

# Firmy w labiryncie Konstytucji biznesu. Do znanych problemów dochodzą nowe



**Karolina  
Topolska**  
karolina.topolska@  
infor.pl

**U**lgą na start zyskała złą sławę, po tym jak gdański Oddział ZUS uznał, że w przypadku umów o świadczenie usług wykonywanych przez osoby z niej korzystające składki za te osoby będą musieli płacić ich kontrahenci. W dyskusji publicznej ulgę tę (czyli prawo do nieopłacania składek przez pierwsze pół roku działalności) nazwano pułapką zastawioną na przedsiębiorców. Rząd i centrala ZUS szybko odżegnały się od tej interpretacji, wskazując, że została wydana w jednostkowej sprawie, a generalnie jest tak, że ulga zwalnia od składek i bynajmniej nie przerzuca tego obowiązku na firmy współpracujące z osobą, która z niej korzysta. Kontrowersje jednak pozostają. Po pierwsze dlatego, że stanowisko resortów i urzędów nie jest wiążącą wykładnią prawa. Po drugie, nie jest ono poparte argumentacją prawną. I po trzecie – i najważniejsze – pozostaje w kontrze do wyraźnego przepisu ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, który mówi, że osobę korzystającą z ulgi na start nie uważa się za prowadzącą działalność w rozumieniu tej ustawy (tak na jej gruncie nazywany jest przedsiębiorca). Na naszą prośbę zainteresowane resorty przedstawiły dodatkowe uzasadnienie i, co ciekawe, każde jest inne. Jednak zdaniem ekspertów te wszystkie wyjaśnienia nie są wystarczające, bo interpretacje w każdej chwili mogą być zmienione, a problem rozwiązałyby dopiero odpowiednia nowelizacja przepisów.

Drugim – nieco dotychczas przemilczanym – problemem, który również rozstrzygał gdański ZUS, jest oskładkowanie działalności nieewidencjonowanej. Tu również uznał, że składki powinien zapłacić kontrahent osoby prowadzącej taką działalność. I co znamienne – ta część interpretacji nie została w żaden sposób zakwestionowana. Kontrowersji związanych z tą działalnością jest jednak więcej. W związku z tym, że nie jest ona działalnością gospodarczą, powstają wątpliwości, jak traktować osobę, która ją wykonuje – czy jak konsumenta, czy przedsiębiorcę? Problem jest niemały, bo dotyczy m.in. rękojmi i gwarancji, przedawnienia roszczeń czy sprzedaży na odległość. I tu też przydałaby się nowelizacja.



**JOANNA  
SLIWIŃSKA**

radca prawny



**JOANNA  
PIENCZYKOWSKA**

joanna.pienczykowska@  
infor.pl

## ZUS i resorty na chwilę uspokoiły sytuację

**Konstytucja biznesu miała zmniejszyć obciążenia składowe dla prowadzących firmy. Chyba nie do końca się udało, a dodatkowo mamy zamieszanie w relacjach z kontrahentami. I to nie tylko na płaszczyźnie ubezpieczeniowej, ale też reguły prawa cywilnego dotyczących przedawnienia czy rękojmi**

Dawno już interpretacja ZUS w indywidualnej sprawie nie wywołała takiej wrzawy medialnej. Chodzi o tę wydaną 24 lipca 2018 r. przez oddział w Gdańsku, znak: DI/100000/43/822/2018. Dotyczyła ona opłacania składek za osoby, które prowadzą działalność nieewidencjonowaną lub korzystają z ulgi na start. Ta pierwsza to działalność o tak niskim przychodzie, że ustawodawca nie uznaje jej za działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. poz. 646 ze zm.), a tym samym nie powoduje ona obowiązku opłacania żadnych składek. Ulga na start zaś to prawo przedsiębiorcy do nieopłacania składek na ubezpieczenie społeczne przez pierwsze miesiące prowadzenia firmy. W tym czasie nie jest on jednak uznawany przez ustawę z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1778 ze zm.; dalej: ustawa systemowa) za prowadzącego działalność, mimo że jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa przedsiębiorców.

Skoro więc osoby prowadzące działalność nieewidencjonowaną lub korzysta-

jące z ulgi na start nie podlegają ubezpieczeniu jako prowadzący działalność, to zastosowanie powinny mieć do nich przepisy ogólne. A te stanowią, że przychód z umów o świadczenie usług, do których zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy o zleceniu, należy oskładkować. Za takim stanowiskiem opowiadają się eksperci. Jeszcze do niedawna opowiadał się za nim również sam ZUS – do czasu, gdy w mediach i komentarzach oburzonych internautów nie zaczęły się pojawiać głosy mówiące o oszustwie i bublu, jakim miały się okazać nowe rozwiązania. Opinie te są dotkliwie dla autorów ustawy, bo po pierwsze, dotyczą flagowego projektu rządu Mateusza Morawieckiego, tj. Konstytucji biznesu (to w jej ramach wprowadzono działalność nieewidencjonowaną i ulgę na start), a po drugie, formułowane są w okresie przedwyborczym. Nie dziwi więc szybka reakcja ZUS, a także Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej oraz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii. Z ich wspólnych wyjaśnień (opublikowanych 27 sierpnia na stronach internetowych obu ministerstw), podpartych dodatkowo stanowiskiem ZUS (zawieszonym na stronie zakładu tego samego dnia), wynika, że od umowy o świadczenie usług zawartej z osobą korzystającą z ulgi na start nie trzeba odprowadzać składek jak od umowy zawartej ze zwykłym zleceniobiorcą.

O ile jednak interpretacja, która całą burzę wywołała, wskazywała podstawy prawne, o tyle wyjaśnienia już nie. Zapytani przez nas eksperci nie mają wątpliwości, że to interpretacja gdańskiego oddziału ZUS była prawidłowa, natomiast pośpieszne wyjaśnienia ministerstw i ZUS wprowadzają tylko zamieszanie. Niektórzy widzą konieczność zmian w prawie, bo aby uspokoić przedsiębiorców, nie wystarczy

### Komunikat ZUS z 27 sierpnia 2018 r.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych wyjaśnia, że umowa agencyjna, umowa zlecenia albo umowa o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, może być uznana co do zasady jako wykonywana w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, pod warunkiem że:

- jej przedmiot jest taki sam jak przedmiot prowadzonej działalności,
  - osiągnięte przychody są opodatkowane jako przychód z działalności gospodarczej.
- W takim przypadku umowy cywilnoprawne zawarte w ramach prowadzonej działalności gospodarczej nie stanowią odrębnego tytułu do ubezpieczeń społecznych. Zleceniodawcy nie mają obowiązku odprowadzania składek na ubezpieczenia społeczne za kontrahentów, którzy korzystają z ulgi na start, o ile spełnione są ww. warunki.

Pisemna interpretacja nr 285 z 24 lipca 2018 r., znak: DI/100000/43/822/2018, wydana przez Oddział ZUS w Gdańsku, zawierająca odmienne rozstrzygnięcie, została wydana w sprawie jednostkowej, na podstawie stanu faktycznego przedstawionego przez wnioskującego i dotyczy wyłącznie przedsiębiorcy, na wniosek którego została wydana.





wyjaśnienie na stronie internetowej, które w każdej chwili może być podważone.

Cywilisi z kolei dostrzegają problemy na swoim polietku – wprowadzenie niejednolitej definicji działalności powoduje, że nie jest do końca jasne, jak liczyć chociażby terminy upływu rękojmi lub przedawnienia. Te przecie są zupełnie inne dla przedsiębiorcy zawierającego umowę w ramach prowadzonej działalności gospodarczej i dla osoby niemającej tego statusu.

### Jak zwykli zleceniobiorcy

Zacznijmy jednak od początku, a więc od interpretacji z 24 lipca 2018 r., o którą wystąpił agent ubezpieczeniowy. Zawiera on umowy o świadczenie usług z osobami prowadzącymi działalność gospodarczą, które same za siebie opłacają wszystkie składki na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy systemowej. Powziął jednak wątpliwość, kto powinien te składki opłacać, jeśli jego kontrahent zadeklaruje, że prowadzi działalność nieewidencjonowaną lub korzysta z ulgi na start, a przez to nie jest ubezpieczony w ZUS. Zdaniem wnioskodawcy zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku nie musi on odprowadzać składek od zawartych z takimi osobami umów o świadczenie usług. W odniesieniu do korzystających z ulgi na start zwrócił uwagę, że konieczność odprowadzania składek za wykonujących umowy o świadczenie usług na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy systemowej prowadziłoby do nierówności, bo za osoby prowadzące działalność, np. handlową, i nieświadczące usług, które również korzystałyby z ulgi na start, nikt składek odprowadzać by nie musiał. A takie różnicowanie wydaje mu się nieuzasadnione i sprzeczne z ideą zwolnienia z podlegania ubezpieczeniu społecznym w okresie ulgi na start dla przedsiębiorców rozpoczynających prowadzenie działalności gospodarczej. W przypadku zaś działalności nieewidencjonowanej wnioskodawca zwrócił także uwagę na możliwość nierównego traktowania osób wykonujących działalność różnego typu. Jego zdaniem konieczność opłacania składek ze te osoby jak za zwykłych zleceniobiorców byłaby sprzeczna z intencją ustawodawcy, której celem było umożliwienie wykonywania drobnej działalności bez konieczności opłacania składek.

W interpretacji z 24 lipca ZUS uznał oba te stanowiska za nieprawidłowe, a w uzasadnieniu stwierdził, że od umów o świadczenie usług agent ubezpieczeniowy powinien odprowadzić składki za swoich kontrahentów.

Niedługo po opublikowaniu interpretacji w Biuletynie Informacji Publicznej i fali krytycznych komentarzy w internecie pojawiło się oświadczenie resortów i ZUS, zgodnie z którym zleceniodawcy nie mają obowiązku odprowadzania składek na ubezpieczenia społeczne za kontrahentów korzystających z ulgi na start. Trzeba podkreślić, że wyjaśnienia te nie dotyczą działalności nieewidencjonowanej. A to oznacza, że w tym zakresie podtrzymują one stanowisko zawarte w interpretacji z 24 lipca 2018 r., czyli umowa o świadczenie usług zawarta z osobą prowadzącą działalność nieewidencjonowaną jest odrębnym tytułem do ubezpieczeń społecznych, od którego trzeba odprowadzać składki ZUS.

Z kolei w odniesieniu do ulgi na start MRPiPS, MPiT oraz ZUS podkreślili, że zgodnie z prawem przedsiębiorców w okresie korzystania z tej ulgi przedsiębiorcy nie podlegają obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Dotyczy to świadczenia usług i realizowania zleceń w ramach tej działalności. Autorzy wyjaśnienia w celu uzyskania szczegółowych informacji odesłali do strony internetowej ZUS. Z wyjaśnienia na stronie zakładu (patrz komunikat ZUS z 27 sierpnia 2018 r.) wynika natomiast, że jeśli usługa jest wykonywana w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, a przychody z niej są opodatkowane jako przychód z tej działalności, to nie stanowi ona odrębnego tytułu do ubezpieczeń społecznych. Niestety nie wyjaśniono, dlaczego tak jest. Po lekturze tego stanowiska na-

**WAŻNE** Ani ZUS, ani resort pracy nie zaprzeczyły wykładni przepisów dotyczących działalności nieewidencjonowanej zawartych w interpretacji z 24 lipca 2018 r., zgodnie z którą od zawieranych przez nich umów o świadczenie usług trzeba odprowadzać składki.

suwa się więc pytanie, czy umowy zawierane przez wnioskującego o interpretację agenta ubezpieczeniowego nie spełniały tych warunków. Jednak nie chodzi chyba o niespełnienie warunków, bo wnioskodawca wyraźnie zaznaczył, że korzystający z ulgi na start wykonują zawarte z nim umowy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej i nie ma też powodu, aby przychody z tych umów nie były opodatkowane jak przychody z działalności gospodarczej. ZUS, spodziewając się takich pytań, zaznaczył jednak, że interpretacja wydana przez oddział w Gdańsku, zawierająca odmienne rozstrzygnięcie, została wydana w sprawie jednostkowej, na podstawie stanu faktycznego przedstawionego przez wnioskującego i dotyczy wyłącznie tego przedsiębiorcy. To jednak sprawy nie załatwia, bo jak zauważają eksperci, przepisy przemawiają za tym, aby za prawidłowe uznać stanowisko zawarte w gdańskiej interpretacji. Radca prawny Łukasz Chruściel i aplikant radcowski Krzysztof Gruszka z kancelarii Raczkowski Paruch przypominają, że zarówno stanowisko ministerstwa, jak i ZUS nie jest źródłem prawa w Polsce. Podkreślają, że to jedynie wytyczne, którymi urzędnicy powinni się kierować, wydając decyzje w danej sprawie.

Wykładnia zamieszczona na stronach internetowych dla wielu prawników jest zaskoczeniem przede wszystkim dlatego, że zdaje się pomijać art. 8 ust. 6a ustawy systemowej, zgodnie z którym osoby korzystające z ulgi na start nie uważa się za prowadzące działalność w rozumieniu tej ustawy. Zapytaliśmy więc na nowo resorty pracy oraz przedsiębiorczości, a także ZUS o znaczenie tego przepisu dla nowej wykładni opublikowanej na ich stronach internetowych. Zdaniem resortu pracy art. 18 ust. 1 prawa przedsiębiorców stanowi przepis szczególny wobec przepisów ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (patrz stanowisko z 24 września 2018 r.). Z kolei Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii prezentuje pogląd, że problematyczny art. 8 ust. 6a ustawy systemowej jest tylko przepisem technicznym (patrz stanowisko z 25 września 2018 r.).

