



Recenzja

Jerzy Jacyszyn, Sławomir Krześ, Elwira Marszałkowska-Krześ, *Działalność gospodarcza osoby zagranicznej w Polsce*,

Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2002, stron 332

Trwająca od ponad dziesięciu lat transformacja systemu gospodarczego, przynosząca wiele zmian legislacyjnych, instytucjonalnych i gospodarczych, jak również spodziewane przystąpienie Polski do Unii Europejskiej współtworzą coraz bardziej sprzyjające warunki do podejmowania działalności gospodarczej przez osoby zagraniczne.

Nowe zasady prowadzenia działalności gospodarczej określone w ustawie z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej zapewniają równe traktowanie przedsiębiorców zagranicznych z przedsiębiorcami polskimi.

Mimo że w aktualnym stanie prawnym brak jest poważnych barier zamykających dostęp do działalności gospodarczej osobom zagranicznym, nie oznacza to jednak, że obowiązujące przepisy przewidują wiele specjalnych uregulowań ułatwiających im tę działalność.

W ciągu ostatnich lat ukazało się na rynku kilka publikacji książkowych dotyczących problematyki prawnej działalności gospodarczej zagranicznych przedsiębiorców, np.: E. Dobrodziej, *Kapitał zagraniczny w Polsce*, Bydgoszcz 1999; B. Popowska, *Podmioty zagraniczne w polskim prawie gospodarczym*, Poznań 1999; R. i M. Taradejna, *Nabywanie nieruchomości*

w Polsce przez cudzoziemców, Zielona Góra 2001; K. Dąbrowska i M. Gruszczyński, *Kapitał zagraniczny a transformacja sektora finansowego w Polsce*, Warszawa 2001, jednak żadne ze wskazanych opracowań nie ujmuje w sposób kompleksowy tak ważnej i bardzo złożonej problematyki, jaką jest działalność gospodarcza osób zagranicznych.

Stwierdzić zatem należy, że będąca przedmiotem recenzji monografia pt. *Działalność gospodarcza osób zagranicznych w Polsce* – dzieło trzech autorów, wywodzących się zarówno ze środowiska naukowego, jak i praktyków – jest bardzo potrzebna. Napisana jasnym, komunikatywnym językiem jest już od dawna oczekiwaną pozycją na rynku. Stanowi jedyne istniejące zwarte i kompleksowe ujęcie niemalże całego tematu.

Interesujące jest to, że autorzy rozważają pozycję przedsiębiorców zagranicznych zarówno w świetle prawa materialnego (prawo publiczne gospodarcze), jak i prawa procesowego (administracyjne i cywilne), a także na tle postanowień Układu Europejskiego o stowarzyszeniu Polski z Unią Europejską i jej państwami członkowskimi.

Adresatem recenzowanej monografii są nie tylko przedsiębiorcy zagraniczni mający zamiar podjąć działalność gospodarczą w Polsce, lecz także przedsiębiorcy polscy prowadzący działalność gospodarczą wspólnie z zagranicznymi oraz przede wszystkim prawnicy, którzy w swej pracy zawodowej zajmują się sprawami z zakresu tej dziedziny prawa.

Całość problematyki została przedstawiona w następujących szesnastu rozdziałach: **I.** Pojęcie osoby zagranicznej i przedsiębiorcy zagranicznego (s. 15-30), **II.** Warunki podejmowania działalności gospodarczej przez osoby zagraniczne (s. 31-72), **III.** Podmiotowość prawna osoby zagranicznej (s. 73-79), **IV.** Oddział (s. 80-150), **V.** Przedstawicielstwo (s. 151-179), **VI.** Przepisy intertemporalne (s. 180-182), **VII.** Inne obowiązki oddziału i przedstawicielstwa (s. 183-192), **VIII.** Porównanie oddziału i przedstawicielstwa (s. 193-196), **IX.** Nabywanie nieruchomości (s. 197-223), **X.** Zatrudnienie cudzoziemców (s. 224-256), **XI.** Umowy o ochronie inwestycji zagranicznych (s. 257-259), **XII.** Aspekty podatkowe (s. 260-268), **XIII.** Układ Europejski między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi (s. 269-278), **XIV.** Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania (s. 279-285), **XV.** Likwidacja i upadłość (s. 286-293), **XVI.** Spółki handlowe z udziałem osób zagranicznych (s. 294-332). Publikacja zawiera nadto wprowadzenie (s. 13-14) oraz wykaz skrótów.

Ramy recenzji pozwalają więcej uwagi poświęcić jedynie wybranym zagadnieniom.

W rozdziale pierwszym autorzy wyjaśniają podstawowe terminy, takie jak osoba zagraniczna, przedsiębiorca zagraniczny, cudzoziemiec. Omawiają także określone w ustawie o cudzoziemcach pojęcia, które są istotne z punktu widzenia statusu osoby zagranicznej w Polsce i jej uprawnień.

Przedmiotem rozdziału drugiego są zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, wynikające z ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Z punktu widzenia inwestorów zagranicznych największe znaczenie mają dla nich dwie zasady: zasada równości i zasada wzajemności.

