

BOŻENA POPOWSKA

INSTRUMENTY OCHRONY PRAWNEJ INWESTYCJI ZAGRANICZNYCH NA PRZYKŁADZIE STOSUNKÓW RFN-POLSKA

I. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

I. ZAKRES ROZWAŻAŃ

Przedmiotem niniejszego opracowania jest jeden z aspektów działalności inwestycyjnej, a mianowicie ochrona mienia, które podmiot gospodarczy inwestuje. Pomijam więc kwestie warunków dopuszczenia kapitału do działalności gospodarczej oraz reguł jej prowadzenia. Służą one szeroko rozumianym interesom podmiotów gospodarczych¹. Tymczasem moim zadaniem jest rozważenie, czy i w jaki sposób prawo chroni zainwestowany kapitał. Zakresem badań obejmuję więc te sytuacje, w których zagrożone zostało bezpieczeństwo inwestycji oraz sytuacje związane z wycofaniem zaangażowanego w działalność gospodarczą kapitału².

Ochrona inwestycji to przede wszystkim problem podmiotów, którym ma ona służyć, oraz podmiotów, które mają ją realizować. Dlatego interesują mnie prawa i obowiązki inwestorów oraz państwa, na terenie którego inwestycja jest prowadzona, a także system prawnych gwarancji służących ochronie inwestycji i środków ich realizacji.

Artykuł niniejszy dotyczy inwestycji zagranicznych realizowanych na terytorium Państwa Polskiego. Instytucje służące ich ochronie normowane są przepisami prawa krajowego oraz prawa międzynarodowego. Ograniczenie rozważań do ustawodawstwa polskiego nie pozwoliłoby na pełne przedstawienie ochrony inwestycji zagranicznych, jaką zapewnia obowiązujący w Polsce porządek prawny. Poniżej uwzględnione zostaną więc zarówno

¹ Zagadnienia te w odniesieniu do podmiotów zagranicznych przedstawia w tym samym zeszycie RPEiS prof. M. Kępiński.

² O odrębnym problemie ochrony prawa własności przemysłowej w Polsce w odniesieniu do podmiotów zagranicznych pisze J. Szwaja, *Die wirtschaftliche Tätigkeit von Ausländern und der gewerbliche Rechtsschutz in Polen*, Osteuropa Recht 1991, nr 1, s. 11.

unormowania prawa polskiego, jak i postanowienia umów międzynarodowych w zakresie, w jakim zapewniają one inwestycjom zagranicznym bezpieczeństwo w toku działalności gospodarczej oraz wycofanie kapitału w przypadku jej zakończenia. Z uwagi na ograniczone ramy artykułu oraz aktualność problemu (stosunkowo niedawne ratyfikowanie odpowiednich umów) ochronę inwestycji zagranicznych przedstawię na przykładzie stosunków prawnych łączących państwo niemieckie i państwo polskie.

2. KONSTITUCYJNE ZASADY WOLNOŚCI GOSPODARCZEJ I OCHRONY WŁASNOŚCI

Wszelkie oceny obowiązujących w Polsce rozwiązań prawnych określonych przepisami ustawowymi muszą uwzględniać zachodzące u nas fundamentalne przemiany ustroju politycznego, społecznego i gospodarczego. Ich prawnym wyrazem są przede wszystkim kolejno wprowadzane nowe postanowienia Konstytucji RP. W niniejszym artykule pragnę wskazać te, które określają podstawy nowego modelu gospodarczego (tzw. społecznej gospodarki rynkowej)³. Wpływają one także na status inwestorów zagranicznych.

W pierwszej kolejności należy wymienić przepis art. 6 Konstytucji, zgodnie z którym „Rzeczpospolita Polska gwarantuje swobodę działalności gospodarczej bez względu na formę własności”, a ograniczenie tej swobody może nastąpić jedynie w ustawie⁴. Konsekwencje tej zasady są bardzo głębokie i dotyczą całego systemu zarządzania. Można z niej wyinterpretować obowiązek państwa do stworzenia warunków dla pełnego jej urzeczywistnienia, także w odniesieniu do podmiotów zagranicznych. Doniosłe znaczenie mają też gwarancje określone w art. 7 Konstytucji, który głosi, że „Rzeczpospolita Polska chroni własność i prawa dziedziczenia oraz poręcza całkowitą ochronę własności osobistej”.

Wywłaszczenie jest dopuszczalne wyłącznie na cele publiczne za „słusznym odszkodowaniem”⁵. Z zasady tej wynika obowiązek państwa do zapewnienia

³ Dz.U. 1989, nr 75, poz. 44.

⁴ Dla porównania warto wskazać, że w Konstytucji RFN z 23 V 1949 r. normy określające swobodę działalności gospodarczej są rozproszone; zasada swobody działalności gospodarczej wynika z różnych praw podstawowych. Przyjmuje się, że główne prawo wolnościowe określa art. 2 ust. 1 Konstytucji. Sformułowane w nim prawo do swobodnego rozwoju osobowości, w odniesieniu do działalności gospodarczej, skonkretyzował w swych orzeczeniach Trybunał Konstytucyjny..

⁵ Zasady wywłaszczenia nieruchomości oraz ustalenia wysokości odszkodowania w przypadku wywłaszczenia określają przepisy ustawy z 29 IV 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości (tekst jednolity: Dz.U. 1991, nr 30, poz. 127). Przewidują one wywłaszczenie nieruchomości wyłącznie w celach publicznych (art. 46 ust. 1-2). Odnośnie do wysokości odszkodowania - por. przypis 26. Konstytucja RFN w art. 14 ust. 1 i 3 określa zasadę ochrony własności w podobny sposób, jak czyni to nasza Konstytucja.

bezpieczeństwa własności i jej ochrony, łącznie z rekompensowaniem ewentualnych strat. Gwarancjom tym *lege non distinguente* podlegają także inwestycje zagraniczne zlokalizowane w Polsce.