Mogłoby się wydawać, że te wszystkie wyjaśnienia razem wzięte rozstrzygają problem. Tak jednak nie jest, na co zwraca uwagę adwokat Hubert Hajduczenia z DLA Piper. Jego zdaniem nie można wykluczyć ryzyka, że za kilka lat ZUS będzie próbował obciążać składkami zleceniodawców, bo interpretacja przepisów się zmieni. Aby tego uniknąć, art. 8 ust. 6a ustawy systemowej powinien zostać zmieniony. Symptomatyczne zresztą jest to, jak wielu ekspertów podkreśla konieczność takiego doprecyzowania przepisów, aby nie stwarzały one pola do ich odmiennego rozumienia, co miało miejsce już nieraz w przypadku przepisów ubezpieczeniowych.

### Co ustawodawca miał na myśli...

Czym więc to zamieszanie zostało spowodowane? Niedopatrzaniem autorów ustawy, z którego zdano sobie sprawę dopiero po kilku miesiącach czy nadgorliwością gdańskich urzędników, która musiała zostać stonowana przez ministerstwa i centralę zakładu? Przede wszystkim trzeba odpowiedzieć na pytanie, jaki był cel nowych przepisów. Zacznijmy od działalności nieewidencjonowanej. Skoro nie jest ona działalnością gospodarczą, to osoba ją wykonująca nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu prawa przedsiębiorców, nie może więc być prowadzącym pozarolniczą działalność określoną w ustawie systemowej. Założeniem było zwolnienie prowadzących bardzo drobną działalność z obciążeń składkowych, które przy tak niskim przychodzie przewyższały zyski. Działalność nieewidencjonowana nie jest jednak w żaden sposób rejestrowana przez ZUS ani Centralną Ewidencję i Informację o Działalności Gospodarczej, a zakład nie ma narzędzi, aby odróżnić zwykłe świadczenie usług od tych wykonywanych w ramach działalności nierejestrowanej. Kontrola u kontrahenta takiej osoby wykazałaby po prostu, że nie opłacił on składek za osoby, z którymi zawarł umowę o świadczenie usług. W przypadku więc działalności nieewidencjonowa-

nej składki wydają się nieuniknione, chyba że ustawodawca zdecyduje się na poważne zmiany legislacyjne.

Nieco inaczej jest w przypadku ulgi na start. Prawo przedsiębiorców w art. 18 ust. 1 stwierdza, że przedsiębiorca nie podlega obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym przez 6 miesięcy od dnia podjęcia działalności gospodarczej. Wydaje się, że w tym przepisie chodzi o podleganie ubezpieczeniom z tytułu prowadzenia firmy, a nie podleganie im z jakiegokolwiek innego tytułu. Brzmienie regulacji mogłoby sugerować, że skoro przedsiębiorca nie podlega ubezpieczeniom, to dotyczy to także umów o świadczenie usług. Tę interpretację zdaje się przyjmować MPiT, które w odpowiedzi na nasze pytanie dotyczące ulgi na start podkreśliło, że art. 18 ust. 1 nie ogranicza rodzajów ani tytułów do ubezpieczeń społecznych, jakie są objęte zwolnieniem. W uzasadnieniu ustawy czytamy zaś jedynie, że prawo przedsiębiorców przewiduje ulgę na start jako szczególny rodzaj korzyści i zachęty dla przedsiębiorców podejmujących działalność gospodarczą po raz pierwszy lub ponownie po upływie dłuższego czasu. Jej wprowadzenie wraz z działalnością nieewidencjonowaną ma się przyczynić do ułatwienia funkcjonowania małych i średnich przedsiębiorstw. Zdaniem twórców ustawy ma ona jednocześnie spowodować zmniejszenie kosztów prowadzenia działalności gospodarczej, co ułatwi rozwój firm. Wydaje się więc, że twórcom ustawy chodziło o zwolnienie początkujących przedsiębiorców ze składek na ubezpieczenie społeczne z tytułu prowadzenia działalności na takich samych zasadach, jak osoby korzystające z preferencyjnych składek mogą opłacać je w obniżonej wysokości. W przypadku osób korzystających z preferencji obniżona podstawa składek nie powoduje konieczności opłacania dodatkowych składek od zawieranych umów o świadczenie usług i wykonywanych w ramach prowadzonej działalności. Na przeszkodzie temu, aby podobną zasadę zastosować do korzystających z ulgi na start, stoi jednak przede wszystkim wspomniany art. 8 ust. 6a ustawy systemowej. Jak nieco ironicznie za uważa mecenas Hajduczenia, nawet przy obecnym brzmieniu przepisów i przyjęciu interpretacji oddziału ZUS cel prawodawcy został osiągnięty, bo składki, jak przy osobach fizycznych, będzie opłacał zleceniodawca, a nie zleceniobiorca (początkujący przedsiębiorca). A zatem jest to swiste zwolnienie przedsiębiorcy z opłacania składek i przerzucenie tego obowiązku na drugą stronę umowy.

Co zatem powinny zrobić osoby, których kontrahenci deklarują, że korzystają z ulgi na start? Zgodnie z nowym stanowiskiem nie opłacać za nich składek? Eksperci radzą ostrożność i nie mają wątpliwości, że zmiany w prawie są tu niezbędne. Do tego czasu, jak przestrzega adwokat Aleksandra Sudak-Przybyła z Hogan Lovells, współpraca z prowadzącym działalność nieewidencjonowaną lub korzystającym z ulgi na start może być ryzykowna, a skutkiem tego może być wręcz wykluczenie takich osób z obrotu gospodarczego. Nie ma bowiem pewności co do tego, czy za jakiś czas wytyczne się nie zmienią i ZUS zażąda składek od zleceń. A jak podkreślają Łukasz Chruściel i Krzysztof Gruszka, w przypadku ewentualnego sporu sądowego trudno oczekiwać, aby sąd wydał wyrok korzystny dla przedsiębiorcy wbrew przepisom ustawy. Sądy przy orzekaniu mają się kierować literą prawa, a nie wytycznymi ministerstwa.

### Wątpliwości z rękojmią, gwarancją, okresami przedawnienia

Instytucja działalności nieewidencjonowanej budzi również wątpliwości na gruncie kodeksu cywilnego. Okazuje się, że nie do końca jasne jest, jak stosować w stosunkach gospodarczych z tymi osobami przepisy o rękojmi i gwarancji, o przedawnieniu roszczeń czy o sprzedaży na odległość.

Przedsiębiorcy, którzy są kontrahentami osób prowadzących działalność nieewidencjonowaną (np. sprzedający im swoje towary czy usługi), jak również ich klienci (na przykład osoby nabywające od nich towary w sklepach internetowych), coraz częściej zadają sobie pytanie: jakie



## Stanowisko Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z 24 września 2018 r.

Osoby korzystające z tzw. ulgi na start, które wykonują



Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej

umowy cywilno-prawne, są osobami prowadzącymi działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy z 6 marca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 646) – Prawo przedsiębiorców i można uznać, że zawierane przez te osoby umowy cywilnoprawne wykonywane są w ramach prowadzonej działalności – o ile przedmiot tych umów jest taki sam jak przedmiot działalności, a przychód z tych umów jest opodatkowany jako przychód z działalności gospodarczej, a nie z działalności wykonywanej osobiście. Rozstrzygające znaczenie ma przy tym treść art. 18 ustawy – Prawo przedsiębiorców, który jest przepisem szczególnym w stosunku do norm ogólnych wynikających z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przesądającym o traktowaniu tych osób jako osób wykonujących działalność gospodarczą.

MPiP, MRPiPS oraz ZUS wydały wspólny komunikat, w którym wyjaśniły, że zleceniodawcy nie mają obowiązku odprowadzania składek na ubezpieczenia społeczne za kontrahentów, którzy korzystają z ulgi na start. Zgodnie z Prawem przedsiębiorców w okresie korzystania z przedmiotowej ulgi przedsiębiorcy nie podlegają obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Dotyczy to także świadczenia usług i realizowania zleceń w ramach tej działalności. Zgłoszenie do ubezpieczeń ma charakter dobrowolny i następuje na wniosek przedsiębiorcy.

## Stanowisko Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii z 25 września 2018 r.

Kluczowym dla ustalenia zakresu obowiązywania



MINISTERSTWO PRZEDSIĘBIORCZOŚCI I TECHNOLOGII

i treści ulgi na start jest art. 18 Prawa przedsiębiorców. Zgodnie z tym przepisem w okresie korzystania ze zwolnienia przedsiębiorca będący osobą fizyczną nie podlega obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym. Nie ogranicza on rodzajów ani tytułów do ubezpieczeń społecznych, jakie są objęte zwolnieniem. W szczególności art. 18 Prawa przedsiębiorców nie stanowi, że ulga na start skutkuje brakiem obowiązkowych ubezpieczeń społecznych jedynie z tytułu pozarolniczej działalności, w rozumieniu ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (u.s.u.s.). Prawo przedsiębiorców nie posługuje się właściwym dla prawa ubezpieczeń społecznych pojęciem pozarolniczej działalności w definicji przedsiębiorcy. Za przedsiębiorcę, o którym mowa w art. 4 i art. 18, Prawo przedsiębiorców uznaje każdą osobę fizyczną, która wykonuje działalność gospodarczą w rozumieniu art. 3 Prawa przedsiębiorców. Ulga na start obejmuje zatem nie tylko czynności mieszczące się w pojęciu pozarolniczej działalności, jakim posługuje się u.s.u.s., ale także inną aktywność właściwą dla działalności gospodarczej w rozumieniu art. 3 Prawa przedsiębiorców, w tym świadczenie usług i realizowanie zleceń. Sposób sformułowania przepisu art. 8 ust. 6a u.s.u.s. ma charakter przede wszystkim techniczny i wynika z konieczności odpowiedniego dostosowania konstrukcji ulgi na start do siatki pojęciowej, którą posługuje się ta ustawa – w szczególności umożliwia on przedsiębiorcom opłacanie obniżonych składek na ubezpieczenia na podstawie art. 18a u.s.u.s. (tj. korzystanie z tzw. małego ZUS) po upływie okresu ulgi przez kolejne 24 miesiące.

### OPINIE EKSPERTÓW

## Nieodprowadzanie składek na własne ryzyko



ALEKSANDRA SUDAŁ-PRZYBYŁA

adwokat, Hogan Lovells

Komunikat wydany przez MPiP, MRPiPS i ZUS nie rozwiązuje problemu. Po pierwsze, informacje publikowane na stronie internetowej ZUS, jak i ministerstw są niewiążące. Po drugie, ani ministerstwo, ani ZUS w swoich publikacjach nie podały, na jakiej podstawie prawnej oparły swoje wnioski, w szczególności nie odniosły się do art. 8 ust. 6a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, który stanowił podstawę wydanej przez ZUS interpretacji i zgodnie z którym za prowadzącą działalność gospodarczą nie uważa się osoby fizycznej korzystającej z ulgi na start. Zatem przedsiębiorcy, którzy przyjmują za właściwe stanowisko ZUS i ministerstw, nie będą płacić składek na własne ryzyko, gdyż nie ma pewności, czy za jakiś czas ZUS lub ministerstwo nie zmieni swojego stanowiska i uzna, że literalna interpretacja dokonana przez Oddział ZUS w Gdańsku była poprawna, skoro osoba korzystająca z ulgi na start nie jest przedsiębiorcą

## Przepisy do poprawki



ŁUKASZ CHRUSCIEL

radca prawny, partner w kancelarii Raczkowski Paruch kierujący biurem w Katowicach



KRZYSZTOF GRUSZKA

aplikant radcowski w kancelarii Raczkowski Paruch w biurze w Katowicach

Opublikowanie wyjaśnień teoretycznie rozwiązało problem. Niestety może się okazać, że tylko chwilowo. Zarówno stanowisko ministerstw, jak i ZUS nie jest źródłem prawa w Polsce. Są to jedynie wytyczne, którymi urzędnicy powinni się kierować, wydając decyzje w danej sprawie. Wynikają one z dążenia do realizacji deklarowanego celu ustawy i nierzadko dyktowane są również wolą polityczną. ZUS może jednak zmienić swoje stanowisko i zażądać od zleceniodawców zapłaty zaległych składek od umów zawartych z osobami korzystającymi z ulgi na start. Roszczenia ZUS przedawniają się z upływem pięciu lat. Jest to wystarczająco długi czas, aby poglądy ministerstwa oraz samego zakładu zmieniły się i nakazały urzędnikom postępować w taki sposób, jak pierwotnie postąpiła gdańska jednostka. Może to spowodować powstanie sporów między

