

Mirosław Pawełczyk

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej a świadczenie pomocy prawnej

Palestra 50/1-2(565-566), 15-20

2005

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

USTAWA O SWOBODZIE DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ A ŚWIADCZENIE POMOCY PRAWNEJ

Wejście w życie kolejnej „konstytucji gospodarczej”, czyli ustawy z 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (dalej USDG) wraz z ustawą – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności¹ (dalej PWUSDG) spowodowało zepchnięcie przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych do kilkumilionowej grupy przedsiębiorców w rozumieniu USDG. Bezpośrednią tego przyczyną było rozszerzenie definicji działalności gospodarczej, którą w rozumieniu art. 2 USDG stała się zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Zatem wszystkie przesłanki zawarte w definicji działalności gospodarczej spełnia w sposób bezsprzeczny m.in. radca prawny, adwokat czy notariusz. Potwierdzenie bowiem działalności wpisem na listę radców prawnych czy adwokatów świadczy o tym, iż jest to działalność zawodowa². Stworzenie organizacyjnego substratu w postaci kancelarii czy spółki przemawia za cechą zorganizowania. Natomiast prowadzenie działalności w oparciu o stały wpis na listę radców prawnych czy adwokatów i dokonanie w okręgowej radzie właściwej izby, np. radcowskiej, zgłoszenia formy wykonywania zawodu oraz wykonywanie tej działalności w formie powtarzających się czynności przyznaje jej cechę ciągłości.

Tym legislacyjnym zabiegiem ustawodawca, wbrew jasnemu stanowisku samych zainteresowanych, czyli m.in. ustawowo reprezentatywnej Krajowej Rady Radców Prawnych, Naczelnej Rady Adwokackiej czy Porozumienia Samorządów Zawodów Prawniczych i Organizacji Prawniczych, zmienił o 180 stopni wcześniejsze

¹ Dz.U. 2004, Nr 173, poz. 1807 i 1808.

² Definicja zawodu czy działalności zawodowej nie jest w polskim prawie bezpośrednio unormowana. Również doktryna pojęcia te różnie ujmuje. Zob. K. Wojtczak, *Zawód i jego prawna regulacja. Studium z zakresu materialnego prawa administracyjnego*, Poznań 1999, s. 26 i n. Wydaje się, iż należy przyjąć za najbardziej poprawną definicję traktującą wykonywanie zawodu jako osobiste wykonywanie wewnętrznie spójnego zbioru czynności (zadań) wymagających określonych kwalifikacji (wiedzy lub umiejętności), systematycznie i odpłatnie na podstawie i w granicach obowiązującego porządku prawnego. Zob. K. Wojtczak, *Zawód...*, jw., s. 50.

stanowisko jasno wyrażone w art. 87 Prawa działalności gospodarczej³ (dalej PDG), iż podmiot świadczący pomoc prawną nie jest przedsiębiorcą.

Zabieg ten, jakkolwiek pożądanym z punktu widzenia jednolitości pojęciowej prawa, a w szczególności zgodności z kodeksem cywilnym i kodeksem postępowania cywilnego, w części dotyczącej przedsiębiorcy (art. 43¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 479¹ kodeksu postępowania cywilnego), czy też unifikacji definicji przedsiębiorcy, zawartych dotychczas w licznych ustawach szczególnych, budzi istotne zastrzeżenia i wątpliwości⁴. Za zabiegiem tym nie poszły bowiem przemyślane szczegółowe rozwiązania, związane ze wskazaniem właściwego miejsca w wielomilionowym szeregu krajowych i zagranicznych przedsiębiorców. Mając na względzie art. 6 w zw. z art. 15 USDG, w świetle których podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, natomiast wszelkie określone ustawowo ograniczenia mogą dotyczyć wyłącznie konieczności uzyskania koncesji, zezwolenia (o których mowa w art. 75 USDG) czy wpisu do rejestru działalności regulowanej, świadczący pomoc prawną nie zostali zakwalifikowani do żadnej z tych grup. Prowadzić to może do prostego – jak się wydaje – ale w mojej ocenie całkowicie błędnego wniosku, iż działalność radców prawnych, adwokatów czy notariuszy jest działalnością wolną. Świadczenie kwalifikowanej pomocy prawnej nie wymaga bowiem ani uzyskania koncesji, w związku z taksatywnym wyliczeniem z art. 46 USDG, ani uzyskania zezwolenia, o których mowa w art. 75 USDG. Tym bardziej działalność ta nie jest działalnością regulowaną, albowiem żaden z przepisów odrębnych ustaw, czego wymaga art. 64 USDG, nie stanowi wyraźnie, iż działalność jakiegokolwiek grupy podmiotów świadczących pomoc prawną jest działalnością regulowaną.

