

## I. ARTYKUŁY

MARIAN KĘPIŃSKI

### SPÓŁKI Z UDZIAŁEM ZAGRANICZNYM W POLSCE\*

I. Formalnie od dnia 4 VII 1991 r. weszła w życie ustawa z 14 VI 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym<sup>1</sup>. Słowo „formalnie” użyte w zdaniu poprzednim nie jest przypadkowe, gdyż Dz.U. nr 60 z tekstem ustawy, datowany 4 VII 1991 r., dotarł do czytelników dopiero około połowy sierpnia. Opóźnienia w publikowaniu i dystrybucji Dziennika Ustaw są jedną z wielu bolączek naszego systemu i przysparzają prawnikom wielu kłopotów. Dotyczy to zwłaszcza tych przypadków, gdy przepisy wywierają bezpośrednie skutki w funkcjonowaniu jednostek gospodarczych (np. cła lub podatki). W praktyce oznacza to działanie wstecz wielu przepisów w stosunku do daty rzeczywistego ich opublikowania. Drukowanie tekstów ustaw w prasie nie może w pełni usunąć tego poważnego mankamentu.

Nowa ustawa jest czwartą z kolei regulacją problematyki spółek z udziałem kapitału zagranicznego od 1979 r.<sup>2</sup> Zastępuje ona ustawę z 23 XII 1988 r. o działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych. Już sama zmiana nazwy ustawy ma na celu zasygnalizowanie, iż ambicją ustawodawcy była regulacja jedynie wycinka problematyki działalności kapitału zagranicznego w naszym kraju, nie zaś regulacja całościowa tych zagadnień, jak to sugerowała nazwa uchylonej ustawy z 23 XII 1988 r. Zadaniem nowej ustawy

\* Artykuł ukończono 15 IX 1991 r. Autor pomija w niniejszym opracowaniu kwestie związane z podatkami spółek, które omawia J. Małecki w tym samym zeszycie „Ruchu”.

<sup>1</sup> Dz.U. 1991, nr 60, poz. 253. Ustawa ta zwana będzie dalej „ustawą”, a artykuły powoływane bez bliższego określenia będą artykułami tej ustawy.

<sup>2</sup> Por. uchwałę RM nr 24 z 7 II 1979 r. w sprawie tworzenia i działalności w kraju przedsiębiorstw z udziałem kapitału zagranicznego (MP 1979, nr 4, poz. 36); ustawę z 23 IV 1986 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz.U. 1986, nr 17, poz. 88); ustawę z 23 XII 1988 r. o działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych (Dz.U. 1988, nr 41, poz. 325) zwaną dalej „ustawą z 23 XII 1988 r.”

jest zatem tylko regulacja prawna problematyki tych inwestycji zagranicznych, które przybierają postać spółki posiadającej osobowość prawną, czyli spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej. Przepisy te nie dotyczą innych form działania kapitału zagranicznego w Polsce. Przede wszystkim chodzi tutaj o:

- 1) działające od 1976 r. tzw. przedsiębiorstwa zagraniczne drobnej wytwórczości (dalej w skrócie pzdw)<sup>3</sup>. W większości przypadków są to przedsiębiorstwa nie mające osobowości prawnej, a prowadzone jedynie przez zagraniczną osobę fizyczną lub prawną. Czasami przybierają one także postać spółek prawa handlowego, a zwłaszcza spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Nowa ustawa wyraźnie utrzymuje w mocy dawne przepisy dotyczące pzdw (art. 30);
- 2) działające w Polsce przedstawicielstwa i oddziały przedsiębiorstw zagranicznych<sup>4</sup>;
- 3) spółki działające na podstawie innych przepisów szczególnych (art. 2)<sup>5</sup>;
- 4) takie formy inwestycji kapitałowych, które nie dają udziału w dochodach z prowadzenia przedsiębiorstw w Polsce, np. z wykupu obligacji czy innych papierów wartościowych (art. 1 ust. 1 *a contrario*).

II. Ustawa z 14 VI 1991 r. należy do tych ustaw gospodarczych, które mają na celu ułatwienie kapitałowi zagranicznemu inwestowanie w Polsce. Jej zadaniem jest stworzenie takiego stanu prawnego, aby kapitał zagraniczny nie był traktowany jako obcy element przeszkadzający gospodarce funkcjonować normalnie. Nowa ustawa stawia sobie zatem za cel usunięcie trudności zniechęcających kapitał zagraniczny, na które to trudności pod rządem dawnych przepisów wielokrotnie zwracano uwagę. Przeszkody najczęściej tu wymieniane można scharakteryzować w sposób następujący<sup>6</sup>:

- 1) zbyt duży był ciężar formalności typu administracyjnego w procesie tworzenia i funkcjonowania spółek,

<sup>3</sup> Por. rozp. RM z 14 V 1976 r. w sprawie wydawania zagranicznym osobom prawnym i fizycznym zezwoleń na prowadzenie niektórych rodzajów działalności gospodarczej (Dz.U. 1976, nr 19, poz. 123) oraz ustawę z 6 VII 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium PRL działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (tekst jednolity: Dz.U. 1989, nr 27, poz. 148, zm. Dz.U. 1989, nr 74, poz. 442; Dz.U. 1991, nr 60, poz. 253).

<sup>4</sup> Por. rozp. RM z 6 II 1976 r. w sprawie warunków, trybu i organów właściwych do wydawania zagranicznym osobom prawnym i fizycznym uprawnień do tworzenia przedstawicielstw... (Dz.U. 1976, nr 11, poz. 63) oraz przedwojenne rozp. RM z 20 XII 1928 r. i 28 III 1934 r. dotyczące zagranicznych spółek akcyjnych i spółek z o.o.

<sup>5</sup> Np. art. 77 prawa bankowego z 31 I 1989 r. (Dz.U. 1989, nr 4, poz. 2 ze zmianami); podobne postanowienia są w prawie ubezpieczeniowym i w przepisach o łączności.

<sup>6</sup> Opieram się głównie na uwagach autorów: J. Radon, S.von Lewiński, *Das neue polnische Gesetz uber Auslands Investitionen - Perestroika in Polen?*, Die Aktiengesellschaft 1989, nr 9, s. 316 i n.; D.E. Birenbaum, A. Kashdan, D.P. Racklin, P.G. Thompson, J.D. Petro, *Venturing in the USSR, Hungary and Poland. The Emerging Legal Framework*, New York 1990, s. 135 i n.

2) uciążliwe były progi inwestycyjne w postaci obowiązku zainwestowania minimum 50 000 dolarów amerykańskich oraz obowiązku posiadania minimum 20% udziałów w kapitale spółki,

3) niekorzystna była sytuacja konkurencyjna spółek z udziałem zagranicznym względem polskich podmiotów gospodarczych, które nie były w swej działalności związane zakresem zezwolenia,

4) krytycznie oceniano też niedopuszczalność inwestycji zagranicznych w innych formach niż w postaci spółki posiadającej osobowość prawną.

Chociaż nowa ustawa nie posiada preambuły ani nie znane jest żadne oficjalne jej uzasadnienie, to jednak z materiałów sejmowych<sup>7</sup> z treści ustawy wnosić można, że celem ustawodawcy było zapobieżenie Przynajmniej niektórym z powyższych mankamentów. Przede wszystkim chodziło o zrównanie sytuacji prawnej inwestorów zagranicznych z sytuacją Przedsiębiorców polskich oraz zmniejszenie do niezbędnego minimum formalności związanych z rozpoczęciem i prowadzeniem inwestycji zagranicznych w Polsce. Poza tym ustawodawca wprowadził nowe przepisy służące zabezpieczeniu interesu Skarbu Państwa (i w ogóle mienia państwowego) w procesach przekształceń własnościowych z udziałem kapitału zagranicznego. Dotychczasowe przepisy o tych spółkach nie posiadały żadnej regulacji wspomnianych kwestii.

