

KRZYSZTOF OPLUSTIL

ŁĄCZNIK SIEDZIBY SPÓŁKI W NOWYM PRAWIE
PRYWATNYM MIĘDZYNARODOWYM
UWAGI NA TLE PRAWA EUROPEJSKIEGO

I. WPROWADZENIE

Uchwalona przez Sejm w dniu 4 lutego 2011 r. nowa ustawa — Prawo prywatne międzynarodowe¹ (dalej: p.p.m.) zawiera bardziej rozbudowaną, w porównaniu ze swoją poprzedniczką z 1965 r.², regulację dotyczącą prawa właściwego dla osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych. Nowa ustawa zawiera między innymi regulację odnoszącą się do zakresu statutu personalnego osoby prawnej w postaci otwartego katalogu zagadnień o charakterze korporacyjnoprawnym, które objęte są tym statutem (art. 17 ust. 3 p.p.m.), a także — dość szczątkowe i enigmatyczne — regulacje dotyczące transgranicznego przeniesienia siedziby i transgranicznego połączenia osób prawnych (art. 19 p.p.m.). Fundamentalne znaczenie z punktu widzenia kolizyjnej regulacji osób prawnych, w szczególności spółek, ma kwestia łącznika, a więc kryterium powiązania osoby prawnej z państwem, za pomocą którego to kryterium ustala się prawo właściwe dla relacji prawno-korporacyjnych. Niestety, ta podstawowa kwestia nie została rozstrzygnięta przez polskiego ustawodawcę w sposób jednoznaczny i precyzyjny, pozostawiając pole do interpretacji, która powinna uwzględniać nakaz proeuropejskiej (prounijnej) wykładni prawa krajowego, tak aby regulacje tego prawa (w tym także krajowego prawa kolizyjnego) nie stały na przeszkodzie w realizacji swobód traktatowych.

¹ Dz.U. nr 80, poz. 432.

² Ustawa z 12 XI 1965 r. — Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. nr 46, poz. 290 ze zm.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 p.p.m. osoba prawna podlega prawu państwa, w którym ma siedzibę. Jeżeli jednak prawo tego państwa przewiduje właściwość prawa państwa, na podstawie którego osoba prawna została utworzona, stosuje się prawo tego państwa (art. 17 ust. 2 p.p.m.). Z kolei art. 17 ust. 3 p.p.m. zawiera przykładowe zestawienie kwestii, które objęte są statutem personalnym osoby prawnej, a więc prawem merytorycznym, ustalonym zgodnie z zasadami określonymi w poprzedzających ustępach tego artykułu³. Katalog ten obejmuje następujące zagadnienia: powstanie, łączenie, podział, przekształcenie lub ustanie osoby prawnej; charakter prawny osoby prawnej; nazwę oraz firmę osoby prawnej; zdolność osoby prawnej; kompetencje i zasady działania oraz powoływanie i odwoływanie członków organów; reprezentację; nabycie i utratę statusu wspólnika lub członkostwa oraz prawa i obowiązki z nimi związane; odpowiedzialność wspólników lub członków za zobowiązania osoby prawnej; skutki naruszenia przez osobę reprezentującą osobę prawną ustawy, aktu założycielskiego lub statutu. Istotne znaczenia dla dalszych rozważań mają także unormowania zawarte w art. 19 ust. 1 p.p.m., które odnoszą się do tzw. transgranicznego przeniesienia siedziby osoby prawnej. Przepis ten stanowi, że z chwilą przeniesienia siedziby do innego państwa osoba prawna podlega prawu tego państwa. Osobowość prawna uzyskana w państwie dotychczasowej siedziby jest zachowana, jeżeli przewiduje to prawo każdego z zainteresowanych państw. Przeniesienie siedziby w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego⁴ nie prowadzi do utraty osobowości prawnej. Z kolei art. 19 ust. 2 p.p.m. odnosi się do transgranicznego połączenia osób prawnych mających siedziby w różnych państwach i przewiduje, że połączenie to „wymaga dopełnienia wymagań określonych w prawie tych państw”.

Pytanie o fundamentalnym znaczeniu z punktu widzenia całej nowej regulacji dotyczy znaczenia łącznika siedziby, którym posługuje się ustawodawca w przepisach art. 17 i 19 p.p.m. Czy przez pojęcie siedziby należy rozumieć rzeczywistą siedzibę osoby prawnej (a jeżeli tak, to za pomocą jakich kryteriów ją ustalić), czy też siedzibę wskazaną w akcie założycielskim (na przykład w umowie spółki, statucie) konkretnej osoby prawnej oraz ujawnianą z reguły w publicznym rejestrze, do którego wpisywana jest ta osoba prawna? W uzasadnieniu projektu prawa prywatnego międzynarodowego próżno szukać wyraźnej i jednoznacznej odpowiedzi

³ Na temat przedmiotowego zakresu statutu personalnego spółek zob. S. Sołtyś i in-ski, *Prawo właściwe dla spółek prawa handlowego*, „Rejent” 2001, z. 7–8, s. 280 i n.

⁴ Europejski Obszar Gospodarczy obejmuje oprócz państw członkowskich UE także Islandię, Norwegię i Liechtenstein. Państwa te realizują traktatowe swobody wspólnego rynku poza przepisami dotyczącymi rolnictwa i rybołówstwa.

na to podstawowe pytanie. Ograniczono się tam jedynie do stwierdzenia, że „utrzymany został zasadniczy łącznik siedziby”⁵. Artykuł 9 § 2 p.p.m. z 1965 r. przewidywał, iż zdolność prawna osoby prawnej podlega prawu państwa, w której osoba ta ma siedzibę. Również na gruncie dawnego prawa ustawodawca nie przesądził więc znaczenia pojęcia siedziby⁶. W dotychczasowej doktrynie przeważało stanowisko, że przepis ten realizował tzw. teorię siedziby rzeczywistej, rozumianej jako siedziba organu zarządzającego osoby prawnej⁷. Jednakże w nowszym piśmiennictwie, w znacznej mierze pod wpływem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego swobody osiedlania się spółek, coraz szersze poparcie zyskiwał pogląd, zgodnie z którym przez pojęcie to należy rozumieć siedzibę statutową⁸. Jakkolwiek więc wykładnia historyczna, wsparta pewnymi fragmen-

⁵ Uzasadnienie do projektu ustawy — prawo prywatne międzynarodowe, druk sejmowy nr 1277, s. 14–15.

⁶ Znaczenie pojęcia siedziby budziło wątpliwości już na gruncie art. 1 ust. 3 ustawy z 1926 r. o prawie właściwym dla stosunków prywatnych międzynarodowych, który także posługiwał się łącznikiem siedziby bez sprecyzowania, o jaką siedzibę chodzi. Por. K. P r z y b y ł o w s k i, *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*, Lwów 1935, s. 9, którego zdaniem „decydować powinien w tej mierze całokształt rzeczywistego stanu rzeczy (nie są więc tu miarodajne niezgodne z rzeczywistością postanowienia statutu)”.

⁷ Por. np. M. S o ś n i a k, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Katowice 1991, s. 104; W. L u d w i c z a k, *Międzynarodowe prawo prywatne*, Warszawa 1996, s. 170; S. S o ł t y s i ń s k i, w: S. S o ł t y s i ń s k i, A. S z a j k o w s k i, J. S z w a j a, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, wyd. 2, Warszawa 1997, s. 214; W. K l y t a, *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2002, s. 44; J. G o ł a c z y ń s k i, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2003, s. 95; M. P a z d a n, w: S. W ł o d y k a, *Prawo spółek handlowych*, t. 2A, Warszawa 2007, s. 414–415; M. P a z d a n, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 13, Warszawa 2010, s. 99.

⁸ Tak zarówno *de lege lata*, jak i *de lege ferenda* A. O p a l s k i, *Prawo właściwe dla osób prawnych w świetle projektu ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*, w: *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 827; A. O p a l s k i, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 105–106. Jak podkreśla ten autor: „Polskie sądy ani praktyka nigdy nie ustalały statutu personalnego osób prawnych na podstawie miejsca sprawowania czynności przez organy zarządzające tych osób, lecz polegały na siedzibie wskazanej w aktach założycielskich”. Za interpretacją pojęcia siedziby, występującego w art. 9 § 2 p.p.m. z 1965 r., jako siedziby statutowej opowiada się także M. S p y r a, w: J. B i e n i a k, M. B i e n i a k, G. N i t a - J a g i e l s k i, K. O p l u s t i l, R. P a b i s, A. R a c h w a ł, M. S p y r a, G. S u l i ń s k i, M. T o f e l, R. Z a w ł o c k i, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 6–7. W dawniejszej literaturze J. J a k u b o w s k i, *Prawo prywatne międzynarodowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1984, s. 60 i 76, dopuszczał interpretację art. 9 § 2 p.p.m. z 1964 r. w myśl teorii siedziby statutowej. Postulaty *de lege ferenda* odejścia od rozumienia pojęcia siedziby osoby prawnej w prawie prywatnym międzynarodowym jako siedziby rzeczywistej na rzecz siedziby statutowej zgłaszali: A. W. W i ś n i e w s k i, *Statut personalny spółek kapitałowych i uznawanie spółek zagranicznych. Orzecznictwo Trybunału Wspólnot a reforma*

tami uzasadnienia projektu nowego prawa prywatnego międzynarodowego⁹, mogłaby skłaniać do przyjęcia, że art. 17 ust. 1 p.p.m. odwołuje się do rzeczywistej siedziby osoby prawnej w celu ustalenia właściwego dla niej prawa, to jednak rozstrzygnięcie tej kwestii nie powinno abstrahować od rezultatu wykładni funkcjonalnej oraz oceny jego zgodności z prawem unijnym.

W ciągu ostatniej dekady orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (który po wejściu w życie traktatu lizbońskiego nosi nazwę Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) dotyczące swobody osiedlania się spółek (swobody przedsiębiorczości, ang. *freedom of establishment*, niem. *Niederlassungsfreiheit*) wywarło silny wpływ na kolizyjnoprawne regulacje w państwach członkowskich, prowadząc w niektórych z nich (na przykład w Niemczech) do przewartościowania poglądów doktrynalnych i praktyki orzeczniczej sądów krajowych, a także do zmian ustawowych¹⁰. Zgodnie z zasadą pierwszeństwa pierwotnego prawa europejskiego przed prawem krajowym¹¹ przepisy prawa krajowego — zarówno o charakterze merytorycznym, jak i kolizyjnym — sprzeczne z traktatową swobodą przedsiębiorczości (art. 49 i n. traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹²; dalej: TFUE) nie mogą być stosowane. Zakaz ograniczania tej swobody jest przy tym szeroko rozumiany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jako nie tylko zakaz dyskryminacji podmiotów z in-

polskiego prawa prywatnego międzynarodowego, w: Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Pionka, red. A. Łazowski, R. Ostrihansky, Kraków 2005, s. 719 i n. oraz s. 730 i n.; J. P o c z o b u t, *Osoby prawne w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. Projekt nowelizacji ustawy*, KPP, R. IX: 2000, z. 3, s. 545 i 548. S. S o ł t y s i ń s k i, [przyp. 3], s. 270, postulował wprowadzenie do prawa prywatnego międzynarodowego alternatywnego łącznika prawa inkorporacji (powstania) spółki. Por. też M. S z y d ł o, *Statut personalny osób prawnych w projekcie nowej ustawy — prawo prywatne międzynarodowe*, KPP, R. XVI: 2007, z. 1, s. 195, który *de lege ferenda* opowiadał się za przyjęciem łącznika inkorporacji (utworzenia) co do spółek spełniających przesłanki art. 48 TWE (obecnie art. 54 TFUE).

⁹ We fragmencie uzasadnienia do nowej kolizyjnoprawnej regulacji transgranicznego przeniesienia siedziby (art. 19 ust. 1 p.p.m.) można znaleźć zdanie, że chodzi tu o „przeniesienie siedziby głównej osoby prawnej” do innego państwa; *Uzasadnienie...*, [przyp. 5], s. 15.

¹⁰ Tym bardziej dziwi brak jakiegokolwiek odniesienia w uzasadnieniu projektu ustawy do tego orzecznictwa ETS oraz wyjaśnienia, jak, w świetle tego orzecznictwa, należy rozumieć pojęcie siedziby osoby prawnej występujące w art. 17 ust. 1 p.p.m.

¹¹ Zob. wyroki ETS w sprawach: 26/62, *Van Gend an Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, Zb.Orz. 1963 oraz 16/64, *Costa v. Enel*, Zb.Orz. 1964, s. 585. Por. S. B i e r n a t, w: *Prawo Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2004, s. 256 i n.; A. W r ó b e l, w: *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005, s. 106 i n.

¹² Dz.Urz. UE z 9 V 2008 r., C 115/47.

nych państw członkowskich Unii, ale również jako zakaz „utrudniania korzystania z tej swobody albo czynienia jej mniej atrakcyjnym”¹³. Państwo członkowskie nie może więc powołać się na żadne normy swojego porządku prawnego, jeżeli rezultatem ich zastosowania byłoby nieuzasadnione ograniczenie swobody przedsiębiorczości. Ponadto na wszystkich organach państw członkowskich spoczywa obowiązek pronijnej (proeuropejskiej, prowspółnotowej) wykładni prawa krajowego¹⁴. Wynikający z art. 4 ust. 3 akapit 2 traktatu o Unii Europejskiej¹⁵ nakaz proeuropejskiej interpretacji oznacza, że organy krajowe powinny wyklądać krajowe przepisy zgodnie z brzmieniem i celem prawa europejskiego tak dalece, jak jest to możliwe w ramach przysługującego im uznania („luzu”) interpretacyjnego. Obowiązek ten odnosi się oczywiście także do niejednoznacznych pojęć występujących w przepisach prawa prywatnego międzynarodowego.

Poniższe rozważania będą się koncentrować na wykładni cytowanych przepisów dotyczących spółek jako tych podmiotów, które szczególnie aktywnie uczestniczą w międzynarodowym obrocie gospodarczo-prawnym. Kwestia, w jaki sposób należy ustalić prawo, któremu podlega spółka, a więc jaki jest jej statut personalny (*lex societatis*), ma dlatego szczególne znaczenie praktyczne. Dla dalszych rozważań zasadniczo miarodajne jest szerokie pojęcie spółki, wynikającej z pierwotnego prawa europejskiego, tj. z art. 54 TFUE, który definiuje to pojęcie na potrzeby przepisów o swobo-

¹³ Zob. wyrok ETS w sprawie C-19/92, Kraus, Zb.Orz. 1993, s. I-1663; J. Napierała, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2006, s. 25; J. Barcz, w: *Prawo...*, [przyt. 11], s. 600 i n.; Ł. Supera, *Swoboda przedsiębiorczości osób prawnych we Wspólnocie Europejskiej*, KPP, R. XVII: 2008, z. 2, s. 417. Monograficznie na temat swobody przedsiębiorczości: M. Szydło, *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007; E. Skibińska, *Swoboda zakładania przedsiębiorstw przez osoby prawne (art. 43–48 TWE)*, Warszawa 2008.

¹⁴ Zob. orzeczenia ETS: z 10 IV 1984 r. w sprawie 14/83, von Colson i Kamann v. Nadrenia Północna-Westfalia, Zb.Orz. 1984, s. 1891, pkt 26; z 8 X 1987 r. w sprawie 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Zb.Orz. 1987, s. 3969, pkt 12; z 13 XI 1990 r. w sprawie C-106/89, Marleasing, Zb.Orz. 1990, s. I-4135, pkt 8; z 9 III 2004 r. w połączonych sprawach: od C-397/01 do C-403/01, Pfeiffer, Zb.Orz. 2004, s. I-8835, pkt 113; z 13 VII 2000 r. w sprawie C-456/98, Centrosteel, Zb.Orz. 2000, s. I-6007, pkt 16; z 4 VII 2006 r. w sprawie C-212/04, Adeneler i in. v. ELOG, Zb.Orz. 2006, s. I-6057, pkt 108, 123–124. W literaturze por. S. Bieronat, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich, w: Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998, s. 123 i n.; J. Napierała, *Uwagi na temat wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami europejskiego prawa spółek*, „Czasopismo Kwartalnego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego” (dalej: HUK) 2008, z. 3, s. 347; K. Oplustil, *O potrzebie proeuropejskiej wykładni polskiego prawa spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” (dalej: PPH) 2010, z. 11, s. 4 i n.

¹⁵ Dz.Urz. UE z 9 V 2008 r., C 115/13.

dzie przedsiębiorczości. Zgodnie z art. 54 ust. 2 TFUE przez spółki rozumie się spółki prawa cywilnego lub handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiągnięcie zysków. Spółką w świetle tej definicji jest więc właściwie każda osoba prawna i jednostka organizacyjna nieposiadająca formalnej osobowości prawnej, dążąca do realizacji celów komercyjnych¹⁶. W myśl art. 54 ust. 1 TFUE prawo korzystania ze swobody przedsiębiorczości mają spółki utworzone zgodnie z ustawodawstwem jednego z państw członkowskich oraz mające na terytorium Unii (niekoniecznie w tym państwie, według prawa którego dana spółka została założona) co najmniej jedną z trzech kategorii siedzib: siedzibę statutową (ang. *registered office*), główny zarząd (ang. *central administration*) lub główne centrum działalności (ang. *principal place of business*). Stosowanie polskich przepisów kolizyjnych do spółek, o których mowa w powołanych przepisach traktatu, musi uwzględniać nakazy wynikające z prawa europejskiego, a przede wszystkim nie może w sposób nieusprawiedliwiony¹⁷ utrudniać korzystania przez nie z traktatowej swobody przedsiębiorczości (osiedlania się).