Konsekwencją uznania radcy prawnego, adwokata czy notariusza za przedsiębiorcę, a dokonywanych przez nich czynności za działalność gospodarczą, jest konieczność realizacji obowiązków, wynikających wprost z USDG. Dotyczy to w szczególności następujących kwestii:

- Uznania oddziału kancelarii lub spółki z udziałem np. radców prawnych czy adwokatów za oddział w rozumieniu art. 5 pkt 4, jeśli spełniają wymóg wyodrębnienia i samodzielności organizacyjnej. Dotyczy to również obowiązku, o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 3 wpisu do ewidencji działalności gospodarczej adresu oddziału, jeśli został utworzony.

- Począwszy od 1 stycznia 2007 roku podmioty świadczące pomoc prawną będą zobowiązane mocą art. 16 USDG w zw. z art. 1 pkt 2 PWUSDG do umieszczania oraz posługiwania się w obrocie prawnym i gospodarczym numerami iden-

³ Ustawa – Prawo działalności gospodarczej z 19 listopada 1999 r., Dz.U. 1999, Nr 101, poz. 1178 ze zm.

⁴ Szerzej na temat wątpliwości związanych z pojęciem przedsiębiorcy zdefiniowanym w wielu aktach normatywnych zob. R. Blicharz, M. Pawelczyk, *Przedsiębiorca czyli kto?*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 3/2004.

tyfikacji podatkowej (NIP) w oświadczeniach pisemnych, skierowanych w zakresie swojej działalności do oznaczonych osób i organów.

- Zgodnie z art. 17 USDG radcowie prawni czy adwokaci, jako przedsiębiorcy, są zobowiązani do prowadzenia działalności na zasadach uczciwej konkurencji, poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów, jak i są zobowiązani spełniać określone prawem warunki wykonywania działalności gospodarczej, w szczególności dotyczące ochrony przed zagrożeniem życia, zdrowia ludzkiego i moralności publicznej, a także ochrony środowiska. Obowiązki te należy traktować, w mojej ocenie, jako przepisy ogólne, znajdujące swoje rozwinięcie w ustawach korporacyjnych, a w szczególności w zasadach etyki poszczególnych grup zawodowych. Budzi rzecz jasna wątpliwość, podnoszoną już na gruncie PDG, sprawa moralności publicznej, jako kryterium oceny działalności przedsiębiorcy przez właściwe organy kontrolne i nadzorcze⁵. Jest to bowiem klauzula generalna i jako taka powinna być stosowana z daleko posuniętą ostrożnością, zważywszy na fakt, iż stanowić może przesłankę do wydawania decyzji administracyjnych, ingerujących w konstytucyjną zasadę wolności gospodarczej.

- Objęcie dyspozycją art. 21 USDG podmiotów świadczących pomoc prawną skutkuje obowiązkiem związanym z podaniem w ofercie co najmniej takich danych jak: firma przedsiębiorcy, numeru identyfikacji podatkowej (NIP) czy siedziby i adresu przedsiębiorcy, w przypadku gdy przedsiębiorca oferuje towary lub usługi w sprzedaży bezpośredniej lub sprzedaży na odległość za pośrednictwem środków masowego przekazu, sieci teleinformatycznych lub druków bezadresowych⁶. Z kolei art. 22 USDG wprowadza obowiązek dokonywania lub przyjmowania płatności związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą za pośrednictwem rachunku bankowego w każdym przypadku, gdy stroną transakcji, z której wynika płatność, jest inny przedsiębiorca oraz jednorazowa wartość transakcji, bez względu na liczbę wynikających z niej płatności, przekracza równowartość 15 000 euro przeliczonych na złote według średniego kursu walut obcych ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski ostatniego dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym dokonano transakcji.