III. Ogólną zasadą, wyrażoną niestety niezbyt jasno<sup>8</sup> w ustawie z 14 VI 1991 r., jest zasada swobody podejmowania w Polsce działalności gospodarczej przez podmioty zagraniczne. Jeżeli zatem nic innego nie wynika ze szczególnych przepisów ustawy, to reżim prawny podmiotów zagranicznych ujęty jest tak samo, jak podmiotów polskich przez przepisy o działalności gospodarczej i przez przepisy kodeksu handlowego<sup>9</sup>.

Zasadnicza różnica w stosunku do polskich podmiotów gospodarczych polega tu jedynie na ograniczeniu formy prawnej przedsiębiorstw z udziałem kapitału zagranicznego do spółek prawa handlowego posiadających osobowość prawną, którego to ograniczenia podmioty polskie nie napotykają. Mimo to w niektórych przypadkach podmioty zagraniczne muszą uzyskiwać

<sup>7</sup> Jestem w posiadaniu wstępnego projektu rządowego ustawy wraz z krótkim uzasadnieniem, które otrzymali posłowie przed debatą. Oba dokumenty nie noszą ani daty, ani sygnatury. Pochodzą z okresu kwietnia-maja 1991 r.

<sup>8</sup>. Wynika ona jedynie *a contrario* z art. 4 ustawy. Jej znaczenie ideologiczne i propagandowe jest tak doniosłe, że powinna być ona wyrażona w sposób pozytywny.

<sup>9</sup>. Por. interesujące uwagi w tej kwestii G. Domańskiego, *Położenie prawne spółki z udziałem zagranicznym i zagranicznego wspólnika w świetle ustawy z 1988 r.*, Warszawa 1989, s. 5-7. Stwierdza on, że "...postanowienia ustawy generalnej (tj. o działalności gospodarczej) stosują się także do działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych w takim zakresie, w jakim nie wyłączają ich odmienne uregulowania ustawy szczególnej (tj. o spółkach z udziałem zagranicznym)". Pogląd ten zachował swą aktualność także obecnie.

zezwolenie na utworzenie spółki (zezwolenie wstępne). W tym też zakresie utrzymano system podobny do tego, jaki istniał na gruncie ustawy z 23 XII 1988 r.

Przypadki w których zezwolenia wstępne są wymagane, podzielić można na takie, w których jest ono potrzebne ze względu na przedmiot działalności (zezwolenie wstępne przedmiotowe) oraz na takie, w których zezwolenie jest potrzebne ze względu na podmiot wnoszący do spółki wkład (zezwolenie wstępne podmiotowe).

#### A. ZEZWOLENIA WSTĘPNE PRZEDMIOTOWE

Na pierwszy rzut oka lista zezwoleń przedmiotowych nie jest długa i wygląda korzystnie w porównaniu z innymi podobnymi ustawodawstwami. Spróbujmy zatem zanalizować te przypadki w celu weryfikacji tej tezy. Zezwolenia są wymagane, jeżeli działalność gospodarcza przyszłej spółki ma objąć przynajmniej jedną z poniższych dziedzin:

- 1) przemysł obronny nie objęty koncesjonowaniem,
- 2) zarządzanie portami morskimi i lotniczymi,
- 3) działalność w zakresie pośrednictwa i obrotu nieruchomościami,
- 4) świadczenie pomocy prawnej,
- 5) handel hurtowy importowanymi towarami konsumpcyjnymi.

Pierwsze dwa punkty z powyższego wyliczenia łączą się z szeroko rozumianą sferą obronności państwa i bezpieczeństwa obywateli. Gdy chodzi o przemysł obronny, to w znacznej mierze podlega on koncesjonowaniu i wówczas wymagana jest zamiast zezwolenia tylko koncesja<sup>10</sup>. W tym przypadku ustawodawca kierował się zasadą koncentracji postępowania administracyjnego w rękach jednego organu. Pozwala to uniknąć dublowania się zezwoleń na uruchomienie spółki i koncesję. Ten sposób uproszczenia postępowania administracyjnego stanowi jednak wyjątek wśród przepisów ustawy, co z punktu widzenia inwestora zagranicznego należy podkreślić z ubolewaniem.

Druga grupa zezwoleń wstępnych dotyczy usług prawnych, a celem jej wprowadzenia jest w istocie obrona monopolu wykonywania zawodów prawniczych (pkt 3 i 4). Sformułowanie ustawy mogłoby być uzasadnione pod warunkiem, że ograniczy się do wykonywania zawodów prawniczych na terenie naszego kraju i pośredniczenia w obrocie nieruchomościami położonymi w Polsce. Wydaje się, że nie można wymagać zezwolenia od agencji proponującej nabycie gruntów lub domków letniskowych w Alpach, czy też

<sup>10</sup> Por. art. 11, ust.1, pkt 3 ustawy o działalności gospodarczej z 23 XII 1988 r. (Dz.U. 1988, nr 41, poz. 324, zm. Dz.U. 1990, nr 26, poz. 149) oraz uwagi w *Komentarzu* do tej ustawy napisanym przez Z. Leońskiego, Z. Niewiadomskiego, T. Skoczego i M. Waligorskiego, Poznań 1991, s. 45-48 i 122.

narzucąc polskiego doradztwa prawnego zagranicznemu inwestorowi przy jego kontaktach z Polską. Zauważyć można, że w związku z przemianami społeczno-gospodarczymi w Polsce i w innych krajach naszego regionu wiele zagranicznych firm prawniczych zatrudniło ostatnio absolwentów polskich uczelni, którym udało się także uzyskać dyplomy uczelni obcych.

Najbardziej jednak kontrowersyjne jest dodanie w toku prac parlamentarnych do dziedzin, w których nie można podejmować działalności bez zezwolenia, handlu hurtowego importowanymi towarami konsumpcyjnymi. Celowość tego zakazu jest wysoce dyskusyjna. Przede wszystkim handel zagraniczny i tak podlega koncesjonowaniu w tych działach gospodarki, które wskaże Minister Współpracy Gospodarczej z Zagranicą (dalej: MWzG) w swym rozporządzeniu<sup>11</sup>. Dodatkowe ograniczenie administracyjne tej sfery nie wydaje się zatem potrzebne.

Ponadto chodzi tu tylko o handel hurtowy artykułami konsumpcyjnymi z pominięciem innych towarów. Nie można się zatem oprzeć przekonaniu, że omawiane ograniczenie swobody działania inwestorów zagranicznych nastąpiło pod naciskiem aktualnej sytuacji gospodarczej polegającej na zdecydowanej przewadze importu nad eksportem - głównie towarów konsumpcyjnych<sup>12</sup>. Należy ponadto przypomnieć, iż handel hurtowy artykułami konsumpcyjnymi nie jest żadną dziedziną strategiczną naszej gospodarki, w której ograniczenia działania jakichkolwiek podmiotów byłyby potrzebne. Polscy przedsiębiorcy nie są w swej działalności ograniczeni podobnym zezwoleniem i w związku z tym spółki zagraniczne w porównaniu z polskimi podmiotami gospodarczymi znajdują się obecnie w niekorzystnej sytuacji. Wiele zależy będzie od praktyki, jaką zastosuje Minister Przekształceń Własnościowych (dalej: MPW) jako organ udzielający zezwoleń. Sformułowanie ustawy nie przesądza bowiem, czy zezwolenie opiewać ma na handel wszystkimi artykułami konsumpcyjnymi, czy też dotyczyć będzie tylko niektórych towarów (wskazanych bliżej w decyzji). W tym drugim przypadku każda próba rozszerzenia zakresu prowadzonego handlu będzie wymagała nowego zezwolenia, co jest oczywiście niezmiernie uciążliwe i kłopotliwe.

