

Z wizytą u przedsiębiorcy, czyli urzędnik na kontroli.

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z 2004 roku, po raz pierwszy wprowadziła na grunt polskiego prawodawstwa ogólne reguły, które miały precyzować zakres i zasady kontroli dokonywanej wobec przedsiębiorców przez organy i instytucje zewnętrzne. Do tej pory nie istniała jakaś ogólna reguła w tym zakresie, przepisy poszczególnych ustaw kwestie związane z kontrolowaniem przedsiębiorców starały się rozwiązywać autonomicznie.

Nowe normy prawne starają się stworzyć jednolity model kontroli we wszystkich postępowaniach, które miałyby dotyczyć przedsiębiorców. Zasluguje to na uznanie – pomimo wszelkich zastrzeżeń, jakie można zgłosić pod adresem zaproponowanych rozwiązań szczegółowych.

1. Co to jest kontrola?

Działalność gospodarcza prowadzona przez przedsiębiorców ma bardzo szeroki zakres i w ślad za tym poszły też rozrzucone w polskim systemie prawnym przepisy dotyczące zasad kontrolowania przedsiębiorców. W publikacji Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości z 2001 roku zatytułowanej Kontrola w Przedsiębiorstwie znajduje się wykaz organów uprawnionych do kontroli. Lista zawiera 29 pozycji, przy czym należy zaznaczyć, iż wydłużyła się ona od momentu jej sporządzenia. Przykładem może tutaj być Inspekcja Transportu Drogowego. W chwili obecnej wymienia się aż 40 organów mogących dokonywać kontroli przedsiębiorców. Jednakże należy zauważyć, iż uprawnienia kontrolne wobec przedsiębiorców mają również instytucje, których przepisy o kontroli przedsiębiorcy zawarte w Rozdziale 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie dotyczą. Przykładowo można wskazać na przedsiębiorstwa energetyczne, których upoważnieni przedstawiciele wykonują kontrole układów pomiarowych, dotrzymania zawartych umów i prawidłowości rozliczeń z odbiorcami, którymi mogą być inni przedsiębiorcy.

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej posługując się sformułowaniem „kontrola przedsiębiorcy” jednocześnie nie daje definicji ustawowej tego sformułowania. Próbując zatem zdefiniować

pojęcie kontroli przedsiębiorcy należałoby wskazać, iż doktryna prawa pod pojęciem kontroli rozumie taką działalność (organu administracyjnego), która polega li tylko na sprawdzeniu innych jednostek, bez stałej możliwości wpływania na działalność jednostek kontrolowanych. Innymi słowy, na czynności kontrolne składa się ustalenie stanu obowiązującego, to znaczy wyznaczeń, zależnych przykładowo od przyjętych kryteriów kontrolnych, następnie ustalenie stanu rzeczywistego – tak zwanych wykonań, wreszcie zaś – ustalenie relacji pomiędzy wyznaczeniami, a wykonaniami wraz z przyczynami ewentualnych niezgodności. W przypadku wykrycia rozbieżności pomiędzy stanem ustalonym w trakcie kontroli, a stanem zakładanym (pożądanym z punktu widzenia aktualnego stanu prawnego, lub – częściej - oczekiwanym z punktu widzenia kontrolującego organu), organ kontrolny winien sformułować zalecenia mające na celu uniknięcie na przyszłość niepożądanych zjawisk, które zostały ujawnione w toku kontroli. Widać zatem, iż kontrola - *de facto* – jest rodzajem ekstrapolacji, gdzie kontrolujący przeprowadza wnioskowanie na temat całokształtu zachowań kontrolowanego w oparciu o zbadany przez siebie fragment.

Godzi się zauważyć, iż kontrola jest funkcjonalnie związana ze słowem nadzór. Nadzór co prawda jest ujmowany jako działalność obejmująca kontrolę oraz kompetencję do merytorycznego korygowania działalności podmiotu poddanego nadzorowi, jednak w praktyce pojęcia te przenikają się. Przykładowo, organ dokonujący kontroli podatkowej, nie tylko ustala stan faktyczny w zakresie prawidłowości i rzetelności prowadzenia dokumentów podatkowych i porównuje go z wytycznymi w tym zakresie zawartymi w przepisach, ale w przypadku stwierdzenia niezgodności z prawem nakazuje usunięcie tych niezgodności dodatkowo zabezpieczając wykonanie swojego orzeczenia przymusem państwowym w postaci egzekucji administracyjnej. Tak więc w działaniu podmiotów kontrolujących przedsiębiorcę występują zarazem elementy kontroli, jak i nadzoru. Przy czym – co ważne - nadzór nie może naruszać samodzielności przedsiębiorców. Nadzór wszakże umożliwia ingerencję państwa w prowadzoną działalność gospodarczą, jeśli jest ona wykonywana niezgodnie z prawem, przy czym ocena tej niezgodności należy do dokonującego czynności z zakresu nadzoru czy kontroli. Nadzór zapewnia możliwość podejmowania wobec nadzorowanych przedsiębiorców decyzji o charakterze prewencyjnym,