## Wykładnia językowa pokazuje błędy ustawodawcy



HUBERT HAJDUCZENIA

adwokat, DLA Piper

Jak wynika z uzasadnienia do ustawy – Prawo przedsiębiorców, art. 8 ust. 6a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (dalej: u.s.u.s.) miał uzupełnić i pomóc wprowadzić art. 18 ust. 1 ustawy – Prawo przedsiębiorców. Czy to zrobił? Moim zdaniem nie, ewentualnie bardzo nieszczęśliwie. Oddziałowi ZUS w Gdańsku wydającemu interpretację z 24 lipca 2018 r. nie można całkowicie odmówić słuszności w przeprowadzonej wykładni, która pokazała wadliwość dokonanej legislacji. Stanowisko to jest bowiem zgodne przede wszystkim z wykładnią językową art. 8 ust. 6a u.s.u.s. Jej przeciwnicy zwracają uwagę na cel ustawy, którym jest ułatwienie startu początkującym przedsiębiorcom. Rzeczywiście przeprowadzenie wykładni funkcjonalnej dałoby rezultat, jaki był zamierzony przez ustawodawcę i obecnie prezentowany jest przez ZUS oraz ministerstwo. Jednak istnieje jeszcze wykładnia językowa i systemowa, a w procesie wykładni norm należy stosować wszystkie jej rodzaje w równym stopniu. W tym przypadku wykładnia językowa oraz systemowa nie jest już tak równoznaczna i pokazuje błędy legislacyjne naszego ustawodawcy, które wyłapał Oddział ZUS w Gdańsku. Krytycy tej wykładni i stanowiska Oddziału w Gdańsku wskazują również, że nie powinno budzić wątpliwości, iż osoba korzystająca z ulgi na start jest przedsiębiorcą, jeżeli świadczy usługi w ramach tej działalności. Ścisłej: jeśli przychód z zawartej umowy na potrzeby PIT będzie przychodem z prowadzonej działalności, to umowa o świadczenie tychże usług nie utworzy odrębnego, właściwego zleceniobiorcom tytułu ubezpieczeniowego. Pełna zgoda, jednak art. 8 ust. 6a wprowadza swoisty wyjątek od tej prawidłowej zasady. A zatem wiemy, że dana osoba prowadzi działalność gospodarczą (prawnie i faktycznie), ale przepis ten wskazuje, że nie jest uważana za przedsiębiorcę na gruncie ubezpieczeń społecznych, z wszystkimi tego konsekwencjami. Tak brzmi przepis. Można byłoby spróbować sformułować go inaczej oraz umieścić w innym artykule i po prostu wskazać, że przedsiębiorcy korzystający z ulgi przewidzianej w art. 18 ust. 1 prawa przedsiębiorców są zwolnieni z opłacania składek na ubezpieczenia społeczne przez okres korzystania z ulgi na start. Jednak podjęto inną decyzję. Przy tym brzmieniu art. 8 ust. 6a ustawy systemowej wyjaśnienia

w rozumieniu przepisów ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. W szczególności należy mieć na uwadze, że ani ZUS, ani ministerstwo w swoich komunikatach na stronie internetowej nie wskazały, że omawiana interpretacja ZUS jest błędna, lecz że dotyczy wyłącznie przedsiębiorcy, który zwrócił się o jej wydanie. Ponadto komunikaty dotyczą wyłącznie osób korzystających z ulgi na start i nie odnoszą się do zasad oskładkowania osób prowadzących działalność nieewidencjonowaną. Uważam więc, że do czasu zmiany przepisów i wprowadzenia przejrzystych reguł dotyczących oskładkowania młodych przedsiębiorców korzystających z ulgi na start lub prowadzących działalność nieewidencjonowaną, współpraca z nimi będzie ryzykowna dla usługobiorców. W mojej ocenie ustawodawca w porozumieniu z ZUS powinien jak najszybciej dokonać jednoznacznego rozstrzygnięcia niejasności w tym zakresie poprzez zmianę przepisów ustawy systemowej. W przeciwnym wypadku obawa usługobiorców przed uznaniem, że młodych przedsiębiorców korzystających z ulgi na start należy traktować jak zleceniobiorców, i w konsekwencji nałożeniem na nich obowiązków w postaci odprowadzania i częściowego finansowania składek na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne za młodych przedsiębiorców, może skutkować nawet wykluczeniem ich z obrotu gospodarczego.

korzystającymi z ulgi na start a ich zleceniodawcami co do rozliczenia określonych kwot. Mogą one okazać się niemałe. Powstanie problem, czy wypłacone wynagrodzenie było kwotą brutto, czy netto. W przypadku ewentualnego sporu sądowego trudno również oczekiwać, by sąd wydał wyrok korzystny dla przedsiębiorcy wbrew przepisom ustawy. Sądy przy orzekaniu kierować się mają literą prawa, a nie wytycznymi ministerstwa. W praktyce niejednokrotnie zdarzało się, że ZUS i inne organy państwowe zmieniały swoje stanowisko w kwestii utrwalonej praktyki co do interpretacji przepisów i nakładały na obywateli dodatkowe zobowiązania. Ulga na start miała zachęcić osoby fizyczne do założenia własnej działalności gospodarczej, okresowo zwalniając je z ponoszenia ciężaru w postaci składek na ubezpieczenia społeczne. Nie było intencją ustawodawcy przeniesienie tego obowiązku na kontrahentów takiej osoby. Niestety, konstrukcja przyjętych przepisów kolejny raz pokazuje słabą jakość prawa tworzonego w Polsce. Gdańska jednostka, wydając swoją interpretację, tak naprawdę literalnie zinterpretowała przyjęte przepisy. Nie sposób tu mówić o błędzie ZUS, można jedynie mówić o błędzie ustawodawcy. Jeżeli ministerstwo zauważyło problem, to poza doraźnym działaniem, jakim było wydanie interpretacji, powinno dążyć również do poprawy błędnie uchwalonych przepisów. Obecnie mamy do czynienia z sytuacją, że interpretacja ministerstwa i ZUS pozostaje w sprzeczności z literalnym brzmieniem ustawy, a korzystający z ulgi na start pozostają wyłącznie na łasce ministerstwa i urzędników ZUS – przepisy prawa nie zapewniają im bowiem ochrony, która miała im przysługiwać.

zarówno ministerstwa, jak i organu rentowego budzą wątpliwości. Pomijają bowiem treść tego przepisu, stwierdzając, jak powinno być. Są to słuszne twierdzenia, jednak nie eliminują problemu brzmienia art. 8 ust. 6a. Poza tym nakłada się w ten sposób na zleceniodawcę dodatkowe obowiązki, powinien on bowiem ustalić, że: – powierzone danej osobie zlecenie w pełni pokrywa się z prowadzoną przez niego działalnością (wpis w CEIDG nie musi być zgodny ze stanem rzeczywistym – jest to odrębna odpowiedzialność przedsiębiorcy), a przychód zleceniobiorcy jest rozliczany jako przychód z prowadzonej działalności. Jeżeli nie zostaną spełnione te warunki, konsekwentnie należałoby uznać, że dana umowa w tym zakresie wykracza poza prowadzoną działalność gospodarczą i stanowi odrębny tytuł do ubezpieczenia. Co istotne, umowa-zlecenie nie wymaga dla swej ważności formy pisemnej. Oczywiście możemy zawrzeć w naszej umowie z kontrahentem odpowiednie postanowienia zabezpieczające, jednak należy pamiętać, że w pierwszej kolejności to i tak my odpowiadamy za nieodprowadzone składowki i będziemy mieli jedynie roszczenie regresowe do zleceniobiorcy. Roszczenia tego rodzaju przedawniają się z upływem 5 lat, a zatem ewentualna kontrola i decyzja organu rentowego może mieć miejsce długi czas po zakończeniu współpracy i w praktyce próba odzyskania odprowadzonych składek może być znacznie utrudniona. Podsumowując, wykładnia opisanych norm prawnych nie jest tak oczywista, jak przedstawiają to w swoich wyjaśnieniach ZUS oraz ministerstwo. Co prawda ustawa – Prawo przedsiębiorców stanowi lex specialis względem większości pozostałych ustaw, jednak ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych także może być uznana za lex specialis (w tym sam art. 8 ust. 6a, wprowadzony jedną nowelizacją z ustawą – Prawo przedsiębiorców), bo dotyczy tylko ograniczonego zakresu przedmiotowego – ubezpieczeń społecznych. Regulacje tego rodzaju nie powinny budzić takich wątpliwości i wymagać tak złożonej wykładni. Wprowadza to bowiem niepewność do obrotu prawnego i może znacznie utrudniać funkcjonowanie przedsiębiorcom/zleceniodawcom. Nie uważam też, że interpretacje wydane przez ZUS oraz ministerstwa rozwiązują zupełnie problem. Zapewne w najbliższych latach oddziały ZUS nie będą wydawały niekorzystnych dla przedsiębiorców decyzji. Jednak jaką mamy pewność, że ta praktyka nie zmieni się w przyszłości? Nie można wykluczyć ryzyka (nawet jak jest niewielkie), że za kilka lat ZUS będzie próbował obciążyć składowkami zleceniodawców i wtedy będziemy musieli poczekać, jak ten problem rozwiążą sądy. Dlatego art. 8 ust. 6a powinien zostać zmieniony.



przepisy stosować, podejmując współpracę z tymi osobami. Z jednej strony – art. 5 ust. 1 prawa przedsiębiorców stanowi, że takie osoby nie prowadzą działalności gospodarczej. Z drugiej strony jednak w praktyce podejmują one pewne działania: zawierają umowy, zaciągają zobowiązania, kupują towary, które potem sami sprzedają dalej konsumentom.

– Rzeczywiście spotkałem się z takimi pytaniami do wielu przedsiębiorców. Problem okazuje się w praktyce bardzo istotny – mówi Michał Koralewski, radca prawny z kancelarii Legitus. – Przedsiębiorcy zgłaszają liczne wątpliwości, jak należy traktować takie osoby na gruncie przepisów kodeksu cywilnego i innych ustaw. Czy jak konsumentów? Czy może jednak już jako przedsiębiorców? – dodaje Bartosz Draniewicz, radca prawny.

Okazuje się, że wątpliwości dotyczą m.in. stosowania przepisów o rękojmi i gwarancji (inaczej stosuje się je w stosunkach z konsumentami, inaczej w stosunkach między przedsiębiorcami). Przedsiębiorcy pytają również o to, jak liczyć wobec tych osób okresy przedawnienia. Zastanawiają się też, jak stosować przepisy dotyczących zwrotu towarów na odległość i innych regulacji dotyczących konsumentów.

Ich zdaniem w praktyce może dojść do sytuacji konfliktowych (przykłady 1 i 2).

### Sprawa niejednoznaczna

Pozornie sprawa wydawałaby się dość oczywista. Na gruncie prawa przedsiębiorców osoby prowadzące działalność nieewidencjonowaną nie są przedsiębiorcami (wyłącza ich z tego kręgu art. 5 prawa przedsiębiorców). Tymczasem – wbrew pozorom – sprawa nie jest aż tak jednoznaczna na gruncie innych regulacji.

Zdaniem wielu ekspertów – pomimo tego wyłączenia – nawet osoby, które prowadzą działalność nieewidencjonowaną mogą być traktowane bowiem na gruncie przepisów kodeksu cywilnego jako przedsiębiorcy. O ile spełnią wymogi definicji na gruncie prawa cywilnego. A wszystko dlatego, że definicja działalności gospodarczej na gruncie kodeksu cywilnego jest inna niż na gruncie prawa przedsiębiorców.

– Definicja kodeksowa jest szersza. Na gruncie kodeksu cywilnego działalność gospodarcza poza innymi jeszcze cechami (takimi jak: profesjonalny charakter, prowadzenie jej na własny rachunek, powtarzalność działań oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym) jest podporządkowana zasadzie racjonalnego gospodarowania. Przedsiębiorcami w rozumieniu kodeksu mogą być również osoby wykonujące działalność nieewidencjonowaną, o której mowa w art. 5 prawa przedsiębiorców – wyjaśnia Bartosz Draniewicz (więcej na ten temat w dalszej części artykułu).

Podobnego zdania jest wielu innych ekspertów, m.in. Aleksandra Krawczyk-Giehsman, adwokat z SDZLEGAL Schindhelm, Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy sp. k., czy Radosław Płonka, ekspert BCC, wspólnik w Kancelarii Płonka Ozga (więcej: opinie ekspertów).

– Oznacza to, że można nie być przedsiębiorcą w rozumieniu prawa przedsiębiorców, ale jednocześnie być przedsiębiorcą w rozumieniu kodeksu cywilnego – podkreśla Mateusz Medyński, radca prawny. – Jeżeli zatem dokonujemy jakichkolwiek czynności z osobą, która nie jest wpisana do CEIDG, a jednak prowadzi działalność, która mieści się w definicji przedsiębiorcy w rozumieniu kodeksu cywilnego, to taka osoba powinna być traktowana jak przedsiębiorca, a zatem stosuje się do niej szczególne przepisy w zakresie przedawnienia roszczeń, gwarancji i rękojmi. W praktyce oznacza to, że instytucja nieewidencjonowanej działalności gospodarczej pozostanie w dużej mierze martwym przepisem, wszyscy ci nieprzedsiębiorcy nadal bowiem będą przedsiębiorcami w rozumieniu kodeksu cywilnego, który zawiera wiele uregulowań chroniących konsumentów w kontakcie z nimi – podkreśla Mateusz Medyński.

### OPINIE EKSPERTÓW

## Będą liczne kłopoty w praktyce



ALEKSANDRA KRAWCZYK-GIEHSMANN

adwokat, SDZLEGAL Schindhelm  
Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy sp.k.

W polskim prawie brakuje jednej definicji przedsiębiorcy. Poszczególne ustawy posługują się własnymi definicjami, które znajdują zastosowanie tylko w ograniczonym zakresie. Również kodeks cywilny posługuje się własną definicją przedsiębiorcy, inną od tej przyjętej w ustawie – Prawo przedsiębiorców. Wprawdzie definicja kodeksowa mówi o tym, że przedsiębiorcą jest osoba prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową, ale – ponownie – nie chodzi tu o działalność definiowaną przez prawo przedsiębiorców. Rozumienie działalności gospodarczej na gruncie kodeksu cywilnego jest o wiele szersze i obejmuje praktycznie każde zachowania nakierowane na uzyskiwanie zysku, charakteryzujące się pewną trwałością, zorganizowaniem. Co bardzo istotne, w żadnym razie warunkiem uznania osoby za prowadzącą działalność gospodarczą, a więc za przedsiębiorcę na gruncie kodeksu cywilnego, nie jest wpis do CEIDG.

