

Gerard Bieniek

Podjęmowanie przez przedsiębiorców zagranicznych działalności gospodarczej w Polsce (wybrane zagadnienia)

1. Z dniem 1 stycznia 2001 r. zmienił się stan prawny regulujący zasady podejmowania działalności gospodarczej przez osobę zagraniczną względnie przedsiębiorcę zagranicznego w Polsce. W szczególności na podstawie art. 99 pkt 3 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej¹ utraciła moc ustawa z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym². Do dnia 31 grudnia 2000 r. zagadnienia dotyczące zasad działania zagranicznych podmiotów gospodarczych w Polsce regulowały bowiem przepisy wskazanej wyżej ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach (...), ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium PRL działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne³ rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 lutego 1976 r. w sprawie warunków, trybu i organów właściwych do wydawania zagranicznym osobom prawnym i fizycznym uprawnień do tworzenia przedstawicielstw na terytorium PRL dla wykonywania działalności gospodarczej⁴. Nadto wskazać należy na dwa przedwojenne rozporządzenia Rady Ministrów: z dnia 20 grudnia 1928 r. w sprawie warunków dopuszczenia zagranicznych spółek akcyjnych oraz komandytowo-akcyjnych do działalności na obszarze RP⁵ oraz z dnia 28 marca

¹ Dz.U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.

² Dz.U. z 1997 r. Nr 26, poz. 143 z późn. zm.

³ Dz.U. z 1989 r. Nr 27, poz. 148 z późn. zm.

⁴ Dz.U. Nr 11, poz. 16.

⁵ Dz.U. Nr 103, poz. 919 ze zm.

1934 r. o warunkach dopuszczenia zagranicznych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością do działalności na obszarze RP⁶.

2. Spośród tych aktów prawnych niewątpliwie podstawowe znaczenie miała ustawa z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym, która nie tylko zastąpiła wcześniejszą ustawę z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej z udziałem podmiotów zagranicznych⁷, lecz objęła zasięgiem swego działania spółki prowadzące działalność na podstawie ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o zasadach prowadzenia (...); ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (...), a także spółki, których udziały lub akcje zostały udostępnione podmiotom zagranicznym na podstawie ustawy z dnia 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych⁸.

Przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r., określając podmiotowy zakres jej stosowania, zdefiniowały przede wszystkim pojęcie „podmiot zagraniczny”. Za taki uznano (art. 3): a) osoby fizyczne mające miejsce zamieszkania za granicą; b) osoby prawne z siedzibą za granicą; c) nie posiadające osobowości prawnej spółki osób fizycznych lub prawnych, utworzone zgodnie z ustawodawstwem państw obcych. Tak rozumiane podmioty zagraniczne mogły – zgodnie z art. 1 ust. 2 cyt. ustawy – tworzyć dla prowadzenia przedsiębiorstw na terytorium RP wyłącznie spółki z o.o. lub spółki akcyjne z siedzibą w Polsce albo obejmować lub nabywać udziały lub akcje w spółkach prowadzących takie przedsiębiorstwa. Jednocześnie w art. 1 ust. 3 ustawy postanowiono, że do spółki z udziałem zagranicznym (...) stosuje się przepisy kodeksu handlowego, chyba że ustawa stanowi inaczej”.

Sformułowanie to nasuwało zasadniczą wątpliwość, którą można sformułować następująco: czy odesłanie zawarte w art. 1 ust. 3 ustawy z 1991 r. obejmuje swoim zakresem wyłącznie funkcjonowanie już istniejącej spółki, czy też etap jej utworzenia? Należy przy tym zauważyć, że przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. w istocie nie zawierały unormowań dotyczących zakładania spółek, poza nielicznymi wyjątkami np. art. 3 pkt 3 zezwalający

⁶ Dz.U. Nr 31, poz. 281 ze zm.

⁷ Dz.U. Nr 41, poz. 325 z późn. zm.

⁸ Dz.U. Nr 51, poz. 298 ze zm.

na utworzenie spółki przez zagraniczną ułomną osobę prawną; art. 10 (później skreślony) dotyczący wnoszenia wkładów przez podmiot zagraniczny.