Równocześnie z określeniem obu wymienionych zasad konstytucyjnych uchylony został monopol handlu zagranicznego. Stworzone zostały warunki do rozwoju gospodarki rynkowej i włączenia gospodarki polskiej w szerszym zakresie, niż było to możliwe wcześniej w system gospodarki światowej. Służą temu także starania Polski o stowarzyszenie z EWG oraz zawiązywanie partnerskich stosunków gospodarczych z innymi państwami.

II. OCHRONA INWESTYCJI ZAGRANICZNYCH W ŚWIETLE UMÓW MIĘDZYNARODOWYCH

1. RODZAJE UMÓW

W związku z rozszerzającą się coraz dynamiczniej międzynarodową wymianą gospodarczą rośnie znaczenie umów międzynarodowych dotyczących tych kwestii. Prowadzenie inwestycji poza granicami miejsca zamieszkania (bądź siedziby) podmiotu gospodarczego wywołuje potrzebę wzajemnych uzgodnień związanych z tym zagadnień. Przybierają one zazwyczaj formę umów dwustronnych między zainteresowanymi państwami.

Przykładem umów związanych z działalnością gospodarczą wykraczająca poza granice jednego państwa są umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania majątku i dochodów inwestorów zagranicznych⁶. Treść tych umów nie stanowi przedmiotu niniejszych rozważań (zgodnie z przyjętymi założeniami ulgi i zwolnienia podatkowe służą szeroko rozumianym interesom podmiotów gospodarczych, a nie wąsko pojmowanej ochronie inwestycji).

Innego typu umowami są umowy o wzajemnej ochronie i popieraniu inwestycji. Polska zawarła i ratyfikowała takie umowy z dziewięcioma państwami⁷, a z trzema dalszymi podpisała⁸. W niniejszym artykule zanalizowano treść uzgodnień dotyczących ochrony inwestycji poczynionych przez Polskę

⁶ Na temat zawartych przez Polskę umów o unikaniu podwójnego opodatkowania pisze w tym samym zeszycie RPEiS prof. J. Małecki; por. też J. Małecki, *Finansrechtliche Grundlagen ausländischer Investitionen in Polen*, Osteuropa Recht 1991, nr 3, s. 25; J. Fiszer, *Polskie umowy w sprawie unikania podwójnego opodatkowania*, Państwo i Prawo 1991, nr 2, s. 47 -52. Wiążąca Polskę i Niemcy umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania zawarta została 18 XII 1972 r. (Dz.U. 1975, nr 31, poz. 163-164).

⁷ Z Wielką Brytanią (Dz.U. 1988, nr 12), Chinami (Dz.U. 1989, nr 13), Austrią (Dz.U. 1989, nr 54), Republiką Korei Południowej (Dz.U. 1990, nr 8), Szwecją (Dz.U. 1990, nr 38), Francją (Dz.U. 1990, nr 38), Szwajcarią (Dz.U. 1990, nr 63), RFN (Dz.U. 1991, nr 27) i Stanami Zjednoczonymi.

⁸ Z Włochami, Belgią i Luksemburgiem.

i RFN. Ze względu na podjętą tu tematykę, na uwagę zasługuje także treść zawartego przez oba państwa Traktatu o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy⁹. Traktat ten, podpisany 17 VI 1991 r., obejmuje szeroki zakres stosunków między sąsiadującymi państwami, w tym również w sferze współpracy gospodarczej.

2. POSTANOWIENIA TRAKTATU MIĘDZY RZECZYPOSPOLITĄ POLSKĄ A REPUBLIKĄ FEDERALNĄ NIEMIEC O DOBRYM SĄSIEDZTWIE I PRZYJAZNEJ WSPÓŁPRACY

Dla omawianych zagadnień szczególne znaczenie mają przepisy art. 9 ust. 1 i 3 traktatu, dotyczące współpracy w sferze gospodarczej. Umawiające się strony deklarują działania na rzecz rozszerzania i wzbogacania wzajemnych stosunków gospodarczych we wszystkich dziedzinach. Działania te mają polegać zwłaszcza na tworzeniu w ramach ustawodawstwa krajowego i zobowiązań wynikających dla stron z umów międzynarodowych (w tym zobowiązań RFN wynikających z członkostwa we Wspólnocie Europejskiej) najdogodniejszych przesłanek gospodarczych, prawnych i organizacyjnych dla działalności gospodarczej, w tym przemysłowej i usługowej działalności osób fizycznych i prawnych. Strony traktatu uzgodniły też, że w szczególności popierać będą rozwój inwestycyjnej i kapitałowej współpracy oraz kooperacji przemysłowej przedsiębiorstw polskich i niemieckich. W tym ostatnim zakresie konkretne zobowiązania obu państw określają postanowienia wiążącej je umowy z 10 XI 1989 r.¹⁰.

3. ZNACZENIE UMOWY MIĘDZY POLSKĄ I RFN W SPRAWIE POPIERANIA I WZAJEMNEJ OCHRONY INWESTYCJI

Umowa z 10 XI 1989 r. służyć ma pogłębieniu obustronnej współpracy gospodarczej poprzez określenie korzystnych warunków dla wzajemnych inwestycji oraz zasad ich ochrony. Przed zanalizowaniem odpowiednich postanowień cytowanej ustawy chciałabym zwrócić uwagę na doniosłość tego aktu w całości regulacji dotyczącej ochrony inwestycji zagranicznych. Wiąże się to z rolą, jaką w wewnętrznym porządku prawnym odgrywa prawo międzynarodowe oraz ze sposobem rozstrzygania konfliktu norm krajowych z międzynarodowymi (zagadnienie prymatu jednego prawa w stosunku do drugiego), a także z treścią samej umowy.

⁹ Traktat został podpisany 17 VI 1991 r.; tekst traktatu opublikowano w: Presse und Informations der Bundesregierung 1991, nr 68, s. 541, oraz *Polska-Niemcy. Dobre sąsiedztwo i przyjazna współpraca*, wybór dokumentów i opracowań J. Barcz, Warszawa 1991. Bundestag ratyfikował traktat 19 X 1991 r., Sejm RP - 20 X 1991 r. Zob. też J. Barcz, *Polska-Niemcy. Traktat o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy*, Państwo i Prawo 1991, nr 9, s. 26-33.