weryfikacyjnym i represyjnym. Tak też pojęcie kontroli zostało utrwalone w życiu codziennym. Możemy zatem przyjąć, że kontrola przedsiębiorcy w znaczeniu, w jakim jest ona używana w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej mieści zarówno pojęcie kontroli, jak i elementy nadzoru.

2. Jak było, a jak jest obecnie.

Do momentu wejścia w życie przepisów Rozdziału 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, co nastąpiło z dniem 21 sierpnia 2004, uprawnienia kontrolne wobec przedsiębiorców przysługiwały organom państwowym, samorządowym oraz organizacjom pozarządowym. Kontrola ta była prowadzona na podstawie przepisów regulujących dany rodzaj aktywności. I tak, do państwowych organów sprawujących kontrolę zaliczano służby skarbowe, inspekcje (Celną, Handlową, Sanitarną itp.), państwowe osoby prawne takie jak Narodowy Bank Polski (w zakresie kontroli dewizowej), Najwyższą Izbę Kontroli – jeśli idzie o kontrolę jednostek niepublicznych, urzędy centralne i wojewódzkie. Z kolei jako jednostki samorządowe uprawnione do kontroli kwalifikowano przede wszystkim prezydentów, burmistrzów, lub wójtów – w zakresie zobowiązań podatkowych, a także inspektoraty budowlane. Oprócz tych organów o charakterze instytucjonalnym, poważną rolę w zakresie kontrolowania przedsiębiorców odgrywały związki zawodowe oraz społeczna inspekcja pracy. Taki stan prawny budził sprzeciw przedsiębiorców, jak i ich organizacji. Na fali niezadowolenia spowodowanego głośnymi aferami związanymi z nadużyciem uprawnień kontrolnych przez organy państwowe (por. chociażby sprawa Optimus S.A.) postulowano wprowadzenie jakichś ogólnych unormowań dotyczących zasad i zakresu kontroli przedsiębiorców, które temperowałyby zapędy kontrolne administracji.

Rządowy projekt ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, złożony na ręce Marszałka Sejmu 15 października 2003 czynił zadość tym postulatom. W uzasadnieniu do projektu stwierdzono wprost, iż „ przepisy nie zapewniają kontrolowanym przedsiębiorcom wystarczającej ochrony prawnej przed zbędnymi kontrolami, często zbiegającymi się w tym samym czasie. (...). Stan ten nie sprzyja rozwojowi przedsiębiorczości i dlatego wymaga zmiany”.

W konsekwencji realizacji postulatów przedsiębiorców powstał dobry projekt przepisów dotyczących kontroli przedsiębiorców. Zawierał on rozwiązania w znacznym stopniu odmienne od uchwalonych (por. druk sejmowy nr 2118). W szczególności w art. 72 ust. 1 projektowanej ustawy wskazywano, iż „kontrola przedsiębiorcy odbywa się na zasadach określonych w ustawie”. Oznacza to, iż zamierzano regulacją ogólną z projektowanej ustawy objąć wszystkie możliwe organy kontrolne.

Z chwilą wejścia w życie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zawarte tamże przepisy ogólne dotyczące zasad kontroli objęły wszakże jedynie organy administracji publicznej (por. art. 77 ust. 1 ustawy). Oznacza to, iż kontrola dokonywana przez organy nie zaliczane do administracji publicznej, a także związki zawodowe, czy radę pracowniczą przedsiębiorstwa państwowego nie jest regulowana przez przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Doświadczenie uczy, iż utrzymanie proponowanej w projekcie regulacji ogólnej obejmującej również uprawnienia kontrolne wskazanych wyżej organizacji i organów byłoby sensowniejsze i oczekiwane przez przedsiębiorców.