Zagadnienie zakresu odesłania z art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. wystąpiło z całą ostrością w sprawie zakończonej postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1997 r. II CKN 133/97⁹. Istota zagadnienia prawnego w tej sprawie sprowadzała się do udzielenia odpowiedzi na pytanie: czy założycielem jednoosobowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w rozumieniu przepisów kodeksu handlowego może być podmiot zagraniczny działający w formie jednoosobowej spółki prawa obcego, typu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością? Pytanie to powstało w związku z treścią art. 158 § 3 k.h., w którym przyjęto, że jedynym współnikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie może być inna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, składająca się z jednego współnika.

Rozważając ten problem, Sąd Najwyższy wskazał, że punktem wyjścia musi być art. 9 § 2 prawa prywatnego międzynarodowego. Zgodnie z tym przepisem, zdolność osoby prawnej podlega prawu państwa, w którym osoba ta ma siedzibę. To sformułowanie oznacza, że ustawodawca polski opowiedział się za koncepcją prawa miejsca siedziby. Innymi słowy, oznacza to, że prawo miejsca siedziby osoby prawnej jest właściwe dla określenia tzw. statusu personalnego osoby prawnej. Lakoniczna treść art. 9 § 2 Prawa prywatnego międzynarodowego może sugerować, że obejmuje ona jedynie zdolność osoby prawnej, czyli jej kompetencje do posiadania praw i obowiązków, wszakże zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i w doktrynie panuje zgodny pogląd, że normę tę należy stosować – w drodze analogii – do wielu innych stosunków prawnych związanych z istnieniem osoby prawnej. Przykładowo można wskazać na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1936 r. C III 1167/35¹⁰, w którym stwierdzono, że status personalny osób prawnych, wynikający z art. 1 pkt 3 prawa prywatnego międzynarodowego z dnia 2 sierpnia 1926 r.¹¹ (obecnie art. 9 § 2 prawa prywatnego międzynarodowego), nie ogranicza się do unormo-

⁹ OSNC 1997, nr 10, poz. 154.

¹⁰ OSN 1937, nr 9, poz. 318.

¹¹ Dz.U. Nr 101, poz. 581.

wania kwestii, czy osoba prawna istnieje, lecz obejmuje wszystkie stosunki dotyczące jej ustroju i zarządu. Przyjmuje się, że do zakresu statusu personalnego spółki należy w szczególności: 1) zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych, 2) powstanie, ustanie, przekształcenie i łączenie osoby prawnej z innymi podmiotami, 3) kwalifikacje typu spółki w ramach danego porządku prawnego, 4) struktura organizacyjna spółki i kompetencje organów, 5) stosunki między wspólnikami a spółką, 6) obowiązki członków organów spółki i zasady ich odpowiedzialności wobec spółki lub wspólników, 7) zasady reprezentacji spółki, 8) zbywalność udziałów (akcji), 9) tryb podejmowania decyzji (uchwał) przez władze spółki, 10) postępowanie rejestrowe i skutki wpisu do rejestru, 11) likwidacja spółki, 12) ochrona kontrahentów spółki.

Wychodząc z tych założeń, Sąd Najwyższy uznał, że prawo właściwe dla statusu personalnego spółki określa m. in. przesłanki prawnomaterialne zawiązania spółki np. co do celu danej spółki, liczby osób potrzebnych do założenia spółki, dopuszczalności utworzenia spółki jednoosobowej, wysokości kapitału, wniesienia wkładów, wpisu do rejestru itp.

W konsekwencji tego Sąd Najwyższy przyjął, że jeśli właściwe prawo obce nie zawiera ograniczeń w zakresie tworzenia jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, to powstaje pytanie, czy „uprawnienie” do tworzenia takiej spółki przez jednoosobową spółkę prawa obcego, mającą cechy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, może być realizowane w Polsce? Negatywną odpowiedź na to pytanie zawarł Sąd Najwyższy w tezie omawianego postanowienia, stwierdzając, że „jedynym wspólnikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie może być jednoosobowa spółka prawa obcego, mająca cechy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w rozumieniu przepisów kodeksu handlowego”

Uzasadniając to stanowisko przytoczono następujące argumenty. Po pierwsze, wszystkie państwa gospodarki rynkowej zastrzegają sobie prawo kontroli inwestycji zagranicznych. Takie ograniczenie wprowadza m.in. ustawa z dnia 14 czerwca 1991 r. poprzez stwierdzenie, że podmioty zagraniczne mogą uczestniczyć w dochodach z prowadzenia przedsiębiorstwa w Polsce poprzez utworzenie spółki z o.o. lub spółki akcyjnej, a utworzenie tych spółek musi nastąpić na podstawie przepisów kodeksu handlowego. Po wtóre, zasada asymilacji, czyli równego traktowania obcych podmiotów gospodarczych, z jednej strony sprzeciwia się wprowadze-

niu ograniczeń w działalności spółek zagranicznych, z drugiej jednak nie uzasadnia przywilejowania tych spółek.