II. METODY USTALANIA PRAWA WŁAŚCIWEGO DLA OSÓB PRAWNYCH

W doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego wyróżnia się dwie zasadnicze kolizyjnoprawne metody, służące ustalaniu statutu personalnego, czyli prawa krajowego właściwego dla osób prawnych (*scil.* spółek): tzw. teorię powstania oraz teorię siedziby rzeczywistej¹⁸. Teoria powsta-

¹⁶ Na marginesie należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 21 p.p.m. przepisy art. 17–20 stosuje się odpowiednio do jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej. Za „jednostki organizacyjne” w rozumieniu tego przepisu będą mogły być uznane w szczególności handlowe spółki osobowe, niezależnie od tego, czy właściwe dla nich prawo merytoryczne (wskazane przez łącznik siedziby) przyznaje im formalną osobowość prawną.

¹⁷ Ograniczenie jest usprawiedliwione, jeżeli przemawiają za tym nadrzędne względy interesu publicznego, a odpowiednie przepisy prawa krajowego są niedyskryminujące, adekwatne i proporcjonalne oraz nie wykraczają ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu (tzw. test Gebhard). Zob. wyroki ETS z: 30 XI 1995 r., C-55/94, Gebhard, Zb.Orz. 1995, s. I-4165; z 30 IX 2003 r., C-167/01, Inspire Art, Zb.Orz. 2003, s. I-10155. W doktrynie por. J. Napierała, [przyp. 13], s. 25 i n.; A. Opalski, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 118.

¹⁸ Zob. przedstawienie tych teorii w następujących opracowaniach: W. Kłyta, [przyp. 7], s. 19 i n.; M. Pazdan, w: S. Włodzka, [przyp. 7], s. 410 i n.; A. Opalski, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 94 i n.; A. W. Wiśniewski, [przyp. 8], s. 717 i n. W doktrynie zagranicznej por. A. Ramello, *Corporations in Private International Law*, Oxford 2001, s. 9 i n.

nia (utworzenia, inkorporacji, założenia), przyjęta i praktykowana pierwotnie zwłaszcza w państwach anglosaskich, ale stopniowo akceptowana również w regulacjach kolizyjnych niektórych państw Europy kontynentalnej¹⁹, zakłada, iż statutem personalnym spółki jest prawo państwa, zgodnie z którym spółka ta została utworzona i w którym została wpisana do właściwego rejestru. Teoria ta jest logiczną konsekwencją faktu, że spółka jako osoba prawna stanowi sztuczny byt kreowany na podstawie określonego prawa krajowego, które (po spełnieniu określonych w nim przesłanek) przyznaje jej podmiotowość i zdolność prawną. Teoria powstania prowadzi do swoistego ustabilizowania („zamrożenia”) statutu personalnego spółki. Prawo korporacyjne, według którego została ona założona i na które wskazuje jej dodatek firmowy, pozostaje niezmiennie i niezależne od tego, w jakim kraju koncentruje się jej zasadnicza działalność albo znajduje się jej „centrum decyzyjne” (organ zarządzający). Teoria ta sprzyja więc transgranicznej mobilności spółek, rozumianej jako możliwość przeniesienia centrum działalności lub lokalizacji organu zarządzającego do innego państwa, z zachowaniem jej dotychczasowego statutu personalnego i, co najważniejsze, bez konieczności uprzedniej likwidacji spółki w państwie jej utworzenia. W doktrynie podkreśla się liberalny charakter teorii utworzenia, która umożliwia założycielom spółek wybór prawa korporacyjnego, któremu podlegać będzie zakładana tworzona przez nich spółka niezależnie od miejsca prowadzenia przez nią działalności²⁰. Należy mieć jednak na uwadze, że materialne prawo krajowe państw stosujących teorię założenia wymaga z reguły, aby spółka, utworzona zgodnie z jego prawem, miała na jego terytorium również siedzibę statutową (tj. siedzibę określoną w umowie spółki lub statucie) lub siedzibę ujawnioną w rejestrze, do którego spółka została wpisana. Nierzadkie są także wynikające z prawa publicznego ograniczenia przenoszenia siedziby rzeczywistej za granicę, służące ochronie interesów fiskalnych państwa inkorporacji²¹. Niewątpliwą zaletą teorii założenia jest łatwość, z jaką uczestnicy obrotu prawnego oraz zagraniczne organy państwowe, przed którymi staje spółka, mogą ustalić jej statut personalny, a więc prawo, któremu ona podlega w zakresie stosunków korporacyjnych. W tym celu wystarczające jest przedstawienie przez spółkę dokumentu, potwierdzającego jej założenie i rejestrację w określonym

¹⁹ Między innymi Dania i Holandia, a w zmodyfikowanej wersji także Włochy i Szwajcaria. Por. W. K l y t a, [przyp. 7], s. 53–54; J. P o c z o b u t, [przyp. 8], s. 533–534.

²⁰ Por. W. K l y t a, [przyp. 7], s. 49 i n.

²¹ Tak np. angielskie prawo podatkowe wymaga zgody ministerstwa skarbu (Treasury) na przeniesienie rzeczywistej siedziby spółki za granicę; por. A. O p a l s k i, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 96; A. O p a l s k i, *Prawo...*, [przyp. 8], s. 815.

państwie. Istotny walor informacyjny w stosunku do uczestników obrotu ma także dodatek firmowy (na przykład „ltd.”, „GmbH”, „s.r.o.”, „SARL”), wskazujący na zagraniczne pochodzenie spółki. Teoria inkorporacji z jednej strony przyczynia się do szybkości i pewności międzynarodowego obrotu gospodarczego, a z drugiej — stwarza założycielom spółek możliwość wyboru najbardziej odpowiadającego im krajowego systemu prawa korporacyjnego, któremu będzie podlegać zakładana przez nich spółka, niezależnie od miejsca prowadzenia przez nią jej głównej działalności. Z prawnopolitycznego punktu widzenia teoria inkorporacji sprzyja swoistemu „eksportowi” krajowego prawa spółek. Krajowi przedsiębiorcy, zamierzający prowadzić działalność gospodarczą za granicą, mogą wykorzystać w tym celu formę spółki przewidzianą w krajowym prawie, a następnie zarejestrować w państwie „docelowym” oddział tej spółki, w którym *de facto* prowadzona będzie cała (lub przeważająca) jej działalność. Będzie to jednak możliwe pod warunkiem, że również państwo „docelowe” opiera swoje normy kolizyjne na teorii założenia lub na teorii siedziby statutowej (por. niżej). Oprócz wspomnianych zalet, teoria inkorporacji w oczywisty sposób sprzyja realizacji traktatowej swobody osiedlania się spółek w Unii Europejskiej. W związku z tym, jeszcze w trakcie prac nad nowym prawem prywatnym międzynarodowym postulowano w polskiej doktrynie oparcie właśnie na tej teorii normy kolizyjnej wyznaczającej statut personalny osób prawnych i spółek handlowych²². Niestety, polski ustawodawca nie zrealizował tych słusznych postulatów.

Niejako na przeciwnym biegunie metod ustalania statutu personalnego spółek leży teoria siedziby rzeczywistej (ang. *real seat theory*, niem. *Sitztheorie*), zgodnie z którą prawem właściwym dla stosunków korporacyjnych jest prawo spółek tego państwa, w którym dana spółka ma siedzibę rzeczywistą. Teoria ta nie ma jednolitego charakteru, lecz występuje w różnych odmianach, w zależności od tego, co rozumie się przez pojęcie „siedziba rzeczywista”²³. Najczęściej przyjmuje się, że siedzibą rzeczywistą jest miejsce, w którym znajduje się organ zarządzający spółki i w którym zazwyczaj podejmuje on (*scil.* jego członkowie) decyzje z zakresu prowadzenia jej spraw²⁴. Rzadziej uznaje się, że spółka ma rzeczywistą

²² Zob. M. Sz y d ł o, [przyp. 8], s. 195. Por. też propozycje *de lege ferenda*, opowiadające się za przyjęciem łącznika siedziby statutowej, zgłaszane przez: J. P o c z o b u t a, [przyp. 8], s. 549; A. W. W i ś n i e w s k i e g o, [przyp. 8], s. 760 i n.; A. O p a ł s k i e g o, *Prawo...*, [przyp. 8], s. 817 i n.

²³ Omówienie różnych odmian siedziby rzeczywistej w: W. K l y t a, [przyp. 7], s. 24 i n.

²⁴ Por. M. P a z d a n, w: S. W ł o d y k a, [przyp. 7], s. 415 („Pod pojęciem tym kryje

siedzibę w państwie, w którym koncentruje się jej główna działalność, na przykład w którym znajduje się jej główny zakład (główne przedsiębiorstwo — „centrum eksploatacyjne”). Implementowanie teorii siedziby rzeczywistej do krajowego prawa kolizyjnego, a następnie jej ścisłe egzekwowanie przez sądy (tak jak miało to na przykład do niedawna miejsce w Niemczech) wyklucza praktycznie transgraniczną mobilność spółek, a więc możliwość przeniesienia rzeczywistej siedziby spółek do innego państwa z zachowaniem jej podmiotowości prawnej. Skoro bowiem spółka, w zakresie relacji prawnokorporacyjnych, podlega prawu państwa, w którym ma rzeczywistą siedzibę, to przeniesienie tej siedziby do innego państwa pociąga za sobą zmianę jej statutu personalnego. Skutkuje to utratą podmiotowości spółki w świetle prawa pierwszego państwa²⁵. Ponieważ wskutek przeniesienia siedziby rzeczywistej spółki zerwana została więź, która, w myśl normy kolizyjnej tego państwa, decyduje o jej „przynależności” do tego państwa, a zarazem — o podległości spółki jego prawu korporacyjnemu, po dokonaniu przez nią transgranicznej „przeprowadzki” („emigracji”) prawo to nie znajduje już więcej do niej zastosowania. Z punktu widzenia prawa państwa realizującego teorię siedziby spółka taka traktowana jest jako podmiot obcy, którego statut personalny, w tym także kwestię uzyskania zdolności prawnej, należy oceniać w świetle prawa państwa, w którym znajduje się teraz jego siedziba rzeczywista. Jeżeli również prawo kolizyjne tego ostatniego państwa przyjmuje łącznik siedziby rzeczywistej jako miarodajny dla ustalenia statutu personalnego spółek, nabycie zdolności prawnej przez spółkę „przybyłą” na jego terytorium uzależnione jest od spełnienia przesłanek określonych w jego krajowym prawie spółek. W przypadku gdy spółką przenoszącą rzeczywistą siedzibę jest spółka kapitałowa, warunkiem uzyskania osobowości prawnej w tym państwie będzie z reguły wpis do odpowiedniego rejestru, po uprzednim spełnieniu formalnych przesłanek

się faktyczna, stała siedziba organów zarządzających (kierujących) daną osobą prawną. W razie powiązania tych organów z różnymi państwami decydować powinno kryterium intensywności związku. Za rzeczywistą siedzibę osoby prawnej należy w takim przypadku uznawać miejsce, w którym działają jej organy najbardziej znaczące lub część dyrekcji o największym wpływie na jej funkcjonowanie”); W. K l y t a, [przyp. 7], s. 29 i 44. Zgodnie z formułą stosowaną przez niemiecki Federalny Sąd Najwyższy (BGH), siedziba spółki znajduje się w „miejscu, w którym zasadnicze rozstrzygnięcia zarządu są efektywnie przekształcane w bieżące akty prowadzenia spraw spółki”, por. BGHZ 97, s. 269, 272.

²⁵ Por. W. K l y t a, [przyp. 7], s. 111 i n.; A. O p a l s k i, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 95; A. R a m e l o, [przyp. 18], s. 12. Państwa teorii siedziby rzeczywistej przyjmują jednak z reguły wyjątek od tej zasady w sytuacji, gdy prawo kolizyjne państwa, w którym znajduje się siedziba rzeczywista spółki, realizuje teorię utworzenia. Wówczas państwo teorii siedziby rzeczywistej uznaje odesłanie do swojego prawa materialnego.

określonych w jego prawie krajowym, w tym w szczególności wniesienia minimalnego kapitału zakładowego (jeżeli prawo to przewiduje takie wymaganie). Oznacza to więc, że spółka „imigrująca” do państwa realizującego teorię siedziby rzeczywistej musi zostać założona w tym państwie niejako „na nowo”²⁶. Państwo to może bowiem nie uznać podmiotowości prawnej spółki, którą uzyskała ona pod rządami obcego prawa, a następnie przeniosła siedzibę rzeczywistą (rozumianą jako „centrum decyzyjne” bądź „centrum eksploatacyjne”) na jego terytorium, i wymagać, aby dopełnione zostały przesłanki uzyskania osobowości prawnej określone w jego prawie krajowym (między innymi pokrycie minimalnego kapitału zakładowego i wpis od odpowiedniego rejestru). W Niemczech, gdzie sądy praktykowały teorię siedziby w wersji „złagodzonej”, przyjmowano, iż taka „obca” spółka kapitałowa, przenosząca siedzibę statutową na terytorium RFN, ulega *ex lege* przekształceniu (swoistej konwersji) w spółkę osobową (cywilną lub jawną) prawa niemieckiego, co skutkowało osobistą i nieograniczoną odpowiedzialnością jej wspólników²⁷. Za *ratio legis* tak rozumianej (i stosowanej) kolizyjnoprawnej teorii siedziby jej zwolennicy uznają potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa obrotu w państwie, które stosuje tę teorię²⁸. Chodzi o zapobieżenie „osiedlaniu” się (tj. lokalizacji siedziby rzeczywistej rozumianej jako siedziba organu zarządzającego lub centrum rzeczywistej działalności) na terytorium tego państwa osób prawnych (*scil.* spółek) założonych według obcego prawa w sytuacji, gdy prawo to przewiduje niższe standardy ochrony udziałowców mniejszościowych, wspólników, a także pracowników²⁹ od tych, które przewidziane są w prawie korporacyjnym państwa siedziby rzeczywistej. Ustalanie statutu personalnego spółek na podstawie siedziby rzeczywistej zapobiegać ma „ucieczkę” przedsiębiorców do bardziej liberalnego obcego prawa korporacyjnego i unikaniu obowiązków (na przykład wniesienia minimalnego kapitału zakładowego lub zapewnienia pracownikom wyboru części składu rady nadzorczej) przewidzianych w krajowym prawie spółek. Zwolennicy stosowania tej teorii argumentują, że nie wymaga ona niczego więcej niż podporządkowania się przez spółki,

²⁶ Abstrahuję na razie od wpływu europejskiego prawa pierwotnego na stosowanie teorii siedziby; zob. w tej kwestii niżej pkt III.

²⁷ Por. T. Raiser, R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, wyd. 5, München 2010, s. 776; W. Klyta, [przyp. 7], s. 114 i n.

²⁸ W. Klyta, [przyp. 7], s. 45; M. Pazdan, w: S. Włodzka, [przyp. 7], s. 413. W doktrynie niemieckiej por. T. Raiser, R. Veil, [przyp. 27], s. 775.

²⁹ Na gruncie niemieckiego prawa kolizyjnego statut personalny niemieckiej spółki obejmuje także uprawnienia pracowników zatrudnionych (wyłącznie) w Niemczech do wyboru części składu rady nadzorczej; T. Raiser, R. Veil, [przyp. 27], s. 774.

które lokalizują swoją siedzibę rzeczywistą w danym państwie, również prawu korporacyjnego tego państwa, w rezultacie czego zapewniona ma zostać korelacja „widocznej” dla podmiotów trzecich siedziby rzeczywistej spółki z prawem, któremu podlegają jej relacje korporacyjne.