Z kolei, treść art. 77 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej zdaje się wskazywać, iż również organy państwowe, nie zaliczane do administracji publicznej, takie jak Policja, ABW, czy NIK, są wyłączone spod działania regulacji ogólnej Rozdziału 5 ustawy. Zatem w zakresie postępowań kontrolnych prowadzonych przez te organy zastosowanie znajdują wyłącznie przepisy odrębnych ustaw.

Podobnie, projekt w przypadku prowadzenia równoczesnych kontroli u jednego przedsiębiorcy zawierał regulację nie zawierającą żadnych wyjątków od ogólnej zasady zakazu jednoczesnej kontroli. Zapis, który ostatecznie znalazł się w ustawie (por. art. 82) nie jest już tak korzystny, zawiera bowiem zbyt wiele wyjątków, by ogólna reguła, jaką ustanawia, była czytelna i faktycznie spełniała swoją ochronną funkcję dla jakiej ją ustanowiono. W identyczny sposób rozwodniono zawartą w projekcie regulację dotyczącą czasu trwania kontroli, gdzie pierwotnie znalazły się „jedynie” trzy wyjątki.

Kwestią wątpliwą w związku z wejściem regulacji ogólnej dotyczącej kontroli jest sprawa kontroli wszczętych, a nie zakończonych przed wejściem w życie wspomnianych przepisów. Ani w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, ani też w ustawie z dnia 2 lipca

2004 r. - przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173 poz. 1808), nie zostały zawarte przepisy przejściowe w tym względzie. Art. 84 ustawy - przepisy wprowadzające stanowi jedynie, że kontrolę przedsiębiorcy wszczętą przed dniem wejścia w życie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej prowadzi się według przepisów dotychczasowych. Istotne jest bowiem to, czy taką trwającą kontrolę, która została wszczęta przed 21.08.2004 należy zaliczać dla celów określenia maksymalnego czasu trwania kontroli w danym roku czy też nie. Wskazuje się, iż kontrole wszczęte i zakończone przed 21 sierpnia 2004 r. będą liczone do czasu trwania kontroli w roku 2004 dla celów art. 83 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Z kolei, jeśli chodzi o kontrole niezakończone, zasadnie byłoby przyjąć, iż nie zaliczają się do okresów o których mowa w art. 83 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

3. Wady i zalety przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Na pozór ust. 1 art. 77 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej zdaje się wskazywać, iż regulacja dotycząca kontroli przedsiębiorcy ma charakter całościowy, zaś odesłanie do przepisów szczególnych dokonywane jest posiłkowo. Jednak analiza ust. 1 i 2 tego artykułu prowadzi do odwrotnych wniosków. Otóż, Rozdział 5 ustawy stanowi ledwie katalog zasad, które „twórczo” są rozwijane w poszczególnych ustawach regulujących kompetencje kontrolne wobec przedsiębiorców. Bez wątplenia przy tym należy stwierdzić, iż zasady te mają charakter nadrzędny nad rozwiązaniami szczegółowymi regulującymi uprawnienia kontrolne poszczególnych organów. Rozdział 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej stanowi bowiem w regulowanym przez siebie zakresie *lex primaria*, ustawy szczegółowe zaś – *lex subsidiaria*. W praktyce zdarza się niestety często, iż organy kontrolne mają inne zdanie powołując się w pierwszej kolejności na ustawy szczegółowe. Działanie takie należy kwalifikować jako bezprawne.

Dodatkowo, z ust. 1 art. 77 wynika, iż kontrola winna dotyczyć samej działalności gospodarczej przedsiębiorcy i to na każdym jej etapie.

Z kolei, na podstawie Rozdziału 5, nie można dokonywać kontroli przedsiębiorcy pod innym względem, niż zgodność z prawem prowadzonej działalności. Organ administracji publicznej – co do zasady – nie może wnikać w sens ekonomiczny prowadzenia danego rodzaju działalności przez przedsiębiorcę. Dalej, wykładnia norm zawartych w art. 77 ust. 1 i 3 ustawy wskazuje, że podmiotami uprawnionymi do kontroli przedsiębiorców na zasadach określonych w ustawie są wszystkie organy administracji publicznej, na które wskazują przepisy ustaw odrębnych. Kontrola przedsiębiorców wykonywana na podstawie ustaw szczególnych może mieć postać tzw. policji gospodarczej. Jest wówczas najczęściej kontrolą samoistną bądź stanowi nadzór. Odmienny charakter ma kontrola sprawowana przez organy koncesyjne, udzielające zezwoleń, czy też kontrola działalności regulowanej. Wskazuje się, iż jest to kontrola niesamoistna, która podejmowana jest w celu uzyskania wyników, na podstawie których można podejmować stosowne decyzje reglamentacyjne lub regulacyjne bądź nadzorcze.