Stanowisko Sądu Najwyższego spotkało się ze sporym zainteresowaniem doktryny i sprzecznymi opiniami¹², wszakże z przewagą głosów aprobaty. Sądzę, że rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego zawarte w omówionym postanowieniu stanowi dobrą kanwę do podjęcia ogólniejszego problemu dotyczącego dopuszczalności i zakresu stosowania przepisów prawa polskiego regulujących podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej, a w szczególności przepisów regulujących tworzenie podmiotów gospodarczych (osób prawnych i spółek handlowych nie mających osobowości prawnej) w sytuacji, gdy podmioty te tworzy zagraniczny przedsiębiorca względnie osoba zagraniczna.

3. Istnieje zgodny pogląd, w nauce prawa prywatnego międzynarodowego¹³ i w orzecznictwie sądowym, iż normę art. 9 prawa prywatnego międzynarodowego należy ujmować szeroko. Zgodnie z tym stanowiskiem art. 9 p.p.m. wskazywałby właściwe prawo – obce lub polskie, odnośnie statusu personalnego osób fizycznych, prawnych i spółek handlowych nie mających osobowości prawnej (tzw. ułomnych osób prawnych). Jeśli chodzi o osoby prawne, to statut personalny obejmowałby – jak to trafnie wskazał Sąd Najwyższy w omawianym postanowieniu – nie tylko zdolność prawną w ścisłym tego słowa znaczeniu, ale także inne elementy (wymienione w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 kwietnia 1997 r.) związane z powstaniem, przekształceniem, charakterem prawnym spółki (określeniem o jaki typ i rodzaj spółki chodzi) itp. Niewątpliwie ocena statusu personalnego osoby prawnej mogłaby być inna, niż ta, która wynika z art. 9 § 2 prawa prywatnego międzynarodowego, jeśli tak wynikałoby z określonej umowy międzynarodowej, której Polska jest stroną (por. art. 1 §2 p.p.m.). Należy przy tym zauważyć, że niektóre umowy bilateralne nie przyjmują dla oceny statusu personalnego osób prawnych teorii siedziby osoby prawnej, lecz teorię utworzenia (powstania) tej osoby.

¹² Por. A. Szumański, *Glosa*, „PS” 1998, nr 1, s. 69 i n.; M. Litwińska, *Glosa*, „PPH” 1998, nr 2, s. 38 i n.; J. Frąckowiak, *Glosa*, „OSP” 1998, nr 4, poz. 87; K. Kruczała, *Glosa*, „Rejent” 1998, nr 5, s. 197 i n.

¹³ M. Sośniak, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Katowice 1991, s. 103-105; W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, Poznań 1996 (w opracowaniu K. Kruczalaka), s. 167; M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 1996, s. 82 i n.

Jeśli zatem zakres statusu personalnego osoby prawnej obejmuje m.in. przyporządkowania jej do określonego typu lub podtypu osób prawnych, to uznać należy, iż prawo wskazane w art. 9 § 2 p.p.m. decyduje o tym, czy np. dana spółka jest spółką z o.o. w rozumieniu przepisów kodeksu handlowego (obecnie przepisów kodeksu spółek handlowych), a w szczególności w aspekcie art. 158 ust. 3 k.h. (aktualnie art. 151 §2 i 301 §1 k.s.h.). Rzecz jednak w tym, że z uwagi na występującą w różnych krajach odmienność zarówno co do nazwy spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, jak i sposobu regulacji tych spółek w różnych systemach prawnych, w praktyce (w tym także w praktyce notarialnej i sądowej) powstają wątpliwości, co do kwalifikacji określonej spółki – jako spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Tytułem przykładu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest tłumaczona jako: *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (niem.), *la société à responsabilité limitée* (franc.), *le sociedad de responsabilidad limitada* (hiszp.), *le societă a responsabilită limitată* (włosk.). Inna sytuacja występuje już w krajach o tradycji *common law*. Tytułem odpowiednika spółki z o.o. w prawie angielskim nie podaje się jego kalki słownej w postaci *limited liability company*, lecz używa się pojęcia *the private company limited by shares or by guarantee*. W niektórych krajach o tradycji prawa kontynentalnego (prawa cywilnego) zmienia się nieco określenie typu spółki z o.o. na np. *la société privée à responsabilité limitée* (belg.), bądź *la sociedade por quotas* (port.)¹⁴.