Postulować należy przyjęcie raczej pierwszej alternatywy, jako bardziej odpowiadającej celom ustawy, dobrze byłoby jednak, gdyby MPW ogłosił w jakiejś formie zasady polityki udzielania zezwoleń. Warto ponadto dodać, że w przypadku, gdy zezwolenie dotyczy handlu towarami, na które MWzG wymaga koncesji, to niezależnie od zezwolenia trzeba jeszcze przed rozpoczęciem działalności uzyskać tę koncesję (art. 5 ustawy)<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Por. art. 11, ust. 1, pkt 9 ustawy o działalności gospodarczej.

<sup>12</sup> Rada Ministrów może jednak określać zakres zezwoleń wstępnych przedmiotowych w drodze rozporządzenia. Oznacza to tylko możliwość zawężania zakresu tych zezwoleń w stosunku do formuły ustawowej; por. art. 4, ust. 2

<sup>13</sup> Przepis ten - moim zdaniem - należy tak interpretować, że spółka nie może podjąć tylko

## B. ZEZWOLENIA WSTĘPNE PODMIOTOWE

Zezwolenia podmiotowe łączą się ściśle ze zmianami w ustawie o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (dalej: upp)<sup>14</sup>. Ustawa ta przewidywała mianowicie możliwość udostępniania akcji prywatyzowanych przedsiębiorstw państwowych podmiotom zagranicznym. Te postanowienia upp zostały obecnie uchylone i przejęte z pewnymi zmianami przez ustawę o spółkach z udziałem zagranicznym.<sup>15</sup>

Zezwolenia podmiotowe musi uzyskiwać każda państwowa osoba prawna, jeżeli jej wkład do kapitału zakładowego spółki ma polegać na wniesieniu nieruchomości, przedsiębiorstwa lub części przedsiębiorstwa zdolnej do realizacji zadań gospodarczych. Podobnie jak upp, ustawa nie definiuje tego kluczowego dla wykładni jej przepisów pojęcia, jakim jest państwowa osoba prawna. Nie muszę dodawać, że jest to poważny brak rzutujący przecież bezpośrednio na zakres jej stosowania. Zgodnie z ogólnymi zasadami wykładni przepisów wyjątkowych, należy nadać im raczej taki sens, aby ograniczeń nie stosować w przypadkach wątpliwych. Z tego względu z dwóch sposobów pojmowania terminu „państwowa osoba prawna” opowiadam się za węższym jego rozumieniem. W tym znaczeniu osobą tą jest Skarb Państwa oraz każda osoba prawna państwowa, która jest utworzona przez państwo w drodze aktu ustawodawczego lub też w drodze jednostronnego aktu wydanego z upoważnienia ustawowego. Natomiast wyłączone z tego zakresu byłyby spółki i inne osoby prawne tworzone przez państwowe osoby prawne, chociażby nawet państwowe osoby posiadały w nich więcej niż połowę akcji lub udziałów.

Sama ustawa<sup>16</sup> zwalnia od obowiązku uzyskiwania zezwolenia utworzone w toku prywatyzacji jednoosobowe spółki Skarbu Państwa. Wyłączenie to uzasadnione jest merytorycznie tym, że spółki te znajdują się i tak pod ścisłą kontrolą państwa reprezentowanego przez Ministra Przekształceń Własnościowych i wszelkie decyzje organów takiej spółki i tak zależą od zgody tego ministra.

Ograniczenia podmiotowe mają na celu ochronę własności państwowej przed nieuzasadnionymi dyspozycjami majątkowymi na rzecz spółek z udziałem zagranicznym. Tego rodzaju stanowisko byłoby uzasadnione, gdyby zakres tej kontroli był ujęty wąsko. Tak jednak nie jest. Wystarczy wskazać, że wniesienie każdej nieruchomości do spółki w postaci wkładu wymaga zezwole-

działalności koncesjonowanej bez decyzji administracyjnej w tej kwestii. Może natomiast rozpocząć działalność w innych dziedzinach. Koncesja nie może być także warunkiem zarejestrowania spółki, gdyż można jej udzielić spółce już istniejącej; por. T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M.-Honzatko, *Kodeks handlowy z komentarzem*, t. II, Bytom 1991, s. 6.

<sup>14</sup> Ustawa z 13 VII 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (Dz.U. 1990, nr 51, poz. 298), zwana dalej „upp”.

<sup>15</sup> Por. art. 33 ustawy.

<sup>16</sup> Art. 4, ust. 1, pkt 2.

nia. Takie rozciągnięcie zakresu zezwolenia budzi wątpliwości, bo przecież prawie każdy udział jednostek państwowych w spółkach będzie oznaczał wnoszenie nieruchomości (grunty, budynki i lokale), którymi przede wszystkim te jednostki dysponują. Poza tym wnoszenie wkładu lub udziału znaczyć może także ustanowienie praw obligacyjnych, jak najmu czy dzierżawy, i wymaganie posiadania zezwolenia w tym przypadku uznać należy za przesadne. Pierwotny tekst projektu ustawy zawierał - tak jak uchylone w upp przepisy - jedynie wzmiankę o wnoszeniu do spółki przedsiębiorstwa lub jego części. Taka redakcja byłaby znacznie właściwsza i bardziej odpowiadająca celom ustawy. Rozszerzenie obowiązku uzyskiwania zezwolenia na każdy aport rzeczowy w postaci nieruchomości ocenić należy jako zbyt restrykcyjne<sup>17</sup>.

W podsumowaniu tego fragmentu rozważań można dojść do wniosku, że wbrew oczekiwaniom inwestorów zagranicznych i zapowiedziom poprzedzającym wydanie ustawy, trzeba będzie uzyskiwać zezwolenia na rozpoczęcie działalności w formie spółki z udziałem zagranicznym znacznie częściej, niż można się było tego spodziewać. Jest tak dlatego, że bardzo wiele spółek prowadzi handel hurtowy artykułami konsumpcyjnymi i że w wielu spółkach zagranicznych uczestniczą aportami rzeczowymi w postaci nieruchomości państwowe osoby prawne.

### C. ZEZWOLENIA NASTĘPCZE

IV. Podobnie jak poprzednia ustawa, nowe przepisy mają na celu nie tylko wprowadzenie kontroli spółek z kapitałem zagranicznym w chwili ich powstawania, lecz także nadzorowanie ich funkcjonowania. W związku z tym niektóre czynności związane z „życiem” spółek także wymagają zezwolenia ze strony MPW (zezwoenia następcze). Kontrola ta rozciąga się przy tym także na takie spółki, które w chwili ich powstania posiadały tylko kapitał polski i którymi kapitał zagraniczny zainteresował się dopiero później. Zezwolenia następcze muszą zatem uzyskiwać (art. 6):

1) podmioty zagraniczne - na nabycie (objęcie) udziałów/akcji lub praw z udziałów/akcji w spółkach mających siedzibę na terytorium Polski, gdy spółki te działają w dziedzinach, które wymagają zezwolenia MPW na utworzenie spółki z udziałem kapitału zagranicznego lub działających w zakresie objętym wymogiem uzyskiwania koncesji lub innego zezwolenia przewidzianego w przepisach szczególnych;

<sup>17</sup> Zauważyć ponadto można, że na zezwolenie MPW nałoży się w wielu przypadkach także zezwolenie MSW potrzebne do nabycia nieruchomości przez osobę prawną kontrolowaną przez cudzoziemca. Osobą kontrolowaną jest spółka, w której cudzoziemcy (osoby fizyczne lub prawne) posiadają bezpośrednio lub pośrednio co najmniej 50% kapitału zakładowego. Art. 1 ustawy z 24 III 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (Dz.U. 1933, nr 24, poz. 202, zm. Dz.U. 1988, nr 41, poz. 325). Wielość zezwoeń potrzebnych do utworzenia spółki jest oczywiście wadą całego systemu.