Ustawa wprowadza w pewnym sensie dwusektorowość kontroli przedsiębiorców. Z jednej strony – na podstawie ustaw szczególnych – kontrolę tę prowadzą właściwe organy, z drugiej strony, generalna kompetencja kontrolna została powierzona prezydentowi, burmistrzowi albo wójtowi. Wedle art. 78 ust. 1 ustawy, w razie powzięcia wiadomości o wykonywaniu działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami ustawy, a także w razie stwierdzenia: zagrożenia życia lub zdrowia, niebezpieczeństwa powstania szkód majątkowych w znacznych rozmiarach lub naruszenia środowiska w wyniku wykonywania tej działalności, wójt, burmistrz lub prezydent miasta niezwłocznie zawiadamia właściwe organy administracji publicznej. W przypadku braku możliwości zawiadomienia, o którym mowa w art. 78 ust. 1 ustawy, powołany organ miasta może nakazać, w drodze decyzji, wstrzymanie wykonywania działalności gospodarczej na czas niezbędny, nie dłuższy niż 3 dni. Jeżeli weźmie się pod uwagę fakt, iż przesłanki ustawowe upoważniające prezydenta, burmistrza albo wójta do działania zostały sformułowane nieostro (por. „niebezpieczeństwo powstania szkód w znacznych rozmiarach” – nie wiadomo czy chodzi o szkody u przedsiębiorcy, w gminie, czy gdzie indziej), a dodatkowo decyzji nakazującej wstrzymanie wykonywania działalności gospodarczej w razie stwierdzenia zagrożenia życia lub zdrowia, niebezpieczeństwa powstania szkód majątkowych w znacznych rozmiarach lub naruszenia

środowiska w wyniku wykonywania tej działalności z urzędu nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności, łatwo zauważyć, iż proponowany mechanizm tworzy znaczne pole do korupcji.

Przykład:

W małym miasteczku, tuż przez długim weekendem majowym, burmistrz odwiedzi lokalnego przedsiębiorcę zamierzającego w tym czasie otworzyć na rynku ogródek piwny i zapowie temuż przedsiębiorcy, iż „może się zdarzyć, że ogródek zostanie zamknięty przez niego na 3 dni, bo istnieje niebezpieczeństwo powstania szkód w znacznych rozmiarach”. Wynik takiej rozmowy jest dość łatwy do przewidzenia.

Zatem wydaje się, iż powierzenie prezydentowi, burmistrzowi i wójtowi kompetencji o charakterze policyjnym – słuszne co do zasady – winno zostać skorygowane. Istnieją organy dysponujące odpowiednimi instrumentami, które pozwalają działać w sytuacjach opisanych w art. 78 ust. 1 ustawy i dodatkowe obarczanie nimi organów gminy jest niecelowe. Na marginesie zauważyć należy, że w przepisie art. 78 nie jest jasne, który z tych organów powinien być zawiadomiony przez organy gminy.

Kolejne przepisy Rozdziału 5 zawierają regulacje ogólne dotyczące postulowanego wzorca postępowania kontrolnego.

Oto w pierwszej kolejności art. 78 precyzuje, kto z ramienia organu kontrolnego może dokonywać czynności kontrolnych i jak formalnie ma wyglądać upoważnienie do ich dokonywania. Ustawa stoi na stanowisku, iż czynności kontrolne mogą być dokonywane dopiero po okazaniu przedsiębiorcy legitymacji służbowej upoważniającej do wykonywania takich czynności oraz po doręczeniu upoważnienia do przeprowadzenia kontroli działalności. W moim przekonaniu okazanie legitymacji i upoważnienia do kontroli winno się odbyć równocześnie, co jednak wprost z przepisów nie wynika. Z tych samych przepisów nie dowiemy się też niczego na temat formy, w jakiej upoważnienie ma być sporządzone. A zatem – wydaje się – upoważnienie może mieć formę pisemną lub elektroniczną w rozumieniu art. 78 kc, zostać nadane faksem, teleksem lub zwykłą pocztą elektroniczną, pod warunkiem, iż z ustaw szczególnych nie wynika obowiązek zachowania formy pisemnej. Rozumiem, iż brak wymogu zachowania formy pisemnej w rozumieniu art. 78 kc stanowi realizację idei społeczeństwa informacyjnego. Ustawa

