fakcie podjęcia prac nad projektowaniem aktu normatywnego na żądanie zainteresowanego podmiotu. Zatem stopień szczegółowości udzielonej informacji zależy tylko od uznania podmiotu zobowiązanego.⁸⁴ Łatwo stwierdzić, że takie rozwiązanie nie ułatwia zbytnio podmiotom zainteresowanym wyrażenia swoich postulatów w procesie przygotowywania poszczególnych rozwiązań.

Planowanie legislacyjne rządu spełnia – jak wskazują autorzy raportu „Planowanie Legislacyjne w Europie Środkowej”⁸⁵ – kilka ważnych funkcji: konsultacyjną, koordynacyjną, określania priorytetów, mobilizacji i sygnalizacji⁸⁶. W tym opracowaniu chcielibyśmy wskazać funkcje konsultacyjną i sygnalizującą, jako priorytetowe dla tworzenia prawa nieprzeregulowanego.

⁸³ W dalszej części będę posługiwał się skrótem „u.d.i.p.”.

⁸⁴ Tak: Marcin M. Wiszowaty, *Działalność lobbingsowa w procesie stanowienia prawa – Ustawa z dnia 7 lipca 2005 r. z komentarzem*, Wyd. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010 r., s. 117. Inne uwagi dotyczące tego przepisu przedstawiają: M. Jabłoński, K. Wygoda, *Dostęp do informacji i jego granice*, Wyd. Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2002 r., s. 113 i n.

⁸⁵ R. Zubek, K. Goetz, M. Lodge, *Planowanie Legislacyjne w Europie Środkowej – O strategicznym zarządzaniu legislacją rządową*, Wyd. Ernst & Young, Warszawa 2007., Raport dostępny na stronie: [http://webapp01.ey.com.pl/EYP/WEB/eycom_download.nsf/resources/SP_Planowanie_Legislacyjne_raport/\\$FILE/SP_Planowanie_Legislacyjne_raport.pdf](http://webapp01.ey.com.pl/EYP/WEB/eycom_download.nsf/resources/SP_Planowanie_Legislacyjne_raport/$FILE/SP_Planowanie_Legislacyjne_raport.pdf) [data odczytu: 13 października 2010 r.]

⁸⁶ *Ibidem*, s. 7 – 10.

Funkcja konsultacyjna planowania legislacyjnego polega na tym, że – jak podają autorzy raportu – organy, które uczestniczą w tworzeniu projektów ustaw (poszczególni ministrowie w ramach Rady Ministrów), są wzajemnie informowane o pracach toczących się w innych resortach, co pozwala uniknąć dublowania się projektów ustaw, czy pozwala zakreślić ustalić obszary, w których konieczna będzie współpraca międzyresortowa⁸⁷. Sytuacja taka, może mieć miejsce wówczas, gdy minister zainteresowany daną problematyką (z uwagi na fakt, że ustawa, która powstanie w pracach parlamentu na bazie projektu tworzonego w innym resorcie, może mieć znaczenie dla polityki jego resortu), będzie mógł w takim przypadku interweniować już na poziomie procesu tworzenia założeń do projektu i wówczas wносить swoje uwagi.

Funkcja sygnalizująca ma znaczenie dla podmiotów zewnętrznych wobec organów władzy publicznej (administracji publicznej czy Sejmu i Senatu), które będą adresatami rozwiązań ustawowych powstałych na bazie danego projektu. Wzmacnia ona pozycję rządu przez to, że czyni jego politykę przewidywalną dla obywateli, jak również może efektywnie wpływać na gospodarkę⁸⁸.

W Polsce, jak już wspomniano, obowiązek tworzenia oraz publikowania programu prac legislacyjnych Rady wynikał z art. 3 u.d.l. Artykuł 3 ust. 1 tej ustawy stanowił, że Rada Ministrów przygotowuje, co najmniej raz na 6 miesięcy, program prac legislacyjnych Rady Ministrów dotyczący projektów ustaw. W ustępie 2 omawianego artykułu wyliczone były elementy, które powinny być ujęte w tym planie. Informacje, które mają zostać ujęte w programie można podzielić na materialne i formalne. Do tych pierwszych zaliczyć można takie dane, które stanowią pewien zarys projektu, czy zarys koncepcji rozwiązań, na podstawie, których można wyrobić sobie zdanie, co do intencji projektodawcy⁸⁹. Przykładowo były to takie pozycje jak: zwięzła informacja o przyczynach i potrzebie wprowadzenia rozwiązań (art. 5 ust. 2 pkt 1 u.d.l.), wskazanie istoty rozwiązań (pkt 2.) Do tzw. danych formalnych można zaliczyć: wskazanie organu odpowiedzialnego za przygotowanie założeń projektu ustawy (pkt 2a), wskazanie organu odpowiedzialnego za przygotowanie projektu ustawy (pkt 3).

Ustęp 4 artykułu 3 u.d.l. zawierał normę nakazującą udostępnienie programu prac legislacyjnych w Biuletynie Informacji Publicznej. Ustęp 5 nakładał również na Radę Ministrów obowiązek przekazania przygotowanego programu prac Sejmowi.

Omawiany art. 3 u.d.l. realizował zasadę jawności w procesie tworzenia prawa, już od początku „stawania się projektu”.

Należy jednak zastanowić się, w jaki sposób instytucja programu prac, czy potocznie planu legislacyjnego może być instrumentem pomocnym w procesie deregulacji prawa, czy w procesie powstawania prawa nieprzeregulowanego? Uważam, że ważnym aspektem w takim rozpatrywaniu sprawy jest funkcja sygnalizacyjna planu legislacyjnego. Wspomniano już wyżej, że funkcja ta dotyczy ukazywania zamierzeń władzy publicznej podmiotom pozostającym poza jej strukturami. Podmioty zainteresowane, jeśli są odpowiednio wcześniej poinformowane o planach legislacyjnych, mogą

⁸⁷ *Ibidem*, s. 8.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ M. Wiszowaty, *op. cit.*, s. 119.

przedstawiać swoje uwagi i postulaty oraz próbować wywrzeć wpływ na decyzje zapadające w pracach legislacyjnych nad konkretnym projektem ustawy. Możemy wyróżnić tu próbę nacisku ze strony zawodowych lobbystów oraz próbę nacisku ze strony mniej lub bardziej sformalizowanych grup społecznych.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 u.d.l., działalnością lobbingsową jest każde działanie prowadzone metodami prawnie dozwolonymi zmierzające do wywarcia wpływu na organy władzy publicznej w procesie stanowienia prawa. Ustawa wyróżnia dwa rodzaje takiej działalności – zawodową i niezawodową. Zawodowa działalność lobbingsowa na podstawie art. 2 ust. 2 u.d.l., to zarobkowa działalność, prowadzona na rzecz osób trzecich, na podstawie umowy cywilnoprawnej w celu uwzględnienia w procesie stanowienia prawa interesów tych osób. Lobbingsowa działalność niezawodowa (można tę grupę określić „lobbystami okazijnymi”⁹⁰), której ustawodawca nie zdefiniował, *a contrario*, powinna być działalnością, która wyczerpuje zakres art.2 ust. 1 tj. działanie zmierzające do wywarcia wpływu na organy władzy publicznej w procesie stanowienia prawa, lecz działalność ta nie może mieścić się w zakresie wyznaczonym w art. 2 ust. 2 i 3 przywołanej ustawy⁹¹. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 2 ust. 1 u.d.l., lobbystami są też i inne podmioty, które zgłaszają zainteresowanie pracami nad projektem ustawy w Sejmie (chodzi tu o wzięcie udziału w wysłuchaniu publicznym). Podmioty te, mają prawo, zgodnie z art. 70 b ust. 1 Regulaminu Sejmu (Uchwała Sejmu z dn. 30 lipca 1992 r. Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej tekst jedn. M. P. 2009 r., nr 5, poz. 47 z późn. zm.) wzięcia udziału w wysłuchaniu publicznym obok lobbystów zawodowych i „okazyjnych” (nie są jednak uprawnione do brania udziału w pracach na etapie tworzenia założeń czy tworzenia projektu w ramach Rady Ministrów). Należy jednak podnieść, niejako poza tematem niniejszego opracowania, że tak szeroka definicja lobbingu, jaka występuje w art. 2 ust. 1 u.d.l. była przedmiotem krytyki w doktrynie, zwłaszcza, że możliwość wpływu obywateli na decyzje organów władzy publicznej przez udział w wysłuchaniu publicznym stanowi kwintesencję prawa do zgłaszania petycji i wykorzystanie jej do celów lobbingsowych jest nadużyciem.⁹²

O ile z usług lobbystów zawodowych korzystają, co do zasady duże korporacje i duże przedsiębiorstwa (usługi te nie są tanie, zwłaszcza, że w krótkim czasie lobbysta musi przedstawić ekspertyzy i argumenty pozwalające przekonać władze publiczne do takich a nie innych rozwiązań, a zatem za lobbystą stoi spory aparat pomocniczy), o tyle lobbyści „okazyjni” czy podmioty z art. 70 b ust. 1 Regulaminu Sejmu nie mają, co do zasady takiego aparatu – działają często we własnym imieniu.

Udział zawodowych lobbystów, którzy jak podniesiono reprezentują, co do zasady duże korporacje czy przedsiębiorstwa, może prowadzić do ograniczenia konkurencji na rynku (przykład dyrektywy 2009/15/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 października 2009 r. ustanawiająca

⁹⁰ P. Kuczma, *Wysłuchanie publiczne jako metoda artykulacji interesów*, w: J. Blicharz, J. Boć (red.), *Prawna działalność Instytucji Społeczeństwa Obywatelskiego*, Wyd. Kolonia Limited, Wrocław 2009 r., s. 612.

⁹¹ M. Wiszowaty, *op. cit.*, s. 96.

⁹² Por. np. P. Kuczma, *op. cit.*, s. 621., Należy również podnieść, że prawo do składania petycji zagwarantowane jest w art. 63 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 1997 r., nr 78 poz. 483 z późn. zm.)

ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią⁹³). Pewne jest, że lobbysci zawodowi reprezentują określone interesy swoich zleceniodawców, mając do dyspozycji środki, dzięki którym mogą zapewnić sobie profesjonalne zaplecze eksperckie. Lobbyści „okazyjni”, (którzy mogą reprezentować małe przedsiębiorstwa, których nie stać na opłacenie lobbystów zawodowych) i inne podmioty, co do zasady nie dysponują stałymi ekspertami i można założyć, że ich udział w procesie stanowienia prawa dotyczy raczej wywierania wpływu na rzecz zapewnienia konkurencyjności i rozwiązań deregulujących.

Stąd też bardzo ważnym elementem działań tych podmiotów jest wiedza na temat planowanych i toczących się prac legislacyjnych. Odpowiednio wcześniej poinformowane podmioty (zwłaszcza te, których działalność lobbująca nie jest działalnością zawodową), mogą rozpocząć prace nad założeniami a później nad konkretnymi rozwiązaniami, które następnie przedstawią organom odpowiedzialnym za przygotowanie projektów aktów prawnych. Podmioty niezawodowe potrzebują na takie działania zdecydowanie więcej czasu niż lobbysci zawodowi.

Plan prac legislacyjnych Rady Ministrów przygotowywany był, zgodnie z art. 3 ust. 1 u.d.l. co najmniej raz na 6 miesięcy. A zatem okres sześciu miesięcy był okresem maksymalnym pomiędzy sporządzaniem kolejnych planów. Możliwe było również uchwalanie planów legislacyjnych częściej i na krótszy okres.⁹⁴ Biorąc pod uwagę funkcję sygnalizacyjną planu legislacyjnego, rozwiązanie takie było *de facto*, zaprzeczeniem idei informowania podmiotów zainteresowanych danymi rozwiązaniami. Cechą dobrej jakościowo demokracji jest przecież prawo do pełnego uczestnictwa i sprawowania kontroli społecznej nad działalnością wszelkich organów publicznych. Możliwość takiego uczestnictwa obywateli niejako w sprawowaniu władzy jest możliwe dopiero wówczas, gdy będzie ono dysponowało niezbędnymi informacjami⁹⁵ Ponadto podmioty zainteresowane, muszą przygotować się merytorycznie do zabrania głosu w określonej sprawie.

Praktyka wskazuje, że plany legislacyjne Rady Ministrów w Polsce były uchwalane przez ten organ w sześciomiesięcznych odstępach czasu, przy czym uchwalenie to następowało, co do zasady, w drugiej połowie miesiąca rozpoczynającego półrocze, na które obowiązuje. Plan prac na okres od lipca do grudnia 2010 r. został uchwalony 27 lipca 2010 r. Okres prac nad planem legislacyjnym trwa około 4 – 5 tygodni.⁹⁶ Widać już na wstępie ogromną stratę czasu, która oznacza, że ośrodki odpowiedzialne za przygotowanie projektów miały już na początku nie sześć a pięć miesięcy. Dla kontrastu można przywołać okres, na który uchwalany jest plan legislacyjny w Czechach czy Słowacji i wynosi on 12 miesięcy.⁹⁷ W Wielkiej Brytanii sam okres prac nad planem legislacyjnym trwa 16 miesięcy, z czego

⁹³ Dz. U. UE. L. 2009 nr 285 poz. 10.

⁹⁴ M. Wiszowaty, *op. cit.*, s. 118.

⁹⁵ K. Świącka, J. Świącki, *Informowanie społeczeństwa przez administrację: weberyzacja działań urzędniczych czy patologia?*, w: P. Suwaj, D. Kijowski (red.), *Patologie w administracji publicznej*, Wyd. Oficyna Wydawnicza Wolter Kluwer business, Warszawa 2009 r., s. 384.

⁹⁶ R. Zubek, K. Goetz, M. Lodge, *op. cit.* s. 19.

⁹⁷ R. Zubek, K. Goetz, M. Lodge, *op. cit.* s. 7.

przez 3 – 4 miesiące poszczególne ministerstwa przeznaczają na samo przygotowanie swoich propozycji.⁹⁸

Widać zatem, że podmioty niezawodowe, które są zainteresowane danymi projektami, miały relatywnie niewiele czasu na przygotowanie ekspertyz, badań czy propozycji rozwiązań, które mogłyby przedstawić organom odpowiedzialnym za ich tworzenie. Można zaryzykować stwierdzenie, że ich prawo do posiadania pełnej informacji, mogło być ograniczone dlatego, że ich udostępnienie następowało na tyle późno, że nie były w stanie należycie przygotować się do obrony swoich poglądów, lub pomysłów. Nie była, zatem wypełniona w całości funkcja sygnalizacyjna planowania legislacyjnego. Zgodnie z postawioną wcześniej tezą, że lobbyści niezawodowi częściej mogą mieć za cel ochronę konkurencyjności i doprowadzenie do deregulacji prawa niż lobbyści zawodowi, widać, że planowanie legislacyjne może pośrednio wpływać na ten proces deregulacji.

Odrębnym problemem jest dostęp do informacji w kontekście rządowych inicjatyw ustawodawczych niezgłoszonych w programie prac Rady Ministrów oraz inicjatyw klubów parlamentarnych stanowiących koalicję rządową. W I półroczu 2010 roku Rada Ministrów przyjęła 29 projektów aktów prawnych, które nie zostały ujęte w planie legislacyjnym, a kluby poselskie Platformy Obywatelskiej lub Polskiego Stronnictwa Ludowego zgłosiły 14 projektów ustaw⁹⁹. W tych przypadkach jeszcze trudniejszym jest wpływanie na podmioty inicjujące proces tworzenia prawa, przez podmioty zainteresowane, w tym i te, które są podmiotami zawodowymi, zważywszy na fakt, że zamiar podjęcia prac przez grupę posłów nad projektem ustawy nie musi być w żaden sposób zgłaszany.

Porównując jednak poprzednie rozwiązania do rozwiązań obowiązujących, należy stwierdzić, że przez wprowadzenie nowych rozwiązań, związanych ze stworzeniem instytucji „wykazu prac legislacyjnych”, została naruszona istota planowania legislacyjnego w ogóle.

Przewaga konieczności konstruowania przez Radę Ministrów programów prac legislacyjnych, w których jest określony czas, w którym zakładane projekty powinny być przez ten organ przyjęte polega na tym, że wywołuje chociażby pewien psychologiczny nacisk na organy odpowiedzialne za ich przygotowanie i na Radę Ministrów w sprawie ich przyjęcia w danym terminie. Nie można zgodzić się z uzasadnieniem nowelizacji do u.p.l., że wydłużenie okresu, na który programowany jest plan prac legislacyjnych, nie zmieni niedoskonałości w wykonywaniu programu, (które wskazałem powyżej). Uważam, że wydłużenie okresu planowania legislacyjnego, a ponadto rozsądne planowanie powinno przyczynić się do wzrostu efektywności tego procesu.

W mojej ocenie, program prac legislacyjnych rządu, może być instytucją, która pomaga w tworzeniu najogólniej mówiąc „dobrego prawa” - prawa zderegulowanego, prawa dbającego o konkurencyjność na rynku. Aby tak się stało konieczne jest wydłużenie okresu, na jaki program ten jest projektowany

⁹⁸ *Ibidem*, s. 26.

⁹⁹ R. Zubek, A. Cieleń, M. Matczak, T. Zalasinski, *Barometr Legislacyjny: Analiza wykonania programu prac legislacyjnych Rady Ministrów w I półroczu 2010 r.*, Wyd. Ernst & Young, Warszawa 2010 r., s.16.

Raport dostępny na stronie:

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Barometr_legislacyjny_I/\\$FILE/Barometr_Legislacyjny_I_2010_B&W.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Barometr_legislacyjny_I/$FILE/Barometr_Legislacyjny_I_2010_B&W.pdf) [data odczytu: 20 października 2010 r.]

(choćby do 12 miesięcy) z dwóch powodów. Po pierwsze, konieczne jest, aby politycy określający precyzyjne założenia do projektu jak również urzędnicy przygotowujący projekt mieli odpowiednio dużo czasu na konsultacje nie tylko wewnątrz – rządowe, ale również na rzetelne konsultacje z podmiotami zainteresowanymi. Po drugie długi okres planowania pozwala również podmiotom zewnętrznym wobec administracji należycie przygotować się do dyskursu na temat projektowanych rozwiązań. Jak wskazano wcześniej, nie każdy podmiot zainteresowany dysponuje stosownym zapleczem eksperckim i potrzebuje odpowiednio więcej czasu, żeby do takich rozmów po prostu się przygotować we własnym zakresie.

Innym instrumentem, który mógłby, już na etapie prac sejmowych, służyć podmiotom zainteresowanym niebędącym lobbystami zawodowymi wyartykułować swoje postulaty jest instytucja wysłuchania publicznego. Możliwość zorganizowania wysłuchania publicznego pojawiła się po wejściu w życie wspomianej już ustawy o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa. Na mocy u.d.l. można wyróżnić dwa rodzaje wysłuchania. W artykule 9 ust. 1 ustawa stanowi, że „podmiot odpowiedzialny za opracowania projektu rozporządzenia może przeprowadzić wysłuchanie publiczne dotyczącego tego projektu”. Artykuł 8 u.d.l. stanowi, że po wniesieniu projektu ustawy do Sejmu może zostać przeprowadzone, na zasadach określonych w regulaminie Sejmu, wysłuchanie publiczne dotyczące tego projektu. Szczegółowe reguły dotyczące organizacji wysłuchania publicznego, na mocy delegacji ustawowej są regulowane w artykułach 70a – 70i. Jak widać wysłuchanie publiczne może dotyczyć albo projektu rozporządzenia, albo projektu ustawy. Oba rodzaje wysłuchania publicznego, pomimo podobieństwa instytucji, różnią się w kwestii ich organizacji i przebiegu.¹⁰⁰

Chcielibyśmy skoncentrować się na wysłuchaniu publicznym dotyczącym projektów ustaw. Należy zadać tu pytanie, czy instytucja wysłuchania publicznego jest skuteczną, w sensie wpływu uczestnika na poszczególne rozwiązania w diskutowanym projekcie ustawy.

Trudności i niedoskonałość rozwiązań dotyczące tej instytucji rodzą się już na początku, czyli organizacji wysłuchania. Zgodnie z art. 8 u.d.l. ust. 1 oraz art. 70a ust. 1 Regulaminu Sejmu przez użycie słowa „może zostać przeprowadzone”, normodawca założył fakultatywność tego rozwiązania. Decyzję o zorganizowaniu wysłuchania podejmuje zgodnie z art. 70a ust. 2 Regulaminu Sejmu komisja, do której projekt ustawy został skierowany. Wniosek o uruchomienie całej procedury może zgłosić tylko poseł (nie jest dopuszczalne, aby wniosek taki skierowały inne podmioty). Widać, że takie rozwiązanie jest niezmiernie kontrowersyjne, ponieważ konieczne było wyważenie dwóch wartości – szybkości postępowania z projektami ustaw w Sejmie, a co za tym idzie i sprawnego funkcjonowania organów władzy oraz przeciwdziałanie obstrukcji parlamentarnej, a z drugiej strony – wartość, jaką jest udział obywateli w dyskusji nad projektami ustaw.

Podmiotami, które mogą wziąć udział w wysłuchaniu publicznym, (jeśli komisja sejmowa uzna jego przeprowadzenia za zasadne), wskazuje art. 70b Regulaminu Sejmu. Zgodnie z ustępem 2 tegoż artykułu mogą być to podmioty, które zgłosiły zainteresowanie projektem na podstawie ustawy o

¹⁰⁰ M. Wiszowaty, *op. cit.* s. 142.

działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa (lobbyści zawodowi i lobbyści „okazyjni”)¹⁰¹. Drugą grupę stanowią podmioty, które zgodnie z art. 70b ust. 1 Regulaminu Sejmu, po ogłoszeniu projektu w formie druku, zgłosiły, co najmniej na 10 dni przed dniem wysłuchania publicznego, zainteresowanie pracami nad projektem ustawy. Można powiedzieć, że *de facto* grupę tę stanowią obywatele Rzeczypospolitej, chcący wyrazić swój pogląd w danej sprawie.

Tutaj również zarysowuje się ważna rola planu legislacyjnego rządu w związku z funkcją sygnalizacyjną dla podmiotów wskazanych w art. 70b ust. 2 Regulaminu Sejmu. Dobrze skonstruowany i realizowany plan legislacyjny wskazuje tym podmiotom sprawy, które rząd zamierza uregulować, co pozwala im przygotować się na ewentualne wysłuchanie publiczne już podczas prac rządowych nad projektem ustawy.

Regulamin Sejmu nie wskazuje jednak, czy istnieje obowiązek wzięcia pod uwagę treści zgłaszanych przez obywateli podczas wysłuchania publicznego. Jak twierdzi P. Kuczma, o wykorzystaniu materiałów zgromadzonych podczas wysłuchania publicznego decyduje głosowanie w komisji. Wydaje się być tutaj zasadnym, postulat *de lege ferenda*, aby umieścić w Regulaminie przepis nakładający na posłów pracujących w Komisji obowiązek poddania pod głosowanie każdej z propozycji złożonych podczas wysłuchania publicznego.

Konieczne są również, co wskazano wyżej, uregulowania określające status postulatów zgłoszonych przez obywateli biorących udział w wysłuchaniu publicznym, co nie tylko doceni pracę przeznaczoną na przygotowanie się do takiego wydarzenia, ale również zwiększy legitymizację danego prawa, przez wzgląd na to, że jest ono uchwalane na zasadzie konsensusu z podmiotami, które są bezpośrednio danymi rozwiązaniami zainteresowane.

W dobie budowania demokracji uczestniczącej potrzeba partycypowania obywateli w procesie decyzyjnym jest całkowicie uzasadniona. Ignorowanie przez władze bezpośrednio zainteresowanych podmiotów i podejmowanie jakichkolwiek decyzji bez ich udziału, albo z pominięciem ich opinii może w konsekwencji być niekorzystne dla samych władz. Skutkiem takie działania może być zwłaszcza utrata zaufania obywateli do szeroko pojmowanego grona rządzących.¹⁰² Z przytoczonych wyżej wywodów wynika, że również i w tym kontekście duże znaczenie może odegrać dobrze funkcjonujący plan prac legislacyjnych rządu.

Sunset Legislation

Jednym z instrumentów deregulacyjnych mogłyby być umieszczanie w części aktów prawnych klauzul typu *sunset*. Ich działanie polega na tym, że na mocy odpowiedniego przepisu akt prawny po upływie

¹⁰¹ Rozwiązanie dopuszczające lobbystów do udziału w wysłuchaniu publicznym zostało skrytykowane w piśmiennictwie, jako regulacja, która *primo*, w istocie rzeczy „odbiera” wysłuchanie publiczne obywatelom, *secundo* oparta została na fałszywym założeniu, że zwiększy to jawność działalności lobbingowej, która przecież w znacznej mierze polega na zakulisowym kontakcie z decydentami.

Tak: M. Wiszowaty, *Ustawa o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa*, Przegląd Sejmowy nr 5/2006, Wyd. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006 r., s. 69.

¹⁰² P. Suwaj, M. Wenclik, *Patologiczne konsekwencje nieuwzględniania czynnika obywatelskiego w procesie decyzyjnym*, w: P. Suwaj, D. Kijowski, *op. cit.*, s. 373.

określonego czasu traci moc obowiązującą. Możliwe jest jednak przedłużenie obowiązywania aktu objętego klauzulą typu *sunset*, o ile uprawniony organ wykreśli z danego aktu prawnego przepis zawierający tę regulację lub przedłuży czas jego obowiązywania.

Wskazuje się, że celem stosowania klauzuli *sunset* jest automatyczne uchylanie mocy obowiązującej aktów prawnych, których stosowanie lub obowiązywanie wywołuje negatywne skutki, a które moc obowiązującą zachowują tylko dlatego, że nie zostały uchylone przez właściwy organ.¹⁰³ Inni przedstawiciele doktryny charakteryzują klauzule typu *sunset*, jako „uchwalenie ustawy okresowej, której dalsze funkcjonowanie uzależnione jest od pozytywnej oceny powołanego w tej sprawie zespołu”.¹⁰⁴ Podobnie instytucję tę opisuje J. Morwiński, który ukazuje klauzulę typu *sunset* mechanizm automatycznego uchylania konkretnego aktu prawnego zawierającego taką klauzulę z upływem określonego terminu, o ile obowiązywanie tego aktu prawnego zostanie przedłużone odrębnym aktem prawnym.¹⁰⁵

Wprowadzenie klauzul typu *sunset* do ustaw może spowodować swego rodzaju samooczyszczenie systemu przez doprowadzenie do sytuacji, w której pozostaną w mocy tylko te akty prawne, co do których istnieje pewność, że mają istotne znaczenie społeczne.¹⁰⁶ Ponadto zabieg ten przyczyniłby się do usuwania z systemu prawa tych regulacji, które po upływie przewidzianego okresu obowiązywania nie zostałyby uznane za niezbędne oraz pozwoliłoby adresatom prawa na uniknięcie negatywnych skutków konieczności dostosowywania się do regulacji nieprzynoszących spodziewanych zysków, a w konsekwencji zredukowanie kosztów swojej działalności.¹⁰⁷

Widać, że przez wprowadzenie klauzul typu *sunset*, możliwe byłoby istotne zmniejszenie liczby obowiązujących, a z punktu widzenia zarówno państwa, jak i obywatela, nieprzydatnych aktów prawnych, co ułatwiłoby funkcjonowanie jednostki.

Warunkiem koniecznym do prawidłowego funkcjonowania tego typu rozwiązań, wydaje się być istnienie ciała, które pomogłoby właściwym organom (np. Sejmowi i Senatowi) dokonywać właściwej oceny poszczególnych rozwiązań. Pomysł taki przedstawił Rzecznik Praw Obywatelskich w projekcie ustawy o Radzie Stanu.¹⁰⁸ Koncepcja ta nie spotkała się jednak z zainteresowaniem ani ze strony parlamentarzystów, ani przedstawicieli nauki prawa.

¹⁰³ J. Kochanowski, *Deregulacja jako pierwszy etap reformy systemu tworzenia prawa*, *Ius et Lex* nr 1/2005, Wd. Fundacja *Ius et Lex*, Warszawa 2005, s. 232.

¹⁰⁴ Wypowiedź W. Staśkiewicz na spotkaniu dyskusyjnym w Redakcji „Przeglądu Sejmowego” na temat aktualnych problemów legislacji w dniu 17 listopada 2005 r. Źródło: *Przegląd Sejmowy* nr 2/2006, Wyd. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006 r., s. 182.

¹⁰⁵ J. Morwiński, *Sunset legislation a Ocena Skutków Regulacji*, *Zeszyty Prawnicze Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu* nr 4/2004, Wyd. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2004 r., s. 161.

¹⁰⁶ J. Winczorek, *Możliwe kierunki reform systemu tworzenia prawa w Polsce*, *Maszynopis* 2004, s. 45, podają za: J. Kochanowski, *op. cit.* s. 233.

¹⁰⁷ J. Kochanowski, *op. cit.*, s. 233.