¹⁰ Opublikowanej w Bundesgesetzblatt 1990, Teil II, nr 23; Dz.U. 1991, nr 27, poz. 115-116.

Konstytucja PRL z 22 VII 1952 r. nie określała stosunku obowiązujących Polskę norm prawa międzynarodowego do prawa wewnętrznego¹¹. W tym zakresie przyjęto zasadę transformacji szczegółowej, polegającej na ogłoszeniu konkretnej umowy międzynarodowej w Dzienniku Ustaw; ogłoszona umowa staje się częścią polskiego prawa wewnętrznego¹² (umowa w sprawie popierania i wzajemnej ochrony instytucji, zawarta między RFN i Polską 10 XI 1989 r., ogłoszona została w Dz. U. w dniu 4 IV 1991 r.). Konstytucja nie reguluje także kwestii dominacji jednego prawa nad drugim. Konflikt pomiędzy transformowaną normą międzynarodową a normą prawa krajowego rozstrzygany bywa najczęściej według reguł *lex posterior derogat priori* oraz *lex specialis derogat legi generali*¹³. Tak więc w przypadku konfliktu norm analizowanej umowy i niżej przedstawianej ustawy z 14 VI 1991 r. o spółkach z udziałem kapitału zagranicznego, zastosowanie pierwszej reguły kolizyjnej daje pierwszeństwo ustawie pod warunkiem jednak, że postanowienia umowy nie będą w danym zakresie bardziej szczegółowe.

W związku z tym stwierdzić należy, że szczegółowość regulacji jest cechą charakterystyczną przedstawianej umowy obok różnorodności normowanych w niej problemów i związanej z tym różnorodności przepisów. I tak,

¹¹ Konstytucja RFN stosunek ten określa. W myśl art. 25 „Powszechne reguły prawa międzynarodowego są częścią składową prawa federalnego. Mają one pierwszeństwo przed ustawami i tworzą bezpośrednio prawa i obowiązki dla mieszkańców obszaru federalnego”. Panuje przekonanie, że art. 25 nie dotyczy prawa traktatowego; poświęcony trybowi zawierania umów art. 59 ust. 2 Konstytucji RFN stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 25. Ponadto zgodnie z art. 100 ust. 2 Konstytucji RFN „...jeżeli w sporze prawnym zachodzi wątpliwość, czy jakiś przepis prawa międzynarodowego jest częścią składową prawa federalnego oraz czy stwarza on bezpośrednie prawa i obowiązki dla jednostki (art. 25), wówczas sąd jest obowiązany uzyskać orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Orzeczenie to ma moc ustawy...”. Na temat wykładni cytowanych wyżej postanowień pisze J. Galster, *Stosunek prawa międzynarodowego do prawa wewnętrznego w świetle ustawy zasadniczej RFN*, Państwo i Prawo 1991, nr 9, s. 64-73.

¹² Transformacja jest jedną z form recepcji prawa międzynarodowego w państwie. Zob. na ten temat K. Skubiszewski, *Prawo międzynarodowe w porządku prawnym państwa*, w: *Prawo międzynarodowe a prawo wewnętrzne w świetle doświadczeń państw socjalistycznych*, Warszawa 1987, zwłaszcza s. 28 - 33; tenże, glosa do uchwały pewnego składu Izby Cywilnej z 5 X 1974 r., III CZP 71/73; tenże, *Traktaty a prawo krajowe*, Państwo i Prawo 1977, nr 8-9; por. także *Encyklopedia prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych*, Warszawa 1976, s. 367-368.

Należy wspomnieć, że zarówno sejmowy, jak i senacki projekt Konstytucji RP uznaje umowy międzynarodowe za źródło prawa polskiego. Sejmowa Komisja Konstytucyjna przyjęła ostatnią wersję projektu Konstytucji 21 VI 1991 r.; *Projekt Konstytucji Rzeczypospolitej*, przygotowany przez Komisję Konstytucyjną Senatu, ogłoszony został w kwietniu 1991 r. Zob. też Z. Czeszejko-Sochacki, *Projekty nowej Konstytucji (Przegląd zagadnień węzłowych)*, Państwo i Prawo 1991, nr 7, s. 8.

¹³ Zo. uwagi K. Skubiszewskiego, *Prawo międzynarodowe*, s. 44-45. Odnośnie do stanowiska ustrojodawcy RFN - por. przypis 11. Także oba projekty polskiej Konstytucji (sejmowy i senacki) przyjmują zasadę prymatu prawa międzynarodowego w razie konfliktu z prawem krajowym; por. Z. Czeszejko-Sochacki, *Projekty nowej Konstytucji*.

postanowienia umowy wyjaśniają podstawowe pojęcia wiążące się z inwestowaniem (m.in. „inwestycja” art. 1a; „inwestor” art. 1c), określają sytuacje, w których inwestycje korzystają z ochrony, i instytucje prawne ochronie tej służące, a także ustalają sposoby rozstrzygania sporów powstałych na tle działalności inwestycyjnej. Cytowana umowa zawiera więc przepisy zarówno prawa materialnego, jak i procesowego.