2) już istniejące spółki z udziałem kapitału zagranicznego - w przypadku rozszerzenia zakresu swej działalności na jedną z dziedzin wymagających zezwolenia MPW na utworzenie takiej spółki;

3) państwowe osoby prawne - na objęcie udziałów lub akcji w działającej już spółce z udziałem podmiotów zagranicznych, jeżeli państwowa osoba prawna ma wnieść do spółki nieruchomość, przedsiębiorstwo lub jego część;

4) istniejące spółki z udziałem kapitału zagranicznego (ustawa niesłusznie pomija to określenie) - na zawarcie umowy o używanie na terenie Polski przez okres ponad 6 miesięcy mienia państwowej osoby prawnej stanowiącego nieruchomość, przedsiębiorstwo lub jego część. To samo dotyczy zawarcia takiej umowy na rzecz spółki oraz nabycia własności takiego mienia przez spółkę.

Ten katalog zdarzeń, na które rozciąga się zakres zezwoleń następczych, budzi szereg wątpliwości, zwłaszcza gdy chodzi o czynności wymienione w punkcie 4. Gdy zawarcie każdej umowy najmu lub dzierżawy na okres powyżej 6 miesięcy przez państwową osobę prawną ze spółką z udziałem zagranicznym wymaga zezwolenia, to takie ograniczenie swobody działania podmiotów gospodarujących jest przesadne. Ilość tych zezwoleń może zatem być bardzo znaczna, zważywszy, że większość niezbędnego do prowadzenia produkcji mienia nieruchomego jest ciągle jeszcze w gestii państwowych osób prawnych. Tak samo krytycznie odnieść się trzeba do obowiązku uzyskiwania zezwolenia na wnoszenie do spółki lub zbywanie spółce każdej nieruchomości<sup>18</sup>.

Powyższa uwaga krytyczna jest tym bardziej uzasadniona, że wszystkie spółki, w których akcje lub udziały zostały udostępnione podmiotom zagranicznym, w toku prywatyzacji stały się spółkami z udziałem podmiotów zagranicznych w rozumieniu ustawy (art. 36). Tak więc nawet spółki z minimalną ilością udziałów w rękach podmiotów zagranicznych muszą uzyskiwać zezwolenie na objęcie udziałów/akcji przez przedsiębiorstwa krajowe. Rozsądniejszym byłoby wprowadzenie kontroli tylko dla spółek, w których w rękę podmiotów zagranicznych znajduje się jakiś istotny pakiet udziałów lub akcji.

Wszystkie zezwolenia udzielane są przez MPW. Ta kompetencja generalna ulega jednak przełamaniu, jeżeli chodzi o zezwolenia następcze. Jeśli spółka prowadzi działalność podlegającą koncesjonowaniu, a podmiot zagraniczny nabywa w niej lub obejmuje udziały lub akcje, wówczas zezwolenia na taką czynność udziela nie MPW, lecz organ koncesyjny (art. 8 *in fine*). Nie jest

<sup>18</sup> Tu także występuje możliwość dublowania się zezwoleń wydawanych przez MPW i przez MSW; por. przypis 17. Rada Ministrów może jednak określać zakres zezwoleń następczych w drodze rozporządzenia, co oznacza zwalnianie pewnych czynności od tego obowiązku; por. art. 6, ust. 2 ustawy.



pewne, czy w tych przypadkach organ koncesyjny stosować będzie te same kryteria, co MPW. Możliwość występowania takich rozbieżności ocenić należy krytycznie.

V. W celu zwiększenia prawnej skuteczności zezwoleń na utworzenie spółki lub zezwoleń na dokonywanie przez spółkę czynności, ustawa wprowadza generalną proklamację nieważności wszelkich czynności prawnych zdziałanych z naruszeniem art. 4 i 6 omawianej ustawy. Sankcja ta, mająca niewątpliwie zabarwienie polityczne, jest niestety wysoce dyskusyjna i z pewnością zrodzi w praktyce więcej kłopotów, niż przyniesie pożytków.

Przyjrzyjmy się bliżej stosowaniu tej sankcji. Są nią w równym stopniu obwarowane czynności prawne dokonane z naruszeniem art. 4, jak i art. 6. Tymczasem w toku tworzenia spółek podejmuje się szereg czynności nawet przedtem, zanim zostały one wpisane do rejestru<sup>19</sup>. Czy umowę o korzystanie z lokalu lub innej nieruchomości, zawartą przez założycieli spółki, uznać za nieważną, jeżeli spółka nie uzyskała zezwolenia na swą działalność lub też nie starała się o zezwolenie, mimo że powinna była je uzyskać?

Rozwiązania ustawy odrywające się od postanowień kodeksu handlowego w tych kwestiach są nieprzemyślane i niekorzystne dla ewentualnych kontrahentów powstających spółek. Kodeks handlowy przewiduje bowiem odpowiedzialność osób, które działają w imieniu spółki przed jej zarejestrowaniem.

Wprowadzenie sankcji nieważności dla tych czynności sprawia, że odpowiedzialność umowna nie będzie wchodzić w grę i kontrahent spółki będzie musiał poszukiwać ochrony w przepisach deliktowych, co najczęściej będzie dla niego niekorzystne. Przepisy kodeksu handlowego przewidują ponadto możliwość rozwiązania każdej spółki powstałej z naruszeniem przepisów prawa<sup>20</sup>, w czym oczywiście mieści się także działalność bez zezwolenia. Nie ulega wątpliwości, że sankcja nieważności czynności prawnych zawartych w toku tworzenia spółek nie jest właściwa. Rozwiązania zawarte w kodeksie handlowym byłyby tutaj zupełnie wystarczające.

Mniej zarzutów podnieść można przeciwko sankcji nieważności w odniesieniu do czynności wymienionych w art. 6. I w tym jednak przypadku Proklamacja ustawy zdaje się zbędna. Jeżeli bowiem określone czynności wymagają zezwolenia, to brak tego zezwolenia prowadzić powinien także do wniosku o nieważności czynności. Ogólne mechanizmy prawa cywilnego Pozwalają zatem na osiągnięcie takiego samego rezultatu. Ponadto sankcja nieważności czynności prawnej nie zawsze będzie adekwatna. Jest tak wówczas, gdy w działalności spółki mamy do czynienia z czynnościami

<sup>19</sup> Czynności te zresztą mają często charakter czynności faktycznych i tutaj sankcja nieważności jest zupełnie nieadekwatna.

<sup>20</sup> Por. art. 173 i 337 kh.

faktycznymi, a nie prawnymi. Jeden z takich przypadków można wskazać na podstawie samej lektury art. 6. Jest to sytuacja, gdy spółka rozszerza swą działalność na te dziedziny, które wymagają zezwolenia (art. 4, ust. 1, pkt 1) W takich przypadku tylko możliwość rozwiązania spółki będzie sankcją właściwą, nie zaś sankcja nieważności czynności prawnych.

Aby uzupełnić przewidziany ustawą system zabezpieczeń przed naruszeniami przepisów o zezwoleniach, wyposażono ponadto MPW w prawo występowania do sądów z roszczeniami o stwierdzenie nieważności czynności prawnych w powyższych przypadkach (art. 20).

VI. Zezwolenia wstępne i zezwolenia następcze muszą uzyskiwać podmioty zagraniczne lub też polskie spółki na określone czynności, w które uwikłane są podmioty zagraniczne. Podstawowym zatem pojęciem ustawy jest pojęcie podmiotu zagranicznego. Ustawodawca nie zamierzał - w moim przekonaniu - zmieniać sensu tego pojęcia wprowadzonego ustawą z 23 XII 1988 r., chciał jednakże wprowadzić (na wzór upp) nowe w tym kontekście pojęcie osoby prawnej zależnej od podmiotu zagranicznego. Sformułowania ustawy są jednak niezbyt szczęśliwe. Podmiotami zagranicznymi są (wg art. 3 ustawy): 1) osoby fizyczne mające miejsce zamieszkania za granicą, 2) osoby prawne mające siedzibę za granicą, 3) spółki takich osób (pkt 1-2) nie mające osobowości prawnej utworzone zgodnie z ustawodawstwem państw obcych. Punkty 1 i 2 powyższego wyliczenia nie wymagają w zasadzie szerszego komentarza, gdyż są w pełni zrozumiałe. Można jedynie zauważyć, że osoby fizyczne mające obywatelstwo obce, lecz zamieszkałe w Polsce, nie podlegają reżimowi ustawy i w jej rozumieniu mogą prowadzić działalność gospodarczą na tych samych zasadach co Polacy, podczas gdy polscy obywatele zamieszkali stale za granicą są podmiotami zagranicznymi.

