

**Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego
z dnia 15 października 1998 r.**

III ZP 37/98

Przewodniczący Prezes SN Jan Wasilewski, Sędziowie SN: Kazimierz Jaśkowski, Andrzej Kijowski, Jerzy Kwaśniewski, Walerian Sanetra, Andrzej Wasilewski (współsprawozdawca), Andrzej Wróbel (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy, z udziałem prokuratora Prokuratury Krajowej Waldemara Grudzieckiego, po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 31 marca 1999 r. wniosku Ministra Sprawiedliwości skierowanego przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego do rozpoznania przez skład siedmiu sędziów Izby Administracyjnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego o podjęcie uchwały zawierającej odpowiedź na następujące zagadnienie prawne:

Czy za pomiot kontrolowany przez podmiot zagraniczny, w rozumieniu art. 35 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. Nr 7, poz. 34 ze zm.) należy uznać, zgodnie z art. 7 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz.U. z 1997 r. Nr 26, poz. 132), taki podmiot, w którym:

- podmiot zagraniczny posiada bezpośrednio lub pośrednio większość głosów w zgromadzeniu wspólników (akcjonariuszy), a także na podstawie porozumień z innymi wspólnikami lub akcjonariuszami, albo
- podmiot zagraniczny jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków organów zarządzających tej osoby prawnej, albo
- więcej niż połowa członków zarządu tej osoby jest jednocześnie członkami zarządu albo osobami pełniącymi funkcje kierownicze podmiotu zagranicznego albo innego podmiotu zależnego od podmiotu zagranicznego, czy też należy stosować inne kryteria tej cechy podmiotu ?

p o d j ą ł następującą uchwałę:

Za podmiot kontrolowany przez podmiot zagraniczny, w rozumieniu art. 35 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 1993 r. Nr 7, poz. 34 ze zm.) należy uznać, zgodnie z art. 7 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (jednolity tekst: Dz.U. z 1997 r. Nr 26, poz. 143), taki podmiot, w którym:

- 1. podmiot zagraniczny posiada bezpośrednio lub pośrednio większość głosów w zgromadzeniu wspólników (akcjonariuszy), także na podstawie porozumień z innymi wspólnikami lub akcjonariuszami lub**
- 2. podmiot zagraniczny jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków organów zarządzających tej osoby prawnej lub**
- 3. więcej niż połowa członków zarządu tej osoby jest jednocześnie członkami zarządu albo osobami pełniącymi funkcje kierownicze podmiotu zagranicznego albo innego podmiotu zależnego od podmiotu zagranicznego.**

U z a s a d n i e n i e

W uzasadnieniu przedstawionego zagadnienia prawnego Minister Sprawiedliwości-Prokurator Generalny wskazał, że ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. Nr 7, poz. 34 ze zm.) ustanawiając w art. 35 ust. 2 warunki, jakim powinny odpowiadać spółki z udziałem zagranicznym, nie definiuje użytych w tym przepisie pojęć, „podmiot zagraniczny” i „podmioty kontrolowane przez podmioty zagraniczne”. W ocenie Ministra Sprawiedliwości-Prokuratora Generalnego pojęcie „podmiot zagraniczny” nawiązuje do ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (jednolity tekst: Dz.U. z 1997 r. Nr 26, poz. 143), skoro służy określeniu warunków dla spółki z udziałem zagranicznym jako podmiotu prowadzącego szczególnego rodzaju działalność gospodarczą na terytorium Polski, zaś ustawa ta określa warunki dopuszczania podmiotów zagranicznych do uczestniczenia w dochodach z prowadzenia przedsiębiorstw na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w sposób nie naruszający innych ustaw określających takie warunki (art. 2). Zgodnie z art. 3 tej ustawy podmiotami zagranicznymi są, obok osób fizycznych mających miejsce zamieszkania za granicą, osoby prawne z siedzibą za granicą oraz spółki tych osób nie posiadające osobowości prawnej. Ponadto za podmiot zagraniczny uważa się, zgodnie z art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy, osobę prawną z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zależną od podmiotów zagranicznych. Podmio-