¹⁰⁸ Tekst projektu ustawy o Radzie Stanu jest dostępny pod adresem internetowym:

<http://www.rpo.gov.pl/pliki/12087763070.pdf> [data odczytu: 10 listopada 2010 r.]

Uzasadnienie do projektu ustawy o Radzie Stanu: <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12087763600.pdf> [data odczytu: 10 listopada 2010 r.]

Należy jeszcze wspomnieć, że regulacje typu *sunset* mogą być również instrumentem wykorzystanym do monitorowania rozrastającej się biurokracji¹⁰⁹, czyli oceny rozmaitych organów administracji w tym i nietypowych podmiotów administrujących.¹¹⁰ Takie rozumienie instytucji *sunset* właściwe jest prawu amerykańskiemu. Wydany przez *Sunset Advisory Commission* w Teksasie informator dotyczący „procesu *sunset*”¹¹¹, definiuje tę instytucję, jako stały proces oceny dotyczącej potrzeby funkcjonowania agencji stanowych („*regular assessment of continuing need for a state agency to exist*”).¹¹²

Pozostając przy takim rozumieniu tej instytucji warto rozszerzyć nieco wiedzę na ten temat. W stanie Teksas w 1977 r. prawodawca stanowy uchwalił tzw. *Texas Sunset Act* stanowiący część *Texas Government Code*.¹¹³ Na mocy sekcji 325.015 tegoż aktu, wszelkie agencje i organy stanowe, zostały objęte klauzulą na mocy, której akty prawne je ustanawiające otrzymują moc obowiązującą na maksymalnie 12 lat. Oznacza to, że jeśli organy legislacji stanowej nie podejmie żadnego działania, agencje i organy, o których mowa, po upływie terminu obowiązywania danych ustaw zostaną poddane likwidacji zgodnie z procedurą określoną w sekcji 325.017 *Texas Sunset Act*. Wyjątkami są podmioty o szczególnym charakterze – np. sądy i uniwersytety, które w ogóle nie podlegają ocenie, a agencje utworzone na mocy konstytucji, co prawda podlegają ocenie, ale nie dotyczy ich klauzula likwidacji.¹¹⁴

Na mocy sekcji 325.003 została powołana do życia *Sunset Advisory Commission* (dalej S.A.C), której obowiązkiem jest bieżący przegląd i ocena raportów dostarczanych S.A.C. przez organy i agencje stanowe oraz doradzanie legislaturze stanowej w sprawie przedłużenia funkcjonowania danej agencji, jej likwidacji bądź połączenia z inną.

W skład S.A.C. 12 członków, w tym: pięciu członków Senatu stanowego, pięciu członków stanowej Izby Reprezentantów oraz po dwóch członków wskazanych przez przewodniczącego stanowej Izby Reprezentantów („*speaker of the house of representatives*”) oraz przez zastępcę Gubernatora Stanu Teksas („*lieutenant governor*”), który jest również przewodniczącym Senatu.

Cała procedura *sunset* w Teksasie obejmuje kilka etapów. Pierwszym z nich, zgodnie z przepisem sekcji 325.007 *Texas Sunset Act* jest złożenie przez daną agencję stanową raportu, w którym informuje się S.A.C. między innymi o (sekcja 325.011 *Texas Sunset Act*):

1. efektywności i wydajności swoich działań w sprawach, w których jest właściwa,
2. wyznaczeniu celów i sposobów ich osiągnięcia,
3. szacunkowych przyszłych kosztach działalności,

¹⁰⁹ J. Morwiński, *op. cit.* s. 162.

¹¹⁰ Szerzej na temat nietypowych podmiotów administrujących: M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Podstawowe pojęcia teoretyczne w nauce prawa administracyjnego*, w: M. Wierzbowski (red.), J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, A. Wiktorowska, *Prawo Administracyjne*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, s. 108 – 114. Refleksje dotyczące tej tematyki zob. też: J. Zimmermann, *Prawo Administracyjne*, Wyd. Wolters Kluwer Business, Warszawa 2010, s. 117 – 121.

¹¹¹ *Guide to Sunset Process*, Wyd. Sunset Advisory Commission, December 2009 r. Opracowanie dostępne: <http://www.sunset.state.tx.us/guide.pdf> [data odczytu 12 listopada 2010 r.]

¹¹² *Guide to...*, *op. cit.* s. 1.

¹¹³ *Texas Sunset Act* jest zawarta w rozdziale 325 *Texas Government Code*. Adres internetowy: <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/GV/htm/GV.325.htm> [data odczytu: 12 listopada 2010 r.]

¹¹⁴ *Guide to...op. cit.* s. 1.

4. możliwych alternatywnych działaniach realizujących zadania i cele, które mogą zredukować koszty działalności agencji,
5. obszarach zadań, które pokrywają się z zadaniami innych agencji stanowych,
6. wpływie działań agencji oraz reguł przez nią stanowionych na podmioty pozostające na zewnątrz administracji wraz z oceną korzyściach odnoszonych przez podmioty pozostające na zewnątrz administracji w związku z działalnością agencji,
7. innych informacjach, które agencja uważa za istotne w postępowaniu ewaluacyjnym

Obowiązek składania raportu dotyczy agencji, które w następnym roku mogą zostać poddane likwidacji na mocy *Texas Sunset Act*.

Po otrzymaniu raportu, zgodnie z sekcją S.A.C w określonym terminie dokonuje weryfikacji raportu, a przy jego ocenie obowiązana jest do zasięgnięcia opinii Parlamentarnej Komisji Budżetowej oraz innych ciała odpowiadających za sprawy finansowe w stanie Teksas. Ponadto może przeprowadzić kontrolę zgodności raportu przedstawionego przez badaną agencję ze stanem faktycznym. Wyniki uzyskane w trakcie tych działań S.A.C umieszcza w pierwszej wersji raportu dotyczącego badanej agencji, który jest udostępniany obywatelom. S.A.C. przeprowadza również wysłuchanie publiczne, którego tematem są sprawy związane z przydatnością funkcjonowania agencji będącej przedmiotem postępowania.

Sunset Advisory Commission, zgodnie z sekcją 325.010 *Texas Sunset Act*, po opracowaniu kompletnej wersji raportu włączając doń opinie zgromadzone podczas wysłuchania publicznego, prezentuje raport dotyczący badanej agencji zarówno izbom legislatury stanowej jak i gubernatorowi. Ważnym elementem ostatecznej wersji raportu jest rekomendacja S.A.C. dotycząca kontrolowanej agencji. Zgodnie z sekcją 325.012, S.A.C. w swoim raporcie może wskazać m. in., że daną agencję należy zlikwidować, zreorganizować, połączyć z inną agencją, jeśli ich zadania już to się pokrywają, już to są do siebie podobne, czy też rekomendować kontynuowanie działania kontrolowanej agencji. Możliwe jest również wskazanie zaleceń dotyczących funkcjonowania agencji bez konieczności jej restrukturyzacji. Możliwe jest również rekomendowanie likwidacji nie samej agencji, ale różnych podmiotów działających na jej rzecz (tzw. komitetów doradzających). Obowiązkiem S.A.C. jest również wskazanie konsekwencji finansowych, które powstałyby, gdyby legislatura stanowa uchwaliła prawo zgodne z rekomendacją. Konieczne jest również przedstawienie projektów odpowiednich aktów prawnych mających wypełnić rekomendacje S.A.C.

Sunset Texas Act normuje również w sekcji 325.017 wszystkie kwestie dotyczące likwidacji danej agencji, (jeśli nie zostanie zniesiona klauzula *sunset*, co do jej istnienia). Normy te regulują problematykę spłaty długów agencji, odzyskiwania wierzytelności oraz w sekcji 325.020 reguluje problematykę pracowników likwidowanej agencji.

Innym obowiązkiem S.A.C. na mocy sekcji 325.022 jest wydawanie opinii dotyczącej wszelkich projektów aktów normatywnych, na mocy których może zostać utworzona jakakolwiek agencja stanowa. Takie rozwiązanie zapobiega tworzeniu nowych dublujących się pod względem zadań i

funkcji podmiotów działających w ramach budżetu stanowego, czy też tworzeniu podmiotów niepotrzebnych, których projektowane zadania można przypisać innej funkcjonującej już agencji.

Ważnym argumentem przemawiającym za zastosowaniem takiego rozwiązania w Polsce jest kwestia nie tylko uproszczenia poruszania się obywateli w gąszczu różnorodnych agencji czy organów, nierzadko powielających swoje zadania, ale w naszym przekonaniu ważną rolę odgrywa tu również aspekt finansowy.

Konsekwencje ponad dwudziestoletniego okresu działania *Sunset Advisory Commission* wydają się bardzo pozytywne i pożyteczne, zwłaszcza że komisja ta dokonała w tym czasie przeglądu 425 agencji stanowych.¹¹⁵ W tym okresie działalność S.A.C. doprowadziła do likwidacji 58 agencji stanowych, a 12 zostało połączonych. Na przestrzeni 20 lat przyniosło to budżetowi stanu Teksas oszczędności rządu 783 milionów dolarów, przy kosztach działalności S.A.C. wynoszących prawie 29 milionów dolarów. Oznacza to, że każdy dolar przeznaczony na działalność tego ciała zwrócił się w kwocie 27 dolarów.¹¹⁶

W Polsce podejście do tak rozumianego procesu deregulacji zostało po raz pierwszy zaprezentowane w tzw. Planie Hausnera¹¹⁷. W dokumencie tym stwierdzono, że „kontrola i inspekcje są realizowane przez wiele jednostek. Budowa jednolitych struktur instytucji posiadających takie uprawnienia powinna przyczynić się do obniżenia kosztów ich działania oraz stworzyć klimat sprzyjający przedsiębiorczości.”¹¹⁸ W ramach programu proponowano: połączenie istniejącej wówczas Inspekcji Handlowej z Inspekcją Jakości Handlowej Artykułów Rolno – Spożywczych, Państwowej Inspekcji Sanitarnej z Inspekcją Weterynaryjną, konsolidację instytucji zajmujących się promocją Polski i polskiej gospodarki za granicą oraz redukcję liczby inspekcji przez przeprowadzenie przeglądu i ocenę różnego rodzaju tychże organów.¹¹⁹ Należy jednak dodać, że w omawianym Programie nie ustanowiono żadnych, chociażby ogólnych kryteriów, które mogłyby być pomocne decydom w takim przeglądzie. Podsumowując rozważania dotyczące tzw. Planu Hausnera koniecznym jest wskazania, że idee prezentowane w tym dokumencie w zakresie konsolidacji różnych organów, co do zasady, nie znalazły aprobaty wśród polityków i nie weszły (z wyjątkami) w życie.

Możemy zatem wyróżnić, niejako dwie sfery regulacji typu sunset. Jedna odnosi się (tak jak w Teksasie) *stricte* do kwestii dotyczących działalności różnych agencji, komitetów i innych podmiotów wykonujących administrację lub doradzających organom w wykonywaniu zadań (sfera podmiotowa). Druga sfera, którą może dotyczyć omawiana instytucja to sfera prawa powszechnie obowiązującego, jako takiego (sfera przedmiotowa). Chodzi tu o sprawdzanie aktualności poszczególnych rozwiązań prawnych, oceny ich skuteczności i ewentualne przedłużenie funkcjonowania danego aktu prawnego, lub też automatyczne jego uchylenie. W naszym przekonaniu wprowadzenie instytucji *sunset* do

¹¹⁵ *Guide to...*, *op. cit.* s. 12.

¹¹⁶ *Ibidem*, s. 11.

¹¹⁷ Właściwie – Program uporządkowania i ograniczenia wydatków publicznych, przyjęty przez Radę Ministrów w październiku 2003 r. tekst dostępny: http://www.mpips.gov.pl/pliki_do_pobrania/program_uporzadkowania.pdf [data odczytu: 10 grudnia 2010 r.]

¹¹⁸ *Ibidem*, s. 17.

¹¹⁹ Szerzej: zob. *ibidem*, s. 17 – 20.

polskich instrumentów tworzenia prawa jest niezbędna, zarówno w sferze dotyczące sprawdzania funkcjonowania organów i agencji, jak również w sferze sprawdzania aktualności obowiązujących rozwiązań prawnych. Wypływające z tego korzyści, które zostały przedstawiono wcześniej wydają się być oczywiste – instytucja ta może przyczynić się do wyeliminowania niepotrzebnego prawa, (co swoją drogą zmniejszy nieco zjawisko „inflacji prawa”) jak również do oszczędności budżetowych przez likwidację lub konsolidację różnych agencji, komitetów czy rad obecnie funkcjonujących w Polsce.

IV. Deregulacja prawa krajowego wobec członkostwa w Unii Europejskiej

Mateusz Irmiński

Wstęp

Debata nad prawnymi aspektami członkostwa w Unii Europejskiej często sięga do nacechowanego emocjonalnie pojęcia „inflacji” prawa i jego „nadprodukcji”, mającej być wynikiem nadaktywności prawodawcy europejskiego.¹²⁰ Jednego ze sposobów przeciwdziałania wspomnianemu zjawiskom upatruje się w „deregulacji” gospodarki – uznawanej za antonim jej „regulacji”. Pojęcie to ma swoje znaczenie w ramach nauk prawnych i ekonomicznych, jednak na obszarze prawa Unii Europejskiej używane jest w kontekście oceny prawnych skutków członkostwa w Unii. Podstawowym dylematem, którego wspomniane pojęcie dotyczy, jest zagadnienie autonomii prawa krajowego względem norm unijnych, ściślej: możliwości wpływania państwa na zwiększenie lub zmniejszenie liczby przepisów prawnych, obowiązujących w systemie krajowym. Członkostwo w Unii Europejskiej nakłada na państwa tak istotne obowiązki, że niemożliwa staje się rzetelna diagnoza jakości tworzonego prawa w Polsce, dokonywana bez uwzględnienia ciążącego na Polsce zobowiązania do zadośćuczynienia skutecznej realizacji prawa unijnego. W rezultacie, zamierzenie deregulacji musi zmierzyć się z wymogami *acquis de l'Union* oraz z naturą prawa europejskiego i gospodarczymi celami Unii.

Regulacja gospodarki stanowi prawną formę ograniczenia wolnego rynku, podejmowaną w celu osiągnięcia określonych rezultatów gospodarczych. Normatywna podstawa regulacji w prawie krajowym osadzona jest w ramach konstytucji gospodarczej, czyli ogółu norm generalnych odnoszących się do funkcjonowania gospodarki w określonym państwie. Tę samą podstawę w prawie krajowym znajduje deregulacja, stanowiąca element składowy założeń wielu konstytucji gospodarczych, a jednocześnie utwierdzona w licznych teoriach ekonomicznych. W Unii Europejskiej rynki krajowe zostały zintegrowane w jeden rynek wewnętrzny, wobec czego uzasadnienie deregulacji gospodarki podjętej w jednym z państw musi odpowiadać zasadom panującym na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej, w którego granicach¹²¹ organizacja ta wykonuje szereg kompetencji zarezerwowanych uprzednio dla państw członkowskich, oraz przekazanych jej na mocy traktatów założycielskich i akcesyjnych.

Badanie treści pojęcia deregulacji prawa krajowego oraz jej podstaw w prawie unijnym musi uwzględniać specyfikę tego prawa jako subsystemu prawa międzynarodowego, którego istotnym

¹²⁰ Zob. np. Parlament i rząd tworzą coraz więcej złego prawa [w:] „Rzeczpospolita” z 17 stycznia 2011 r., (nr 12), s. A1, Przywykliśmy do tego, że mamy złe prawo, *ibid.*, s. C2;

¹²¹ Należy uściślić, że terytorialny zakres stosowania TUE i TFUE, o którym mowa w art. 52 TUE, nie pokrywa się dokładnie z „obszarem bez granic wewnętrznymi”, stanowiącym element definicji „rynku wewnętrznego”, zawartej w art. 26 TFUE. Por. np. odmienności i wyłączenia przewidziane zwłaszcza w art. 349 i 355 ust. 5 lit. a) TFUE, odnoszących się do Gujany Francuskiej oraz następujących wysp: Gwadelupy, Martyniki, Reunionu, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Azorów, Madery, Wysp Kanaryjskich, a także do Wysp Owczych.

wyróżnikiem na tle praw stanowionych przez inne organizacje międzynarodowe są powszechnie wymieniane w doktrynie międzynarodowoprawnej i unijnej: zasada autowykonalności norm prawa unijnego, zasada jego pierwszeństwa oraz lojalności państw członkowskich, jak również zasada wyłącznej jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach sporów wynikłych na tle stosowania prawa unijnego. Zasadniczą doniosłość dla oceny dopuszczalności i zakresu deregulacji w ramach rynku wewnętrznego zachowuje także struktura instytucjonalna Unii oraz obowiązujące w niej zasady proporcjonalności, pomocniczości i przyznania.

Truizmem musi wydać się stwierdzenie, że członkostwo w Unii Europejskiej stawia przed poszczególnymi krajami zarówno wyzwania, którym państwa te muszą sprostać, jak i ograniczenia, wynikające z przekazania kompetencji i wiążące zgodnie z zasadą *pacta sunt servanda*. Państwa, choć nie tracą suwerenności wskutek przystąpienia do UE, godzą się na związanie normami, w których tworzeniu partycypują, ale które *prima facie* wydają się mieć heteronomiczny względem norm krajowych charakter. Monistyczna teoria prawa międzynarodowego publicznego, dominująca w polskim porządku prawnym¹²², nie tylko nie przeczy, ale paradoksalnie wspiera rozwinięty w dalszej części pogląd, zgodnie z którym członek UE nie jest w pełni „autonomiczny” w tych obszarach, w których kompetencje, choćby przemienną, posiada Unia. Dlatego w dyskusji nad reformą prawa, w tym jego deregulacją, choćby dotyczącą jedynie niektórych gałęzi gospodarki, konieczne jest zbadanie zakresu swobody państwa w kształtowaniu własnej polityki gospodarczej. Rozmiary niniejszego przyczynku nie pozwalają na kompleksowe zbadanie problemu, a tym bardziej na jednoznaczne określenie granic swobody państwa w tworzeniu norm krajowych odnoszących się do gospodarki *contra legem Unionis Europæae*. Warto natomiast dokonać oceny stanu prawnego *in abstracto*, stawiając sobie za cel główny zbadanie relacji między wspomnianą swobodą państwa członkowskiego, a wynikającą z zasady przyznania kompetencji Unii Europejskiej.

Pojęcie deregulacji

Pod pojęciem deregulacji rozumie się w nauce prawa m.in. likwidację lub ograniczenie kontroli państwowej nałożonej na jednostki prowadzące działalność gospodarczą.¹²³ Samo pojęcie deregulacji jest antonimem „regulacji”, która stanowi stały element wielu koncepcji ekonomicznych. Przykładowo w bodaj najbardziej płodnej obok tradycji niemieckiej, a więc w anglosaskiej tradycji nauki prawa i ekonomii wyróżnia się kilka teorii, opisujących aksjologiczne i ekonomiczne przesłanki wspierania deregulacji w polityce gospodarczej. Wydaje się, że ich skrótowe przytoczenie jest nieodzowne dla osadzenia zagadnienia we właściwym kontekście.

Wśród żywych wciąż teorii regulacji wyróżnić można po pierwsze tzw. *public interest theory*, zgodnie z którą regulacja określonego rynku może, względnie: powinna stanowić sposób osiągnięcia optymalnej efektywności ekonomicznej. *Capture theory* tłumaczy sens regulacji jako ograniczenie lub całkowite

¹²² Nb. teoria monistyczna znajduje potwierdzenie w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.;

¹²³ Por. np.: P. Newman (red.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, wyd. Palgrave Macmillan, New York 2002, t. 3 (P-Z), s. 213, s.v. „regulation and deregulation”: „Regulation is the imposition of economic controls by government agencies on usually private businesses. Deregulation is the elimination (or loosening) of these controls.”

zablokowanie dostępu do określonego rynku lub wykonywania określonego zawodu.¹²⁴ Wreszcie *economic theory* autorstwa przedstawicieli szkoły chicagowskiej, głównie *G. J. Stiglera*¹²⁵ oraz *R. Posnera*, interpretuje regulację jako korzystną głównie dla przedsiębiorców, a nie konsumentów, metodę wspierania interesów silniejszych lobby zawodowych i gałęzi przemysłu za pomocą instrumentów władzy państwowej. Krytyczna, ekonomiczna teoria regulacji wywodząca się ze środowiska naukowego *University of Chicago*, znalazła podatny grunt właśnie w Stanach Zjednoczonych, w których m.in. pod jej wpływem, od końca lat '70-tych ubiegłego wieku, do połowy lat '80-tych, w okresie przypadającym na czas prezydentury *J. Cartera*, a następnie *R. Reagana*, doprowadzono do uchwalenia szeregu ustaw deregulacyjnych, takich jak np. *Air Deregulation Act* z 1978 r., *Staggers Rail Act* z 1980 r., *Motor Carrier Act* z 1980 r., czy *Bus Deregulation Act* z 1982 r., których przyjęciu towarzyszyło rozwiązanie takich instytucji, jak *Civil Aeronautics Board* czy *Interstate Commerce Commission*.¹²⁶

Warto z kolei wskazać na niuanse terminologiczne, związane z pojęciem regulacji w nauce niektórych państw europejskich. Dla przykładu w niemieckiej tradycji prawniczej regulację często pojmuje się jako ustalenie warunków dostępu do rynku¹²⁷, natomiast w nauce francuskiej używa się pojęcia regulacji albo w znaczeniu kontroli, albo planowania lub normalizacji.¹²⁸ Wszystkie wspomniane określenia regulacji pozwalają na stworzenie syntetycznej definicji pojęcia, które stanowi antonim „deregulacji”. W tym znaczeniu deregulacja stanowi odwrotność regulacji i od pojęcia tej drugiej zależeć będzie denotacja i sens omawianego instytucji. Jeżeli zatem przez „regulację” rozumieć normalizację lub proces planowania, odwrotnością owych zjawisk będzie jedynie pozostawienie rozwoju danej dziedziny prawnie relewantnej innym czynnikom. Nie będzie to jednak koniecznie oznaczało swoistej „anarchizacji” prawa, jego demontażu, ale jedynie rezygnację z centralizmu prawnego, podporządkowanego ogólnemu planowaniu.

W interesującym nas kontekście, deregulacja nie pozostała jedynie koncepcją teoretyczną, ale została wprowadzona na listę politycznych priorytetów w kilku państwach członkowskich Wspólnoty Europejskiej. I tak przykładowo deregulacja stała się celem politycznym w Holandii po jej proklamowaniu w deklaracji z 4 listopada 1982 r. Swoiste *ratio legis* deregulacji wyraził jednak dopiero premier Niderlandów w liście z 31 stycznia 1983 r., adresowanym do izby niższej holenderskiego parlamentu.¹²⁹ W liście tym *R. Lubbers* stwierdził, że deregulacja tym różni się od zwykłego uchylenia

¹²⁴ Ibid., s. 214

¹²⁵ G.J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, t. 2, nr 1, Spring 1971, s. 3-21; por. zwłaszcza ibid. s. 5, artykuł dostępny na stronie www.jstor.org/stable/3003160 (dostęp w dniu 19 grudnia 2010 r.);

¹²⁶ Por. P. Newman, op. cit., s. 216;

¹²⁷ Zob. P. Eichhorn (red.), *Verwaltungslexikon*, wyd. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1985, s. 788, s.v. „Regulierung”: “[...] Bestimmung der Markteintrittsbedingungen”.

¹²⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, wyd. Presses Universitaires de France, Paris 1987, s. 677, s.v. “Régulation”: “Action de régler un phénomène: a/ action de choisir le moment de son avènement [...] comp. contrôle”; b/ Action d’en maîtriser dans le temps l’importance quantitative, en soumettant son développement à des normes [...] comp. planification, normalisation”.

¹²⁹ Za: J.M.M. Maeijer, *La déréglementation aux Pays-Bas: Idées générales*, [w:] *La déréglementation. Actes du Colloque organisé à Poitiers les 13-15 mai 1985 par les Facultés de Droit de Niègue et de Poitiers*, wyd. Presses Universitaires de France, Paris 1986, s. 11-12;

przepisów¹³⁰ prawa, że powinna ona obejmować uproszczenie i ograniczenie interwencji państwa we wszystkich dziedzinach polityki. Co istotne, plany premiera Niderlandów miały nie tylko pozostać ambitnym celem politycznym, ale i doczekać się prób praktycznego zastosowania. Zadanie opracowania projektów mających na celu zadośćuczynienie postulatowi deregulacyjnemu zostało bowiem poruczone holenderskiemu Ministrowi Sprawiedliwości, który powołał w tym celu komisję projektodawczą pod przewodnictwem *L.H. Geelhoeda*.

Niezależnie jednak od różnorodnych uzasadnień natury ekonomicznej oraz od historycznych już przykładów stosowania deregulacji w poszczególnych państwach, musi być ona rozpatrywana w perspektywie prawnej jako element założeń konstytucji gospodarczej, poddanej na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej jednolitym, tj. wspólnym, harmonizowanym lub koordynowanym politykom gospodarczym.

Zdaniem *A. Nowak-Fara*, „szeroko pojęte prawo gospodarcze nie jest – z punktu widzenia jego aksjologii – w pełni autonomiczne od ekonomii i samej gospodarki jako zjawiska, które wymaga interwencji regulacyjnej.”¹³¹ Cytowany autor, interpretując tezy *N. Luhmanna*, wskazuje wprawdzie na przenikanie się systemów norm prawnych i ekonomicznych. Pomimo tej dwoistości, w której każdy z obu systemów zachowuje jednak autopoietyczny charakter, normy gospodarcze, rozumiane jako bliskie prawu, subiektywne czynniki gospodarcze stanowiące paradygmat modelu działania indywidualnego i grupowego, oddziałują na system prawny. W tej mierze, pod pojęciem „regulacji” należy mieć na myśli oddziaływanie na gospodarkę za pomocą norm prawnych, motywowanych przesłankami gospodarczymi. W konsekwencji tak rozumiana regulacja staje się synonimem prawnego modelowania gospodarki w ogóle i tym samym musi wynikać z norm konstytuujących gospodarkę. Te ostatnie stanowią natomiast element „konstytucji gospodarczych” – zarówno krajowych, jak i konstytucji unijnej.

Wyjaśniając zatem omawiane pojęcie jako element konstytucji gospodarczej, należy zwrócić uwagę, że pojawia się ono już w samej jej definicji. *K. Strzyczkowski* zauważa, że „z pojęciem „konstytucja gospodarcza” łączy się [...] konstytucyjną regulację (jednolitej koncepcji) gospodarki jako określonego systemu gospodarczego, określoną relację między systemami politycznym i gospodarczym.”¹³² Nie wymaga szczególnego namysłu uwaga natury terminologicznej, że „konstytucja gospodarcza” nie musi być ujęta w ustawie zasadniczej danego państwa, choć zawsze powinna ona stanowić zespół norm o charakterze nadrzędnym względem norm szczegółowych. Konstytucja gospodarcza nie jest także zbiorem fragmentarycznych uregulowań, ile zbiorem zasad – i to „zasad”, które, przynajmniej na gruncie prawa krajowego, można moim zdaniem pojmować jako *principles* w znaczeniu zaproponowanym przez *R. Dworkina*. Są to zatem zasady ogólne, których realizacji nie da się zweryfikować za pomocą dwuwartościowej logiki zdaniowej, ale w którymś przypadku można mówić o

¹³⁰ Nb. we francuskiej terminologii prawniczej istnieje silny związek etymologiczny między słowem „przepis” (*règlement*), będącym także odpowiednikiem pojęcia „rozporządzenie” jako gatunku aktu prawnego (źródła prawa), a słowem „reguła” (*règle*) oraz pochodnym od niego słowem „regulacja” (*régulation*).

¹³¹ *A. Nowak-Far* (red.), *Konstytucja gospodarcza Unii Europejskiej*. Aksjologia, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 2;

¹³² *K. Strzyczkowski*, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 48;

stopniu lub nasileniu ich realizacji. Są to również klauzule generalne i dyrektywy legislacyjne, wyrażające łącznie określoną aksjologię gospodarczą. Wartościami stojącymi za deregulacją są natomiast w szczególności: wolność gospodarcza, wyrażająca się w nieskrępowanej konkurencji związanej ze swobodnym dostępem przedsiębiorców do rynków i zawodów, ale w nie mniejszym stopniu minimalizacja udziału państwa w gospodarce poprzez pozostawienie rozwoju rynku czynnikom występującym naturalnie w społeczeństwie, w szczególności poprzez zaniechanie ustalania cen i wpływania administracji na popyt i podaż na rynkach.