Ogromne zamieszanie wywołać może natomiast wymienione w pkt. 3 pojęcie zagranicznych spółek bez osobowości prawnej. W stosunku do ustawy z 23 XII 1988 r. dodano do tej definicji wymóg, że spółki nie mające osobowości prawnej mają być „utworzone zgodnie z ustawodawstwem państw obcych”.

Wynikałoby z tego, że spółki nie mające osobowości prawnej utworzone za granicą są podmiotami zagranicznymi, a takie same spółki osób zagranicznych utworzone w Polsce nie są traktowane jak podmioty zagraniczne. W rezultacie obejście wszystkich postanowień ustawy okazuje się bardzo proste: podmioty zagraniczne wchodzą w Polskę do spółki cywilnej lub jawnej i są traktowane jak podmioty krajowe. Takie jednak rozwiązanie przeczy zasadom rozsądku i należy postulować jego odrzucenie.

W świetle naszego prawa spółka pozbawiona osobowości prawnej nie jest samodzielnym podmiotem prawa i jej istnienie nie wyłącza własnej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania. Nie może ona zatem być

traktowana inaczej, niż sami wspólnicy. Z tego spostrzeżenia płynie wniosek, iż sformułowanie art. 3 pkt 3 ustawy należy odczytywać tylko tak, że zarówno spółki utworzone za granicą, jak i spółki polskie bez osobowości prawnej utworzone przez osoby wymienione w art. 3 pkt 1-2 są traktowane tak jak podmioty zagraniczne. Jest jednak nie wątpliwe, że ustawodawca zmieniając sformułowanie ustawy z 23 XII 1988 r. w tym zakresie popełnił błąd.

Dalszą wątpliwą innowacją w ustawie o inwestycjach zagranicznych jest przejście z upp i rozbudowanie pojęcia osoby prawnej zależnej od podmiotów zagranicznych. Taka osoba prawna jest utworzona w Polsce i nie jest w świetle określenia zawartego w art. 3 podmiotem zagranicznym. Jednakże osoba prawna w Polsce może być utworzona także przez podmioty zagraniczne i stąd usiłowanie ustawodawcy rozciągnięcia przepisów ustawy także na takie osoby prawne.

Pojęcie „zależnej osoby prawnej” jest niestety niezbyt jasne i w dodatku w jakimś sensie konkurencyjne w stosunku do pojęcia „kontrolowanej osoby prawnej” wprowadzonego przez przepisy ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców<sup>21</sup>. Oba pojęcia, chociaż zbliżone do siebie, nie pokrywają się, co niewątpliwie może rodzić trudności terminologiczne.

Zależna osoba prawna, to taka polska osoba prawna, w której podmiot zagraniczny może:

1) powoływać lub odwoływać większość członków zarządu (organów zarządzających)<sup>22</sup>, albo

2) przesądzać o decyzjach zgromadzenia wspólników posiadając bezpośrednio lub pośrednio większość głosów w tym zgromadzeniu, albo nawet bez większości głosów mając przesądzające decyzję zgromadzenia porozumienia z innymi wspólnikami lub akcjonariuszami.

Poza powyższymi przypadkami zależną jest także polska osoba prawna, jeżeli:

3) więcej niż połowa członków jej zarządu pełni funkcje kierownicze podmiotu zagranicznego (a zwłaszcza funkcje członków jego zarządu) lub innego podmiotu będącego z podmiotem zagranicznym w stosunku zależności

Wprowadzenie tego pojęcia do ustawy oceniam raczej krytycznie. Wynika to z następujących przesłanek:

a) kryteria te są płynne; ta sama osoba prawna raz będzie osobą zależną, a raz nie (np. w przypadku zmiany składu zarządu lub zbycia akcji czy udziałów),

b) kryteria powyższe są trudno sprawdzalne i organ udzielający zezwoleń w niektórych przypadkach może nie być w stanie ustalić, czy stosunek zależności istnieje (np. czy mają miejsce porozumienia akcjonariuszy),

<sup>21</sup> Cyt. już w przypisie 17. Wykazuje natomiast „zależna” osoba prawna pokrewieństwo z prawem antytrustowym EWG.

<sup>22</sup> Określenie „organy zarządzające” jest mylące, gdyż spółką zarządza zarząd, a nie inne organy.

c) polska osoba prawna może w swych decyzjach faktycznie zależeć od podmiotu zagranicznego, mimo że żadne z powyższych kreteriów nie jest spełnione.

Uważam zatem, że wprowadzenie pojęcia „zależnej osoby prawnej” zrodzi szereg trudności. Co gorsza - wskazane tu trudności interpretacyjne dają organom orzekającym w sprawach zezwoleń zbyt wiele swobody i możliwości ingerencji w funkcjonowanie podmiotów gospodarujących, co zawsze musi być oceniane krytycznie. Z tych wszystkich względów uważam, że docelowo ustawodawca nasz powinien zadowolić się tylko pojęciem „osoby prawnej kontrolowanej” w rozumieniu ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, które to pojęcie oparte jest na jasnych i łatwo sprawdzalnych kryteriach kapitałowych<sup>23</sup>.

Zależne osoby prawne są z punktu widzenia ich tworzenia i funkcjonowania (art. 4-6) poddane temu samemu systemowi zezwoleń, co podmioty zagraniczne

VII W porównaniu z ustawą z 23 XII 1988 r. nowa ustawa zmienia kompetencje urzędów do wydawania zezwoleń wstępnych i następczych związanych z funkcjonowaniem spółek z udziałem kapitału zagranicznego. Zniesiono mianowicie (art. 41) urząd Prezesa Agencji d/s Inwestycji Zagranicznych i utworzoną przy nim Agencję d/s Inwestycji Zagranicznych. Kompetencje Prezesa Agencji przejmuje Minister Przekształceń - Własnościowych (MPW) w ciągu 3 miesięcy od wejścia w życie ustawy, tj. do 4 X 1991 r. Sam tryb przejścia tych kompetencji określić ma Prezes Rady Ministrów.

Wnioski złożone pod rządem starej ustawy, do dnia wejścia w życie nowej ustawy, tj. do 4 VII 1991 r., rozpatrywane są według starych przepisów i w zasadzie podlegają także starej ustawie. To rozwiązanie ma kapitalne znaczenie dla wcześniej powstałych spółek ze względu na ich uprzywilejowanie w stosunku do spółek powstających na podstawie nowych przepisów. Mam na myśli zwłaszcza zwolnienie od podatku dochodowego na okres 3 lat oraz nowo wprowadzone zwolnienie celne na okres 3 lat od utworzenia spółki (art. 37, ust. 5)<sup>24</sup>. Minister Przekształceń Własnościowych ma z kolei utworzyć Państwową Agencję Inwestycji Zagranicznych, działającą jako jednoosobowa spółka akcyjna Skarbu Państwa, której zadaniem ma być promocja inwestycji zagranicznych w Polsce. Omówione wyżej przekształcenia organizacyjne przyjąć trzeba z dobrodziejstwami

<sup>23</sup> Por. przypis 17.

<sup>24</sup> Przepis ten jest chyba pomyłką ustawodawcy i nie występował w rządowych wersjach projektu. Sądzę, że miał dotyczyć tylko spółek utworzonych na podstawie wniosków złożonych, lecz nie rozpatrzonych przed dniem 4 VII 1991 r. Jednakże ostateczne sformułowanie jest niczym innym, jak ogólnym zwolnieniem od cła wszystkich spółek utworzonych na tle ustawy z 23 XII 1988 r. Zwolnienie takie jest niezgodne z założeniami prawa celnego.

inwentarza. Rozwiązanie niedawno powstałego urzędu i powierzenie jego kompetencji MPW jest krokiem budzącym wątpliwości.