o swobodzie działalności gospodarczej zezwala jednak na dokonanie kontroli wyłącznie po okazaniu legitymacji służbowej zapis ten – zawarty w art. 79 ust. 1 ustawy jest zbędny, jako że już z art. 77 ust. 2 wynika taka możliwość. Wydaje mi się, iż o zamieszczeniu tego zapisu przesądziła nadgorliwość autora ustawy. Brakuje w art. 79 stwierdzenia, które nakładałoby na organy kontrolujące obowiązek okazywania legitymacji i doręczania upoważnienia, traktując kontrolę na podstawie legitymacji jako wyjątek. Z czasem doszłoby w orzecznictwie do sprecyzowania sytuacji, kiedy taka nagła kontrola jest zasadna, a kiedy nie. Ważnym z kolei z punktu widzenia przedsiębiorców zapisem jest zapis uniemożliwiający wydłużanie kontroli poprzez zmianę osób kontrolujących. Przedsiębiorcy sygnalizowali, iż w poprzednim stanie prawnym było to praktyką powszechną. Przepis art. 79 ust. 4 ustawy wprowadził wykaz elementów, jakie winno zawierać upoważnienie dla kontrolującego. W ślad za tym przepisem znowelizowane również przepisy szczególne, które do tej pory rozmaicie regulowały te kwestie. Z punktu widzenia interesów przedsiębiorcy istotna jest znajomość tych unormowań, jako że organy kontrolujące – mając zwyczaj posługiwania się gotowymi drukami upoważnień – niejednokrotnie popełniały błędy w ich treści, wystawiając je *in blanco*, z nieczytelnym podpisem i bez wskazania funkcji osoby wystawiającej upoważnienie. Należy przyjąć, iż jeśli upoważnienie zostanie wystawione wbrew przepisowi art. 79 ust. 4, nie spełnia ono swojej roli i jako wadliwe może być skutecznie wzruszane przez kontrolowanego.

Art. 80 ust. 1 ustawy ustanawia regułę, iż czynności kontrolnych dokonuje się w obecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej. W kolejnym ustępie od powyższej reguły wprowadzono szereg wyjątków, przy czym niektóre z nich są na tyle szerokie, iż w praktyce przekreślają sens reguły ogólnej, od której stanowią wyjątek. Można pokusić się o tezę, iż zakres tych wyjątków jest nader szeroki, niczym nie uzasadniony i budzi uśmiech, zwłaszcza w kontekście powoływania się na hipotetyczne umowy międzynarodowe. W szczególności trzeba wskazać na takie sformułowanie, jak „przeprowadzenie kontroli jest uzasadnione zagrożeniem życia, zdrowia lub środowiska naturalnego”.

Zapis art. 80 ust. 1 jest niezbyt szczęśliwy, jako że zakłada konieczność dokonywania wszystkich czynności kontrolnych w obecności przedsiębiorcy, lub jego pełnomocnika. Ideą, jaka legła u

podstawy sformułowania przepisu, było by nie dokonywać kontroli w nieobecności kontrolowanego, co sprzeciwiało by się zasadom państwa prawnego, a z drugiej strony chciano w ten sposób usprawnić czynności kontrolne, jako że kontrolowany mógł na bieżąco przedstawiać kontrolującemu wymagane przezeń w toku kontroli dokumenty, informacje czy dane.

Zaznaczenia wymaga fakt, iż w projekcie ustawy odpowiednik art. 80 – art. 75 nie zawierał żadnych wyjątków, jakie ostatecznie znalazły się w art. 80 ust. 2.