Teoria siedziby rzeczywistej podlegała w ostatnim czasie nasilającej się krytyce, której katalizatorem było orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczące swobody zakładania przedsiębiorstw w Unii Europejskiej (zob. niżej)³⁰. Teoria siedziby rzeczywistej, rozumiana i stosowana w przedstawiony powyżej sposób, jest nie do pogodzenia z prawnymi podstawami wspólnego europejskiego rynku, którego jednym z filarów jest swoboda osiedlania się wyrażona obecnie w art. 49 i n. TFUE. Teoria ta uzasadnia bowiem kwestionowanie podmiotowości prawnej skutecznie uzyskanej przez spółkę pod rządami prawa danego państwa członkowskiego Unii jedynie z tego powodu, że spółka ta przenosi swoje (niejednolicie rozumiane) centrum kierownicze lub centrum działalności poza obszar tego państwa. To właśnie uznanie siedziby rzeczywistej za miarodajny łącznik wyznaczający statut personalny (w tym także zdolność prawną) spółek stwarza istotne zagrożenie dla pewności obrotu oraz interesów podmiotów, których ze spółkami łączą relacje prawne — a więc przede wszystkich ich wierzycieli, wspólników, a także pracowników³¹. Przeniesienie siedziby rzeczywistej („emigracja”) spółki handlowej z państwa A, którego prawo kolizyjne uznaje teorię siedziby rzeczywistej, będzie prowadzić (w świetle tej teorii) do swoistej „abdykacji” prawa tego państwa z kompetencji w zakresie regulacji kwestii zdolności prawnej oraz relacji korporacyjnych. Wierzyciele takiej spółki, chcący dochodzić roszczeń przed sądami tego państwa, nie będą się więc mogli powołać na podmiotowość i zdolność prawną uzyskaną przez ich dłużniczkę na gruncie jego prawa, ponieważ prawo to — na gruncie omawianej regulacji kolizyjnej — nie będzie już więcej kompetentne do regulacji tych kwestii. Istnienie zdolności prawnej i kształt relacji korporacyjnych będą uzależnione od prawa państwa B, do którego spółka „emigruje”. Jeżeli również prawo kolizyjne tego państwa realizuje teorię siedziby rzeczywistej, to spółka nie uzyska w nim zdolności

³⁰ W doktrynie zagranicznej por. np. O. Sandrock, *Was ist erreicht? Was bleibt zu tun? Eine kollisions- und materilrechtliche Bilanz*, w: *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen. Nach Centros, Überseering und Inspire Art*, red. O. Sandrock, Ch.F. Wetzler, Heidelberg 2004, s. 33 i n. W doktrynie polskiej zob. A. Opalski, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 98 i n.; A. W. Wiśniewski, [przyp. 8], s. 717 i n.; M. Szydło, [przyp. 13], s. 193 i n.

³¹ Tak trafnie A. Opalski, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 101 i n.; A. Opalski, *Prawo...*, [przyp. 8], s. 821 i n.

prawnej dopóty, dopóki nie zostanie tam „na nowo” założona i zarejestrowana jako typ spółki przewidziany w prawie korporacyjnym tego państwa. Do tego czasu spółka nie będzie miała zdolności prawnej w świetle prawa żadnego z państw, między którymi nastąpiło przeniesienie siedziby rzeczywistej, co oczywiście negatywnie wpływa na sytuację jej wierzycieli. Mówiąc obrazowo, ich dłużnik „rozpływa” się niejako w przestrzeni między tymi państwami. O tym, że taka sytuacja nie ma jedynie charakteru akademickiego, świadczy stan faktyczny, na kanwie którego wydane zostało orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 2003 r. w sprawie spółki *Überseering* — założonej w Holandii spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (B.V.), która następnie przeniosła swoją siedzibę rzeczywistą (centrum zarządzania i działalności) do Niemiec³². Sąd niemiecki odmówił uznania zdolności sądowej tej spółki (która dochodziła przed nim odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy), przyjmując utratę jej podmiotowości prawnej jak skutek zastosowania teorii siedziby rzeczywistej. Zdaniem sądu warunkiem uzyskania przez tę spółkę zdolności prawnej i sądowej było jej ponowne założenie w Niemczech jako niemieckiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (GmbH). Trybunał Sprawiedliwości, kontynuując swoją linię orzeczniczą zapoczątkowaną orzeczeniem z 1999 r. w sprawie spółki *Centros*³³, uznał odmowę zdolności prawnej i sądowej spółki skutecznie założonej w innym państwie członkowskim za naruszenie traktatowej swobody osiedlania się (art. 43 i 48 wówczas obowiązującego traktatu Wspólnoty Europejskiej), z której wynika nakaz uszanowania przez organy państwa członkowskiego, w którym spółka korzysta z tej swobody, zdolności prawnej i sądowej uzyskanej w państwie jej założenia. Jakkolwiek Europejski Trybunał Sprawiedliwości nie wypowiedział się wyraźnie przeciwko kolizyjnoprawnym regulacjom prawa krajowego, bazującym na teorii siedziby rzeczywistej, to w wyroku w sprawie *Überseering* sposób niepozostawiający żadnych wątpliwości uznał za niezgodną z prawem europejskim konsekwencję zastosowania tej teorii, polegającą na odmowie uznania podmiotowości prawnej spółek „imigrujących” (przenoszących rzeczywistą siedzibę) do państwa, które tę teorię aplikują.

Zagrożenie dla pewności i bezpieczeństwa obrotu, związane ze stosowaniem teorii siedziby rzeczywistej, wynika z nieokreśloności (nieprecyzyjności) tego pojęcia oraz praktycznych trudności z ustaleniem, gdzie

³² Wyrok z 5 XI 2002 r., C-208/00, *Überseering*, Zb.Orz. 2002, s. I-9919. Zob. J. Napierała, *Teoria siedziby a swoboda zakładania przedsiębiorstw w świetle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Überseering*, „Studia Prawnicze” 2003, z. 1, s. 89.

³³ Wyrok z 9 III 1999 r., C-212/97, *Centros Ltd.*, Zb.Orz. 1999, s. I-1459.

znajduje się „rzeczywista siedziba” spółki³⁴. Jak już zaznaczono, w doktrynie prawa kolizyjnego reprezentowane są różne rozumienia tej siedziby, przy czym w polskim i zagranicznym piśmiennictwie zdaje się dominować pogląd, że chodzi tu o siedzibę organu zarządzającego spółki, czyli miejsce, w którym podejmowane są czynności kierownicze, względnie o miejsce, gdzie koncentruje się jej zasadnicza działalność (główny zakład, tzw. teoria eksploatacji)³⁵. Problem jednak w tym, że we współczesnym obrocie gospodarczym ustalenie tak rozumianej siedziby spółki, która prowadzi transgraniczną działalność i opiera się na zaangażowaniu wspólników i menedżerów pochodzących z różnych państw, może często okazać się trudne, jeżeli nie niemożliwe. Przykładowo, można postawić pytanie, gdzie znajduje się „siedziba organu zarządzającego” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, założonej zgodnie z polskim kodeksem spółek handlowych, zarejestrowanej w Polsce i opartej na mieszanym, polsko-niemieckim kapitale, w skład którego to organu wchodzi obywatele Polski i Niemiec, i który odbywa swoje posiedzenia na przemian w obydwu tych krajach, przy czym część posiedzeń odbywanych jest za pomocą środków elektronicznego komunikowania się na odległość (tzw. wideokonferencji)? Czy polski sąd, w celu ustalenia tej siedziby jako łącznika decydującego o prawie korporacyjnym właściwym dla tej spółki, porównywać ma liczbę posiedzeń odbywanych w Polsce i za granicą w celu ustalenia, gdzie znajduje się „centrum decyzyjne” spółki? Czy powołanie w skład zarządu takiej spółki w większości obywateli niemieckich i odbywanie posiedzeń zarządu za granicami Rzeczypospolitej Polskiej oznacza, że spółka (zarejestrowana w Polsce!) „przeniosła siedzibę rzeczywistą” do Niemiec, co skutkuje zmianą jej statutu personalnego (a więc krajowych regulacji prawno-spółkowych), któremu ona podlega? Udzielenia odpowiedzi pozytywnej na tak postawione pytania — a tego wymagałoby konsekwentne stosowanie łącznika siedziby rzeczywistej — prowadziłyby w praktyce do trudnych do zaakceptowania rezultatów z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu oraz ochrony interesów wierzycieli i wspólników. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie³⁶, miejsce, w którym koncentrują się czynności kierownicze, z reguły nie podlega ujawnieniu w rejestrach

³⁴ Między innymi z tego powodu teoria siedziby rzeczywistej spotyka się z fundamentalną krytyką w doktrynie; zob. np. A. O p a l s k i, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 100 i n.; P. B e h r e n s, *Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht*, „Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht” 1998, z. 52, s. 512 i n.; B. K n o b b e - K e u k, *Umzug von Gesellschaften in Europa*, „Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht” (dalej: ZHR) 1990, z. 154, s. 338 i n.

³⁵ Zob. autorzy cytowani w przyp. 7.

³⁶ A. O p a l s k i, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 102.

spółkę (w tym także w polskim Krajowym Rejestrze Sądowym)³⁷, dlatego też uczestnicy obrotu nie mają łatwej i pewnej możliwości stwierdzenia, w którym kraju ono się znajduje. Zarówno wierzyciele spółki, która przeniosła swoje „centrum decyzyjne” za granicę, jak i jej wspólnicy (zwłaszcza mniejszościowi) mogą być zaskakiwani przez okoliczność, że spółka ta nie podlega temu krajowemu prawu spółek, według którego została założona i na które wskazuje jej dodatek firmowy (na przykład „sp. z o.o.”). Nawet przy założeniu, że w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Überseering* przeniesienie siedziby rzeczywistej do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej nie może prowadzić do utraty podmiotowości (co *de lege lata* wyraża art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m.; por. niżej, pkt IV.1), to sama zmiana statutu personalnego (a więc prawa regulującego stosunki prawnokorporacyjne) wynikająca z przeniesienia tej siedziby będzie z reguły prowadzić do komplikacji i zagrożenia pewności obrotu. Przykładowo, zgodnie z art. 17 ust. 3 pkt 5 p.p.m., prawu państwa siedziby spółki podlegają kompetencje i zasady działania oraz powoływanie i odwoływanie członków organów — a więc także jej zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia). Akceptacja twierdzenia, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością założona i zarejestrowana w państwie A (na przykład w Polsce), której siedziba faktyczna znajduje się w państwie B (na przykład w Niemczech), podlega, zgodnie z art. 17 ust. 1 p.p.m., prawu spółek państwa B (jako państwa siedziby faktycznej), oznaczałoby, że zwoływanie i odbywanie zgromadzeń wspólników tej spółki (podobnie jak posiedzeń innych jej organów) powinno się odbywać zgodnie z przepisami prawa spółek państwa B (tu: prawa niemieckiego). Otwierałoby to szerokie pole do podważania skuteczności i ważności zgromadzeń wspólników

³⁷ Zgodnie z art. 38 pkt 1 lit. c ustawy z 20 VIII 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz.U. z 2007 r., nr 168, poz. 1186 ze zm.) w dziale 1 rejestru przedsiębiorców zamieszcza się siedzibę i adres podmiotu wpisanego do rejestru. Ujawnione w rejestrze: siedziba i adres spółki nie muszą się jednak pokrywać z miejscem, w którym zarząd faktycznie obraduje i podejmuje decyzje. Sąd rejestrowy bada prawdziwość danych zgłoszonych do rejestru (na podstawie art. 23 ust. 2 ustawy o KRS) jedynie przy dokonywaniu wpisu. Sąd ten nie monitoruje jednak „na bieżąco” miejsca rzeczywistej siedziby zarządów spółek wpisanych do KRS. Nie jest również poprawne twierdzenie, że z domniemania prawdziwości danych wpisanych do KRS (art. 17 ust. 1 ustawy o KRS), w tym także siedziby i adresu, wynika, iż siedziba rejestrowa każdego podmiotu wpisanego do tego rejestru pokrywa się z jego siedzibą rzeczywistą, co oznacza, że podmiot ten podlega prawu polskiemu (przy założeniu, że polskie prawo prywatne międzynarodowe posługuje się łącznikiem siedziby rzeczywistej). Należy bowiem przyjąć, że art. 17 ustawy o KRS znajdzie bowiem zastosowanie dopiero wówczas, gdy ustalone zostanie, że podmiot wpisany do KRS podlega polskiemu prawu. Innymi słowy, ustalenie statutu personalnego spółki (na podstawie łącznika siedziby rzeczywistej) musi poprzedzać stosowanie tego przepisu ustawy o KRS.

odbywanych według prawa państwa A (tu: prawa polskiego) i podjętych na nich uchwał. Nietrudno sobie wyobrazić, jakie niebezpieczeństwo wynikać może stąd dla stabilności relacji korporacyjnych i interesów samych wspólników. Podobne trudności i zagrożenia wiążą się z przyjęciem, iż „siedzibę rzeczywistą” spółki wyznacza miejsce, gdzie koncentruje się jej główna działalność lub gdzie znajduje się jej główny zakład. Również to kryterium nie jest na tyle pewne i precyzyjne, aby decydować, jako łącznik normy kolizyjnej, o statucie personalnym spółek. W przypadku podmiotów prowadzących transgraniczną działalność i posiadających swoje oddziały (zakłady) za granicą ustalanie, który z nich jest zakładem głównym, może nasuwać istotne trudności. Po pierwsze, trudno udzielić jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, jakie wielkości ekonomiczne (na przykład wielkość aktywów przypisanych do danego zakładu lub realizowany w jego ramach obrót) lub faktyczne (na przykład liczba pracowników zatrudnionych w danym zakładzie) powinny być miarodajne dla ustalenia, który z zakładów spółki położonych w różnych państwach należy traktować jako główne centrum jej działalności. Co istotne, tego rodzaju wielkości mają charakter dynamiczny i zmienny w czasie. Przykładowo można zadać pytanie, czy w przypadku, w którym wartość aktywów należących do spółki kapitałowej utworzonej według prawa polskiego i zarejestrowanej w Polsce, a zlokalizowanych w jej zagranicznym zakładzie lub też wielkość realizowanego w nim obrotu bądź liczba zatrudnionych tam pracowników przekroczy (na przykład w danym roku obrotowym) odpowiednie wielkości związane z jej zakładem znajdującym się w Polsce, należy przyjąć zmianę statutu personalnego i podleganie przez nią zagranicznemu prawu spółek? Zważywszy, że statut personalny osoby prawnej powinna cechować pewna stabilność i niezależność od zmiennych uwarunkowań o charakterze ekonomicznym, trudno udzielić odpowiedzi pozytywnej na to pytanie — choć właśnie taka odpowiedź byłaby właściwa w świetle teorii siedziby rzeczywistej rozumianej jako „centrum eksploatacyjne”. Po drugie, takie rozumienie siedziby rzeczywistej zawodzi całkowicie w przypadku spółek, które w ogóle nie dysponują zakładem lub przedsiębiorstwem w tradycyjnym, przedmiotowym znaczeniu, rozumianym jako zespół składników o charakterze materialnym, zlokalizowanych w określonym punkcie przestrzeni geograficznej (na przykład zakład produkcyjny). Dobrym przykładem są tu spółki, które prowadzą działalność handlową bądź usługową wyłącznie przez Internet.

W rezultacie należy stwierdzić, że całkowicie nieprzekonujący jest argument zwolenników teorii siedziby rzeczywistej, jakoby służyła ona ochronie bezpieczeństwa obrotu. Jest dokładnie odwrotnie. Uznanie siedziby rzeczywistej jako łącznika normy kolizyjnej, miarodajnego dla ustalenia statutu

personalnego osób prawnych, w tym zwłaszcza spółek, stanowi istotne zagrożenie dla pewności obrotu i wręcz zachęca do nadużyć. Pojęcie siedziby rzeczywistej jest bowiem niejednoznaczne i, co istotne, trudne do ustalenia dla podmiotów trzecich oraz organów stosujących prawo. Podnoszona przez zwolenników teorii siedziby rzeczywistej potrzeba ochrony, jaką zapewniać ma rzekomo ta teoria podmiotom, które nawiązują relacje prawne ze spółkami „pozornie zagranicznymi” (tj. spółkami utworzonymi według prawa innego państwa niż to, w którym koncentruje się ich zasadnicza działalność i w którym znajduje się ich siedziba rzeczywista), w istocie nie istnieje. Z uwagi na zawarty w firmie takiej spółki dodatek wskazujący na jej zagraniczne pochodzenie, potencjalni wierzyciele i kontrahenci spółki mogą łatwo stwierdzić, iż nie mają do czynienia z podmiotem, który w zakresie jej relacji korporacyjnych (w tym także obowiązku posiadania kapitału zakładowego określonej wysokości) nie podlega prawu polskiemu³⁸. Ponadto, lokalizacja siedziby rzeczywistej (rozumianej zwłaszcza jako miejsce odbywania posiedzeń organu zarządzającego) uzależniona jest od decyzji i zachowań osób zarządzających spółką, którzy zyskują możliwość wpływania na statut personalny spółki bez wiedzy, a nawet wbrew woli współników, będących dysponentami jej bytu prawnego i ekonomicznymi właścicielami. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, przyjęcie skutku utraty podmiotowości spółki, czy choćby „tylko” zmiany statutu personalnego (a więc prawa, któremu podlega spółka), narusza podstawowe założenia podziału kompetencji w spółkach kapitałowych³⁹. Wybór systemu prawnego, któremu podlegać ma spółka w zakresie relacji korporacyjnych, powinien należeć do kompetencji jej założycieli. Również decyzja o jego zmianie, z uwagi na swoje fundamentalne znaczenie dla spółki i jej współników, nie powinna się odbyć bez ich zgody. Na gruncie prawa polskiego akceptacja teorii siedziby rzeczywistej prowadziłaby do rezultatów całkowicie niekompatybilnych z przepisami kodeksu spółek handlowych dotyczącymi siedziby spółki oraz jej przenoszenia za granicę (o czym niżej, por. niżej pkt IV).