Deregulacja gospodarki krajowej wobec członkostwa w Unii Europejskiej – między zasadą przyznania a suwerennością

Granice kompetencji Unii Europejskiej wyznacza zasada przyznania – przed wejściem w życie z Traktatu z Lizbony nazywana „zasadą kompetencji powierzonych”.¹³³ Polska, przystępując do Unii na podstawie art. 90 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., przyznała jej niektóre, jakkolwiek niezwykle szerokie, kompetencje organów władzy państwowej. Choć wyda się to oczywistością, warto podkreślić, że Polska nie przekazała zwierzchnictwa nad swoim terytorium ani jego częścią, a jedynie część kompetencji, które składały się na trudny do określenia wycinek jej suwerenności. Jakkolwiek nie można wnioskować stąd o utracie części suwerenności, nie można równocześnie nie dostrzec zjawiska swoistej „multicentryczności” prawa, na które – w odniesieniu do skutków w prawie polskim – wcześniej zwróciła uwagę m.in. E. Łętowska.¹³⁴ Wspomniane zjawisko jest potwierdzeniem heteronomicznego charakteru wielu norm prawnych w systemach wszystkich bez wyjątku państw członkowskich UE.

Z powyższego powodu kluczowa dla zrozumienia statusu konstytucji gospodarczej, tym bardziej zaś przyjętych modeli regulacji poszczególnych dziedzin gospodarki, staje się relacja między prawem krajowym a prawem unijnym jako subsystemem prawa międzynarodowego publicznego.¹³⁵ W tym miejscu wystarczy przypomnieć, że status *acquis de l'Union*¹³⁶ w prawie krajowym podlega zasadom nadrzędności i pierwszeństwa. Szczególną rolę w prawie unijnym, zwłaszcza w zakresie konstytucji gospodarczej UE, pełni prawo pierwotne, a zwłaszcza TUE i TFUE, obecnie w brzmieniu ustalonym Traktatem z Lizbony i obowiązującym od 1 grudnia 2009 r. A. Nowak-Far zauważa, że do konstytucji gospodarczej UE zalicza się wszystkie normy określające „cele i zadania UE w sferze gospodarczej oraz definiujące narzędzia ich osiągnięcia.”¹³⁷

Wspomnianymi przez cytowanego autora „narzędziami osiągnięcia” celów i zadań UE w sferze gospodarczej, są nie tylko akty prawne, ale także różne modele zarządzania ekonomicznego w UE.

¹³³ Por. np. J. Maliszewska-Nienartowicz, System instytucjonalny i prawny Unii Europejskiej, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, Toruń 2010, s. 226;

¹³⁴ E. Łętowska, Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje, Państwo i Prawo, Nr 4/2005, s. 3 i n.;

¹³⁵ W dalszej części artykułu będę posługiwał się zamiennie pojęciem „prawa unijnego” i „prawa Unii Europejskiej”, traktując je również jako odpowiednik używanego przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony pojęcia „prawa wspólnotowego”;

¹³⁶ Dawniej zwanego *acquis communautaire*;

¹³⁷ A. Nowak-Far (red.), op. cit., s. 8;

Głównymi modelami zarządzania, są: unifikacja prawa, jego harmonizacja, a także koordynacja przepisów i polityk krajowych. Na szczególną uwagę zasługuje moim zdaniem instrument koordynacji, stanowiący niedoceniony, a niezwykle istotny element konstytucji gospodarczej UE. Model ten został wprowadzony do założeń gospodarczych UE już w Traktacie z Maastricht, co wiązało się z zawiązaniem Unii Gospodarczej i Walutowej. Wypada wspomnieć, że podstawowym dokumentem UGiW, zakładającym właśnie m.in. koordynację krajowych polityk gospodarczych, był tzw. Raport Komitetu Delorsa z 1989 r.¹³⁸

Nieźmiernie istotne jest, że część zadań związanych z koordynacją polityk gospodarczych, spoczywa na samych państwach członkowskich, które zobowiązały się do szczególnego i lojalnego współdziałania z Unią w omawianej materii. Warto bowiem zwrócić uwagę na treść nowego art. 120 TFUE, który stanowi, że „[...] Państwa Członkowskie prowadzą swoje polityki gospodarcze, mając na względzie przyczynianie się do osiągnięcia celów Unii określonych w artykule 3 Traktatu o Unii Europejskiej i w kontekście ogólnych kierunków określonych w artykule 121 ust. 2. Państwa Członkowskie i Wspólnota działają w poszanowaniu zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją, sprzyjając efektywnej alokacji zasobów, zgodnie z zasadami określonymi w artykule 119.”

Z kolei celami Unii, o których mowa powyżej, a wyznaczonymi w art. 3 TUE, jest: wspieranie pokoju, wartości i dobrobytu jej narodów, co ma zostać osiągnięte m.in. przez ustanowienie rynku wewnętrznego, utrzymywanie zrównoważonego wzrostu gospodarczego oraz stabilności cen, a także za pomocą mechanizmów społecznej gospodarki rynkowej o wysokiej konkurencyjności i zmierzającej do pełnego zatrudnienia oraz postępu społecznego.

Mgliste pojęcie „zasad sprzyjania efektywnej alokacji zasobów” zostało z kolei nieco sprecyzowane w art. 119 ust. 3 TFUE jako utrzymanie „stabilnych cen, zdrowych finansów publicznych i warunków pieniężnych oraz trwałej równowagi płatniczej”.

Podkreśla się, że współczesnemu modelowi gospodarczemu w UE blisko do koncepcji ordoliberalizmu stworzonego w Niemczech przez *F. Böhma*, *W. Euckena*, *W. Röpke* czy *A. Rüstowa* oraz popieranego i stosowanego w praktyce politycznej m.in. przez *A. Müller-Armacka* oraz *L. Erharda*. Ordoliberalna teoria gospodarcza, stanowiąca podstawę społecznej gospodarki rynkowej, została włączona do konstytucji gospodarczych wielu państw europejskich, jeszcze przed ich przystąpieniem do Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali, a następnie do Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej i kolejnej generacji Wspólnot. Ordoliberalizm wpłynął na ukształtowanie modelu społecznej gospodarki rynkowej wielu państw i w okresie powojennym oparł się krytyce leseferyzmu.¹³⁹ I tak, art. 20 ust. 1 Ustawy zasadniczej RFN z 23 maja 1949 r. stanowi, że Republika Federalna jest m.in. państwem „społecznym”.¹⁴⁰ Dla porównania, art. 20 Konstytucji RP stanowi, że „Społeczna gospodarka rynkowa

¹³⁸ Por. *ibid.*, s. 12

¹³⁹ Na ten temat zob. np.: Ch. Joerges, What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy, *European Law Review* (Sierpień 2005) nr 4, s. 462-468;

¹⁴⁰ Art. 20 (1) Ustawy zasadniczej RFN (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) z 23 maja 1949 r.: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”.

oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej.”

Co więcej, ordoliberalizm stał również u podstaw teoretycznych założeń Wspólnoty Europejskiej. Jak zwraca się uwagę, tzw. szkoła fryburska, reprezentowana przez wspomnianego *W. Euckena*, wpływała – i wciąż wpływa – na rozwój rynku wewnętrznego, opartego przede wszystkim na zasadzie swobodnej konkurencji.¹⁴¹

Należy zauważyć, że model polityki gospodarczej UE wynikający z przywołanego przepisu art. 120 TFUE stanowi przeciwieństwo autarkii – skoro zakłada poszanowanie „otwartej gospodarki rynkowej”, ale jest on jednocześnie odległy od idei *laissez-faire*. Ta ostatnia zakłada bowiem radykalne ograniczenie uczestnictwa państwa w gospodarce, zaś cytowany przepis zakłada obowiązek sprzyjania wspomnianej wyżej „efektywnej alokacji zasobów”. Innymi słowy, o ile leseferyzm skłania się prędzej ku bierności państwa w polityce gospodarczej, o tyle ordoliberalizm podkreśla rolę państwa w ustanawianiu, regulowaniu i ochronie rynku dającego stabilne ramy dla wolnej konkurencji.

Niemożliwe jest jednak spojrzenie na regulację gospodarki w Unii Europejskiej, bez uwzględnienia jej ram kompetencyjnych. Jak słusznie zauważa *A. Nowak-Far*, w pewnych obszarach gospodarki – nadających się do regulacji, Unia w ogóle nie posiada kompetencji. W innych natomiast dziedzinach TUE i TFUE przyznają Unii kompetencję wyłączną (co dotyczy jedynie unii celnej, reguł konkurencji, polityki pieniężnej – aczkolwiek jedynie w strefie euro, zachowania morskich zasobów biologicznych, wspólnej polityki handlowej oraz zawierania umów międzynarodowych pod szczególnymi warunkami)¹⁴², albo kompetencję dzieloną z państwami członkowskimi. Druga wymieniona grupa dziedzin obejmuje zgodnie z art. 4 TFUE: rynek wewnętrzny, politykę społeczną, spójność gospodarczą, społeczną i terytorialną, rolnictwo i rybactwo, środowisko naturalne, ochronę konsumentów, transport, sieci transeuropejskie, przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, a także wspólne problemy bezpieczeństwa w zakresie zdrowia publicznego, badania i rozwój, przestrzeń kosmiczną oraz współpracę na rzecz rozwoju i pomoc humanitarną.

Jednocześnie całkiem odmienną naturę posiadają kompetencje Unii do przyjmowania środków koordynacyjnych, o których mowa w art. 5 TFUE, a także kompetencje koordynacyjnych, wspierających lub uzupełniających, wskazanych w art. 6 TFUE. Te ostatnie kompetencje dotyczą wymienionych enumeratywnie dziedzin: ochrony i poprawy zdrowia ludzkiego (lit. a), przemysłu (lit. b), kultury (lit. c), turystyki (lit. d), edukacji, kształcenia zawodowego, młodzieży i sportu (lit. e), a także ochrony ludności (lit. f) i współpracy administracyjnej (lit. g). Kompetencje koordynacyjne, wspierające i uzupełniające nie zastępują kompetencji państw członkowskich w wymienionych dziedzinach¹⁴³, co wskazuje na to, że państwa członkowskie nadal mogą prowadzić własną politykę, przy czym nie

¹⁴¹ Por. np. E.-J. Mestmäcker, W. Oswalt, Aktualność Euckena [w:] W. Eucken, Podstawy polityki gospodarczej, tłum. polskie: J. Kałużny, Poznańska Biblioteka Niemiecka, Poznań 2005, s. 425-426;

¹⁴² Art. 3 TFUE;

¹⁴³ Por. art. 2 ust. 5 TFUE;

oznacza to jednak pełnej dowolności działań państwa. Stopień ograniczenia swobody państwa w kształtowaniu własnej polityki w dziedzinie, w których Unii przyznane zostały jedynie kompetencje koordynacyjne i wspierające, zależy formalnie od rodzaju przyjętego aktu prawnego. Konieczne jest jednak zastrzeżenie, że działania podejmowane w ramach kompetencji koordynacyjnych nie mogą służyć harmonizacji przepisów krajowych, i stąd też ich skutek polega raczej na stymulowaniu państw członkowskich do podejmowania określonych działań.¹⁴⁴

Kompetencja Unii Europejskiej polegająca na przyjmowaniu aktów „twardego” prawa, nie daje państwu członkowskiemu możliwości odstąpienia od przyjętych unormowań, z wyjątkiem dziedzin, co do których dane państwo poczyniło zastrzeżenie w traktacie akcesyjnym, lub co do których państwo może wykazać nadrzędny interes publiczny w ochronie określonego dobra. Państwo może również na etapie procesu prawodawczego interweniować zarówno poprzez swoich przedstawicieli w Radzie, m.in. na bieżąco w Komitecie Stałych Przedstawicieli, jak i w formie uchwał parlamentu, wydanych na podstawie Protokołu w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej.¹⁴⁵ Zgodnie z art. 2 *in fine* oraz z art. 3 wspomnianego Protokołu, parlamenty narodowe otrzymują projekty aktów ustawodawczych i mogą, w odpowiedzi na nie, przyjąć uzasadnioną opinię co do ich zgodności z zasadami pomocniczości i proporcjonalności. Zasady te wspólnie z zasadą przyznania składają się natomiast na zasadnicze normy kompetencyjne UE.

Jak zostało wskazane, w odniesieniu do rynku wewnętrznego, którego utworzenie ma być jednym ze środków Unii służących urzeczywistnieniu jej celów, Unia zachowuje kompetencję dzieloną z państwami członkowskimi, której wykonywanie przez państwa członkowskie podlega zasadzie pomocniczości. Oznacza ona, zgodnie z nowym art. 2 ust. 2 TFUE, że państwa członkowskie nie mogą wykonywać kompetencji prawodawczych w omawianym obszarze, w zakresie, w jakim ze swojej kompetencji korzysta Unia. Jednocześnie zgodnie z nowym art. 5 TUE, wykonywanie wszelkich, w tym dzielonych kompetencji przez Unię, podlega wspomnianym zasadom przyznania, pomocniczości i proporcjonalności.

Konsekwencją zasady przyznania jest ograniczenie kompetencji Unii w ramach rynku wewnętrznego jedynie do tych działań, których podjęcie służy celom Traktatów. Z kolei z zasady pomocniczości – uszczegółowionej w art. 5 przywołanego Protokołu w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności – wynika m.in. obowiązek uzasadniania projektów aktów prawnych Unii przed ich przedstawieniem parlamentom krajowym. Zasada proporcjonalności uprawnia natomiast instytucje Unii jedynie do tych działań prawodawczych, które są konieczne i niezbędne dla założonego celu.

Powstaje zatem wobec powyższego pytanie o zasadniczej doniosłości: czy wymienione zasady przyznania, pomocniczości i proporcjonalności wpływają na zakres regulacji dziedzin objętych kompetencją prawodawczą Unii? Innymi słowy, czy z zasad tych i ich konsekwencji, można wnioskować o ograniczeniu zdolności państwa do prowadzenia polityki deregulacyjnej? Otóż regulacja w przedstawionym wyżej rozumieniu, tj. pojmowana jako całościowy kształt działań prawotwórczych i

¹⁴⁴ Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, op. cit., s. 234;

¹⁴⁵ Protokół (nr 1) w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej, dołączony do Traktatu z Lizbony;

wykonawczych, zmierzających do kształtowania zachowań podmiotów na rynku, jest wpisana w istotę funkcjonowania rynku wewnętrznego, który stanowi fundament obowiązującej konstytucji gospodarczej Unii Europejskiej. Tym samym pełna deregulacja w zaproponowanym wyżej rozumieniu jest tak w Unii Europejskiej, jak i w poszczególnych państwach członkowskich, niemożliwa.

Prawdą jest, że rynek wewnętrzny dawno już przestał być jedyną *raison d'être* Unii Europejskiej. Niemniej jednak jego utworzenie niezmiennie determinuje polityki gospodarcze w poszczególnych państwach członkowskich. Jeżeli jednak zauważymy nasilającą się od czasu Traktatu z Maastricht, tendencję do dejurydyzacji konstytucji gospodarczej UE, a nade wszystko istniejącą przepaść między polityką ekonomiczną Unii, a jej polityką społeczną, postrzeganą już wręcz w kategoriach pogłębiającego się deficytu, a także jeżeli weźmiemy pod uwagę wykształcenie się specyficznego mechanizmu tzw. *open method of coordination* w konstytucji gospodarczej Unii Europejskiej, jednoznaczna ocena ścisłego powiązania regulacji gospodarki z traktatowymi regułami rynku wewnętrznego zostanie osłabiona.

Wspomniana *open method of coordination*¹⁴⁶, promowana m.in. przez *Davidą M. Trubekę*¹⁴⁷, stanowi specyficzny sposób zarządzania niektórymi sektorami rynku wewnętrznego w UE, pokrewny tzw. samoregulacji (*self-regulation*) i prawu miękkemu (*soft law*). Wszystkie trzy wymienione paranormatywne instrumenty polityki gospodarczej znajdują swe wspólne źródło w krytyce regulacji gospodarczej opartej na modelu zarządzania i kontroli, której rezultaty w niektórych dziedzinach, szczególnie w ramach polityki społecznej, nie dają satysfakcjonującego rezultatu.¹⁴⁸

Początków koncepcji OMC należy doszukiwać się w Traktacie Amsterdamskim, w obszarze polityki zatrudnienia (uregulowanej w dawnych art. 125-130 TWE). Polityka ta nie była, już zgodnie z samą nazwą, polityką „wspólną” i stanu tego nie zmienił Traktat z Lizbony. Zgodnie art. 145 TFUE w nowej redakcji, „Państwa Członkowskie i Unia działają [...] w celu wypracowania strategii dla zatrudnienia, a w szczególności w celu wsparcia siły roboczej wykwalifikowanej, przeszkolonej i zdolnej do dostosowania się, jak również rynków pracy reagujących na zmiany gospodarcze, mając na względzie osiągnięcie celów określonych w nowym art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej.” Jednocześnie jak już wspomniałem, po zmianach wprowadzonych Traktatem z Lizbony, zgodnie z art. 5 ust. 2 TFUE, Unia posiada kompetencję koordynacyjną w zakresie krajowych polityk zatrudnienia, wykonując uprawnienie do określania wytycznych dla tych polityk. Na marginesie warto również zauważyć, że obecny art. 5 ust. 2 TFUE odpowiada art. 1-15 ust. 2 Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy, któremu Konwent nadał identyczne brzmienie. *J. Maliszewska-Nienartowicz* zwraca uwagę, że koordynacja polityk gospodarczych i zatrudnienia, o której mowa w art. 5 ust. 2 TFUE, została uregulowana odrębnie od wymienionych wyżej ogólnych dziedzin kompetencji koordynacyjnych, takich jak ochrona zdrowia, kultura czy turystyka.¹⁴⁹ Jak wspomniałem, w wymienionych obszarach

¹⁴⁶ Dalej oznaczana również skrótem OMC; W polskiej literaturze przedmiotu pojęcie to bywa tłumaczone dosłownie jako „otwarta metoda koordynacji”;

¹⁴⁷ Obecnie emerytowany profesor prawa na Uniwersytecie Wisconsin;

¹⁴⁸ Por. np. Ch. Joerges, op. cit., s. 485: “The normative and the pragmatic critique of purposive programmes and of command-and-control regulation have motivated a search for alternatives such as self-regulation and soft law.”

¹⁴⁹ *J. Maliszewska-Nienartowicz*, op. cit., s. 234;

koordynacja podejmowana przez organy unijne ma charakter jedynie stymulacyjny i niewiązący. Nieco inaczej, w obszarze polityk gospodarczych i zatrudnienia, działania koordynacyjne i wspierające Unii – w tym działania o charakterze wspomnianej *open method of coordination*, mają znacznie większy wpływ na państwa członkowskie, zwłaszcza wskutek przyjmowania wytycznych co do tych szczególnych polityk.

Z faktu, że art. 5 TFUE dotyczy kompetencji koordynacyjnej wynika zatem co prawda, że to państwa członkowskie samodzielnie prowadzą własne polityki we wskazanych materiach, zaś Unia jedynie w ograniczonym zakresie upoważniona została przez Traktat do koordynacji działań krajowych. Jednak działania Unii nie zastępują kompetencji państwowych i odpowiedzialność za lojalne wykonywanie obowiązków traktatowych nadal spoczywa na państwie członkowskim.

Wydaje się warte odnotowania, że wspomniana OMC przejawia wiele podobieństw z unijnym *soft law*, co do którego statusu i charakteru prawnego toczy się w doktrynie nierozstrzygnięty spór.¹⁵⁰ Z całą pewnością niektóre z aktów prawnych wydawanych przez instytucje Unii, tj. źródeł unijnego prawa wtórnego – konkretnie zalecenia i opinie – nie mają charakteru wiążącego i wynika to już *explicite* z samego Traktatu.¹⁵¹ Jednocześnie jednak judykatura Trybunału Sprawiedliwości, jak choćby wyroki w cytowanych wielokrotnie w literaturze przedmiotu, „milowych” sprawach 14/83 *von Colson* i *Kamann*¹⁵², czy bliżej współczesności: C-403/01 *Pfeiffer*¹⁵³ wskazywała wielokrotnie na obowiązek tzw. prounijnej wykładni prawa krajowego (dawniej zwanej wykładnią „prowspółnotową”), co było uzasadniane zasadą lojalności wynikającą poprzednio z art. 10 TWE, a obecnie wysłowioną w art. 4 ust. 3 TUE. Co niezwykle istotne, zdaniem Trybunału Sprawiedliwości, wzorcem dla prounijnej wykładni podejmowanej przez organy państw członkowskich, powinny być nie tylko *par excellence* akty prawne, a więc rozporządzenia, dyrektywy i decyzje wyliczone w art. 288 TFUE, ale także akty noszące znamiona *soft law*. Pomimo zatem braku wiążącego charakteru aktów prawa miękkiego, wpływają one znacząco na stosowanie prawa unijnego w krajowych porządkach prawnych, stanowiąc jednocześnie mechanizm polityczny i zbiór dyrektyw wykładniczych uzupełniających aksjologię Unii. Treść tychże norm o charakterze *soft law* pochodzi przede wszystkim z woli politycznej Komisji Europejskiej, której Traktaty przyznają rolę ponadnarodowego organu Unii, jedyne, który wyrażać ma w pełni interes Unii i podejmować inicjatywy, także ustawodawcze, w celu jego realizacji.¹⁵⁴

Posługując się zatem tezą nienormatywną, a czysto empiryczną, można zauważyć, że normy prawa miękkiego, jakkolwiek formalnie niewiążące, oddziałują istotnie na system prawa krajowego. Po pierwsze, stanowią one – aczkolwiek tylko *de facto* – pewny i wiarygodny zbiór norm określających obowiązującą wykładnię norm wiążących powszechnie lub indywidualnie, ponieważ pochodzą z woli

¹⁵⁰ Por. np. M.M. Kenig-Witkowska (red.), A. Łazowski, R. Ostrihansky, Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 210;

¹⁵¹ Zob. art. 288 in fine TFUE;

¹⁵² 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann / Kraj Związkowy Nadrenia Północna-Westfalia, Zb.Orz. TS 1984, s. 1891 i n.;

¹⁵³ Sprawy połączone o sygn. od C-397/01 Bernhard Pfeiffer, C-398/01 Albert Süß, C-400/01 Michael Winter, C-401/01 Klaus Nestvogel, C-402/01 Roswitha Zeller, C-403/01 Matthias Döbele / Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, Zb.Orz. TS 2004, s. I-08835;

¹⁵⁴ Por. art. 17 ust. 1 i 2 TUE;

Komisji Europejskiej – organu, który zgodnie z TUE „pełni funkcje koordynacyjne, wykonawcze i zarządzające” i któremu przysługuje wyłączna bezpośrednia inicjatywa ustawodawcza dla aktów, dla których przyjęcia Traktaty przewidują tryb zwykłej procedury prawodawczej.¹⁵⁵ Normy prawa miękkiego wskazują zatem również sposób, w jaki Komisja następnie wykona prawo, w szczególności należące do sfery jej dyskrejonalnych kompetencji i swobodnego uznania, a tym bardziej którego przyjęcie pochodzi z jej własnej inicjatywy.

Po drugie, normy unijnego *soft law* oddziałują realnie na system prawny każdego z państw członkowskich w połączeniu z zasadą lojalności, z której Trybunał wywodził kilkakrotnie obowiązek uwzględniania niektórych z nich. Np. w wyroku prejudycjalnym w sprawie C-322/88 *Grimaldi* z 13 grudnia 1989 r.¹⁵⁶ Trybunał luksemburski kategorycznie stwierdził, że instrumenty prawa miękkiego nie mogą być traktowane jako nie mające żadnej mocy prawnej, gdyż „*rzucają [one – M.I.] światło na interpretację prawa krajowego*”.¹⁵⁷ Wypada zatem powtórzyć, że zasada prounijnej wykładni ma, zgodnie z judykaturą Trybunału Sprawiedliwości, związek ze stosowaniem norm prawa miękkiego, których *ratio* zdaje się być upatrywane przez cytowany organ sądowy w zapewnieniu spójności wewnętrznej prawa unijnego.

Oba powyższe argumenty dowodzą, że regulacja rozumiana jako koordynacja, także ujęta jako działanie pokrewne instrumentom OMC, podejmowana jest również poza obszarem kompetencji wyłącznych UE. W szczególności zasada *effet utile*, związana ze wspomnianą zasadą lojalności, stoi wyraźnie na przeszkodzie uznaniu, że którekolwiek z państw członkowskich Unii zachowuje pełną autonomię względem regulacji unijnej w obszarach kompetencji dzielonych lub ograniczonych do uprawnień koordynacyjnych. Państwo członkowskie zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa unijnego, zdefiniowanej przez TS już w po wielokroć cytowanym i komentowanym wyroku w sprawie 6/64 *Costa*¹⁵⁸, w zasadzie nigdy nie jest w pełni wolne od wpływu prawa unijnego, skoro zredukowało ono, choć w „*ograniczonym zakresie, swe prawa suwerenne*”.¹⁵⁹ W tym zatem specyficznym sensie prawo krajowe jest poddane nieuniknionemu wpływowi europejskich norm prawnych, dotyczących regulacji gospodarki, niezależnie od dziedziny kompetencji, w ramach której wydany został akt prawny stanowiący źródło danej normy.

Wydaje się, że w tym miejscu warto dokonać pewnego systematyzującego rozróżnienia. Wprawdzie bowiem państwa członkowskie mogą uciekać się *a casu ad casum* do rozmaitych odstępstw od zasad ogólnych, czy to traktatowych, czy to dozwolonych choćby pośrednio w orzecznictwie i mających charakter wymogów imperatywnych, jednak są to najczęściej odstępstwa od zasad ogólnych, takich jak choćby zasada swobodnego przepływu pracowników w granicach rynku wewnętrznego, wynikająca z art. 45 ust. 1 TFUE, czy ogólniejsza, bo nie ograniczona do prawa rynku wewnętrznego,

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ C-322/88 Salvatore Grimaldi / Fonds de maladies professionnelles, Zb.Orz. TS 1989, s. 04407

¹⁵⁷ Ibid., teza 18;

¹⁵⁸ 6/64 Flaminio Costa / Ente Nazionale Energia Elettrica (E.N.E.L.), Zb.Orz. TS [1964], s. 585;

¹⁵⁹ Por. 26/62 N.V. Algemene Transport – en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos / Nederlandse Administratie der Belastingen, Zb.Orz. TS [1963], s. 1; tłum za: W. Czaplinski, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska (red.), Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo, Warszawa 2005, s. 33

zasada niedyskryminacji, o której mowa w art. 18 i n. TFUE. Tymczasem poruszany problem dotyczy ewentualnego kształtowania – i to zasadniczo całościowego – ustroju gospodarczego państwa, poprzez ustanawianie odmiennych norm od tych, których źródłem są akty prawa UE. Innymi słowy, odpowiedź na zadane na wstępie pytanie o zakres autonomii państwa w samodzielnym prowadzeniu polityki deregulacyjnej, musi uwzględniać nie tylko konkretne akty prawa pochodnego Unii, stosowane bezpośrednio i z bezpośrednim skutkiem – co ma miejsce w przypadku rozporządzeń, bądź to dla odmiany po ich uprzedniej implementacji do systemu prawa krajowego – co ma miejsce w przypadku dyrektyw, ale także cele i zasady ogólne Unii. Należy zatem odróżnić fragmentaryczne zmiany prawa w obszarze rynku wewnętrznego, zawsze podlegające badaniu z punktu widzenia ich zgodności z prawem europejskim, od całościowych zmian polityki gospodarczej państwa, która musi uwzględniać zasady ogólne Unii.

Powyższe rozróżnienie nie ma jednak zasadniczych konsekwencji dla zagadnienia dopuszczalności deregulacji gospodarki krajowej lub poszczególnych jej gałęzi. Wziąwszy bowiem pod uwagę ogół kompetencji przyznanych Unii, tak o charakterze *stricte* koordynacyjnym, jak i związanych z realizacją zasad ogólnych, np. niedyskryminacji lub swobody przepływu osób, usług, towarów lub kapitału, dostrzeżemy nieuchronność uzgadniania prawa polskiego z prawem unijnym na każdym etapie tworzenia i stosowania prawa polskiego, mającego związek z którąkolwiek z kompetencji przyznanej Unii w Traktatach.

