

JOANNA KATARZYNA SZYMAŃSKA

CHARAKTERYSTYKA PRAWNA ODDZIAŁÓW PRZEDSIĘBIORCÓW ZAGRANICZNYCH

WPROWADZENIE

Zmiana ustroju polityczno-gospodarczego zapoczątkowana w 1989 roku i związane z nią przemiany strukturalne zachodzące stopniowo w polskiej gospodarce oraz otwarcie rynku dla inwestorów z zewnątrz sprawiły, iż Polska staje się krajem coraz atrakcyjniejszym dla zagranicznych przedsiębiorców. O rozmiarach wzrostu zainteresowania Polską inwestorów z zagranicy świadczyć może fakt, iż jeszcze w 1993 roku sporządzona wówczas po raz pierwszy przez Państwową Agencję Inwestycji Zagranicznych „Lista największych inwestorów zagranicznych w Polsce” obejmowała 193 przedsiębiorstwa, 7 lat później natomiast, w roku 2000 już 885 przedsiębiorstw z 35 krajów¹.

Przedsiębiorcy zagraniczni, którzy decydują się zainwestować swój kapitał i bezpośrednio zaistnieć na polskim rynku, muszą dokonać wyboru formy organizacyjnej, w jakiej będą działać na terytorium Rzeczypospolitej. Porządki prawne państw przewidują zwykle możliwość działania przedsiębiorcy zagranicznego w państwie przyjmującym w formie zależnej od niego placówki (przedstawicielstwa, oddziału, agendy) lub w formie odrębnego podmiotu prawa państwa przyjmującego². Pierwsza z wymienionych form działania przedsiębiorcy zagranicznego ma charakter bezpośredni, druga zaś korzysta ze strukturalnego „pośrednictwa” w postaci podmiotu prawa krajowego³. O ile inwestorzy, którzy preferują utworzenie podmiotu (głównie spółki handlowej) o odrębnej osobowości prawnej, podlegają z reguły ogólnym przepisom państwa przyjmującego o spółkach handlowych o tyle ci, którzy decydują się na założenie jednostki organizacyjnej od siebie zależnej, muszą liczyć się z koniecznością spełnienia szczególnych wymogów nałożonych przez prawo państwa przyjmującego⁴.

Obowiązujące w Polsce do 1.01.2000 roku przepisy dotyczące zagranicznych inwestycji gospodarczych nie stanowiły spójnego i przejrzystego systemu źródeł prawa regulujących inwestowanie z zagranicy. Poważne wątpliwości z powodu utraty aktualności budziły zwłaszcza akty prawne dotyczące

¹ Informacja Państwowej Agencji Inwestycji Zagranicznych, www.paiz.gov.pl.

² B. Popowska, *Podmioty zagraniczne w polskim prawie gospodarczym*, Poznań 1999, s. 17 - 18.

³ M. Mataczyński, *Formy bezpośredniej działalności przedsiębiorców zagranicznych w prawie polskim*, w: C. Mik (red.), *Europeizacja prawa krajowego*, Toruń 2000, s. 111.

⁴ O przyczynach takiego stanu rzeczy M. Mataczyński, *Formy bezpośredniej działalności przedsiębiorców zagranicznych...*, op. cit., s. 112.

form bezpośredniej działalności inwestorów zagranicznych na polskim rynku⁵. Powodowało to trudności dla przedsiębiorców z zewnątrz i mogło w znacznym stopniu zniechęcać do inwestowania w naszym kraju. Przepisy te ponadto nie uwzględniały zobowiązań międzynarodowych, jakie Polska przyjęła na siebie, podpisując w 1991 roku Układ Europejski ustanawiający Stowarzyszenie między Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi z jednej strony a Rzeczpospolitą z drugiej strony⁶. Z tych powodów konieczna więc była nowa regulacja podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Polski przez podmioty zagraniczne, uwzględniająca tworzenie przez przedsiębiorców zagranicznych placówek od nich zależnych.

Regulację tę stanowi ustawa Prawo działalności gospodarczej (dalej: Pdg)⁷, która, jak podkreślali w uzasadnieniu projektu jej projektodawcy, „mając na uwadze potrzeby rozwijającej się polskiej gospodarki rynkowej i korzyści płynące z jej otwarcia na świat oraz nasze zobowiązania międzynarodowe, [...] zapewnia osobom zagranicznym zarówno tworzenie przedsiębiorstw [...] jak i bezpośrednie działanie na terytorium Polski w formie oddziałów”⁸.

Możliwość tworzenia oddziałów przez przedsiębiorców zagranicznych w takim kształcie, w jakim istnieje ona od 1.01.2000 r., kiedy to w życie wszedł rozdział 5 ustawy Prawo działalności gospodarczej, stanowi *novum* w polskich warunkach i z tego względu jest kwestią godną szczególnej uwagi nie tylko zagranicznych inwestorów, lecz również prawników. Wydaje się, że w obliczu starań Polski o przyjęcie do struktur europejskich, którego warunkiem jest dostosowanie systemu gospodarczego oraz prawnego naszego państwa do standardów Wspólnoty, warto byłoby przedstawić polską regulację tego zagadnienia, ukazując jednocześnie uregulowanie problematyki podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w formie oddziałów, a także skonfrontować rozwiązania rozdziału 5 ustawy Prawo działalności gospodarczej ze zobowiązaniami, jakie Polska nałożyła na siebie, podpisując Układ Stowarzyszeniowy.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza sytuacji prawnej oddziałów przedsiębiorców zagranicznych w Polsce i ocena normującego ją ustawodawstwa pod kątem zobowiązań Polski wynikających z Układu Europejskiego. Badania swym zakresem obejmą, w szczególności, analizę definicji oddziału, zagadnienie utworzenia oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, jego rejestrację, a także szczególne obowiązki zagranicznego przedsiębiorcy wykonującego działalność gospodarczą w formie oddziału. Ponadto przedstawione zostaną ograniczenia wolności działalności gospodarczej w stosunku do oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, a także zagadnienie likwidacji oddziału przedsiębiorcy zagranicznego. W ramach opracowania nie zostanie natomiast przedstawiona sytuacja prawna oddziałów działających na terytorium Polski na podstawie przepisów szczególnych. Temat ten wyma-

⁵ Zob. B. Popowska, *Podmioty zagraniczne...*, op. cit., s. 17 i n.

⁶ Dz. U. 1994, Nr 11, poz. 38 z załącznikiem.

⁷ Dz. U. 1999, Nr 101, poz. 1178 ze zm.

⁸ *Z uzasadnienia projektu ustawy Prawo działalności gospodarczej z 10.11.1998 r.*, s. 10.

ga, ze względu na swą złożoność, bardzo dokładnego omówienia i dlatego wykracza poza zakres niniejszych badań.