Różnorodność definicji ustawowych dotyczących działalności gospodarczej przedsiębiorców wywołuje wiele wątpliwości interpretacyjnych. Uważam, że na gruncie przepisów kodeksu cywilnego oraz innych ustaw, które również posługują się kodeksową definicją przedsiębiorcy, osoby wykonujące działalność nieewidencjonowaną muszą

być uznawane za przedsiębiorców. Oznacza to, że do osób prowadzących tego rodzaju działalność w ich relacjach między przedsiębiorcami nie można stosować przepisów chroniących konsumentów, np. o prawie do odstąpienia czy przedawnieniu, pod warunkiem że daną umowę zawierają w ramach prowadzonej działalności nieewidencjonowanej. Przy czym należy pamiętać, że każdy przedsiębiorca – osoba fizyczna może zawierać umowy również jako konsument, o ile nie dotyczą one jego przedsiębiorstwa (np. umowa z biurem podróży, zakup sprzętu AGD do domu, zakup odzieży lub obuwia). Nietrudno jednak zauważyć, że w praktyce będzie bardzo trudno ustalić, czy daną umowę zawarto w ramach działalności nieewidencjonowanej, czy w ramach sfery prywatnej danej osoby. Osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną nie będzie posługiwała się choćby pieczęcią, nie będzie miała swojego NIP i REGON.

Ustawowe rozwiązanie powinno pozwolić na uniknięcie wątpliwości, jakie mogą powstać w związku z tym, że działalność nieewidencjonowana to stan w założeniu tymczasowy. Jeżeli przychód należny z działalności przekroczy w danym miesiącu dopuszczalną wysokość, to działalność ta jest uznawana z mocy prawa za działalność gospodarczą, począwszy od dnia, w którym nastąpiło przekroczenie. Osoba wykonująca działalność gospodarczą jest obowiązana złożyć wniosek o wpis do CEIDG, ale nawet jeżeli tego nie zrobi, to już bez żadnych wątpliwości będzie uznawana za przedsiębiorcę. Problem w tym, że od kontrahenta takiej osoby nie sposób jednak oczekiwać, że przed zawarciem umowy będzie za każdym razem sprawdzał, jaki przychód osiągnęła w danym miesiącu, aby ocenić, czy zawiera umowę z konsumentem czy z innym przedsiębiorcą. Nietrudno zatem przewidzieć spory na tym tle.

## Mamy różne definicje przedsiębiorcy, a należało je ujednoczyć



RADOSŁAW PŁONKA

adwokat, wspólnik w Kancelarii Płonka Ozga, ekspert BCC

Definicja przedsiębiorcy zawarta w ustawie – Prawo przedsiębiorcy nie jest tożsama z analogiczną definicją określoną w kodeksie cywilnym. W praktyce obrotu gospodarczego powoduje to wątpliwości, czy osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną w rozumieniu prawa przedsiębiorcy jest przedsiębiorcą na gruncie prawa cywilnego.

Zagadnienie wzajemnej relacji różnych definicji przedsiębiorcy zawartych w ustawach bardzo często budziło w przeszłości kontrowersje. Dlatego uważam, że przy okazji wprowadzenia prawa przedsiębiorcy należało wprowadzić jednolitą definicję przedsiębiorcy w całym systemie prawnym. Ustawodawca nie powinien doprowadzać do sytuacji, gdy na gruncie jednej ustawy osoba jest traktowana jako przedsiębiorca, a na gruncie innej ustawy już nie. Powoduje to chaos prawny oraz różne traktowanie obywateli w tej

samej sytuacji. To z kolei nie buduje zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa.

Tymczasem uzasadnienie projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców akcentuje wręcz odrębność definicji przedsiębiorcy zawartej w kodeksie cywilnym od definicji zawartej w tej ustawie. W doktrynie prawa cywilnego także zdecydowanie dominuje pogląd o autonomii definicji przedsiębiorcy z kodeksu cywilnego wobec definicji zawartych w innych ustawach. Mając na uwadze powyższe, ostatecznie przyjąć należy, że kodeks cywilny ma własne kryteria oceny tego, czy mamy do czynienia z przedsiębiorcą. W konsekwencji osoba prowadząca nieewidencjonowaną działalność nie jest przedsiębiorcą na gruncie prawa przedsiębiorców, jest nim natomiast na gruncie kodeksu cywilnego. Odmienne interpretacja, wobec uzasadnienia projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców oraz stanowiska doktryny prawa cywilnego nie będzie zgodna z obowiązującymi przepisami.

Warto dodać, że poza kodeksem cywilnym własną definicję przedsiębiorcy zawierają także m.in. ustawa – Prawo własności przemysłowej, ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów czy też ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Pozostaje jedynie zadać pytanie, jak w takim systemie ma się poruszać przedsiębiorca.

### Ustawodawca potwierdza

Co ciekawe, dualizm pozycji osoby wykonującej działalność nieewidencjonowaną wobec przepisów prawa przedsiębiorców i przepisów kodeksu cywilnego założył sam ustawodawca. Jak czytamy w uzasadnieniu do ustawy: „skoro działalność określona w art. 5 ust. 1 ustawy nie jest działalnością gospodarczą, to tym samym podmiot ją wykonujący nie

jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców. Natomiast może on być przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów k.c. (o ile spełnia stosowne przesłanki wynikające z k.c.), zobowiązany do przestrzegania przepisów k.c. adresowanych do przedsiębiorców, w tym przepisów wiążących przedsiębiorców w relacjach z konsumentami” – napisano wyraźnie już w uzasadnieniu.

### Odmienne zdanie

Niektórzy eksperci mają jednak odmienne zdanie: nie powinno się stosować wobec osób prowadzących działalność nieewidencjonowaną takich przepisów kodeksu cywilnego, jak wobec profesjonalnych przedsiębiorców. – Artykuł 5 prawa przedsiębiorców wyłącza możliwość uznania ciągłej i zarobkowej działalności w przypadku określonego kryterium przychodu jako działalności gospodarczej. W mojej ocenie obecny kształt tych regulacji nie gwarantuje nabywcy towarów lub usług takiego samego standardu bezpieczeństwa w przypadku działalności prowadzonej na podstawie art. 5 prawa przedsiębiorców. Skoro bowiem nie traktujemy takiego podmiotu jako wykonującego działalność gospodarczą, to nie można wymagać, by realizował on obowiązki nałożone na przedsiębiorców przez pozostałe przepisy, np. obowiązki informacyjne wynikające z ustawy o prawach konsumenta czy też obowiązki związane z wadliwością rzeczy wynikające z kodeksu cywilnego – uważa Dominik Jędrzejko.

Wątpliwości, czy należy na równi z dużymi przedsiębiorcami traktować rów-

### PRZYKŁAD 1

#### Trudność dla sprzedawcy

Jan K. prowadzi działalność nieewidencjonowaną. Zakupił od ABC sp. z o.o. przenośną łódówkę. Sprzedawca był przekonany, że Jan K. jest przedsiębiorcą, ponieważ ten oświadczył, że łódówkę zamierza wykorzystywać w swojej działalności polegającej na sprzedaży łódów i zimnych napojów w okolicy wrocławskiego rynku. Nie zawarło umowy na piśmie. Po kilku miesiącach Jan K. zgłosił wady łódówki i zażądał zamiast zaproponowanego przez sprzedawcę usunięcia wady wymiany łódówki na nową. Sprzedawca odmówił, wskazując, że takie uprawnienie przysługuje tylko konsumentowi. Jan K. odpowiedział, że tak naprawdę umowę zawarł jako konsument i nigdy nie został zarejestrowany w CEIDG. Sprzedawca jest w kropce – teraz to on musi udowodnić, że Jan K. prowadził działalność ewidencjonowaną i w trakcie zawierania umowy nie był konsumentem. W innym wypadku będzie musiał wymienić łódówkę na nową.

### PRZYKŁAD 2

#### Kłopot dla konsumenta

Anna W. zakupiła za pośrednictwem sklepu internetowego sukienkę. Sklep prowadziła Wanda S. Anna W. była przekonana, że Wanda S. jest przedsiębiorcą i że kupując w sklepie internetowym, ma prawo odstąpienia od umowy w terminie dwóch tygodni. Po otrzymaniu przesyłki Anny W. stwierdziła, że sukienka nie pasuje do jej figury, więc postanowiła odstąpić od umowy i odesłać zakup. Okazało się, że Wanda S. nie jest wpisana do CEIDG, a zatem nie jest przedsiębiorcą. W tej sytuacji Anna W. nie wie, czy zawarła umowę z przedsiębiorcą, czy jednak z innym konsumentem, i jakie są jej prawa. Nie jest w stanie tego ustalić sama, a Wanda S. przestała odbierać od niej telefony.



niez osoby, które prowadzą działalność nieewidencjonowaną na niewielką skalę, ma również Bernardetta Kasztelan-Świetlik z kancelarii Gessel. – Przypomnieć warto, że jedną z głównych przyczyn zapewnienia konsumentom szczególnej ochrony przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE była dysproporcja w potencjale pomiędzy konsumentami a przedsiębiorcami świadczącymi usługi w sposób profesjonalny i dysponującymi wsparciem ze strony prawników. Dlatego właśnie, uznając konsumenta za słabszą stronę kontraktu, ustawodawca stworzył ramy prawne, mające wzmocnić pozycję konsumenta wobec przedsiębiorcy i w ten sposób wyrównać szanse w potencjalnym sporze. Z podobną dysproporcją mamy do czynienia także wtedy, kiedy zamiast konsumenta występuje osoba fizyczna, będąc jednocześnie przedsiębiorcą, prowadząca działalność w minimalnym rozmiarze i najczęściej niemająca – podobnie jak konsument – wsparcia instytucjonalnego czy prawnego. Czy taka osoba nie zasługuje także na szczególną ochronę? – pyta Bernardetta Kasztelan-Świetlik.

#### Inne wątpliwości

Pytania o działalność nieewidencjonowaną się mnożą. Między innymi pojawia się często kwestia, czy osoby ją prowadzące obowiązywać będzie RODO. Tutaj odpowiedź jest pozytywna. – RODO dotyczy stosunków zarówno między przedsiębiorcami, jak i osobami fizycznymi – wyjaśnia Michał Koralewski.

Znacznie trudniej jednak odpowiedzieć na pytanie, które stawiają sami podejmujący działalność na niewielką skalę: na podstawie jakich przepisów będą mogły być kontrolowane osoby prowadzące działalność nieewidencjonowaną?

Ale problematycznych kwestii, dziś jeszcze trudnych do przewidzenia, może być więcej. – Uznanie osoby prowadzącej działalność nieewidencjonowaną za przedsiębiorcę ma także inne, dalekosiężne skutki. Przykładowo taka osoba nie może ogłosić upadłości konsumenciej, może jednak przeprowadzić postępowanie restrukturyzacyjne, zastrzeżone wyłącznie dla przedsiębiorców – zauważa Aleksandra Krawczyk-Giehsman.

#### OPINIE EKSPERTÓW

## Prawa konsumenta muszą być chronione



BARTOSZ DRANIEWICZ

radca prawny

Osoby prowadzące działalności nieregistrowaną w rozumieniu art. 5 prawa przedsiębiorców co do zasady mogą być traktowane jak przedsiębiorcy na gruncie kodeksu cywilnego i innych aktów regulujących prawa konsumenta, w szczególności ustawy z 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 683 ze zm.). Taka konstatacja wynika z analizy zarówno prawa krajowego, jak i wspólnotowego. Odnosnie do prawa krajowego już w uzasadnieniu projektu prawa przedsiębiorców zostało wskazane, że definicje „przedsiębiorcy” na gruncie prawa przedsiębiorców i kodeksu cywilnego się różnią. Przepisy kodeksu cywilnego nie zawierają własnej legalnej definicji pojęcia „działalności gospodarczej”, definicja sformułowana w tym zakresie na potrzeby kodeksu cywilnego w orzecznictwie sądowym (zwłaszcza Sądu Najwyższego) jest zaś szersza niż definicja działalności gospodarczej w prawie przedsiębiorców. Na gruncie kodeksu cywilnego działalność gospodarcza poza innymi jeszcze cechami (takimi jak: profesjonalny charakter, prowadzenie jej na własny rachunek, powtarzalność działań oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym) jest podporządkowana zasadzie

racjonalnego gospodarowania. Przedsiębiorcami w rozumieniu kodeksu cywilnego mogą być również osoby wykonujące działalność nieewidencjonowaną, o której mowa w art. 5 prawa przedsiębiorców. Artykuł 2 pkt 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów stanowi, że „przedsiębiorca” oznacza każdą osobę fizyczną lub każdą osobę prawną, niezależnie od tego, czy jest to podmiot publiczny czy prywatny, która działa – w tym również za pośrednictwem każdej innej osoby działającej w jej imieniu lub na jej rzecz – w celach związanych z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wykonywaniem wolnego zawodu, w związku z umowami objętymi zakresem niniejszej dyrektywy. Ani kodeks cywilny, ani dyrektywa nie wymagają formalnego zarejestrowania działalności przez przedsiębiorcę. Decyduje kryterium materialne, a nie formalne.

Wyobraźmy sobie pewien przykład. Osoba X zakłada sklep internetowy. Dokonuje zakupu towarów za 800 zł, które ma zamiar sprzedać w ciągu miesiąca łącznie za 1000 zł. Osoba X spełnia warunki z prawa przedsiębiorców. Nie musi dokonywać wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. W pierwszej umowie (zatarowanie za 800 zł), a także przy odsprzedaży za 1000 zł musi być uznana za przedsiębiorcę. Gdyby tak nie było, doszłoby do wypaczenia praw konsumenta. Mianowicie kontrahent dokonujący zakupu od X jako konsument nie miałby praw konsumenckich, np. prawa do odstąpienia od umowy (prawo takie przysługuje tylko w relacji konsument–przedsiębiorca). Z innej strony, gdyby X był uznany za konsumenta, to miałby prawa konsumenckie wobec podmiotu, od którego dokonał zakupu.