- Najistotniejszą jednakże kwestią jest sprawa konieczności uzyskania wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, zgodnie z art. 14 USDG. Wpis ten posiada konstytutywny charakter dla całego procesu rozpoczęcia działalności gospodarczej. Co więcej, mając na względzie – obowiązujące od 1 stycznia 2007 roku – przepisy dotyczące ewidencji działalności gospodarczej, tj. art. 23 i n. USDG, również organ ewidencyjny wydaje decyzję administracyjną o wpisie (art. 29 USDG), która posiada bez wątpienia konstytutywny charakter.

⁵ Zob. M. Pawełczyk, *Prawo działalności gospodarczej – uwagi krytyczne*, „Rejent” 3/2001, s. 97 i n.

⁶ Jednakże należy mieć na względzie ograniczenia zawarte w przepisach korporacyjnych, dotyczących np. form reklamowania i oferowania usług prawniczych.

Kwestia obowiązku uzyskania przez radcę prawnego czy adwokata wpisu do ewidencji działalności gospodarczej budzi jednak największe wątpliwości. Wykonywanie zawodu w formie indywidualnej kancelarii np. radców prawnych czy spółki cywilnej wymaga, jak się wydaje po pierwszej lekturze zarówno USDG, jak i PWUSDG, uprzedniego wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. Natomiast mając na względzie art. 67 PWUSDG, przedsiębiorcy, którzy przed dniem wejścia w życie USDG nie mieli obowiązku uzyskania wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, są obowiązani, w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie tej ustawy, złożyć we właściwym organie ewidencyjnym zgłoszenie o dokonanie wpisu do tej ewidencji. Z kolei radcowie prawni czy adwokaci, którzy zamierzają podjąć wykonywanie zawodu w tych formach, powinni obecnie uzyskać wpis do ewidencji działalności gospodarczej, o którym mowa w art. 14 USDG.

Trudno zgodzić się i zaakceptować zaistniały stan prawny. Powstaje bowiem chaos dotyczący szeregu kwestii o podstawowym znaczeniu dla funkcjonowania zawodów prawniczych, które w polskim systemie prawnym posiadają status zawodów zaufania publicznego. Nad należytym wykonywaniem tych zawodów sprawują pieczę samorządy zawodowe powoływane w trybie ustawowym, o czym również mówi Konstytucja RP w art. 17 ust. 1. Wykonywanie tych zawodów nie polega wyłącznie na świadczeniu określonych usług, czyli pomocy prawnej, ale jest głównie realizowanie istotnych zadań o charakterze publicznym, często włączanych do funkcji państwa w ramach wykonywania tzw. wymiaru sprawiedliwości (np. czynności notarialne funkcjonariusza publicznego, jakim jest notariusz, świadczenie pomocy prawnej przez radcę prawnego lub adwokata w ramach obrony z urzędu). Trudno w takim przypadku wprost przenosić reguły rynkowe właściwe dla obrotu gospodarczego, skupiające się na wyłącznie zarobkowym charakterze, albowiem wypuklają się zbyt daleko idące rozbieżności pomiędzy działaniem wyłącznie w interesie prywatnym (właściwym dla klasycznego przedsiębiorcy) a działaniem na styku interesu publicznego i prywatnego (właściwym dla czynności radcy prawnego czy adwokata, występującego w ramach obrony z urzędu i otrzymującego normatywnie, czyli urzędowo, a zatem nierynkowo określone wynagrodzenie).

Istniejące rozwiązanie, wymuszające konieczność uzyskania wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, narusza porządek prawny w wielu jego aspektach. Podniesiona wcześniej kwestia charakteru prawnego wpisu posiada istotne znaczenie dla określenia momentu powstania prawa do wykonywania zawodu. Zgodnie bowiem np. z art. 23 ustawy o radcach prawnych prawo do wykonywania zawodu powstaje z chwilą dokonania wpisu na listę radców prawnych i złożenia ślubowania. Natomiast uchwała właściwej rady np. radców prawnych o wpisie osoby uprawnionej na listę radców prawnych posiada charakter konstytutywny. Taki sam charakter posiada wpis do ewidencji działalności gospodarczej na gruncie zarówno – obowiązujących jeszcze do końca 2006 roku – przepisów PDG w zakresie ewidencji działalności gospodarczej, jak i przepisów nowej USDG w zakresie ewidencji działalności gospodarczej (art. 23 i n.). Zatem powstaje sytuacja, wprowadzająca

chaos do krajowego porządku prawnego, budząca istotne wątpliwości natury jurystycznej.

