



EUROPEJSKI BANK CENTRALNY

OPINIA EUROPEJSKIEGO BANKU CENTRALNEGO**z dnia 4 listopada 2005 r.****wydana na wniosek Ministra Finansów Rzeczypospolitej Polskiej
w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo dewizowe****(CON/2005/44)**

1. W dniu 24 sierpnia 2005 r. Europejski Bank Centralny (EBC) otrzymał wniosek Ministra Finansów Rzeczypospolitej Polskiej o wydanie opinii w sprawie projektu ustawy (dalej „projektowana ustawa”) o zmianie ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. – Prawo dewizowe¹ (dalej „Prawo dewizowe”) oraz ustawy z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy².
2. Właściwość EBC do wydania opinii wynika z art. 105 ust. 4 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, a także, w szczególności, z pierwszego, drugiego i trzeciego tiret art. 2 ust. 1 Decyzji Rady 98/414/WE z dnia 29 czerwca 1998 r. w sprawie konsultacji Europejskiego Banku Centralnego udzielanych władzom krajowym w sprawie projektów przepisów prawnych, biorąc przy tym pod uwagę, iż projektowana ustawa dotyczy kwestii walutowych, środków płatniczych oraz Narodowego Banku Polskiego (NBP)³. Zgodnie ze zdaniem pierwszym art. 17 ust. 5 Regulaminu Europejskiego Banku Centralnego, Rada Prezesów wydała niniejszą opinię.

Uwagi ogólne

3. Ze względu na swoje zainteresowanie stosowaniem postanowień Traktatu dotyczących swobodnego przepływu kapitału i płatności w dziesięciu Państwach Członkowskich, które przystąpiły do Unii Europejskiej w dniu 1 maja 2004 r.⁴, EBC uważnie obserwował rozwój polskiej regulacji dewizowej. EBC odnotował w szczególności obszerną reformę wynikającą z wprowadzenia Prawa dewizowego z mocą obowiązującą od dnia 1 października 2002 r.
4. EBC z zadowoleniem przyjmuje fakt, iż projektowana ustawa doprowadzi do dalszego poszerzenia swobody przepływu kapitału poprzez zniesienie określonych wymogów proceduralnych nakładanych na instytucje kredytowe w ramach aktualnego trybu udzielania ogólnych lub indywidualnych zezwoleń dewizowych wymaganych dla dokonywania czynności wchodzących w

1 Dz. U. z 2002 r. Nr 141, poz. 1178 ze zm.

2 Dz. U. z 1999 r. Nr 83, poz. 930 ze zm.

3 Dz. U. L 189 z 3.7.1998 r., str. 42.

4 Odwołania do prawa wspólnotowego zawarte w niniejszej opinii ograniczone są do odpowiednich przepisów Traktatu, regulujących kwestię swobodnego przepływu kapitału i płatności. Opinia nie zawiera odwołań do analogicznych przepisów Układu z dnia 2 maja 1992 r. o Europejskim Obszarze Gospodarczym, ze zmianami wprowadzonymi Protokołem z dnia 17 marca 1993 r. (Dz. U. L 1 z 3.1.1994 r., str. 3).

zakres obrotu dewizowego. Ponadto, EBC z zadowoleniem przyjmuje również fakt, iż projektowana ustawa wprowadza większy stopień przejrzystości przy stosowaniu zasad udzielania zezwoleń dewizowych.