Niniejsze rozważania nie wyczerpują całokształtu problemów wynikających z treści umowy z 10 XI 1991 r. Analizie poddano przede wszystkim przepisy prawa materialnego, określające instrumenty prawne ochrony inwestycji zagranicznych, natomiast zupełnie pominięto procedurę rozstrzygania sporów, uznając ją za kwestię odrębną, przekraczającą ramy artykułu¹⁴.

a) Zasięg umownej ochrony inwestycji

Podpisana przez RFN i Polskę umowa w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji w różny sposób realizuje wyrażone na wstępie intencje ochrony inwestycji zagranicznych. I tak np. przyznaje inwestorom zagranicznym klauzulę największego uprzywilejowania w zakresie spraw uregulowanych w art. 4. Określa też zachowania (formułując nakazy i zakazy) mające służyć ochronie inwestycji. Według jednego z takich zakazów, umawiające się strony nie powinny poprzez nieuzasadnione lub dyskryminujące posunięcia na swoim terytorium oddziaływać w jakikolwiek sposób negatywnie na zarządzanie, użytkowanie lub korzystanie z inwestycji przez inwestorów drugiej umawiającej się strony (art. 2 ust. 2). Postanowienia umowy wskazują na szczególne sytuacje, w jakich znaleźć się mogą inwestycje i z tymi sytuacjami wiążą konkretne działania ochronne. Są to przypadki, gdy:

- następuje wywłaszczenie i nacjonalizacja lub poddanie inwestycji innym środkom równoznacznym w skutkach z wywłaszczeniem lub nacjonalizacją (art. 4 ust. 2);
- inwestycje doznają uszczerbku wskutek wojny lub innych konfliktów zbrojnych, rewolucji, stanu wyjątkowego lub zamieszek (art. 4 ust. 3);
- dochodzi do całkowitej lub częściowej sprzedaży albo likwidacji inwestycji (art. 5).

Zgodnie z postanowieniami umowy, w dwóch pierwszych sytuacjach przysługuje inwestorowi roszczenie o odszkodowanie (art. 4 ust. 2-3). Ponadto umawiające się państwa gwarantują inwestorom swobodny transfer związa-

¹⁴ Cytowana umowa normuje rozstrzyganie sporów dotyczących interpretacji lub stosowania umowy (art. 10) oraz spory dotyczące inwestycji między jedną umawiającą się stroną a inwestorem drugiej umawiającej się strony (art. 11).

nych z inwestycją należności, w tym też płatności z tytułu odszkodowań (dwie pierwsze sytuacje) oraz wpływów ze sprzedaży albo likwidacji inwestycji (sytuacja trzecia). Można więc powiedzieć, że oba państwa w trzech określonych wyżej przypadkach zobowiązują się do szczególnej ochrony inwestycji. Jej realizacja wiąże się z systemem odszkodowań oraz transferem określonych należności. W umowie z 10 XI 1989 r. w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji uregulowane zostały zarówno kwestie związane z odszkodowaniami, jak i z transferem.

b) Odszkodowanie

Przepisy powoływanej umowy między Niemcami a Polską gwarantują inwestycjom inwestorów jednej umawiającej się strony na terytorium drugiej umawiającej się strony pełną ochronę i bezpieczeństwo (art. 4 ust. 1). Równocześnie przewidują możliwości naruszenia bezpieczeństwa inwestycji, wiążące się z utratą lub uszczerbkiem inwestycji i odpowiednio do sytuacji normują uprawnienia poszkodowanego inwestora oraz obowiązki państwa, na terytorium którego inwestycja doznała uszczerbku. W celu zapewnienia bezpieczeństwa inwestycji w umowie określone zostały przesłanki i warunki wyłączenia lub nacjonalizacji (art. 4 ust. 2). Inwestycje zagraniczne mogą ulec wyłączeniu, likwidacji lub mogą być poddane innym środkom równoznacznym w skutkach z wyłączeniem lub nacjonalizacją tylko w interesie publicznym i za odszkodowaniem. W tym ostatnim zakresie strony uzgodniły zarówno sposób ustalenia, jak i wypłacenia odszkodowania. Zgodnie z postanowieniami umowy - odszkodowanie musi odpowiadać wartości wyłączonej inwestycji bezpośrednio przed momentem, w którym wyłączenie lub nacjonalizacja stały się publicznie znane. Właściwy sposób ustalenia i wypłacenia odszkodowania powinien zostać ustalony najpóźniej w momencie wyłączenia, nacjonalizacji lub podjęcia równoznacznych w skutkach środków¹⁵. Strony zobowiązały się też zapewnić rzeczywistą możliwość wykorzystania i transferu odszkodowania, a także przyjęły zasadę sądowej kontroli legalności wyłączenia, nacjonalizacji lub podjęcia równoznacznych w skutkach środków oraz zasadę sądowej kontroli wysokości odszkodowania (art. 4 ust. 2).

Drugim przypadkiem naruszenia stanu posiadania, z którym postanowienia cytowanej umowy wiążą określone obowiązki stron oraz uprawnienia inwestorów, jest stan wojny lub innych konfliktów zbrojnych, rewolucji¹⁶,

¹⁵ Przy czym odszkodowanie musi być wypłacone niezwłocznie, najpóźniej w ciągu dwóch miesięcy; poczynając od trzeciego miesiąca podlega oprocentowaniu (art. 4 ust. 2).

¹⁶ Polska realizuje zobowiązania odnośnie do transferu odszkodowań; odpowiednie postanowienia zawierają przepisy ustawy z 14 VI 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym.

stanu wyjątkowego lub zamieszek, jeżeli w ich wyniku inwestycje doznały uszczerbku (art. 4 ust. 3). W odniesieniu do tych sytuacji - inaczej niż w przypadkach wskazanych w art. 4 ust. 2 - umowa nie określa sposobów ustalenia i realizacji świadczeń kompensujących uszczerbek w inwestycjach zagranicznych. Umawiające się strony pozostawiają te kwestie regulacji ustawodawstwa krajowego, przy równoczesnym wprowadzeniu zasady nie mniej korzystnego traktowania inwestorów zagranicznych aniżeli własnych. A więc poszkodowani inwestorzy zagraniczni w sytuacjach wymienionych w art. 4 ust. 3 mogą występować o kompensatę, odszkodowanie lub inne świadczenia, jeżeli przepisy prawne państwa, na terytorium którego inwestycja jest zlokalizowana, takie uprawnienia przewidują¹⁷. W przypadku przyznania określonego świadczenia z wyżej wymienionego tytułu, strony umowy przyznają inwestorom prawo swobodnego transferu uzyskanych płatności.