Powyższa myśl koresponduje z szerszym problemem zgodności prawa krajowego z prawem unijnym, którego praktyczną egzemplifikacją jest konieczność licznych nowelizacji prawa polskiego, najczęściej przeprowadzanych w celu zadośćuczynienia określonym wymaganiom implementacyjnym. Ze względu na rozmiary niniejszego przyczynku i jego teoretyczną inklinację nie sposób wymienić szczegółowo choćby przykładowych aktów prawnych, uchwalonych lub wydanych w celu dostosowania prawa polskiego do prawa UE, jednak można poprzestać na stwierdzeniu, że zmiany prawa były dokonywane – i to już w okresie poakcesyjnym, nawet w odniesieniu do samej Konstytucji RP.¹⁶⁰ Podnoszone niekiedy postulaty ograniczenia aktywności ustawodawczej Sejmu i Senatu, muszą zatem zmierzyć się z wymogami prawnymi członkostwa Polski w Unii Europejskiej.¹⁶¹ W rezultacie nie można zapominać, że jedną z przyczyn swoistej „nadprodukcji” przepisów prawa, jest potrzeba nieustannego dialogu między ustawodawcą krajowym a organami Unii. Ustalenie wobec tego, czy winą za ową nadprodukcję norm krajowych obarczyć należy jedynie specyfikę i „nadaktywność” prawodawcy europejskiego, czy też raczej nieelastyczność polskiego procesu legislacyjnego, jest zadaniem niełatwym. W każdym wypadku ewentualna subiektywna, negatywna ocena dorobku prawa unijnego musi zmierzyć się z obiektywnym stwierdzeniem, że z samej natury

¹⁶⁰ Por. ustawa z dnia 8 września 2006 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2006 r., Nr 200, poz. 1471), zmieniająca art. 55 Konstytucji po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt: P 1/05), dotyczącego niezgodności z przywołanym wzorcem konstytucyjnym art. 607t § 1 Kodeksu postępowania karnego (dodanego w celu implementacji decyzji ramowej Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi – Dz.Urz. UE L 190 z 18 lipca 2002, polskie wyd. spec.: Rozdz. 19, t. 06, s. 34-51);

¹⁶¹ Co nie zmienia mojej pozytywnej oceny diagnozy głównych przyczyn „inflacji” prawa, tj. m.in. braku kompleksowej oceny skutków regulacji (por. *ibid.*, *passim*).

zasygnalizowanych powyżej problemów konstytucji gospodarczej Unii, wielości jej członków i innych uwarunkowań systemu prawa europejskiego, wynika konieczność znacznej aktywności prawodawczej i wykonawczej organów Unii, zwłaszcza zaś Komisji Europejskiej.

Podsumowanie

Remedium na zjawisko nadprodukcji prawa bywa niekiedy upatrywane w polityce deregulacyjnej. Jednocześnie w związku z zarzutem nadprodukcji prawa w Polsce, mówi się również o jego „inflacji”, przez którą można rozumieć zwiększanie się liczby przepisów prawnych przy jednoczesnym, odczuwalnym spadku ich jakości – mierzonej głównie koniecznością częstych jego zmian wymuszonych m.in. przez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego czy rozliczne, systemowe luki i niekonsekwencje. Odpowiedź na pytanie o zakres autonomii państwa w prowadzeniu polityki deregulacyjnej pozwala jednak częściowo ostudzić zapal jej zwolenników. Z perspektywy członkostwa w Unii Europejskiej przeciwdziałanie „inflacji” prawa musi uwzględniać zarówno poszczególne akty prawa unijnego, jak i cele tej organizacji, w tym aksjomaty jej konstytucji gospodarczej.

Warto jedynie na koniec wskazać na sygnalizowany w literaturze przedmiotu problem kooperatywnej natury współczesnych stosunków gospodarczych.¹⁶² Słuszne wydaje się stwierdzenie, że z samej natury kooperacji między państwami członkowskimi Unii, a w odniesieniu do Unii Gospodarczej i Walutowej, szczególnie mocno między uczestnikami systemu waluty euro, wynika tendencja do zwiększania aktywności prawodawczej państw, której towarzyszyć może – przy innych niedostatkach procesu legislacyjnego – wrażenie wspomnianych na wstępie: „inflacji” czy „nadprodukcji” prawa. Jednak z natury rozdziału kompetencji Unii i państw członkowskich, oraz z zasad ogólnych prawa Unii Europejskiej wynika, że dokonanie kompleksowej deregulacji choćby części dziedzin gospodarki jedynie za pomocą instrumentów prawa krajowego jest niemożliwe. Państwa członkowskie Unii stworzyły między sobą nowy porządek prawny, którego częścią jest unijne prawo rynku wewnętrznego, obejmującego swym zasięgiem całe terytorium państwowe Rzeczypospolitej Polskiej.

¹⁶² A. Nowak-Far, op. cit., s. 40 i n.

V. Deregulacja prawa podatkowego

Paweł Gruza

Wprowadzenie

Temat deregulacji prawa podatkowego najczęściej podejmowany jest ogólnikowo w programach partii, następnie w przedwyborczej publicystyce politycznej, a na końcu w expose zwycięskich premierów. Niestety po wyborach zagadnienie to bardzo szybko schodzi na dalszy plan i ustępuje miejsca bieżącym koniecznościom polityki finansowej i gospodarczej. Za ulubioną retoryką polityczną posługującą się sloganami takimi jak: „podatek liniowy,” „3x15%,” „uproszczenie podatków,” lub „zniesienie ulg” nie stoi przemyślana przez polityków lub ekspertów strategia fiskalna dla Polski, nie wspominając już o konkretnych propozycjach lub nawet założeniach zmian legislacyjnych. Mimo wagi problemu, temat deregulacji prawa podatkowego nie doczekał się w kraju szerszych opracowań naukowych.

A przecież deregulacja prawa podatkowego (i szerzej prawa gospodarczego) oraz przeciwdziałanie jego postępującemu skomplikowaniu powinno być jednym ze strategicznych celów warunkujących rozwój gospodarczy Polski. Cel ten powinien być wyraźnie sformułowany i postawiony przez rządzące środowiska polityczne administracji centralnej, która w odniesieniu do prawa podatkowego, pełni pierwszoplanową rolę w formułowaniu obowiązujących przepisów.

Podkreślenia wymaga fakt, że uproszczenie naszego skomplikowanego systemu podatkowego powinno cieszyć się wspólnym poparciem wszystkich środowisk politycznych. Różnice polityczne mogą i powinny zarysowywać się wyraźnie w kwestiach takich jak np. stawki lub stawka podatku dochodowego od osób fizycznych (dalej: PIT), opodatkowanie usług finansowych lub nieruchomości, stawka podatku od osób prawnych (dalej: CIT), stawki podatku od towarów i usług (dalej: VAT) na żywność, ubranka dziecięce lub książki, wysokości ulg prorodzinnych, kierunki reform regulacji podatkowych na poziomie Unii Europejskiej itd. Powyższe dylematy znajdą swoje rozwiązanie w naturalnym procesie demokratycznych wyborów społeczeństwa.

Natomiast trudno dopatrzeć się powodów do sporów politycznych wokół np. kwestii, czy warto ograniczyć ilość formularzy PIT na podstawie, których podatnicy wykazują dochody – w 2010 r. obowiązywało aż 38 odrębnych wzorów deklaracji PIT. Tutaj powinien obowiązywać konsensus polityczny i wynikająca z tego presja na urzędników Ministerstwa Finansów (dalej: MF) odpowiedzialnych za przygotowywanie kolejnych nowelizacji ustaw podatkowych.

Wątki deregulacji prawa podatkowego pojawiały się wielokrotnie w expose premierów¹⁶³. Najdobitniej potrzebę deregulacji wyraził w 2007 r. premier Donald Tusk:

¹⁶³ Premier Kazimierz Marcinkiewicz: „Przeprowadzimy zmiany w systemie podatkowym. Ich celem jest nie tylko zmniejszenie obciążeń oraz uproszczenie całego systemu, ale także promowanie rodziny. Do najważniejszych zamierzeń zaliczyć trzeba przede wszystkim wprowadzenie dwóch stawek w podatku dochodowym od osób fizycznych 18 proc. i 32 proc. z kwotą wolną od podatku. Wdrożymy rozwiązania umożliwiające składanie

„Będziemy prowadzili tę politykę rozważnie, to musi być rozważny marsz. Ale chcę, aby to był marsz zawsze w jednym kierunku, zawsze w kierunku niższych podatków i zawsze w kierunku rezygnacji z nadmiernych, często zbędnych danin publicznych, jakie obywatel płaci na rzecz administracji. ... Nie bierze się pod uwagę tego, co najpiękniejsze w wolnej gospodarce, co najważniejsze w wolnej gospodarce. Nie bierze się pod uwagę tego, że wolni ludzie, nieskrępowani zbyt wysokim podatkiem, zbyt skomplikowanymi przepisami, że wolni ludzie wytwarzają coraz więcej dóbr. ... Główny kierunek tych naszych propozycji w tych najbliższych miesiącach to radikalne uproszczenie prawa gospodarczego, prawa podatkowego i trybu poboru składek ZUS. Wprowadzenie ale wreszcie na serio zasady jednego okienka przy zakładaniu firmy, usprawnienie sądownictwa gospodarczego i realne skrócenie okresu sądowego egzekwowania należności.”

Tezy te pozostają jak najbardziej aktualne w 2012 r. W minionej kadencji przeprowadzono sporo zmian legislacyjnych ułatwiających podatnikom prowadzenie działalności gospodarczej, chociaż najistotniejsze z nich wymuszone były orzeczeniami sądów, a nie wolą polityczną, np. szybsze zwroty VAT oraz możliwość wysyłania faktur e-mailem. Brak jest natomiast istotnych zmian stricte deregulacyjnych polegających na eliminacji zbędnych kazuistycznych regulacji. Powyższa smutna teza dotyczy zarówno obecnej jak i wielu poprzednich kadencji. Polski podatnik nie doczekał się skoku modernizacyjnego w tym obszarze i co gorsza, na horyzoncie planowanych nowelizacji podatkowych nie ma czegoś co można nawet na wyrost określić mianem „radikalnego uproszczenia”.

Skomplikowanie prawa podatkowego wydaje się podążać w Polsce wyłącznie w jednym kierunku. Od 2006 do 2011 r. przyrost objętości przepisów podatkowych, liczony skrajnie uproszczoną metodą, tj. ilością stron wydruku podstawowych aktów prawnych w tej materii, to około 25 - 30%. Jest wiele przyczyn tego pozornie nieodwracalnego trendu. Zostaną one w szczególności omówione w dalszej części opracowania.

W tym miejscu pragniemy podkreślić, że wyjątkowe skomplikowanie polskiego systemu podatkowego nie jest subiektywną opinią autora, ale jest dostrzegane przez niezależne i obiektywne ośrodki badawcze. Polska w światowym rankingu Banku Światowego i firmy doradczej PWC „Paying Taxes 2012”, który klasyfikuje państwa na świecie pod względem jakości i przyjazności systemu podatkowego, zajęła skrajnie odległą 127 pozycję. Ranking ten opiera się m.in. o czynniki takie jak ilość płatności podatkowych do wykonania w roku przez hipotetyczny wystandaryzowany podmiot gospodarczy oraz przybliżony czas, który podmiot ten musi poświęcić na przygotowanie zeznań podatkowych. Oznacza to, że ranking ten de facto mierzy stopień skomplikowania systemów podatkowych, a Polska konsekwentnie wypada na tym tle bardzo słabo.

deklaracji podatkowych drogą elektroniczną. Uprościmy system podatkowy. Z kolei zniesienie już w 2006 roku podatku od zysków kapitałowych powinno zachęcić do większego zainteresowania się rynkiem kapitałowym.” Premier Leszek Miller: „Nastąpi także przegląd prawa podatkowego, wyeliminowanie jego luk i nieścisłości. Nie można dłużej tolerować sytuacji, w której organy skarbowe dowolnie interpretują przepisy podatkowe. Dla wielu przedsiębiorców utrapieniem nie jest sama wysokość obciążeń podatkowych, choć są one znaczne, lecz chaos panujący w przepisach, niejasności i sprzeczności wzajemne.”

Brak poprawy na przestrzeni kilku lat (dla porównania w 2007 r. Polska zajmowała 125 miejsce) na pewno nie spełnia uzasadnionych ambicji Polski jako rozwijającego się państwa w sercu Europy. Jeśli spojrzeć na inne obiektywne rankingi oceniające stopień rozwoju cywilizacyjnego naszego kraju Polska bezwzględnie zalicza się do pierwszej ligi¹⁶⁴. Dlatego też uzasadnionym jest twierdzenie, że jakość tworzonego prawa podatkowego daleko odbiega od jakości innych obszarów działań legislacyjnych naszego państwa.

Przyczyny skomplikowania systemu podatkowego

Proces tworzenia prawa podatkowego w Polsce jest wielce niedoskonały. Przepisy podatkowe przechodzą często ekspresową drogę legislacyjną, podczas której swoje piętno odciskają urzędnicy MF, eksperci, doradcy podatkowi, lobbyści i na końcu posłowie i senatorowie. Proces legislacyjny jest nieprzejrzysty. Istotne zmiany są wprowadzane często na ostatnim etapie legislacji, w „drugim / trzecim czytaniu”, co wyklucza merytoryczną i spokojną dyskusję. Zmiany, które powinny przejść przez MF i zostać opatrzone rządowym uzasadnieniem i skrupulatną oceną skutków regulacji są zgłaszane przez posłów, a konsultacje społeczne, z uwagi na typowy dla nowelizacji podatkowych pośpiech, są skutecznie eliminowane.

Ponieważ na pierwszy plan środków umożliwiających poprawę polskiego prawa podatkowego wysuwa się jego deregulacja należy rozważyć, czy wymienione powyżej podmioty, które mają realny wpływ na kształt legislacji mają także realny interes w tym, aby kształtować prawo podatkowe w sposób nieskomplikowany.

- **Minister Finansów** – osoby pełniące tę zaszczytną funkcję zazwyczaj są naukowcami z dziedziny makroekonomii. Z tej perspektywy ich naturalną ambicją i obszarem specjalizacji jest zachowanie bezpieczeństwa finansów publicznych i stymulowanie wzrostu gospodarczego poprzez odpowiednie kształtowanie struktury wydatków i rozchodów budżetowych. Skoncentrowanie się na stronie wydatkowej powoduje, że wszelkie reformy podatkowe są postrzegane jako zagrożenie dla stabilności drugiej strony równania, tj. dochodów budżetowych. Dlatego też mając do wyboru rządzenie poprzez decydowanie o strukturze wydatków lub reformy podatkowe, ministrowie finansów nigdy nie zdecydowali się na to drugie, a od początku lat 90 nie było w Polsce reformy podatkowej – za taką nie można także uznać obniżania stawek PIT lub CIT ani też wprowadzania w kraju nowego zharmonizowanego z regulacjami UE podatku VAT.
- **Urzędnicy MF** – priorytetem osób odpowiedzialnych za przygotowanie projektów legislacyjnych w MF jest takie kształtowanie przepisów, aby możliwe było skuteczne ściąganie dochodów budżetowych¹⁶⁵, kwestia skomplikowania przepisów podatkowych nie jest brana

¹⁶⁴ Dla unaocznienia fatalnej pozycji Polski w rankingu „Paying Taxes 2011” zwrócić należy uwagę, że w innych światowych rankingach, np. Human Development Index prowadzonym przez ONZ, określającym stopień rozwoju cywilizacyjnego (np. w oparciu o średnią śmiertelność noworodków), Polska plasuje się wysoko - miejsce 41 (tzw. państwa bardzo wysoko rozwinięte). Natomiast w rankingu FIFA, polska drużyna narodowa piłki nożnej, co do poziomu której każdy Polak ma wyrobione zdanie, zajmuje daleką 65 pozycję na świecie, co i tak jest 56 pozycji lepiej niż w rankingu „podatkowym”.

¹⁶⁵ Chociaż patrząc na perturbacje związane np. z akcyzą na energię elektryczną lub prawem do odliczenia VAT od samochodów osobowych z kratką można mieć wątpliwości, czy bezpieczeństwo dochodów budżetowych faktycznie było priorytetem, z którego konkretni urzędnicy i autorzy przepisów byli rozliczeni.

pod uwagę. W odniesieniu do podatków dochodowych przepis ma gwarantować powszechność opodatkowania (brak wycieków dochodów). W odniesieniu do podatku VAT przepis ma gwarantować zastosowanie odpowiedniej stawki (zawężające definicje zwolnień i stawek obniżonych). Z perspektywy urzędnika bez znaczenia jest stopień komplikacji dla podatnika, priorytetem jest brak nieprzewidzianego negatywnego skutku dla budżetu. Tak jednostronne podejście legislatorów powoduje formułowanie szczelnych, ale skrajnie trudnych gramatycznie przepisów¹⁶⁶ przekraczających percepcję statystycznego podatnika.

- **Doradcy podatkowi, eksperci** – osoby te nie mają kłopotów z rozumieniem, stosowaniem i doradzaniem w zakresie najbardziej skomplikowanych przepisów podatkowych.
- **Zarejestrowani lobbyści** – podmioty te reprezentują skoncentrowany interes swoich mocodawców wobec rozproszonego interesu ogółu podatników, co zazwyczaj prowadzi do kazuistycznie sformułowanych przepisów dedykowanych partykularnemu odbiorcy.
- **Posłowie i senatorowie** – osoby te pozbawione są systemowego wsparcia merytorycznego (głównie analitycznego) co powoduje, że wiele dobrych oddolnych inicjatyw parlamentarnych podważanych jest przez urzędników MF jako „zagrożające bezpieczeństwu finansów publicznych”. Przykładem może służyć tu działalność Komisji Sejmowej „Przyjazne Państwo”, która poza przypadkami ewidentnego lobbingu, proponowała wiele dobrych rozwiązań podatkowych, które jednak odbiły się od muru postawionego przez MF. Oznacza to, m.in. że parlament nie może być źródłem deregulacji w Polsce.
- **Stowarzyszenia przedsiębiorców** – podmioty te mają niestety niewielki wpływ na całokształt legislacji podatkowej w kraju.

Powyższe oznacza, że organy państwa oraz inne podmioty uczestniczące w procesie legislacji podatkowej nie mają realnych korzyści z ograniczania skomplikowania prawa podatkowego, w tym poprzez jego deregulację. Jedyna szansa na uzdrowienie tej sytuacji i prawidłowe określenie priorytetów legislatorom MF może wynikać z konsekwentnie egzekwowanej woli politycznej na szczeblu premiera lub ministra finansów. Niestety osoby pełniące te stanowiska rzadko specjalizują się w tematyce podatkowej, co uniemożliwia określenie i skuteczne wymaganie od urzędników przygotowania i wprowadzenia ambitnych reform. Z drugiej strony całkowite oparcie się premiera i ministra finansów na merytorycznym przygotowaniu zastanego aparatu administracyjnego MF prowadzi do stagnacji.

¹⁶⁶ Skrajny przykład to art. 22 ust. 2 i 3 ustawy o VAT: ust. 2 W przypadku gdy kilka podmiotów dokonuje dostawy tego samego towaru w ten sposób, że pierwszy z nich wydaje ten towar bezpośrednio ostatniemu w kolejności nabywcy, przy czym towar ten jest wysyłany lub transportowany, to wysyłka lub transport tego towaru jest przyporządkowana tylko jednej dostawie; jeżeli towar jest wysyłany lub transportowany przez nabywcę, który dokonuje również jego dostawy, przyjmuje się, że wysyłka lub transport jest przyporządkowana dostawie dokonanej dla tego nabywcy, chyba że nabywca ten udowodni, że wysyłkę lub transport towaru należy zgodnie z zawartymi przez niego warunkami dostawy przyporządkować jego dostawie. Ust. 3 W przypadku, o którym mowa w ust. 2, dostawę towarów, która: 1) poprzedza wysyłkę lub transport towarów, uznaje się za dokonaną w miejscu rozpoczęcia wysyłki lub transportu towarów; 2) następuje po wysyłce lub transporcie towarów, uznaje się za dokonaną w miejscu zakończenia wysyłki lub transportu towarów

Stanowisko MF

Opublikowany w maju 2011 r. przez Ministerstwo Finansów „Raport o deregulacji 2008-2011” przedstawia zarówno cele, metodologię działania, jak i osiągnięcia deregulacyjne minionej kadencji parlamentu. Dla MF jasne jest, że czynnikiem hamującym rozwój gospodarki jest jej przeregulowanie zarówno w zakresie podatków, jak i innych warunków prawnych prowadzenia działalności. Ograniczenie regulacji prowadzi do wzrostu konkurencyjności i produktywności, co w konsekwencji pozytywnie wpływa na wzrost gospodarczy w krótkim, jak i w długim terminie. Powyższe tezy MF są jak najbardziej słuszne.

W raporcie MF podkreśla się także, że z uwagi na polską „ugruntowaną gospodarkę rynkową” prowadzono działania na zasadzie „szeregu małych kroków”, co ma być lepsze niż „duże i spektakularne działania”. Tu należy jednak zauważyć, że podejście polegające na licznych drobnych nowelizacjach to wybór polityczny i nie jedyny sposób polepszania systemu podatkowego. Po pierwsze, ugruntowana gospodarka rynkowa nie wyklucza kompleksowych reform podatkowych, które nota bene jeszcze na samym początku kadencji przewijały się w wypowiedziach przedstawicieli MF. Dla przykładu można przywołać niedawną reformę systemu podatkowego w Australii, która zakończyła się gospodarczym i fiskalnym sukcesem. Po drugie, liczne drobne zmiany – nawet idące w dobrym kierunku – wiążą się z nieustającymi kosztami dostosowywania się podatników do nowego otoczenia prawnego. Kierunek zmian należy docenić, chociaż bojaźliwość w ich wprowadzaniu jest nieuzasadniona – większość zmian miała żaden, bądź niewielki wpływ na dochody budżetowe. Ponadto, niewielka skala zmian mimo ich liczności oraz brak istotnych zmian jakościowych jest nieadekwatna do potrzeb naszego systemu podatkowego.

Raport MF w ostatniej części przedstawia także listę około 100 konkretnych korzystnych zmian w prawie, które MF uznało za spełniające kryterium deregulacji. Niestety wiele z nich mimo, że ich celem jest ułatwienie rozliczeń podatnikom faktycznie przyczynia się do inflacji i skomplikowania prawa: np. zliberalizowano zasady wystawiania zbiorczych faktur korygujących w przypadku udzielania rabatów okresowych i wprowadzono specjalny sposób rozliczenia VAT dla magazynów konsygnacyjnych, lecz obwarowano te prawa warunkami, których spełnienie często jest niemożliwe i może prowadzić do jałowych sporów z organami podatkowymi. Tego typu działania MF są charakterystyczne – warunki ustawowe podważają sens wprowadzenia korzystnych zmian (przykłady są liczne: ulgi na złe długi, grupy podatkowe itd.).

Bardzo wiele zmian wymienionych w raporcie nie wynika z dobrej woli politycznej rządzących, a jest wynikiem orzeczeń sądów administracyjnych, które de facto wymusiły na ustawodawcy korzystne dla podatników zmiany. Sądy potwierdziły prawa podatników, które nie wynikały z krajowych przepisów a z dyrektyw wspólnotowych. Sztandarowe przykłady dorobku poprzedniej kadencji, takie jak np. wprowadzenie ekofaktur przesyłanych e-mailem bez podpisu elektronicznego, szybsze zwroty VAT od inwestycji, zniesienie kaucji gwarancyjnych w obrocie wewnątrzspółnotowym, zniesienie progu 2% dla rozliczających się współczynnikami struktury sprzedaży w VAT to wszystko przykłady zmian wymuszonych przez polskich podatników, którzy wytrwale bronili swoich praw przed sądami administracyjnymi lub Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości wbrew konsekwentnemu i często

zacieklemu stanowisku MF. Po przegranych sprawach sądowych MF w końcu zdecydowało się na liberalizację przepisów, a w przywołanym raporcie podkreśla dorobek deregulacyjny kadencji.

Największe zastrzeżenia należy mieć jednak do rozumienia w raporcie samego pojęcia „deregulacji”.

Pojęcie deregulacji

Zgodnie z logiką przywołanego raportu, deregulacją określa się każdą zmianę prawa ułatwiającą obywatelowi (w tym przypadku podatnikowi) działanie. Jest to dość szerokie podejście do tematu deregulacji i w ocenie autora niewłaściwe. Przyjęcie takiej definicji powoduje, że deregulacją nazywamy np. wprowadzenie skomplikowanych regulacji nadających podatnikowi jakieś prawo (potocznie: ułatwienie). W konsekwencji, przeregulowaniu nadaje się przymiot deregulacji.

Zdaniem autora nie jest to jedynie akademicki spór semantyczny. Prawidłowe zdefiniowanie deregulacji pozwoliłoby postawić konkretne cele legislatorom pracującym w MF odnośnie oczyszczenia polskiego prawa podatkowego ze zbędnych przepisów, przesłanek, warunków, odniesień itp., które osadziły się przez dwie dekady nowelizacji ustaw podatkowych.

Wprowadzenie precyzyjnej definicji deregulacji prawa podatkowego nie umniejsza w żadnej mierze znaczenia pozytywnych zmian wprowadzonych w tej i poprzednich kadencjach.

W związku z powyższym proponuje się, aby deregulacja, na potrzeby dalszej części artykułu, rozumiana była jako: zmiana legislacyjna, wynikająca ze świadomej decyzji politycznej o uproszczeniu relacji pomiędzy organami państwa i / lub obywatelami, która ogranicza:

- ilość wyróżnionych stanów faktycznych (hipotez norm prawnych), z którymi dotychczasowa regulacja prawna wiązała obowiązek konkretnego zachowania, lub
- ilość konkretnych zachowań (dyspozycji norm prawnych), które były wymagane dotychczasową regulacją prawną w przypadku wystąpienia wyróżnionego stanu faktycznego.

Innymi słowy deregulacja ograniczy kazuistykę naszego prawa.

Zgodnie z tą definicją tylko garstka zmian wspomnianych w raporcie MF spełniała kryterium deregulacji. O słuszności tej definicji oraz o potrzebie kontynuowania działań w tym kierunku świadczy jednak bardzo pozytywny odbiór zmian spełniających tę precyzyjną definicję, np.:

- likwidacja przepisu ograniczającego odliczanie VAT z tytułu poniesionych wydatków, które nie stanowią kosztów uzyskania przychodów – brak konieczności odwołania się przy kwalifikacji danego wydatku do przepisów o podatku dochodowym,
- likwidacja przepisu uniemożliwiającego zaliczenie do kosztów podatkowych kosztów zaniechanych inwestycji.

Powyższe nieliczne zmiany faktycznie przyczyniły się do ograniczenia skomplikowania prawa podatkowego poprzez eliminację specyficznych sytuacji i związanych z nimi specyficznych konsekwencji podatkowych.

Zbędna kazuistyka

Dla zobrazowania stopnia skomplikowania polskiej legislacji podatkowej można przytoczyć przykład ilości szczegółowych reguł określających tzw. moment powstania obowiązku podatkowego w podatku VAT. Polska ustawa w tym zakresie przewiduje około kilkadziesiąt skomplikowanych reguł co powoduje, że dla kilkuset indywidualnych wyróżnionych stanów faktycznych przewiduje się specyficzne konsekwencje podatkowe. Dla porównania w Irlandii (lidera UE w rankingu przyjaznych jurysdykcji podatkowych) obowiązuje kilka dość prostych reguł w tym zakresie.

Co przeregulowanie kwestii technicznej w podatku VAT oznacza w praktyce dla podatnika i urzędnika?

Po pierwsze, podatnik np. zajmujący się przewozem ładunków czyta przepis ustawy o VAT: dla usług transportu ładunków (kolejami, taborem samochodowym, statkami, promami, samolotami i śmigłowcami) oraz spedycyjnych i przeładunkowych, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą otrzymania całości lub części zapłaty, nie później jednak niż 30 dnia, licząc od dnia wykonania usług. Oznacza to, że proste przepisy dotyczące płacenia VAT w miesiącu wystawienia faktury lub otrzymania zaliczki niestety go ominęły.

Ten jeden szczególny przepis powoduje, że podatnik jest zmuszony zbierać, gromadzić i analizować liczne precyzyjne parametry realizacji swojej działalności gospodarczej wyłącznie dla celów prawidłowego opodatkowania VAT:

- najpierw spośród wszystkich sprzedawanych usług podatnik musi wyróżnić usługi transportowe (co wbrew pozorom nie jest jednoznaczne i na wstępie powoduje wątpliwości interpretacyjne, np. czy usługa kurierska lub pocztowa to forma transportu i gdzie dokładnie leży granica skoro każdy klient ma trochę inne wymagania),
- następnie gromadzi informacje, czy dany transport jest realizowany przez kuriera jadącego samochodem, czy motorowerem (uwaga: motorower nie jest objęty tym szczególnym przepisem),
- następnie zapisywana jest precyzyjna data, kiedy została wykonana usługa (podatnik musi przyjąć jakieś reguły dla celów VAT określające datę wykonania w przypadku możliwych reklamacji klienta i wątpliwości, czy usługa faktycznie została zrealizowana),
- koniecznie musi regularnie sprawdzać wyciąg bankowy, czy otrzymał całkowitą płatność przed 30 dniem od dnia wykonania usługi, bo w odniesieniu do tej całości wynagrodzenia musi zapłacić VAT w miesiącu trzymywania zapłaty,
- jeśli nie, to podatnik skrupulatnie pilnuje, czy otrzymał częściową płatność bo w odniesieniu do tej części już musi zapłacić VAT za miesiąc otrzymania (oczywiście pojedynczy klient często zamawia wiele usług w miesiącu a przelewy nie są opisane precyzyjnie co powoduje konieczność żmudnego alokowania konkretnych wpłat do konkretnych usług wyłącznie dla celów VAT bowiem dla celów rachunkowych i biznesowych ważne jest tylko saldo wzajemnych rozliczeń),
- podatnik odlicza i czeka na 30 dzień od dnia wykonania usługi, podatnik musi zapłacić VAT od całości,

- jednak jeśli już wcześniej zapłacił VAT od dokonanej przez klienta częściowej wpłaty podatnik musi wyliczyć brakującą różnicę i od tak wyliczonej specjalnie kwoty zapłaci VAT.