Agencja nie działała bez zarzutu, lecz w sumie na ogół wydawała zezwolenia w ustawowych terminach i inwestorzy zagraniczni przyzwyczaili się z nią współpracować. Nowy urząd będzie musiał zatem dopiero zdobywać ich zaufanie, co zawsze wymaga czasu. Ponadto MPW ma tak ogromny zakres obowiązków związanych z prywatyzacją gospodarki, że omawiana problematyka będzie stanowić jedynie margines jego działalności, co z kolei może źle wróżyć przyszłym inwestorom zagranicznym. Wreszcie należy zauważyć, że pierwotnie Agencja była powiązana raczej z Ministerstwem Współpracy Gospodarczej z Zagranicą aniżeli z MPW<sup>25</sup>, co także oznaczać może zmianę stylu pracy samego urzędu. Czy takie zmiany organizacyjne są usprawiedliwione, pokaże dopiero czas. Postulować jednak należy, by w przyszłości zmiany wprowadzać z większym zastanowieniem, gdyż w „delikatnej” dziedzinie inwestycji zagranicznych wszelkie zmiany (nawet adresów) powinny wpływać tylko z konieczności.

VIII. Zezwoleń na utworzenie spółki i na określone wyżej czynności związane z jej funkcjonowaniem udziela MPW - z wyjątkiem ujętym w art. 8 ustawy i omówionym już powyżej<sup>26</sup>. Treść wniosku o zezwolenie na rozpoczęcie działalności określają przepisy w sposób rozsądny. W szczególności zrezygnowano z pracochłonnych i kosztownych analiz ekonomiczno-finansowych podejmowanego przedsięwzięcia, wymaganych dotychczas na Podstawie ustawy z 23 XII 1988 r. Co prawda, MPW może w ciągu 30 dni od złożenia wniosku żądać przedłożenia „...opinii dotyczącej [...] spółki lub przedmiotu umowy sporządzonej przez biegłych”, ale wydaje się, że chodzi tu o opinię mniej obciążającą wnioskodawcę niż dawniej wymagane analizy ekonomiczno-finansowe. Jest oczywiste, że przedmiot takiej opinii musi być w decyzji o jej przedłożeniu sprecyzowany. Dalszymi elementami podania, które mogą powodować dyskusje między wnioskodawcami a MPW, będą zapewne projekt umowy lub aktu założycielskiego i statutu spółki oraz wycena wkładów niepieniężnych do spółki.

Gdy wymagają tego interesy państwa, MPW może w zezwoleniu określać warunki, które spółka zobowiązana jest przestrzegać. Warunki te mogą kształtować umowę spółki w sposób odmienny od proponowanego przez współników. Ustawa wskazuje przykładowo, że mogą one dotyczyć proporcji udziałów podmiotów polskich i zagranicznych w kapitale zakładowym (akcyjnym) lub też proporcji głosów w zgromadzeniu współników. Czy ingerencja MPW może iść tak daleko, aby narzucać współnikowi zagranicznemu udział

<sup>25</sup> Por. art. 7, ust. 3 i 5 ustawy z 23 XII 1988 r. Zmiana podporządkowania Agencji nastąpiła jednak już w lipcu 1990 r. p.z. U. 1990, nr 51, poz. 299).

<sup>26</sup> Por. pkt IV *supra*, *in fine*.

polskiego partnera? Jest to wątpliwe, gdyż sformułowanie ustawy jest zdecydowanie mniej kategoryczne, niż ustawy z 23 XII 1988 r., która taką możliwość wyraźnie przewidywała<sup>27</sup>. Można postulować, aby z przywilejów tego rodzaju, co omawiane, nie czynić użytku w praktyce. Już samo ich istnienie jest czynnikiem zastraszającym inwestora, który obawia się możliwości narzucania mu niechcianych partnerów lub niekorzystnych warunków umowy spółki bardziej, niż trudności gospodarczych<sup>28</sup>.

MPW ma obowiązek wydać decyzję w sprawie zezwolenia w ciągu 2 miesięcy od daty złożenia wniosku. Jeżeli jednak zażąda od wnioskodawcy dokumentów określonych w art. 14 ustawy (dotyczących sytuacji finansowej stron albo opinii dotyczących wnioskodawców, spółki lub przedmiotu umowy), to całe postępowanie ulega zawieszeniu do dnia dostarczenia tych dokumentów. W takim przypadku termin dwumiesięczny ulega stosownemu przedłużeniu o czas, w którym postępowanie było zawieszone.

Odmowa wydania zezwolenia może nastąpić tylko z przyczyn taksatywnie wymienionych w art. 17, a mianowicie, gdy zezwolenie zagrażałoby: 1) interesom gospodarczym państwa, 2) bezpieczeństwu i obronności lub ochronie tajemnicy państwowej. W porównaniu z ustawą z 23 XII 1988 r. pominięto podstawę odmowy wydania zezwolenia ze względów ekologicznych, co wydaje się uzasadnione, gdyż szkodliwe dla środowiska inwestycje także zagrażają interesom gospodarczym państwa i stąd dają się pomieścić w formule art. 17 pkt 1. Bardzo krytycznie oceniano także niemożność zaskarżenia odmowy wydania zezwolenia do NSA, przewidzianą w poprzednich ustawach z 1986 i 1988 r.<sup>29</sup>. Nowa ustawa odstępuje od tego zakazu, dopuszczając zatem zaskarżenie decyzji odmownych do NSA. Jednakże odmowa wydania zezwolenia z powodu zagrożenia bezpieczeństwa i obronności państwa lub ochrony tajemnicy państwowej nie wymaga uzasadnienia faktycznego. Oznacza to w praktyce brak kontroli takich decyzji przez NSA, gdyż z braku uzasadnienia sąd nie będzie mógł sprawdzić jej prawidłowości merytorycznej. Formalnie jednak decyzję taką można zaskarżyć.

Dopuszczalność sądowej kontroli decyzji odmownych w sprawach zezwoleń jest krokiem we właściwym kierunku i niewątpliwie zwiększa zaufanie do naszego systemu prawnego wśród potencjalnych inwestorów.

Ostateczna decyzja o udzieleniu zezwolenia powinna określać: 1) firmę i siedzibę spółki, 2) współników lub założycieli, 3) przedmiot działalności spółki, 4) rodzaj i wartość wkładów do kapitału ze szczególnym uwzględnieniem wkładów podmiotów polskich wnoszących nieruchomości, przedsiębiorstwo lub jego część, 5) termin, na który zezwolenie jest ważne, 6)

<sup>27</sup> Por. art. 8 ustawy z 23 XII 1988 r.

<sup>28</sup> Por. K. J. Kuss, *Neues Investitionsrecht in Polen*, RIW 1989, z. 4, s. 260 i n. - tu: s. 263, pkt 6.

<sup>29</sup> Np. autorzy cytowani w przypisie 6, s. 318-319; podobnie K. J. Kuss, *ibidem*, s. 263.

szczególne warunki wprowadzone do zezwolenia ze względu na ochronę interesów państwa.

Nie ma przy tym żadnego ustawowego terminu, na który wydawałoby się zezwolenie. Oznacza to, że organ zezwalający może wydać je na taki okres, jaki jest stosowny ze względu na charakter przedsięwzięcia. Okres ten zresztą może w razie wystąpienia uzasadnionych przyczyn zostać przedłużony. Nie wydaje się natomiast, aby można było wydać zezwolenie na czas nieokreślony.