1. POJĘCIE ODDZIAŁU W ŚWIETLE PDG

Ustawodawca polski uregulował zagadnienie podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorców zagranicznych w formie oddziałów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w rozdziale 5 ustawy Prawo działalności gospodarczej. Przewidując tam tworzenie przez przedsiębiorców zagranicznych (na zasadach wzajemności o ile umowy międzynarodowe ratyfikowane przez Polskę nie stanowią inaczej) na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oddziałów, nie zdefiniował on pojęcia oddziału w rozdziale 5 ustawy. Ustawowa definicja oddziału zawarta została w słowniczku ustawy Prawo działalności gospodarczej w art. 4 pkt 6. Stanowi ona, iż oddział jest wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie częścią działalności gospodarczej wykonywaną przez przedsiębiorcę poza głównym miejscem wykonywania działalności (zakładem głównym). Jak wynika z definicji, nie odnosi się ona wyłącznie do oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, lecz również krajowego⁹, pojęcie oddziału pojawia się w ustawie bowiem nie tylko w związku z podejmowaniem i wykonywaniem działalności gospodarczej przez przedsiębiorców zagranicznych, lecz również w art. 11 ustawy nakładającym na każdego przedsiębiorcę obowiązek oznaczenia zewnętrznego oddziału. W związku z tym nie wydaje się słusznym postulat doktryny, aby umieścić definicję oddziału w rozdziale piątym ustawy Prawo działalności gospodarczej¹⁰.

Przytoczona wyżej definicja legalna pojęcia oddziału, wyraźnie określa krąg podmiotów, którym przysługuje prawo wykonywania działalności gospodarczej w formie oddziału. Zgodnie z art. 4 pkt 6 Pdg oddział utworzony może być przez przedsiębiorcę, czyli jak stanowi art. 2 ust. 2 przez osoby fizyczne, osoby prawne oraz nie mające osobowości prawnej spółki prawa handlowego, które zawodowo i we własnym imieniu podejmują i wykonują działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy Prawo działalności gospodarczej, a także przez wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 2 ust. 3 Pdg). Ponadto z definicji tej wywnioskować można w pewnym stopniu, jakimi cechami obiektywnymi, charakteryzować musi się jednostka organizacyjna, aby mogła zostać uznana za oddział. Wydaje się jednak, iż aby dokonać pełnego zdefiniowania pojęcia oddziału, obok jego definicji legalnej zanalizować należy również poglądy reprezentantów doktryny prawa handlowego, które mimo że odnoszą się do oddziałów spółek prawa handlowego, mają w obliczu bardzo ogólnego ujęcia definicji oddziału duże znaczenie¹¹.

⁹ Por. J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzebszcz, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 30.

¹⁰ M. Mataczyński, *Formy bezpośredniej działalności przedsiębiorców zagranicznych...*, op. cit., s. 120.

¹¹ Tak M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Zakamycze 2000, s. 66.

I tak z definicji legalnej oddziału zawartej w Prawie działalności gospodarczej wynika: po pierwsze – wymóg jego przestrzennego wyodrębnienia od zakładu głównego, które również przedstawiciele doktryny polskiego prawa handlowego zgodnie zaliczają do elementów istotnych pojęcia oddziału¹²; po drugie – cechą oddziału, mimo że nie zawartą w definicji legalnej oddziału jest trwałość ośrodka. Wyływa ona z definicji ustawowej działalności gospodarczej zawartej w art. 2 ust. 1 Pdg, zgodnie z którą określa się w ten sposób zarobkową działalność wytwórczą, handlową, budowlaną, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatację zasobów naturalnych, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Ponadto, za konieczną uważają tę cechę przedstawiciele doktryny prawa handlowego¹³.

Kolejną charakterystyczną i bardzo istotną cechą oddziału jest brak podmiotowości prawnej. Wynika ona wyraźnie z ustawowej definicji zawartej w Prawie działalności gospodarczej, która określa oddział jako wyodrębnioną organizacyjnie (nie zaś prawnie) część działalności gospodarczej wykonywanej przez przedsiębiorcę.

Ponadto, według definicji ustawowej, aby ośrodek mógł zostać nazwany oddziałem musi być samodzielny organizacyjnie. Warto wspomnieć, iż na temat charakteru i stopnia samodzielności organizacyjnej oddziału wypowiedzieli się przedstawiciele doktryny polskiego prawa handlowego. Warto wspomnieć tu o poglądzie J. Namitkiewicza¹⁴, który podkreślał, iż oddział ma taką samodzielność organizacyjną, która umożliwia istnienie oddziału w razie zamknięcia zakładu głównego.

Kolejnym elementem, którego scharakteryzowanie wydaje się niezbędne dla pełnego zdefiniowania pojęcia oddziału, jest przedmiot i zakres jego działalności. Ze sformułowania definicji oddziału zawartej w Prawie działalności gospodarczej nie wynika, co może być przedmiotem działalności oddziału oraz jaki powinien być jej zakres. Uprzedzając dalsze rozważania, należy jednak wskazać, iż przepisy dotyczące oddziałów przedsiębiorców zagranicznych wyraźnie określają, iż przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział może prowadzić działalność gospodarczą wyłącznie w zakresie przedmiotu działalności przedsiębiorcy zagranicznego. Można również sięgnąć do poglądów reprezentantów doktryny polskiego prawa handlowego. M. Allerhand podaje, iż oddział istnieje tylko wtedy, gdy prowadzi samoistne czynności prawne, oddziałami są więc odrębne zakłady, w których dokonuje się sprzedaży towarów, w których przyjmuje się oferty itp.¹⁵ Z. Fenichel uważa natomiast, że „do pojęcia oddziału nie wystarczy, jeżeli celem jego ma być jedynie ułatwienie prowadzenia przedsiębiorstwa przez to, że przeznaczony on jest do załatwiania czynności przygotowawczych lub pośredni-

¹² Por. M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Bielsko-Biała 1998, s. 29; T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy – komentarz*, Łódź 1996, s. 51; S. Sottysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Warszawa 1997, s. 336; J. Namitkiewicz, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Warszawa 1934, s. 47 i n. Wszyscy komentatorzy Kodeksu handlowego z wyjątkiem M. Allerhanda przyjmują, iż oddział może się znajdować w innej lub tej samej miejscowości co zakład główny, spór ten jednakże nie ma znaczenia dla niniejszej pracy, gdyż jej przedmiotem jest oddział przedsiębiorcy zagranicznego.

¹³ Por. T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy...*, op. cit., s. 51; S. Sottysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy...*, op. cit., s. 336.

¹⁴ J. Namitkiewicz, *Kodeks handlowy...*, op. cit., s. 47 i n.

¹⁵ M. Allerhand, *Kodeks handlowy...*, op. cit., s. 29.

czących, lecz oddział musi przedstawiać istotne rozszerzenie działalności kupca w ten sposób, że osoba prowadząca oddział może załatwiać samodzielnie te same interesy, których dokonuje się w zakładzie głównym”¹⁶. J. Jacyszyn oraz J. Rudowicz uważają natomiast, iż również ośrodki o przedmiocie działalności węższym w stosunku do zakładu głównego mogą być uznane za oddział¹⁷.

Wydaje się, iż cechą, która charakteryzować musi oddział jest ponadto posiadanie kierownictwa. Wprawdzie definicja ustawowa oddziału zawarta w Prawie działalności gospodarczej nie określa wyraźnie, w jaki sposób oddział ma być kierowany, uprzedzając jednak dalsze badania, wspomnieć należy w tym miejscu o obowiązku przedsiębiorcy zagranicznego tworzącego oddział ustanowienia osoby upoważnionej do reprezentowania go w oddziale (art. 37 Pdg). Na to, iż oddział powinien posiadać własne kierownictwo wskazuje ponadto ustawowy wymóg jego wyodrębnienia i samodzielności organizacyjnej. Wydaje się, iż byłby on niemożliwy do zrealizowania, gdyby oddział nie posiadał własnego kierownictwa. Z legalnej definicji wynika jednak również, iż oddział jako część działalności gospodarczej wykonywanej przez przedsiębiorcę pozostaje pod zwierzchnim kierownictwem jednostki macierzystej. Warto dodać, że taki pogląd na temat kierownictwa oddziału reprezentowany jest przez przedstawicieli doktryny¹⁸.