Kolejny, zawarty w ustawie art. 81, nakłada na przedsiębiorcę obowiązek posiadania tzw. **książki kontroli**. Książka kontroli ma w intencji ustawodawcy stanowić dokument obrazujący historię i zakres dokonywanych u przedsiębiorcy kontroli. Zapoznanie się z taką książką przez organ kontrolny daje mu więc wyobrażenie o tym, jakie kontrole były u przedsiębiorcy prowadzone, kto je prowadził, oraz jakie były rezultaty. W teorii mogłoby się więc okazać, iż organ kontrolny po zapoznaniu się z książką kontroli odstąpi od swoich czynności kontrolnych, gdyż powtarzała by ona przedmiot już dokonanej kontroli. A zatem istnienie książki kontroli może mieć znaczenie odbiurokratyzujące. Jednak wydaje się, iż założenie takie jest mocno wydumane. Trzeba bowiem być szczególnym optymistą, by przypuszczać, iż organ kontrolny odstąpi od kontroli nawet wtedy, gdy kontrola o podobnym zakresie miała już miejsce. Zawsze kolejną kontrolę można uzasadnić wpływem czasu od poprzedniej kontroli, albo zmianą przepisów. Dodatkowo od odstąpienia od kontroli będzie kontrolujących zniechęcał system wynagrodzeń pracowników organów administracyjnych, który bardzo często jest powiązany z faktem prowadzenia kontroli.

Omawiany przepis nie ustanawia jednolitego formularza takiej książki ograniczając się do wyliczenia niezbędnych jej elementów, a i w tym zakresie zawiera kardynalny błąd w postaci braku wskazania, iż jedną z rubryk książki ma być liczba porządkowa pozwalająca ocenić liczbę kontroli. W związku z brakiem jednolitego wzorca, na przełomie roku 2004 i 2005 byliśmy więc świadkami prawdziwego urodzaju książek kontroli, które oferowały wydawnictwa akcydensowe, a także i niektóre gazety branżowe, usiłujące – wzorem pism popularnych – poprawić sobie wyniki sprzedaży za pomocą dołączanego gratisu. Uznać należy, iż prawidłowa książka kontroli winna mieć postać tabeli

obejmującej co najmniej siedem rubryk: liczba porządkowa kolejnego wpisu, oznaczenie organu kontroli, oznaczenie upoważnienia do kontroli, zakres przedmiotowy przeprowadzonej kontroli, daty podjęcia i zakończenia kontroli (w tym również uzasadnienie dla przedłużenia czasu kontroli – por. art. 83 ust. 3), zalecenia pokontrolne oraz określenie zastosowanych środków pokontrolnych, a ponad to wpis informujący o wykonaniu zaleceń pokontrolnych bądź wpis o ich uchyleniu przez organ kontroli lub jego organ nadrzędny albo sąd administracyjny.

Przeoczeniem legislacyjnym jest brak wskazania okresu, przez który należy przechowywać książkę kontroli po jej wyczerpaniu. Przepis nie ustanawia w tym zakresie żadnej normy, nie daje też możliwości sięgnięcia do jakichś przepisów szczególnych, np. Ordynacji podatkowej, tak więc przyjąć należy, iż książka kontroli będzie dziedziczona wraz z przedsiębiorstwem przez kolejne pokolenia stanowiąc dowód ciągłości firmy i zapis historii kontroli. Świadomie czy też nie, ustawodawca stworzył kolejną księgę wieczystą. Na marginesie rozważań nad książką kontroli można nadmienić, iż w ustawie brak jest sankcji za jej nieposiadanie przez przedsiębiorcę, co z pewnością jest i będzie wykorzystywane.

Ważne i oczekiwane z punktu widzenia przedsiębiorców i ich organizacji przepisy art. 82 i 83 ustanawiają odpowiednio zakaz jednoczesnych kontroli i maksymalny czas trwania kontroli w danym roku. Należy podkreślić, iż przepisy te odnoszą się do sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą. Rozumiem pod tym fakt, iż nawet jeśli przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą w formie oddziałów rozlokowanych na terenie kraju, to przepisy obu cytowanych artykułów odnoszą się do całej działalności tego przedsiębiorcy. Innymi słowy, jeśli przedsiębiorca posiada swoją siedzibę w Katowicach, i dwa oddziały – jeden w Krakowie, a drugi we Wrocławiu, to jeśli kontrola trwa w siedzibie, nie można w tym czasie kontrolować oddziału, chyba że zachodzi któryś z wyjątków opisanych w art. 82 ust. 1 pkt 1-6. Podobnie, jeżeli w oddziale przedsiębiorcy należącego do sektora MŚP, kontrola trwała przez 4 tygodnie, to pozostałe oddziały oraz centrala nie mogą już być kontrolowane, o ile organ kontrolny nie powoła się na zapis art. 83 ust. 2 pkt 1 – 6. Podstawą dla wyrażenia powyższego poglądu jest analiza art. 82 i 83 w związku z art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Art. 4 definiując pojęcie przedsiębiorcy postanawia