W związku z tym pojawiły się poglądy¹⁵, że nie można przyznawać kompetencji sądom do decydowania, czy określona regulacja spółki w jednym kraju spełnia cechy regulacji innej spółki w obcym ustawodawstwie. Sąd może jedynie, stosując prawo obce, zwrócić się do ministra sprawiedliwości o udzielenie tekstu tego prawa, wyjaśnienie obcej praktyki sądowej, zasięgnięcie opinii biegłych bądź uczynienia tego zagadnienia przedmiotem tzw. kwestii wstępnej. Jeśli nawet podzielić te poglądy, to powstaje pytanie, co ma uczynić notariusz, który sporządza akt założycielski spółki zakładanej przez jednoosobową spółkę prawa obcego, mającą cechy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

¹⁴ Cyt. za A. Szumańskim, *op. cit.*, s. 73.

¹⁵ Por. J. Frackowiak, *op. cit.*, s. 220.

Wydaje się, że bardziej uzasadnione, a przede wszystkim praktyczne, jest stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane w postanowieniu z dnia 28 kwietnia 1997 r., który posłużył się właśnie sformułowaniem „jednoosobowa spółka prawa obcego, mająca cechy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w rozumieniu przepisów kodeksu handlowego”. Stanowisko to wsparł A. Szumański¹⁶s wskazując, że jakkolwiek nie sposób mówić o jednolitej spółce z o.o. dla różnych ustawodawstw, to jednak możliwe jest znalezienie wspólnych cech dla tego typu spółki. Podnosi przy tym istotny argument wynikający z treści dyrektyw Unii Europejskiej, a w szczególności przepisów określających zakres podmiotowy danej dyrektywy, w których podaje się nazwy spółki we wszystkich językach państw członkowskich, bez względu na wersję językową dokumentu Unii. Taki zabieg zastosowano w kilku dyrektywach dot. spółek, a w szczególności w dyrektywie XII z dnia 21 grudnia 1989 r. w zakresie prawa spółek, dotycząca jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. W konsekwencji Autor ten stwierdza, że na sformułowanie „inna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, składająca się z jednego wspólnika” należy patrzeć jako na spółkę z o.o. prawa polskiego i spółkę prawa obcego mającą cechy polskiej spółki z o.o., bez względu na to, jak ta spółka będzie się nazywała w świetle prawa obcego¹⁷.

4. Druga istotna kwestia wiąże się z odpowiedzią na pytanie, jak postąpić wówczas, gdy prawo obce – jako właściwe dla oceny statusu personalnego danego podmiotu – nie przewiduje ograniczeń przy tworzeniu podmiotu gospodarczego, a takie szczególne ograniczenia występują w prawie polskim. W konkretnej sprawie rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy w powołanym już poprzednio postanowieniu z dnia 28 kwietnia 1997 r. II CKN 133/97 jednoosobową spółkę z o.o. zamierzała założyć niemiecka jednoosobowa spółka z o.o. Prawo niemieckie (ustawa z dnia 20 kwietnia 1892 r. o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością) nie zna odpowiednika art. 158 ust. 3 k.h. (obecnie art. 152 § 2 i art. 301 § 1 k.s.h.). Sąd Najwyższy przyjął – jak to już wyżej wskazano – że owa możliwość utworzenia jednoosobowej spółki z o.o. przez spółkę z o.o.

¹⁶ A. Szumański, *op. cit.*, s. 69.