Cechą, którą rozważyć należy w ramach charakterystyki elementów istotnych pojęcia oddziału, jest prowadzenie odrębnych ksiąg rachunkowych. Definicja ustawowa oddziału zawarta w Prawie działalności gospodarczej nie wspomina o prowadzeniu odrębnej rachunkowości. Tej cesze oddziału nie poświęcają też wiele uwagi przedstawiciele doktryny. Jak stwierdzają J. Jacyszyn oraz J. Rudowicz, oddział może prowadzić odrębną rachunkowość¹⁹. Taką możliwość przewiduje także M. Zdyb²⁰. W obliczu tych poglądów nasuwa się wniosek, iż oddział nie musi prowadzić odrębnej od zakładu głównego rachunkowości. Wniosek taki nie odnosi się jednak do oddziałów przedsiębiorców zagranicznych, o czym będzie mowa dalej.

Ostatnią cechą, której istnienie należy rozważyć, charakteryzując oddział stanowi wyodrębnienie majątkowe. Definicja legalna oddziału sformułowana w Prawie działalności gospodarczej nie wymienia wyraźnie elementu wyposażenia w odrębny majątek. Jednakże oddział stanowi, zgodnie z ustawą wyodrębnioną organizacyjnie, część działalności gospodarczej. Wydaje się, iż owo generalne sformułowanie może obejmować również wyodrębnienie majątkowe. Aby rozstrzygnąć, czy zatem jest to element definicji oddziału w rozumieniu prawa polskiego, warto odwołać się do poglądów przedstawicieli doktryny. M. Zdyb stwierdza, iż z wydzieleniem organizacyjnym wiąże się oddanie do dyspozycji środków gospodarczych i odpowiadających tym środkiem funduszy²¹. J. Jacyszyn oraz J. Rudowicz podkreślają

¹⁶ T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatkó, *Kodeks handlowy...*, op. cit., s. 51; por. też J. Szwaja w: S. Sołysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy...*, op. cit., s. 336.

¹⁷ J. Jacyszyn, J. Rudowicz, *Oddział spółki. Tworzenie i funkcjonowanie*, Zakamycze 1999, s. 25 i n.

¹⁸ J. Jacyszyn, J. Rudowicz, *Oddział spółki...*, op. cit., s. 26 i n.

¹⁹ J. Jacyszyn, J. Rudowicz, *Oddział spółki...*, op. cit., s. 27.

²⁰ M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 67 i n.

²¹ M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 67 i n.

natomiast, iż oddział z reguły wyposażony jest w wyodrębniony majątek, który nie stanowi jego własności²². Niemożliwe jest wywnioskowanie z tych wypowiedzi czy wyodrębnienie majątkowe stanowi element ustawowej definicji oddziału. Z powodu tych wątpliwości należałoby więc raczej uznać, iż wyposażenie majątkowe jest cechą charakterystyczną, ale nie warunkuje istnienia oddziału w rozumieniu prawa polskiego.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, iż charakterystycznym dla oddziału jest fakt, iż łączy on w sobie elementy samodzielności z zasadniczą zależnością od ośrodka głównego. Z jednej strony jest to bowiem ośrodek przestrzennie wyodrębniony od zakładu głównego, posiadający własną organizację i kierownictwo, z reguły wyposażony w wyodrębniony majątek, prowadzący odrębną rachunkowość, z drugiej strony zaś mogący dokonywać tylko takich czynności, które należą do przedmiotu działalności jednostki macierzystej, znajdujący się pod zwierzchnim kierownictwem ośrodka głównego, a przede wszystkim nie posiadający odrębnej od przedsiębiorcy podmiotowości prawnej w sferze prawa cywilnego.

2. SWOBODA TWORZENIA ODDZIAŁÓW PRZEZ PRZEDSIĘBIORCÓW ZAGRANICZNYCH WEDŁUG PDG

Możliwość utworzenia przez przedsiębiorcę zagranicznego oddziału dla wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Polski (pod warunkiem wzajemności, o ile ratyfikowane przez Polskę umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej) przewidziana jest wyraźnie przez art. 35 Prawa działalności gospodarczej. Przepis ten statuuje swobodę tworzenia oddziałów przez przedsiębiorców zagranicznych w Polsce²³, określając jednocześnie warunki, które muszą być spełnione, aby przedsiębiorca zagraniczny mógł z tej swobody skorzystać. Należy w tym miejscu podkreślić, iż polski porządek prawny nie uzależnia już utworzenia oddziału przez przedsiębiorców zagranicznych od uzyskania zezwolenia organu administracji państwowej, co stanowiło do 1.01.2000 r. podstawowe ograniczenie w zakresie swobody tworzenia oddziałów przez przedsiębiorców zagranicznych²⁴.

²² J. Jacyszyn, J. Rudowicz, *Oddział spółki...*, op. cit., s. 26.

²³ Dla określenia tej możliwości słusznym wydaje się użycie pojęcia „swoboda tworzenia oddziałów przedsiębiorców zagranicznych w Polsce”, nie zaś „prawo tworzenia oddziałów przedsiębiorców zagranicznych w Polsce”. Pojęcie „swobody” utożsamiane jest przez znaczną część doktryny z pojęciem „wolności gospodarczej” (por. M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 89; M. Waligórski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Poznań 2001, s. 41); pojęcie „wolności” należy natomiast oddzielić od pojęcia „prawa”, gdyż jak podkreśla M. Zdyb „Prawo osoby towarzyszy z reguły normatywnie określony obowiązek innych podmiotów stosunku prawnego. [...] Gdy chodzi o wolność, sytuacja przedstawia się zupełnie inaczej, ponieważ jej istnienia nie obciąża obowiązek świadczenia po stronie innych podmiotów. Powinny one jedynie zachować się pasywnie, a więc nie czynić niczego, co mogłoby utrudniać korzystanie z niej.” (M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 84). Ponadto za określeniem „swoboda tworzenia oddziałów” przemawia fakt, iż przepisy ją określające stanowią wypełnienie zobowiązań Polski w zakresie harmonizacji prawa krajowego ze swobodą zakładania przedsiębiorstw (nie zaś prawem zakładania przedsiębiorstw), która jest jedną z podstawowych swobód konstytuujących europejski Wspólny Rynek.

²⁴ Przed wejściem w życie rozdziału 5 ustawy Prawo działalności gospodarczej, problematyka podejmowania i wykonywania bezpośredniej działalności gospodarczej przez podmioty prawa obcego uregulowana była w trzech rozporządzeniach: rozporządzeniu Rady Ministrów z 20.12.1928 r. w sprawie warunków dopuszczenia zagranicznych spółek akcyjnych i komandytowo-akcyjnych do działalności na obszarze Rzeczypospolitej (Dz. U. Nr 103, poz. 919 ze zm.), rozporządzeniu Rady Ministrów z 28.03.1934 r. o warunkach dopuszczenia zagrani-

Swoboda tworzenia oddziałów przez przedsiębiorców zagranicznych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wypływa z zawartej w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²⁵ (art. 20, 22, 32) i skonkretyzowanej w art. 5 ustawy Prawo działalności gospodarczej zasady wolności gospodarczej²⁶. Zgodnie z zasadą wolności gospodarczej podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest na równych prawach wolne dla każdego, a zatem nie tylko dla obywateli polskich, lecz również dla osób i przedsiębiorców zagranicznych²⁷. Jak wynika z art. 35 i n. Prawa działalności gospodarczej, swoboda tworzenia oddziałów przedsiębiorców zagranicznych poddana została pewnym ograniczeniom podmiotowym i przedmiotowym, a korzystanie z niej uzależnione zostało od spełnienia zasady wzajemności.