bowiem, iż przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, a ponadto, iż za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Z kolei art. 82 i 83 posługują się pojęciem przedsiębiorcy zdefiniowanym w art. 4. A zatem ograniczenia w ilości i czasie trwania kontroli odnoszą się do całego przedsiębiorcy, nie zaś do jego oddziałów. Jeśli z kolei chodzi o spółki cywilne, które przedsiębiorcami nie są (przedsiębiorcami są wspólnicy), czas kontroli liczy się jednocześnie w stosunku do wszystkich wspólników takiej spółki. Oznacza to, że organ kontrolny nie może przedłużać czasu kontroli, przeglądając przykładowo najpierw zeznania podatkowe jednego, a potem kolejnych wspólników spółki cywilnej. Niestety, zdaniem Ministerstwa Gospodarki i Pracy, taki pogląd nie odnosi się do wspólników handlowych spółek osobowych. W odniesieniu do tych spółek limitem czasu kontroli objęta jest tylko sama spółka, nie zaś jej wspólnicy, chyba że sami też są przedsiębiorcami. W przypadku tych spółek kontrola np. dokumentacji podatkowej wspólnika nie jest objęta żadnym limitem i możliwe jest też równoczesne kontrolowanie spółki osobowej oraz jej wspólników. Stanowisko takie w znaczący sposób pogarsza sytuację prawną wspólników spółek osobowych. Jeżeli – przykładowo - są oni osobami fizycznymi nie prowadzącymi działalności gospodarczej, organ kontrolujący może najpierw skontrolować w ramach limitu z art. 82 i 83 samą spółkę, a po jego wyczerpaniu – kontrolować wspólników. Niejednokrotnie, zwłaszcza przy zobowiązaniach podatkowych, trudno będzie rozdzielić zakres kontroli spółki od jej wspólników.

Przepisy art. 82 i 83 mogą być ujmowane koherentnie jako normatywne wyrażenie tej samej idei, by przedsiębiorcom zostawić więcej czasu na działalność gospodarczą i odbiurokratyzować ich codzienność. Obie wyżej wymienione zasady, ustanowione w ustępach pierwszych cytowanych artykułów, następnie zostały obalone poprzez ustanowienie katalogu 6 wyjątków. Wskazuje się w literaturze, iż wyjątki owe są zbyt liczne, niejednokrotnie nieprawidłowe, a nawet przesadzone. Dodatkowo semantyka języka, jakim opisano omawiane wyjątki, nasuwa liczne wątpliwości tak co do zakresu danego wyjątku, możliwości jego zastosowania, czy też stopnia jego doniosłości w

porównaniu z innymi wyjątkami. Nie wpisano również do art. 82 i 83 (jak również do art. 80 ust. 2) ustawy żadnego wymogu, by organ dokonujący kontroli uzasadnił zastosowanie któregoś z wyjątków jako przesłanki dokonywania jednoczesnych kontroli. Jedynie w przypadku przekroczenia rocznego okresu dla ich przeprowadzania, organ ma obowiązek uzasadnić przedłużenie czasu kontroli. Przepis jednak nie wskazuje, ani tego w jakiej formie to powinno się stać: czy w formie zawiadomienia – tak jak w Ordynacji podatkowej, postanowienia, czy decyzji, ani tego, co uzasadnia przedłużenie terminu kontroli. Organ więc może wpisać cokolwiek. Kontrolowany nie może przy tym w żaden sposób kwestionować zasadności przedłużenia kontroli. Zasadniczo brak zatem przedsiębiorcy środków, za pomocą których mógłby się przeciwstawić – niezasadnemu jego zdaniem – prowadzeniu kontroli przez organ w oparciu o któryś z wyjątków. Biorąc pod uwagę powyższe, można w ogóle mówić, iż rozwiązania, jakie przyjęto w ustawie – mające chronić przedsiębiorców – mają charakter fikcyjny.