IX. Spółki powinny prowadzić działalność zgodnie z uzyskanym zezwoleniem. Dla sprawdzenia, czy tak rzeczywiście jest, spółka zobowiązana jest udostępniać MPW swe księgi i inne dokumenty<sup>30</sup>. Ze względu na tajemnice produkcyjne i handlowe kontrole takie stanowią bardzo drażliwy problem dla przedsiębiorstw, a ponadto wpływają dezorganizująco na ich funkcjonowanie. Dlatego też ustawa ogranicza zakres tej kontroli tylko do przedsiębiorstw, których utworzenie wymagało zezwolenia zgodnie z art. 4 oraz spółki utworzone na podstawie zezwoleń wydanych pod rządem ustawy z 23 XII 1988 r. Nie jest jasne, czy prawo kontroli rozciąga się także na spółki, które uzyskały tylko zezwolenia następcze. Z jednej strony argumenty za poddaniem takich spółek kontroli są takie same w przypadku zezwoleń wstępnych co w przypadku zezwoleń następczych, z drugiej - art. 19 ustawy zdaje się regulować tylko sytuację spółek, którym wydano zezwolenie wstępne. Niejasność ta wynika z mechanicznego przejścia sformułowań starej ustawy, które nie są w pełni dostosowane do zróżnicowanej sytuacji prawnej nowych spółek. W sumie wydaje się jednak, że argumenty merytoryczne powinny przeważać nad formalnymi i w związku z tym wszystkie spółki posiadające zezwolenie powinny poddawać się kontroli MPW, mającej na celu sprawdzenie zgodności działania spółki z tym zezwoleniem. Płyną z tego następujące wnioski:

1) zakres kontroli jest ograniczony do zgodności działalności z zezwoleniem. Nie jest to zatem ogólna kontrola działalności, lecz kontrola celowa, ukierunkowana na okoliczność wyraźnie w ustawie wskazaną;

2) kontroli MPW nie podlegają te wszystkie spółki, które nie są zobowiązane do uzyskiwania przewidzianych w ustawie zezwoleń. Gdyby nawet spółka taka wkraczała w dziedziny, w których zezwolenie jest potrzebne, to wykrycie tego stanu rzeczy w drodze kontroli takiej spółki należałoby - moim zdaniem - nie do kompetencji MPW, lecz ogólnych organów kontrolnych (NIK);

3) kontroli nie podlegają „zależne osoby prawne” Osoby te są bowiem zrównane z podmiotami zagranicznymi tylko w zakresie objętym art. 4 i 6 ustawy, podczas gdy uprawnienia kontrolne reguluje art. 19. MPW ma natomiast uprawnienie występowania do sądu o stwierdzenie nieważności czynności zawartych przez wszystkie spółki z naruszeniem art. 4 i 6 ustawy. Ta

<sup>30</sup> Art. 19, ust. 2.

grupa spółek, która nie podlega uprawnieniom kontrolnym MPW, może być dotknięta powództwami o stwierdzenie nieważności dokonywanych przez siebie czynności. Oprócz tego MPW może zawsze wystąpić do sądu rejestrowego o podjęcie czynności zmierzających do rozwiązania umowy spółki przez sąd. Także ta sankcja jest jedyną właściwą w przypadku cofnięcia zezwolenia.

Cofnięcie zezwolenia jest najdalej idącą sankcją administracyjnoprawną, jaką ma do swojej dyspozycji MPW. W związku z tym powinna być ona stosowana z umiarem i tylko wówczas, gdy zainteresowana spółka wezwana do usunięcia nieprawidłowości w stosownym terminie nie zastosuje się do takiego żądania. W moim przekonaniu wyznaczane spółce terminy powinny być odpowiednie do charakteru naruszenia i muszą być realistyczne, co oznacza, że muszą rzeczywiście dawać możliwość usunięcia naruszenia. Jest oczywiste, że sankcji tej nie podlegają spółki, które zezwolenia nie posiadają. Wydaje się także, iż sankcja rozwiązania spółki nie powinna być stosowana, albo też stosowana tylko wyjątkowo, w przypadku, gdy chodzi o cofnięcie zezwolenia następczego. W takiej sytuacji cofnięcie zezwolenia powinno w zasadzie prowadzić jedynie do zaprzestania działalności lub unieważnienia czynności sprzecznych z zezwoleniem. Pozostała działalność spółki powinna w zasadzie pozostać nienaruszona. Przyjęcie takiej wykładni przepisów byłoby dla inwestorów zagranicznych jeszcze jednym dowodem dbałości naszego państwa o ich interesy<sup>31</sup>.

X. W nowy sposób uregulowano wnoszenie wkładów do spółek przez podmioty zagraniczne. Wkłady te mogą mieć charakter pieniężny i niepieniężny. Nowa ustawa znacznie rozszerza krajowe źródła finansowania wkładów pieniężnych. Wkład wspólnika zagranicznego może być przy tym wnoszony tylko w walucie polskiej, która pochodzić może z:

1) wymiany walut wymiennalnych w banku dewizowym. Zwraca tu uwagę ograniczenie walut wnoszonych przez podmiot zagraniczny tylko do walut wymiennalnych. Jest to odejście od rozwiązań obowiązujących w tej dziedzinie już od 1986 r. Dawne przepisy pozwalały na wymianę w celu wniesienia wkładu wszelkich walut obcych<sup>32</sup>;

2) dochodów z udziałów lub akcji posiadanych w Polsce;

3) kwot uzyskanych ze sprzedaży lub umorzenia udziałów lub akcji w innych spółkach polskich;

4) kwot wypłaconych w przypadku likwidacji spółki prowadzonej w Polsce;

5) innych źródeł (np. z dochodów z przedsiębiorstwa zagranicznego, ze

<sup>31</sup> Sformułowanie art. 19 ust. 4 zdaje się jednak sugerować, że cofnięcie zezwolenia prowadzi zawsze do rozwiązania spółki. Z taką interpretacją trudno się jednak zgodzić.

<sup>32</sup> Por. art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy z 23 IV 1986 r. i art. 16 ust. 2 pkt 1 ustawy z 23 XII 1988 r.



sprzedaży własności lub innych praw, odszkodowania za wyłączenie), o ile na wniosek podmiotu zagranicznego Minister Finansów wyrazi na to zgodę.

Wbrew zgłaszanym niekiedy postulatом kół zainteresowanych, nowa ustawa nie pozwala wnieść i trzymać wkładu na koncie spółki w walutach wymiennalnych. W wielu przypadkach spółki potrzebują kwot wniesionych jako wkłady dla celów gospodarczych i by to osiągnąć muszą każdorazowo dokonywać zamiany złotych na dewizy i odwrotnie. System ten, wprowadzony przez prawo dewizowe<sup>33</sup>, powoduje ryzyko zmiany kursów dewiz i tym samym podrożenia kosztów ich uzyskania w przypadku wymiany powrotnej złotych na dewizy. Wydaje się, że pewne rozluźnienie istniejącego systemu mogłoby zachęcić inwestorów do wnoszenia wkładów w Polsce.

Wkłady niepieniężne natomiast muszą:

- 1) pochodzić z zagranicy,
- 2) zostać nabyte w Polsce za walutę polską pochodzącą ze sprzedaży walut wymiennalnych w banku dewizowym,
- 3) pochodzić z tytułu dziedziczenia, z tym, że zgodę na ich wniesienie musi w tym przypadku wyrazić Minister Finansów.

Największe znaczenie praktyczne mają wkłady niepieniężne wymienione w pkt. 1. Najczęściej będą to rozmaite urządzenia i maszyny kwalifikowane jako środki trwałe. Są one wówczas zwolnione od cła pod warunkiem nieodstępowania ich innym osobom w ciągu trzech lat licząc od dnia odprawy celnej (art. 14 ust. 1 prawa celnego)<sup>34</sup>. Oprócz tego mogą to być wnoszone do spółek dobra niematerialne, zwykle w postaci know-how patentów czy wzornictwa. Także dobra niematerialne chronione prawem autorskim stanowią często wkład do spółki (programy dla maszyn cyfrowych, prawa do nagrań płytowych, wzory mody). Nierzadko słyszymy też o wnoszeniu praw na oznaczeniach odróżniających, a zwłaszcza praw do znaków towarowych lub firmowych.