Według pierwszej z nich, wyrażonej w art. 5 ustawy, podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego, na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Zasada ta w zakresie dotyczącym działalności przedsiębiorców zagranicznych najlepiej może być realizowana w odniesieniu do państw członków Unii Europejskiej. Pozostaje w bezpośrednim związku z regułą asymilacji, według której przedsiębiorcy zagraniczni wywodzący się z krajów Unii powinni być traktowani na zasadach nie mniej korzystnych niż przedsiębiorcy polscy.

Zasada wzajemności, wyrażona w art. 6 ustawy oznacza, że osoba zagraniczna może w Polsce korzystać z takich samych uprawnień jak obywatel polski, pod warunkiem, że państwo, którego jest obywatelem lub w którym ma siedzibę, będzie traktowało polskich przedsiębiorców (osoby fizyczne lub prawne) na prawach równych z prawami swoich przedsiębiorców. W przypadku działalności gospodarczej istnienie tej zasady oceniane jest najczęściej na podstawie zawartych przez Polskę umów międzynarodowych.

Zasada wzajemności ma istotny wpływ na wybór formy organizacyjno-prawnej dla prowadzenia działalności gospodarczej. Jej brak oznacza, że osoby zagraniczne mogą prowadzić działalność gospodarczą tylko i wyłącznie w formie spółki komandytowej, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjnej, a także przystępować do takich spółek oraz obejmować bądź nabywać ich udziały i akcje, zaś przy istnieniu zasady wzajemności przedsiębiorcy zagraniczni mogą tworzyć ponadto, jeśli umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej, oddziały z siedzibą w Polsce.

Oprócz wyżej wskazanych form działalności gospodarczej, przedsiębiorca zagraniczny, niezależnie od istnienia czy braku zasady wzajemności, może na terenie RP utworzyć przedstawicielstwo.

Formom organizacyjnym, takim jak oddział i przedstawicielstwo, autorzy omawianej publikacji poświęcili najwięcej uwagi. W kolejnych rozdziałach wskazali na różnice występujące pomiędzy nimi, podstawowe obowiązki, przedmiot działalności, dokładnie przedstawili tryb tworzenia, a także zakończenie działalności poprzez likwidację i upadłość.

Nadto przedmiotem swoich zainteresowań uczynili także oddziały działające na podstawie przepisów szczególnych, takie jak oddziały zagranicznego zakładu ubezpieczeń, oddziały zagranicznego banku oraz oddziały w działalności maklerskiej.

Jedną z istotnych barier w podejmowaniu działalności gospodarczej w Polsce przez zagranicznych inwestorów jest nabywanie nieruchomości, którym został poświęcony rozdział IX. Ustawa z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców jest podstawowym aktem prawnym regulującym tę problematykę. Ta najstarsza obowiązująca w Polsce ustawa, mimo niejednokrotnej jej nowelizacji, jest niejednolita i niespójna wewnątrznie oraz, jak słusznie stwierdzili autorzy omawianej monografii, pozostaje w sprzeczności z Układem Europejskim. W art. 9 Konstytucji stwierdza się, że Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego, zaś art. 87 uznaje ratyfikowane umowy międzynarodowe za źródło powszechnie obowiązującego w Polsce prawa.

Według art. 91 ratyfikowane umowy międzynarodowe stanowią część krajowego porządku prawnego i stosowane są bezpośrednio. W przypadku kolizji takiej umowy z ustawą krajową, umowa międzynarodowa ma pierwszeństwo.

Mocną stroną omawianego rozdziału jest szczegółowo przedstawiony tryb postępowania w sprawie wydawania zezwoleń na nabywanie nieruchomości. Z tego też względu opracowanie niniejsze ma duże znaczenie praktyczne.

Autorzy recenzowanej monografii wyraźnie podkreślili, że poza wymienionymi wyjątkami obowiązek uzyskania zezwolenia dotyczy nie tylko przypadków nabywania przez cudzoziemców nieruchomości, lecz istnieje także przy nabywaniu (obejmowaniu) udziałów lub akcji w spółkach prawa handlowego. Zgodnie z art. 3e ustawy, nabycie lub objęcie przez cudzo-

ziemca udziału lub akcji w spółce handlowej mającej siedzibę na terytorium RP, będącej właścicielem lub wieczystym użytkownikiem nieruchomości, wymaga zezwolenia Ministra Spraw Wewnętrznych, jeżeli:

– w wyniku nabycia lub objęcia udziałów lub akcji spółka stanie się spółką kontrolowaną (gdy cudzoziemcy posiadają bezpośrednio lub pośrednio co najmniej 50% kapitału zakładowego) albo

– spółka jest spółką kontrolowaną, a udziały lub akcje nabywa lub obejmuje cudzoziemiec nie będący udziałowcem lub akcjonariuszem spółki.