tem zależnym od podmiotu zagranicznego jest zaś taka polska osoba prawna, w której podmiot zagraniczny posiada bezpośrednio lub pośrednio większość głosów w zgromadzeniu wspólników (akcjonariuszy), także na podstawie porozumień z innymi wspólnikami lub akcjonariuszami, albo podmiot zagraniczny jest uprawniony do powoływania albo odwoływania większości członków organów zarządzających tej osoby prawnej, albo więcej niż połowa członków zarządu tej osoby jest jednocześnie członkami zarządu albo osobami pełniącymi funkcje kierownicze podmiotu zagranicznego albo innego podmiotu zależnego od podmiotu zagranicznego. Zatem, według ustawy podstawowej dla ustalania zasad dopuszczania podmiotów zagranicznych do działalności gospodarczej w Polsce, kryterium zależności podmiotu krajowego od podmiotu zagranicznego jest kryterium większości głosów osób lub podmiotów zagranicznych w zarządzaniu podmiotem krajowym.

W ocenie Ministra Sprawiedliwości-Prokuratora Generalnego użyte w art. 35 ust. 2 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji sformułowanie: „podmiot kontrolowany przez podmioty zagraniczne” należy definiować przy użyciu kryteriów, jakie art. 7 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym przyjął dla określenia „podmiotu zależnego od podmiotu zagranicznego”. Pojęcie kontroli nad spółką kapitałową wywodzące się z prawa handlowego oznacza uprawnienie do kierowania innym podmiotem, zaś uprawnienie to wiąże się z taką pozycją w składzie organów tego podmiotu, która pozwala na przewagę w podejmowanych przez nie decyzjach. Natomiast nie może ono oznaczać takiej tylko pozycji, która pozwala na niedopuszczanie przez określoną mniejszość do podejmowania decyzji przez większość, chociaż nie daje mniejszości prawa do narzucania treści decyzji. Takiemu bowiem rozumieniu prawa kontroli nad spółką kapitałową odpowiada pojęcie zależności określone w art. 7 ust. 2 i 3 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym.

W uzasadnieniu przedstawionego zagadnienia prawnego Minister Sprawiedliwości-Prokurator Generalny przytoczył pogląd prawny Naczelnego Sądu Administracyjnego, który w wyrokach z dnia 26 maja 1998 r., II SA 1540-1541/97, dokonał wykładni terminu: „podmiot kontrolowany przez podmioty zagraniczne”. Według Sądu, nie jest podmiotem kontrolowanym tylko taka krajowa osoba prawna, w której udział podmiotów zagranicznych w kapitale zakładowym albo akcyjnym nie przekracza 33%, większość jej członków zarządu i rady nadzorczej jest obywatelami polskimi zamieszkałymi w Polsce, a w zgromadzeniu wspólników lub w walnym zgromadzeniu udział głosów podmiotów zagranicznych nie przekracza 33%. Osoba prawna, która

nie spełnia chociażby jednego z tak określonych warunków, stanowi podmiot kontrolowany przez podmioty zagraniczne w rozumieniu ustawy o radiofonii i telewizji. U podstaw takiego poglądu leży przekonanie, że podmiot krajowy nie jest kontrolowany przez podmiot zagraniczny, gdy odpowiada takim samym kryteriom, jakim ma odpowiadać podmiot z udziałem zagranicznym, który może uzyskać koncesję w świetle przepisu art. 35 ustawy o radiofonii i telewizji.

Przy udzielaniu odpowiedzi na przedstawione zagadnienia prawne Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. Nr 7, poz. 34 ze zm.) koncesja na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych może być udzielona obywatelowi polskiemu, który ma stałe miejsce zamieszkania w Polsce lub osobie prawnej, która ma stałą siedzibę w Polsce. Stosownie zaś do przepisu art. 35 ust. 2 tej ustawy koncesja dla spółki z udziałem zagranicznym może być udzielona, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: 1. udział podmiotów zagranicznych w kapitale zakładowym lub akcyjnym spółki nie przekracza 33%; 2. umowa lub statut spółki przewidują, że: a) członkami zarządu spółki i rady nadzorczej będą w większości obywatele zamieszkali w Polsce, b) że w zgromadzeniu wspólników lub w walnym zgromadzeniu udział głosów podmiotów zagranicznych i podmiotów kontrolowanych przez podmioty zagraniczne nie może przekroczyć 33%.