Uwagi szczegółowe dotyczące projektowanej ustawy

5. Ogólną zasadą aktualnych przepisów Prawa dewizowego jest automatyczne udzielanie zezwoleń dewizowych w przypadkach, gdy nie zagraża to bezpieczeństwu państwa, porządkowi publicznemu lub równowadze bilansu płatniczego albo innym podstawowym interesom państwa⁵. Projektowana ustawa ma zmienić wskazany przepis w ten sposób, iż zezwolenia dewizowe byłyby udzielane, jeżeli nie zagrażałoby to bezpieczeństwu państwa, porządkowi publicznemu oraz równowadze bilansu płatniczego, jak również nie naruszałoby ograniczeń w dokonywaniu obrotu dewizowego wynikających z innych ustaw bądź też z decyzji organizacji międzynarodowych, których członkiem jest Polska⁶. EBC zgłasza trzy szczegółowe uwagi dotyczące tego kluczowego przepisu projektowanej ustawy.
6. *Po pierwsze*, EBC przyjmuje z zadowoleniem proponowane usunięcie „innych podstawowych interesów państwa” z listy przesłanek uzasadniających odmowę udzielenia zezwolenia dewizowego⁷. To niezdefiniowane i nieprecyzyjne kryterium wykracza poza zakres dopuszczalnych wyjątków od zasady swobodnego przepływu kapitału przewidzianych w art. 58 Traktatu.
7. *Po drugie*, w odniesieniu do przesłanki „zagrożenia bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego”, EBC pragnie podkreślić, iż – pomimo dopuszczalności wskazanego kryterium w ramach „środków uzasadnionych powodami związanymi z porządkiem publicznym lub bezpieczeństwem publicznym”, które Państwa Członkowskie mogą stosować zgodnie z art. 58 ust. 1 lit. b) Traktatu – jego utrzymywanie nie powinno, zgodnie z art. 58 ust. 3 Traktatu, stanowić „środka arbitralnej dyskryminacji, ani ukrytego ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału i płatności [...]”. Należy zwrócić uwagę, iż co prawda zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Państwa Członkowskie co do zasady zachowują możliwość swobodnego określania wymogów porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego w sposób uzasadniony swoimi krajowymi potrzebami, to jednak kryteria te – w kontekście wspólnotowym, a w szczególności wtedy, gdy stosowane są one jako usprawiedliwienie dla odstąpienia od podstawowej zasady swobodnego przepływu kapitału – powinny być interpretowane ściśle, tak, aby ich zakres nie mógł być określany jednostronnie przez żadne z Państw Członkowskich w sposób niepodlegający kontroli przez instytucje Wspólnoty⁸.

⁵ Art. 6 ust. 1 Prawa dewizowego.

⁶ Art. 1 pkt 5) projektowanej ustawy w związku z art. 10 ust. 1 pkt 1 Prawa dewizowego.

⁷ Art. 1 pkt 5) projektowanej ustawy.

⁸ Zob. orzeczenie w sprawie C-54/99 *Église de scientologie de Paris, Scientology International Reserves Trust/ Premier ministre* [2000] ECR I-1335, pkt 17-19 (cytujące orzeczenie w sprawie 36/75 *Rutili/ Ministre de l'intérieur* [1975] ECR 1219, pkt 26-27).

8. *Po trzecie*, w odniesieniu do sformułowania „zagrożenie równowagi bilansu płatniczego”, które zostaje utrzymane przez projektowaną ustawę, należy zauważyć, iż kryterium to pozostaje poza zakresem wyjątków przewidzianych w art. 58 Traktatu, a zatem jego zastosowanie powinno się dopuszczać wyłącznie w nadzwyczajnych okolicznościach, o których mowa w art. 119 i 120 Traktatu. EBC odnotowuje w związku z tym, iż zgodnie z Prawem dewizowym polska Rada Ministrów, po zasięgnięciu opinii Rady Polityki Pieniężnej, może wprowadzić szczególne ograniczenia w zakresie obrotu dewizowego z zagranicą w przypadkach, w których takie ograniczenia są niezbędne dla zapewnienia równowagi bilansu płatniczego w razie jego ogólnej nierównowagi, nagłego załamania lub powstałego w tym zakresie zagrożenia⁹. Taki sposób określenia okoliczności, w których można wprowadzić szczególne ograniczenia z powodu trudności z równowagą bilansu płatniczego odpowiada co do zasady przesłankom określonym w art. 119 i 120 Traktatu, odnoszącym się do przypadku gdy w Państwie Członkowskim występują trudności lub poważne zagrożenie trudnościami w bilansie płatniczym lub też gdy następuje nagły kryzys bilansu płatniczego. EBC zauważa jednak, że przepisy art. 119 i 120 Traktatu przestają mieć zastosowanie z początkiem trzeciego etapu unii gospodarczej i walutowej, co oznacza, iż Polska będzie mogła powoływać się na powyższe wyjątki od zasady swobodnego przepływu kapitału jedynie do momentu, w którym przyjmie euro. Zważywszy, iż Prawo dewizowe przewiduje obecnie, że określone przepisy zezwalające na wprowadzenie szczególnych ograniczeń tracą moc z dniem przystąpienia Polski do UE¹⁰, EBC sugeruje, iż wskazane mogłoby być wprowadzenie podobnego przepisu przewidującego, że wyżej wymienione przepisy zezwalające na wprowadzenie szczególnych ograniczeń z powodu trudności związanych z bilansem płatniczym tracą moc z dniem przyjęcia przez Polskę euro. Wreszcie, w odniesieniu do okresu poprzedzającego przyjęcie przez Polskę euro, EBC pragnie przypomnieć o wspólnotowej kompetencji do ostatecznego rozstrzygnięcia kwestii zgodności z art. 119 i 120 Traktatu jakichkolwiek szczególnych ograniczeń wprowadzanych z powodów związanych z równowagą bilansu płatniczego.
9. Projektowana ustawa zmienia Prawo dewizowe w ten sposób, że określone ograniczenia w dokonywaniu obrotu dewizowego nie będą stosowane, o ile jedną ze stron takiego obrotu, „działającą na własny rachunek”, jest bank lub instytucja finansowa, „prowadząca w kraju działalność” pod nadzorem władz nadzorczych, uprawnionych na podstawie odrębnych przepisów do sprawowania nadzoru nad określonymi instytucjami finansowymi¹¹. EBC zgłasza dwie szczegółowe uwagi dotyczące tego przepisu.
10. *Po pierwsze*, EBC rozumie, iż wymóg prowadzenia działalności „w kraju” przez bank lub instytucję finansową korzystającą z opisanego powyżej mniej restrykcyjnego traktowania oznacza, że dany bank lub instytucja finansowa powinny prowadzić działalność na terytorium