Z drugiej strony, urzędnik przychodząc na kontrolę musi sprawdzić powyższą procedurę z rzeczywistymi rozliczeniami podatnika z fiskusem i robi to na podstawie źródłowych dokumentów (raportów, potwierdzeń, przelewów, oświadczeń itd.) mozolnie zbieranych i porządkowanych przez podatnika. Na marginesie dyskusji o skomplikowaniu prawa podatkowego, należy podkreślić że jest ono podstawową przyczyną nieefektywnego alokowania zasobów aparatu skarbowego¹⁶⁷.

W konsekwencji powyższej zabawy w prawidłowe trafienie z rozliczeniem VAT z tytułu usługi transportowej, zarówno podatnik, jak i urzędnik dosłownie tracą czas.

Prawidłowe spełnienie powyższej procedury nie ma najmniejszego wpływu na wartość dochodów budżetowych, czyli zebranych podatków. Zastosowanie reguły ogólnej zamiast szczególnej (np. VAT płacony w miesiącu wystawienia faktury, lub wg. terminu płatności) powodowałoby przyspieszenie lub opóźnienie realizacji tych samych co do wartości dochodów budżetowych o jeden okres rozliczeniowy (jeden miesiąc). Nonszalancja urzędnicza stojąca u podstaw takiego nakreślenia przepisu jest dziś nie do usprawiedliwienia. Utrzymywanie w obiegu prawnym tego przepisu oraz tysięcy podobnych zbędnych regulacji wyłącznie utrudnia rozwój gospodarczy. Po pierwsze, przepis wydaje się stać w sprzeczności z prawem UE (jest zbyt skomplikowany względem norm dyrektywy). Po drugie, należy przypomnieć, że niedawno wprowadzono możliwość rozliczania się z podatku VAT (składanie deklaracji) przez dużych podatników w okresach kwartalnych, co podważa jakkolwiek sens obowiązku tak precyzyjnego określania momentu podatkowego na poziomie konkretnej usługi. Sytuację można porównać do mierzenia ściany suwmiarką w celu kupienia odpowiedniej ilości tapety, która jednak sprzedawana jest na metry.

Powyższy przykład pokazuje, jak wiele – wydawałoby się – prosty przepis podatkowy powoduje zawirowań w praktyce gospodarczej. Niestety w polskim prawie podatkowym jest obecnie mnóstwo podobnie zbędnych przepisów, które powinny być systematycznie poddawanych krytycznej ocenie deregulacyjnej.

Rachunek deregulacyjny

Powyższy absurd podatkowy możliwy jest wyłącznie dlatego, że na żadnym etapie legislacji nie dokonano krytycznej oceny i porównania następujących czynników:

- korzyści społecznych – w tym przede wszystkim wysokości i bezpieczeństwa dochodów budżetowych, ale także ułatwień dla podatników wynikających z takiego precyzyjnego sformułowania przepisu, oraz na drugiej szali
- kosztów dla gospodarki związanych z koniecznością prawidłowego i zgodnego z prawem zrealizowania precyzyjnego obowiązku.

¹⁶⁷ Wyraźnie to widać na bazarach, na których bezkarnie oferuje się przemycone papierosy i alkohol, a w warsztatach samochodowych i firmach budowlanych płacone VAT to wyjątek a nie zasada.

Powyższy rachunek powinien być przeprowadzony dla każdego wyróżnionego w akcie prawnym stanu faktycznego. W naszym przykładzie pytanie, na które legislator powinien być odpowiedzieć brzmi, czy korzyści fiskalne lub gospodarcze z tytułu podatku VAT uzasadniają koszty wyróżnienia następujących sytuacji dla celów tego podatku:

- wyróżnienie transportu samochodowego i motorowerowego,
- wyróżnienie usługi opłaconej w części lub w całości w ciągu 30 od dnia wykonania i usługi nieopłaconej w ciągu tych 30 dni,
- wyróżnienie daty wykonania i daty 30 dnia od dnia wykonania.

Oczywiście rachunek ten nie może dać pozytywnego rezultatu i korzyści fiskalne lub gospodarcze nie uzasadniają kosztów związanych z realizacją tak sformalizowanej regulacji. Wynik negatywny zmusiłby legislatora do poszukiwania innych prostszych rozwiązań branżowych lub oparcie się na jednej z reguł ogólnych i de facto rezygnacji z wyróżnienia transportu w kontekście momentu powstania obowiązku podatkowego w VAT.

Czytając przepisy podatkowe będące rezultatem prac legislatorów dochodzi się do wniosku, że analizy takie nie są czynione, ani na poziomie mikro (tak jak w przywołanym przykładzie), ani na poziomie makro, np. czy uzasadnione jest utrzymywanie podatku od psów (być może analiza rachunku korzyści i kosztów doprowadziłaby w końcu do dokręcenia śruby podatkowej miejskim kotom).

Bezwzględnie tego typu analizy powinny być każdorazowo prowadzone w MF w odniesieniu do każdego nowego przepisu prawa podatkowego oraz powinien być określony szczegółowy harmonogram systematycznych prac nad dotychczasową legislacją. Uciążliwości dla podatników związane z dostosowaniem się do przepisów z wyeliminowanymi zbędnymi przeregulowaniami (jak w przykładzie z usługą transportową) powinny być zminimalizowane poprzez długi okres dostosowawczy.

Przykładowo przepisy takie można skreślić z dniem 1 stycznia roku następnego po roku uchwalenia zmiany (co zmusza podatników do przygotowania się do stosowania zasad ogólnych), jednak w przepisach przejściowych pozostawia się możliwość stosowania dotychczasowych zasad rozliczeń przez okres np. od 12 do 24 miesięcy. Tak długi okres dostosowawczy jest konieczny z powodu konieczności ingerencji podatników w ich systemy informatyczne. Wymaga to zaangażowania zasobów finansowych i kadrowych firm informatycznych, których jest ograniczona ilość (kumulację tego typu problemów mieliśmy np. przy niedawnej zmianie stawek VAT co spowodowało niewydolność firm modyfikujących systemy w kasach fiskalnych).

W konsekwencji, proponowana deregulacja działałaby w myśl zasady: od skomplikowanego prawa, poprzez okres przejściowy współzobowiązania reguł starych i nowych, do uproszczonego systemu docelowego. Wydaje się, że powyższy model działania niesie za sobą najniższe koszty społeczne zmian na lepsze.

Pozostałe źródła skomplikowania prawa

Procesem rachunku deregulacyjnego powinny być objęte następujące newralgiczne punkty prawa podatkowego:

- skomplikowanie wynikające z odwoływania się prawa podatkowego do pojęć z innych gałęzi prawa – prawo podatkowe często posiłkuje się definicjami lub innymi regułami wynikającymi z odrębnych gałęzi prawa. Brak kompetencji legislatorów podatkowych w tych innych dziedzinach powoduje nieprzewidziane konsekwencje na gruncie podatkowym.

Na początku 2011 roku wprowadzono stawkę obniżoną VAT 8% dla wyrobów ciastkarskich i ciastek świeżych wyłącznie w przypadku, gdy dany wyrób oznaczony został datą minimalnej trwałości albo terminem przydatności do spożycia poniżej 14 dni. Przepis sformułowany tak, że decydujące znaczenie ma fakt oznaczenia wyrobu, a nie jego faktyczna trwałość. Niestety ciastka sprzedawane bez opakowania (np. w cukierniach) lub sprzedawane luzem (np. na wagę), zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w sprawie znakowania środków spożywczych, nie są (nie mogą być) oznaczane datą minimalnej trwałości lub terminem przydatności do spożycia. W konsekwencji, MF – faktyczny autor przepisu, z powodu nieprzewidzianych skutków regulacji w innej gałęzi prawa i wbrew własnym intencjom doprowadził do istotnego ryzyka opodatkowania stawką podstawową VAT 23% zwykłych ciastek w cukierniach (niezależnie od faktu, że ich obiektywna przydatności do spożycia wynosi 1 dzień, znacznie poniżej wyznaczonej przepisem granicy 14 dni).

- skomplikowanie wynikające ze wzajemnej współzależności poszczególnych podatków oraz współzależności wewnątrz danego podatku.

Jednym ze źródeł istotnych komplikacji jest uzależnienie konsekwencji podatkowych od innych przepisów w tej samej lub innej ustawie. Skrajnym przykładem jest przepis art. 19 ust. 19 ustawy o VAT, który traci przymiot języka polskiego i przeistacza się w kod informatyczny: „Przepisy ust. 1, 4, 5, 11, ust. 13 pkt 1 lit. b i c, pkt 2, 4 i 7-9 oraz ust. 14-16 stosuje się odpowiednio do importu usług, z zastrzeżeniem ust. 19a i 19b.” Można tylko dodać że konfuzję podatnika pogłębia fakt, że ust. 19a wyklucza stosowanie ust. 11 oraz pozostałych a ustęp 19b przywraca działanie ust. 11.

Czasami odwołanie do przepisu nie wystarcza i wtedy legislator odwołuje się do konkretnych zdań danego ustępu, tak jak we wdzięcznym art. 91 ust. 7b. ustawy o VAT: „W przypadku towarów i usług innych niż wymienione w ust. 7a, wykorzystywanych przez podatnika do działalności gospodarczej, korekty, o której mowa w ust. 7, dokonuje się na zasadach określonych w ust. 1, ust. 2 zdanie trzecie i ust. 3, z zastrzeżeniem ust. 7c.”

Ponadto odwołanie w ustawie o VAT przy rozliczeniach podatku naliczonego współczynnikiem struktury sprzedaży do kategorii „środków trwałych podlegających amortyzacji” dla celów podatku dochodowego powoduje kuriozalne i nieprzewidywalne konsekwencje w przypadkach np. podmiotów zwolnionych z CIT nie dokonujących amortyzacji.

- skomplikowanie prawa jako złożoność językowa – przywołane powyżej przykłady stanowią również ilustrację tego typu skomplikowania.

Postulat, że skomplikowanie normy prawnej powinno być dostosowane do zdolności rozumienia przeciętnego adresata tej normy zupełnie umyka urzędnikom MF przygotowującym przepisy wielokrotnie odwołujące się i uwarunkowane innymi przepisami. Dlatego tego typu przepisy powinny być w pierwszej kolejności poddane rachunkowi korzyści i kosztów.

Skomplikowanie prawa jako czynnik destabilizujący relację władza – obywatel

Podatnicy i organy skarbowe skazane są na permanentny konflikt. Podatnik pragnie ograniczać ciężar podatków, a organy skarbowe, na które spada niewdzięczna rola faktycznego poboru podatków, chcą mieć najszersze możliwe kompetencje weryfikacji rozliczeń i nacisku fiskalnego na podatników. Skomplikowane przepisy wykorzystywane są przez te dwa bieguny sporu dla swoich interesów. Podatnicy wykorzystują luki w misternie plecionej sieci podatkowej, natomiast organy skarbowe potrafią po latach zmienić linię interpretacyjną narażając wielu podatników na zaległości podatkowe (np. refakturowanie ubezpieczenia leasingu ze zwolnieniem z VAT, czy nieopodatkowane PIT pakiety medyczne dla pracowników).

Remedium na skomplikowane przepisy podatkowe miały być wiążące interpretacje podatkowe. Dziś system interpretacji ogólnych i indywidualnych tworzy obraz daleki od ideału przyświecającego twórcom obowiązujących w tym zakresie regulacji ordynacji podatkowej. Interpretacje ogólne są najczęściej wykorzystywane przez Ministra Finansów do doprecyzowania niejasnych przepisów, zastępując tym samym prawidłowy proces legislacyjny. Brak kontroli sądowej nad interpretacjami ogólnymi jest degradujący dla całego systemu. Dozwolona jest następująca logika działania: przepisy przygotowane są bez dostatecznej uwagi, następnie niedoskonałości naprawiane są interpretacją ogólną. Jeśli nawet pojedynczy podatnik w drodze interpretacji indywidualnej (która już podlega ochronie sądów) wywalczy sobie jakieś prawo, to i tak większość podatników będzie działać według interpretacji ogólnej.

Oznacza to, że protezy interpretacyjne nie zastąpiły i nie zastąpią dobrej legislacji.

Wymiar europejski

W rozważaniach nad deregulacją prawa podatkowego nie można pominąć wymiaru wspólnotowego.

Po pierwsze należy wyróżnić regulacje europejskie, które nie wymagają wprowadzenia poprzez polskie ustawodawstwo i są stosowane wprost przez polskich podatników w kształcie w jakim przyjęły je i opublikowały organy Unii Europejskiej. Pierwotnie regulacje te ograniczały się do zagadnień celnych, jednak coraz częściej tzw. rozporządzenia wykonawcze wykorzystywane są przez UE do regulowania powszechnego podatku VAT z pominięciem ustawodawstw krajowych. Niezależnie od dyskusyjnej kwestii ograniczającego się z czasem marginesu decyzji państw członkowskich w sprawach podatkowych, takie ukształtowanie źródeł prawa podatkowego ma swój negatywny wpływ na stopień jego skomplikowania z perspektywy adresata, tj. podatnika. Zwrócić należy uwagę, że podatnicy mali i średni, których nie stać na utrzymywanie w firmach profesjonalnych działów

dedykowanych sprawom podatkowym lub których nie stać na profesjonalne i permanentne doradztwo podatkowe nie mogą nadażyć z adaptowaniem się do kolejnego zewnętrznego źródła praw i obowiązków podatkowych. Oznacza to, że w sensie fiskalnym stają się płatnikami drugiej kategorii, tj. podmiotami, które nie są w stanie kontrolować ryzyka podatkowego i szans na optymalizacje podatkowe wynikających z innego niż krajowe ustawodawstwo.

Po drugie, podobny mechanizm dotyczy implementowanych w ustawodawstwie krajowym dyrektyw UE. Często zdarza się, że ustawodawstwo krajowe niedoskonale oddaje cel zakreślony dyrektywą. Jedynie podatnicy, których stać na pracochłonne analizy specjalistów są w stanie wykorzystać szanse ograniczenia swoich zobowiązań podatkowych, w oparciu o te niezgodności. Oznacza to, że w kontekście skomplikowania systemu podatkowego, podatnicy którzy pragną korzystać z pełni swoich konstytucyjnych i traktatowych praw muszą analizować każdą transakcję dwukrotnie, tj. zarówno z punktu widzenia krajowych jak i unijnych przepisów. Do powyższego labiryntu należy dodać jeszcze tzw. środki specjalne, które umożliwiają krajowej legislacji odstępstwa od zasad nakreślonych w przepisach UE.

Na powyższą skomplikowaną siatkę przepisów podatkowych nakłada się jeszcze pryzmat orzecznictwa administracyjnego krajowego i unijnego. Orzecznictwo to, wobec spotykanej często niskiej jakości legislacji, samo tworzy pewne koncepcje interpretacyjne, które de facto zastępują prawo, kolejny raz komplikując środowisko w którym porusza się podatnik.

Przeciętny podatnik nie jest w stanie śledzić jednocześnie krajowego i unijnego prawa, orzecznictwa krajowych i unijnych sądów, a co gorsza identyfikować szans i zagrożeń dla swojego zobowiązania wynikających z interakcji tych dwóch źródeł praw i obowiązków.

Problem skomplikowania prawa podatkowego jest dostrzegany na poziomie UE jako obciążenie i hamulec rozwoju wspólnego rynku. Jednak deregulacja prawa UE w zakresie podatków oznaczałoby de facto pozbawienie się UE dorobku harmonizacji w tej dziedzinie. Jest to w sprzeczności z oczywistymi tendencjami w Komisji Europejskiej, która niedawno zaproponowała zharmonizowanie CIT .

Wymogi regulacji europejskich stanowią często wymówkę dla rządzących przy wprowadzaniu kolejnych skomplikowanych nowelizacji. Należy tu podkreślić, że uzasadnienie takie często jest nadużyciem. Należy podkreślić, że Irlandia, która we wspomnianym rankingu przyjaznych jurysdykcji podatkowych Banku Światowego zajęła bardzo wysoką pozycję na świecie (miejsce 5) podlega tym samym rozporządzeniom, dyrektywom i orzecznictwu europejskiemu co Polska, która zajęła nieporównywalnie odległą pozycję (miejsce 127). Z drugiej strony, zmiany legislacyjne ułatwiające działanie podatnikom często wynikają wprost z wymogów dyrektyw, ale, jak zostało to już wcześniej przywołane, prezentowane są przez rządzących jako ich lokalny „deregulacyjny” dorobek.

Iluzje deregulacji

Możliwości nieograniczonego uproszczenia podatków to szkodliwa iluzja. Odpowiednie skomplikowanie systemu podatkowego jest konieczne i ma swoje racjonalne uzasadnienie.

Po pierwsze, dochody budżetowe wymagają wielu źródeł. Zagwarantowanie stabilności finansów publicznych w różnych cyklach koniunktury gospodarczej możliwe jest wyłącznie przy oparciu budżetów centralnych i samorządowych na wielu podatkach (np. jak wynika z doświadczenia ostatnich lat w recesji wolniej spadają dochody z VAT niż z CIT lub PIT, a inne podatki są prawie niezależne od koniunktury, jak np. podatek od nieruchomości). Nie oznacza to jednak, że powinniśmy wykluczyć odpowiedzialną dyskusję i rachunek korzyści i kosztów nad wieloma zbędnymi daninami publicznymi.

Po drugie, skomplikowanie podatków dochodowych pozwala na racjonalną politykę względem bazy podatkowej. Niestety eliminacja luk najczęściej wymaga doregulowania kwestii przychodów i nie zawsze możliwe jest rozszerzenie pierwotnych pojęć ustawowych. W podatkach obrotowych skomplikowanie prawa pozwala na racjonalne zarządzanie stawkami. Definicje nieprzetworzonych produktów spożywczych, sprzętu medycznego, usług finansowych i wielu innych towarów i usług wymagają minimalnego skomplikowania przy formułowaniu przepisów, tak, aby wyeliminować nadużycia takie jak np. sprzedawanie betoniarek jako mieszalników do pasz, które korzystały ze stawki obniżonej (z tych samych przyczyn popularne jest dziś klasyfikowanie kremu z gorczycy jako sosu zamiast jako musztardy).

Po trzecie, skomplikowanie prawa podatkowego wymuszone jest postępem cywilizacyjnym i możliwościami i zagrożeniami, które dają nowoczesne technologie. Korzyści dla gospodarki wynikające z możliwości stosowania tzw. ekofaktur wysyłanych e-mailem są prawdopodobnie niższe od strat podatków spowodowanych przez niefrasobliwie niedoceniony przez MF transfer dochodów z działalności internetowych kasyn poza Polskę.

Ponadto nieodpowiedzialne i „z automatu” uproszczanie prawa podatkowego dają pozorne korzyści. Nieuzasadnione skreślanie przepisów szczególnych przenosi często problemy związane z interpretacją przepisów ogólnych na inny etap stosowania prawa – głównie na sądy, które wykraczają poza swoją rolę orzekania o indywidualnych prawach i obowiązkach w konkretnych sytuacjach i przejmują rolę de facto legislacyjną. Jest to wyraźnie widoczne w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który musi interpretować często lakonicznie sformułowania dyrektyw w kontekście szczegółowych przypadków konkretnych podatników.

Powyższe zagrożenia wynikające z deregulacji nie powinny jednak wpływać na całościową ocenę, która sprowadza się do postulatu uproszczenia polskiego systemu podatkowego poprzez systematyczne identyfikowanie i eliminowanie przepisów, których korzyści społeczne (w tym budżetowe) nie uzasadniają ponoszonych przez podatników kosztów związanych z ich realizacją.

VI. Kilka uwag o deregulacji na tle Kodeksu Spółek Handlowych

Jacek Siński

I.

Przedmiotem niniejszej analizy jest kwestia oceny zasadności deregulacji problematyki objętej zakresem przedmiotowym Kodeksu spółek handlowych ze szczególnym uwzględnieniem przepisów tejże ustawy odnoszących się do spółek kapitałowych. Innymi słowy, chodzi tu o odpowiedź na pytanie, czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie potrzebna jest deregulacja stosunków objętych zakresem przedmiotowym Kodeksu spółek handlowych, a w szczególności w zakresie spółek kapitałowych, tj. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjnej.

II.

Pytanie o sensowność, czy też zasadność przeprowadzenia procesu deregulacji co do stosunków społecznych i gospodarczych objętych zakresem przedmiotowym Kodeksu spółek handlowych wiąże się z konkretnym rozumieniem pojęcia deregulacji, wypracowanym na potrzeby publikacji, której częścią jest niniejszy tekst. W ślad za resztą autorów pojęcie to rozumiem jako zmianę legislacyjną wynikającą ze świadomej decyzji politycznej o uproszczeniu relacji pomiędzy organami państwa i/lub obywatelami, która: po pierwsze, ogranicza ilość wyróżnionych stanów faktycznych (hipotez norm prawnych), z którymi dotychczasowa regulacja wiązała obowiązek konkretnego zachowania; lub, po drugie, ogranicza ilość konkretnych zachowań (dyspozycji norm prawnych), które były wymagane dotychczasową regulacją prawną w przypadku wystąpienia wyróżnionego stanu faktycznego.

III.

Na wstępie głównych rozważań trzeba wspomnieć swego rodzaju kontekst normatywny, z istnienia którego należy zdawać sobie sprawę. Albowiem prawo spółek handlowych *grasso modo* należy do prawa prywatnego tj. takiego, gdzie strony danego stosunku prawnego pozostają wobec siebie, z formalnego punktu widzenia, na pozycjach równorzędnych. Innymi słowy, co do zasady między stronami stosunków regulowanych przez prawo spółek kapitałowych nie zachodzi stosunek władczej podległości. Co więcej, w polskim systemie prawnym obowiązuje zasada jedności prawa cywilnego i ograniczonej autonomii prawa spółek handlowych. Innymi słowy, prawo spółek handlowych jest po prostu działem prawa cywilnego¹⁶⁸.

Jednocześnie nie można przy tym pomijać zasady bezpieczeństwa obrotu, która najogólniej rzecz biorąc sprowadza się do preferowania, w określonych w ustawie sytuacjach, interesów kontrahentów spółek kapitałowych, kosztem interesów samych spółek, jako osób prawnych i ich wspólników.

¹⁶⁸ Znalazło to swój normatywny wyraz w treści art. 2 ksh.

Nie można tu również zapominać o treści art. 2, art. 20 i art. 22 Konstytucji RP. Pierwszy z przywołanych przepisów określa Rzeczypospolitą Polską, jako demokratyczne państwo prawa. Drugi z tych przepisów dekretuje, iż podstawą systemu gospodarczego RP jest społeczna gospodarka rynkowa, oparta na wolności działalności gospodarczej, która w świetle ostatniego z trzech przywołanych przepisów konstytucyjnych może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Przy opisie kontekstu normatywnego, który należy uwzględnić przy czynieniu uwag dot. ewentualnej deregulacji i jej zakresu w prawie spółek handlowych, niestety w żaden sposób nie można też abstrahować od legislacji europejskiej, będącej przejawem nadprodukcji w tym zakresie Lewiatana europejskiego. Chodzi tu o standardy unijne zawarte w Dyrektywach Rady Wspólnot Europejskich¹⁶⁹.

IV.

Na koniec wstępnych rozważań trzeba podkreślić odmienności typologiczne między dwoma znanymi polskiemu systemowi prawnemu typami handlowych spółek kapitałowych, jakimi są: spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółka akcyjna. Ta pierwsza ze względu na osobowo-kapitałowy jej charakter jest bardziej zamknięta, a w konsekwencji możliwości wpływania jej wspólników na jej działalność są większe. Natomiast ta druga, ze względu na czysto kapitałowy charakter ma charakter otwarty, gdyż służy ona *de facto* zebraniu kapitału na wszelkiego rodzaju legalne inwestycje i przedsięwzięcia, jednakże z istotnym ograniczeniem możliwości wpływu akcjonariuszy na jej działalność. Moim zdaniem, powyższe rozróżnienie ma niebagatelne znaczenie przy analizowaniu kwestii deregulacyjnych w zakresie prawa spółek kapitałowych.

V.

Przechodząc do analizy problemu deregulacji w prawie spółek handlowych o charakterze kapitałowym i jej ewentualnego zakresu, dochodzę do wniosku, że istota ewentualnej deregulacji powinna polegać na jak największym urzeczywistnieniu zasady swobody umów, będącej fundamentem prawa cywilnego, którego częścią jest prawo spółek handlowych.

Najlepiej można ten cel osiągnąć poprzez stosowanie przez ustawodawcę w prawie spółek handlowych przepisów o charakterze *iuris dispositivi*. Innymi słowy, ustawodawca w przypadku spółek kapitałowych, będących przecież osobami prawnymi, może tworzyć modele ustawowe tychże spółek, lecz powinien to uczynić w jak najszerszym zakresie za pomocą przepisów dyspozytywnych, a to w celu zapewnienia zainteresowanym podmiotom w miarę pełnej możliwości swobodnego odejścia od ustawowego modelu, w każdym wypadku, kiedy jest to wynikiem potrzeby ich interesów, czy to prawnych, czy to ekonomicznych. Jednakże konstatacji tej nie można przyjąć bez jakichkolwiek ograniczeń.

¹⁶⁹ Kluczowe znaczenie w tym zakresie mają Dyrektywy I, II, III, VI, XI i XII.

Po pierwsze, w prawie spółek handlowych, musi obowiązywać zasada *numerus clausus* typów spółek handlowych. W konsekwencji nie można kreować na zasadzie swobody umów nowych typów spółek, a w szczególności spółek, którym miałyby przysługiwać przymiot osobowości prawnej. Po drugie, skorzystanie z zasłony korporacyjnej, wynikającej z osobowości prawnej spółek kapitałowych, a w konsekwencji ograniczenie odpowiedzialności ryzyka gospodarczego wspólników tychże spółek jedynie do środków weń zainteresowanych, musi z drugiej strony skutkować ograniczeniem swobody umów w prawie spółek handlowych. Po prostu, jeżeli zamierzam skorzystać z dobrodziejstwa osobowości prawnej obu typów spółek kapitałowych, i w ten sposób uczestniczyć w obrocie gospodarczym, jednocześnie ograniczając zakres swojego ryzyka jedynie do środków zainwestowanych w kapitał danej spółki i w ten sposób wyłączyć w pozostałym zakresie sięgnięcie do całego mojego majątku, to w konsekwencji muszą zgodzić się na częstsze zastosowanie przez ustawodawcę metody regulacji o charakterze imperatywnym bądź semiimperatywnym.

Po trzecie, zakres zastosowania regulacji dyspozytywnych powinien być większy w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością niż w spółce akcyjnej. Po prostu, osoby chcące zostać inwestorami w spółce akcyjnej ze względu na jej czysto kapitałowy charakter powinny mieć łatwiejszą możliwość oceny, jakie będą ich ewentualne prawa albo też obowiązki wynikające z tego rodzaju uczestnictwa kapitałowego, a taki stan rzeczy najłatwiej osiągnąć przez swoiste zestandaryzowanie wiązki praw i obowiązków korporacyjnych właśnie za pomocą regulacji imperatywnej, a co najwyżej semiimperatywnej.

Powyższe tym bardziej wydaje się zasadne, gdy będzie się pamiętać o tym, że spółka akcyjna stanowi twór gospodarczy wyposażony w osobowość prawną, który po spełnieniu określonych przesłanek może pozyskiwać fundusze przez emisję akcji skierowanych do niezwykle szerokiego, a nawet nieoznaczonego grona potencjalnych inwestorów (spółka publiczna). A przecież historia prawa i gospodarki zna wiele przypadków nadużycia formy spółki akcyjnej celem wyłudzenia potężnych środków finansowych od drobnych inwestorów np. afery tulipanowa w Holandii w XVII w., afery w Anglii i Francji w XVIII w. dotyczące towarzystw akcyjnych inwestujących na terenie tzw. Nowego Świata, tj. Indii i obu Ameryk, czy też afery we Francji pod koniec XIX w., a dotyczące towarzystw akcyjnych inwestujących w Kanał Sueski.

VI.

Mając na uwadze powyższe wywody o charakterze ogólnym, można rozważyć rezygnację przez ustawodawcę z regulacji zawartych w art. 304 § 3 i 4 ksh, wyrażających zasadę normatywnego kształtowania treści statutu ze wskazaniem na konieczność uchylecia w pierwszej kolejności treści § 3 art. 304. Tak daleko idące ograniczenia zasady swobody umów, szczególnie przy uwzględnieniu wyżej wspomnianego konstytucyjnego kontekstu normatywnego, nie zasługuje na utrzymanie; bowiem wbrew intencjom twórców Kodeksu spółek handlowych regulacje te nie służą zabezpieczeniu interesów akcjonariuszy, zwłaszcza mniejszościowych oraz szerzej pojmowanego bezpieczeństwa obrotu.