Przepisy ustawy o radiofonii i telewizji nie definiują użytych w przepisie art. 35 pojęć i sformułowań: „spółka z udziałem zagranicznym”, „podmiot zagraniczny” i „podmioty kontrolowane przez podmioty zagraniczne”. Pojęcie „podmiot zagraniczny” zostało natomiast zdefiniowane w art. 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (jednolity tekst: Dz.U. z 1997 r. Nr 26, poz. 143), zgodnie z którym przez podmiot zagraniczny należy rozumieć: 1) osoby fizyczne mające miejsce zamieszkania za granicą, 2) osoby prawne z siedzibą za granicą, 3) nie posiadające osobowości prawnej spółki osób wymienionych w pkt 1 i 2, utworzone zgodnie z ustawodawstwem państw obcych. Dla celów określonych w art. 6 ustawy zakres pojęcia „podmiot zagraniczny” został rozszerzony na podmioty, które nie odpowiadają warunkom określonym w art. 3 tej ustawy. Zgodnie z przepisem art. 7 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym za podmiot zagraniczny uważa się

osobę prawną z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zależną od podmiotów zagranicznych; kryteria określania tej zależności wskazuje art. 7 ust. 2 tej ustawy. W świetle przepisu art. 7 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym należy przyjąć, że za podmiot zagraniczny może być uznana polska osoba prawna, w której podmiot zagraniczny nie posiada bezpośrednio udziału w rozumieniu art. 1 tej ustawy, lecz jest zależna od podmiotu zagranicznego w sposób przewidziany w art. 7 ust. 2 i 3 ustawy. Należy podkreślić, że podmiotem zagranicznym w rozumieniu tego przepisu może być każda jednostka posiadająca osobowość prawną, a nie tylko spółka prawa handlowego. Z kolei przez „spółkę z udziałem zagranicznym” należy rozumieć polską spółkę kapitałową, w której podmiot zagraniczny w rozumieniu art. 3 ustawy posiada udziały lub akcje. Uzyskanie przez podmiot zagraniczny statusu udziałowca lub akcjonariusza spółki nie oznacza, że podmiot ten prowadzi działalność gospodarczą ani że staje się podmiotem gospodarczym, bowiem tym podmiotem jest spółka z udziałem zagranicznym.

Przepisy prawa polskiego posługują się terminami, które są mniej lub bardziej zbliżone do pojęcia „podmiot kontrolowany przez podmioty zagraniczne” użytego w ustawie o radiofonii i telewizji. Wymienić tu należy między innymi: a) przepisy art. 7 ust. 2 i 3 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym używające pojęcia „podmiot zależny od podmiotu zagranicznego”, które w ocenie Ministra Sprawiedliwości-Prokuratora Generalnego odpowiada pojęciu „podmiot kontrolowany przez podmioty zagraniczne”; b) przepis art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (jednolity tekst: Dz.U. Z 1996 r. Nr 54, poz. 245 ze zm.), zgodnie z którym za spółkę handlową kontrolowaną uważa się spółkę, w której co najmniej 50% kapitału zakładowego posiadają bezpośrednio lub pośrednio cudzoziemcy czyli osoby fizyczne nie posiadające obywatelstwa polskiego lub osoby prawne mające siedzibę za granicą. Z kolei według przepisu art. 4 pkt 16 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz.U. Nr 118 poz. 754 ze zm.), normującej publiczny obrót papierami wartościowymi, w tym również zasady tworzenia, organizacji i nadzoru nad podmiotami prowadzącymi działalność w zakresie publicznego obrotu papierami wartościowymi, podmiotem dominującym w rozumieniu tej ustawy jest podmiot w sytuacji, gdy: a) posiada większość głosów w organach innego podmiotu (zależnego), także na podstawie porozumień z innymi uprawnionymi lub b) jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków organów zarządzających innego podmiotu (zależne-

go) lub c) więcej niż połowa członków zarządu drugiego podmiotu (zależnego) jest jednocześnie członkami zarządu lub osobami pełniącymi funkcje kierownicze pierwszego podmiotu bądź innego podmiotu pozostającego z tym pierwszym w stosunku zależności.

Należy zatem rozważyć, w jakim stosunku pozostaje ustawa o radiofonii i telewizji do wyżej wymienionych ustaw. Nie wydaje się ulegać wątpliwości, że ustawa o radiofonii i telewizji jest ustawą szczególną w odniesieniu do ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym, z tym że ta ostatnia ustawa, zgodnie z jej art. 2, „nie narusza innych ustaw dotyczących warunków uczestniczenia przez podmioty zagraniczne w dochodach z prowadzenia przedsiębiorstw na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”, a zatem także ustawy o radiofonii i telewizji. Z kolei między ustawą o radiofonii i telewizji a ustawą o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców oraz ustawą o publicznym obrocie papierami wartościowymi nie istnieją żadne tego rodzaju stosunki o charakterze merytorycznym lub funkcjonalnym, bowiem zakresy i przedmiot regulacji tych ustaw są rozbieżne.