Mając na uwadze powyższe, można postawić tezę, iż kolizyjnoprawna koncepcja zakładająca ustalanie prawa właściwego dla spółki na podstawie łącznika siedziby rzeczywistej wyrasta niejako z innej epoki, tj. epoki dziewiętnastowiecznych stosunków gospodarczych, w których działalność gospodarcza spółek była prowadzona w ramach łatwo dającego się ustalić

³⁸ Również ETS podkreśla w swoim orzecznictwie, że ochronie wierzycieli służy występowanie spółki w obrocie jako podmiotu podlegającego prawu obcemu. Zob. pkt 36 uzasadnienia do wyroku w sprawie Centros, pkt 135 uzasadnienia do wyroku w sprawie Inspire Art.

³⁹ A. O p a l s k i, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 102.

głównego zakładu i zarządzana z jednego krajowego centrum decyzyjnego oraz rzadko miała charakter transgraniczny. W takich realiach oparcie normy kolizyjnej na teorii siedziby rzeczywistej stanowiło w istocie element protekcyjnej polityki gospodarczej poszczególnych państw, nastawionych nieufnie zarówno do „obcych” podmiotów gospodarczych „infiltrujących” ich terytorium, jak i do zagranicznych systemów prawnych, podejrzewanych o realizację niższych prawnych standardów służących ochronie wspólników, wierzycieli i pracowników spółek. We współczesnych realiach globalnej gospodarki opartej na wzajemnym przenikaniu się różnych systemów prawnych i uznawaniu przez państwa ich zasadniczej równorzędności (zwłaszcza w ramach ponadnarodowych organizacji prawnych, do których należy Unia Europejska), ustawowa legitymizacja i stosowanie tej teorii trąci anachronizmem i, jak starano się wykazać powyżej, prowadzi w praktyce do trudnych do zaakceptowania rezultatów — w szczególności w świetle prawa unijnego. Na marginesie należy zaznaczyć, iż ewidentne wady teorii siedziby rzeczywistej, a przede wszystkim niemożność pogodzenia rezultatów jej stosowania z prawem unijnym (por. niżej, pkt III) skłoniły w ostatnim czasie niemiecką doktrynę i orzecznictwo do jej porzucenia na rzecz zaprezentowanej wyżej teorii inkorporacji co do spółek utworzonych według prawa państwa członkowskiego Unii Europejskiej⁴⁰. W 2008 r. niemiecki ustawodawca zniósł wymaganie, aby siedziba organu zarządzającego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej, założonej według prawa niemieckiego, znajdowała się na terytorium RFN⁴¹. Oznacza to przyznanie spółkom niemieckim możliwości przeniesienia ich siedziby faktycznej za granicę z zachowaniem dotychczasowego (niemieckiego) statusu personalnego, co, jak stwierdzono już powyżej, prowadzi do swoistego „eksportu” niemieckiego prawa spółek. W ogłoszonym w 2008 r. rządowym projekcie ustawy

⁴⁰ Zob. T. Raiser, R. Veil, [przyp. 27], s. 780; W. Bayer, J. Schmidt, *Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn*, ZHR 2009, z. 193, s. 735 i n.; U. Hüfner, *Aktiengesetz. Kommentar*, wyd. 9, München 2010, s. 14 i n. Jednakże, co do „pozornie zagranicznych” spółek mających siedzibę głównego zarządu na terytorium Niemiec, a utworzonych według prawa państwa nienależącego do UE i EOG, BGH nadal stosuje teorię siedziby rzeczywistej (w wersji zmodyfikowanej). Por. wyrok BGH z 27 X 2008 r. (II ZR 158/06) „Trabrennbahn”, w którym sąd uznał, że spółkę akcyjną założoną i zarejestrowaną w Szwajcarii, mającą główny zarząd na terytorium Niemiec, należy traktować w świetle prawa niemieckiego jako spółkę osobową (tj. spółkę cywilną lub jawną, w zależności od rozmiarów prowadzonego przez nią przedsiębiorstwa).

⁴¹ Por. § 4a ust. 2 GmbH-Gesetz i § 5 ust. 2 AktG w wersji sprzed nowelizacji z 2008 r. (nowela MoMiG). Na gruncie dawnego stanu prawnego przeniesienie siedziby rzeczywistej za granicę Niemiec uznawane było za przyczynę rozwiązania spółki z mocy samego prawa; T. Raiser, R. Veil, [przyp. 27], s. 777 i wskazane tam orzecznictwo i literatura.

o międzynarodowym prawie prywatnym spółek, stowarzyszeń i osób prawnych prawa prywatnego⁴² proponuje się przyjęcie publicznego rejestru, do którego wpisane są te podmioty, jako łącznika wskazującego prawo państwa, któremu one podlegają. Dla podmiotów niepodlegających wpisowi do rejestru lub do niego jeszcze nie wpisanych (na przykład spółek w organizacji) właściwe ma być prawo krajowe, według którego są zorganizowane⁴³.

W najnowszej polskiej doktrynie wyodrębnia się, jako odrębną metodę ustalania statutu personalnego spółek, teorię siedziby statutowej, która zakłada stosowanie prawa państwa, w którym znajduje się siedziba spółki określona w jej akcie założycielskim (statucie, umowie spółki)⁴⁴. Łącznikiem normy kolizyjnej, wskazującym właściwe prawo korporacyjne, jest więc siedziba statutowa spółki⁴⁵. Teoria ta wykazuje wiele zalet właściwych przedstawionej wyżej teorii inkorporacji. Na gruncie obydwu tych teorii, to założyciele i wspólnicy spółki decydują o prawie, któremu ma ona podlegać w zakresie relacji prawokorporacyjnych. Określając w akcie założycielskim osoby prawnej miejsce siedziby osoby prawnej, jej założyciele dokonują zarazem wyboru jej statutu personalnego. Odmienne niż łącznik siedziby rzeczywistej, łącznik siedziby statutowej ma charakter jednoznaczny oraz może być łatwo ustalony przez uczestników obrotu, ponieważ podlega ujawnieniu we właściwym dla spółki rejestrze, w którym znajdują się także najważniejsze dokumenty korporacyjne spółki⁴⁶. Łącznik siedziby statutowej zapewnia spółkom transgraniczną mobilność obejmu-

⁴² *Referentenentwurf v. 7.1.2008 für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen des Privatrechts*, dokument dostępny na stronie internetowej (przełączana 27 VI 2011 r.). Zob. omówienie tego projektu: C. Schneider, *Internationales Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung*, „Betriebs-Berater” 2008, z. 12, s. 566.

⁴³ Takie same rozwiązania przewiduje nieoficjalny projekt unijnego rozporządzenia o prawie właściwym dla spółek (Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to companies), który został opracowany przez uczonych niemieckich skupionych w Komisji Międzynarodowego Prawa Spółek. Projekt wraz z uzasadnieniem w: *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, red. H.J. Sonnenberger, Tübingen 2007. Zob. omówienie tego projektu w: A. Opalski, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 146 i n.

⁴⁴ Por. J. Poczobut, [przyp. 8], s. 549; A. W. Wiśniewski, [przyp. 8], s. 733; A. Opalski, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 97; M. Spyra, w: J. Bieniak i in., [przyp. 8], s. 6–7.

⁴⁵ Zdaniem A. Opalskiego, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 97, nowocześniejszym wariantem tej teorii jest podporządkowanie spółki prawu państwa, w którym została ona wpisana do publicznego rejestru. Wariant taki przewiduje wspomniany wyżej niemiecki projekt prawa prywatnego międzynarodowego, a także przygotowany przez niemieckich uczonych projekt rozporządzenia unijnego o prawie właściwym dla spółek.

⁴⁶ Obowiązek ujawnienia siedziby spółki w rejestrze oraz podawania jej na pismach

jąca co najmniej możliwość przeniesienia centrum działalności lub centrum decyzyjnego do innego państwa⁴⁷. Sama ta okoliczność nie wpływa na zmianę prawa właściwego dla spółki, dlatego też teoria siedziby statutowej nie rodzi zagrożeń dla obrotu, które występują w przypadku oparcia normy kolizyjnej na łączniku siedziby rzeczywistej. Jednakże, odmiennie niż w przypadku teorii inkorporacji, adaptacja teorii siedziby statutowej nie prowadzi do „zamrożenia” statutu personalnego spółki, bowiem przeniesienie tej siedziby do innego państwa (w rezultacie odpowiedniej zmiany umowy spółki, statutu lub innego aktu założycielskiego) skutkować będzie zmianą prawa krajowego, któremu będzie podlegać spółka. Tym samym łącznik siedziby statutowej umożliwi wspólnikom nie tylko wybór prawa właściwego na etapie tworzenia spółki, ale także następczą zmianę statutu personalnego w rezultacie transgranicznego przeniesienia tej siedziby. Teoria ta sprzyja więc realizacji swobody osiedlania się spółek w Unii Europejskiej. Należy jednak zaznaczyć, że możliwość przeniesienia statutowej siedziby spółki za granicę z zachowaniem jej podmiotowości prawnej może być wyłączona w materialnym prawie spółek. Przykładem takiej regulacji są polskie przepisy art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h., wymieniające uchwałę o przeniesieniu siedziby spółki za granicę jako jedną z podstaw rozwiązania spółki kapitałowej.

III. WPLYW ORZECZNICTWA EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI NA KOLIZYJNOPRAWNE REGULACJE STATUTU PERSONALNEGO

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) dotyczące traktatowej swobody osiedlania się spółek (obecnie art. 49 i art. 54 TFUE) wywarło istotny wpływ na doktrynę zarówno prawa spółek, jak i prawa kolizyjnego w państwach członkowskich, stając się w niektórych z nich (na przykład w Niemczech) impulsem do przewartościowania ustalonych (traktowanych niemal jak do-

i formularzach zamówień wynika z wtórnego prawa europejskiego, tj. z dyrektywy 2009/101/WE (pierwszej dyrektywy). Zob. też poniżej w tekście pkt IV.2.

⁴⁷ Możliwość przeniesienia samej tylko siedziby rzeczywistej zależy ostatecznie od regulacji kolizyjnych obowiązujących w państwie docelowym, do którego spółka przenosi tę siedzibę. Jeżeli prawo tego państwa realizuje teorię siedziby rzeczywistej, taka transgraniczna operacja nie będzie z reguły możliwa. Jeżeli jednak przeniesienie siedziby następuje między państwami członkowskimi UE, obowiązek uznania spółki „jako takiej” (tj. jako podlegającej prawu państwa założenia i rejestracji) w państwie docelowym wynika z traktatowej swobody przedsiębiorczości. Zob. poniżej, pkt III.

gmaty) poglądów doktrynalnych, a także do opracowania projektów zasadniczych zmian ustawowych w obydwu tych dziedzinach prawa. Jak wiadomo, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ma zasadniczo skutek „kasatoryjny”, gdy chodzi o przepisy prawa krajowego — zarówno prawa kolizyjnego, jak i materialnego prawa spółek — sprzeczne ze swobodami przewidzianymi w traktacie, wykluczając stosowanie krajowych przepisów, które utrudniają korzystanie z tych swobód⁴⁸. W tym miejscu można zrezygnować ze szczegółowego omówienia linii orzeczniczej Trybunału, której kamieniami milowymi są jego precedensowe wyroki w sprawach: *Daily Mail* (1988)⁴⁹, *Centros* (1999)⁵⁰, *Überseering* (2002)⁵¹, *Inspire Art* (2003)⁵², *Sevic* (2005)⁵³ i *Cartesio* (2008)⁵⁴; co do szczegółów wystarczy odesłać do bogatej literatury przedmiotu, zarówno krajowej, jak i zagranicznej⁵⁵. Należy tu jednak zreferować te najważniejsze elementy linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które powinny mieć istotne znaczenie zarówno dla krajowego ustawodawcy, przyjmującego określone rozwiązania prawnokolizyjne, jak i dla krajowych organów je stosujących.

Jak stwierdził Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *Daily Mail* z 1988 r., prawo unijne zasadniczo nie ingeruje w krajowe zasady ustalania prawa właściwego dla spółek oraz transgranicznego przenoszenia ich siedziby rzeczywistej lub statutowej. Norma art. 58 TWE (obecnie art. 54 TFUE), zawierająca definicję spółki w kontekście swobody osiedlania się, wymienia alternatywnie: siedzibę statutową, główny zarząd i główne przed-

⁴⁸ Por. J. Napierała, [przyp. 13], s. 41–42; W. Postulski, w: *Stosowanie...*, [przyp. 11], s. 431 i n.

⁴⁹ Wyrok z 27 IX 1988 r., C-81/87, *Daily Mail*, Zb.Orz. 1988, s. 5483.

⁵⁰ Wyrok z 9 III 1999 r., C-212/97, *Centros Ltd.*, Zb.Orz. 1999, s. I-1459.

⁵¹ Wyrok z 5 XI 2002 r., C-208/00, *Überseering*, Zb.Orz. 2002, s. I-9919.

⁵² Wyrok z 30 IX 2003 r., C-167/01, *Inspire Art*, Zb.Orz. 2003, s. I-10155.

⁵³ Wyrok z 13 XII 2005 r., C-411/03, *Sevic Systems AG*, Zb.Orz. 2005, s. I-10805.

⁵⁴ Wyrok z 16 XII 2008 r., C-210/06, *Cartesio*, Zb.Orz. 2008, s. I-9641. Zob. J. Napierała, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Cartesio*, KPP, R. XVIII: 2009, z. 2, s. 405; M. Sz y d ł o, *Emigracja spółek na rynku wewnętrznym w ocenie ETS*, „Państwo i Prawo” (dalej: PiP) 2009, z. 8, s. 46; A. O p a ł s k i, *Swoboda osiedlania się spółek w świetle wyroku w sprawie Cartesio*, PiP 2009, z. 8, s. 59.

⁵⁵ A. O p a ł s k i, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 112 i n.; J. Napierała, [przyp. 13], s. 25 i n. Zob. też opracowania zawarte w zbiorze: *Europejskie prawo spółek*, t. IV, *Spółki zagraniczne w Polsce*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Warszawa 2008, a także M. Sz y d ł o, *Przeniesienie siedziby statutowej spółki kapitałowej za granicę*, „Rejent” 2008, z. 7–8, s. 120. W doktrynie zagranicznej por. np. C. T e i c h m a n n, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, Berlin 2006, s. 402 i n.

siębiorstwo, jako kryteria decydujące o przynależności spółki do terytorium Wspólnoty. Spółka jest sztucznym bytem prawnym tworzonym na podstawie określonego porządku prawnego, które reguluje jej istnienie oraz przyczyny rozwiązania. Stanowisko Trybunału, wyrażone w wyroku w sprawie Daily Mail z 1988 r., zostało potwierdzone w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Cartesio z 2008 r. Trybunał stwierdził w uzasadnieniu do tego wyroku, iż: „Państwo członkowskie posiada prawo określenia zarówno kryterium powiązania, wymaganego od spółki po to, by mogła ona zostać uznana za spółkę utworzoną zgodnie z jego prawem krajowym i w związku z tym mogącą cieszyć się swobodą przedsiębiorczości, jak również kryterium wymaganego do utrzymania tego statusu w przyszłości”⁵⁶. Teoretycznie oznacza to, że ustawodawcy krajowi mogą oprzeć swoje unormowania prawnokolizyjne na każdej z przedstawionych wyżej teorii, a więc także uznać siedzibę rzeczywistą spółki jako łącznik miarodajny dla ustalenia jej statutu personalnego. Jednakże, jak wynika z orzeczeń w sprawach Centros, Übersesering i Inspire Art, zastosowanie norm kolizyjnych nie może prowadzić do skutków, które stanowiłyby naruszenie traktatowej swobody osiedlania się spółek. Po pierwsze, wybór krajowego systemu prawa, zgodnie z którym spółka będzie działała (tj. który stanowić będzie jej statut personalny), stanowi przejaw korzystania z traktatowej swobody przedsiębiorczości. Państwo członkowskie może stosować środki w celu zwalczania oszustw i nadużyć, jednak wybór przez założycieli spółki korzystniejszego („mniej surowego” — na przykład w zakresie wniesienia minimalnego kapitału zakładowego) obcego reżimu prawnego, któremu ma podlegać zakładana przez nich spółka, sam w sobie nie stanowi nadużycia swobody przedsiębiorczości⁵⁷. Po drugie, państwo członkowskie, do którego przenosi swój główny zarząd spółka założona zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego, jest obowiązane uznać jej podmiotowość i zdolność prawną, uzyskaną w państwie jej utworzenia (inkorporacji). Państwo, do którego spółka przenosi siedzibę rzeczywistą („imigruje”), nie może, powołując się na swoje prawo kolizyjne oparte na teorii siedziby rzeczywistej, odmówić uznania zdolności prawnej tej spółki i żądać od niej ponownego założenia na podstawie przepisów prawa spółek obowiązujących w tym państwie⁵⁸. Po trzecie, państwo to jest

⁵⁶ Pkt 110 uzasadnienia do wyroku z 16 XII 2008 r., C-210/06, Cartesio.

⁵⁷ Zob. pkt 27 uzasadnienia do wyroku z 9 III 1999 r., C-212/97, Centros Ltd.