Nadto, można odwołać się do argumentu natury historycznej. Albowiem obowiązujące do końca 2000 roku przepisy Kodeksu handlowego nie zawierały takiej regulacji, a na tle ich funkcjonowania nie mieliśmy w praktyce do czynienia z poważnymi naruszeniami praw akcjonariuszy, czy też szeroko pojmowanego bezpieczeństwa obrotu w skutek nadużywania zasady swobody umów przy konstruowaniu zapisów statutów poszczególnych spółek akcyjnych.

VII.

W zakresie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością można postulować odejście od zasady gwarancyjnego charakteru kapitału zakładowego przy jednoczesnym wprowadzeniu testu upadłościowego.

Obecnie wysokość kapitału zakładowego w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ustawodawca określił na poziomie co najmniej 5.000 złotych, co jest sumą wręcz niewielką, nie dającą jakichkolwiek gwarancji bezpieczeństwa wierzycielom. W takim wypadku można byłoby sięgnąć do tzw. testu upadłościowego, zgodnie z którym w przypadku ogłoszenia upadłości danej spółki z o.o. w określonym czasie od daty jej zawiązania, jej wspólnicy musieliby dodatkowo ponosić odpowiedzialność wobec jej wierzycieli na poziomie wyższym, niż wysokość wpłat dokonanych na kapitał zakładowy, albowiem ogłoszenie upadłości spółki w pewnym czasie po jej zawiązaniu pozwala domniemywać, iż jej wspólnicy od samego początku jej nie doinwestowali.

Rezygnacja z zasady gwarancyjnego charakteru kapitału zakładowego spółki z o.o. pozwoliłaby na rozważenie koncepcji atypowej spółki z o.o. bez udziałów o wartości nominalnej w kapitale zakładowym. Z tego co już wiadomo, taki projekt został ograniczony w Komisji Kodyfikacyjnej przy Ministrze Sprawiedliwości.¹⁷⁰

Kolejną konsekwencją rezygnacji przez ustawodawcę z zasady gwarancyjnego charakteru kapitału zakładowego przy jednoczesnym wprowadzeniu testu upadłościowego w zakresie spółki z o.o. bez udziałów o wartości nominalnej w kapitale zakładowym mogłoby być rozszerzenie katalogu przedmiotów wkładu do takiej atypowej spółki z o.o. np. o świadczenie usług czy też pracy, bądź też o prawa niezbywalne, co wymagałoby stosownej zmiany obecnie obowiązującej treści art. 14 § 1 ksh.

VIII.

Nie ma wytłumaczenia dla utrzymywania szczególnego rodzaju odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 ksh przy braku analogicznej regulacji odnośnie spółki akcyjnej; tym bardziej, że różnice między oboma ustawowymi typami spółek w żaden sposób nie uzasadniają istnienia tego rodzaju rozróżnienia.

Powyższy wniosek jest tym bardziej zasadny, gdy się zważy, iż w prawie upadłościowym i naprawczym istnieje regulacja statuująca odpowiedzialność m.in. członków zarządów obu spółek w

¹⁷⁰ patrz: Przegląd Prawa Handlowego 12/2010 str. 5 i nast.

przypadku niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości danej spółki na czas, w skutek czego doszło do wyrządzenia szkody jej wierzycielom (art. 21 ust. 3). Innymi słowy, mamy tu do czynienia z regulacją chroniącą takie same dobra i w podobny sposób, jak to uczynił ustawodawca w treści art. 299 ksh.

IX.

Praktycy obrotu gospodarczego powszechnie narzekają na niezwykle sztywność regulacji dot. procesu łączenia spółek kapitałowych, który przewidziano w art. 491 i nast. ksh. W szczególności chodzi tu o uproszczone łączenie z art. 516 ksh.

Zupełnie niezrozumiałe jest użycie techniki legislacyjnej w postaci przepisów o charakterze imperatywnym co do terminów dokonywania poszczególnych czynności w procesie łączenia, bez jakichkolwiek wyjątków, które obejmowałyby np. sytuację pełnej zgodności między organami łączących się spółek co do przebiegu procesu łączenia. W takim wypadku, nie ma żadnych przeciwwskazań, aby na mocy stosowej umowy stron procesu łączenia nie mogłoby dojść do skrócenia ustawowych terminów przewidzianych na poszczególne czynności w procedurze łączenia, co skutkuje jej niezyciowym i sztucznym wydłużeniem.

Powyzsze jest szczególnie ważne, gdy będzie się miało w pamięci to, że sądy powszechne nadzwyczaj rygorystycznie badają przebieg procedury łączenia pod względem zachowania przewidzianych tam terminów, a to często skutkuje formalnymi perturbacjami w zachodzących procesach łączenia, które najczęściej są przejawem restrukturyzacji i racjonalizacji dotychczas istniejących struktur gospodarczych najczęściej w celu sprostania wymogom konkurencyjności.

X.

Deregulacja w prawie spółek handlowych może polegać również na zmniejszeniu ilości wpisów w rejestrze przedsiębiorców o charakterze konstytutywnym (skutki czynności prawnej uzależnione są od uprzedniego dokonania wpisu) przez przyznanie im charakteru deklaratoryjnego (skutki wpisu w rejestrze przedsiębiorców są niezależne od dokonania wpisu), a to wymagałoby dogłębnego rozważenia sensowności utrzymania dotychczas istniejących w tym zakresie regulacji w Kodeksie spółek handlowych.

Dla uczestników spółek kapitałowych jest nadzwyczaj istotne, aby dokonane przez nich czynności prawne wywoływały *solo consensu* wszelkie skutki nimi przewidziane, bez konieczności odwołania ich do czasu ewentualnego wpisu. Oczywiście muszą tu być wyjątki takie jak powstanie danej osoby prawnej dopiero przez jej wpis do stosownego rejestru.

XI.

Reasumując, deregulacja w prawie spółek handlowych jest ze wszech miar pożądana, jednakże ze względu na prywatnoprawny charakter tego działu prawa, najlepiej osiągać deregulacje za pomocą

techniki legislacyjnej w postaci stanowienia przepisów o charakterze dyspozytywnym. Tego rodzaju rozwiązanie najlepiej odpowiada interesom uczestników obrotu gospodarczego. Albowiem ci, którym odpowiada model ustawy obu spółek kapitałowych, poprzestaną na odwołaniu się doń w umowach (statutach), powołanych przez siebie spółek, natomiast ci, którym to nie będzie odpowiadało, będą mogli na zasadzie swobody umów wprowadzić do umów (statutów) zapisy odpowiadające ich interesom, jednakże wymaga to użycia przez ustawodawcę przepisów dyspozytywnych w jak najszerszym dopuszczalnym zakresie.

Na koniec chciałbym zaznaczyć, iż do postulatu deregulacji w zakresie prawa spółek handlowych należy podchodzić z należytą rozwagą. Albowiem trwałość i brak fluktuacji w czasie tego działu prawa prywatnego, regulującego przecież funkcjonowanie w obrocie określonych podmiotów gospodarczych, jest wartością samą w sobie. Dlatego też, wszelkie zmiany deregulacyjne w prawie spółek handlowych winny być poprzedzone stosownymi badaniami zmierzającymi do ustalenia jej sensowności i celowości wraz ze stosownymi ankietami skierowanymi do przedsiębiorców jak i do świata prawniczego (w zakresie zarówno doktryny jak i praktyki).

Nic tak nie szkodzi prawu prywatnemu jak częste przekuwanie bieżącej polityki w normy prawne, co nagminnie ma miejsce w obszarze prawa administracyjnego. Szczególnie powinny o tym pamiętać ośrodki badawcze będące zapleczem intelektualnym poszczególnych partii politycznych w Polsce. Bowiem dewaluacja prawa prywatnego wskutek częstych nowelizacji, których jedyną pobudką jest interes polityczny, często bardzo prymitywnie rozumiany, partii rządzącej, czy też opozycyjnej nie służy realizacji idei republikanizmu, która wszystkim nam jest bliska.

VII. Prawo antymonopolowe wobec deregulacji – przykład przepisów o kontroli koncentracji

Dr Mateusz Błachucki

Wprowadzenie

Interwencja i obecność państwa w gospodarce, przy zmieniających się formach i intensywności tej aktywności, wydaje się obecnie nieunikniona, co wynika z rozwoju historycznego i powierzenia władzom publicznym coraz to nowych zadań. Co więcej, stan i rozwój gospodarki narodowej stał się istotnym czynnikiem kształtującym polityki publiczne. Z tego też powodu formy i skutki indywidualnej aktywności gospodarczej i jej wpływ na gospodarkę narodową pozostają w sferze zainteresowania władz publicznych. Formy obecności państwa w gospodarce zmieniały się w rozwoju historycznym. W niedalekiej przeszłości państwo polskie było właścicielem wszystkich albo większości środków produkcji, zaś sfera indywidualnej wolności gospodarczej była wysoce ograniczona¹⁷¹. Obecnie państwo nadal odgrywa aktywną rolę w gospodarce, ale głównie za pomocą instrumentów administracyjnych (reglamentacyjnych czy regulacyjnych). W Polsce oddziaływanie państwa na gospodarkę odbywa się za pomocą trzech rodzajów instrumentów i jest realizowane przede wszystkim przez trzy grupy instytucji:

1. administrację „właścicielską”, tj. Ministra Skarbu Państwa, wojewodów czy innych podmiotów publicznych, którzy dysponują środkami oddziaływania właścicielskiego,
2. typową administrację gospodarczą, tj. Ministra Gospodarki, czy gminy, które dysponują środkami oddziaływania nie tylko politycznego i ekonomicznego, ale z wykorzystaniem reglamentacji gospodarczej;
3. administrację regulacyjną sensu largo, tj. urzędy regulacyjne czy organ antymonopolowy, które oddziałują z wykorzystaniem środków regulacyjnych.

Ten rozdział instytucji i środków jest wyrazem nowej filozofii funkcjonowania państwa w gospodarce wolnorynkowej oraz postępującej liberalizacji i prywatyzacji. W związku z powyższym pojawia się zagadnienie zakresu i form administracyjnoprawnej interwencji w gospodarkę narodową nabierające szczególnego znaczenia wobec równoległe zachodzących procesów deregulacyjnych. Deregulacja zakłada poszerzenie sfery wolności gospodarczej poprzez wycofanie się państwa z niektórych dziedzin życia społeczno-gospodarczego oraz zastąpienie instrumentów bezpośredniego sterowania - elastycznymi formami oddziaływania na gospodarkę. W tym kontekście prawo konkurencji jest wyzwaniem dla procesów deregulacyjnych, gdyż ochrona wolnej konkurencji stanowi warunek niezbędny istnienia wolności gospodarczej, co powoduje, że władze publiczne nie mogą się wycofać z zabezpieczenia istnienia wolnej konkurencji. W tym wypadku interwencja administracyjnoprawna jest

¹⁷¹ Na temat zakresu wolności gospodarczej w Polsce Ludowej zob. M. Błachucki, *Liberalizacja zasad działalności gospodarczej [w:] Transformacja systemowa w Polsce. Aspekty polityczne, gospodarcze i międzynarodowe*, K. Żukrowska (red.), Wydawnictwo SGH, Warszawa 2010, s. 373 i n.

konieczna. Jednakże należy zauważyć, że zbyt „aktywna” polityka konkurencji może stanowić takie samo zagrożenie dla wolności gospodarczej jak niebezpieczeństwa, przed którymi ma chronić. Aby polityka konkurencji nie została zniekształcona powinna zostać oparta o solidne podstawy ekonomiczne i realizować podstawowy cel w postaci maksymalizacji dobrobytu społecznego. W celu uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy polski system kontroli koncentracji jest ukształtowany w sposób właściwy należy wprawdzie ukazać ekonomiczne uzasadnienie tego systemu, a następnie, dzięki analizie kluczowych elementów systemu, wskazać w jakim zakresie państwo winno kształtować przepisy o kontroli koncentracyjnej działalności przedsiębiorców.

Prawo antymonopolowe i kontrola koncentracji

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że prawo antymonopolowe to zespół norm prawnych służących rozwojowi i ochronie wolnej konkurencji przed jej ograniczeniami, mającymi swoje źródło głównie w zachowaniach przedsiębiorstw i ich związków. Wyznacza ono publicznoprawne granice swobody działalności gospodarczej i swobody umów w celu kreowania lub zachowania nieskrępowanego dokonywania wyborów gospodarczych na rynku przez jego uczestników¹⁷². Jest to zespół norm prawa publicznego zapobiegających zachowaniom przedsiębiorców zmierzającym do wyeliminowania konkurencji i ustanowienia w zamian prywatnego monopolu¹⁷³. Prawo antymonopolowe oparte jest na dwóch filarach: przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym zachowaniom przedsiębiorców o charakterze jedno- i wielostronnym oraz kontroli łączenia przedsiębiorców. Specyfika tych dwóch rodzajów regulacji jest na tyle posunięta, że próba ich łącznego omówienia przekroczyłaby ramy tego opracowania. Z tego powodu przedmiotem prezentowanych badań są zagadnienia z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorców, zaś problemy antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorców, czy to indywidualnych (nadużywanie pozycji dominującej), czy też wielostronnych (kartele i inne porozumienia antykonkurencyjne, nadużywanie kolektywnej pozycji dominującej) nie są zasadniczo analizowane.

Przedmiot regulacji prawa antymonopolowego powoduje, że ustawodawca chcąc ustanawiać skuteczne normy prawne winien odwoływać się do ustaleń ekonomii. Podjęcie decyzji o przyjęciu administracyjnoprawnej regulacji i interwencji w stosunki społeczne powinno być poprzedzone analizą ekonomiczną oraz jasną identyfikacją celów, które mają być osiągnięte. Wskazuje się bowiem, że skuteczność prawa to wywoływanie przez prawo skutków zgodnych w dostatecznie wysokim stopniu z założonym celem¹⁷⁴. Warunkiem skuteczności prawa gospodarczego, zarówno prywatnego jak i publicznego, jest wymóg, aby normy prawne były zgodne z prawidłami ekonomicznymi¹⁷⁵. To powoduje, że regulacja prawna procesów gospodarczych winna się opierać na ekonomicznej analizie tych zjawisk.

¹⁷² T. Skoczny, Wprowadzenie [w:] *Prawo konkurencji*, C.H. Beck, Warszawa 1995, s. X.

¹⁷³ L. Pace, *European Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham - Northampton 2007, s. 35.

¹⁷⁴ Z. Kmieciak, *Skuteczność regulacji administracyjnoprawnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1994, s. 27 i 28.

¹⁷⁵ Cz. Żuławska, *Zasady prawa gospodarczego prywatnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1999, s. 47 i n.

Koncentracja przedsiębiorców, jako zjawisko gospodarcze

Przedsiębiorstwo może rozwijać się drogą wzrostu wewnętrznego lub też wzrostu zewnętrznego. Ze wzrostem wewnętrznym mamy do czynienia wtedy, kiedy przedsiębiorstwo rozwija się w oparciu o swój potencjał, poprzez tworzenie nowych zdolności produkcyjnych, przerobowych, usługowych i innych oraz w następstwie inwestycji rzeczowych¹⁷⁶. Alternatywą dla wzrostu wewnętrznego jest wzrost zewnętrzny polegający na współdziałaniu z innymi podmiotami gospodarczymi. To współdziałanie może mieć charakter luźny – kooperacyjny, albo też koncentracyjny – ścisły, prowadzący do zmiany kontroli oraz do zmian własnościowych np. przejęcia lub połączenia się przedsiębiorstw¹⁷⁷. Wyróżnia się dwie podstawowe grupy działań przedsiębiorstw, które mają charakter koncentracyjny: połączenie (łączenie się) przedsiębiorstw oraz przejęcie. Koncentracje przedsiębiorstw można klasyfikować z różnych punktów widzenia. Na gruncie prawa antymonopolowego szczególne znaczenie mają dwa podziały. Po pierwsze, można wziąć pod uwagę szczebel rynku, na którym działają łączące się przedsiębiorstwa oraz portfolio ich produktów i usług. Stosując te kryteria możemy wyróżnić koncentracje poziome, pionowe i konglomeratowe¹⁷⁸. Koncentracje horyzontalne dotyczą przedsiębiorstw działających na tym samym rynku i oferujących podobną gamę produktów i usług. Koncentracje wertykalne polegają na łączeniu się przedsiębiorstw operujących na różnych szczeblach obrotu będących w stosunku do siebie poprzednim lub kolejnym szczeblem obrotu, np. koncentracja pomiędzy producentem i dystrybutorem lub pomiędzy wytwórcą oraz zaopatrującym go w surowce podmiotem. Koncentracje konglomeratowe związane są z połączeniem niezależnych przedsiębiorców prowadzących działalność na różnych rynkach, oferujących różne towary i niepowiązanych ze sobą gospodarczo. Po drugie, z punktu widzenia terytorialnego wymiaru danej transakcji, dzieli się koncentracje na krajowe i międzynarodowe (ponadnarodowe)¹⁷⁹. Z punktu widzenia materialnej analizy antymonopolowej najistotniejsze znaczenie ma podział pierwszy, gdyż różna jest kwalifikacja prawna poszczególnych rodzajów koncentracji ze względu na ich skutki dla struktury rynku i konsumentów. Potencjalnie największe zagrożenia dla efektywnej konkurencji związane są z koncentracjami horyzontalnymi, a najmniejsze z koncentracjami konglomeratowymi.

W literaturze ekonomicznej oraz z zakresu prawa antymonopolowego wskazuje się na wiele przyczyn – motywów podejmowania przez przedsiębiorców decyzji o dokonaniu koncentracji. Podstawową grupę motywów stanowią motywy rynkowe i operacyjne. Najczęściej wskazywaną przesłanką przeprowadzenia koncentracji jest chęć osiągnięcia korzyści związanych z korzyściami skali oraz korzyściami zasięgu działania. Motywem działań przedsiębiorcy może być także chęć osiągnięcia lub wzmocnienia swojej pozycji rynkowej, czego skutkiem może być wyeliminowanie konkurencji i

¹⁷⁶ W. Frąckowiak, M. Lewandowski, Wzrost zewnętrzny przedsiębiorstwa. Teoria i praktyka [w:] Fuzje i przejęcia, W. Frąckowiak (red.), PWE, Warszawa 2009, s. 19.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ B. Wawrzyniak, Koncentracja w gospodarce, jako światowa tendencja w zarządzaniu globalnym [w:] Grupy kapitałowe w Polsce, M. Romanowska, M. Trocki, B. Wawrzyniak (red.), Difin, Warszawa 2000, s. 29

¹⁷⁹ M. Lewandowski, Klasyfikacja fuzji i przejęć, [w:] Fuzje i przejęcia, W. Frąckowiak (red.), PWE, Warszawa 2009, s. 31-32. Tamże inne klasyfikacje koncentracji.

możliwość dowolnego podnoszenia i kontrolowania cen¹⁸⁰. Dla niektórych koncentracji najistotniejsze są motywy finansowe, a więc przede wszystkim chęć wykorzystania nadmiernych funduszy własnych lub zwiększenie możliwości pozyskiwania kapitałów obcych¹⁸¹. *Stricte* polityczną przyczyną procesów koncentracyjnych może być chęć tworzenia przez władze państwowe tzw. narodowych lub europejskich czempionów. Poprzez stymulowanie procesów konsolidacyjnych państwo może dążyć do stworzenia krajowych podmiotów o dużej sile rynkowej, co pozwoli na realizację przez państwo celów pozaekonomicznych. Stymulowanie przez państwo procesów koncentracyjnych może być także związane z chęcią zapobieżenia upadłości przedsiębiorstw oraz wzrostowi bezrobocia, czy innych negatywnych konsekwencji z tym związanych.

Skutki koncentracji przedsiębiorców

Poznanie zjawiska koncentracji gospodarczej oraz motywów, jakimi kierują się przedsiębiorcy przy łączeniach pozwala wstępnie ocenić charakter danej koncentracji. Jednak ostateczna ocena zależna jest od skutków danej transakcji. Różne typy koncentracji mogą wywoływać odmienne skutki. W najbardziej uproszczonym modelu koncentracji można wskazać, że w przypadku koncentracji horyzontalnych możemy mieć do czynienia ze skutkami jednostronnymi oraz skoordynowanymi, zaś w przypadku koncentracji wertykalnych – ze skutkami wertykalnymi, natomiast w przypadku koncentracji konglomeratowych możemy mieć do czynienia z efektami portfolio (skutkami konglomeratowymi)¹⁸².

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, w odróżnieniu od koncentracji wertykalnych czy konglomeratowych, bezpośrednimi skutkami związanymi z koncentracjami horyzontalnymi, a więc transakcjami, w których biorą udział konkurenci działający na tym samym poziomie rynku, zasadniczo są: 1. działanie na rynku co najmniej o jeden podmiot mniej niż przed koncentracją, 2. wzrost udziału przedsiębiorstwa przejmującego w stosunku do sytuacji sprzed koncentracji¹⁸³. Ponadto firma przejmująca zwiększając swój udział w rynku osiąga większą siłę rynkową, co pozwala jej na stosowanie wyższych (czasem nawet monopolistycznych) cen, co zmniejsza dobrobyt konsumenta, zaś większa koncentracja rynkowa, i w związku z tym wyższy poziom transparenacji rynku, stwarzają możliwość zawierania otwartych, albo domniemanych porozumień antykonkurencyjnych¹⁸⁴.

Koncentracje wertykalne zwykle nie powodują problemów konkurencyjnych, a wręcz przeciwnie przyczyniają się do zwiększenia efektywności działania przedsiębiorców, np. na skutek obniżenia kosztów dystrybucji, lub zwiększenia dostępności towarów na rynku, czy dostępności do materiałów. Jednakże mogą pojawić się także negatywne skutki wertykalne polegające na tym, że następuje zamknięcie jednego ze szczebli rynku dla konkurentów, np. producent przejmując dystrybutora

¹⁸⁰ F.M. Scherer, D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, Boston 1990, s. 160.

¹⁸¹ E. Jantoch-Drozdowska, *Ekonomiczne przesłanki antymonopolowej kontroli koncentracji [w:] Konkurencja w gospodarce współczesnej*, C. Banasiński, E. Stawicki (red.), UOKiK, Warszawa 2007, s. 273.

¹⁸² Pogląd ten jest nieco uproszczony, gdyż w praktyce często można spotkać się z koncentracjami mieszanymi, które mogą rodzić niejednorodne skutki.

¹⁸³ H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomas West, St. Paul 2005, s. 12.1.b.

¹⁸⁴ J. Theeuwes, *An Economic Analysis of the New Regulation 139/2004*, *Legal Issues of Economic Integration* 2005, nr 2, s. 210.

odmawia innym producentom dystrybuowania ich towarów, producent nabywa wytwórcę dóbr podstawowych i zamyka dostęp do materiałów niezbędnych dla innych producentów¹⁸⁵.

Koncentracje konglomeratowe w najmniejszym stopniu mogą rodzić problemy rynkowe, gdyż dotyczą przedsiębiorców, których nie łączą żadne wspólne więzy. Podobnie jak w przypadku połączeń wertykalnych mogą one przynosić wiele pozytywnych skutków w postaci na przykład zintegrowania oferty i udostępnienia w jednym miejscu szerokiego *portfolio* produktów. Natomiast istnieje możliwość, że w pewnych szczególnych sytuacjach wystąpią jednak negatywne efekty konglomeratowe związane z tym, że nowy przedsiębiorca będzie dysponował bardzo szeroką gamą uzupełniających się produktów, które będzie mógł sprzedawać pakietowo¹⁸⁶. Wymuszając sprzedaż pakietową przedsiębiorca taki zamyka jednocześnie możliwość sprzedaży innych produktów przez konkurentów.

Rynek jest tylko częścią życia społecznego i nie istnieje w próżni. Nie inaczej jest w przypadku procesów koncentracyjnych, które mogą wywoływać istotne skutki społeczne i polityczne. Koncentracje mogą prowadzić do tworzenia się wielkich konglomeratów przemysłowych. Z punktu widzenia politycznego siła takich grup może okazać się znacząca, a przez to może zagrażać istnieniu społeczeństwa obywatelskiego oraz powodować bariery dla poprawnego funkcjonowania systemu demokratycznego. W świetle niektórych poglądów istnieją takie sektory gospodarki, które mają status szczególny z punktu widzenia interesu publicznego. Przejmowanie innych przedsiębiorców w tych sektorach może prowadzić do niepożądanych społecznie sytuacji. Z tego też powodu winny być one objęte specjalną regulacją prawną. Przykładami takich sektorów są media, instytucje finansowe, energetyka czy przemysł zbrojeniowy. Dodatkowym wymiarem tego zagadnienia jest kwestia pochodzenia kapitału. Zgodnie bowiem z niektórymi poglądami nie należy dopuszczać do przejmowania przez przedsiębiorców zagranicznych pewnych szczególnych firm krajowych. Przykładem takiego myślenia może być zablokowanie przez władze amerykańskie przejęcia przez kapitał arabski amerykańskich instalacji portowych.

Antymonopolowa kontrola koncentracji przedsiębiorców

Prawo antymonopolowe oparte jest na dwóch podsystemach przepisów, które z jednej strony służą przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym praktykom przedsiębiorców, np. w postaci karteli, a z drugiej strony kontroli aktywności koncentracyjnej przedsiębiorców. Należy jednak wskazać, że kontrola koncentracji odróżnia się w sposób istotny od ścigania karteli. Porozumienia kartelowe, ze swej natury mają charakter antykonkurencyjny, natomiast koncentracje przedsiębiorców są normalnymi procesami gospodarczymi, które tylko czasami wywołują negatywne skutki rynkowe. Powoduje to, że system kontroli antykonkurencyjnych porozumień i system kontroli koncentracji przedsiębiorców muszą być dostosowane do tej specyfiki. Pamiętać trzeba, że w odróżnieniu od porozumień kooperacyjnych pomiędzy przedsiębiorcami, porozumienia koncentracyjne tworzą o wiele trwalsze zmiany w strukturze rynku i dlatego wymagają odrębnej regulacji. Konsekwencji tych różnic na gruncie procesowym można

¹⁸⁵ J.C. Cooper, L.M. Froeb, D. O'Brien, M.G. Vita, Vertical antitrust policy as a problem of inference, *International Journal of Industrial Organization* 23 (2005), s. 642 i n.

¹⁸⁶ R. Burnley, Who's Afraid of Conglomerate Mergers? A Comparison of the US and EC Approaches, *World Competition* 2005, nr 1, s. 53 i n.

upatrywać w szerokim zastosowaniu metod śledczych i policyjnych przy ściganiu karteli oraz stosowaniu różnych wywodzących się z prawa karnego metod relatywizacji penalizacji antykonkurencyjnych zachowań, np. program *leniency*. W odróżnieniu od ścigania karteli, kontrola koncentracji ma charakter ściśle administracyjnoprawny. Natomiast zawieranie antykonkurencyjnych porozumień przez przedsiębiorców jest również, w niektórych jurysdykcjach, zagrożone sankcjami karnymi. Takie zróżnicowanie sankcji prawnych wyraża podstawowe różnice, w postrzeganiu zagrożeń dla interesu publicznego ze strony karteli oraz koncentracji przedsiębiorców.

Funkcją kontroli koncentracji jest zapobieżenie powstaniu struktury rynku, która nie jest sprzyjająca istnieniu efektywnej konkurencji. Tego rodzaju struktura wiąże się z powstaniem po stronie przedsiębiorcy istotnej siły rynkowej, ale niekoniecznie musi skutkować powstaniem pozycji dominującej¹⁸⁷. Kontrola łączenia przedsiębiorstw nie służy bowiem tylko zapobieżeniu przyszłemu nadużywaniu uzyskanej siły rynkowej, ale także zachowaniu konkurencyjnej struktury rynkowej, która prowadzić winna do zwiększenia dobrobytu społecznego i dobrobytu konsumentów¹⁸⁸. W tym celu organy ochrony konkurencji mają możliwość regulowania zmian w strukturze rynkowej poprzez decydowanie czy dwóch lub więcej przedsiębiorców może dokonać koncentracji¹⁸⁹. Poszukując specyfiki stosowania przepisów o kontroli łączenia przedsiębiorców można wskazać, że kontrola koncentracji rynkowej winna być oparta na dogłębnej analizie każdej transakcji z uwzględnieniem jej gospodarczych implikacji. Należy podkreślić, że kontrola łączenia przedsiębiorców winna zapobiegać antykonkurencyjnym koncentracjom¹⁹⁰.

Odnosząc poczynione ustalenia do obowiązujących polskich przepisów o kontroli koncentracji przedsiębiorców można wskazać, że poprawność administracyjnoprawnej interwencji wyznaczają przede wszystkim normy regulujące zakres obowiązku notyfikacyjnego oraz przepisy proceduralne.