2.1. Zakres podmiotowy swobody tworzenia oddziałów

Podmiotami, które zgodnie z art. 35 Prawa działalności gospodarczej mogą dla wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej utworzyć oddział są przedsiębiorcy zagraniczni. Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 4 pkt 4 PdG określa się w ten sposób osoby zagraniczne wykonujące działalność gospodarczą za granicą. Z kolei za osoby zagraniczne uważa się osoby fizyczne mające stałe miejsce zamieszkania za granicą (art. 4 pkt 3a PdG), osoby prawne z siedzibą za granicą (art. 4 pkt 3b PdG) oraz nie mające osobowości prawnej spółki wyżej wymienionych osób z siedzibą za granicą (art. 4 pkt 3c PdG). Tak więc analizowana ustawa ustanowiła znacznie szerszy krąg podmiotów mogących w Polsce utworzyć oddział, aniżeli było zobowiązane Układem Europejskim.

Badając bliżej pojęcie „przedsiębiorcy zagranicznego”, warto dodać, iż polski ustawodawca odszedł od stosowanego od lat w prawie inwestycji zagranicznych pojęcia „podmiotu zagranicznego”²⁸.

cznych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością do działalności na obszarze Rzeczypospolitej (Dz. U. Nr 31, poz. 281 ze zm.) oraz rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 6.02.1976 r. w sprawie warunków, trybu i organów właściwych do wydawania zagranicznym osobom prawnym i fizycznym uprawnień do tworzenia przedstawicielstw na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz. U. Nr 11, poz. 63 ze zm.), przy czym dodać należy, iż określone uwarunkowania systemowe sprawiły jednak, iż przepisy przedwojennych aktów prawnych miały po 1945 r. marginalne znaczenie w praktyce. Wszystkie wymienione akty prawne przewidywały podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej przez podmioty prawa obcego w formie przedstawicielstw, zaznaczyć jednak należy, iż oddział stanowił formę organizacyjno-prawną przedstawicielstwa w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z 6.02.1976 r. Przepisy wszystkich rozporządzeń uzależniały utworzenie przedstawicielstwa podmiotu prawa obcego od uzyskania zezwolenia udzielanego przez właściwy naczelny organ administracji państwowej, co stanowiło zasadnicze ograniczenie swobody podejmowania i wykonywania bezpośredniej działalności gospodarczej przez podmioty prawa obcego w Polsce.

²⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r. Dz. U. Nr 78, poz. 483.

²⁶ Por. J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzezszcz, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 32 i n.

²⁷ W. Kubala, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 65; J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzezszcz, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 32 i n.

²⁸ M. Mataczyński, *Formy bezpośredniej działalności przedsiębiorców zagranicznych...*, op. cit., s. 120 i n.; Pojęcie podmiotu zagranicznego definiował art. 3 ustawy z dnia 14.06.1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz. U. 1997, Nr 26, poz. 143 ze zm.): podmiotami zagranicznymi były osoby fizyczne mające miejsce zamieszkania za granicą, osoby prawne z siedzibą za granicą, nie posiadające osobowości prawnej spółki osób wyżej wymienionych utworzone zgodnie z ustawodawstwem państw obcych.

2.2. Zakres przedmiotowy swobody tworzenia oddziałów

Przedsiębiorca zagraniczny może na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej utworzyć oddział dla wykonywania działalności gospodarczej, jednakże, jak zostało wspomniane przy okazji badań przedmiotu i zakresu działalności oddziału w rozumieniu definicji legalnej zawartej w art. 4 pkt 6 Pdg, przedmiotem działalności oddziału przedsiębiorcy zagranicznego może być wyłącznie działalność przedsiębiorcy zagranicznego prowadzona w państwie jego siedziby (miejsca zamieszkania), (art. 36 Pdg). Wydaje się, iż chodzi tu o przedmiot działalności, który jest podstawą ujawnienia w rejestrze handlowym (firmowym etc.) oraz innego rodzaju ewidencji, prowadzonej dla przedsiębiorców w kraju przynależności przedsiębiorcy zagranicznego²⁹.

Działalność gospodarczą definiuje art. 2 ust. 1 Pdg jako „zarobkową działalność wytwórczą, handlową, budowlaną, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie, eksploatację zasobów naturalnych, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły”. Dziedziny (rodzaje) działalności zarobkowej zaliczane zgodnie z definicją ustawową do dziedzin działalności gospodarczej stanowią jedynie ogólne wyznaczniki tego pojęcia. Za działalność gospodarczą będzie można uznać niemal wszystkie czynności o charakterze zarobkowym, jeśli posiadać one będą pozostałe cechy działalności gospodarczej, które wymienia definicja³⁰.

Z definicji legalnej wynika, iż cechami działalności gospodarczej są: zarobkowy charakter tej działalności oraz wykonywanie tej działalności w sposób zorganizowany i ciągły³¹. O ile pierwszy z elementów – „zarobkowy charakter działalności”, który występował już w nieco odmiennym, budzącym zastrzeżenia kontekście³², w definicji ustawowej działalności gospodarczej zawartej w ustawie z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej³³, nie budzi wątpliwości, o tyle trudności interpretacyjne rodzić może włączenie do definicji pojęcia działalności gospodarczej wymogów prowadzenia jej w sposób zorganizowany i ciągły³⁴. Biorąc pod uwagę definicję oddziału, zgodnie z którą jego cechą jest samodzielność organizacyjna, rozwiązać można wątpliwości odnośnie prowadzenia przez oddział na terenie Polski działalności w sposób zorganizowany. Problematyczne może jednakże być określenie, czy czynności wykonywane przez oddział na obszarze Polski mają charakter ciągły. Przez działanie ciągłe należy rozumieć powtarzanie, ponawianie, określonych czynności, zarówno takich samych, jak i rodzajowo podobnych, a nawet różnych, ale przedsięwziętych w procesie wytwarza-

²⁹ J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeńcz, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 163; por. także M. Wałigórski, *Nowe prawo...*, op. cit., s. 120 i n.

³⁰ M. Baron, E. Duda, *Oddziały i przedstawicielstwa osób zagranicznych w Polsce – zasady ich działania* (1), „Przegląd Podatkowy” 2001, nr 1, s. 15. Pogląd ten znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyrok z 18.06.1991 r., sygn. akt IIICZP 40/91 – OSNCP z 1992 r., zeszyt 2, poz. 17).

³¹ Por. J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeńcz, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 15.

³² Por. J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeńcz, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 15 i n.; W. Kubała, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 44 i n.

³³ Dz. U. Nr 41, poz. 324 ze zm.