We wszystkich przypadkach wnoszenia wkładu niepieniężnego o zagranicznym pochodzeniu trzeba wykazać, że pochodzi on rzeczywiście z zagranicy. Na ogół nie przedstawia to trudności w odniesieniu do urządzeń, co do których przedkłada się odpowiednie dokumenty celne<sup>35</sup>. Trudniej jest dowieść pochodzenia dóbr niematerialnych, zwłaszcza gdy przybierają Postać poufnych informacji typu know-how czy programów dla maszyn cyfrowych. Ponadto, jak zwykle, trudności mogą powstać w związku z wyceną takich wkładów. Trudności te dotyczą także wyceny używanych już urządzeń sprowadzanych z zagranicy. W zasadzie ustawa zadowala się systemem zabezpieczeń interesów wspólników i wierzycieli stworzonym przez kodeks

<sup>33</sup> Ustawa z 15 II 1989 r. - prawo dewizowe (Dz.U. 1989, nr 6, poz. 33, zm. Dz.U. 1989, nr 74, poz. 441).

<sup>34</sup> Ustawa z 28 XII 1989 r. - prawo celne (Dz.U. 1989, nr 75, poz. 445).

<sup>35</sup> Por. art. 2 i art. 16 ust. 4 ustawy z 23 XII 1988 r.

handlowy. Jedynie w procesie udzielania zezwoleń wstępnych należy także dołączać do wniosku wycenę wkładów niepieniężnych (art. 13, ust. 1, pkt 3). Tych kwestii mogą również dotyczyć dodatkowe dokumenty, których MPW może zażądać od wnioskodawcy (art. 14).

W przeciwieństwie do poprzednio obowiązujących przepisów zniesiono w nowej ustawie wszelkie progi inwestycyjne dla wkładów kapitałowych. Przypomnijmu, że wkład taki musiał wynosić minimum 50 000 dolarów (próg finansowy), a ponadto udział zagranicznego partnera w spółce musiał być nie niższy niż 20% kapitału spółki (próg kapitałowy). Wymogi te obecnie już nie istnieją, co oznacza, że nawet minimalny wkład podmiotu zagranicznego (np. 10 000 USD), dający mu jedynie niewielki udział w kapitale zakładowym (np. 5%), wystarczy do nadania spółce charakteru spółki z udziałem kapitału zagranicznego. Takie rozwiązanie z pewnością sprzyjać będzie inwestowaniu.

XI. Jednym z zasadniczych zarzutów pod adresem ustawy z 23 XII 1988 r., zgłaszanych przez zagraniczne koła inwestycyjne, były ograniczenia w zakresie transferu zysków<sup>36</sup>. Polegały one na uzależnieniu kwot, które co roku wolno było wywieźć, od uzyskanych przez spółkę wpływów w walutach obcych z tytułu nadwyżki eksportu nad importem. Te ograniczenia ulegają obecnie zniesieniu, co niewątpliwie jest sygnałem, który szybko zostanie odebrany przez potencjalnych inwestorów.

W rezultacie wspomnianych zmian zagraniczny wspólnik może zakupić w banku dewizowym za cały swój udział z zysku waluty obce. Zakup ten jest możliwy jednak dopiero wówczas, gdy bilans spółki za poprzedni okres obrachunkowy zostanie zweryfikowany przez wyznaczony przez Ministra Finansów podmiot.

Ponadto wolno będzie przekazywać za granicę waluty zakupione w zamian za:

- 1) kwoty uzyskane ze sprzedaży lub umorzenia udziałów objętych zgodnie z przepisami o wnoszeniu udziałów, o których była już wyżej mowa<sup>37</sup>,
- 2) kwoty należne w razie likwidacji spółki z udziałem zagranicznym,
- 3) kwoty odszkodowania za wywłaszczenie lub inne środki wywołujące skutki równoznaczne z wywłaszczeniem.

Wszystkie powyższe kwoty mogą być wywiezione bez odrębnego zezwolenia dewizowego, pod warunkiem wykazania swego uprawnienia do zakupu dewiz. W odniesieniu do udziału w zysku jest to imienne zaświadczenie podmiotu badającego bilans spółki na zlecenie Ministra Finansów. Ponadto zauważyć należy, że kwot, które podlegają transferowi nie uszczuplają kwoty wypłacane tym pracownikom spółki, którzy są osobami zagranicznymi. Tacy

<sup>36</sup> Zwracają na to uwagę autorzy pracy *Venturing in the USSR*, s. 147-148 (por. przypis 6).

<sup>37</sup> Por. pkt X supra.

pracownicy mogą także przekazywać swe wynagrodzenie za granicę i obecnie nie obniża to kwot, jakie może przekazywać za granicę wspólnik<sup>38</sup>.

Wejście w życie tych korzystnych zasad transferu zysku jest jednak przesunięte w czasie. Transfer dochodów za rok obrotowy 1991 i za lata wcześniejsze odbywa się bowiem na dotychczasowych zasadach. Oznacza to zatem, że dopiero za rok obrotowy 1992 transfer nastąpi według nowych reguł. Tak więc w praktyce pierwsze transfery w tym systemie nastąpią mniej więcej w toku drugiego kwartału 1993 r., tzn. z chwilą, gdy pierwsze bilanse za 1992 r. zostaną zweryfikowane.

W ślad za poprzednią ustawą, ustawa z 14 VI 1991 r. zapewnia zagranicznemu inwestorowi gwarancję wypłaty odszkodowania tytułem szkody poniesionej w wyniku wyłączenia lub zastosowania innych środków równoznacznych z wyłączeniem. Instytucja ta ma na razie doniosłość głównie ideologiczną, gdyż zauważana jest przez zagranicznych komentatorów i traktowana jako sygnał prawnego zabezpieczenia interesów inwestora<sup>39</sup>. Charakter tej gwarancji jest jednak wysoce dyskusyjny. Jest ona instytucją cywilistyczną niestety nie sprawdzoną przez praktykę, gdyż na tle dawnej ustawy - o ile mi wiadomo - gwarancje takie nie były udzielane. Gwarancji ma udzielać Minister Finansów w imieniu Skarbu Państwa na wniosek Podmiotu zagranicznego. Jest to przy tym gwarancja obligatoryjna, ponieważ nie ma żadnych podstaw usprawiedliwiających ewentualną odmowę jej udzielenia<sup>40</sup>. Znaczenie tej gwarancji osłabia jednak zakres odszkodowania. Określają go bowiem właściwe przepisy, które zwykle pozwalają na kompensatę poniesionej straty, nie zaś na pełne wyrównanie szkody. Samo sformułowanie analizowanej ustawy zawiera także ograniczenie zakresu odszkodowania gwarantowanego przez Ministra Finansów do wysokości Przypadającej wspólnikowi części majątku spółki. A zatem nawet gdyby przepisy szczególne pozwalały na pełną kompensatę szkody, gwarancja Ministra Finansów ogranicza się tylko do części majątku spółki przypadającej zagranicznemu wspólnikowi. Nie jest zatem wykluczone, że na podstawie przepisów szczególnych wspólnik zagraniczny będzie mógł uzyskać w konkretnym przypadku więcej niż wynosiło zabezpieczenie gwarancją Ministra Finansów. Gwarancja ustawowa obejmuje odszkodowanie należne z tytułu wyłączenia lub innych środków równoznacznych z wyłączeniem. Określenie to nie jest w prawie polskim jednoznacznie rozumiane i wydaje się że obejmuje wszelkie arbitralne akty organów państwowych mogące przeszkodzić spółce w osiągnięciu zamierzonego celu gospodarczego. Jako

<sup>38</sup> Wspólnik będący pracownikiem może zatem kumulować te źródła dochodów w celu dokonania transferu.

<sup>39</sup> Por. autorzy pracy *Venturing in the USSR*, s. 146-147.

<sup>40</sup> Por. G. Domański, *Położenie prawne spółki*, s. 16-17.