⁵⁸ Zob. pkt 80–82 uzasadnienia do wyroku z 5 XI 2002 r. w sprawie C-208/00, Übersesering. Jak trafnie stwierdza J. N a p i e r a ł a, [przyp. 32], s. 96, „zasada pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego odnosi się zarówno do prawa materialnego, jak i kolizyjnego. Innymi słowy: regulacje krajowe (także kolizyjne), które wprowadzają nieuspra-

obowiązane stosować do takiej spółki co do zasady jej macierzyste prawo korporacyjne, a więc prawo spółek państwa, według którego została ona utworzona. Również w tym zakresie przepisy kolizyjne pierwszego państwa nie mogą uzasadniać generalnego stosowania jego prawa spółek do spółki, która przeniosła siedzibę rzeczywistą na jego terytorium. Mówiąc w kategoriach kolizyjnoprawnych, samo tylko przeniesienie siedziby rzeczywistej nie prowadzi do zmiany statutu personalnego spółki. Stosowanie przez państwo „imigracji” przepisów własnego prawa jest dopuszczalne wyłącznie z zachowaniem testu proporcjonalności, którego założenia zostały sformułowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (tzw. formuła Gebhard)⁵⁹. W szczególności sprzeczne z prawem unijnym jest generalne stosowanie do tej spółki przepisów prawa krajowego państwa „imigracji” regulujących odpowiedni typ spółki (na przykład stosowanie do angielskiej *private limited*, która przeniosła siedzibę rzeczywistą do Polski, przepisów o polskiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością), czy też, jak czyniono to w Niemczech, stosowanie do pozornie zagranicznej spółki kapitałowej krajowych przepisów o spółkach osobowych (czego konsekwencją była nieograniczona odpowiedzialność wspólników). Po czwarte, prawo krajowe nie może nakładać na spółki „formalnie zagraniczne” (a więc na spółki zarejestrowane za granicą, których zasadnicza działalność i główny zarząd zlokalizowane są w kraju) dodatkowych wymogów, nieprzewidzianych w ich prawie macierzystym i niespełniających restrykcyjnie rozumianego testu proporcjonalności⁶⁰. Jakkolwiek więc Europejski Trybunał Sprawiedliwości nie uznał *expressis verbis* teorii siedziby rzeczywistej za niezgodną z prawem unijnym, to w swoim orzecznictwie *de facto* wykluczył jej stosowanie przez państwo „imigracji” w stosunku do spółek, które przeniosły siedzibę rzeczywistą na jego terytorium. Innymi słowy, skutki teorii siedziby rzeczywistej w postaci odmowy uznania podmiotowości prawnej spółki w państwie przyjmującym oraz stosowania do tej spółki prawa korporacyjnego tego państwa są nie do pogodzenia z traktatową swobodą przedsiębiorczości. Z wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Cartesio wynika wprawdzie, że państwo członkowskie, według prawa którego została utworzona spółka, może wyłączyć dopuszczalność przeniesienia samej tylko siedziby rzeczywistej (głównego zarządu) za grani-

wiedliwione ograniczenia swobody zakładania przedsiębiorstw, »rozbijają« się o prawo wspólnotowe”.

⁵⁹ Zob. w tej kwestii T. T a r g o s z, *Inspire Art — polskie prawo spółek a spółki „pозornie zagraniczne”*, „Prawo Spółek” 2005, z. 1, s. 16–17.

⁶⁰ Zob. pkt 135 i n. uzasadnienia do wyroku z 30 IX 2003 r. w sprawie C-167/01, Inspire Art.

cę z pozostawieniem dotychczasowego miejsca rejestracji (a zarazem statutu personalnego) w tym państwie⁶¹. Prawo krajowe państwa „emigracji” może bowiem określić lokalizację siedziby rzeczywistej na jego terytorium przez spółki, które zostały w nim zarejestrowane, jako warunek „przynależności” do tego państwa. Jednocześnie jednak Europejski Trybunał Sprawiedliwości zaznaczył w uzasadnieniu do tego wyroku, iż państwo „emigracji” nie może zakazać transgranicznego przekształcenia się (reinkorporacji) spółki w typ spółki przewidziany w prawie wewnętrznym państwa, do którego przenosi ona siedzibę, w połączeniu ze zmianą statutu personalnego. Jak stwierdził Trybunał, nie do pogodzenia z prawem unijnym (zasadą swobody przedsiębiorczości) jest, „by państwo członkowskie, w którym spółka powstała, poprzez wymóg rozwiązania i likwidacji tej spółki, uniemożliwiało jej przekształcenie się w spółkę prawa krajowego tego drugiego państwa członkowskiego, o ile jego prawo na to pozwala”⁶².

Z punktu widzenia transgranicznych restrukturyzacji spółek istotne znaczenie ma wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Sevic Systems AG*, w którym Trybunał zakwalifikował transgraniczne łączenie się spółek jako sposób korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Naruszeniem prawa europejskiego jest odmienne traktowanie transgranicznego łączenia się, jeżeli analogiczne łączenie się mogło zostać przeprowadzone z udziałem podmiotów krajowych. Znaczenie tego wyroku co do spółek kapitałowych (a w przypadku prawa polskiego — także spółek komandytowo-akcyjnych)⁶³ zostało do pewnego stopnia osłabione w wyniku uchwalenia dyrektywy 2005/56/WE z 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (dziesiąta dyrektywa)⁶⁴. W rezultacie implemen-

⁶¹ Pkt 110 uzasadnienia do wyroku z 16 XII 2008 r., C-210/06, *Cartesio*.

⁶² Pkt 112–113 uzasadnienia do wyroku z 16 XII 2008 r., C-210/06, *Cartesio*. W doktrynie — zarówno polskiej, jak i zagranicznej — trafnie podkreśla się jednak, że prawodawcy krajowi nie mogą wprowadzać nieuzasadnionych ograniczeń imigracyjnych, tj. wykluczać generalnie możliwość przekształcenia spółki zagranicznej w podmiot krajowy. Ograniczenia reinkorporacji przewidziane w prawie państwa, do którego spółka przenosi siedzibę (państwo „docelowe”), są dopuszczalne wyłącznie w granicach testu proporcjonalności (tzw. test Gebhard). Tak A. O p a l s k i, [przyp. 54], s. 67; M. S z y d ł o, [przyp. 54], s. 57; Ch. T e i c h m a n n, *Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug*, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2009, z. 9, s. 402.

⁶³ Polska spółka komandytowo-akcyjna, choć stanowi typ handlowej spółki osobowej, objęta jest zakresem harmonizacji dziesiątej dyrektywy; por. bliżej K. O p l u s t i l, M. S p y r a, *Fuzje transgraniczne z udziałem polskich spółek kapitałowych w świetle prawa europejskiego i polskiego*, w: *Europejskie prawo spółek...*, [przyp. 55], s. 278, przyp. 31.

⁶⁴ Dz.Urz. UE z 25 XI 2005 r., L 310/1. Zob. omówienie regulacji tej dyrektywy i odpowiadających jej przepisów prawa polskiego w: A. O p a l s k i, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 440 i n.; K. O p l u s t i l, M. S p y r a, [przyp. 63], s. 259.

tacji tej dyrektywy do krajowych porządków prawnych nastąpiło zharmozowanie prawnych zasad przeprowadzania łączy spółek kapitałowych z różnych państw członkowskich Unii Europejskiej. Przyjęty w dyrektywie model harmonizacji transgranicznych łączy opiera się na czasowym i przedmiotowym rozgraniczeniu zakresów zastosowania krajowych porządków prawnych, któremu podlegają łączy się spółki, co w sposób zasadniczy ułatwia przeprowadzenie tej operacji⁶⁵. Orzeczenie w sprawie *Sevic* zachowuje jednak znaczenie co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, odnosi się ono nie tylko do spółek kapitałowych, lecz do wszystkich spółek w rozumieniu art. 54 TFUE, które mogą korzystać ze swobody osiedlania się. W szczególności oznacza to, że także spółki osobowe mogą łączy się transgranicznie na takich samych zasadach, na jakich możliwy jest ich udział w łączy krajowych. Po drugie, jak wynika z uzasadnienia do tego wyroku, swoboda osiedlania się obejmuje nie tylko łączy, ale również inne metody transgranicznej restrukturyzacji spółek, które pozwalają, w ramach jednorazowej operacji, na wykonywanie określonej działalności w nowej formie, z zachowaniem ciągłości, przyczyniając się do ograniczenia czasu i kosztów takich operacji⁶⁶. Ich przykładami są: transgraniczny podział spółki (a więc sytuacja, gdy zagraniczna spółka przejmuje majątek krajowej spółki dzielonej) oraz transgraniczne przekształcenie. Jeszcze na etapie prac nad nowym prawem prywatnym międzynarodowym zgłoszono w polskiej doktrynie trafny postulat kompleksowego, kolizyjnoprawnego unormowania problematyki transgranicznych łączy lub, szerzej, transgranicznych restrukturyzacji spółek, które uwzględniałoby model kolizyjnej regulacji przyjęty w dziesiątej dyrektywie⁶⁷. Niestety, ustawodawca nie zrealizował tego postulatu — za jego realizację trudno bowiem uznać fragmentaryczny przepis art. 19 ust. 2 p.p.m., którego wykładnia nasuwa wątpliwości (por. niżej, pkt V).

IV. „SIEDZIBA OSOBY PRAWNEJ” W ART. 17 I 19 P.P.M. — RZECZYWISTA CZY STATUTOWA?

Ponieważ ustawodawca polski, posługując się w art. 17 i art. 19 p.p.m. pojęciem „siedziby osoby prawnej” jako łącznikiem miarodajnym dla ustalenia statutu personalnego, nie sprecyzował, o jaką — rzeczywistą czy sta-

⁶⁵ A. Opalski, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 443; K. Oplustil, M. Spyra, [przyp. 63], s. 270–271.

⁶⁶ Pkt 21 uzasadnienia do wyroku z 13 XII 2005 r., C-411/03, *Sevic Systems AG*.

⁶⁷ A. Opalski, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 445–446.

tutową — siedzibę chodzi w tych przepisach, udzielenie odpowiedzi na to pytanie stanowi zadanie doktryny oraz podmiotów i organów (zwłaszcza sądów) stosujących prawo. Poniższe rozważania mają na celu ukazanie konsekwencji, do jakich będzie prowadzić przyjęcie każdej z wykładni tego pojęcia, oraz dokonanie wyboru jego właściwego rozumienia — w świetle poczynionych wyżej uwag na temat prawa europejskiego.

1. „SIEDZIBA OSOBY PRAWNEJ” JAKO SIEDZIBA RZECZYWISTA

Pierwszy sposób wykładni pojęcia „siedziba osoby prawnej” występującego w art. 17 i art. 19 p.p.m. polega na przyjęciu, iż oznacza ono siedzibę rzeczywistą, rozumianą jako „faktyczna i stała siedziba organu zarządzającego (kierującego) osoby prawnej”⁶⁸, niekoniecznie pokrywającą się z siedzibą określoną w jej statucie i publicznym rejestrze, do którego osoba ta jest wpisana. Za taką wykładnią mogą przemawiać pewne fragmenty uzasadnienia rządowego projektu ustawy prawo prywatne międzynarodowe (choć należy zaznaczyć, iż są one raczej mało konkluzywne)⁶⁹, a także definicja tego pojęcia w polskim prawie materialnym, tj. w art. 41 k.c., zgodnie z którym siedzibą osoby prawnej jest miejscowość, w której ma siedzibę jej organ zarządzający, jeżeli ustawa lub oparty na niej statut nie stanowi inaczej⁷⁰. Zakładając jednak takie właśnie rozumienie pojęcia siedziby w nowym prawie kolizyjnym, należałoby przyjąć, że zgodnie z art. 17 ust. 1 p.p.m. osoba prawna podlega prawu tego państwa, w którym ma ona siedzibę rzeczywistą. Prawu państwa siedziby rzeczywistej podlegałyby wówczas kwestie wymienione w art. 17 ust. 3 p.p.m. W przypadku spółek kapitałowych za miarodajną wypadałoby uznać siedzibę zarządu lub innego organu, do którego kompetencji należy prowadzenie spraw spółki. Gdy chodzi o spółki zarządzane według tzw. modelu monistycznego, w którym istnieje jeden organ zarządzająco-nadzorczy (rada dyrektorów, rada administrująca), statut personalny spółki wyznaczałoby prawo państwa, w którym organ ten zazwyczaj podejmuje decyzje w formie uchwał. Mimo że autor niniejszego opracowania dystansuje się od takiej wykładni pojęcia siedziby występującego w powołanych przepisach prawa prywatnego mię-

⁶⁸ Sformułowanie M. P a z d a n a, w: S. W ł o d y k a, [przyp. 7], s. 415.

⁶⁹ W uzasadnieniu projektu prawa prywatnego międzynarodowego stwierdzono, że „utrzymany został zasadniczy łącznik siedziby”. Ponadto, co do kolizyjnoprawnej regulacji transgranicznego przeniesienia siedziby stwierdzono, że chodzi tu o „przeniesienie siedziby głównej osoby prawnej” do innego państwa. *Uzasadnienie...*, [przyp. 5], s. 14–15.

⁷⁰ Do definicji siedziby zawartej w art. 41 k.c. odwołują się np. W. L u d w i c z a k, [przyp. 7], s. 168; K. B a g a n - K u r l u t a, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 158.

dzynarodowego⁷¹, to jednak wypada przeprowadzić analizę skutków, do jakich prowadziłyby jej przyjęcie.

Jak to już stwierdzono wyżej, w praktyce ustalenie miejsca siedziby rzeczywistej rozumianej jako siedziba organu zarządzającego może stwarzać istotne trudności zarówno dla uczestników obrotu, jak i organów stosujących prawo (w tym sądów). *Prima facie* zadanie to może się wydawać prostsze w przypadku spółek utworzonych według prawa polskiego i zarejestrowanych w rejestrze przedsiębiorców. Oznaczenie siedziby i adresu każdego przedsiębiorcy widnieje bowiem w dziale 1 tego rejestru (por. art. 38 pkt 1 lit. c ustawy o KRS). Problem może się jednak pojawić w przypadku, gdy faktyczna siedziba zarządu nie znajduje się w miejscowości, wskazanej w Krajowym Rejestrze Sądowym jako jej siedziba, ale poza granicami kraju. Można wyobrazić sobie sytuację, w której zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, pozwanej przed polski sąd (na przykład z powództwa o uchylene uchwały zgromadzenia wspólników), podniesie zarzut, że spółka ta nie podlega polskiemu prawu spółek (a więc także regulacjom kodeksu spółek handlowych o zaskarżaniu uchwał), ponieważ jej statut personalny wyznacza prawo obce, tj. prawo tego państwa, w którym znajduje się rzeczywista siedziba zarządu (dowodząc tego za pomocą protokołów posiedzeń zarządu odbywanych za granicą lub wskazując na obce obywatelstwo członków zarządu)⁷². W razie przyjęcia, że art. 17 i art. 19 p.p.m. posługują się łącznikiem teorii siedziby rzeczywistej, pojawia się pytanie: czy w takim przypadku doszło do jej transgranicznego przeniesienia skutkującego zmianą statutu personalnego spółki? Sąd powinien wówczas dokonać oceny stanu faktycznego i prawnego przez pryzmat regulacji art. 19 ust. 1 p.p.m., który stanowi w zdaniu pierwszym, iż z chwilą przeniesienia siedziby do innego państwa osoba prawna podlega prawu tego państwa. Jednakże, zgodnie z art. 19 ust. 1 zd. 2 p.p.m., osobowość prawna uzyskana w państwie dotychczasowej siedziby jest zachowana, jeżeli przewiduje to prawo każdego z zainteresowanych państw. Przepis ten, jak się wydaje, należy interpretować w ten sposób, że transgraniczne przeniesienie siedziby rzeczywistej jest uzależnione, po pierwsze, od tego, czy krajowe prawo każdego z państw, między którymi ma dojść do przeniesienia siedziby przez daną osobę prawną z zachowaniem jej podmiotowości, dopuszcza taką transgraniczną operację, a po drugie — od spełnienia przesłanek (w tym zwłaszcza

⁷¹ Co do wykładni pojęcia siedziby osoby prawnej jako jej siedziby statutowej i rejestrowej, zob. niżej pkt 2.