c) Transfer należności związanych z inwestycją

Umowa z 10 X 1989 r. między RFN i Polską w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji przyjmuje zasadę swobodnego transferu należności związanych z inwestycją (art. 5). Równocześnie wymienia te należności, które w szczególności podlegają swobodnemu transferowi. Są to należności związane z rozpoczęciem i prowadzeniem inwestycji (kapitał i kwoty dodatkowe na utrzymanie lub powiększenie inwestycji, przychody, spłaty pożyczek) oraz należności, które w konwencji niniejszego artykułu związane są z ochroną inwestycji. Chodzi o należności uzyskane tytułem odszkodowań przewidzianych w art. 4 oraz wpływy z tytułu całkowitej lub częściowej sprzedaży bądź likwidacji inwestycji.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że postanowienia art. 5 o gwarancji swobodnego transferu uzupełnione zostały dodatkowymi uzgodnieniami przyjętymi w Protokole, stanowiącym integralną część umowy. Stosowanie bez

Natomiast obowiązujący w Polsce tryb kontroli legalności wyłączenia i kontroli odszkodowania nie jest zgodny z przepisem art. 4 ust. 2 umowy z listopada 1989 r., który ustala drogę zwykłego postępowania przed sądem powszechnym. W myśl przepisów ustawy z 29 IV 1985 r. o gospodarce gruntami i wyłączeniu nieruchomości - zarówno o wyłączeniu, jak i odszkodowaniu postanawia się w formie decyzji administracyjnej. Decyzje te podlegają kontroli w trybie kpa, tj. w drodze odwołania się do organu wyższej instancji oraz - w razie wydania decyzji niezgodnej z prawem - w drodze skargi do NSA. Przepisy Konstytucji RFN w sporach o wysokość odszkodowania przyjmują drogę postępowania przed sądami powszechnymi (art. 14 ust. 3).

¹⁷ Przepisy prawa polskiego nie przewidują takich uprawnień dla osób poszkodowanych w przypadkach, które wymienia umowa. Należy wspomnieć, że takie sytuacje, jak działania wojenne czy zamieszki wewnętrzne, doktryna prawa cywilnego uznaje za siłę wyższą (zdarzenie zewnętrzne, którego skutków nie da się przewidzieć ani im zapobiec), wyłączającą odpowiedzialność kontraktową (art. 361 kpc) i deliktową (art. 415 kc); zob. *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1988, zwłaszcza s. 394 i 429.

ograniczeń art. 5 umowy uzależnione zostało w Protokole od wprowadzenia w Polsce pełnej wymienialności złotówki (pkt 4 Protokołu)¹⁸. Tak więc dopiero od tego momentu należności uzyskane tytułem odszkodowań oraz sprzedaży bądź likwidacji inwestycji mogą być transferowane niezwłocznie według kursu obowiązującego w dniu transferu (art. 7 umowy). Za dokonany „niezwłocznie”, w rozumieniu cytowanego art. 7, uważa się transfer następujący w terminie normalnie koniecznym do dokonania odpowiednich formalności. Termin biegnie od momentu złożenia właściwego wniosku i w żadnym razie nie może przekroczyć dwóch miesięcy (pkt 5 Protokołu).

W związku z omawianymi tu zasadami transferu należności warto podkreślić, że analizowana umowa dotyczy również spraw, które wyłonią się dopiero po jej wejściu w życie, a będą związane z inwestycjami dokonanymi na terytorium drugiej umawiającej się strony w okresie od dnia 14 IX 1972 r. do dnia wejścia umowy w życie (art. 9). W odniesieniu do inwestycji dokonanych we wskazanym terminie załączony do umowy Protokół przewiduje szczególny tryb transferu z Polski dochodów uzyskanych w walucie polskiej ze sprzedaży lub likwidacji inwestycji w rozumieniu art. 5 lit.d umowy.

Płatności te będą mianowicie transferowane we wskazanych w Protokole ratach: w roku sprzedaży lub likwidacji (lecz nie wcześniej niż 1 I 1993 r.) - 20%, w następnym roku - 30%, a w trzecim roku - pozostałe 50% (pkt 6a Protokołu)¹⁹, o ile cytowane postanowienia nie naruszają krzystniejszych porozumień w tym zakresie zawartych między polskimi władzami a inwestorem (pkt 6 lit. c Protokołu).

III. OCHRONA INWESTYCJI ZAGRANICZNYCH W ŚWIETLE POLSKIEGO PRAWA KRAJOWEGO

I. PODSTAWY PRAWNE

Szczególne zasady ochrony inwestycji zagranicznych prowadzonych w Polsce określają przepisy ustawy z 14 VI 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym. Na mocy tego aktu utraciła moc obowiązująca ustawa z 23 XII 1988 r. o działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych²⁰, która w szerokim zakresie normowała ochronę inwestycji zagranicznych.

¹⁸ Wymienialność polskiego złotego wprowadzono 1 I 1990 r. (Dz.U. 1989, nr 74, poz. 441).

¹⁹ W przypadku fundamentalnej nierównowagi bilansu płatniczego umawiające się strony przystąpią w celu uzgodnienia innego możliwego do przyjęcia uregulowania transferów przewidzianych w pkt 6 lit. a Protokołu.

²⁰ Dz.U. 1988, nr 41, poz. 325; zm.: Dz.U. 1989, nr 74, poz. 442; Dz.U. 1990, nr 51, poz. 299; Dz.U. 1991, nr 31, poz. 128.

Należy jednak zaznaczyć, że ani ustawa z 1988 r. nie obejmowała zakresem swej regulacji wszystkich podmiotów zagranicznych prowadzących działalność gospodarczą w Polsce, ani też aktualnie obowiązujący akt nie odnosi się do wszystkich form inwestowania kapitału zagranicznego w naszym kraju.

Przepisy ustawy z 1991 r. dotyczą jedynie tych podmiotów zagranicznych, które zostały dopuszczone do uczestniczenia w dochodach z prowadzenia przedsiębiorstw na terytorium Rzeczypospolitej na warunkach określonych w ustawie (art. 1 ust. 1) oraz podmiotów objętych przepisami ustawy na mocy jej postanowień końcowych²¹. Inne formy działania kapitału zagranicznego w Polsce pozostają poza zakresem obowiązywania cytowanej ustawy²², tym samym inwestycje prowadzone w tych formach nie podlegają ochronie określonej jej przepisami. Natomiast inwestycje „dopuszczone zgodnie z ustawodawstwem” polskim korzystają z ochrony wiążącej Niemcy i Polskę umowy w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji (art. 2 ust. 1).