¹⁷ A. Szumański, *op. cit.*, s. 74.

mającą jednego wspólnika (wynikająca z prawa obcego) nie może być realizowana w Polsce, gdyż utworzenie spółki musi nastąpić zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami kodeksu handlowego (obecnie kodeksu spółek handlowych). Te zaś przepisy przewidują stosowne ograniczenia (art. 158 ust. 3 k.h. i odpowiednio art. 152 §2 i art. 301 §1 k.s.h.). Stanowisko to spotkało się z krytyką J. Frąckowiaka¹⁸, który zwrócił uwagę na to, iż sądy polskie są obowiązane stosować prawo obce na zasadzie równorzędności z prawem polskim, a jedyny wyjątek zachodzi wówczas, gdy można powołać się na klauzulę porządku publicznego. Wskazał też, że czym innym są warunki utworzenia przez przedsiębiorcę zagranicznego spółki w Polsce, a czym innym zdolność danego podmiotu do założenia spółki. W rezultacie przyjmuje za dopuszczalne utworzenie przez przedsiębiorcę zagranicznego będącego jednoosobową spółką z o.o. – spółki z o.o. z jedynym wspólnikiem w Polsce.

Aprobatę dla tego stanowiska Sądu Najwyższego, aczkolwiek z odmienną argumentacją, wyrazili natomiast A. Szumański¹⁹, K. Kruczałak²⁰ i M. Litwińska²¹. Analiza argumentów wysuniętych przez tych Autorów prowadzi do następujących wniosków:

Po pierwsze, zakładając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że odesłanie zawarte w art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach (...) obejmuje zarówno tworzenie, jak też i funkcjonowanie spółek, w których wspólnikami są podmioty zagraniczne. Logicznie biorąc, byłoby wewnętrznie sprzeczne ustalenie, że kodeks handlowy reguluje jedynie działalność już istniejących spółek, natomiast ich powstanie poddane jest prawu państwa właściwego według art. 9 § 2 p.p.m.

Po wtóre, zwraca się uwagę na to, że w prawie prywatnym międzynarodowym uznaje się, iż do zakresu statusu personalnego nie należy ocena dopuszczalności dokonania konkretnej czynności prawnej i stosować tu należy prawo, któremu dana czynność podlega. Taką czynnością prawną jest tu utworzenie spółki.

¹⁸ J. Frąckowiak, *op. cit.*, s. 220.

¹⁹ A. Szumański, *Glosa*, „PS” 1998, nr 1, s. 69 i n.

²⁰ K. Kruczałak, *Glosa*, „Rejent” 1998, nr 5, s. 197 i n.

²¹ M. Litwińska, *Glosa*, „PPH” 1998, nr 2, s. 38 i n.

Po trzecie, skoro utworzona na podstawie art. 1 ust. 2 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym i przepisów kodeksu handlowego – spółka z o.o. jest osobą prawa polskiego, to jej status personalny wyznacza prawo polskie. Status personalny takich spółek obejmuje więc nie tylko ich zdolność prawną, ale także powstanie, ustrój, funkcjonowanie, przekształcenie itp. W rezultacie, do tych spółek stosuje się niewątpliwie przepisy, które – jak art. 158 ust. 3 k.h. (obecnie art. 152 § 2 i art. 301 §1 k.s.h.) zawierają ograniczenie, że jedynym współnikiem takiej spółki nie może być inna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością składająca się z jednego współnika.

Powyższe argumenty nie tylko wspierają pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy lecz – jak się wydaje – przesądzają o jego trafności.

5. Jak to już wyżej zasygnalizowano, z dniem 1 stycznia 2001 r. nastąpiła dość istotna zmiana regulacji prawnych dotyczących działalności gospodarczej. Z tym dniem weszła w życie przede wszystkim ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej, ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych²² oraz ustawa z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym²³, pomijając zmiany innych ustaw np. ustawy o rachunkowości. Rzecz jasna przepisy te obejmują także przedsiębiorców zagranicznych. Niewątpliwie najbardziej ogólne znaczenie ma pierwsza z wymienionych ustaw, która wyraźnie stwierdza w art. 1, że określa ona zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP. W ustawie tej wyróżniono „osobę zagraniczną” i „przedsiębiorcę zagranicznego” (art. 4 pkt 3 i 4). Przez osobę zagraniczną rozumie się:

- a) osobę fizyczną mającą stałe miejsce zamieszkania za granicą,
- b) osobę prawną z siedzibą za granicą,
- c) nie mającą osobowości prawnej spółkę w/w osób fizycznych lub prawnych, z siedzibą za granicą.