³⁴ Por. J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeńcz, *Prawo działalności gospodarczej...* op. cit., s. 17; C. Kosikowski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, PUG 1999, nr 2, s. 3.

nia, świadczenia usług itp.³⁵ Oznacza to, iż nie można za działanie ciągle, a zatem za działalność gospodarczą, uznać wykonywania pojedynczego kontraktu. Tym samym przedsiębiorca zagraniczny nie mógłby w takim celu utworzyć w Polsce oddziału. Wydaje się, że słusznie stwierdzają M. Baron i E. Duda, iż ocena, czy dane czynności przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce mogą zostać uznane za wykonywanie działalności gospodarczej, musi być racjonalna. Autorki te uznają, iż przedsiębiorca zagraniczny, który przez długi czas wykonuje prace w Polsce, wykonując jeden kontrakt (czy to na podstawie długoterminowej umowy, czy przedłużając kontrakt podpisany na początkowo na kilka miesięcy) wykonuje działalność o charakterze stałym, a zatem działalność gospodarczą³⁶. Oznacza to, iż w takim przypadku będzie on mógł utworzyć oddział na terytorium Polski.

2.3. Zasada wzajemności

Zgodnie z art. 35 Prawa działalności gospodarczej oddziały mogą być tworzone przez przedsiębiorcę zagranicznego pod warunkiem wzajemności, o ile umowy międzynarodowe ratyfikowane przez Polskę nie stanowią inaczej.

Zasada wzajemności oznacza, iż podmioty gospodarcze danego państwa mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą w Polsce na takich samych zasadach jak polscy obywatele czy przedsiębiorcy w tym państwie³⁷.

Zgodnie z art. 39 ust. 3 w zw. z art. 86 Prawa działalności gospodarczej na zagranicznym przedsiębiorcy spoczywa obowiązek przedłożenia sądowi rejestrowemu zaświadczenia właściwego polskiego przedstawicielstwa za granicą stwierdzającego, że w myśl zasady wzajemności polscy przedsiębiorcy są dopuszczeni do działalności w państwie, w którym ma siedzibę przedsiębiorca zagraniczny na takich samych zasadach jak przedsiębiorcy tego państwa³⁸. Przyjmuje się, iż przedstawicielstwami uprawnionymi do wydawania zaświadczeń są urzędy konsularne Rzeczypospolitej Polskiej. Wyjątkiem od wymogu przedłożenia zaświadczenia jest sytuacja, gdy między Polską a danym państwem obowiązuje umowa zawierająca zasadę wzajemności.

3. REJESTRACJA ODDZIAŁÓW PRZEDSIĘBIORCÓW ZAGRANICZNYCH W KRS

Zgodnie z postanowieniem art. 38 Prawa działalności gospodarczej przed podjęciem działalności gospodarczej przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej musi uzyskać wpis do rejestru przedsiębiorców. Oznacza to, iż na przedsiębiorcy zagranicznym

³⁵ W. Kubala, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 46.

³⁶ M. Baron, E. Duda, *Oddziały i przedstawicielstwa...*, op. cit., s. 15 i n.

³⁷ Por. K. Stoga, R. Potrzebszcz, *Działalność gospodarcza przedsiębiorców i osób zagranicznych*, Warszawa 2001, s. 20.

³⁸ Wydaje się, iż zgodnie z brzmieniem art. 86 Pdg zaświadczenie to stwierdzać ma nie zdefiniowaną wyżej zasadę wzajemności, ale zasadę narodowego traktowania.

tworzącym oddział spoczywają takie same obowiązki w zakresie rejestracji, jak na przedsiębiorcy polskim³⁹. Ponadto jednak przedsiębiorca zagraniczny zamierzający utworzyć oddział spełnić musi dodatkowe wymogi, które określone zostały w art. 39 ustawy Prawo działalności gospodarczej.

Rejestrem, w którym dokonywane mają być wpisy jest, zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 4 pkt 5 Pdg, rejestr przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym, utworzonym na podstawie ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym⁴⁰ (dalej: ustawa o KRS). Ustawa ta określa zgodnie z art. 36 pkt. 14 zasady rejestracji oddziałów przedsiębiorców zagranicznych działających w Polsce. Warto wspomnieć, iż od 1.01.2000 r., kiedy wszedł w życie rozdział 5 ustawy Prawo działalności gospodarczej, do 1.01.2001 r., kiedy obowiązywać zaczęła ustawa o KRS, oddziały tworzone przez przedsiębiorców zagranicznych podlegały wpisowi do rejestru handlowego w dziale C (art. 90 Pdg)⁴¹.

Z uwagi na ramy niniejszego artykułu w dalszych badaniach nie zostanie szczegółowo zanalizowana regulacja dotycząca ujawniania danych i dokumentów oddziału przedsiębiorcy zagranicznego w rejestrze przedsiębiorców. Warto w tym miejscu jedynie wspomnieć, iż w rejestrze przedsiębiorców ujawniane są dane o szczególnym znaczeniu z punktu widzenia identyfikacji oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, jak i samego przedsiębiorcy zagranicznego⁴². Dane te, bardzo zresztą liczne, umieszczane są pod numerem przeznaczonym dla oddziału przedsiębiorcy zagranicznego w sześciu działach rejestru (art. 37 ustawy o KRS).

Zagadnieniem godnym szczególnej uwagi wydaje się być jednak unormowanie ustawy o KRS uznające oddział za adresata obowiązku rejestrowego. Zgodnie z art. 36 pkt 14 ustawa o KRS traktuje jako osobną kategorię podmiotów podlegających wpisowi do rejestru przedsiębiorców oddziały, nie zaś prowadzących je przedsiębiorców zagranicznych. Stanowi to jednak pewne uproszczenie, gdyż podmiotem podlegającym wpisowi jest przedsiębiorca zagraniczny, chociaż wpis odnosi się jedynie do wykonywanej przez niego działalności gospodarczej w formie oddziału⁴³. Oznacza to, iż w przypadku, gdy przedsiębiorca zagraniczny tworzy kilka oddziałów na obszarze Polski, wszystkie one, niezależnie od siebie, będą podlegały odrębnemu wpisowi do rejestru przedsiębiorców⁴⁴. Stanowi to odstępstwo od przyjętej w ustawie o KRS koncepcji rejestru podmiotowego (czyli nie pozostającego w żadnym związku z prowadzonym przedsiębiorstwem)⁴⁵. W związku z tym nasuwa się wniosek, iż ustawa o KRS nie jest dostosowana do szczególnego charakteru oddziałów. Powodem tego jest zapewne fakt, iż została ona

³⁹ Por. art. 7 ustawy Prawo działalności gospodarczej, a także C. Kosikowski, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 109.

⁴⁰ Dz. U. Nr 121, poz. 769 ze zm. (tekst jednolity Dz. U. 2001, Nr 17, poz. 209).

⁴¹ Chodziło tu o rejestr prowadzony przez sądy na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 1.07.1934 r. o rejestrze handlowym (Dz. U. Nr 59, poz. 511 ze zm.).

⁴² M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 591.

⁴³ J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeszcz, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 171.

⁴⁴ K. Stoga, R. Potrzeszcz, *Działalność gospodarcza przedsiębiorców i osób zagranicznych*, Warszawa 2001, s. 73; J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeszcz, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 171.