2. GWARANCJE MAJĄTKOWE I ZASADY WYPŁATY ODSZKODOWANIA

Przechodząc do omówienia ustawowych zasad ochrony inwestycji zagranicznych w Polsce nawiązać trzeba do wcześniej analizowanych postanowień umowy z 10 X 1989 r., która określone działania i środki prawne wiąże z konkretnymi sytuacjami, a inwestorom przyznaje odpowiednie prawa. Są to: prawo do odszkodowania w przypadku doznania przez inwestycję uszczerbku oraz prawo do transferu związanych z inwestycjami należności. Tak pojmowaną ochronę inwestycji przewidują również przepisy ustawy z 14 VI 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (w szczególności art. 22 i 26).

Przepisem art. 22 ustawodawca normuje instytucję gwarancji majątkowych na rzecz podmiotów zagranicznych, instytucję znaną wcześniej ustawie z 23 XII 1988 r. o działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych²³. Tak, jak na podstawie przepisów z 1988 r., tak i obecnie gwarancji udziela Minister Finansów (na wniosek podmiotu zagranicznego). Utrzymana

²¹ W myśl postanowień końcowych ustawy z 14 VI 1991 r. jej przepisy stosuje się do podmiotów zagranicznych utworzonych na podstawie ustawy z 1988 r. i uznanych za spółki w rozumieniu cytowanej ustawy zgodnie z art. 34 ust. 3, a także od podmiotów zagranicznych, które stały się spółkami w rozumieniu cytowanej ustawy w myśl art. 35 i 36.

²² Przepisy ustawy z 14 VI 1991 r. nie naruszają innych ustaw dotyczących warunków dopuszczenia podmiotów zagranicznych do uczestniczenia w dochodach z prowadzenia przedsiębiorstw na terytorium RP. Na temat zakresu obowiązywania ustawy z 14 VI 1991 r. oraz jej stosunku do innych aktów określających zasady inwestowania z zagranicy w Polsce - zob. G. Domański, *Nowe prawo o inwestycjach zagranicznych*, Rzeczpospolita 1991, nr 158. Rodzaje podmiotów nie podlegających cytowanej ustawie wymienia w niniejszym zeszycie RPEiS M. Kępiński.

²³ Zob. art. 22 ust. 6 ustawy z 23 XII 1988 r.

też została zasada wypłaty odszkodowania do wysokości przypadającej inwestorowi części majątku spółki. Pozostały zakres spraw związanych z wypłatą odszkodowania „nowa” ustawa normuje nieco inaczej aniżeli poprzednio obowiązujący akt z 1988 r. Należy tu wskazać przepisy, które:

- gwarantują wypłatę odszkodowania na zasadach wzajemności;
 - określają akty, w wyniku których może zaistnieć szkoda w majątku spółki;
 - określają charakter prawny (status) organu, który udziela gwarancji wypłaty odszkodowania;
- wprowadzają zasadę roszczenia zwrotnego, przysługującego Skarbowi Państwa w przypadku wypłaty odszkodowania.

Oceniając unormowanie z 14 VI 1991 r. należy wziąć pod uwagę, że uchyla ono pewne wątpliwości występujące na tle poprzednio obowiązującego aktu z grudnia 1988 r. Dotyczyły one głównie charakteru prawnego owych gwarancji oraz ich zakresu przedmiotowego²⁴. Problem ten wiązał się ze złożonym statusem Ministra Finansów, który - zgodnie z Konstytucją - jest naczelnym organem administracji państwowej. Jednocześnie przepisy ustawy o urzędzie Ministra Finansów oraz urzędach i izbach skarbowych upoważniają ten organ do reprezentowania Skarbu Państwa w zakresie gospodarowania mieniem państwowym²⁵.

Jako organ administracji państwowej Minister Finansów jest stroną w stosunkach administracyjnoprawnych, natomiast jako reprezentant Skarbu Państwa posiadającego osobowość prawną - jest stroną w stosunkach cywilnoprawnych. Zastosowanie każdej z konstrukcji do systemu gwarancji udzielanych inwestorom zagranicznym wywołuje inne skutki prawne; gwarancje te przyjmują charakter albo administracyjnoprawny, albo cywilnoprawny, zaś z charakterem owych gwarancji wiążą się kwestie natury proceduralnej.

Uznanie, iż gwarancje mają charakter rządowy, pozbawia inwestorów możliwości dochodzenia roszczeń przed sądem powszechnym, zaś do sądu administracyjnego decyzja Ministra Finansów może być zaskarżona jedynie z powodu jej niezgodności z prawem (art. 196 kpa) i po wyczerpaniu toku instancji w postępowaniu administracyjnym. Natomiast przed sądem powszechnym droga jest otwarta wówczas, gdy Minister Finansów działa jako reprezentant Skarbu Państwa.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami z 14 VI 1991 r., Minister Finansów²⁶ udziela gwarancji w imieniu Skarbu Państwa, jest to więc instytucja cywilistyczna.

²⁴ Zob. na ten temat J. Rajski, *Nowe prawo o spółkach z udziałem zagranicznym*, Państwo i Prawo 1989, nr 3, s. 11-12.

²⁵ Art. 4 ustawy z 29 XII 1982 r. (Dz.U. 1982, nr 45, poz. 289 z późn. zm.).

²⁶ Na temat charakteru tej instytucji i zakresu odszkodowania pisze w tym zeszycie RPEiS M. Kępiński.