Wymieniony art. 3e ustawy, wprowadzony w wyniku nowelizacji z 1996 r., miał służyć wyeliminowaniu luki prawnej, która stwarzała możliwość omijania rygorów ustawy. Nie przyniosło to jednak oczekiwanych rezultatów. Dodać należy, że nadal istnieje możliwość obchodzenia przepisów ustawy poprzez tzw. „pośrednie władztwo nad nieruchomościami”, czyli nabycie przez cudzoziemca akcji lub udziałów w spółce nie będącej właścicielem nieruchomości, lecz mającej akcje spółki, która jest takim właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości.

Powyższe zagadnienie było już przedmiotem rozpoznania NSA, który w uchwale z dnia 24 marca 2001 r. (ONSA 2002, nr 1, poz. 10, s. 159 i nast.) stwierdził, że:

„Zezwolenie Ministra SWiA określone przez art. 3e ust. 1 ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców nie dotyczy nabycia przez cudzoziemca ponad 50% akcji w spółce handlowej z siedzibą na terytorium RP, nie będącej właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości, chociażby spółka ta miała ponad 50% akcji w innej spółce handlowej z siedzibą na terytorium RP, będącej właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości”.

Rozdział X poświęcony jest problematyce zatrudnienia cudzoziemców. Autorzy nie ograniczyli się tu tylko do omówienia jej w kontekście prawa wewnętrznego, ale wskazali także na regulacje zatrudnienia cudzoziemców zawarte w umowach międzynarodowych, których Polska jest stroną. Przedstawione zostały także nowe uregulowania prawne związane z ubieganiem się przez Polskę o członkostwo w Unii Europejskiej.

Zasadą jest, że aby cudzoziemiec mógł wykonywać pracę na terytorium RP musi posiadać zezwolenie na pracę wydane przez wojewodę właściwego ze względu na siedzibę pracodawcy. Od zasady tej istnieją wymienione przez autorów wyjątki.

Przy tej okazji, celem uzupełnienia, warto zasygnalizować sprzeczność pomiędzy przepisami dwóch ustaw, które regulują m.in. zatrudnianie cudzoziemców w Polsce. Dla przykładu, z art. 50 ust. 2 ustawy o zatrudnianiu i przeciwdziałaniu bezrobociu wynika, że wydanie zezwolenia na pracę uzależnione jest od wcześniejszego uzyskania przez cudzoziemca wizy lub zezwolenia na zamieszkanie, natomiast art. 9 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach stanowi, że jeżeli celem wjazdu i pobytu na terytorium Polski jest zatrudnienie lub wykonywanie innej pracy zarobkowej, wiza może być cudzoziemcowi wydana, jeżeli przedstawi zezwolenie na zatrudnienie lub wykonywanie innej pracy zarobkowej w Polsce. Podobnie art. 17 ust. 2 pkt 1 powyższej ustawy stanowi, że zezwolenia na zamieszkanie można udzielić cudzoziemcowi, który wykaże istnienie okoliczności uzasadniających jego zamieszkiwanie na terytorium Polski przez okres dłuższy niż 6 miesięcy, do których w szczególności należy uzyskanie zezwolenia na zatrudnienie lub wykonywanie innej pracy zarobkowej. Z analizy powyższych przepisów wynika nielogiczny zatem wniosek: aby otrzymać zezwolenie na pracę cudzoziemiec powinien uzyskać wizę lub zezwolenie na zamieszkanie, warunkiem wydania której jest posiadanie zezwolenia na pracę.

W opracowaniu nie pominięto również kwestii podatkowych (rozdział XII i XIV). Autorzy omówili tu podstawowe zagadnienia opodatkowania spółek handlowych, oddziałów i przedstawicielstw podatkiem VAT i akcyzowym oraz podatkiem dochodowym od osób prawnych, ze szczególnym uwzględnieniem opodatkowania dochodów z dywidend i innych przychodów z tytułu udziału w zyskach osób prawnych. Zwrócono także uwagę na rolę, jaką pełnią w krajowym porządku prawnym umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, regulujące wiele praw i obowiązków podatkowych cudzoziemców w sposób odmienny od powszechnie obowiązujących przepisów. Całość problematyki dotyczącej umów o unikaniu podwójnego opodatkowania została wzbogacona o wybrane orzeczenia sądowe SN i NSA, co ma duże znaczenie dla praktyki.

Mile widziane byłoby także ujęcie w omawianej monografii zagadnień dotyczących prawa celnego i dewizowego oraz nowych przepisów w dziedzinie finansowego wspierania inwestycji przez państwo. Szkoda, że wielkość publikacji określona przez wydawcę nie pozwoliła autorom tego

włączyć. Należy mieć nadzieję, że problematyka ta stanie się przedmiotem ich zainteresowań w kolejnych publikacjach.

Należy wyrazić satysfakcję z ukazania się tak potrzebnej książki, stanowiącej istotny wkład w problematykę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby zagraniczne. Przedstawiona publikacja godna jest polecenia zwłaszcza dla praktyków, którzy dzięki niej mogą uzyskać wiedzę na temat nowych regulacji prawnych, związanych z nimi problemów i nowego podejścia do przedstawionego w niej tematu.

Bartosz Kwiatkowski