⁴⁵ J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeszcz, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 171.

uchwalona ponad dwa lata wcześniej niż Prawo działalności gospodarczej. Choć Prawo działalności gospodarczej i ustawa nowelizująca m.in. ustawę o KRS⁴⁶ wprowadziło pewne zmiany do ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, mające na celu harmonizację jej przepisów z rozdziałem 5 Pdg, nadal konieczne jest „odpowiednie” stosowanie przepisów ustawy o KRS w zakresie wpisów oddziałów przedsiębiorców zagranicznych do rejestru przedsiębiorców. Słusznym wydaje się zatem postulat przedstawicieli doktryny, aby wprowadzić do ustawy o KRS zmiany dostosowujące jej przepisy do specyfiki oddziałów przedsiębiorców zagranicznych⁴⁷.

4. OBOWIĄZKI SZCZEGÓLNE ODDZIAŁU PRZEDSIĘBIORCY ZAGRANICZNEGO UTWORZONEGO W POLSCE

Regulując sytuację prawną oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, ustawodawca polski przewidział w ustawie Prawo działalności gospodarczej pewne szczególne obowiązki, które tworząc oddział, następnie zaś wykonując w jego ramach działalność gospodarczą, wypełniać musi zagraniczny przedsiębiorca. I tak w myśl art. 37 Prawa działalności gospodarczej przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział jest obowiązany do ustanowienia osoby upoważnionej w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego.

Ponadto zgodnie z art. 40 pkt 1 ustawy Prawo działalności gospodarczej oddział jest obowiązany używać nazwy przedsiębiorcy zagranicznego w języku państwa jego siedziby wraz z przetłumaczoną na język polski nazwą formy prawnej przedsiębiorcy oraz dodaniem wyrazów „oddział w Polsce”.

Oddział nie posiada własnej, niezależnej od zakładu głównego nazwy, lecz w myśl art. 40 pkt 1 Pdg zobowiązany jest do używania nazwy zagranicznego przedsiębiorcy. Wynika to z faktu, iż jak podkreślone zostało już kilkakrotnie, oddział nie posiada podmiotowości prawnej, lecz stanowi wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej wykonywanej przez przedsiębiorcę zagranicznego. Na brak samodzielności prawnej oddziału wskazywać mają ponadto dodane do nazwy przedsiębiorcy zagranicznego wyrazy „oddział w Polsce”.

Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 40 pkt 1 Pdg sama nazwa zagranicznego przedsiębiorcy sformułowana ma być w języku państwa jego siedziby. W języku polskim natomiast użyta musi być nazwa formy prawnej przedsiębiorcy zagranicznego oraz cytowane sformułowanie „oddział w Polsce”. Obowiązek taki wynika z uchwalonej 7.10.1999 r. ustawy o języku polskim⁴⁸, której art. 7 ust. 3 stanowi, iż posługiwanie się w obrocie prawnym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyłącznie obcojęzycznymi określeniami, z wyjątkiem nazw własnych, jest zakazane.

⁴⁶ Ustawa z dnia 30.11.2000 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, Prawa upadłościowego, ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, ustawy o wydawaniu Monitora Sądowego i Gospodarczego oraz ustawy Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 114, poz. 1193).

⁴⁷ Por. J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzyszcz, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 171; M. Mataczyński, *Formy bezpośredniej działalności przedsiębiorców zagranicznych...*, op. cit., s. 126.

⁴⁸ Ustawa z dnia 7.10.1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 ze zm.).

Warto w tym miejscu dodać, iż obowiązek tłumaczenia na język polski nazwy formy prawnej przedsiębiorcy zagranicznego oceniany jest pozytywnie przez przedstawicieli polskiej nauki prawa⁴⁹. Podkreślają oni, iż status prawny zagranicznego przedsiębiorcy ma istotne znaczenie z punktu widzenia stosunków prawnych, w które on wchodzi, odpowiedzialności prawnej, czy zasad likwidacji, jego zrozumiałe określenie służy zatem pewności obrotu prawnego. Należy dodać, iż tłumaczenie nazwy formy prawnej przedsiębiorcy zagranicznego powinno być dosłowne, chociaż wydaje się, iż w przypadku, gdy chodzi o formy prawne mające swoje odpowiedniki w prawie polskim, możliwe jest posłużenie się oznaczeniem formy prawnej polskiego odpowiednika⁵⁰.

Na oddziały przedsiębiorców zagranicznych nałożony został także ustawowy obowiązek prowadzenia oddzielnej od przedsiębiorcy zagranicznego rachunkowości (por. art. 40 pkt 2 Pdg). Oznacza to, iż oddział jest dla celów rachunkowych odrębną jednostką i jego księgi muszą być w sposób jasny wydzielone z rachunkowości zakładu głównego⁵¹. Rachunkowość oddziału przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce prowadzona być musi w języku polskim zgodnie z przepisami o rachunkowości (por. art. 40 pkt 2 Pdg). Przepisy te zawiera ustawa z dnia 29.09.1994 r. o rachunkowości⁵².

5. OGRANICZENIA WOLNOŚCI WYKONYWANIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ W STOSUNKU DO ODDZIAŁÓW PRZEDSIĘBIORCÓW ZAGRANICZNYCH W POLSCE

Jak wykazały rozważania na temat utworzenia oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, w obecnym stanie prawnym polski porządek prawny gwarantuje zagranicznym przedsiębiorcom swobodę podejmowania działalności gospodarczej w postaci oddziału. O ile jednak samo utworzenie oddziału odbywa się bez ingerencji ze strony organów administracji państwowej, o tyle już wykonywanie działalności w postaci oddziału poddane jest nadzorowi państwa. Chodzi tutaj nie tylko o tzw. nadzór o charakterze przedmiotowym (czyli nadzór nad określonymi przejawami działalności gospodarczej, np.: handlowy, budowlany, w zakresie ochrony środowiska, realizowany przez wyspecjalizowane organy administracji, których zadaniem jest kontrola przestrzegania danej grupy przepisów i w następstwie wydawanie nakazów i zakazów)⁵³, który sprawowany jest zarówno nad podmiotami krajowymi, jak i zagranicznymi, ale również nadzór o charakterze podmiotowym, czyli ustanowiony ze względu na podmioty zagraniczne⁵⁴.

⁴⁹ Por. M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 598; M. Mataczyński, *Formy bezpośredniej działalności przedsiębiorców...*, op. cit., s. 127.

⁵⁰ Por. J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeszcz, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 174 i n. Jednocześnie należy dodać, iż R. Potrzeszcz zwraca uwagę na fakt, iż wspólny rodowód zwłaszcza kontynentalnych spółek handlowych oraz podobieństwo ich konstrukcji może być czasem mylące (np. w zakresie osobowości prawnej spółki komandytowo-akcyjnej w prawie polskim i niemieckim), K. Stoga, R. Potrzeszcz, *Działalność gospodarcza...*, op. cit., s. 78.

⁵¹ Por. M. Baron, E. Duda, *Oddziały i przedstawicielstwa osób zagranicznych w Polsce – problemy podatkowe i rachunkowe*, „Przegląd Podatkowy” 2001, nr 2, s. 22.

⁵² Ustawa z dnia 29.09.1984 r. o rachunkowości (Dz. U. Nr 121, poz. 591 ze zm.).

⁵³ B. Popowska, *Podmioty zagraniczne...*, op. cit., s. 45.

⁵⁴ B. Popowska, *Podmioty zagraniczne...*, op. cit., s. 45.