Inną rzeczą, na którą warto zwrócić uwagę, jest pomijana w opracowaniach związanych z omawianymi przepisami sprawa analizy zdania pierwszego art. 83, zgodnie z którym czas trwania wszystkich kontroli organu kontroli u przedsiębiorcy w jednym roku kalendarzowym nie może przekraczać w odniesieniu do mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich - 4 tygodni, a w odniesieniu do dużych - 8 tygodni. Przepis ten – wbrew powierzchownym opiniom – limituje okres kontroli w odniesieniu do konkretnego organu kontroli (np. PIP, PIH itp.), nie ustanawia zaś normy ograniczającej wszelkie możliwe kontrole do 4 lub 8 tygodni. Tak więc – w praktyce – przedsiębiorca nadal może być kontrolowany cały czas, przy czym zmieniać się będą jedynie organy kontrolujące.

Na koniec analizy przepisów art. 82 i 83 podkreślić trzeba, iż nie stosują się one do przedsiębiorców, o jakich mowa w art. 84 ustawy.

4. Czy przedsiębiorcom zrobiono dobrze?

Nowe przepisy dotyczące kontroli – w odczuciu przedsiębiorców – uczyniły niewiele zmian w dotychczasowej praktyce kontrolnej

stosowanej przez organy kontrolujące. Wskazuje się, iż nawet te przepisy – z obfitością wyjątków, które uniemożliwiają stosowanie ogólnych zasad – są łamane przez organy kontrolujące. Górnicza Izba Przemysłowo-Handlowa w okresie od wejścia w życie przepisów Rozdziału 5 ustawy do końca stycznia 2005 zanotowała ponad 200 przypadków, kiedy przepisy ustawy zostały naruszone wobec jej członków. Podobne sygnały zgłasza Krajowa Izba Gospodarcza. Zwraca się uwagę na brak jednolitego stosowania przepisów ustawy przez poszczególne organy kontrolne. Sprzeciw przedsiębiorców budzi też rozmaite interpretowania wyjątków zawartych w art. 82 i 83, przy czym z reguły jest to interpretacja rozszerzająca te wyjątki.

Niewątpliwie jednak jest odczuwane przez przedsiębiorców jako satysfakcjonujące, że wreszcie zostali wyposażeni w jakiegokolwiek narzędzie umożliwiające im weryfikację działań kontrolnych organów administracyjnych. Wiążąc to z niedawnymi zmianami kc w kwestii odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej, należy zauważyć, iż przedsiębiorcy mogą próbować przeciwstawiać się ich zdaniem niezasadnej, zbyt długiej, lub po prostu paraliżującej ich działalność kontroli.

Jest to jednak dopiero pierwszy krok.

5. Kontrola przedsiębiorcy *de lege ferenda* – czyli o potrzebie nowelizacji.

Przepisy Rozdziału 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej – aby mogły spełnić rzeczywistą funkcję – winny zostać poddane sensownej nowelizacji.

Przede wszystkim zauważenia wymaga fakt, iż organy kontrolne, które naruszają przepisy ustawy nie narażają się na jakiegokolwiek sankcje natury administracyjnej. Przede wszystkim chodzi o przekroczenie uprawnień przez organy kontrolujące. Moim zdaniem takie zachowanie organu winno być penalizowane. Konieczny jest przy tym propagandowy zapis w samym Rozdziale 5 ustawy, natomiast same zasady odpowiedzialności mogą zostać zamieszczone w przepisach odrębnych.

Jednak ważniejsze, niż sankcje dla organów jest znowelizowanie przepisów Rozdziału 5 w taki sposób, aby nie tworzyły niejasności i nie dawały powodów do nadużyć, tak przedsiębiorcom, jak i organom kontrolnym. W moim przekonaniu rolę tę spełniał w znacznie lepszym stopniu niż uchwalona ustawa, jej projekt przekazany do Sejmu. Przy czym nawet on nie był wolny od usterek legislacyjnych, które wyżej starałem się pokazać. Niezbędne jest zatem znowelizowanie praktycznie wszystkich przepisów Rozdziału 5. Jedyne przepisy, który został sformułowany prawidłowo i może ostać się w ustawie bez zmian, to art. 84. Pozostałe wymagają głębszej lub płytszej nowelizacji, tak aby ustawa czyniła zadość celowi, jaki przed nią postawiono w uzasadnieniu do projektu. Aktualnie bowiem celu tego nie spełnia, tworząc raczej ułudę praw i obowiązków, jakie mają wobec siebie kontrolujący i kontrolowani, aniżeli rzetelny krajobraz normatywny.

Aleksander Stuglik
B. Żuradzka Kancelaria Prawna Sp. K., Katowice
Wyższa Szkoła Ekonomii i Administracji, Bytom