⁷² W takim przypadku powinno dojść do obalenia domniemania faktycznego (art. 231 k.p.c.), iż rzeczywista siedziba znajduje się w miejscu określonym w umowie spółki i ujawnionym w KRS.

dotyczących sposobu podjęcia decyzji o przeniesieniu siedziby za granicę) przewidzianych w prawie tych państw. W przypadku prawa polskiego należy wskazać na regulację art. 270 pkt 2 k.s.h. (dotyczącego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. (dotyczącego spółki akcyjnej), które wymieniają podjęcie uchwały przez zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie) o przeniesieniu siedziby spółki za granicę jako przyczynę rozwiązania spółki⁷³. Oznacza to, że polskie prawo nie zezwala na przeniesienie siedziby spółki kapitałowej przy zachowaniu jej tożsamości i podmiotowości, tzn. bez konieczności jej uprzedniej likwidacji w Polsce i założenia na nowo w państwie docelowym. Powołane przepisy kodeksu spółek handlowych budzą wprawdzie uzasadnione wątpliwości co do ich zgodności z traktatową swobodą osiedlania się, w szczególności w świetle powołanego wyżej orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Cartesio*⁷⁴. Uchyleniu tych przepisów powinno jednak towarzyszyć przyjęcie kompleksowej ustawowej regulacji procedury przeniesienia siedziby polskiej spółki skutkującego jej transgranicznym przekształceniem (na formę prawną przewidzianą w prawie państwa docelowego) oraz zmianą statutu personalnego, bez utraty uzyskanej w Polsce podmiotowości prawnej. Do czasu przyjęcia odpowiedniej ustawowej regulacji (która między innymi powinna określać zasady ochrony wspólników mniejszościowych,

⁷³ W polskiej doktrynie istnieją rozbieżności co do wykładni pojęcia siedziby na gruncie tych przepisów. Zdaniem W. Popiołka, w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J.A. Strzępka, Warszawa 2009, s. 1039, przepis ten nie odnosi się do przeniesienia „zakładu głównego” spółki za granicę, „o ile nie prowadzi to do przeniesienia jej siedziby w rozumieniu przepisu art. 9 § 2 p.p.m.” z 1965 r. W ocenie M. Spyry, otwarcie likwidacji spółki kapitałowej następuje również w razie przeniesienia rzeczywistej siedziby spółki wyłącznie w wyniku faktycznych działań zarządu; zob. M. Spyr, *Konsekwencje faktycznego przeniesienia siedziby spółki kapitałowej za granicę*, w: *Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Ireneusza Weissza*, Kraków 2003, s. 294–295. Za trafny należy jednak uznać pogląd, iż przepis ten odnosi się do przeniesienia siedziby rozumianej jako element umowy (statutu) spółki (co potwierdza odwołanie się do innych przepisów kodeksu spółek handlowych, w których mowa jest o siedzibie spółki; por. art. 157 § 1 pkt 1, art. 304 § 1 pkt 1 k.s.h.), a dla powzięcia uchwały wspólników (walnego zgromadzenia) konieczna jest kwalifikowana większość przewidziana dla zmiany umowy spółki (statutu). Por. A. Szajkowski, M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, Warszawa 2005, s. 838; J. Frąckowiak, w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. W. Popiołek, W. Pyzioł, Warszawa 2007, uw. 6 do art. 459; M. Szydło, [przyp. 55], s. 125 i n.

⁷⁴ Por. M. Szydło, [przyp. 55], s. 146, którego zdaniem wymóg rozwiązania przewidziany w tych przepisach powinien być traktowany jako niedające się usprawiedliwić ograniczenie swobody przedsiębiorczości i dlatego podlegają one faktycznej derogacji (nie stosowaniu).

niezgadzających się na przeniesienie siedziby, oraz wierzycieli spółki) należy bronić stanowiska, że polskie prawo nie dopuszcza takiej transgranicznej operacji⁷⁵. Nawet jednak w razie przyjęcia, że sprzeczność powołanych regulacji kodeksu spółek handlowych z pierwotnym prawem europejskim prowadzi do ich faktycznej derogacji (tj. wyłączenia stosowania), to i tak zmiana statutu personalnego polskiej spółki mogłaby nastąpić jedynie wówczas, gdy przeniesienie siedziby rzeczywistej będzie połączone ze zmianą siedziby statutowej oraz rejestrowej spółki, tzn. wykreślenia jej z polskiego rejestru i wpisu do odpowiedniego rejestru w państwie docelowym. Co do przedstawionego wyżej kazusu wypada więc stwierdzić, że w takim przypadku nie można mówić o transgranicznym przeniesieniu siedziby skutkującym zmianą statutu personalnego, ponieważ polskie prawo spółek nie przewiduje takiej możliwości (a to, zgodnie z art. 19 ust. 1 zd. 2 p.p.m., stanowi *implicit* warunek prawnie doniosłego przeniesienia siedziby ze skutkiem w postaci zmiany statutu personalnego). Należy więc przyjąć, że mimo faktycznego przeniesienia siedziby polskiej spółki do innego państwa zachowuje ona swój dotychczasowy statut personalny, podlegając — w zakresie kwestii określonych w art. 17 ust. 3 p.p.m. — polskiemu prawu spółek. Sam fakt przeniesienia za granicę „centrum decyzyjnego” zarejestrowanej w Polsce spółki nie wpływa również na jej podmiotowość i zdolność prawną, uzyskaną na gruncie prawa polskiego. Zgodnie z art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m. przeniesienie siedziby w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego nie prowadzi do utraty osobowości prawnej. Czy z przepisu tego można wnioskować *a contrario*, że faktyczne przeniesienie siedziby rzeczywistej (siedziby zarządu) do państwa spoza EOG prowadzi *eo ipso* do utraty osobowości prawnej polskiej spółki? Na pytanie to należy udzielić odpowiedzi negatywnej, przyjmując, że również w takim przypadku faktyczne przeniesienie siedziby polskiej spółki nie stanowi ani przyczyny jej rozwiązania, ani tym bardziej nie prowadzi do utraty *ex lege* jej podmiotowości prawnej. Żaden przepis polskiego prawa materialnego nie przewiduje takiego skutku przeniesienia siedziby rzeczywistej spółki do innego państwa. Przyjęcie, że skutecznie utworzona i zarejestrowana spółka traci podmiotowość prawną wskutek przeniesienia swojej siedziby rzeczywistej do innego państwa niebędącego członkiem EOG, stałoby w rażącej sprzeczności z aksjologicznymi podstawami zarówno polskiego, jak i europejskiego prawa, na gruncie którego nie jest możliwa utrata podmiotowości prawnej spółki bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego i jej wykreśle-

⁷⁵ Co do materialnoprawnych skutków podjęcia uchwały o przeniesieniu siedziby spółki za granicę zob. M. Sz y d ł o, [przyp. 55], s. 126–128.

nia z rejestru⁷⁶. Skutek taki stwarzałby istotne zagrożenia dla obrotu, przede wszystkim dla wierzycieli spółki, która automatycznie traciłaby osobowość prawną. W rezultacie więc wypada stwierdzić, że samo tylko zlokalizowanie siedziby rzeczywistej („centrum decyzyjnego”) spółki zarejestrowanej w Polsce poza granicami Polski (niezależnie od tego, czy chodzi o państwo członkowskie EOG, czy o państwo spoza tego obszaru) nie prowadzi ani do zmiany jej statutu personalnego (w aspekcie kolizyjnoprawnym), ani do utraty podmiotowości i zdolności prawnej uzyskanej na gruncie polskiego prawa materialnego.

Od analizowanej powyżej sytuacji umiejscowienia rzeczywistej siedziby polskiej spółki za granicą odróżnić należy przypadek, w którym na terytorium Polski zlokalizowana jest rzeczywista siedziba spółki utworzonej według prawa obcego i zarejestrowanej za granicą. Innymi słowy, chodzi tu o przypadek tzw. formalnie zagranicznej spółki, która posiada swoje centrum decyzyjne w Polsce (rzeczywistą siedzibę organu zarządzającego), z czym może (choć nie musi) wiązać się także skoncentrowanie jej głównej działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Również taka sytuacja podlega ocenie przez pryzmat nowych przepisów art. 17 i art. 19 p.p.m., z uwzględnieniem nakazów orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego swobody osiedlania się spółek, w tym zwłaszcza orzeczeń w sprawach: Centros, Überseering i Inspire Art. Pojawia się pytanie: czy zasadnicza norma kolizyjna wyrażona w art. 17 ust. 1 p.p.m., zgodnie z którym osoba prawna (tu: spółka) podlega prawu państwa, w którym ma siedzibę (rozumianą jako siedziba rzeczywista), może uzasadniać wniosek, iż statut personalny takiej formalnie zagranicznej spółki wyznacza prawo polskie, tzn. że podlega on polskiemu prawu spółek (między innymi w zakresie kwestii określonych w art. 17 ust. 3 p.p.m.)? Pozytywna odpowiedź na to pytanie wpisywałaby się wprawdzie w logikę teorii siedziby rzeczywistej, stałaby jednak w jaskrawej sprzeczności z traktatową swobodą przedsiębiorczości tak, jak jest ona rozumiana w powołanych orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Dla przypomnienia, Trybunał Sprawiedliwości wymaga, aby spółka skutecznie utworzona i zarejestrowana w jednym państwie członkowskim była uznana we wszystkich innych państwach członkowskich jako „jako taka”, tzn. jako spółka podlegająca zasadniczo prawu państwa jej utworzenia, bez względu na to, gdzie znajduje się jej siedziba rzeczywista. Państwo „przyjmujące”

⁷⁶ Por. art. 12 dyrektywy 2009/101/WE (pierwsza dyrektywa), który przewiduje zamknięty katalog przyczyn unieważnienia zarejestrowanej spółki. W prawie polskim regulacji tej odpowiada art. 21 k.s.h.

nie może więc generalnie stosować do takiej spółki swoich regulacji prawno-korporacyjnych zarówno w przypadku, w którym jej siedziba rzeczywista została od początku umiejscowiona na jego terytorium (zob. orzeczenie w sprawie Centros), jak i wówczas, gdy centrum decyzyjne, zlokalizowane uprzednio za granicą, zostało następnie przeniesione do tego państwa (zob. orzeczenie w sprawie Überseering). Nawet więc przy założeniu, że pojęcie siedziby występujące w art. 17 ust. 1 p.p.m. oznacza „siedzibę rzeczywistą”, prounijna wykładnia tego przepisu, do której zobowiązane są wszystkie organy państwowe, powinna prowadzić do jego teleologicznej (celowościowej) redukcji, uzasadniającej uznanie, że wynikająca z niego dyspozycja (tj. podleganie spółki prawu korporacyjnemu państwa jej siedziby rzeczywistej) nie znajduje zastosowania do spółek utworzonych według prawa jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej. Zastosowanie krajowej normy kolizyjnej nie może prowadzić do stanu sprzecznego z pierwotnym prawem europejskim — a taki właśnie stan zaistniałby, gdyby uznać, że utworzona za granicą spółka mająca siedzibę rzeczywistą w Polsce podlega nie swojemu prawu macierzystemu, lecz polskiemu prawu spółek. Powołanie się na własne normy kolizyjne nie może stanowić wystarczającego usprawiedliwienia dla tak jaskrawego ograniczenia traktatowej swobody osiedlania się. W przypadku gdy państwo utworzenia takiej spółki przyjmuje teorię siedziby rzeczywistej i wyklucza jej przeniesienie za granicę, respektowanie przez polskie sądy tych obcych regulacji powinno prowadzić do uznania, że samo faktyczne przeniesienie tej siedziby na terytorium Polski nie prowadzi do zmiany statutu personalnego spółki. „Formalnie zagraniczna” spółka „osiadła” w Polsce (tj. mająca tu swoją siedzibę rzeczywistą) podlega prawu państwa członkowskiego Unii Europejskiej, według którego została ona utworzona⁷⁷. W istocie więc w tym zakresie prawo europejskie „wymusza” niejako od krajowych organów stosujących prawo akceptację takiego stanu, jaki miałby miejsce, gdyby polskie prawo kolizyjne oparte było na teorii utworzenia (inkorporacji).

Postulat proeuropejskiej wykładni art. 17 ust. 1 p.p.m. nie będzie oczywiście dotyczyć przypadku, w którym spółka „formalnie zagraniczna”, mająca rzeczywistą siedzibę w Polsce, została utworzona i zarejestrowana w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej (lub szerzej — EOG). Jednak również co do takiej spółki trudno zaakceptować tezę, że ze względu na sam fakt zlokalizowania rzeczywistej siedziby w Polsce warunkiem uznania jej podmiotowości i zdolności prawnej przez polskie organy i sądy

⁷⁷ Por. M. Sz y d ł o, *Działalność spółek pozornie zagranicznych w Polsce — uwagi de lege lata i de lege ferenda*, PPH 2008, z. 6, s. 55.

jest jej ponowne utworzenie jako polskiej spółki. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, jedną z zasad prawa kolizyjnego jest zakaz następczej oceny zakończonych zdarzeń prawnych w świetle innego statutu niż ten, który obowiązywał w chwili wystąpienia tych zdarzeń⁷⁸. Zdarzeniem tym jest utworzenie spółki na podstawie przepisów obcego prawa i uzyskanie przez nią zdolności prawnej. W tym zakresie statut personalny ma charakter stały i wyznacza go prawo państwa, zgodnie z którym została ona zawiązana i na podstawie którego uzyskała podmiotowość prawną⁷⁹. Ponowne badanie skuteczności utworzenia spółki jako podmiotu prawa w świetle prawa polskiego jest niedopuszczalne, a jej podmiotowość prawna uzyskana pod rządami obcego prawa powinna być respektowana przez polskie organy i sądy niezależnie od tego, gdzie aktualnie znajduje się jej siedziba rzeczywista. Za poglądem tym przemawia także potrzeba ochrony obrotu, w tym przede wszystkim wierzycieli i współników „formalnie zagranicznej” spółki, których interesy mogłyby zostać zagrożone w przypadku uznania, że nie posiada ona zdolności prawnej i nie istnieje w świetle prawa polskiego. Oznaczałoby to bowiem, że spółka taka nie posiada zdolności sądowej i procesowej, a więc nie jest możliwe jej występowanie przed polskimi sądami. W zakresie pozostałych kwestii objętych jej statutem personalnym, spółka ta będzie podlegać (zgodnie z art. 17 ust. 1 p.p.m.) prawu polskiemu jako prawu jej rzeczywistej siedziby. W praktyce stosowanie przepisów polskiego prawa spółek do podmiotów utworzonych według obcego prawa może stwarzać istotne trudności i będzie wymagać zastosowania instrumentu prawa prywatnego międzynarodowego, jakim jest substytucja, a więc poszukiwanie w polskim systemie prawnym pojęć i instytucji ekwiwalentnych w stosunku do tych, które występują w prawie, według którego spółka ta została założona. Przykładowo, zabieg substytucji będzie konieczny, aby odpowiedzieć na pytanie, jakie przepisy kodeksu spółek handlowych należy stosować do spółki założonej według prawa państwa niebędącego członkiem EOG, której siedziba rzeczywista („centrum decyzyjne”) znajduje się w Polsce, lecz która nie ma swojego odpowiednika w polskiej typologii spółek⁸⁰. Jak łatwo

⁷⁸ M. Paźdzan, *Prawo...*, [przyp. 7], s. 72; A. Opalski, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 103.

⁷⁹ A. Opalski, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 103; A. W. Wiśniewski, [przyp. 8], s. 720 i n.

⁸⁰ Sytuacja będzie o wiele prostsza w przypadku, gdy między Polską a tym państwem istnieje *bilateralna konwencja* o uznawaniu zdolności osób prawnych. Symptomatyczne jest przy tym, że większość nowszych konwencji opiera się na teorii utworzenia, tzn. uznaje, że osoba podlega prawu państwa jej utworzenia; por. art. 21 ust. 2 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych z dnia 24 V 1993 r., Dz.U. z 1994 r., nr 96, poz. 465.

zgodną, rozstrzygnięcie tej kwestii może prowadzić do wielu problemów i wątpliwości, ze szkodą dla pewności i bezpieczeństwa obrotu⁸¹. Nie jest również jasne, czy i w jakim zakresie konieczne byłoby dostosowanie umowy (statutu) „formalnie zagranicznej” spółki do prawa polskiego (na przykład w zakresie minimalnej wysokości kapitału zakładowego czy struktury jej organów) jako prawa wyznaczającego jej statut personalny. Zarysowane trudności (dla polskich sądów i organów stosujących prawo) oraz dodatkowe ryzyko prawne (dla uczestników obrotu) stanowią konsekwencję przyjęcia siedziby rzeczywistej jako łącznika normy kolizyjnej, wskazującego statut personalny osoby prawnej (spółki).

Normy kolizyjne zawarte w art. 17 i art. 19 p.p.m. znajdują zastosowanie także wówczas, gdy w sprawie toczącej się przed polskim sądem pojawi się kwestia ustalenia statutu personalnego spółki „formalnie zagranicznej” utworzonej według prawa obcego i posiadającej siedzibę rzeczywistą w państwie innym niż Polska. Co do spółki „formalnie zagranicznej” założonej zgodnie z prawem jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej i w nim inkorporowanej, polski sąd, ustalając jej statut personalny, powinien mieć na uwadze powołaną wyżej zasadę wynikającą z pierwotnego prawa europejskiego (przepisów o traktatowej swobody przedsiębiorczości), zgodnie z którą spółka skutecznie utworzona według prawa jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej powinna być uznana w całej Unii jako podlegająca prawu tego państwa, niezależnie od tego, w którym państwie członkowskim znajduje się jej rzeczywista siedziba⁸². Zasada ta ma pierwszeństwo przed krajowymi regulacjami kolizyjnymi — zarówno polskimi, jak i zawartymi w prawie innych państw członkowskich. Oznacza to, że spółka utworzona według prawa państwa

Podobną regulację zawierają analogiczne umowy z Białorusią i Rosją. Te postanowienia konwencyjne, oparte na teorii utworzenia, mają pierwszeństwo przed omawianymi przepisami prawa prywatnego międzynarodowego.