⁹ Art. 10 ust. 1, ust. 3 i art. 62 Prawa dewizowego.

¹⁰ Art. 62 Prawa dewizowego.

¹¹ Art. 1 pkt 2) lit. a) projektowanej ustawy, zmieniający art. 3 ust. 3 Prawa dewizowego.

Rzeczypospolitej Polskiej¹². W zakresie, w jakim znaczenie pojęcia banku lub instytucji finansowej jest na potrzeby wskazanego przepisu ograniczone do polskich banków i instytucji finansowych, z wyłączeniem instytucji kredytowych i finansowych prowadzących działalność w innych Państwach Członkowskich, przepis w brzmieniu po nowelizacji stawiałby banki i instytucje finansowe z innych Państw Członkowskich w niekorzystnym położeniu. Zgodnie z art. 12 Traktatu, w zakresie zastosowania przepisów traktatowych, w tym dotyczących swobodnego przepływu kapitału, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. EBC przyjąłby zatem z zadowoleniem zmianę w treści projektowanej ustawy precyzującą, iż wszystkie instytucje kredytowe i finansowe z UE podlegające uznaniu zgodnie z zawartą w prawie wspólnotowym zasadą jednolitego zezwolenia (*single licence*), a przy tym prowadzące działalność pod nadzorem właściwych organów Państw Członkowskich, są objęte zakresem pojęcia banków i instytucji finansowych dla potrzeb tego przepisu.

11. *Po drugie*, z uwagi na to, że Prawo dewizowe nie zawiera definicji terminu „instytucja finansowa”, zakres podmiotowy tego pojęcia nie jest całkowicie jednoznaczny. W szczególności, wymóg sprawowania nadzoru przez władze uprawnione do sprawowania nadzoru nad określonymi instytucjami finansowymi nie jest wystarczająco precyzyjny, aby usunąć wszystkie wątpliwości powstające przy próbie określenia jakie konkretnie typy instytucji finansowych są objęte zakresem tego pojęcia. Jako że w prawie polskim brak jest ogólnej definicji „instytucji finansowej”¹³, wskazane byłoby zdefiniowanie tego terminu w ramach przepisów Prawa dewizowego w celu zapobieżenia rozbieżnościom interpretacyjnym co do zakresu podmiotów świadczących usługi finansowe, które mogą korzystać z odpowiednich wyjątków od ograniczeń obrotu dewizowego. Cel ten można byłoby osiągnąć za pomocą odesłania do jednej z definicji zawartych w obowiązujących przepisach ustawowych (np. w polskim prawie bankowym). Jakkolwiek wprowadzenie odpowiedniej definicji należy do kompetencji polskich władz, EBC pragnie przypomnieć o zasadzie niedyskryminacji odnoszącej się między innymi do instytucji finansowych z innych państw członkowskich oraz stanowiącej jedną z fundamentalnych zasad zawartych w Traktacie¹⁴.
12. Prawo dewizowe przewiduje jako zasadę ogólną, iż wywóz oraz wysyłanie za granicę złota dewizowego lub platyny dewizowej podlega wymogowi uzyskania zezwolenia dewizowego. Od powyższej zasady ogólnej istnieje jednak szereg wyjątków, przewidujących m.in.