Ogólna charakterystyka obowiązku notyfikacyjnego

Obowiązek notyfikacyjny określa kiedy transakcje koncentracyjne muszą podlegać ocenie organu antymonopolowego. Konstruuąc obowiązek notyfikacyjny ustawodawca winien kierować się dwoma wskazaniem. Po pierwsze, nie jest możliwe ani pożądane kontrolowanie wszystkich koncentracji przedsiębiorców. Po drugie, kontrola koncentracji przedsiębiorców winna ograniczać się do transakcji o choćby potencjalnie antykonkurencyjnym charakterze. Obowiązek notyfikacyjny może być oparty o kryterium obiektywne i subiektywne. Pierwsze z nich polega na wskazaniu progu obrotów uczestników koncentracji, przekroczenie którego powoduje powstanie obowiązku notyfikacji dla przedsiębiorcy. Kryterium to bazuje na domniemaniu, że jedynie duże koncentracje przedsiębiorców mogą mieć antykonkurencyjne skutki. Jego zaletą jest łatwość w stosowaniu, wadą zaś możliwość „przeoczenia” relatywnie małych, a jednak antykonkurencyjnych transakcji. Kryterium subiektywne odwołuje się do realnych skutków rynkowych, które koncentracja wywołuje lub może wywołać, co z reguły polega na

¹⁸⁷ K. Fountoukakos, S. Ryan, A New Substantive Test For Merger Control, *European Competition Law Review* 2005, nr 5, s. 280.

¹⁸⁸ R. Whish, *Competition Law*, OUP, Oxford, 2009, s. 806.

¹⁸⁹ A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, OUP, Oxford 2008, s. 942.

¹⁹⁰ J. Theeuwes, op. cit., s. 210.

odwołaniu się do stworzenia lub umocnienia pozycji dominujących przez łączących się przedsiębiorców, ewentualnie do osiągniętych przez nich udziałów w rynku. Zaletą tego kryterium jest elastyczność i ograniczenie administracyjnej kontroli do antykonkurencyjnych transakcji. Wadą jego jest istotna trudność w stosowaniu, gdyż odwołuje się do pozycji rynkowej uczestników koncentracji, w tym przede wszystkim ich udziałów rynkowych, co często jest trudne do ustalenia. Z tego powodu, choć z teoretycznego punktu widzenia kryterium subiektywne jest najbardziej optymalne, to w praktyce zawsze jest uzupełniane kryterium obiektywnym. Na obowiązek notyfikacyjny składa się także określenie podmiotów zobowiązanych do notyfikacji oraz wskazanie charakteru lub rodzaju transakcji podlegających zgłoszeniu.

Jak wskazano wcześniej nie każda transakcja o charakterze koncentracyjnym podlega notyfikacji Prezesowi UOKiK. Szczegółowy zakres obowiązku notyfikacyjnego określa ustawa antymonopolowa - ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁹¹. Obowiązek notyfikacji zamiaru łączenia się przedsiębiorców został uregulowany w rozdziale I działu III ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w art. 13-16. Zastosowano technikę legislacyjną polegającą na pozytywnym wskazaniu, w art. 13, jakiego rodzaju transakcje uznawane są za koncentracje i w jakiej sytuacji podlegają obowiązkowej notyfikacji. Następnie w art. 14 wskazano wyłączenia spod wcześniej określonego obowiązku. Przepisy zawarte w art. 15 i 16 służą uregulowaniu pewnych szczegółowych kwestii.

Określając obowiązek notyfikacji koncentracji ustawodawca posłużył się dwoma kryteriami. Po pierwsze wskazał na progi obrotowe, które muszą zostać osiągnięte przez przedsiębiorców, aby obowiązek zaistniał. Po drugie, wskazano jakiego rodzaju transakcje kwalifikują się jako koncentracje w rozumieniu ustawy antymonopolowej.

Analizując pozytywny zakres obowiązku notyfikacyjnego należy wskazać, że został on oparty o kryterium obiektywne, tj. obrotu przedsiębiorców. Zgodnie z art. 13 ust. 1 zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK, jeżeli:

1. łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 000 000 000 euro lub
2. łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 000 000 euro.

Badając wskazane wartości obrotowe należy podkreślić wadliwość przyjętego rozwiązania. Ustawa antymonopolowa wprowadza bowiem dwa alternatywne progi obrotowe, tj. światowy i krajowy. Co istotne, progi te są niezależne od siebie. Skutek takiego rozwiązania jest taki, że przedsiębiorcy zaangażowani w koncentrację mogą nie prowadzić żadnej działalności w Polsce lub też transakcja w ogóle nie jest związana w żaden sposób z polskim rynkiem, a pomimo to obowiązek zgłoszenia

¹⁹¹ Dz. U. 50, poz. 331 ze zm., dalej także jako „ustawa antymonopolowa”.

zamiaru koncentracji będzie istniał¹⁹². Taka sytuacja nie znajduje żadnego uzasadnienia w aksjologii polskiej ustawy antymonopolowej i stanowi odejście od klauzuli generalnej zawartej w art. 1 ust. 1 ustawy¹⁹³. Przepis ten jest podwójnie wadliwy. Po pierwsze, ustanawia po stronie przedsiębiorców obowiązek zgłoszenia transakcji, które w chwili notyfikacji mogą nie mieć nic wspólnego z polskim rynkiem. Taki obowiązek stanowi nieuzasadniony koszt transakcyjny i jest wyrazem poddania regulacji obszarów działania przedsiębiorców, które nie powinny być kontrolowane. Po drugie, nakłada on na Prezesa UOKiK obowiązek kontroli koncentracji mających miejsce zagranicą i nie wyposaża go w żadne instrumenty prawne, aby prowadzić jakiegokolwiek czynności procesowe poza granicami Polski. Z tego powodu można wskazać, że regulacja ta jest nieefektywna z punktu widzenia ekonomicznego jak i prakseologicznego.

Polska ustawa antymonopolowa nie definiuje pojęcia koncentracji, ale wskazuje jakiego rodzaju transakcje podlegają obowiązkowi notyfikacyjnemu. Zgodnie z art. 13 ust. 2 obowiązek notyfikacyjny dotyczy zamiaru:

1. połączenia dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców;
2. przejęcia – przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób – bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców;
3. utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy;
4. nabycia przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa), jeżeli obrót realizowany przez to mienie w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej równowartość 10 000 000 euro.

Spośród wskazanych typów transakcji największe wątpliwości budzi objęcie wszystkich transakcji typu *joint venture* obowiązkiem notyfikacyjnym. Należy bowiem zauważyć, że charakter tych transakcji może być dwojaki, tj. mogą one polegać na utworzeniu nowej trwałej struktury rynkowej, ale także mogą być jedynie formą współpracy przedsiębiorców. Prowadzi to do sytuacji, że kontroli podlegają przejściowe umowy o współpracy gospodarczej¹⁹⁴. Za błędne należy uznać pojawiające się w literaturze przedmiotu poglądy, że choć ustawa antymonopolowa nie rozróżnia w żaden sposób pojęcia wspólnego przedsiębiorcy, to jednak, wzorem prawa unijnego, obowiązkowi zgłoszenia zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy powinny podlegać wyłącznie te formy aktywności

¹⁹² Przykładem może być tutaj transakcja, na którą zgodę wydał Prezes UOKiK w decyzji z dnia 18 września 2009 r. nr DKK 62/09. Transakcja ta dotyczyła utworzenia spółki zajmującej się transportem towarów drogą kolejową pomiędzy Finlandią i Rosją.

¹⁹³ Zgodnie z tym przepisem ustawa antymonopolowa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

¹⁹⁴ Przykładem może być tutaj transakcja, na którą zgodę wydał Prezes UOKiK w decyzji z dnia 10 grudnia 2010 r. nr DKK 137/2010. Transakcja ta dotyczyła utworzenia w Chinach koncepcyjnej spółki, której przedmiotem działania opracowanie koncepcji nowej spółki produkcyjnej.

przedsiębiorców, które wykazują cechy właściwe określonym w europejskim prawie konkurencji *concentrative joint ventures*¹⁹⁵.

Paradoksem regulacji obowiązku notyfikacyjnego i oparcia go o wadliwie ukształtowane kryterium obiektywne jest pozostawienie poza kontrolą Prezesa UOKiK transakcji, które powinny być kontrolowane. We wcześniejszych ustawach antymonopolowych obowiązek notyfikacyjny oparty był także o kryterium subiektywne, tj. udziału rynkowego i pozycji rynkowej przedsiębiorców. Odejście od subiektywnych kryteriów nie zostało oficjalnie uzasadnione w żaden sposób. Domyślać się trzeba, że powodowane było chęcią zmniejszenia obowiązków publicznych przedsiębiorców. Można jednak mieć poważne wątpliwości na ile ta zmiana jest w rzeczywistości korzystna z punktu widzenia interesu publicznego i realizowania podstawowego celu ustawy antymonopolowej, tj. zapobiegania antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców. Odejście od kryterium subiektywnego i oparcie obowiązku notyfikacyjnego o wysokie wartości obrotowe prowadzi do sytuacji, w której transakcje koncentracyjne na rynkach lokalnych prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji, a w których obrót uczestników nie osiąga wysokich pułapów progowych, pozostają poza kontrolą organu antymonopolowego. Prowadzi to do konkluzji, że polski ustawodawca w imię swoście pojmowanej pewności prawnej przedsiębiorców odrzucił wskazania ekonomiczne odnośnie konstruowania obowiązku notyfikacyjnego, zmniejszając tym samym efektywność kontroli koncentracji w Polsce.

Procedura antymonopolowa w sprawach kontroli koncentracji

Procedura antymonopolowa w sprawach kontroli koncentracji stanowi ramy procesowe rozpoznawania spraw koncentracyjnych. Optymalne ukształtowanie procesu antymonopolowe jest niezbędne dla realizacji interesu publicznego, polegającego w danym przypadku na zapobieganiu antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców, z drugiej zaś strony tworzy skuteczne ramy prawne ochrony interesu indywidualnego uczestników postępowania. Postępowanie antymonopolowe jest postępowaniem administracyjnym szczególnym¹⁹⁶. Cechą charakterystyczną tej procedury jest niezwykle rozbudowanie przepisów proceduralnych. Co istotne jednak, regulacja procesowa zawarta w ustawie antymonopolowej nie jest wyczerpująca i odpowiednie zastosowanie mają przepisy k.p.a. Ponadto w postępowaniu tym stosuje się przepisy k.p.c. oraz k.p.k. Zastosowanie takiej techniki legislacyjnej jest dysfunkcyjne i niezwykle utrudnia rekonstrukcję normy postępowania w konkretnej sytuacji. Paradoksem regulacji procesowej postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji jest fakt, że pomimo znacznego rozbudowania, postępowanie to nie stwarza odpowiednich ram procesowych wdrażania przepisów o kontroli łączenia przedsiębiorców. Aby uelastyczyć to postępowanie i zmniejszyć administracyjnoprawne obciążenia przedsiębiorców związane z kontrolą koncentracji należy wprowadzić przepisy procesowe odpowiadające charakterowi spraw koncentracyjnych. Poniżej wskazano kilka propozycji mogących w sposób istotny usprawnić procedurę antymonopolową w sprawach kontroli łączenia przedsiębiorców.

¹⁹⁵ R. Stankiewicz, Joint ventures w prawie antymonopolowym, Przegląd Prawa Handlowego 2007, nr 8, s. 16.

¹⁹⁶ Szerzej na temat charakteru procedury antymonopolowej zob. M. Błachucki, Charakter prawny postępowania antymonopolowego [w:] Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego, J. Boć, A. Chajbowicz (red.), Kolonia Limited, Wrocław 2009, s. 789 i n.

W rozwiniętych systemach kontroli koncentracji przed złożeniem formalnej notyfikacji przedsiębiorcy kontaktują się wcześniej z organem antymonopolowym w celu uzgodnienia zakresu informacji i dokumentów niezbędnych do oceny transakcji. W obecnym polskim systemie prawnym brak jest możliwości przeprowadzenia poprawnej fazy prenotyfikacyjnej. Kontakt przedsiębiorcy i Prezesa UOKiK przed notyfikacją zamiaru koncentracji jest możliwy, ale jedynie w ograniczonym zakresie. Sprowadza się on w gruncie rzeczy do wyjaśniania wątpliwości, co do przepisów ustawy antymonopolowej lub rozporządzenia wykonawczego. Uwzględniając wątpliwości i zagrożenia płynące z wprowadzenia działań nieformalnych do polskiego postępowania administracyjnego wydaje się, że wprowadzenie prenotyfikacyjnej fazy postępowania antymonopolowego jest koniecznością. Ułatwi to stronie przygotowanie wniosku oraz sprawne przeprowadzenie transakcji, zaś organowi umożliwi zaplanowanie postępowania i efektywne gospodarowanie zasobami przy prowadzeniu postępowań.

W świetle obecnie obowiązujących przepisów każde postępowanie antymonopolowe toczy się według tych samych reguł, zaś na stronach ciąży takie same obowiązki informacyjne. W ograniczonym zakresie przedsiębiorcy mogą być zwolnieni z niektórych obowiązków, o ile nie są konkurentami. Tymczasem można wskazać w praktyce kilka typów koncentracji, które zasadniczo nie tworzą problemów rynkowych. W tych sytuacjach należy dążyć do złagodzenia obowiązku notyfikacyjnego w zakresie przedkładanych informacji i dokumentów, aby nie tworzyć niepotrzebnych kosztów transakcyjnych. Z tego powodu należy postulować wprowadzenie postępowania uproszczonego do polskiej procedury antymonopolowej w sprawach kontroli koncentracji. Postępowanie uproszczone byłoby racjonalizacją i uelastycznieniem kontroli koncentracji. Dla jego skutecznego wprowadzenia konieczna jest jednak regulacja fazy prenotyfikacyjnej. Postępowanie uproszczone, w każdym czasie może zostać rozszerzone do postępowania zwykłego, o ile zidentyfikowana zostanie możliwość zaistnienia jakichkolwiek problemów rynkowych.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje jeden tok postępowania wyznaczając relatywnie krótki termin zawity na jego zakończenie, tj. dwa miesiące. Relatywizacją terminu zakończenia postępowania są przepisy o wstrzymaniu biegu terminu. W obecnym kształcie regulacja terminów prowadzi do sytuacji, że są one zbyt długie dla spraw prostych i stanowczo za krótkie dla spraw skomplikowanych. Z tego powodu należy postulować wprowadzenie dwufazowego postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców. Postępowanie dwufazowe zakłada, że sprawy, które nie stwarzają szczególnych problemów dowodowych lub nie prowadzą do ograniczeń konkurencji, albo też kiedy strony szybko zaproponują zobowiązania modyfikacyjne powinny się skończyć w fazie I w relatywnie krótkim okresie. Do fazy II mogą przejść sprawy, które wymagają złożonego postępowania dowodowego oraz takie, gdzie zidentyfikowano wstępnie możliwy negatywny wpływ transakcji na rynek właściwy w sprawie. Utrzymywanie fikcji jednolitego postępowania jest szkodliwe zarówno dla przedsiębiorców jak i organu. Przedsiębiorcy nie mogą dobrze rozplanować transakcji i nie są w stanie przewidzieć, kiedy się ona zakończy. Ponadto właściwie dopiero na końcowym etapie postępowania dowiadują się o zidentyfikowanych problemach związanych z koncentracją. Z kolei organ antymonopolowy często ma zbyt mało czasu na przeprowadzenie koniecznych czynności dowodowych.

Uwagi końcowe

Przepisy o antymonopolowej kontroli łączenia przedsiębiorców trafnie ilustrują tezę, że ekonomia jest, przynajmniej w niektórych obszarach, zasadniczą podstawą i granicą regulacji administracyjnoprawnej. Wprowadzenie antymonopolowej kontroli procesów koncentracyjnych w gospodarce jest uzasadnione na gruncie ekonomicznym. Łączenie się przedsiębiorców nie jest bowiem neutralne ani z punktu widzenia dobrobytu społecznego, ani z punktu widzenia interesu publicznego. Dzięki ustaleniom ekonomii można zidentyfikować przyczyny oraz skutki procesów koncentracyjnych. Ustalenia te stanowią podstawę dla ustawodawstwa, ale jednocześnie są też granicą interwencji administracyjnej. Należy pamiętać, że łączenie się przedsiębiorców jest działalnością legalną i w znakomitej większości przypadków racjonalną ekonomicznie, która prowadzi do zwiększenia dobrobytu społecznego. Antymonopolowa kontrola łączenia przedsiębiorców stanowiąc wyjątek od zasady wolności gospodarczej powinna być zatem ukształtowana w ten sposób, aby nie hamować naturalnych zmian rynkowych, ale powstrzymywać jedynie te, które mogą kształtować potencjalnie szkodliwe struktury rynkowe. W doktrynie wyraźnie podkreśla się, że celem kontroli koncentracji jest zapobieżenie wyłącznie koncentracjom o charakterze antykonkurencyjnym. Celem tym bynajmniej nie jest zakazanie koncentracji przedsiębiorców. Wprowadzenie całkowitego zakazu koncentracji przedsiębiorców byłoby dysproporcjonalne w stosunku do zagrożeń, jakie koncentracje ze sobą niosą. Ponadto stanowiłoby zupełnie nieracjonalne ekonomicznie ograniczenie wolności gospodarczej prowadzące do erozji rynku kapitałowego oraz skutkujące znaczącym zmniejszeniem wydajności przedsiębiorców, a co za tym idzie – zmniejszeniem dobrobytu społecznego i dobrobytu konsumentów¹⁹⁷.

Przedstawiona analiza polskich przepisów o antymonopolowej koncentracji przedsiębiorców pokazała obszary, gdzie państwo powinno wycofać się z regulacji działalności koncentracyjnej przedsiębiorców. Jednocześnie wskazano, że pomimo szerokiego ukształtowania obowiązku notyfikacyjnego, występują koncentracje, które powinny zostać poddane kontroli Prezesa UOKiK, ale w obecnym stanie prawnym nie są kontrolowane. Równocześnie pokazano, że deregulacja nie musi oznaczać zmniejszenia ilości przepisów, ale polegać może na zmniejszeniu obciążeń administracyjnoprawnych poprzez pewną rozbudowę przepisów i dostosowaniu ich do rozpatrywanych spraw.

Z przeprowadzonej analizy wynika, że ekonomia będzie wyznaczała granice skuteczności interwencji administracyjnoprawnej i będzie stanowiła jedną z istotnych dyrektyw działań deregulacyjnych. Należy jednak podkreślić, że choć ekonomia stanowi podstawę i granicę administracyjnoprawnej regulacji zjawisk gospodarczych, to ma ona charakter zasadniczy, ale nie wyłączny. Ma to istotne znaczenie przy formułowaniu postulatów z punktu widzenia polityki deregulacyjnej. Czasami zapomina się bowiem, że choć ekonomia pozwala na zrozumienie zjawisk gospodarczych oraz wskazuje na instrumenty ich regulacji, to jednak ustanawianie celów leży poza nią. Ustanowienie celów regulacji jest wyborem politycznym zastrzeżonym dla ustawodawcy. Ponadto nie wszystkie teoretyczne wskazania ekonomiczne mogą być przełożone na przepisy prawne. Należy pamiętać również, że

¹⁹⁷ D. Turner, Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act, (1965) 78 Harvard Law Review 1313. Cyt. za R.H. Bork, The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself, The Free Press, New York 1993, s. 256.

ekonomia, choć wielce użyteczna i wyjaśniająca złożoność zjawisk gospodarczych, nie może być jedyną podstawą i granicą regulacji administracyjnoprawnej. Ustawodawca winien bowiem uwzględniać także inne wartości ważne z punktu widzenia interesu publicznego.

VIII. Analiza kierunków deregulacji rynku telekomunikacyjnego w Polsce

Łukasz Kryśkiewicz

Wprowadzenie

Rynek usług telekomunikacyjnych na świecie podlega w ostatnim czasie bardzo dużym zmianom, których źródeł należy upatrywać przede wszystkim w dynamicznym postępie techniczno-technologicznym, wywołującym skutki także w sferze legislacyjnej. W związku z tym, że rynek ten przez całe dekady poddawany był znaczącym regulacjom prawnym (w skrajnych przypadkach – aż do pełnego zmonopolizowania, co znajdowało wyraz w funkcjonowaniu narodowych operatorów telekomunikacyjnych), wszelki postęp i wywoływane przez niego zmiany wyzwalają też potrzebę odpowiednich przekształceń w systemie prawa telekomunikacyjnego. Zmiany te sprzyjałyby utrwalającemu się trendowi deregulacyjnemu – w miejsce regulacji powtarzających uprzedni stan zmonopolizowania przez państwowych operatorów telekomunikacyjnych (działających często na zasadach monopolu użyteczności publicznej). W deregulacji upatruje się szansę na zwiększenie dostępności nowoczesnych usług telekomunikacyjnych i przejście do praktycznej realizacji idei społeczeństwa informacyjnego. Ogromne tempo postępu techniczno-technologicznego w telekomunikacji na przełomie wieków i na początku XXI wieku zmieniło wizerunek rynku. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, proces ten wiąże się z błyskawicznym rozwojem możliwości przesyłowych nowoczesnych sieci telekomunikacyjnych oraz rozpowszechnianiem się Internetu. Efektem swoistej „rewolucji telekomunikacyjnej” – która jednak w rzeczywistości ma o wiele szerszy zasięg niż odniesienie wyłącznie do jednego rynku – jest wzrost znaczenia tego sektora dla wzrostu gospodarczego.

Współczesny sektor telekomunikacyjny jest już na tyle rozwinięty oraz posiada na tyle duży potencjał rynkowy (obejmujący też inne dziedziny komunikacji elektronicznej), że słusznym wydaje się używanie pojęcia „gospodarka elektroniczna”. Jej „tworzywem” są technologie ICT (*Information and Communication Technology*), które od kilkunastu lat są rozwijane w nieprawdopodobnie szybkim tempie. Znajdują one zastosowanie w telekomunikacji, a są przez nią przenoszone do innych dziedzin gospodarki usprawniając komunikację biznesową. Często technologie informatyczne i telekomunikacyjne stają się obszarami świadczenia nowych usług, a najbardziej spektakularnym przykładem ich zastosowania jest coraz częściej sygnalizowane wyodrębnianie się nowej przestrzeni działalności gospodarczej – e-biznesu – do obsługi którego niezbędny jest rozwój rynku telekomunikacyjnego. Rozwój telekomunikacji jest też immanentną cechą „gospodarki opartej na

wiedzy”¹⁹⁸ – kolejnej koncepcji teoretycznej, która znajduje swój wyraz w rozwoju zasobów wiedzy i wzroście ich znaczenia w prowadzeniu praktycznie wszystkich rodzajów działalności.

U podstaw rozwoju opisywanego rynku leży diametralna zmiana w zestawie narzędzi, którymi posługują się rządy w odniesieniu do regulowania działalności. Wspomniany zmonopolizowany model rynku telekomunikacyjnego ustępuje miejsca modelowi zbliżonemu do wolnej konkurencji. Kwestią otwartą pozostaje określenie tempa zmian deregulacyjnych i stanu docelowego, mierzonego stopniem konkurencyjności w obrębie rynku. Przyjmuje się przy tym, że celem deregulacji jest stworzenie takiego stopnia konkurencji, który w danym momencie – przy istniejących rozwiązaniach prawnych, organizacyjnych i techniczno-technologicznych – zapewni możliwie najwyższy poziom satysfakcji konsumentów. Należy przy tym podkreślić, że pomimo tak silnego akcentowania znaczenia polityki konkurencji, stan pełnej konkurencyjności (wolnego rynku) nie został osiągnięty w praktyce w zasadzie przez żaden kraj. Można zatem zauważyć, że proces deregulacji rynku telekomunikacyjnego w poszczególnych krajach znajduje się na różnym poziomie zaawansowania i jest stale rozwijany.

Poziom konkurencyjności każdej gospodarki zależy od instrumentów prawnych i ekonomicznych stosowanych w ramach polityki gospodarczej. Politykę tę należy rozumieć szeroko – nie tylko jako określone działania regulacyjne podejmowane bezpośrednio przez rząd i jego agendy, ale też jako tworzenie podstawowych ram prawnych funkcjonowania poszczególnych sektorów, które mają wpływ na działalność podmiotów gospodarczych, organizacji *non-profit* i instytucji. Obecnie zakres stosowanych instrumentów prawnych i ekonomicznych sprzyjających rozwojowi konkurencji w poszczególnych krajach jest też determinowany przez procesy globalizacyjne, którym towarzyszy liberalizacja w ramach współpracy międzynarodowej. Wpływ na liberalizację i zarazem na deregulowanie uprzednio zmonopolizowanych rynków mają też zobowiązania, jakie nakładają na siebie państwa członkowskie międzynarodowych organizacji gospodarczych (najbardziej „modelowym” przykładem jest Unia Europejska, ale silny wpływ na kształtowanie założeń polityki gospodarczej – nie tylko w krajach członkowskich – ma także Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju – OECD oraz Bank Światowy).

Zagadnienie konkurencyjności bardzo często w praktyce łączy się z kwestią liberalizacji, przez którą należy rozumieć usuwanie barier natury administracyjnej, stojących na przeszkodzie realizacji założenia o wolnej konkurencji¹⁹⁹. W gospodarce światowej okresy, w których pojawiają się tendencje liberalizacyjne, przeplatają się z przewagą zwolenników doktryny interwencjonizmu państwowego i etatyzmu. Dlatego w wielu gospodarkach – nawet w tych, które zalicza się do grona najbardziej rozwiniętych i uznawanych za przewodzące w nurcie liberalizmu – wciąż jeszcze funkcjonują duże przedsiębiorstwa państwowe, na zasadach monopoli lub oligopoli. Ich dominująca pozycja przez lata chroniona była z uwagi na ważny gospodarczy interes państwa. Obecnie w ramach liberalizacji i globalizacji rynków obserwuje się zmierzch wielkich narodowych przedsiębiorstw. Czynniki, które

¹⁹⁸ S. Laskowski, *Modelowanie gry rynkowej na konkurencyjnym rynku telekomunikacyjnym*, „Telekomunikacja i Techniki Informacyjne” 2004, nr 3-4, s. 49.

¹⁹⁹ M. Fereniec, *Konkurencja na rynku usług telefonicznych w Polsce i w Europie* (w:) H. Babis (red.), *Funkcjonowanie rynku telekomunikacyjnego i pocztowego w warunkach postępującej elektronizacji gospodarki*, Wyd. US, Szczecin-Darłowo 2006, s. 294-295.

przyczyniają się do rozpadu tych podmiotów jest rozwój techniki i zmiana metod zarządzania (m.in. podział prowadzonej przez nie działalności na funkcje i uczynienie z nich samodzielnych obszarów gospodarowania) – oba te czynniki łącznie pozwalają na zmianę sposobów wykonywania ich zadań, w związku czym pojawia się możliwość ich „urynkowienia”, tj. poddania regułom wolnej konkurencji, przyczyniającej się do wzrostu efektywności zarządzania ich majątkiem, obniżania cen dla odbiorców i zwiększania nakładów inwestycyjnych na rozwój infrastruktury. Państwo pozostawia pod swoją kontrolą jedynie branże strategiczne, faktycznie ważne dla bezpieczeństwa narodowego.

Sektor telekomunikacyjny należy do grupy sektorów strategicznych. Jest to wynikiem m.in. zaliczenia do tego sektora infrastruktury sieci internetowej – stanowiącej dziś oś wszechstronnego rozwoju gospodarek i społeczeństw praktycznie na całym świecie. Gospodarka Unii Europejskiej poddawana jest wielu różnym oddziaływaniom, które są efektem wdrażania najbardziej wszechstronnego programu społeczno-gospodarczego, jakim jest Strategia Lizbońska. Analizy porównawcze gospodarek: Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych wykazują, że słabnąca konkurencyjność gospodarki UE jest m.in. wynikiem utrzymującej się wciąż dużej liczby regulacji (narzędzia administracyjne), krępujących rozwój konkurencji i utrzymujących stany monopolu i oligopolu²⁰⁰. Tymczasem amerykańska gospodarka na tendencjach demonopolizacyjnych i deregulacyjnych opiera swoją wysoką dynamikę wzrostu gospodarczego. Znajduje to swój wyraz w znacznie szybszym rozwoju rynku telekomunikacyjnego w Stanach Zjednoczonych niż w krajach UE.