Powstaje w związku z tym kwestia, czy wobec braku regulacji odnoszącej się do pojęcia „podmiot kontrolowany przez podmioty zagraniczne”, należy: a) posłużyć się w tej mierze pojęciem najbardziej zbliżonym, zawartym w ustawie o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, tj. pojęciem spółki handlowej kontrolowanej przez cudzoziemca, b) przyjąć, że pojęcie to odpowiada pojęciu podmiotu zależnego od podmiotu zagranicznego przyjętemu w ustawie o spółkach z udziałem zagranicznym, c) przyjąć, że pojęcie to powinno być zdefiniowane na podstawie zasad zawartych w ustawie o radiofonii i telewizji, d) przyjąć, że pojęcie to może być konstruowane na tle dowolnie dobranych przepisów odnoszących się do stosunków zależności (dominacji) między jakimikolwiek podmiotami gospodarczymi, np. art. 4 pkt 16 ustawy o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Należy a limine odrzucić możliwość przewidzianą w pkt d) zarówno z tego względu, że brak jakichkolwiek powiązań między uregulowaniami zawartymi w ustawie o radiofonii i telewizji a postanowieniami ustaw szczególnych, jak i dlatego, że ustawy te określają stosunki dominacji i zależności między podmiotami prawa polskiego, gdy tymczasem przedmiotem zagadnienia prawnego jest określenie stosunku kontroli między spółką prawa polskiego a podmiotem zagranicznym. Możliwość określona w pkt a) jest atrakcyjna przez swoją prostotę, lecz nie wyjaśnia, dlaczego przepisy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców miałyby być miarodajne dla sfery stosunków objętych

ustawą o radiofonii i telewizji. W sytuacji zasadniczo odmiennego przedmiotu i celu regulacji obu ustaw, sama zbieżność pojęć: „podmiot kontrolowany przez podmioty zagraniczne” i „spółka handlowa kontrolowana przez cudzoziemca” nie jest wystarczającym argumentem przemawiającym za zastosowaniem tego ostatniego pojęcia dla wykładni przepisu art. 35 ustawy o radiofonii i telewizji, tym bardziej, że posługuje się wyłącznie kapitałowym kryterium zależności, które jest uważane w piśmiennictwie za właściwe tzw. tradycyjnym definicjom spółki kontrolowanej i przez to nie odzwierciedla innych form i sposobów kontrolowania spółek. Nie wydaje się też trafne założenie wskazane w pkt c), zwłaszcza zaś w takim ujęciu, w jakim zostało zawarte w uzasadnieniu powołanych wyżej wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego. Sąd ten przyjął, że ustawa o radiofonii i telewizji zawiera regulację autonomiczną i nie zawiera odesłań do innych polskich ustaw administracyjnych, które posługują się pojęciami: „spółka z udziałem podmiotów zagranicznych”, „udział podmiotów zagranicznych w kapitale zakładowym lub akcyjnym spółki”, „podmioty kontrolowane przez podmioty zagraniczne”. W ocenie Sądu oznacza to, że interpretując pozostałe pojęcia z art. 35 ust. 2 tej ustawy należy mieć na uwadze ich brzmienie oraz cel, dla osiągnięcia którego został ustanowiony ten przepis. Wynika z tego, że użyty w art. 35 ust. 2 pkt 2 lit. b) zwrot „podmiot kontrolowany przez podmioty zagraniczne” musi mieć takie samo znaczenie, jakie wynika z całego ustępu 2 tego artykułu, a więc taki podmiot nie może mieć udziału podmiotów zagranicznych w kapitale zakładowym albo akcyjnym więcej niż 33%, musi posiadać jako członków zarządu i rady nadzorczej spółki w większości obywateli polskich zamieszkałych w Polsce, a w zgromadzeniu wspólników lub w walnym zgromadzeniu udział głosów podmiotów zagranicznych nie może przekroczyć 33%. Interpretacja ta nie jest trafna, bowiem Sąd zastosował identyczne kryteria w odniesieniu do podmiotów kontrolowanych przez podmioty zagraniczne i spółek z udziałem tych podmiotów, którym może być udzielona koncesja, w związku z czym nie wyjaśnił, na czym polega istota podmiotu kontrolowanego przez podmiot zagraniczny. Ponadto powołanie się na cel ustawy nie jest wystarczające dla przyjęcia, że wymagania stawiane spółce z udziałem zagranicznym ubiegającej się o udzielenie koncesji są takie same, jak wymagania stawiane spółce uczestniczącej w spółce ubiegającej się o koncesję.