## Wyłączenie działa także na gruncie przepisów kodeksu cywilnego



DOMINIK JĘDRZEJKO

adwokat, partner w Kancelarii Kaszubiak Jędrzejko Adwokaci sp.p.

Warto zwrócić uwagę na trudności wynikające z art. 5 prawa przedsiębiorców, który wyłącza możliwość uznania ciągłej i zarobkowej działalności w przypadku określonego kryterium przychodu. Może się bowiem okazać, że mimo stricte komercyjnego zakupu towaru lub usługi kupujący nie będzie korzystał z uprawnień konsumenckich z uwagi na to, iż działalność jego kontrahenta nie będzie stanowiła działalności gospodarczej, gdyż przychód należny z tej działalności nie przekracza w żadnym miesiącu 50 proc. kwoty minimalnego wynagrodzenia. W mojej ocenie obecny kształt regulacji nie gwarantuje nabywcy towarów lub usług odpowiedniego standardu bezpieczeństwa. Skoro nie traktujemy takiego podmiotu jako wykonującego działalność gospodarczą, to nie można wymagać, by realizował on obowiązki nałożone na przedsiębiorców

przez pozostałe przepisy – przykładowo obowiązki informacyjne wynikające z ustawy o prawach konsumenta czy też obowiązki związane z wadliwością rzeczy wynikające z kodeksu cywilnego. Spora trudnością jest też określenie momentu, od którego obowiązki te powinny być realizowane. Konsument nie ma takiej możliwości, ponieważ nie posiada informacji o przychodach przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie jest jednak przeszkodą dla prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który może wezwać do przekazania takich informacji, a następnie ocenić, czy nie dochodzi do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów przez wprowadzenie w błąd, że działalność spełnia kryterium wynikające z art. 5 prawa przedsiębiorców. Warto ostatecznie pamiętać również, że w zakresie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów przez UOKiK może działać w odniesieniu do szerszej grupy podmiotów aniżeli przedsiębiorcy w rozumieniu prawa przedsiębiorców. Wynika to z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która pozwala np. prowadzić postępowanie w odniesieniu do osoby wykonującej określoną zawód bez ograniczeń (adwokat, lekarz, fryzjer) czy też osoby organizującej lub świadczącej usługi o charakterze użyteczności publicznej, a nawet wobec osoby fizycznej kontrolującej faktycznie przedsiębiorcę.

## Dla kogo nowe preferencje w ZUS

Od 30 kwietnia tego roku osoby prowadzące działalność, które osiągają wyjątkowo niskie przychody, nie muszą w ogóle płacić składek. Gdy potem zaczną zarabiać więcej, przez pierwsze sześć miesięcy i tak są zwolnione z ZUS

Przepisy ubezpieczeń społecznych nie posługują się pojęciem „przedsiębiorca”. Na tej płaszczyźnie funkcjonuje ono jako pewien skrót myślowy, który oznacza jedną z kategorii osób prowadzących pozarolniczą działalność (bo to tym właśnie pojęciem operuje ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych).

Ustawa systemowa przewiduje kilka kategorii osób prowadzących pozarolniczą działalność. Należą do nich:

- osoby prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą na podstawie przepisów ustawy – Prawo przedsiębiorców lub innych przepisów szczególnych,
  - twórcy i artyści,
  - osoby wykonujące wolny zawód (np. lekarze),
  - wspólnicy jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz wspólnicy spółki jawnej, komandytowej lub partnerskiej,
  - osoby prowadzące publiczną lub niepubliczną szkołę, inną formę wychowania przedszkolnego, placówkę lub ich zespół.
- Spory o ulgi w składkach dotyczą tylko pierwszej z tych grup. Przedstawiciele pozostałych nie mają prawa do ulg i obniżonych składek.

Prowadzący pozarolniczą działalność gospodarczą (przedsiębiorca) podlega obowiązkowo ubezpieczeniom emery-

talnym i rentowym, a także wypadkowemu. Musi także opłacać składki na ubezpieczenie zdrowotne. Dobrowolnie może podlegać ubezpieczeniu chorobowemu. Składki na te ubezpieczenia przedsiębiorca opłaca sam.

#### Działalność nieewidencjonowana

Choć przedsiębiorca musi zgłosić się do ubezpieczeń sam (dzięki zmianie przepisów – także przez CEIDG), to obowiązek ubezpieczeniowy powstaje z mocy prawa od dnia, w którym rozpoczęto prowadzenie działalności gospodarczej. Większość osób wiąże tę chwilę z dniem wpisu do CEIDG, ale nie jest tak do końca. Wpis oznacza tylko domniemanie, że dana osoba prowadzi działalność. Domniemanie to może być jednak obalone. Podobna zależność zachodzi w drugą stronę – to, że ktoś nie wpisał się do CEIDG, nie oznacza, że nie może zostać uznany za prowadzącego działalność.

Zgodnie z przepisami prawa przedsiębiorców działalność gospodarcza to zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły. Jeśli więc działalność danej osoby spełnia ten warunek, powinna ona zgłosić się do CEIDG, a co za tym idzie, również do ZUS. Należy tu zauważyć, że prawo przedsiębiorców, które zastąpiło obowiązującą do 2018 r. ustawę o swobodzie działalności gospodarczej, wprowadziło w definicji działalności gospodarczej istotną zmianę. Otóż nie jest za nią uważana działalność, która, co prawda, jest zarobkowa i wykonywana w sposób ciągły, ale przychód z niej należny nie przekracza w żadnym miesiącu 50 proc. kwoty minimalnego wynagrodzenia, a osoba, która ją wykonuje, w okresie ostatnich 60 miesięcy nie

wykonywała działalności gospodarczej. Taka drobna działalność zyskała miano działalności nieewidencjonowanej.

Trzeba jednak podkreślić, że nie jest to pojęcie ustawowe – autorzy ustawy posługują się nim tylko w uzasadnieniu do jej projektu. A skoro owa drobna działalność nie ma statusu działalności gospodarczej, to nie podlega obowiązkowemu zgłoszeniu do CEIDG, a więc także do ZUS, chociaż oczywiście zgłoszenia można takiego dokonać dobrowolnie. Osoba wykonująca działalność niepodlegającą rejestracji jest więc dla ZUS niewidoczna. Nie opłaca ona ani składek na ubezpieczenie zdrowotne, ani na ubezpieczenie zdrowotne. Z jednej strony nie ma więc żadnych obowiązków – nie musi odprowadzać składek, składać deklaracji itd., ale z drugiej – nie ma prawa do żadnych świadczeń. Ten czas nie będzie wliczony do okresu uprawniającego do minimalnej emerytury, jak również nie pozwoli na uzyskanie takich świadczeń, jak zasiłek chorobowy lub macierzyński. Taka osoba nie ma też prawa do bezpłatnych świadczeń opieki zdrowotnej w placówkach publicznej służby zdrowia, o ile oczywiście nie jest ubezpieczona zdrowotnie z innego tytułu.

Okres prowadzenia tej działalności to więc w pewnym sensie, jak mówią niektórzy, okres tolerowanej przez państwo pracy w szarej strefie. O ile przychód miesięczny nie przekroczy poziomu połowy minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w danym roku, można w niej przebywać w nieskończoność. Jeśli jednak w jakimś miesiącu przychód przekroczy limit, prowadzący taką działalność musi zgłosić się do CEIDG, a co za tym idzie, do ubezpieczeń na zasadach ogólnych.

JOANNA ŚLIWIŃSKA

radca prawny



Nawet gdy przychody w kolejnym miesiącu spadną, przedsiębiorca nie będzie już mógł się wyrejestrować z ubezpieczeń. Raz zyskanego statusu przedsiębiorcy nie można bowiem pozbyć się ze względu na niski przychód.

Należy jednak mieć na uwadze, że wyłączenie niskoprzychodowej działalności z kategorii działalność gospodarcza nie oznacza, że dopiero przekroczenie limitu pozwala na rejestrację na CEIDG. Można to zrobić w każdej chwili, a wtedy działalność nieewidencjonowana stanie się działalnością gospodarczą z dniem określonym we wniosku.

Dopóki jednak taka osoba nie jest przedsiębiorcą, a więc nie jest zgłoszona do ZUS, dopóty w przypadku zawarcia z nią umowy o świadczenie usług trzeba będzie odprowadzić za nią składki na normalnych zasadach. A zgodnie z nimi oskładkowane są przychody uzyskane z umów o świadczenie usług, do których stosuje się przepisy o zleceniu. Zastosowanie mają wyłączenia określone w ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych (studenci do 26. roku życia, posiadanie innego tytułu ubezpieczeniowego). Trzeba bowiem pamiętać, że prowadzący działalność nieewidencjonowaną nie stanowią dla ZUS oddzielnej kategorii osób od tych wykonujących zwykłe zlecenia. A więc zarówno osoba wykonująca pojedyncze usługi (zlecenia), jak i ta, która wykonuje je w sposób ciągły, ale jej przychód nie przekracza limitu 50 proc. minimalnego wynagrodzenia, przez przepisy ubezpieczeniowe traktowane są tak samo. Nie ma specjalnego rejestru, w którym prowadzący drobną działalność mógłby uzyskać specjalny status prowadzącego działalność nieewidencjonowaną, odrębną od zwykłych zleceniobiorców.

Warto też zaznaczyć, że przepisy o działalności nieewidencjonowanej stosuje się również do działalności wykonywanej przez osoby, które w okresie roku przed dniem wejścia w życie prawa przedsiębiorców nie były wpisane do CEIDG lub które zostały wykreślone z CEIDG wcześniej niż rok przed dniem jej wejścia w życie, nawet jeżeli w okresie ostatnich 60 miesięcy przed tym dniem wykonywały działalność gospodarczą. Przepisy dotyczące działalności nieewidencjonowanej nie będą miały zastosowania do działalności wykonywanej w ramach umowy spółki cywilnej, jak również w przypadku gdy z odrębnych przepisów wynika, że wykonywanie działalności gospodarczej wymaga uzyskania koncesji, zezwolenia albo wpisu do rejestru działalności regulowanej.

#### Ulga na start

Drugi rodzaj ułatwień dla prowadzących działalność zyskał określenie ulgi na start, które podobnie jak działalność nieewidencjonowana nie jest pojęciem ustawowym. Ulga ta jest przeznaczona dla osób prowadzących działalność gospodarczą, a więc spełniających definicję określoną w prawie przedsiębiorców, którzy dokonali zgłoszenia do CEIDG. Zgodnie z art. 18 ust. 1 prawa przedsiębiorców przez pierwsze sześć miesięcy od rozpoczęcia działalności przedsiębiorca taki nie podlega obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym, a więc nie musi opłacać składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe i wypadkowe (chrobowe dla przedsiębiorców jest zawsze dobrowolne). Co ważne jednak, podlega ubezpieczeniu zdrowotnemu i składkę na nie musi odprowadzać. Nic nie stoi przy tym na przeszkodzie, aby taka osoba zgłosiła się do ubezpieczeń społecznych dobrowolnie.

Nie wszyscy początkujący przedsiębiorcy mają jednak prawo wyboru, czy chcą być ubezpieczeni społecznie, czy nie. Nie będzie ono przysługiwało tym prowadzącym działalność, którzy:

- podejmują ją ponownie przed upływem 60 miesięcy od dnia jej ostatniego zawieszenia lub zakończenia;
- wykonują ją na rzecz byłego pracodawcy, u którego w bieżącym lub w poprzednim roku kalendarzowym wykonywali w ramach stosunku pracy lub spółdzielczego stosunku pracy czynności wchodzące w zakres wykonywanej działalności gospodarczej.

Pierwszy z wyjątków ma zapobiec krótkotrwałemu zamykaniu i otwieraniu firm tylko po to, aby znowu zyskać prawo do

**WAŻNE** Okres prowadzenia działalności nieewidencjonowanej to w pewnym sensie okres tolerowanej przez państwo pracy w szarej strefie.

nieopłacania składek. Jak wynika z przepisów, potrzebna jest co najmniej pięcioletnia karencja między wcześniejszym prowadzeniem firmy a otwarciem jej na nowo, by móc z ulgi skorzystać. Jeśli ten czas jest krótszy, to przedsiębiorca musi opłacać składki na ubezpieczenia społeczne od standardowej podstawy wymiaru, tj. równowartości 60 proc. przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia.

Celem drugiego wyłączenia jest zapobieganie zmuszaniu pracowników do przechodzenia na samozatrudnienie. Jeśli więc przedsiębiorca rozpoczyna działalność i wykonuje na rzecz swojego byłego pracodawcy czynności wykonywane poprzednio na umowie o pracę, to nie ma prawa do zwolnienia ze składek i musi je opłacać od standardowej podstawy. Nie chodzi jednak o każdego byłego pracodawcę, ale tylko tego, u którego przedsiębiorca był zatrudniony w roku otwierania firmy i poprzednim. Jeśli od zakończenia stosunku pracy upłynęło więcej czasu, to przedsiębiorca może skorzystać z ulgi. Jednak nawet gdy pracownik otwiera firmę zaraz po odejściu z etatu i świadczy usługi na rzecz byłego pracodawcy, to zwolnienie ze składek i tak może przysługiwać, o ile usługi te nie są tożsame z obowiązkami wykonywanymi poprzednio w ramach umowy o pracę.