Drugim problemem, budzącym wątpliwości na tle poprzedniej regulacji i nie do końca wyjaśnionym przez przepisy obowiązującej ustawy z 14 VI 1991 r., jest nieprecyzyjne określenie sytuacji, w których Minister Finansów udziela wspomnianych gwarancji. W poprzednio obowiązującym akcie prawnym ustawodawca przyznawał odszkodowanie „w razie poniesienia strat w wyniku decyzji organów państwowych o nacjonalizacji, wywłaszczeniu lub zastosowaniu innych środków wywołujących skutki równoznaczne z nacjonalizacją, wywłaszczeniem...” (art. 22 ust. 6). Tymczasem takie skutki, tzn. pozbawienie inwestora praw do jego kapitału lub praw wynikających z udziału w spółce²⁷, mogą spowodować zarówno akty indywidualne, jak i generalne. Można przypuszczać, że intencją ustawy z 1988 r. było objęcie zakresem gwarancji strat majątkowych powstałych w wyniku zastosowania obu rodzajów aktów. W każdym razie przepisy obowiązujące obecnie określają konsekwencje „aktów” o wywłaszczeniu (a nie „decyzji”). Należy jednak wziąć pod uwagę, że przy obecnej strukturze organów, owe akty i inne środki pochodzić mogą zarówno od organów rządowych, jak i samorządowych²⁸.

Można powiedzieć, że nowa ustawa bardziej precyzyjnie aniżeli akt z 1988 r. określa charakter udzielanych podmiotom zagranicznym gwarancji wypłaty odszkodowania oraz sytuacje, z którymi wiąże szczególne środki ochrony inwestycji zagranicznych. Nie normuje natomiast zasad i trybu naprawienia szkody; w tym zakresie odsyła do odrębnych ustaw²⁹.

Należy przypomnieć, że zasady ustalania i wypłaty odszkodowania w przypadku wywłaszczenia, nacjonalizacji lub poddania inwestycji innym środkom równoznacznym w skutkach z wywłaszczeniem lub nacjonalizacją określają szczegółowo postanowienia wiążącej Polskę i RFN umowy w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji. Porównując zakres normowania ustawy z 1991 r. z umową z 1989 r. dostrzec trzeba fakt, iż ustawa nie reguluje sytuacji, kiedy inwestycje doznają uszczerbku wskutek wojny, zamieszek itp.,³⁰ a więc nie określa także uprawnień podmiotów zagranicznych w takich przypadkach.

²⁷ Szersze znaczenie przypisuje M. Kępiński aktom i środkom, o których mowa w art. 22, obejmując tym określeniem akty mogące przeszkodzić spółce w osiągnięciu zamierzonego celu gospodarczego,; zob. też podane przez Autora przykłady.

²⁸ W tym drugim przypadku Skarbowi Państwa przysługuje roszczenie zwrotne na zasadach określonych w art. 22 ust. 4.

²⁹ Należy w tym miejscu wymienić przede wszystkim ustawę z 29 IV 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości. Określa ona m.in. zasady ustalania wysokości odszkodowania w przypadku wywłaszczenia. Odszkodowanie powinno odpowiadać wartości wywłaszczonej nieruchomości (art. 56 ust. 1). Odszkodowanie wypłaca się w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia, w którym decyzja ustalająca odszkodowanie stała się ostateczna (art. 56 ust. 2). Odszkodowanie ustalone w decyzji podlega rewaloryzacji na dzień wypłaty (art. 55 ust. 3) itd.; zob. też art. 57 dotyczący wywłaszczenia prawa użytkowania wieczystego, art. 58 regulujący odszkodowania za ograniczenie prawa własności i nast.

³⁰ Tak jak i poprzednio obowiązująca ustawa; por. przypis 17.

Pozostając w płaszczyźnie łączących oba państwa stosunków, należy uwzględnić jeszcze jedno: ustawa z czerwca 1991 r. zapewnia ochronę inwestycji zagranicznych w postaci wypłaty odszkodowań na zasadzie wzajemności. Znaczy to, że podmiot zagraniczny może w Polsce korzystać z uprawnień przyznanych tą ustawą, jeżeli w państwie, którego jest obywatelem lub w którym ma siedzibę, uprawnienia polskich osób fizycznych lub prawnych traktowane będą na równi z uprawnieniami obywateli danego państwa. W zakresie stosunków łączących Niemcy i Polskę unormowania dotyczące wypłat odszkodowania zawiera umowa z listopada 1989 r.

3. ZASADA SWOBODNEGO TRANSFERU

Obok instytucji odszkodowania za poniesione szkody, ochronie inwestycji zagranicznych służy także wprowadzona do polskiego porządku prawnego przepisami z 14 VI 1991 r. zasada swobodnego transferu należności związanych z inwestycją³¹. Obejmuje ona transfer dochodów (art. 25 ust. 2 w związku z ust. 1)³² oraz transfer innych należności (art. 26)³³. W związku z przyjętym w niniejszym artykule, stosunkowo wąskim rozumieniem ochrony inwestycji, należy w tym miejscu wymienić przede wszystkim rozwiązania unormowane przepisem art. 26³⁴. Przyznają one podmiotowi zagranicznemu prawo - po opłaceniu przezeń należnych podatków - do zakupu w banku dewizowym waluty obcej i przekazania jej za granicę (bez odrębnego zezwolenia dewizowego). Chodzi tu o kwoty: uzyskane ze sprzedaży czy umorzenia udziałów (akcji) w spółce, należne w razie likwidacji spółki lub uzyskane jako odszkodowanie, o którym mowa w art. 22. Przy ocenie znaczenia nowej ustawy, z punktu widzenia ochrony inwestycji zagranicznych, nasuwają się porównania zarówno z unormowaniem ustawy z 1988 r., jak i postanowieniami umowy z 1989 r.

Pozostając w obszarze ustawodawstwa krajowego stwierdzić należy istotne wzmocnienie ochrony kapitału zagranicznego. Wiąże się ono z przyznaniem inwestorom zagranicznym szerszych uprawnień. Przykładowo - w myśl przepisów obowiązujących jeszcze w 1988 r., wspólnik zagraniczny mógł przekazać za granicę uzyskane w złotych polskich kwoty ze sprzedaży udziałów lub akcji

³¹ Obowiązywanie tej zasady związane jest z wprowadzeniem możliwości nieograniczonego zakupu przez podmiot zagraniczny walut obcych, tj. za cały udział w zysku oraz w przypadkach wymienionych w ustawie.