Ustawa Prawo działalności gospodarczej przewiduje w art. 41 szczególny środek nadzoru nad oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego, który służyć ma ochronie ważnych interesów publicznych oraz zapewnieniu bezpieczeństwa obrotu gospodarczego⁵⁵. Jest nim decyzja o zakazie wykonywania działalności gospodarczej przez oddział. Jak podkreślają przedstawiciele nauki prawa, wprowadzenie owego środka do rozdziału 5 ustawy Prawo działalności gospodarczej wiąże się z wyłączeniem tworzenia oddziałów spod reglamentacji administracyjnoprawnej⁵⁶, jaką przewidywała (wprawdzie w ograniczonym zakresie) obowiązująca przed wejściem w życie Pdg ustawa o spółkach z udziałem zagranicznym. W pewnym sensie nadzór w kształcie nadanym przez Prawo działalności gospodarczej „zastępuje” nadzór polegający na możliwości cofnięcia zezwolenia w ustawie o spółkach z udziałem zagranicznym⁵⁷. Decyzja o zakazie wykonywania działalności gospodarczej przez oddział wydawana jest przez ministra właściwego do spraw gospodarki, po zasięgnięciu opinii ministra właściwego ze względu na przedmiot działalności przedsiębiorcy zagranicznego. Z uwagi na to, iż jej wydanie stanowi wyjątek od ustrojowej zasady wolności działalności gospodarczej, może ono nastąpić jedynie w ściśle określonych w ustawie przypadkach.

I tak, zakaz wykonywania działalności gospodarczej przez oddział jest wydawany, gdy oddział rażąco narusza prawo polskie (art. 41 ust. 1 pkt 1 alt. 1 Pdg). Przesłanka ta została określona przez polskiego ustawodawcę w sposób nieostry. Jest to wielce niekorzystne z punktu widzenia zagranicznego przedsiębiorcy wykonującego działalność gospodarczą w oddziale na terytorium Polski.

Próby interpretacji analizowanej przesłanki podejmują przedstawiciele doktryny, którzy przyjmują, iż pojęcie „prawo polskie” oznacza przepisy powszechnie obowiązującego prawa polskiego, które z reguły mają znaczenie dla praw i obowiązków przedsiębiorcy⁵⁸. Ponadto stwierdzają oni, iż ustawodawca tak sformułował przepis prawny, iż nie wystarczy jednorazowe naruszenie prawa, aby organ właściwy mógł skorzystać z analizowanego środka nadzoru, konieczne jest raczej co najmniej dwu- trzykrotne złamanie prawa (wskazuje na to wyraz „narusza”). Ponadto naruszenie to musi być „rażące”, co tym bardziej świadczy o tym, że ustawodawca traktuje wydanie zakazu wykonywania działalności gospodarczej jako środek ostateczny⁵⁹.

W myśl art. 41 ust. 1 pkt 1 alt. 2 Pdg podstawą wydania decyzji o zakazie wykonywania działalności gospodarczej przez oddział jest ponadto niewykonanie obowiązku zgłaszania wszelkich zmian stanu faktycznego i prawnego w zakresie okoliczności dotyczących otwarcia likwidacji przed-

⁵⁵ Por. W. Kubala, *Oddziały i przedstawicielstwa w ujęciu ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, „Prawo spółek” 2001, nr 2, s. 35; M. Mataczyński, *Formy bezpośredniej działalności przedsiębiorców zagranicznych...*, op. cit., s. 128.

⁵⁶ B. Popowska, *Opinia nt. projektu ustawy Prawo działalności gospodarczej*, maszynopis, s. 30.

⁵⁷ B. Popowska, *Opinia...*, op. cit., s. 18.

⁵⁸ Por.: W. Kubala, *Oddziały i przedstawicielstwa...*, op. cit., s. 35; M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 603.

⁵⁹ Por. W. Kubala, *Oddziały i przedstawicielstwa...*, op. cit., s. 35.

siębiorky zagranicznego, utraty przez niego prawa do wykonywania działalności gospodarczej albo rozporządzania swoim majątkiem. Wydaje się, iż nie do końca jest jasny sens tej przesłanki wydania decyzji o zakazie. Zauważyć bowiem należy, iż podstawą wydania decyzji jest w myśl art. 41 ust. 1 pkt 2 Pdg już samo zaistnienie wyżej wymienionych okoliczności. Oznacza to, iż niezależnie od tego czy obowiązek zawiadomienia o nich ministra zostanie spełniony, czy też nie, będzie to miało taki sam skutek prawny – wydanie decyzji o zakazie wykonywania działalności gospodarczej przez oddział⁶⁰.

Zakaz wykonywania działalności gospodarczej przez oddział jest wydawany ponadto, gdy działalność przedsiębiorcy zagranicznego zagraża bezpieczeństwu i obronności państwa, ochronie tajemnicy państwowej lub innemu ważnemu interesowi publicznemu (art. 41 ust. 1 pkt 3 Pdg).

Przesłankę tę ustawodawca również sformułował, posługując się pojęciami o dużym stopniu niedookreśloności, i w konsekwencji zapewnił ministrowi właściwemu do spraw gospodarki luz interpretacyjny w zakresie wydawania wobec zagranicznego przedsiębiorcy zakazu wykonywania działalności gospodarczej na tej podstawie. Wydaje się, iż sytuacja taka jest bardzo niekorzystna z punktu widzenia zagranicznych inwestorów wykonujących działalność gospodarczą w formie oddziału.

W myśl art. 41 ust. 2 ustawy Prawo działalności gospodarczej, w przypadku wydania decyzji o zakazie wykonywania działalności gospodarczej przez oddział, przedsiębiorca zagraniczny ma obowiązek przeprowadzić likwidację oddziału. Organ wydający decyzję o zakazie oznacza w niej termin, w jakim ma nastąpić likwidacja.

6. LIKWIDACJA ODDZIAŁU PRZEDSIĘBIORCY ZAGRANICZNEGO WEDŁUG PDG

Likwidacja oddziału, która następuje w wyniku wydania decyzji o zakazie wykonywania działalności gospodarczej przez oddział jest likwidacją przymusową. W innym przypadku, niż wskazany w art. 41 Pdg, likwidacja jest wewnętrzną sprawą przedsiębiorcy zagranicznego⁶¹ (tzw. likwidacja dobrowolna)⁶².

Ustawodawca określił w art. 42 ustawy Prawo działalności gospodarczej reguły, według których przeprowadzona powinna zostać likwidacja. Przepis ten stanowi, iż do likwidacji oddziału stosuje się odpowiednio przepisy o likwidacji spółek z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 274 - 290 KSH w zw. z art. 629 KSH). Wydaje się, iż mimo tego, że ustawodawca nie precyzuje, o jaki rodzaj likwidacji chodzi w przytoczonym postanowieniu (przymusową czy dobrowolną), należy przyjąć, iż art. 42 Pdg interpretować trzeba, biorąc pod uwagę art. 41 Pdg. Oznacza to, że likwidacja w rozumie-

⁶⁰ Por. C. Kosikowski, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 111 i n.

⁶¹ Por. M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej...*, op. cit., s. 609.