Nieopłacanie składek na ubezpieczenie społeczne w ramach ulgi na start, podobnie jak to jest przy działalności nieewidencjonowanej, oznacza, że przedsiębiorca nie ma prawa do żadnych świadczeń z ZUS. Okres ten nie jest również wliczany do stażu potrzebnego np. do emerytury minimalnej. W okresie korzystania z ulgi na start trzeba jednak opłacać składkę na ubezpieczenie zdrowotne, co oczywiście daje prawo do korzystania z bezpłatnych świadczeń w publicznych placówkach medycznych. Przy czym odprowadzanie składki zdrowotnej z tego tytułu nie zwalnia z obowiązku jej opłacania z innych tytułów ubezpieczeniowych, jak również inne tytuły nie zwalniają z obowiązku opłacania tej składki za firmę. Jeśli więc przedsiębiorca jest zatrudniony dodatkowo na etacie lub wykonuje umowę-zlecenie, to i tak musi opłacać składkę zdrowotną z tytułu prowadzonej działalności (w ramach której korzysta z ulgi na start). Opłacanie składki zdrowotnej powoduje, że taka osoba nie jest już dla ZUS niewidoczna, bo musi zostać zgłoszona do ubezpieczenia zdrowotnego.

Ulga na start jest prawem, a nie obowiązkiem. Daje ona możliwość nieopłacania składek za cenę braku prawa do świadczeń, ale przedsiębiorca nie musi z niej skorzystać. Może od razu przy rozpoczęciu działalności zgłosić się do ubezpieczeń społecznych, może to też zrobić w każdej chwili w ciągu sześciu miesięcy trwania ulgi. Warto podkreślić, że status korzystającego z ulgi na start jest specyficzny. Spełnia on definicję przedsiębiorcy zawartą w prawie przedsiębiorców, bo jest osobą fizyczną wykonującą działalność gospodarczą. Z kolei art. 8 ust. 6a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych wyraźnie stanowi, że przedsiębiorca korzystający z ulgi na start nie jest uważany w rozumieniu tej ustawy za osobę prowadzącą pozarolniczą działalność. A to oznacza, że na gruncie przepisów ubezpieczeniowych takie osoby nie nabywają żadnego specjalnego statusu, podobnie jak osoby, które prowadzą działalność nieewidencjonowaną. To, że są ubezpieczone zdrowotnie, nie ma przy tym znaczenia, bo to odrębny od ubezpieczeń społecznych rodzaj ubezpieczenia. Skoro więc taka osoba zawiera umowę o świadczenie usług, do której na podstawie kodeksu cywilnego stosuje się przepisy o zleceniu, przepisy ubezpieczeniowe traktują ją jak zwykłego zleceniobiorcę.

#### Zbieg tytułów ubezpieczeniowych

Podobnie jak w przypadku działalności nieewidencjonowanej składki nie będą należne od zlecenia, jeśli przedsiębiorca korzystający z ulgi na start będzie miał inny tytuł do ubezpieczeń (najczęściej będzie to etat albo inne zlecenie).

Zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z ustawy systemowej podstawą wymiaru składek dla prowadzącego pozarolniczą

czynność jest zadeklarowana kwota, mieszcząca się w ustawowych granicach, które wynoszą:

- 30 proc. minimalnego wynagrodzenia przez pierwsze 24 miesiące prowadzenia działalności liczone od założenia firmy lub zakończenia korzystania z ulgi na start (okres preferencyjny),
- 60 proc. przeciętnego wynagrodzenia – po upływie okresu preferencyjnego.

Z kolei podstawą wymiaru dla zleceniobiorców, a więc także osób wykonujących umowy o świadczenie usług, do których zgodnie z kodeksem cywilnym stosuje się przepisy o zleceniu, jest przychód uzyskiwany z tej umowy. Ustawa systemowa w ograniczonym zakresie daje ubezpieczonym możliwość wyboru, z jakiego tytułu (podstawy) chcą podlegać ubezpieczeniom. Skoro więc zgodnie z tą ustawą osoby prowadzące działalność nieewidencjonowaną albo korzystające z ulgi na start nie są uznawane za prowadzące działalność i nie podlegają z tego tytułu ubezpieczeniom społecznym, to jedynym tytułem do ubezpieczeń pozostaje umowa o świadczenie usług. Gdyby te osoby osiągały dodatkowo przychód, np. z etatu w wysokości minimalnego wynagrodzenia, problem z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne z umowy o świadczenie usług w ogóle by nie powstał. I to niezależnie od tego, którą z interpretacji przepisów przyjąłbyśmy (zarówno przy działalności nieewidencjonowanej, jak i uldze na start).

#### Podwójna składka zdrowotna

W dyskusjach z reguły pomijana jest składka zdrowotna, do której nie stosuje się zasad zbiegu tytułów ubezpieczeniowych, jak ma to miejsce w przypadku ubezpieczeń społecznych. Składkę na ubezpieczenie zdrowotne trzeba odprowadzać od każdego tytułu, nie można sobie wybrać jednego z nich. Może być więc opłacana łącznie od etatu, zlecenia i prowadzenia działalności. Jej kwota ma niebagatelne znaczenie dla początkujących przedsiębiorców – obecnie wynosi 319,94 zł. Co prawda większość tej kwoty jest odliczana od podatku, ale nie zmienia to tego, że najpierw trzeba ją opłacić z własnej kieszeni.

Działalność nieewidencjonowana nie wywołuje samodzielnych skutków w sferze ubezpieczenia zdrowotnego – jak wskazano wcześniej, nie jest to specjalny rodzaj aktywności, a jedynie stan, w którym prowadzona działalność nie przynosi przychodu większego niż połowa minimalnego wynagrodzenia, a prowadzący nie zdecydował się na jej rejestrację w CEIDG. Gdy taka osoba zawrze umowę o świadczenie usług, składkę na ubezpieczenie zdrowotne potrąconą z jego wynagrodzenia będzie musiał odprowadzić za niego usługobiorca.

Z kolei w przypadku osoby korzystającej z ulgi na start sytuacja się nieco komplikuje. Musi ona odprowadzać składkę zdrowotną z tytułu prowadzenia działalności, zwolniona jest tylko ze składek na ubezpieczenia społeczne. Jeśli jednak zawiera umowę o świadczenie usług, to przyjmując interpretację gdańskiego ZUS z 24 lipca 2018 r., płatnik (usługobiorca) musiałby potrącić z jego wynagrodzenia i odprowadzić tę składkę także z przysługującego wynagrodzenia. Oznaczałoby to, że korzystający z ulgi na start musiałby finansować podwójną składkę zdrowotną.

#### Jak sprawdzić kontrahenta

Konieczność odprowadzania składek od umów o świadczenie usług zawieranych nawet z osobami prowadzącymi działalność może rodzić obawy u drugiej strony kontraktu. Czy mają wierzyć na słowo kontrahentowi, że nie korzysta z ulgi na start? W pewnym sensie tak. Bo choć taka osoba jest przedsiębiorcą i ma wpis w CEIDG, to jednak nie jest tam zaznaczone, czy korzysta z ulgi. Przyjmując więc wykładnie przedstawioną w interpretacji gdańskiego ZUS z 24 lipca 2018 r. i popieraną przez większość ekspertów, kontrahent musiałby polegać na oświadczeniu przedsiębiorcy, że ten podlega ubezpieczeniu społecznemu. Praktyka składania oświadczeń już dziś jest zresztą powszechnie stosowana w razie zbiegu tytułów ubezpieczeniowych. Wiele osób ma kilka potencjalnych tytułów do ubezpieczenia, np. etat i dodatkowe zlecenie, kilka zleceń itd. Jeśli dana osoba

**WAŻNE** Status korzystającego z ulgi na start jest specyficzny. Spełnia on definicję przedsiębiorcy zawartą w prawie przedsiębiorców, bo jest osobą fizyczną wykonującą działalność gospodarczą. Z kolei ustawa systemowa wyraźnie stanowi, że przedsiębiorca korzystający z ulgi na start nie jest uważany w rozumieniu tej ustawy za osobę prowadzącą pozarolniczą działalność.



chce być ubezpieczona tylko na podstawie jednego (a tak będzie w zdecydowanej większości przypadków), to składa odpowiednie oświadczenie u tego płatnika, u którego nie chce oskładkowania przychodu. Jeśli oświadczenie było nieprawdziwe i inny tytuł ubezpieczenia nie istniał, a ZUS to wykryje, nie uchroni to płatnika przed zapłatą zaległych składek wraz z odsetkami. Nie inaczej będzie przy zawieraniu umowy z przedsiębiorcą korzystającym z ulgi na start.

Pewną wskazówką dla kontrahenta osoby korzystającej z ulgi na start może być jednak widniejąca w CEIDG data rozpoczęcia działalności. Jeśli upłynęło od niej mniej niż sześć miesięcy, może to sugerować, że taki przedsiębiorca korzysta z ulgi na start. Oczywiście data wpisu o niczym nie przesądza, bo po pierwsze, ulga nie jest obowiązkowa, a po drugie, nie wszyscy rozpoczynający działalność mają do niej prawo. W razie wątpliwości najlepszym rozwiązaniem wydaje się jednak poproszenie osoby, z którą zawiera się umowę, o kopię zgłoszenia do ubezpieczeń społecznych.

Sprawa jest natomiast prosta, gdy idzie o osoby prowadzące działalność nieewidencjonowaną, której przepisy nie uznają za działalność gospodarczą. Skoro dana osoba nie figuruje w CEIDG, to przedsiębiorcą nie jest, a zawarta z nią umowa o świadczenie usług zgodnie z interpretacją ZUS z 26 lipca 2018 r. musi być oskładkowana na zasadach ogólnych.

#### Nie tylko usługodawcy

Nie wydaje się jednak, aby akurat kwestia braku danych w CEIDG była największą przeszkodą w prowadzeniu interesów z korzystającym z ulgi na start, które nie zawsze przecież polegają na zawieraniu umów o świadczenie usług. To kolejna odsłona sprawy, która nie wybrzmiała dotychczas w trakcie medialnej dyskusji – a szkoda, bo pozwoliłoby to uspokoić wiele osób. Otóż, trzeba podkreślić, że nie każdy klient czy to prowadzącego działalność nieewidencjonowaną, czy korzystającego z ulgi na start, zawiera z nim ustną lub pisemną umowę o świadczenie usług. Większość to umowy np. sprzedaży lub umowy o dzieło. Nieprawdziwy jest więc pogląd, jakoby obecne przepisy, których wykładnia została przedstawiona w spornej interpretacji, nakładały na każdego klienta (kontrahenta) konieczność sprawdzania, czy nie trzeba odprowadzić składek za prowadzącego działalność nieewidencjonowaną/korzystającego z ulgi na start. Umowa sprzedaży nie jest nigdy tytułem ubezpieczeniowym, podobnie jak umowa o dzieło. Klient sklepu internetowego, kwaciarni, manikiurzystki może spać spokojnie – nikt mu składek za nikogo płacić nie każe. Nawet tam, gdzie potocznie mówi się o usłudze (np. usługa naprawy jakiejś rzeczy), w rzeczywistości mamy do czynienia z umową o dzieło, która nie może być oskładkowana. Problem dotyczy osób, które zawierają umowy o świadczenie stałych usług (współpracy), a więc umowy starannego działania, w których nie liczy się konkretny rezultat (dzieło), który musi być osiągnięty w określonym czasie, lecz sam fakt wykonywania obowiązków. Na tę nierówność zwracał uwagę wnioskujący o wydanie wspomnianej interpretacji. Jego zdaniem oskładkowanie umów o świadczenie usług prowadziłoby do nieuzasadnionego uprzywilejowania osób prowadzących działalność handlową lub produkcyjną. Nie można jednak nie zauważyć, że bardzo często pod hasłem świadczenia usług tak naprawdę ukrywa się świadczenie pracy w ramach stosunku pracy, ale obu stronom lub tylko pracodawcy bardziej opłaca się zawrzeć umowę w formie B2B. Na niepokojące z punktu widzenia finansów ubezpieczeń społecznych zwiększanie atrakcyjności samozatrudnienia zwracali uwagę eksperci przy okazji wprowadzania nowych rozwiązań. Okazuje się jednak, że zarówno w przypadku działalności nieewidencjonowanej, jak i korzystania z ulgi na start atrakcyjność ta znacznie spada, bo składki trzeba odprowadzić jak za zlecenie. Gdyby jednak uznać, że prawidłowa jest nowa wykładnia ZUS i ministerstw, koszty usługodawcy (a w rzeczywistości pracodawcy) znowu spadają.



MICHAŁ KORALEWSKI

radca prawny

## Prowadzący biznes na próbę może mieć obowiązki przedsiębiorcy

**Osoba wykonująca działalność nieewidencjonowaną w obrocie cywilnoprawnym może być traktowana jako przedsiębiorca. A to wszystko przez odmienne definicje na gruncie kodeksu cywilnego i prawa przedsiębiorców**

Wraz z wejściem w życie ustawy z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (dalej: p.p.), co nastąpiło 30 kwietnia 2018 r., w polskim porządku prawnym pojawiła się nowa, dotychczas nieznaną instytucją działalności nieewidencjonowanej. W przepisach poświęconych tej instytucji czytamy wprost, że nie stanowi ona działalności gospodarczej (art. 5 ust. 1 p.p.). Niemniej jednak wiedzieć należy, że definicje związane z aktywnością gospodarczą i zawodową nie są wyłączną domeną tej akurat ustawy. Definicję taką odnajdziemy bowiem również w podstawowym akcie prawnym prawa cywilnego, czyli ustawie z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.). Nasuwają się zatem dalsze pytania: czy definicje te są zbieżne oraz czy można być przedsiębiorcą jedynie na gruncie jednej z wymienionych ustaw, a jeśli tak, to jakie rodzi to konsekwencje.