Jeżeli osoba zagraniczna, tak zdefiniowana, wykonuje już działalność gospodarczą za granicą – to jest przedsiębiorcą zagranicznym.

²² Dz.U. Nr 94, poz. 1037.

²³ Dz.U. Nr 121, poz. 769 z późn. zm.

Podstawowe znaczenie w zakresie podejmowania w Polsce działalności gospodarczej przez w/w podmioty ma art. 6 ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Przyjmuje on trzy rozwiązania w tym przedmiocie. Pierwsze dotyczy cudzoziemców (obywateli innych państw), którzy otrzymali zezwolenie na osiedlenie się na terytorium RP. Uzyskują oni prawo do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium RP na identycznych zasadach, jak obywatele polscy. Godzi się wszakże zauważyć że ta grupa osób, w myśl definicji zawartej w art. 4 ust. 3 ustawy, nie podpada pod pojęcie „osoba zagraniczna”. Drugie rozwiązanie (art. 6 ust. 2) obejmuje te osoby zagraniczne, które mają miejsce zamieszkania (osoby fizyczne) lub siedzibę (osoby prawne i spółki handlowe bez osobowości prawnej) w krajach, z którymi Polskę wiąże zasada wzajemności, wynikająca bądź z ratyfikowanych umów międzynarodowych bądź z ustawodawstwa wewnętrznego. Osoby te mogą podejmować i prowadzić działalność gospodarczą na zasadach i warunkach obowiązujących przedsiębiorców mających stałe miejsce pobytu i siedzibę w Polsce. Jest to rozwiązanie będące skonkretyzowaniem zasady wolności i równości dla każdego przy podejmowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej, wyrażona w art. 5 ustawy, wszakże z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa.

Treść art. 6 ust. 2 oznacza, że osoby zagraniczne odpowiadające kryteriom określonym w tym przepisie mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą w każdej formie organizacyjnej zgodnie z art. 2 ust. 2 i 3 ustawy. Mogą zatem prowadzić działalność gospodarczą jako osoby fizyczne, osoby prawne, spółki handlowe nie mające osobowości prawnej, a także jako wspólnicy spółki cywilnej. Osoby zagraniczne, jeśli są przedsiębiorcami zagranicznymi mogą też – zgodnie z art. 35 tworzyć oddziały bądź na podstawie art. 43, przedstawicielstwa na terytorium RP według zasad określonych w rozdziale 5. Mogą to wszakże czynić z zachowaniem warunków określonych w przepisach prawa (por. art. 5 ustawy).

Trzecie rozwiązanie dotyczy osób zagranicznych z tych państw, z którymi nie obowiązuje zasada wzajemności. Osoby te – zgodnie z art. 6 ust. 3 ustawy – mogą podejmować i prowadzić działalność gospodarczą wyłącznie w określonych przez ustawę formach. Chodzi tu o możliwość utworzenia spółki komandytowej, spółki z o.o. i spółki akcyjnej, a także możliwość przystępowania do takich spółek bądź nabywania lub obejmowania

udziałów i akcji. Dodać przy tym należy, że osoby zagraniczne z tych państw, będące przedsiębiorcami nie mogą tworzyć oddziałów w Polsce (obowiązuje tu wymóg wzajemności), mogą natomiast tworzyć przedstawicielstwa (por. art. 35 i 43 ustawy).

Z powyższego wynika przede wszystkim, że kryteria zaliczenia do grupy osób zagranicznych, dla potrzeb ustawy – Prawo działalności gospodarczej, to:

- a) kryterium miejsca stałego pobytu osoby fizycznej;
- b) kryterium siedziby osoby prawnej lub spółki handlowej bez osobowości prawnej.

Zgodnie z tym, osobą zagraniczną w rozumieniu prawa działalności gospodarczej nie będzie cudzoziemiec (obywatel państwa obcego), który otrzymał zezwolenie na osiedlenie się na terytorium RP, natomiast osobą zagraniczną będzie obywatel polski stale mieszkający za granicą.

Drugie stwierdzenie dotyczy tego, że w świetle art. 6 ust. 2 i 3 tej ustawy istnienie lub brak zasady wzajemności ma tylko to znaczenie, że przy zasadzie wzajemności osoba zagraniczna może podejmować w Polsce działalność gospodarczą w każdej formie organizacyjnej, natomiast przy braku zasady wzajemności tylko w formach wymienionych w art.6 ust. 3. W obu jednak wypadkach mogą to czynić – zgodnie z art. 5 ustawy – z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Właśnie to sformułowanie „z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa” czyni aktualnym pytanie, o wzajemne relacje między prawem właściwym dla osoby zagranicznej wg jej miejsca zamieszkania lub siedziby a warunkami określonymi w polskich przepisach prawa przy podejmowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej w Polsce.