³² O zasadach transferu dochodów pisze M. Kępiński.

³³ Unormowania te stanowią *lex specialis* w stosunku do prawa dewizowego - ustawy z 15 II 1988 r. (Dz.U. 1988, nr 6, poz. 33; Dz.U. 1988, nr 74, poz. 441; Dz.U. 1991, nr 35, poz. 155; Dz.U. 1991, nr 60, poz. 253).

Natomiast transfer dochodów związany ze zwyczajną, codzienną działalnością gospodarczą służy szerzej pojętym interesom prowadzących tę działalność inwestorów.

oraz w razie likwidacji spółki dopiero po upływie 10 lat od rejestracji spółki (por. art. 21 ust. 2-3). Uchylona ustawa nie przewidywała też transferu należności uzyskanych przez inwestorów tytułem odszkodowania.

Z kolei porównanie postanowień ustawy z 1991 r. z uregulowaniami umowy z 1989 r. normującymi zakres objętych transferem należności (tj. kwot uzyskanych tytułem odszkodowania oraz w związku ze sprzedażą lub likwidacją spółki) nie wykazuje istotnych różnic. Natomiast ani ustawa z czerwca 1991 r., ani prawo dewizowe nie określają zasad owego transferu, łącznie z terminem jego przeprowadzenia. Kwestie te normują postanowienia umowy z listopada 1989 r. (art. 5 i 7 z związku z pkt Protokołu).

IV. ZAKOŃCZENIE

Można wyrazić zadowolenie, że inwestycje zagraniczne prowadzone w Polsce korzystają z ochrony tej rangi aktów, co Konstytucja, umowy w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji czy ustawa o spółkach z udziałem zagranicznym. Konstytucja gwarantuje swobodę działalności gospodarczej bez względu na formę własności i zapewnia ochronę własności. Wiele postulatów adresowanych wcześniej do polskiego ustawodawcy spełniła ustawa z 14 VI 1991 r. Należy jednak mieć świadomość, że przepisy tego aktu nie obejmują swym zakresem wszystkich form inwestowania w Polsce kapitału obcego. Stąd też nie wszystkie działające w Polsce podmioty zagraniczne korzystają z ochrony przewidzianej przepisami cytowanej ustawy.

Tym większe znaczenie dla ochrony zagranicznych inwestycji w naszym kraju mają podpisywane przez Polskę umowy bilateralne w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji. Zwłaszcza że określają one bardziej wyczerpująco sytuacje, w których inwestycjom przysługuje szczególna ochrona, normują środki tej ochrony, a także regulują tryb postępowania w przypadkach sporów na tle prowadzenia działalności inwestycyjnej. Dlatego też w celu pełniejszego zagwarantowania poczucia bezpieczeństwa postulować należy zawarcie przez Polskę dalszych umów dwustronnych z kolejnymi państwami.

Z tych samych przyczyn korzystne byłoby ratyfikowanie przez Polskę Waszyngtońskiej Konwencji z 18 III 1965 r. o rozstrzyganiu sporów dotyczących inwestycji między państwami a zagranicznymi inwestorami.

Uzasadniony wydaje się też postulat przystąpienia Polski do Wielostronnej Agencji Gwarantowania Inwestycji, utworzonej z 1985 r. pod auspicjami Banku Światowego. Agencja ta, współpracując z Bankiem, zajmuje się popieraniem przepływu inwestycji o charakterze produkcyjnym między państwami.

wami członkowskimi, zwłaszcza do krajów rozwijających się. Agencja udziela również gwarancji zabezpieczających przed tzw. zyskiem niehandlowym³⁵. Mając zaś na uwadze nie tylko ochronę inwestycji w wąskim rozumieniu³⁶, lecz ochronę szerszej pojmowanych interesów inwestycji zagranicznych, należy postulować powołanie instytucji ubezpieczenia kredytów i transakcji³⁷.

Można mieć nadzieję, że rozwój gospodarki rynkowej w Polsce wywoła takie inicjatywy, co z kolei wpłynie na stworzenie systemu instytucji ubezpieczeniowych dających realne gwarancje zagranicznym klientom, łącznie z ochroną inwestycji, a tym samym zachęci do dalszego i bardziej ekspansywnego inwestowania w Polsce.

INSTRUMENTS OF LEGAL PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENT ON THE EXAMPLE OF RELATIONS BETWEEN POLAND AND FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY

Summary

The article presents the protection of foreign investment in the light of the provisions of the Agreement on Promotion and Mutual Protection of Investment concluded between Poland and the Federal Republic of Germany and in the light of Act of 14 VI 1991 on Companies with the Participation of Foreign Investors. Those regulations provide that foreign investment is subject to special protection in three different situations, i.e. in the case of expropriation, damage resulting from social unrest, etc., and in the case of withdrawal of capital.

The protection of investment in the first case manifests itself through a statutory limitation of admissibility of expropriation (expropriation is allowed only in the public interest) and through the investor's right to financial compensation, if expropriation has taken place. At the same time the Constitution requires that such compensation should be „just”. Both the Act of 14 VI 1991 as well as the Agreement define the procedure of determining and payment of such compensation; the Act provides an additional instrument of protection, namely the guarantee granted by the Minister of Finance.

In the case of damage resulting from social unrest, etc. on the area of the localization of investment, the Agreement requires that foreign investors should be treated not less favourably than domestic investors. Thus, the protection of investment depends on the scope of protection provided for in domestic legislation.

Sums received as compensation in the above cases can be transferred freely, just like in the case of the sale or liquidation of investment. The scope of payments subject to the right of free transfer is defined similarly in both documents.

³⁵ Postulaty ratyfikowania przez Polskę Konwencji Waszyngtońskiej oraz przystąpienia Polski do Agencji zgłosił w 1989 r. J. Rajski, *Nowe prawo o spółkach*.

³⁶ Należy wspomnieć, że działające w Polsce instytucje ubezpieczeniowe ubezpieczają inwestycje (mienie) zagraniczne.

³⁷ Na wzór niemieckiego „Hermesa”.