#### Kodeks cywilny a ustawa

Zacznijmy od wyjaśnienia wzajemnego stosunku obu ustaw. Jest on rozłączny, gdyż kodeks cywilny reguluje stosunki gospodarcze na gruncie prawa prywatnego (cywilnego), natomiast ustawa prawo przedsiębiorców jest aktem prawnym prawa publicznego. O ile zatem pierwsza z ustaw poświęcona jest relacjom pomiędzy równoprawnymi podmiotami stosunków cywilnoprawnych, czyli np. relacjom B2B (przedsiębiorca–przedsiębiorca), B2C (przedsiębiorca–konsument), C2C (konsument–konsument), o tyle druga z nich opisuje prawa i obowiązki przedsiębiorców wobec państwa.

Jeśli zatem obie ustawy dotyczą odmiennych aspektów prowadzenia działalności gospodarczej, to nie jest wykluczone, aby w każdej z nich „przedsiębiorca” definiowany był inaczej. Tak też jest w istocie. Definicja tego pojęcia zamieszczona w kodeksie cywilnym nie jest tożsama z definicją znajdującą się w prawie przedsiębiorców. Przy czym definicję zawartą w prawie cywilnym uważa się za znacznie szerszą. Skoro tak, to możliwe są przypadki, w których konkretne podmioty nie są uznawane za przedsiębiorców na gruncie prawa publicznego, ale jednocześnie są nimi w stosunkach prywatnoprawnych.

Co więcej, po analizie przepisów obu ustaw oraz wydanego na ich kanwie orzecznictwa należy stwierdzić, że sy-

tuacje takie nie są wcale wyjątkowe. Przykład taki dotyczy również np. rolników. Zgodnie bowiem z art. 6 ust. 1 pkt 1 p.p. przepisów ustawy nie stosuje się m.in. do działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego. Natomiast w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego rolnik jest przedsiębiorcą, co potwierdzają liczne orzeczenia sądów, np. wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2014 r., sygn. akt V CSK 630/13 (więcej zob. ramka 1).

Aby stwierdzić, czy sytuacja taka ma miejsce względem osób wykonujących działalność nieewidencjonowaną, należy przeanalizować definicje zawarte w obu aktach prawnych.

#### Różne definicje

Przyjrzyjmy się zatem definicjom w poszczególnych ustawach. Jak już wiemy, prawo przedsiębiorców stwierdza wprost, że nie stanowi działalności gospodarczej działalność wykonywana przez osobę fizyczną, której przychód należny z tej działalności nie przekracza w żadnym miesiącu 50 proc. kwoty minimalnego wynagrodzenia i która w okresie ostatnich 60 miesięcy nie wykonywała działalności gospodarczej. W uzasadnieniu do ustawy taką niespełniającą wymogów działalności gospodarczej działalność określono mianem działalności nieewidencjonowanej. Jak wynika natomiast z definicji przedsiębiorcy zawartej w tejże ustawie, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. A zatem, na kanwie ustawy prawo przedsiębiorców – osoba wykonująca działalność nieewidencjonowaną nie jest przedsiębiorcą.

Z kolei definicję przedsiębiorcy zamieszczoną w kodeksie cywilnym ustalono inaczej. Zgodnie z nią przedsiębiorcą jest m.in. osoba fizyczna prowadząca własnym imieniem działalność gospodarczą lub zawodową (art. 43<sup>1</sup> k.c.). Niestety próżno szukać w tejże ustawie definicji działalności gospodarczej i zawodowej. To m.in. ich brak czyni definicję przedsiębiorcy aż tak szeroką. Rzecz jasna, jej cechy zostały dookreślone w orzecznictwie.

Kluczowe znaczenie dla zdefiniowania pojęcia przedsiębiorcy ma element funkcjonalny, łączący się z prowadzeniem działalności gospodarczej lub zawodowej. Ustawa wymaga bowiem, aby przedsiębiorca „prowadził” działalność gospodarczą lub zawodową. Samo stwierdzenie „prowadzi działalność” zakłada określony ciąg działań, a nie tylko pojedyncze czynności. Przedsiębiorcą jest więc tylko ten, kto wykonuje czynności powtarzalne i to w taki sposób, że tworzą one pewną całość, a nie stanowią oderwanego świadczenia czy też świadczeń określonych rzeczy lub usług. Tylko jeżeli takie działania mają charakter gospodarczy lub zawodowy, istnieją podstawy do uznania, że podejmująca je osoba jest przedsiębiorcą.

Charakter gospodarczy lub zawodowy będą miały czynności wykonywane w sposób profesjonalny, podejmowane

### Stanowisko Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii z 27 września 2018 r.

Działalność nierejestrowa, wprowadzona w Prawie przedsiębiorców, umożliwiła postawienie pierwszych kroków w biznesie lub dorywczą aktywność w ramach drobnej działalności, nieobciążonej formalnościami, kosztami i obowiązkami administracyjnymi w stosunku do urzędów i organów państwowych. Osoby prowadzące działalność nierejestrową nie muszą np. rejestrować się w CEIDG, prowadzić skomplikowanej rachunkowości czy też odprowadzać zryczałtowanych składek na ubezpieczenia z tytułu prowadzenia działalności pozarolniczej i zaliczek na podatek dochodowy. Wprowadzenie tych ułatwień o charakterze administracyjnym i fiskalnym nie może jednak wiązać się z pogorszeniem sytuacji konsumentów. Większość przepisów z zakresu ochrony konsumenckiej stanowi bowiem wdrożenie do pol-



MINISTERSTWO PRZEDSIĘBIORCZOŚCI I TECHNOLOGII

skiego systemu prawnego przepisów unijnych dyrektyw. Prawo przedsiębiorców nie mogło w związku z tym wprowadzić zmian dotyczących statusu przedsiębiorcy w relacjach cywilnoprawnych.

Działalność nierejestrowa jest zatem, co do zasady, działalnością gospodarczą na gruncie prawa cywilnego, a osoby, które prowadzą taką działalność, mają obowiązki i obowiązki informacyjne, np. w zakresie udzielania informacji o prawie odstąpienia od umowy zawieranej na odległość. Warto przy tym zaznaczyć, że czynności niemające charakteru powtarzalnego (czy wręcz jednorazowe) nie stanowią działalności gospodarczej ani na gruncie Prawa przedsiębiorców, ani w rozumieniu Kodeksu cywilnego, niezależnie od wysokości osiąganego z nich przychodu.



na własny rachunek, a także w ramach obrotu gospodarczego. Innymi słowy: świadczenie przez przedsiębiorcę towarów lub usług będzie poparte jego wiedzą lub doświadczeniem, będzie się cechowało dużą starannością (od przedsiębiorców ustawodawca wymaga wyższej staranności aniżeli od konsumentów), a także będzie skierowane do szerokiego kręgu odbiorców. Działalność zawodowa odnosi się natomiast do wykonywania określonej profesji.

Wobec tego nie stanowią działalności gospodarczej czynności wykonywane okresowo i sporadycznie oraz niepodjęte w celu osiągnięcia zysku. Przy czym to określenie celu zarobkowego ma wymiar subiektywny i mieści się w sferze zamiaru danego podmiotu. Co oznacza, że prowadzona działalność nie musi przynosić zysku, jednak wystarczy, że osoba ją prowadząca wykonuje dane czynności w celu jego osiągnięcia bądź chociażby podporządkowana jest zasadom racjonalnego gospodarowania.

Podsumowując, na gruncie prawa cywilnego za przedsiębiorcę będzie można uznać osobę, która podejmując określone działania, spełniać będzie jednocześnie wskazane niżej przesłanki:

- **prowadzi działalność w sposób ciągły** – co oznacza że oferowanie towarów lub usług, pozyskiwanie zleceń i ich wykonywanie nie odbywa się sporadycznie, jedynie od czasu do czasu, bez dającej się określić koncepcji lub planu; taka ciągłość wystąpi np. wtedy, gdy dana osoba prowadzi stronę internetową bądź profil, na którym zamieszcza aktualne cenniki, oferty, informacje o produktach itp., i to nawet jeżeli otrzymuje zlecenia nieregularnie;
  - **wykonuje ją na własny rachunek** – jest stroną umów zawieranych z klientami, niezależnie od ich formy; w większości przypadków umowy w obrocie cywilnoprawnym nie wymagają nawet formy pisemnej;
  - **występuje w obrocie gospodarczym** – towary i usługi oferowane są szerszej grupie klientów, a nie tylko np. członkom najbliższej rodziny, przedsiębiorca zaś podejmuje działania w celu pozyskiwania zleceń;
  - **świadczy ją profesjonalnie** – korzystając ze swojego wykształcenia, zdobytej wiedzy, doświadczenia, odpowiednich urządzeń i materiałów itp.; nie są to zatem świadczenia wykonywane amatorsko, bez potrzebnych kwalifikacji;
  - **działalność jest nakierowana na osiągnięcie zysku, nawet jeżeli początkowo on nie występuje** – w pierwszej fazie prowadzenia działalności częstokroć koszty przewyższają przychody, zdarza się też, że wobec niedostatecznej liczby zleceń przedsiębiorca rezygnuje z kontynuowania działalności, co nie oznacza wszakże, iż nie prowadził działalności gospodarczej lub zawodowej.
- Co ważne, nie mają w tym przypadku znaczenia: skala prowadzonej działalności, liczba klientów, wysokość dochodów itp., a istotne są jedynie jej ciągłość, profesjonalizm, prowadzenie pod własnym nazwiskiem oraz w celu zarobkowym.

#### Dualizm traktowania przez prawo

Wszystko to oznacza, że jeżeli osoba wykonująca działalność nieewidencjonowaną spełnia powyższe przesłanki, to w obrocie cywilnoprawnym traktowana będzie jako przedsiębiorca, mimo że na gruncie prawa publicznego przedsiębiorcą nie będzie.

Przykładów tego typu można przedstawić wiele. Sytuacja taka wystąpi, gdy dana osoba fizyczna:

- **oferuje w sposób ciągły** (nie są to sporadyczne ogłoszenia) wykonywane przez siebie drobne wyroby (np. biżuterię, odzież itp.) czy też usługi (kosmetyczne, szewskie, fryzjerskie itp.);
- **występuje samodzielnie** (czyli nie jest współnikiem spółki cywilnej bądź wspólnikiem albo udziałowcem spółki handlowej czy też przedstawicielem innego podmiotu),
- **prowadzi stale działania mające na celu pozyskanie klientów lub informowanie ich o swoich produktach i usługach** (np. poprzez portale spo-

#### Ramka 1

### Tak o działalności orzekają sądy

Wielokrotnie wypowiadały się, co jest działalnością gospodarczą na gruncie kodeksu cywilnego. Poniżej kilka wybranych tez z orzecznictwa:

- „Na gruncie art. 43<sup>1</sup> k.c. rolnik indywidualny prowadzący we własnym imieniu działalność wytwórczą w zakresie upraw o cechach działalności gospodarczej, a więc także działający bez zamiaru osiągnięcia zysku, jest przedsiębiorcą. Do kategorii tej nie należą rolnicy nieuczestniczący w obrocie gospodarczym, którzy prowadzą gospodarstwo rolne zaspokajające jedynie potrzeby własnej rodziny, wymaganiem bowiem uczestnictwa w obrocie polega na realizowaniu swojej działalności przez odpłatne ekwiwalentne świadczenia wzajemne spełniane za pomocą wielorazowych czynności faktycznych i prawnych np. umów kontraktacji lub sprzedaży produktów rolnych”.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22 września 2016 r. (sygn. akt I ACA 314/16)

- „Prowadzenie działalności gospodarczej występuje zarówno w okresach faktycznego wykonywania usług, jak też w okresach wykonywania innych czynności związanych z działalnością – takich jak poszukiwanie nowych klientów, zamieszczanie ogłoszeń w prasie, załatwianie spraw urzędowych. Wszystkie te czynności pozostają w ścisłym związku z działalnością usługową, bowiem zmierzają do stworzenia właściwych warunków do jej wykonywania”.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 17 grudnia 2003 r. (sygn. akt III AUa 1531/03)

- „Właściwości cechujące działalność gospodarczą, które powinny występować łącznie, to działanie stałe, nieamatorskie, nieokazjonalne, z elementami organizacji, planowania i zawodowości rozumianej jako fachowość, znajomość rzeczy oraz specjalizacja (zob. »Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz« pod red. B. Gudowskiej i J. Strusińskiej-Zukowskiej, C.H. BECK, Warszawa 2011, s. 106–107)”.

Uchwała Sądu Najwyższego z 8 czerwca 1991 r. (sygn. akt III CZP 40/91)

- „Istnieje możliwość świadczenia usług z zakresu nauczania na podstawie umów cywilnoprawnych, przewidzianych w art. 750 k.c. Nie sposób uznać, iż pojedyncze lekcje języka (średnio cztery dni w miesiącu po pięć godzin) składają się na prowadzenie działalności gospodarczej w jej aspekcie ciągłości”.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 22 maja 2016 r. (sygn. akt III AUa 1384/15)

łecznościowe, ogłoszenia w lokalnych portalach ogłoszeniowych, ogłoszenia wywieszane w miejscach ogólnodostępnych),

- **uzyskuje przychód z tej działalności nieprzekraczający w żadnym miesiącu 50 proc. kwoty minimalnego wynagrodzenia** (obecnie jest to 1050 zł, od 1 stycznia 2019 r. będzie to 1125 zł).