6. Powoływany już przepis art. 5 prawa działalności gospodarczej zawiera dwie podstawowe zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej tj. zasadę wolności gospodarczej oraz zasadę równych praw dla każdego. Obie te zasady znajdują odniesienie w Konstytucji (art. 20, 22 i 32). Obie też mogą zostać ograniczone jedynie na podstawie przepisów ustawy – Prawo działalności gospodarczej lub innych ustaw. Jest to jednak możliwe wówczas, gdy uzasadniają to okoliczności wskazane w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Chodzi tu o ograniczenia, które mogą być zastosowane z uwagi na bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, w celu ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych

osób. Ograniczenia te mogą być wprowadzone wyłącznie przepisami ustawowymi i nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Zasada równych praw dla każdego przy podejmowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej, wyrażona w art. 5 prawa działalności gospodarczej jest rozwinięta w art. 4 pkt 3, art. 6 oraz przepisach rozdziału 5 tej ustawy i wyraża się m.in. objęciem regulacją ustawową osób i przedsiębiorców zagranicznych na tych samych prawach, co podmiotów krajowych. Już z tego względu można stwierdzić, że jeśli prawa te zostały ograniczone, to owe ograniczenia winny „dotknąć” także osoby i przedsiębiorców zagranicznych. To może być źródłem kolizji z przepisami prawa obcego właściwego dla tej osoby lub przedsiębiorcy, które nie przewiduje takich ograniczeń.

Owe kolizje należy rozwiązywać na gruncie reguł prawa prywatnego międzynarodowego. Według tych reguł status personalny osoby fizycznej podlega ocenie wg jego prawa ojczystego (art. 9 § 1), zaś osoby prawnej – prawa państwa, w którym osoba ta ma siedzibę (art. 9 § 2). Tę samą regułę należy – jak się wydaje – odnieść do spółek handlowych nie mających osobowości prawnej.

W art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. dodano wyraźnie, gdy chodzi o takie spółki, zastrzeżenie: „(...) utworzonych zgodnie z ustawodawstwem państw obcych”, co sugeruje, iż to prawo jest właściwe dla oceny ich podmiotowości prawnej. Trafności tego wniosku nie podważa fakt, że w art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej zrezygnowano z tego zastrzeżenia, wskazując jednak na ich siedzibę za granicą. Jeśli zachodzą wątpliwości co do kwalifikacji danej osoby prawnej względnie spółki nie mającej osobowości prawnej, to sąd ma do dyspozycji środki przewidziane w art. 1143 k.p.c. Z tych możliwości nie może bezpośrednio skorzystać notariusz. Nie sposób zatem odrzucić stwierdzenia, że w ramach oceny statusu personalnego przedsiębiorcy zagranicznego, w szczególności osoby prawnej i spółki nie mającej osobowości prawnej na podstawie prawa obcego w razie wątpliwości pomocne może okazać się porównanie cech tego podmiotu z cechami polskiej osoby prawnej lub spółki handlowej nie mającej osobowości prawnej. Jeśli te osoby lub przedsiębiorcy zagraniczni podejmują lub prowadzą działalność gospodarczą w Polsce, to mogą to czynić z zachowaniem warunków przewidzianych przepisami prawa polskiego (art. 5 prawa działalności

gospodarczej). Stwierdzenie to nie koliduje z regułami zawartymi w art. 9 §1 i 2 p.p.m. Rzecz bowiem w tym, że status personalny osoby prawnej utworzonej w Polsce przez osobę lub przedsiębiorcę zagranicznego wyznacza – zgodnie z regułą art. 9 §2 p.p.m. – prawo państwa, w którym osoba ta ma siedzibę, a więc prawo polskie. Jeśli zatem w tym prawie są ograniczenia zasady wolności gospodarczej, to oczywiście dotyczą one także np. osoby prawnej utworzonej przez osobę lub przedsiębiorcę zagranicznego, na równi z polskim przedsiębiorcą.