Analiza postępów w deregulacji rynków telekomunikacyjnych w krajach wysoko rozwiniętych może stanowić dla Polski istotną wskazówkę, jakie działania powinny być podjęte, by w możliwie krótkim czasie osiągnąć standardy konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, charakteryzujące kraje wysoko rozwinięte. Należy przy tym podkreślić, że deregulacja rynku telekomunikacyjnego – poprzez systematyczną zmianę przepisów oraz stwarzanie „nowego ładu” organizacyjnego instytucji sprzyjających rozwojowi konkurencji na rynku telekomunikacyjnym – nie może być celem samym w sobie, ale musi stanowić część szerszej polityki rozwoju i wzrostu gospodarczego. Naczelnym celem powinno być zmierzanie do standardów „społeczeństwa informacyjnego” i „gospodarki opartej na wiedzy” – oba te pojęcia opierają się na założeniu zdynamizowania rozwoju rynku telekomunikacyjnego i szerszego upowszechnienia usług telekomunikacyjnych w społeczeństwie i gospodarce.

Wykorzystanie doświadczeń innych krajów (głównie z UE) w deregulowaniu rynku telekomunikacyjnego w Polsce jest wyzwaniem, ale i szansą na szybsze uzyskanie pozytywnych efektów takich zmian. Można przyjąć, że systematyczne dostosowywanie polskiego rynku telekomunikacyjnego do współczesnych standardów jest jednym z podstawowych warunków niwelowania zapóźnień w polskiej gospodarce i jej aktywnego udziału w procesach globalizacji. Oczywiście, proste przeniesienie wzorców nie jest możliwe z uwagi na inne uwarunkowania całego procesu demonopolizacji polskiego rynku telekomunikacyjnego, ale biorąc pod uwagę zróżnicowane

²⁰⁰ I. Kawka, *Telekomunikacyjne organy regulacyjne w Unii Europejskiej. Problematyka prawna*, Kraków 2006, s. 66-69.

doświadczenia analizowanych krajów – można wskazać konkretne wskazówki dotyczące tego, jakie działania w przypadku Polski mogą okazać się najskuteczniejsze.

Należy podkreślić, że podjęcie rozważań nad problematyką deregulacji rynku telekomunikacyjnego ma istotne znaczenie z punktu widzenia wykonania zobowiązań Polski z przynależności do Unii Europejskiej i istniejącego w jej ramach Jednolitego Rynku w sferze usług. Komisja Europejska wyznacza ściśle określone standardy, których realizacja przez poszczególne kraje członkowskie ma posłużyć wdrożeniu idei Jednolitego Rynku w sferze usług, jak też ochraniać konkurencję w obrębie całej UE. Spełnienie tych postulatów jest szczególnie ważne w przypadku rynków, które przez wiele lat były objęte monopolami państwowymi – obsługiwanymi przez narodowych operatorów, jak miało to właśnie miejsce m.in. na rynku telekomunikacyjnym. Powszechna tendencja do ograniczania krajowych interwencji na rzecz tworzenia wolnych rynków sektorowych na poziomie UE zmusza m.in. do określania ramowych koncepcji regulacji na rynku telkomów. Należy przy tym podkreślić, że przeprowadzenie tych projektów we wszystkich państwach członkowskich napotyka na liczne problemy, wynikające z obaw przed nadmierną ekspansją zagranicznych i międzynarodowych koncernów, których interesy mogą być rozbieżne z interesami społeczeństw tych słabszych ekonomicznie krajów, ograniczając faktycznie dostęp do usług telekomunikacyjnych i możliwości rozwojowe ich gospodarek.

Teoretyczne założenia deregulacji rynku monopolistycznego w sektorze telekomunikacyjnym

1. Rynek telekomunikacyjny zajmuje obecnie w polityce gospodarczej niemal każdego państwa rolę szczególnie ważną z uwagi na to, że należy do najbardziej dynamicznie rozwijających się sektorów pod względem techniczno-technologicznym. Należy przy tym podkreślić, że rynek ten reprezentuje sam w sobie ogromny potencjał rozwojowy z uwagi na systematycznie rosnący popyt na usługi telekomunikacyjne (z uwzględnieniem nowych usług, będących efektem prac badawczo-rozwojowych i wdrażania nowych technologii), ale należy też podkreślić, że rynek telekomunikacyjny zalicza się do grona tych sektorów, które w największym stopniu wpływają na możliwości rozwojowe całych gospodarek krajowych – z uwagi na to, że bez tego typu usług i technologii rozwijanych w oparciu o te usługi nie jest możliwe funkcjonowanie większości innych sektorów strategicznych państwa.

2. Polski rynek telekomunikacyjny od zaledwie kilkunastu lat poddawany jest systematycznej deregulacji, ale należy przy tym podkreślić, że w innych krajach rozwiniętych procesy deregulacyjne zapoczątkowane zostały tylko nieznacznie wcześniej (pod koniec lat 90. XX wieku). Przełamanie monopolu na rynku telefonii stacjonarnej Telekomunikacji Polskiej SA jest w praktyce trudne z uwagi na to, że na początku lat 90. polska sieć telekomunikacyjna należała do najbardziej zacofanych pod względem technicznym w Europie. Dopiero dynamiczny rozwój telefonii komórkowej (określanej często mianem „rewolucji”) przyczynił się do stworzenia możliwości rozwoju konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, a w tym rozszerzenia oferty operatorów mobilnych o usługi telefonii stacjonarnej (przede wszystkich P4 z ofertami Netii i Play). W opinii ekspertów, polski rynek telekomunikacyjny należy do najbardziej atrakcyjnych w Europie – z uwagi na potencjał popytu (związany z niemal czterdziestomilionową populacją Polaków) i utrzymujący się wysoki poziom dynamiki PKB. Atrakcyjne perspektywy stwarza też konsekwentnie realizowana polityka deregulacji prawa i rynku

telekomunikacyjnego, a także wzmocnienie polskiego organu regulacyjnego – Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE).

3. Przełom wieków XX i XXI przyniósł wyraźny zwrot w funkcjonowaniu rynków, które tradycyjnie przez całe dekady utrzymywano w formie monopolu naturalnego, najczęściej przez państwowe przedsiębiorstwa, realizujące usługi użyteczności publicznej, oparte na sieciach infrastrukturalnych. Utrzymywano, że taki model świadczenia usług jest najbardziej efektywny ze względu na utrzymywanie najniższych kosztów, a zatem i cen dla konsumentów. Rozwój technologiczny i zmiana metod prowadzenia działalności gospodarczej w wielu dziedzinach (jak np. w telekomunikacji) otworzyły jednak nowe możliwości organizacji i funkcjonowania tych rynków, w tym ich deregulację i liberalizację, a zatem poddanie ich w ostatecznym efekcie wolnej konkurencji. Przy czym najczęściej realizuje się to stopniowo, z uwzględnieniem zewnętrznych powiązań rynków krajowych i zobowiązań międzynarodowych poszczególnych państw, a także pod wpływem działalności transnarodowych koncernów telekomunikacyjnych, lansujących własne oczekiwania względem polityki deregulacji.

4. Pod pojęciem deregulacji rynku monopolistycznego rozumie się proces usuwania konkretnych regulacji, którym podlegały wcześniej podmioty działające na rynku. Deregulacja może polegać na reregulacji, przez którą rozumie się postępowanie prorynkowe lub prokonkurencyjne, w kierunku liberalizacji rynku, tj. wprowadzenia konkurencji na zamkniętych dotąd lub poddanych ograniczeniom rynkach²⁰¹. Należy jednak dodać, że każdy rynek krajowy charakteryzuje się pewnymi specyficznymi cechami, które powodują, iż powielanie modelowych założeń jako zawsze skutecznych nie jest wskazane. Decydują o tym zarówno względy uwarunkowań gospodarki krajowej, jak też jej określone miejsce w systemie globalnych powiązań ekonomicznych. Dlatego w modelowych rozwiązaniach stosowanych przez poszczególne kraje mogą pojawiać się dość istotne rozbieżności. Tym niemniej analizowanie modeli stosowanych przez te państwa może być cenną wskazówką, jakie rozwiązania należy zastosować w przypadku krajów dopiero przystępujących do deregulacji rynku telekomunikacyjnego.

5. Stan deregulacji – rozumiany jest jako określona pozycja na kontinuum pomiędzy rynkiem zmonopolizowanym a wolnym rynkiem²⁰² – w poszczególnych krajach jest zróżnicowany. Wynika to nie tylko z innego stanu początkowego, uwarunkowań społeczno-gospodarczych i politycznych w danym kraju, ale także z różnego tempa wprowadzania i kształtu rozwiązań deregulacyjnych w obszarze rynku telekomunikacyjnego. Istotna jest też społeczna (i polityczna) akceptacja dla ogólnej liberalizacji w gospodarce, a należy przy tym podkreślić, że wolny rynek nie jest powszechnie uznawany za jedyne remedium na problemy współczesnych gospodarek. Tym niemniej niekwestionowanymi liderami na rynku telekomunikacyjnym – pod względem postępu techniczno-technologicznego oraz w

²⁰¹ Por. A.T. Szablewski, *Regulacyjny paradoks pierwszej fazy liberalizacji sektorów sieciowych – perspektywa historyczna*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3., s. 257 i n.; S.K. Vogel, *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrialized Countries*, New York 1996.

²⁰² Por. T. Skoczny, *Stan i tendencje rozwojowe prawa administracji regulacyjnej w Polsce (w:) Ius Publicum Europeum. Dwunaste Polsko-Niemieckie Kolokwium Prawników – Administratywistów*, Wyd. Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2003, s.154; A. E. Kahn, *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, The MIT Press, Cambridge 1998, s. 2.

poziomie konsumpcji usług telekomunikacyjnych – są kraje, które konsekwentnie realizują politykę „urynkowienia” sektora telekomunikacyjnego, łamiąc monopole i przyczyniając się do zwiększania zakresu wolnego rynku w ich świadczeniu (np. Stany Zjednoczone, część krajów UE).

Praktyczne rozwiązania deregulacyjne

W literaturze wymienia się cztery zadania realizowane podczas procesu regulacji rynku: 1) przyłączanie nowych podmiotów do sieci telekomunikacyjnej; 2) równy dostęp użytkowników do sieci; 3) wprowadzenie odpowiedniej infrastruktury rynku; 4) udostępnienie poszczególnych elementów infrastruktury nowym agentom²⁰³.

Pomimo faktu, iż pierwszy z wymienionych elementów jest zazwyczaj traktowany intuicyjnie, to konieczne jest jednak określenie zasad, na jakich dochodzi do połączenia. Pominięcie tej kwestii może prowadzić do dużych opóźnień we wprowadzaniu wolnej konkurencji, jak miało to miejsce w przypadku np. Nowej Zelandii i Chile. Korzystnym pomysłem jest powołanie regulatora o silnych kompetencjach, jak miało to miejsce w przypadku Australii²⁰⁴.

Równy dostęp użytkowników odnosi się przede wszystkim do udostępnienia konsumentom jednakowego rodzaju numerów telefonicznych, o równej liczbie cyfr. Element ten, zazwyczaj pomijany w procesie liberalizacji, posiada doniosłe znaczenie w procesie tworzenia wolnej konkurencji. Dla przykładu, w Chile nagły spadek cen na usługi telekomunikacyjne miał miejsce, gdy po nieudanej próbie stopniowego udostępniania sieci, rząd postanowił z dnia na dzień wprowadzić równy dostęp do rynku.

Struktura rynku skupia się przede wszystkim na sposobie dopuszczania nowych podmiotów do konkurencji, jak również na stopniu ich pionowego zintegrowania. Duża część krajów deregulujących swoje rynki nie zdecydowała się na rozbijanie dawnych monopolii na dwa podmioty, które oferowałyby oddzielnie dostęp do infrastruktury i usług telekomunikacyjnych, w związku z czym przeważający model liberalizacji zakładał pewien stopień pionowej integracji (m. in. Australia, Gwatemala, Hiszpania, Włochy, Niemcy, Polska)²⁰⁵.

Liczba uczestników rynku telekomunikacyjnego może przyjmować skrajne warianty. Połączenia telefoniczne w Australii były przez długi czas realizowane przez duopol, co spowodowało, że dopiero pięć lat po deregulacji rynku usług telekomunikacyjnych pojawił się pierwszy konkurent na rynku połączeń lokalnych. Obawa niemieckiego rządu przed spadkiem wartości Deutsche Telecom w wyniku deregulacji rynku spowodował, że firma długo była chroniona przed utratą swojej monopolistycznej pozycji. Przychód z prywatyzacji przedsiębiorstwa miał bowiem ograniczyć deficyt budżetowy, umożliwiając Niemcom przystąpienie do strefy euro. Decyzje o ewentualnej prywatyzacji i liberalizacji

²⁰³ Por. C. Cardilli, P. Spiller, *The frontier of telecommunications deregulation: Small countries leading the pack*, „Journal of Economics Perspectives” 1997, nr 67(3), s. 127-138; P. Smith, B. Wellinus, *Mitigating regulatory risk in telecommunications*, „Private Sector”, World Bank Group 1999.

²⁰⁴ C. Cardilli, P. Spiller, op. cit., s. 131-132.

²⁰⁵ Por. *Analiza funkcjonalnej separacji Telekomunikacji Polskiej SA*, UKE; IŁ; KPMG Advisory; Kancelaria Grynhoff, Woźny, Maliński, Warszawa 2008, s. 40 i n.

rynku mogą być tym samym uzależnione od kwestii politycznych. Gwatemala obrała skrajnie inną drogę. Około 160 firm powstało w dwa lata po uwolnieniu rynku w 1995 r., co pozytywnie wpłynęło na jakość oferowanych usług i ceny połączeń telefonicznych. Liberalizację bez prywatyzacji wprowadziła natomiast Francja, umożliwiając przede wszystkim szybki rozwój sieci bezprzewodowych i telefonii komórkowych, pozostawiając największy podmiot, France Telecom, w rękach państwa.

Ostatnim wspomnianym elementem niezbędnym do wprowadzenia wolnej konkurencji jest udostępnianie innym podmiotom dzierżawy pojedynczych elementów infrastruktury (*unbundling*), zamiast zintegrowanych fragmentów sieci. Rozwiązanie to nie jest jednak zawsze stosowane. Brytyjska koncepcja opierała się na ograniczeniu dostępu nowych podmiotów do infrastruktury, aby zwiększyć w ten sposób inwestycje w sieci telekomunikacyjne. W Stanach Zjednoczonych obawa przed monopolizacją rynku przez istniejące firmy skłoniła władze do zwiększenia przywilejów podmiotom, które rozpoczęły swoją działalność. Podejście do tego problemu może być zatem w dużym stopniu uzależnione od wcześniejszych doświadczeń i określonych priorytetów.

Dla zobrazowania możliwości wprowadzenia separacji pionowej (*vertical separation*) na polskim rynku usług telekomunikacyjnych P. Dziewulski przedstawił model trzysektorowego rynku. Pierwszy sektor reprezentowany jest przez grupę konsumentów, którzy racjonalnie maksymalizują własną użyteczność, przy zadanym ograniczeniu budżetowym. Ceny są przy tym zadane egzogenicznie. Sektor produkcji na tym rynku podlega statycznej grze w sensie Stackelberga, z jednym graczem w roli lidera rynkowego. Wszystkie przedsiębiorstwa postępują racjonalnie, maksymalizując swoje zyski przy dostępie do pełnej informacji w związku z tym, że model odnosi się do konkurencji oligopolistycznej w sensie Stackelberga, podmioty znają funkcję popytu na produkowane dobra. Trzeci sektor zajmuje się obsługą infrastruktury, niezbędnej do prowadzenia działalności produkcyjnej. Przyjęto, że jest on całkowicie zmonopolizowany przez jeden z podmiotów (lidera na rynku produkcyjnym), który udostępnia infrastrukturę podmiotom działającym w drugim sektorze. Jednocześnie monopolista sam konkuruje z pozostałymi podmiotami na rynku produkcyjnym²⁰⁶.

Dysponujący infrastrukturą monopolista może odczuwać pokusę odmowy lub ograniczenia do niej dostępu nowym graczom, czyli swoim rywalom na rynku niższego szczebla. Pozbawienie go infrastruktury i powierzenie zarządzania nią specjalnie powołanemu podmiotowi, znacząco ogranicza dostępne operatorowi dominującemu metody blokowania dostępu do rynku i strategicznego odstraszenia potencjalnych rywali. Zatem wprowadzenie separacji infrastruktury powodowane jest chęcią wyklinowania ryzyka tzw. pionowego zamykania rynku (*vertical market foreclosure*) przez zintegrowanego pionowo monopolistę.

Znane ekonomii gałęziowej pojęcie pionowego zamykania rynku odnosi się do sytuacji, gdy podmiot działający na konkurencyjnym rynku niższego szczebla (zwykle podmiot dominujący na danym rynku) działa jednocześnie na powiązanim z nim monopolistycznym rynku wyższego szczebla (kontroluje ten rynek) i odmawia dostępu (lub go utrudnia) do zapewnianego przez ten rynek dobra (np.

²⁰⁶ P. Dziewulski, *Konkurencja przy asymetrycznym dostępie do infrastruktury: Analiza rynku telekomunikacyjnego*, Warszawa 2007, s. 1-2.

infrastruktury), będącego kluczowym nakładem produkcyjnym na rynku niższego szczebla. W ten sposób podmiot przenosi swoją siłę monopolistyczną z rynku wyższego szczebla na konkurencyjny rynek niższego szczebla²⁰⁷.

W literaturze wyróżnia się najczęściej cztery zakresy separacji pionowej: 1) separacja w zakresie rachunkowości; 2) separacja funkcjonalna; 3) separacja strukturalna; 4) separacja własnościowa²⁰⁸. M. Cave wymienia w odniesieniu do telekomunikacji sześć stopni separacji pionowej według wykładni art. 19 ust. 3 dyrektywy energetycznej, tj. poza wyżej wymienionymi rodzajami separacji dodaje separację detaliczną i hurtową²⁰⁹.

W zakresie rozpatrywanej problematyki znajduje się separacja funkcjonalna (*functional separation*; separacja operacyjna – *operational separation*), która polega na wydzieleniu w ramach jednego przedsiębiorstwa infrastrukturalnego co najmniej dwóch jednostek organizacyjnych, działających na osobnych rynkach. Typowym przykładem jest podział na dwie jednostki działające na osobnych rynkach. Ten rodzaj separacji proponowany jest przez Komisję Europejską w odniesieniu do branży telekomunikacyjnej, w której stosuje się też separację rachunkową. W założeniu separacja funkcjonalna przebiegać ma w taki sposób, że jednostki organizacyjne mają mieć charakter niezależnie działających jednostek gospodarczych, świadczących osobno usługi hurtowe i detaliczne²¹⁰. Zakres proponowanej separacji funkcjonalnej nie ma charakteru jednolitego i może się różnić w zależności od okoliczności, ale przyjmuje się, że powinien on obejmować m. in. co najmniej podział aktywów infrastruktury, podział produktów (usług), ścisłe rozdzielenie kadrowe i odrębne lokalizacje miejsc wykonywania pracy, odrębne nazwy handlowe oraz separację rachunkową²¹¹.

Z punktu widzenia uczestników gry rynkowej wprowadzenie regulacji wiąże się z pewnymi szansami i zagrożeniami²¹². Szansę i korzyści dla firm sprowadzają się przede wszystkim do ograniczenia zagrożeń związanych ze swobodą dostępu do rynku. Tradycyjna formuła regulacji związana jest bowiem przede wszystkim z określeniem tego, kto i co może robić. W konsekwencji firma objęta regulacją zyskuje znaczne gwarancje swego rodzaju bezpieczeństwa rynkowego.

Regulacja oznacza dla firm także pewne zagrożenia. Związane są one głównie z możliwością zmian decyzji państwa. Państwo może bowiem uznać, że nie zamierza dalej poprzez regulację chronić interesów danej firmy. Wielokrotnie przywoływanym w literaturze przykładem takiej zmiany w postawie państwa jest przypadek amerykańskiej firmy telekomunikacyjnej AT&T, która będąc firmą prywatną, była zarazem objęta regulacją ze strony państwa, z czym z kolei wiązało się zachowywanie monopolistycznej pozycji na rynku. Władze amerykańskie uznały ostatecznie, że AT&T ma zbyt silną,

²⁰⁷ S. Piątek, *Separacja funkcjonalna jako środek regulacyjny w telekomunikacji*, „Problemy Zarządzania” 2008, nr 1(19), s. 169.

²⁰⁸ J. Salanave, *The Real impact of structural separation*, „Communications & Strategies” 2007, nr 65, s. 185-193.

²⁰⁹ M. Cave, *Six Degrees of Separation: Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation*, „Communications & Strategies” 2006, nr 64.

²¹⁰ Sprawozdanie na temat wyników przeglądu unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE oraz streszczenie propozycji reform z 2007 r., KOM (2007) 696.

²¹¹ S. Piątek, op. cit., s. 173.

²¹² A. Szablewski, op. cit., s. 405-406.

a zarazem szkodliwą z punktu widzenia interesów pozostałych podmiotów, pozycję i postanowiły doprowadzić do podziału firmy, a jednocześnie zmiany reguł obowiązujących na rynku usług telekomunikacyjnych. Ze względu na specyficzność amerykańskiego rozwiązania (prywatna firma - publiczna regulacja) wprowadzenie w życie decyzji państwa wymagało długotrwałej i bardzo kosztownej procedury sądowej. Mimo że można spotkać się z opinią, że zarzuty stawiane AT&T były niezbyt przekonujące (w jakiejś mierze firma była oskarżona o to, że robiła to, co państwo wcześniej w ramach działań regulacyjnych akceptowało), to ostateczna decyzja była dla AT&T niekorzystna²¹³.

Reakcje operatorów na deregulację

Coraz więcej firm telekomunikacyjnych rozwija działalność międzynarodową, mając na celu integrowanie usług świadczonych na całej kuli ziemskiej. Działania takie stają się możliwe dzięki nowoczesnym zaawansowanym technologiom informacyjnym i telekomunikacyjnym²¹⁴. Takie prowadzenie działalności zmusiło operatorów telekomunikacyjnych do wdrażania nowych metod zarządzania, ciągłego usprawniania ich struktur organizacyjnych oraz tworzenia grup kapitałowych i zawierania aliansów. Alianse w branży telekomunikacyjnej nie są powiązaniem trwałymi. Świadczy o tym rozpad zarówno globalnych grup (m.in.: World-Partners i Global One), jak i wielu krajowych²¹⁵. Ich trwałość określana jest jako siła istniejących konkurencyjnych i diagonalnych więzi strategicznych pomiędzy organizacjami. Diagonalność (międzysektorowość) oznacza, że przedsiębiorstwa powiązane aliansem specjalizują się w obsłudze określonego sektora rozumianego jako docelowa grupa klientów używających określonych usług lub występujących na danym terenie. Porozumienia międzysektorowe mają następujące cele:

- połączenie zasobów i umiejętności dla stworzenia i rozwoju zaawansowanych technologii w celu rozpoczęcia świadczenia nowych usług,
- wykorzystanie wiedzy partnera do rozpoczęcia działalności na nowym obszarze²¹⁶.

Alianse międzysektorowe związane są z zasobami, technologią i popytem na określone usługi telekomunikacyjne. Wraz z szybkimi zmianami popytu i technologii następuje często rozwiązanie aliansu lub zmiana partnera. Burzliwość otoczenia firm telekomunikacyjnych jest spowodowana następującymi czynnikami:

- deregulacją prawną (liberalizacją) umożliwiającą swobodne konkurowanie przedsiębiorstw,
- szybkim wzrostem popytu na usługi multimedialne,

²¹³ M. Ratajczak, *Infrastruktura w gospodarce rynkowej*, Poznań 1999, s. 100.

²¹⁴ C. Doyle, *xDSL Interconnection AT the ATM Switch: Pricing Methodology*, Charles River Associates U.K. Limited, London 2002, s. 9.

²¹⁵ T. Woliński, *Trwałość aliansów strategicznych na globalnym rynku usług telekomunikacyjnych*, „Organizacja i Kierowanie” 2000, nr 2, s. 39.

²¹⁶ R. Kozłowski, *Przeobrażenia struktur organizacyjnych przedsiębiorstw zaawansowanych technologii (na przykładzie operatorów telefonii stacjonarnej)*, Łódź 2006, s. 58.

- szybkim rozwojem zaawansowanych technologii, które powodują obniżanie kosztów świadczenia usług, co umożliwia rozpoczęcie sprzedaży produktów dotychczas zbyt drogie dla klientów,
- wykorzystaniem zaawansowanych technologii cyfrowych w telekomunikacji i sektorach pokrewnych, co powoduje olbrzymie polepszenie jakości usług, możliwość ich integracji, rozszerza praktyczne wykorzystanie zarówno przez firmy jak i przez klientów indywidualnych oraz stwarza niebezpieczeństwo pojawienia się nowych konkurentów²¹⁷.

Źródła wymienionych przyczyn tkwią w globalizacji sektora telekomunikacyjnego i jemu pokrewnych (takich jak: mikroelektronika, informatyka itp.) oraz silnego pokrewieństwa zaawansowanych technologii używanych przez firmy tych branż. Postęp w zaawansowanych technologiach używanych w firmach telekomunikacyjnych w latach 80. i 90. XX wieku miał ogromny wpływ na rozwój rynku usług i koszty ich świadczenia oraz wygenerował olbrzymi popyt²¹⁸. Rozwój zaawansowanych technologii cyfrowych utworzył wspólną płaszczyznę, na której stało się możliwe tworzenie połączeń i substytutów kanałów dystrybucji, infrastruktury, a także określanie ilości i jakości produktów.

Aktualnie powstają nowe obszary działalności telekomunikacyjnej, wynikające z rozwoju nowych zaawansowanych technologii i konwergencji różnych środków komunikowania się, opartych na przekazie cyfrowym. Dotychczasowa tradycyjna telekomunikacja zaczyna przenikać się z mediami i rosnącą liczbą usług informacyjnych. Rozmywanie się granic pomiędzy trzema dziedzinami komunikacji: telekomunikacją, teleinformatyką i mediami to nie tylko stapianie się technik - dróg przekazu, lecz także możliwość ścisłej integracji podmiotów uczestniczących w przekazie, tj. operatora sieci, dostawcy usług oraz producenta treści, a w dalszym etapie kompatybilność lub integracja urządzeń końcowych. Rozwój multimedialnych jest jednym z podstawowych warunków rozwoju cywilizacyjnego kraju i uczestniczenia na równych prawach w globalnej wymianie informacji - obecnie podstawowego towaru w gospodarce. Zjawisko konwergencji sektorów telekomunikacyjnego, informatycznego i multimedialnego to wynik globalizacji, rozwoju zaawansowanych technologii cyfrowych i upodabniania się potrzeb oraz preferencji klientów na całym świecie²¹⁹.

Rozszerzenie zakresu regulacji w telekomunikacji wynika zatem ze zjawiska konwergencji technologicznej w tym sektorze, na które Komisja Europejska zwróciła uwagę w 1997 r. w Zielonej Księdze.

Podsumowanie i wnioski

Liberalizacja rynku telekomunikacyjnego przyczyniła się do poważnych zmian w funkcjonowaniu operatorów. Po wprowadzeniu wolnej konkurencji okazało się, że dotychczasowi operatorzy nie

²¹⁷ C. Doyle, op. cit., s. 11.

²¹⁸ M.W. Grudzewski, I. Hejduk, *Restrukturyzacja firm telekomunikacyjnych. Doświadczenia światowe*, Warszawa 2000, s. 7.

²¹⁹ R. Kozłowski, op. cit., s. 59; I. Kawka, *Telekomunikacyjne organy regulacyjne w Unii Europejskiej. Problematyka prawna*, Kraków 2006, s. 73.

świadczyli wielu usług telekomunikacyjnych pomimo istniejącego popytu oraz możliwości technicznych. Dawni monopolisci po zliberalizowaniu rynków musieli przeprowadzić wiele zmian organizacyjnych w celu dostosowania się do nowych warunków²²⁰. Pomimo to operatorzy narodowi z reguły tracili znaczną część tradycyjnego rynku telefonii stacjonarnej. W zamian przeznaczali duże środki na rozwój nowych, bardziej dochodowych sektorów, takich jak: telefonia komórkowa, usługi internetowe. Pomimo to, po wprowadzeniu liberalizacji dawni monopolisci uzyskali gorsze wyniki finansowe²²¹. Dążenie do polepszenia tych wyników i walka o rynek spowodowała bardzo szybki i niespotykany dotychczas rozwój nowych, zaawansowanych usług telekomunikacyjnych, konieczność redukcji kosztów i zwiększenie wydajności.

Stwierdzić należy zatem, iż na tle krajów rozwiniętych (przez które rozumie się USA oraz kraje Europy Zachodniej), rynek telekomunikacyjny w Polsce jest wciąż poddawany zbyt licznym regulacjom, które powinny być – w trybie odpowiednich zmian legislacyjnych i organizacyjnych – systematycznie znoszone, a w wyniku tych działań należy spodziewać się istotnych postępów w zdynamizowaniu jego rozwoju.

²²⁰ M. W. Grudzewski, I. Hejduk, op. cit., s. 5.

²²¹ P. Napierała, *Sytuacja narodowych operatorów telekomunikacyjnych*, „*Ekonomika i Organizacja Przedsiębiorstwa*” 2001, nr 11, s. 51.