¹² Art. 2 ust. 1 pkt 4) Prawa dewizowego.

¹³ Definicja „instytucji finansowej” zawarta w art. 4 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 – Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.) powtarza definicję określoną w Dyrektywie 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 marca 2000 r. odnoszącej się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz. U. L 126 z 26.5.2000 r., str. 1). Wśród innych ustawowych definicji „instytucji finansowej” wymienić można postanowienia art. 4 § 1 pkt 7) ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.) oraz art. 2 pkt 10) ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o indywidualnych kontaktach emerytalnych (Dz. U. z 2004 r. Nr 116, poz. 1205).

¹⁴ Znaczenie zastosowania zasady niedyskryminacji w odniesieniu do instytucji kredytowych powinno być rozpatrywane z uwzględnieniem treści art. 15 ust. 2 Prawa dewizowego. EBC nie dostrzega w tym zakresie uzasadnienia dla wyłączenia instytucji kredytowych z innych Państw Członkowskich spod wyjątku obejmującego umowy sprzedaży zagranicznych środków płatniczych nabytych w ramach działalności kantorowej, zawierane pomiędzy przedsiębiorcą a polskim bankiem.

(i) zezwolenie rezydentom, prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie przetwórstwa i obrotu metalami szlachetnymi, na wywóz za granicę złota dewizowego lub platyny dewizowej w związku z tą działalnością, jak również (ii) zezwolenie na wywóz za granicę złotych monet emitowanych przez NBP¹⁵. EBC zauważa, iż wymienione powyżej wyjątki nie obejmują wszystkich możliwych przypadków, w których rezydent mógłby oczekiwać, iż przysługuje mu prawo skorzystania ze swobody zagwarantowanej w art. 56 Traktatu w celu wywozu lub wysłania za granicę złota dewizowego bądź platyny dewizowej. Ponadto, wskazane byłoby – z uwagi na potrzebę zapewnienia kompletności regulacji – rozszerzenie wyjątku dotyczącego złotych monet emitowanych przez NBP na złote monety emitowane przez inne krajowe banki centralne wchodzące w skład Europejskiego Systemu Banków Centralnych.

13. Nawiązując do uwag zawartych w punkcie 12, EBC pragnie poczynić bardziej ogólne spostrzeżenie, iż pomimo dokonanej już znaczącej liberalizacji przepisów Prawa dewizowego, mającej na celu zapewnienie swobodnego przepływu kapitału, w przyszłości wskazane mogłoby być rozważenie dalszego uporządkowania i uproszczenia tych przepisów. Przykładowo, na pewnym etapie procesu liberalizacji praktycznie zasadne może okazać się wprowadzenie ogólnych zasad o charakterze przyzwalającym zamiast formułowania szczegółowych list zawierających wyłączenia od ogólnych zasad o charakterze restrykcyjnym. Druga z wyżej wymienionych metod regulacji pociąga za sobą ryzyko niezamierzonego utrzymywania ograniczeń dotyczących określonych kategorii podmiotów, jako nie objętych zakresem odpowiednich wyłączeń. Ponadto, indywidualne zezwolenia dewizowe nie mogą być uznane za skuteczne narzędzie prawne pozwalające na osiągnięcie pełnej liberalizacji, ponieważ są one udzielane na zasadach uznaniowych i nie mogą zapewnić pewności prawnej w zakresie zgodności z Traktatem.
14. Projektowana ustawa przewiduje, iż rezydenci i nierezydenci dokonujący wywozu za granicę krajowych lub zagranicznych środków płatniczych, złota dewizowego lub platyny dewizowej, których wartość przekracza 10.000 euro, są obowiązani okazywać organom celnym lub Straży Granicznej, bez wezwania, dokumenty potwierdzające uprawnienie do wywozu (lub zezwolenie dewizowe uprawniające do wywozu)¹⁶. Podobnie, projektowana ustawa przewiduje, iż rezydenci i nierezydenci przekraczający granicę są obowiązani zgłaszać organom celnym lub Straży Granicznej przywóz do Polski krajowych lub zagranicznych środków płatniczych, a także złota lub