⁸¹ Podobne problemy powstawać będą w sytuacji odwrotnej, tzn. gdy zarejestrowana w Polsce spółka z o.o. jest zarządzana z terytorium innego państwa niebędącego członkiem EOG. Przy akceptacji wykładni, że osoba prawna podlega prawu państwa jej siedziby rzeczywistej, polski sąd musiałby w takim przypadku poszukiwać odpowiedników typu polskiej spółki w obcym prawie i „dopasowywać” zawarte w nim regulacje do tej spółki. Nietrudno sobie wyobrazić, jak znacznym ryzykiem prawnym będą obciążone tego typu zabiegi.

⁸² Por. pkt 80–82 uzasadnienia do wyroku z 5 XI 2002 r. w sprawie C-208/00, *Überseering*. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził tam m.in., iż spółka *Überseering b.v.*, „utworzona zgodnie z prawem w Niderlandach i tam posiadająca swoją siedzibę statutową, wywodzi z art. 43 WE i art. 48 WE prawo korzystania ze swobody działalności gospodarczej w Niemczech jako spółka prawa niderlandzkiego” [podkr. K.O.].

członkowskiego A, a mająca siedzibę rzeczywistą w państwie członkowskim B, podlegać będzie prawu spółek państwa A, niezależnie od tego, czy prawo kolizyjne państwa B opiera się na teorii inkorporacji, czy na teorii siedziby rzeczywistej⁸³. W takim przypadku polski sąd nie musi więc badać norm kolizyjnych zawartych w prawie państwa B, lecz może (na podstawie prawa europejskiego) od razu przyjąć, iż statut personalny tej spółki wyznacza prawo państwa jej inkorporacji. Niewątpliwie więc prawo europejskie upraszcza w tym przypadku proces poszukiwania prawa właściwego dla spółek. Natomiast co do „formalnej spółki zagranicznej” niebędącej spółką unijną w rozumieniu art. 54 TFUE (tzn. utworzoną według prawa państwa spoza Unii Europejskiej lub mającą jedną z siedzib, określonych w art. 54 ust. 1 TFUE, poza Unią), sąd polski jest obowiązany, na podstawie art. 17 ust. 2 p.p.m., zbadać prawo kolizyjne obowiązujące w państwie jej siedziby rzeczywistej w celu weryfikacji, czy za miarodajny dla ustalania statutu personalnego osób prawnych uznaje ono łącznik siedziby rzeczywistej czy łącznik inkorporacji. W tym drugim przypadku statut personalny takiej spółki wyznaczać będzie prawo państwa jej utworzenia, zgodnie z nakazem zawartym w art. 17 ust. 2 p.p.m. W praktyce ustalenie łącznika, jakim posługuje się zagraniczna regulacja kolizyjnoprawna, może być trudne, o czym świadczą choćby trudności związane z wykładnią pojęcia siedziby na gruncie prawa polskiego. Pojawia się też pytanie o sposób zastosowania art. 17 ust. 2 p.p.m. w przypadku, gdy prawo kolizyjne państwa, w którym znajduje się siedziba rzeczywista, nie posługuje się, w celu wyznaczenia statutu personalnego osoby prawnej, ani łącznikiem utworzenia, ani łącznikiem siedziby rzeczywistej, lecz innym łącznikiem, na przykład łącznikiem siedziby statutowej lub łącznikiem publicznego rejestru, do którego wpisana jest dana osoba prawna. Czy w takim przypadku polski sąd powinien, opierając się na rozszerzającej (funkcjonalnej) wykładni art. 17 ust. 2 p.p.m., zastosować normę kolizyjną tego państwa i przyjąć, że statut personalny tej osoby prawnej wyznacza prawo państwa jej siedziby statutowej lub publicznego rejestru? Odpowiedź na to pytanie powinna być twierdząca, bowiem łączniki te z reguły wskazywać będą to samo prawo, które wskazałby łącznik utworzenia. Siedziba statutowa osoby praw-

⁸³ Z orzeczenia w sprawie *Cartesio* [przyp. 54] wynika natomiast, że państwo A może zakazać przeniesienia samej tylko siedziby rzeczywistej spółki zarejestrowanej na jego terytorium. Oznacza to, że w omawianym przypadku sąd polski powinien zbadać prawo — zarówno kolizyjne, jak i materialne — państwa A pod kątem tego, czy nie zawiera ono normy zakazującej przeniesienia wyłącznie siedziby rzeczywistej spółki i łączącej z tym faktem określone sankcje — o ile mieć będzie to znaczenie w sprawie rozstrzyganej przez polski sąd.

nej będzie zlokalizowana w tym państwie, według którego prawa została założona. Również warunkiem wpisania podmiotu do krajowego rejestru jest przestrzeganie przy jego tworzeniu przepisów prawa obowiązujących w państwie, w którym rejestr ten jest prowadzony.

2. „SIEDZIBA OSOBY PRAWNEJ” JAKO ZAREJESTROWANA SIEDZIBA STATUTOWA

Druga z możliwych interpretacji niejednoznacznego pojęcia siedziby, występującego w art. 17 i art. 19 p.p.m., przyjmuje, że przez pojęcie to należy rozumieć siedzibę statutową, a więc miejscowość określoną w akcie założycielskim osoby prawnej jako jej siedziba bez względu na to, czy w miejscowości tej znajduje się jej „centrum decyzyjne” (organ zarządzający, siedziba rzeczywista). W przypadku gdy osoba prawna wpisana jest do oficjalnego (publicznego) rejestru w państwie swego utworzenia, siedziba statutowa będzie zarazem pokrywać się z siedzibą ujawnioną w tym rejestrze („siedzibą rejestrową”). Do przyjęcia takiego znaczenia pojęcia siedziby skłania zarówno wykładnia proeuropejska, odwołująca się do przepisów wtórnego i pierwotnego prawa unijnego, jak i wykładnia systemowa i funkcjonalna polskiej normy kolizyjnej.

Po pierwsze, gdy chodzi o spółki zarejestrowane w państwach członkowskich Unii Europejskiej, za stanowiskiem tym przemawia konieczność tzw. prounijnej (proeuropejskiej) wykładni prawa krajowego, a więc wykładni, której rezultat najlepiej realizuje cele pierwotnego i wtórnego prawa europejskiego. W przypadku proeuropejskiej wykładni kolizyjnych regulacji art. 17 i art. 19 p.p.m. należy mieć na uwadze potrzebę zapewnienia spółkom w rozumieniu art. 54 ust. 2 TFUE transgranicznej mobilności, a tym samym zniesienia utrudnień w zakresie korzystania z traktatowej swobody osiedlania się (swobody przedsiębiorczości). Jak trafnie podkreśla się w polskiej doktrynie, istotą swobody osiedlania się w wymiarze pierwotnym jest prawo spółki do uzyskania bezpośredniego dostępu do rynku państwa członkowskiego bądź przy zachowaniu dotychczasowej formy prawnej, bądź po przekształceniu w krajową formę spółki państwa przyjmującego, stanowiącą odpowiednik formy, w której pierwotnie działała ta spółka⁸⁴. Obowiązek prounijnej wykładni, zmierzający do zapewnienia „praktycznej efektywności i skuteczności” (tzw. *effet utile*) prawa europejskiego, spoczywa na wszystkich organach państw członkowskich, a jego źródłem jest tzw. zasada lojalności (solidarności) państw członkowskich wobec Unii,

⁸⁴ A. O p a l s k i, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 133.

wyrażona obecnie w art. 4 ust. 3 akapit 2 TUE⁸⁵. Obowiązek prounijnej wykładni odnosi się zarówno do merytorycznego, jak i kolizyjnego prawa państw członkowskich. Na tle niejednoznacznego językowo pojęcia siedziby, występującego w art. 17 i art. 19 p.p.m., polskie organy i sądy powinny dać pierwszeństwo temu rezultatowi wykładni, który najbardziej odpowiada treści i celowi prawa europejskiego, a rezultatem tym jest właśnie przyjęcie, iż oznacza ono siedzibę statutową osoby prawnej, ujawnioną w publicznym rejestrze, do którego jest ona wpisana. Akceptacja łącznika siedziby statutowej jest pożądana z punktu widzenia prawa europejskiego, sprzyja bowiem korzystaniu przez spółki z traktatowej swobody przedsiębiorczości (osiedlania się) w Unii Europejskiej. Zgodnie z odesłaniem wynikającym z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości spółka podlega swojemu prawu macierzystemu, a więc prawu państwa, w którym została zarejestrowana, niezależnie od tego, gdzie znajduje się jej siedziba rzeczywista⁸⁶. Ponieważ warunkiem uzyskania osobowości prawnej w wyniku rejestracji w danym państwie jest z reguły utworzenie tego podmiotu stosownie do prawa tego państwa (tzn. państwo rejestracji osoby prawnej jest zarazem jej „państwem macierzystym”), kolizyjnoprawne konsekwencje przyjęcia łącznika zarejestrowanej siedziby statutowej będą się w zasadzie pokrywać z rezultatami, do jakich prowadziłyby teoria inkorporacji (utworzenia), która — jak stwierdzono to powyżej — najpełniej koreluje z traktatową swobodą przedsiębiorczości. Podkreślenia wymaga ponadto, że zarówno pierwotne, jak i wtórne prawo europejskie posługuje się, w wersji angielskiej, terminem *registered office*, który w polskiej wersji językowej niektórych aktów prawnych przetłumaczony został (nie do końca trafnie) po prostu jako „siedziba”, lecz którego dokładniejszym polskim odpowiednikiem jest właśnie pojęcie zarejestrowanej siedziby statutowej⁸⁷. Z kolei na oznaczenie siedziby rzeczywistej, rozumianej jako siedziba głównego zarządu, angielskie wersje prawa unijnego posługują się terminem *head office* (który w pol-

⁸⁵ Zob. orzecznictwo i literatura podana w przyp. 14.

⁸⁶ Zob. pkt 80–82 uzasadnienia do wyroku z 5 XI 2002 r. w sprawie C-208/00, *Überseering*. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził tam m.in., że sam byt spółki założonej w Holandii „jest nieodłączny od jej statusu jako spółki prawa niderlandzkiego, ponieważ [...] spółka istnieje tylko w oparciu o ustawodawstwo krajowe, które określa jej tworzenie i funkcjonowanie” [podkr. K.O.].

⁸⁷ W pierwotnym prawie unijnym art. 54 ust. 1 TFUE wyraźnie rozróżnia pojęcie siedziby statutowej (ang. *registered office*) od pojęcia głównego zarządu (*central administration*). We wtórnym prawie unijnym rozróżnienie to występuje również w art. 7 rozporządzenia nr 2157/WE z 8 X 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE), który wymaga, aby siedziba (*registered office*) spółki europejskiej znajdowała się na terytorium Wspólnoty, w tym samym państwie członkowskim co jej główny zarząd (*head office*).

skich wersjach językowych tłumaczony jest właśnie jako „główny zarząd”). Przykładowo, pierwsza dyrektywa („dyrektywa o jawności”)⁸⁸, harmonizująca regulacje dotyczące obowiązków informacyjnych spółek kapitałowych (w Polsce — także spółek komandytowo-akcyjnych) w celu zapewnienia ochrony ich wspólników oraz osób trzecich, przewiduje, że każda zmiana tej siedziby powinna zostać ujawniona w rejestrze (art. 2 lit. g pierwszej dyrektywy). Oznaczenie zarejestrowanej siedziby spółki (*registered office*) powinno się również znajdować na jej pismach i formularzach zamówień (art. 5 lit. b pierwszej dyrektywy). Wynika stąd, że prawodawca europejski właśnie siedzibie statutowej, ujawnionej w publicznym rejestrze, a nie siedzibie rzeczywistej, przypisuje funkcję ochronną co do uczestników obrotu.

Po drugie, należy zaznaczyć, że również odwołanie się do polskiego prawa materialnego jako do *legis fori* przemawia raczej za wykładnią pojęcia siedziby jako siedziby określonej w akcie założycielskim (statucie) osoby prawnej, a nie rzeczywistej siedziby jej głównego zarządu. Zgodnie z art. 41 k.c., do którego odwołują się zwolennicy teorii siedziby rzeczywistej⁸⁹, jeżeli ustawa lub oparty na niej statut nie stanowi inaczej, siedzibą osoby prawnej jest miejscowość, w której ma siedzibę jej organ zarządzający. Z treści tego przepisu wynika więc, że siedziba organu zarządzającego miarodajna jest dla ustalenia siedziby osoby prawnej tylko wtedy, gdy ustawa lub oparty na niej statut nie stanowią inaczej. Dyspozytywny przepis kodeksu cywilnego przyznaje więc pierwszeństwo statutowej regulacji kwestii siedziby osoby prawnej (z zastrzeżeniem wymagań przewidzianych w przepisach szczególnych) przed zasadą wyrażoną w art. 41 k.c. *in fine*, zgodnie z którą siedzibę osoby prawnej ustala się według siedziby jej zarządu. Przepis art. 41 k.c. przemawia więc raczej za uznaniem, iż także dla ustalenia statutu personalnego osoby prawnej powinna być miarodajna w pierwszym rzędzie siedziba określona w jej statucie (akcie założycielskim). Również na gruncie kodeksu spółek handlowych trafnie wskazuje się w doktrynie, że siedziba określona w umowie (statucie) spółki niekoniecznie musi pokrywać się z siedzibą jej głównego zarządu⁹⁰. W niektórych przypadkach polskie prawo

⁸⁸ Dyrektywa 2009/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16 IX 2009 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 48 akapit 2 traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich. Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz.Urz. z 1 X 2009 r., L 258, s. 0011.

⁸⁹ Por. np. W. L u d w i c z a k, [przyp. 7], s. 168; K. B a g a n - K u r l u t a, [przyp. 70], s. 158.

⁹⁰ Choć jednocześnie trafnie zastrzega się, że siedziba statutowa musi znajdować się na terytorium RP. Por. S. S o ł t y s i ń s k i, w: S. S o ł t y s i ń s k i, A. S z a j k o w s k i,

wyklucza jednak autonomię statutową w tej kwestii. Przykładem takiego przepisu jest art. 13a prawa bankowego⁹¹, zgodnie z którym zarząd banku działa i wykonuje swoje funkcje w siedzibie określonej w statucie banku. Jednak na tle tego przepisu także widoczne jest, że polski ustawodawca rozróżnia siedzibę (statutową) osoby prawnej od miejsca, w którym zlokalizowany jest jej główny zarząd.

Po trzecie, oprócz wykładni proeuropejskiej i systemowej, za stanowiskiem tym przemawia wykładnia funkcjonalna, odwołująca się do potrzeby zapewnienia szybkości i bezpieczeństwa międzynarodowego obrotu prawnego, które to wartości łącznik zarejestrowanej siedziby statutowej realizuje w sposób daleko pełniejszy niż łącznik siedziby rzeczywistej. Uczestnicy tego obrotu (a także organy stosujące prawo) mają bowiem możliwość łatwego ustalenia statutu personalnego spółki na podstawie wyciągu z oficjalnego rejestru, do którego wpisana jest spółka. Łącznik ten ma przy tym charakter pewny i stabilny, tzn. jest on niezależny od okoliczności o charakterze faktycznym, trudnych do ustalenia dla uczestników obrotu (takich jak odbywanie posiedzeń organu zarządzającego za granicą), i stoi za nim autorytet państwa, w którym prowadzony jest oficjalny rejestr⁹². Zmiana statutu personalnego jest uwarunkowana zmianą aktu założycielskiego (umowy spółki, statutu), która polega na zmianie przyjętej w nim pierwotnie siedziby, co wymaga uchwały wspólników będących dysponentami prawnego bytu spółki, a następnie wpisania tej siedziby do rejestru publicznego w państwie „docelowym”. Odmienne niż w przypadku łącznika siedziby rzeczywistej, nie istnieje więc w tym przypadku niebezpieczeństwo, iż wspólnicy lub wierzyciele spółki będą zaskakiwani zmianą jej statutu personalnego wskutek działań podejmowanych wyłącznie przez jej zarząd w postaci samo-

A. Szumański, J. Szwała, *Kodeks spółek handlowych*, t. III, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 81–82; J. Frąckowiak, w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. K. Kruczałak, Warszawa 2001, s. 470; A. Rachwał, w: S. Włodzka, *Prawo spółek handlowych*, t. 2A, Warszawa 2007, s. 889; R. Potrzebny, w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, t. 2, Warszawa 2011, s. 35. Ten ostatni autor odwołuje się do poglądu J. Namitkiewicza, wyrażonego jeszcze na gruncie kodeksu handlowego z 1934 r., iż „siedzibą spółki jest miejsce, które jako takie jest oznaczone w umowie”.

⁹¹ Ustawa z 22 VIII 1997 r. — Prawo bankowe, t.j. Dz.U. z 2002 r., nr 72, poz. 665 ze zm. Cytowany przepis stanowi implementację wymogu, przewidzianego w prawie europejskim, tj. w art. 11 ust. 2 lit. a dyrektywy 2006/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz.Urz. UE z 30 VI 2006 r., L 177, s. 1).