Największe jednak konsekwencje z punktu widzenia praktyki obrotu gospodarczego, a zwłaszcza jego ochrony, mają przepisy dotyczące procedury ewidencji czy rejestracji działalności gospodarczej. Zainteresowany bowiem rozpoczęciem działalności w zakresie świadczenia pomocy prawnej, we wniosku o wpis do ewidencji działalności gospodarczej nie ma obowiązku przedkładania jakichkolwiek oświadczeń czy przedkładania dowodów na posiadane uprawnienia czy kwalifikacje. W części wniosku dotyczącej określenia Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) może w sposób niekontrolowany wpisać symbol 74.11.Z („Działalność prawnicza”), natomiast w rubryce „nazwa firmy” może wpisać „Kancelaria prawna”. Załatwiający sprawę urzędnik nie posiada uprawnień do weryfikacji oświadczeń i dokumentów, albowiem żaden z przepisów nie przyznaje mu tego prawa. Co więcej, art. 6 ust. 2 USDG zakazuje mu podejmowania jakichkolwiek działań w tym zakresie, albowiem w świetle tego przepisu organ administracji publicznej nie może żądać ani uzależnić swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej przez zainteresowaną osobę od spełnienia przez nią dodatkowych warunków, w szczególności przedłożenia dokumentów lub ujawnienia danych, nieprzewidzianych przepisami prawa.

Stan powyższy bez wątpienia przyczyni się do naruszenia zasady ochrony konsumentów przed osobami wykorzystującymi powstałą lukę, czyli oszustami podszywającymi się pod radców prawnych czy adwokatów, nie wspominając o fałszywych rejentach, poświadczających np. podpisy czy sporządzających akty notarialne, wywołujące skutki rzeczowe. W takiej sytuacji samorządy zawodowe pozbawione zostały konstytucyjnego, bo wyrażonego w art. 17 Konstytucji RP prawa i obowiązku sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem zawodów zaufania publicznego, w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony⁷.

Zabiegiem, który w mojej ocenie eliminuje, a przynajmniej ogranicza negatywne skutki wprowadzenia obowiązku uzyskania wpisu do ewidencji działalności gospodarczej przez osoby świadczące pomoc prawną, jest szybka nowelizacja art. 67 PWUSDG, zmierzająca w kierunku przesunięcia obowiązku uzyskania wpisu do ewidencji działalności gospodarczej przynajmniej do końca 2006 roku, z jednoczesnym określeniem, iż działalność polegająca na świadczeniu pomocy prawnej podlega rejestracji na dotychczas obowiązujących zasadach określonych w ustawach korporacyjnych.

⁷ Problemem o znaczeniu ekonomicznym jest kwestia kosztów wtłoczenia kilkudziesięciotysięcznej grupy osób świadczących pomoc prawną do ewidencji działalności gospodarczej. Niesie to za sobą znaczące i niepotrzebne koszty działalności tych osób, które finalnie dotkną bezpośrednich ich beneficjentów – usługobiorców, zważywszy, iż właściwe organy korporacyjne prowadzą swoje ewidencje. Wspomnieć należy, iż koszty tego zabiegu poniosą również organy administracji publicznej, prowadzące ewidencję działalności gospodarczej.

Ponadto konieczne wydaje się rozpoczęcie prac nad nowelizacją przepisów USDG w zakresie przemodelowania szczegółowych zasad ewidencjonowania, celem uszczelnienia systemu ewidencyjnego, mając przede wszystkim na względzie ochronę beneficjentów usług prawniczych przed działaniami potencjalnych oszustów.

Jednocześnie należałoby się zastanowić, czy przepisy USDG nie naruszają zasad konstytucyjnych określonych w art. 17 Konstytucji, a tym samym czy nie zachodzi konieczność zaskarżenia tych ustaw do Trybunału Konstytucyjnego. W przeciwnym razie w najbliższym czasie możemy być świadkami pojawienia się setek czy tysięcy nowych pseudokancelarii prawniczych, świadczących usługi począwszy od handlu dewocjonaliami, a kończąc na sporządzaniu pism procesowych według wzorów zamieszczanych w prasie brukowej.