⁶² K. Stoga, R. Potrzyszcz, *Działalność gospodarcza...*, op. cit., s. 80.

niu art. 42 Pdg to likwidacja przymusowa nie zaś likwidacja w szerokim tego słowa znaczeniu. W konsekwencji należy stwierdzić, iż polski ustawodawca nie uregulował zasad likwidacji dobrowolnej. Wynika z tego zatem, że przedsiębiorca zagraniczny, do którego nie została skierowana decyzja o zakazie wykonywania działalności gospodarczej przez oddział (wg art. 41 Prawa działalności gospodarczej), może zwinąć prowadzone w ramach oddziału interesy w dowolny sposób. Podać tu można jako przykład faktyczną likwidację, czyli spieniężenie majątku i spłatę wierzycieli, a następnie odprowadzenie nadwyżki do zakładu głównego, a także inne sposoby, np.: przez wniesienie majątku składającego się na oddział do spółki, sprzedaż przedsiębiorstwa, albo też poprzez zaprzestanie działalności i uruchomienie na bazie dotychczasowego oddziału przedstawicielstwa w rozumieniu art. 43 Pdg (*sui generis* przekształcenie formy uczestniczenia w obrocie)⁶³.

7. REGULACJA PODEJMOWANIA I WYKONYWANIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ PRZEZ PRZEDSIĘBIORCÓW ZAGRANICZNYCH W FORMIE ODDZIAŁÓW W PRAWIE POLSKIM A UKŁAD EUROPEJSKI

W świetle powyższych rozważań, zanalizować należy, w jakim stopniu obowiązujący od 1.01.2000 r. rozdział 5 ustawy Prawo działalności gospodarczej realizuje zobowiązania Polski dotyczące podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w formie oddziałów zawarte w Układzie Europejskim.

Statuuąc w art. 35 Pdg swobodę tworzenia oddziałów przez przedsiębiorców zagranicznych, polski ustawodawca zapewnił im (zatem również przedsiębiorstwom Wspólnoty) traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie własnych przedsiębiorstw w odniesieniu do podejmowania działalności gospodarczej w drodze zakładania i kierowania oddziałem. Należy jednak zauważyć, iż o ile podejmowanie działalności gospodarczej przez przedsiębiorców zagranicznych w formie oddziałów zgodne jest z zasadą narodowego traktowania, o tyle wątpliwości istnieją co do jej realizacji w zakresie wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorców zagranicznych w formie oddziałów. Wydaje się bowiem, iż art. 41 Pdg przewidujący szczególny środek nadzoru nad oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego, jakim jest zakaz wykonywania działalności gospodarczej przez oddział, sprawia, iż sytuacja prawna przedsiębiorców zagranicznych jest mniej korzystna, niż sytuacja polskich przedsiębiorców wykonujących działalność gospodarczą w formie oddziału. W miejscu tym rozważyć należy, czy ów wyjątek od zasady narodowego traktowania nie jest zgodny z dyspozycją art. 47 Układu Europejskiego, zezwalającego na wprowadzenie przepisów stawiających większe wymagania wobec oddziałów zagranicznych przedsiębiorstw zarejestrowanych na terytorium Wspólnot w porównaniu z oddziałami

⁶³ K. Stoga, R. Potrzyszcz, *Działalność gospodarcza...*, op. cit., s. 80.

mi przedsiębiorców krajowych, jeżeli uzasadnione jest to różnicami prawnymi i technicznymi.

Wydaje się, iż prawo do wydania owego zakazu może być uzasadnione wymienionymi w art. 47 Układu Europejskiego różnicami między oddziałami przedsiębiorców polskich i oddziałami przedsiębiorców zagranicznych. Te ostatnie, jako nie mające odrębnej podmiotowości prawnej, należą do (stanowią części składowe) przedsiębiorców zagranicznych, nad którymi Rzeczpospolita Polska nie ma takiej władzy (art. 37 Konstytucji RP), jaką ma nad podmiotami znajdującymi się na jej terytorium.

Konfrontując zanalizowane wyżej rozwiązania regulujące sytuację prawną przedsiębiorców zagranicznych tworzących oddziały na terytorium Polski z postanowieniami Układu Europejskiego, zwrócić należy ponadto uwagę na obowiązek dotyczący zbliżania polskiego ustawodawstwa do ustawodawstwa Wspólnoty. Z uwagi na szczątkowe unormowanie sytuacji prawnej oddziałów w prawie wspólnotowym, dotyczące wyłącznie obowiązku ogłaszania danych oddziałów spółek kapitałowych, zobowiązanie do zbliżenia przepisów znajduje swą realizację jedynie w regulacji obowiązku rejestrowego oddziałów przedsiębiorców zagranicznych tworzonych na terytorium Polski. Należy stwierdzić, iż w polskim porządku prawnym na wszystkich przedsiębiorcach zagranicznych, zamierzających utworzyć oddział, spoczywa obowiązek ogłaszania danych i dokumentów w takim zakresie, jaki prawo wspólnotowe przewiduje jedynie dla spółek kapitałowych.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, iż ustawodawca polski, regulując zagadnienie podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorców zagranicznych w formie oddziałów w rozdziale 5 ustawy Prawo działalności gospodarczej, dokonał znaczącej liberalizacji prawa krajowego w tym zakresie. Stwarzając zagranicznym przedsiębiorcom możliwość swobodnego tworzenia oddziałów na terytorium Polski, odpowiedział przede wszystkim na potrzeby rozwijającej się polskiej gospodarki rynkowej i wykorzystał korzyści płynące z jej otwarcia na świat.

Wydaje się także, iż regulacja zawarta w Prawie działalności gospodarczej wypełnia zobowiązania międzynarodowe, jakie Polska przyjęła w Układzie Europejskim. Natomiast rozwiązania prawne, które stawiać mogą zagranicznych przedsiębiorców, wykonujących działalność gospodarczą w formie oddziału, w mniej korzystnej sytuacji niż przedsiębiorców krajowych (chodzi o art. 41 Pdg), uzasadnić można różnicami w sytuacji prawnej obu podmiotów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Generalnie regulację zagadnienia podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorców zagranicznych w formie oddziałów ocenić należy pozytywnie.

LEGAL CHARACTERISTIC OF FOREIGN ENTREPRENEURS' BRANCHES

S u m m a r y

The Polish Business Activity Law Act came into force on 1 January 2001. In section 5 of the Act the Polish legislator regulated the issue of undertaking and performing business activities by foreign entrepreneurs in the form of branches in Poland.

The legislator allows a foreigner to undertake and conduct business activities in the form of branches in the Republic of Poland on condition of reciprocity insofar as the international agreements ratified by Poland do not stipulate otherwise. At the same time, an entrepreneur is obliged to obtain an entry in the National Register of Companies in order to undertake a business activity, just like a Polish entrepreneur. Moreover, an entrepreneur is obliged to designate an authorised person in the branch to represent a foreign entrepreneur, formulate the name of the branch and do the bookkeeping separately from the foreign entrepreneur.

The Polish legislator ensures freedom for foreign entrepreneurs to undertake business activities, however, the very performance of the business activity is subject to state supervision.

The Polish Business Activity Law Act provides for the special means of supervision in order to protect important public interest as well as ensure security of economic relations, i.e. decision concerning the prohibition to perform business activities by a branch.

Despite this legal solution, which may put foreign entrepreneurs at a disadvantage, the Polish legislator makes national law more liberal in chapter 5 of the Polish Business Activity Law Act as far as undertaking and performing business activities by foreign entrepreneurs in the form of a branch is concerned. The above liberalization complies with the obligations undertaken by Poland in the European Treaty.