Spełniwszy powyższe warunki, osoba fizyczna na gruncie prawa cywilnego będzie przedsiębiorcą, a w myśl ustawy – Prawo przedsiębiorców takim przedsiębiorcą nie będzie. Co ciekawe, na konsekwencje tego typu zwrócono wprost uwagę już w uzasadnieniu projektu prawa przedsiębiorców. Czytamy w nim, że: „skoro działalność określona w art. 5 ust. 1 ustawy nie jest działalnością gospodarczą, to tym samym podmiot ją wykonujący nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców. Natomiast może on być przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów k.c. (o ile spełnia stosowne przesłanki wynikające z k.c.), zobowiązanym do przestrzegania przepisów k.c. adresowanych do przedsiębiorców, w tym przepisów wiążących przedsiębiorców w relacjach z konsumentami”.

#### Praktyczne skutki

Jeżeli zatem osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną występuje w tym charakterze w obrocie gospodarczym i spełnia określone przesłanki z kodeksu cywilnego, to nabywając towary

lub usługi na potrzeby swojej działalności, traktowana będzie jak przedsiębiorca.

A to rodzi praktyczne skutki. Dotyczą one m.in. takich instytucji prawa i sytuacji, jak opisane poniżej.

- **Gwarancja i rękojmia.** Obie te instytucje przysługiwać takiej osobie będą na zasadach przewidzianych dla przedsiębiorców. Przypominajmy, że w stosunkach między przedsiębiorcami strony mogą nie tylko ograniczyć, ale nawet całkowicie wyłączyć rękojmię za wady, co nie jest możliwe, gdy nabywcą jest konsument (art. 558 k.c.). Niemniej jednak, nawet jeżeli rękojmia nie zostanie wyłączona, to osoba taka będzie musiała stosować się do zasad dotyczących tej instytucji przewidzianych dla przedsiębiorców. A te również nie są identyczne. Tu warto wskazać przykładowo, że przy sprzedaży między przedsiębiorcami kupujący traci uprawnienia z tytułu rękojmi, jeżeli nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy o wadzie, a w przypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później – jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej stwierdzeniu (art. 563 k.c.). Inaczej aniżeli w przypadku konsumentów, nie obowiązują określone terminy na zgłoszenie wady, a nabywca musi wykazać zachowanie należytej staranności oraz zgłosić wadę bez zbędnej zwłoki.

- **Umowy zawierane na odległość.** Osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną, ale spełniająca wymogi przedsiębiorcy na gruncie k.c., nie będzie miała praw takich jak konsument. A więc nie będzie mogła skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy zakupu towaru zawartej na odległość albo poza siedzibą przedsiębiorstwa zbywcy (konsument prawo to wykonuje się w terminie 14 dni, bez konieczności podawania przyczyny).

Ze względu jednakże na to, że osoby prowadzące działalność nieewidencjonowaną – zgodnie z samą jej nazwą – nie

Osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną na gruncie ustawy o prawach przedsiębiorców nie jest przedsiębiorcą. Ale może być za takiego uważana na gruncie ustaw dotyczących obrotu cywilnoprawnego, np. kodeksu cywilnego.



Osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną zobowiązana będzie spełnić wobec klientów przepisy RODO. Na gruncie przepisów o ochronie danych osobowych traktowana będzie bowiem jak administrator danych.

podlegają wpisowi do jakiegokolwiek ewidencji, ich kontrahenci nie mogą obiektywnie zweryfikować ich statusu. W takim przypadku rozwiązaniem pozostaje umieszczenie stosownego oświadczenia takiej osoby w zawieranej z nią umowie czy też odebranie go jako odrębnego dokumentu. Można wyobrazić sobie również, że oświadczenie to przybierze formę pola do zaznaczenia w formularzu składanego zamówienia.

### Konsekwencje dla klientów

Status przedsiębiorcy ma rzecz jasna także konsekwencje w relacji osoby wykonującej działalność nieewidencjonowaną z jej klientami. Dla klientów osoba taka będzie bowiem przedsiębiorcą, a w konsekwencji:

- terminy przedawnienia roszczeń takiej osoby względem jej klientów wyznaczają przepisy obowiązujące przedsiębiorców; np. roszczenia z wykonanych umów o świadczenie usług czy też umów o dzieło oraz umów sprzedaży przedawniają się z upływem dwóch lat; na marginesie należy dodać, że ogólne terminy przedawnienia roszczeń konsumentów (obecnie termin podstawowy to 6 lat) mają zastosowanie niezależnie od statusu drugiej strony transakcji;
- klient będzie mógł odstąpić od umowy zawartej na odległość albo poza siedzibą osoby wykonującej działalność w terminie 14 dni, nie podając przyczyny;
- osoba taka będzie ponosiła odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady względem swoich klientów; rzecz jasna także konsument będący sprzedawcą może ponosić odpowiedzialność rękojmią; istotne różnice uprawnień na gruncie rękojmi występują w zależności od statusu kupującego (czy jest nim przedsiębiorca, czy konsument), nie zaś sprzedawcy.

### A kiedy działalność jest sporadyczna

Nie sposób jednak wykluczyć, że osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną nie będzie wypełniała definicji przedsiębiorcy także na gruncie kodeksu cywilnego, np. z uwagi na jedynie sporadyczny charakter tejże działalności. W takim przypadku osoba taka powinna być traktowana jak konsument.

Dla jej klientów będzie to miało istotne konsekwencje: nie będą mieli możliwości odstąpienia od umowy zawartej na odległość (uprawnienie to przysługuje bowiem jedynie w umowach przedsiębiorcy z konsumentami). A więc np. nabywca zakupionego w prowadzonym przez niego sklepie internetowym nie będzie mógł zwrócić rzeczy do sklepu, jeżeli mu się nie spodoba – tak jak to może zrobić, gdy kupuje towar od przedsiębiorcy.

Ponadto osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną, która nie wypełnia definicji przedsiębiorcy również na gruncie kodeksu cywilnego, nie będzie zobligowana do wykonywania innych obowiązków przedsiębiorców wynikających z ustawy z 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (np. w zakresie przekazywania informacji o przedsiębiorcy i głównych cechach świadczenia).

Ze względu na istotność prawa odstąpienia od umowy przysługującego konsumentom problem z jednoznacznym określeniem statusu osoby prowadzącej działalność nieewidencjonowaną może być istotny. Sam fakt informowania przez daną osobę, że prowadzi działalność nieewidencjonowaną, nie będzie przy tym wystarczający – jak bowiem wskazano to wyżej, nie przesądza to automatycznie o statusie przedsiębiorcy na gruncie kodeksu cywilnego. Przydałoby

się rozstrzygnięcie obowiązków tego typu podmiotów wprost w ustawie o prawach konsumenta.

### RODO też obowiązuje

Co ciekawe, osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną może występować również w roli administratora danych osobowych swoich klientów. Wyłączenie stosowania ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (RODO; rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE; Dz. Urz. UE z 2016 r. L 119, s. 1) odnosi się bowiem wyłącznie do osób fizycznych przetwarzających dane osobowe jedynie w ramach czynności o czysto osobistym lub domowym charakterze (art. 2 ust. 2 lit. c RODO). Dotyczyć to będzie zwłaszcza tych przypadków, gdy osoba taka spełnia przesłanki do uznania jej za przedsiębiorcę na gruncie kodeksu cywilnego. Prowadzenie działalności gospodarczej lub zawodowej, nawet w niewielkim zakresie, z pewnością bowiem nie mieści się w pojęciu „czynności o czysto osobistym lub domowym charakterze”. Przypomnijmy, że na administratorze danych osobowych ciąży wiele obowiązków, w tym m.in.:

- zapewnienie legalnego przetwarzania danych osobowych, czyli posiadanie podstawy prawnej przetwarzania, precyzyjne określenie celu przetwarzania danych osobowych, gromadzenie jedynie danych niezbędnych do realizacji tychże celów, przetwarzanie danych osobowych jedynie w okresie niezbędności do realizacji celów przetwarzania,
- wykonywanie obowiązku informacyjnego względem osób, których dane dotyczą,
- zapewnienie bezpieczeństwa danych osobowych poprzez dobór odpowiednich środków i zabezpieczeń,
- powierzenie danych osobowych współpracownikom i podwykonawcom na podstawie umów powierzenia danych,
- wprowadzenie procedur postępowania z naruszeniami danych osobowych oraz rejestru naruszeń,
- w niektórych przypadkach prowadzenie rejestru czynności przetwarzania danych osobowych lub rejestru kategorii czynności przetwarzania dokonywanych w imieniu administratora danych,
- spełnianie żądań osób, których dane dotyczą (np. zaprzestania przetwarzania danych).

### Kontrola

Na gruncie prawa przedsiębiorców, jak wiemy, osoba wykonująca działalność nieewidencjonowaną nie jest uznawana za przedsiębiorcę. Skoro zaś ustawa ta dotyczy przedsiębiorców, to jej przepisy nie będą stosowane względem wymienionych osób. Dotyczy to w szczególności wyłączenia stosowania przepisów o kontroli działalności gospodarczej wobec osób wykonujących działalność nieewidencjonowaną.

Osoby prowadzące działalność nieewidencjonowaną będą mogły być zatem kontrolowane na zasadach przewidzianych dla konsumentów. Powyższe potwierdza dokonanie zmian w szeregu ustaw szczególnych w ten sposób, że za przedsiębiorcę na ich gruncie uważa się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów prawa przedsiębiorców. Zmiany takie wprowadzono m.in. w ustawach regulujących: ochronę konkurencji i konsumentów, ochronę środowiska, usługi turystyczne, inspekcję handlową, Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, a także kilkudziesięciu innych ustawach. Skoro zaś osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ww. ustawy, to również nie jest nim na gruncie ustaw szczególnych.

Nie wyczerpuje to jednakże całości tematu, w niektórych ustawach szczególnych pozostawiono bowiem bardziej ogólne definicje, które mogą obejmować także osoby prowadzące działalność nie-

ewidencjonowaną, np. na gruncie ustawy o:

- **zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** – przedsiębiorcami są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które prowadzą działalność gospodarczą lub zawodową, nawet jeżeli działalność ta nie ma charakteru zorganizowanego i ciągłego, a także osoby działające w ich imieniu lub na ich rzecz;

- **przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym** – przedsiębiorcami są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które prowadzą działalność gospodarczą lub zawodową, nawet jeżeli działalność ta nie ma charakteru zorganizowanego i ciągłego, a także osoby działające w ich imieniu lub na ich rzecz.

Ustawodawca nie wskazał jednoznacznie, czy wymienione ustawy znajdują zastosowanie również względem osób prowadzących działalność nieewidencjonowaną. Jest to o tyle istotne, że obie ustawy przewidują za ich naruszenie nie tylko sankcje odszkodowawcze, lecz także karne. W obecnym stanie prawnym przed sądem postawiony zostanie dylemat, czy dana osoba wykonująca działalność nieewidencjonowaną jest przedsiębiorcą na gruncie tychże ustaw, czy też nie. Jak wszakże wskazywano to już wyżej, sądy będą mogły czerpać z bogatego orzecznictwa wydawanego dotychczas. Definicje i normy prawa publicznego (prawa przedsiębiorców) nie wpływają bowiem wprost na identyfikację osób prowadzących działalność gospodarczą lub zawodową w obrębie stosunków cywilnoprawnych.

Na gruncie zaś przepisów o ochronie danych osobowych osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną traktowana będzie jak administrator danych. RODO czyni bowiem wyjątek jedynie dla osób przetwarzających dane w ramach czynności o czysto osobistym lub domowym charakterze. Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych będzie mógł zatem kontrolować takie osoby na równi z innymi administratorami. Co ważne, polska ustawa o ochronie danych osobowych zawiera autonomiczne przepisy o kontroli. Dlatego też wyłączenie względem ww. osób ustawy prawo przedsiębiorców nie uniemożliwi prezesowi UODO prowadzenie tego typu kontroli na podstawie ustawy o ochronie danych osobowych.

### Orzecznictwo rozstrzygnie

Bez wątpienia instytucja działalności nieewidencjonowanej jest bardzo ciekawą inicjatywą w zakresie aktywizacji przedsiębiorczości. W praktyce jednak, wobec skąpej regulacji oraz wielości definicji przedsiębiorcy na gruncie różnych ustaw, jej gospodarcze wykorzystanie może natrafić na wiele przeszkód. Możliwe jest, że w przyszłości dojdzie do sporów, w szczególności w zakresie oceny, czy dana osoba jest przedsiębiorcą na gruncie danej ustawy, czy też nim nie jest. Zauważyć przy tym należy, że osoby decydujące się na tę formę działalności – która z zasady ma być prowadzona w niewielkim zakresie – nie będą z reguły dysponowały specjalistyczną wiedzą prawniczą pozwalającą na odnalezienie się w gąszczu przepisów i definicji.

Z innej jednak strony zrozumieć można ustawodawcę, który nie zmienił funkcjonujących od lat definicji przedsiębiorcy na gruncie czy to kodeksu cywilnego, czy też ustaw szczególnych – ich zmiany mogłyby mieć bowiem wpływ na wszystkich uczestników obrotu gospodarczego. Jednoznaczne wskazanie, kiedy osoba prowadząca działalność nieewidencjonowaną będzie przedsiębiorcą, również wydaje się zdane na niepowodzenie – wszystkie definicje opierają się bowiem na klauzulach generalnych. Prócz prowadzenia akcji informacyjnych pozostanie zatem oczekiwanie na orzecznictwo sądowe w sprawach z udziałem tego typu podmiotów, a także wypracowanie dobrych praktyk w transakcjach z ich udziałem.