Pozostaje zatem do rozważenia hipoteza, że pojęcie „podmiot kontrolowany przez podmiot zagraniczny” powinno być rozumiane zgodnie z zawartą w art. 7 ust. 2 i 3 ustawy o spółkach z udziałem zagranicznym definicją osoby prawnej zależnej od

podmiotów zagranicznych. W piśmiennictwie podkreśla się, że pojęcia „kontrola” i „zależność” wykształciły się w prawie antymonopolowym, a następnie stały się częścią terminologii prawa handlowego (prawa spółek). Uzależnienie danego podmiotu od innego podmiotu może nastąpić przede wszystkim przez zdobycie większości głosów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników), uzyskanie prawa mianowania (odwoływania) większości członków zarządu lub rady nadzorczej albo zawarcie umów zapewniających podporządkowanie najważniejszych sfer działalności spółki zależnej spółce dominującej. Istotą stosunku zależności w relacji między podmiotami gospodarczymi jest posiadanie przez podmiot kontrolujący (dominujący) decydującego wpływu na podmiot zależny. Stanowisko to znajduje częściowe oparcie w dyrektywie Rady 94/45 EC z 22 września 1994 r. o utworzeniu Europejskiej Rady Pracy oraz o postępowaniu w przedsiębiorstwach wspólnotowych i wspólnotowych zgrupowań przedsiębiorstw w celu informowania i konsultowania pracowników. Zgodnie z przepisem art. 3 Dyrektywy za przedsiębiorstwo kontrolujące (controlling undertaking) należy rozumieć takie przedsiębiorstwo, które może wywierać dominujący wpływ na inne przedsiębiorstwo, na przykład poprzez strukturę własności (ownership), udział finansowy (financial participation) czy poprzez reguły zarządzania przedsiębiorstwem kontrolowanym. Zgodnie zaś z ust. 2 tego przepisu zdolność do wywierania dominującego wpływu należy zakładać wtedy, gdy dane przedsiębiorstwo w relacji do innego przedsiębiorstwa bezpośrednio lub pośrednio: a) posiada większość subskrybowanego kapitału (subscribed capital) tego przedsiębiorstwa, albo b) kontroluje większość głosów przywiązanych do kapitału udziałowego (share capital) tego przedsiębiorstwa, albo c) może mianować więcej niż połowę członków organów zarządzających, administracyjnych lub nadzorczych tego przedsiębiorstwa. W świetle przepisów Dyrektywy decydującymi kryteriami uznania danego podmiotu za podmiot kontrolujący jest zatem nie tylko zdobycie większości głosów i uzyskanie prawa mianowania ponad połowy członków organów przedsiębiorstwa kontrolowanego (zależnego), lecz także posiadanie większościowego kapitału, przy czym wystarczy tu spełnienie jednego z wymienionych kryteriów. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 3 rozporządzenia Rady nr 4064 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Council Regulation (EEC) no 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings) przez kontrolę (jednego przedsiębiorstwa wobec drugiego) należy rozumieć prawa, umowy i inne środki, które przyznają możliwość wywierania decydującego wpływu (exercising decisive influence) na

przedsiębiorstwo, w szczególności przez: a) własność lub prawo do korzystania z całości lub części zysków przedsiębiorstwa, b) prawa lub umowy, które przyznają decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa.

Określenie powiązań krajowych osób prawnych z podmiotami zagranicznymi zawarte w art. 7 ustawy odpowiada definicjom zawartym w dyrektywie i rozporządzeniu Rady, z tym że pomija kapitałowy aspekt zależności spółki od podmiotu zagranicznego, który jest oczywisty, jak trafnie wskazano we wniosku Prokuratora Prokuratury Krajowej. Struktura kapitałowa spółki ma wprowadzić znaczenie przy ocenie, czy spółka ta jest kontrolowana przez podmiot zagraniczny, jednakże nie jest to kryterium wystarczające i decydujące.

Biorąc powyższe pod rozwagę Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji uchwały.

=====