¹⁵ Zob. art. 9 pkt 2) Prawa dewizowego, § 6 ust. 1 i § 8 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 3 września 2002 r. w sprawie ogólnych zezwoleń dewizowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 174, poz. 1273 ze zm.) (dalej „rozporządzenie w sprawie ogólnych zezwoleń dewizowych”). Podobnie, zgodnie z Prawie dewizowym wywóz oraz wysyłanie za granicę krajowych lub zagranicznych środków płatniczych o łącznej wartości przekraczającej 10.000 euro podlega co do zasady wymogowi uzyskania zezwolenia dewizowego (zob. art. 9 pkt 3) Prawa dewizowego). W stosunku do tej ogólnej zasady istnieje jednak szereg wyjątków pozbawiających ją w praktyce skuteczności – zezwala się bowiem rezydentom i nierezydentom na wywóz lub wysyłanie za granicę krajowych lub zagranicznych środków płatniczych o wartości przekraczającej 10.000 euro, jeżeli środki te (i) zostały wypłacone z rachunku bankowego lub zostały nabyte od banku za środki zgromadzone na rachunku bankowym albo (ii) pochodzą z innych źródeł, pod warunkiem zgłoszenia ich w formie pisemnej organom celnym lub organom Straży Granicznej wykonującym kontrolę celną (zob. § 4, 4a i 4b rozporządzenia w sprawie ogólnych zezwoleń dewizowych).

¹⁶ Art. 1 pkt 9) projektowanej ustawy. Zob. też rozporządzenie wydane przez Ministra Finansów na podstawie art. 21 Prawa dewizowego.

platyny dewizowej o wartości przekraczającej 10.000 euro¹⁷. Wprowadzenie takich wymogów może być usprawiedliwione, o tyle o ile obowiązek dokonania uprzedniego zgłoszenia – w przeciwieństwie do obowiązku uzyskania uprzedniego zezwolenia – nie wywołuje skutku w postaci wstrzymywania transakcji poprzez uzależnianie ich w każdym przypadku od zgody organów administracyjnych; jednocześnie, rozwiązanie takie może pozwolić władzom krajowym na wykonywanie skutecznego nadzoru w celu zapobiegania naruszeniom ich porządku prawnego¹⁸. Jako uwagę ogólną, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, EBC zaznacza, iż istotną kwestią jest zagwarantowanie, aby wskazane powyżej wymogi dokonywania uprzedniego zgłoszenia nie miały skutku wstrzymującego transakcje z naruszeniem art. 56 Traktatu.

15. Zgodnie z Prawem dewizowym dokonanie przekazu pieniężnego za granicę lub rozliczenia w kraju z nierezydentem podlega określonym wymogom proceduralnym (np. wymóg udokumentowania tytułu prawnego, w związku z którym następuje przekaz lub rozliczenie)¹⁹. W zakresie, w jakim wymogi te mogą być uważane za przeszkodę w swobodnym przepływie kapitału i płatności dokonywanym zgodnie z Traktatem, EBC pragnie odesłać do uwag dotyczących orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, zawartych w punkcie 14 niniejszej opinii. EBC przyjąłby przy tym z zadowoleniem dalsze ułatwienia w swobodnym przepływie kapitału, które mogłyby wynikać z uchylecia odpowiednich wymogów proceduralnych nałożonych przez powyższe przepisy Prawa dewizowego, tym bardziej że możliwość taka jest wprowadzana przepisami projektowanej ustawy, na co wskazuje również treść uzasadnienia do projektu ustawy dostarczonego przez Ministra Finansów.
16. Niniejsza opinia zostanie opublikowana na stronie internetowej EBC.

Sporządzono we Frankfurcie nad Menem, dnia 4 listopada 2005 r.

[podpis]

Prezes EBC

Jean-Claude TRICHET

¹⁷ Art. 1 pkt 8) projektowanej ustawy.

¹⁸ Połączone sprawy C-358/93 i C-416/93 *Bordessa i inni* [1995] ECR I-361, pkt 24-31; Połączone sprawy C-163/94, C-165/94 i C-250/94 *Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Diaz Jimenez i Figen Kapanoglu* [1995] I-4821, pkt 23-30; sprawa C-302/97 *Konle/ Austria* [1999] ECR I-3099, pkt 44-46.

¹⁹ Zob. art. 26-27 Prawa dewizowego.