⁹² Jak trafnie podkreśla się w literaturze, „łącznik siedziby statutowej chroni elementarny interes kontrahentów spółki, ponieważ zapewnia łatwość ustalenia prawa właściwego dla spółki, a także gwarantuje stabilność tego prawa”. Tak A. Opalski, *Europejskie...*, [przyt. 8], s. 106.

wolnego przeniesienia „centrum decyzyjnego” do innego państwa. Łącznik zarejestrowanej siedziby statutowej ułatwi również w sposób zasadniczy polskiemu sądowi i organom państwowym ustalanie statutu personalnego osób prawnych i spółek. Organy te mogą bowiem poprzestać na odpisie umowy (statutu) spółki lub wyciągu z właściwego dla niej rejestru. Miejsce siedziby rzeczywistej rozumianej jako faktyczna siedziba organu zarządzającego (lub organu o zbliżonym charakterze) jest w tym przypadku całkowicie i irrelevantne z punktu widzenia ustalania statutu personalnego spółki. Podniesienie przez któregośkolwiek z uczestników postępowania toczącego się przed polskim sądem, iż siedziba rzeczywista spółki znajduje się w innym państwie niż siedziba statutowa (rejestrowa), nie zobowiązuje sądu do weryfikacji tego twierdzenia, ponieważ okoliczność ta nie ma wpływu na ustalenie prawa, któremu podlega spółka.

W rezultacie należy stwierdzić, że wykładnia proeuropejska, systemowa i funkcjonalna przemawiają za uznaniem, że normy kolizyjne zawarte w art. 17 i art. 19 p.p.m. posługują się łącznikiem siedziby statutowej, rozumianej jako siedziba określona w akcie założycielskim (statucie) osoby prawnej i ujawniona w publicznym rejestrze. Tego rezultatu nie można zanegować, odwołując się do niejasnej treści uzasadnienia rządowego projektu prawa prywatnego międzynarodowego, w którym stwierdzono jedynie iż „utrzymany został jako zasadniczy łącznik siedziby”. W uzasadnieniu nie wyjaśniono bowiem, co należy rozumieć przez pojęcie siedziby, a odwoływanie się do (niejednolitego, jak wykazano powyżej) doktrynalnego rozumienia tego terminu na gruncie poprzedniego stanu prawnego (tj. art. 9 § 2 p.p.m. z 1965 r.) nie może mieć znaczenia rozstrzygającego dla wykładni pojęć występujących w obecnie obowiązującym prawie — zwłaszcza wówczas, gdyby rezultat tej wykładni był sprzeczny z rezultatem wykładni funkcjonalnej oraz z nakazem proeuropejskiej interpretacji prawa krajowego. Organy i podmioty stosujące prawo powinny interpretować zawarte w ustawie pojęcia (w szczególności wówczas, gdy chodzi o normy o charakterze kolizyjnym) w sposób autonomiczny, z uwzględnieniem dyrektyw wykładni celowościowej i proeuropejskiej⁹³.

Przyjęcie, iż nowe polskie regulacje kolizyjnoprawne posługują się łącznikiem zarejestrowanej siedziby statutowej, prowadzi do spójnych rezultatów wykładni poszczególnych przepisów art. 17 i art. 19 p.p.m. Przepis art. 17 ust. 1 p.p.m. powinien być wówczas rozumiany w ten sposób, że

⁹³ Co do tzw. autonomicznej metody kwalifikacji pojęć występujących w normach kolizyjnych por. J. G o ł a c z y ń s k i, [przyp. 7], s. 27; W. L u d w i c z a k, [przyp. 7], s. 105; K. B a g a n - K u r l u t a, [przyp. 70], s. 114–115.

statutem personalnym osoby prawnej jest prawo państwa, w którym znajduje się jej siedziba określona w akcie założycielskim oraz we właściwym rejestrze, bez względu na to, gdzie znajduje się siedziba jej organu zarządzającego. Prawu tego państwa podlegają kwestie wymienione w art. 17 ust. 3 p.p.m. Przez pojęcie „przeniesienie siedziby”, o którym mowa w art. 19 ust. 1 zd. 1 p.p.m., należy rozumieć przeniesienie siedziby statutowej, co uzależnione jest od zmiany aktu założycielskiego danej osoby prawnej, o czym zdecydować powinni jego prawni dysponenti (na przykład wspólnicy lub członkowie danej osoby prawnej lub spółki). Przy założeniu, że siedziba statutowa jest zarazem siedzibą określoną w publicznym rejestrze, do którego wpisana jest dana osoba prawna, skutek przeniesienia siedziby w postaci zmiany statutu personalnego tej osoby prawnej nastąpi dopiero z chwilą jej rejestracji w państwie nowej siedziby. Konstytutywny charakter wpisu przeniesienia siedziby w państwie docelowym wzmacnia pewność i bezpieczeństwo międzynarodowego obrotu prawnego⁹⁴. Wpis ten oraz ogłoszenie o nim stanowią bowiem zdarzenie prawne pozwalające uczestnikom obrotu w sposób jednoznaczny ustalić moment zmiany statutu personalnego osoby prawnej. Ustalenie takiego jednoznacznego momentu często nie byłoby możliwe, gdyby przyjęć odrzucaną tu wykładnię pojęcia siedziby jako rzeczywistej siedziby zarządu, ponieważ siedziba ta z reguły nie podlega ujawnieniu w publicznych rejestrach, a jej przeniesienie (na przykład odbycie większości posiedzeń zarządu za granicą) ma charakter raczej okoliczności faktycznej aniżeli konkretnego zdarzenia prawnego.

Kolejne dwa zdania art. 19 ust. 1 p.p.m. stanowią, iż osobowość prawna uzyskana w państwie dotychczasowej siedziby jest zachowana, jeżeli przewiduje to prawo każdego z zainteresowanych państw (art. 19 ust. 1 zd. 2 p.p.m.), a przeniesienie siedziby w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego nie prowadzi do utraty osobowości prawnej (art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m.). Rozumiejąc siedzibę jako zarejestrowaną siedzibę statutową, na podstawie pierwszego z cytowanych zdań można dekodować normę tej treści, że transgraniczne przeniesienie takiej siedziby osoby prawnej, które skutkuje zmianą jej statutu personalnego przy zachowaniu jej podmiotowości, jest uwarunkowane dopuszczalnością takiej operacji przez systemy prawne państw, między którymi siedziba ta ma zostać przeniesiona. Prawo

⁹⁴ Zgodnie z opublikowanymi w 2004 r. założeniami do czternastej dyrektywy w sprawie transgranicznego przeniesienia zarejestrowanej siedziby spółki, przeniesienie ma być skuteczne wraz z jej wpisem do rejestru państwa nowej siedziby. Por. M. W i k t o r o w i c z, *Prawna sytuacja przeniesienia zarejestrowanej siedziby spółki pomiędzy państwami członkowskimi UE — planowane zmiany*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, z. 9, s. 2; A. O p a l s k i, *Europejskie...*, [przyp. 8], s. 142.

państwa, z którego osoba prawna „emigruje”, powinno więc dopuszczać możliwość zmiany siedziby określonej pierwotnie w jej akcie założycielskim i ujawnionej w publicznym rejestrze (co w przypadku spółek wymagać będzie uchwały wspólników w sprawie zmiany umowy spółki bądź statutu) oraz wykreślenia tej osoby prawnej z rejestru bez jej rozwiązania i likwidacji. Z kolei prawo państwa, do którego siedziba jest przenoszona (państwo przyjmujące), powinno przewidywać możliwość rejestracji osoby prawnej (spółki), która nie jest zakładana „na nowo” w tym państwie, lecz która zamierza kontynuować swój byt prawny uzyskany w państwie emigracji, przy przekształceniu się w formę prawną przewidzianą w prawie wewnętrznym państwa przyjmującego, stanowiącą odpowiednik formy, w której dotychczas funkcjonowała ta osoba prawna. Gdy chodzi o spółki (w rozumieniu art. 54 ust. 2 TFUE) utworzone i zarejestrowane w państwach członkowskich Unii Europejskiej, cytowane przepisy art. 19 ust. 1 zd. 2 i zd. 3 p.p.m. podlegają oczywiście wykładni pronunijnej, która powinna uwzględniać zasady sformułowane w zreferowanym wyżej orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W szczególności art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m., który wyklucza utratę osobowości prawnej w razie przeniesienia siedziby w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego, wpisuje się w pogląd Trybunału, wyrażony w uzasadnieniu do wyroku *Cartesio*, zgodnie z którym sprzeczny z traktatową swobodą przedsiębiorczości jest nakaz rozwiązania i likwidacji spółki (a więc utraty jej osobowości prawnej), przewidziany w prawie państwa jej utworzenia i rejestracji, jako konsekwencja transgranicznego przekształcenia się tej spółki (połączonego ze zmianą jej statutu personalnego) w formę spółki uregulowaną w prawie krajowym państwa „docelowego”. Innymi słowy, prawo krajowe nie może stanowić, iż skutkiem podjęcia przez dysponentów aktu założycielskiego spółki decyzji o transgranicznym przeniesieniu jej siedziby połączonym ze zmianą jej statutu personalnego i przekształceniem w formę spółki określoną w prawie krajowym państwa docelowego jest „unicestwienie jej egzystencji” w państwie macierzystym. Wynikające z prawa kolizyjnego (tj. z art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m.) wykluczenie utraty osobowości prawnej w razie transgranicznego przeniesienia siedziby między państwami członkowskimi EOG czyni więc zadość nakazom wynikającym z pierwotnego prawa unijnego niezależnie od tego, czy przez pojęcie siedziby rozumie się zarejestrowaną siedzibę statutową, czy siedzibę rzeczywistą spółki. Można więc postawić tezę, iż jakkolwiek materialne polskie prawo spółek kapitałowych narusza w tym zakresie europejskie prawo pierwotne (por. art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h.), to norma kolizyjna art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m. odpowiada tym zasadom.

Przy założeniu, że art. 17 ust. 1 p.p.m. posługuje się łącznikiem zarejestrowanej siedziby statutowej, pewne wątpliwości interpretacyjne może budzić art. 17 ust. 2 p.p.m., zgodnie z którym w przypadku, gdy prawo wskazane w ust. 1 (a więc prawo państwa, w którym znajduje się ta siedziba) przewiduje właściwość prawa państwa, na podstawie którego osoba prawna została utworzona, stosuje się prawo tego drugiego państwa. Ponieważ prawo utworzenia osoby prawnej będzie z reguły tożsame z prawem państwa, w którym aktualnie znajduje się jej siedziba statutowa ujawniona w publicznym rejestrze, norma kolizyjna posługująca się łącznikiem inkorporacji wskaże materialne przepisy tego właśnie państwa. Pewnego znaczenia praktycznego cytowana regulacja mogłaby nabrać jedynie w raczej teoretycznym przypadku, gdy siedziba statutowa osoby prawnej znajduje się w innym państwie niż państwo, według prawa którego osoba ta została założona i w którym jest ona wpisana do publicznego rejestru⁹⁵. Sytuacja taka może mieć miejsce w przypadku, w którym państwo utworzenia osoby prawnej dopuszcza, aby jej siedziba statutowa znajdowała się poza jego terytorium. Jeżeli prawo kolizyjne państwa jej siedziby statutowej przyjmuje łącznik założenia (inkorporacji), to na podstawie odesłania zawartego w art. 17 ust. 2 p.p.m. polski sąd powinien przyjąć, że osoba ta podlega prawu państwa jej założenia.

V. TRANSGRANICZNE RESTRUKTURYZACJE OSÓB PRAWNYCH — WZMIANKA

Kwestia kolizyjnoprawnej regulacji transgranicznych operacji restrukturyzacyjnych w postaci połączeń i podziałów ma tak skomplikowany charakter, że niewątpliwie wymagałyby odrębnej, obszernej analizy⁹⁶. W tym miejscu należy się jedynie ograniczyć do zasygnalizowania wybranych kwestii, jakie mogą się pojawić na tle fragmentarycznej regulacji art. 19 ust. 2 p.p.m., zgodnie z którym połączenie osób prawnych mających siedziby w różnych państwach wymaga dopełnienia wymagań określonych w prawie tych państw.

⁹⁵ Por. też J. N a p i e r a ł a, [przyp. 13], s. 59 i n., który rozważa przypadek transgranicznego przeniesienia siedziby statutowej bez zmiany statutu personalnego spółki. W doktrynie zagranicznej przypadek taki analizuje H. E i d e n m ü l l e r, *Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt*, „Juristen Zeitung” 2004, z. 1, s. 32.

⁹⁶ Zob. w tej kwestii J. N a p i e r a ł a, *Transgraniczna fuzja spółek*, w: *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 477; K. O p l u s t i l, M. S p y r a, [przyp. 63], s. 259 i n. W literaturze zagranicznej zob. zwłaszcza monografię U. L e n n e r z, *Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften*, Köln 2001.

Po pierwsze, również na gruncie cytowanego przepisu można bronić poglądu, iż występujące w nim pojęcie siedziby oznacza siedzibę statutową osoby prawnej ujawnioną we właściwym dla niej rejestrze, a nie jej siedzibę rzeczywistą. W przypadku spółek oznacza to, że prawo korporacyjne państwa siedziby statutowej spółki jest miarodajne w zakresie określania „wymagań”, których „dopełnienie” konieczne jest dla przeprowadzenia transgranicznego połączenia. Nawet jednak w przypadku przyjęcia poglądu przeciwnego, tj. uznania, iż „siedziba” oznacza faktyczną siedzibę organu zarządzającego łączącego się podmiotu, w przypadku łączenia się spółek utworzonych i zarejestrowanych w państwach członkowskich Unii Europejskiej przepis art. 19 ust. 2 p.p.m. musi podlegać proeuropejskiej wykładni, uwzględniającej dorobek orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Jeżeli więc włączeniu transgranicznym będzie uczestniczyć spółka (w rozumieniu art. 54 ust. 2 TFUE), której siedziba rzeczywista znajduje się w innym państwie członkowskim niż państwo, według prawa którego została ona utworzona i w którym jest zarejestrowana, to, zgodnie z powołanym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (por. zwłaszcza wyroki w sprawie *Überseering* i *Inspire Art*), spółka ta w całej Unii musi być uznana „jako taka”, tzn. jako podlegająca co do zasady prawu tego drugiego państwa. Jej statut personalny (obejmujący również kwestie związane z połączeniem, por. art. 17 ust. 3 pkt 1 p.p.m.) wyznaczy więc prawo państwa utworzenia.

Po drugie, z transgranicznymi łączeniami wiąże się konieczność rozstrzygnięcia, czy krajowe przepisy o łączeniu, którym podlega każdy z łączących się podmiotów, powinny być stosowane łącznie (kumulatywnie) dla każdego z nich⁹⁷, czy też każdy łączący się podmiot podlega jedynie przepisom o łączeniu zawartym w prawie dla niego właściwym (tzw. dystrybtywne, rozłączne stosowanie statutów personalnych). W przypadku fuzji spółek kapitałowych podlegających prawu państw członkowskich Unii Europejskiej (w Polsce — także spółek komandytowo-akcyjnych; por. art. 491 § 1¹ k.s.h.) rozgraniczenie zakresów stosowania krajowych przepisów prawa spółek ułatwia zharmonizowanie odpowiednich przepisów krajowych w wyniku implementacji dziesiątej dyrektywy 2005/56/WE. W uproszcze-

⁹⁷ Oznaczałoby to przykładowo, że polska spółka musiałaby przestrzegać wymogów określonych w prawie obcym, któremu podlega łącząca się z nią spółka zagraniczna — i odwrotnie, również ta druga spółka musiałaby przestrzegać przepisów prawa polskiego. Z reguły prowadzić to będzie do stosowania przez każdą spółkę przepisów surowszych przewidzianych w prawie właściwym tylko dla jednej z nich (np. w kwestii większości głosów, jaką powinna zostać podjęta uchwała o połączeniu). Por. J. Napierała, [przyt. 96], s. 482.

niu, przyjęte w dyrektywie rozwiązanie opiera się na kumulatywnym stosowaniu wchodzących krajowych przepisów w zakresie przesłanek połączenia (tzw. zdolności łączeniowej każdej spółki), co oznacza, że połączenie jest możliwe, jeżeli dopuszczają je wszystkie porządki prawne właściwe dla jego uczestników (por. art. 4 ust. 1 dyrektywy). Natomiast w ramach samej procedury połączeniowej dyrektywa wyróżnia dwa etapy, z których pierwszy, obejmujący między innymi zasady podejmowania uchwały o połączeniu, a także ochrony wspólników mniejszościowych i wierzycieli łączącej się spółki, opiera się zasadniczo na rozłącznym stosowaniu przepisów właściwych dla każdej łączącej się spółki⁹⁸. Drugi etap, tzw. etap finalizacji połączenia, podlega prawu państwa, w którym połączenie ma być ostatecznie zarejestrowane, a więc prawu właściwemu dla spółki przejmującej lub nowo zawiązanej. W przypadku łączenia się spółek objętych zakresem harmonizacji dziesiątej dyrektywy, norma kolizyjna art. 19 ust. 2 p.p.m. powinna być interpretowana w zgodzie z przedstawionymi założeniami, na których opiera się ta harmonizacja, i które znajdują odzwierciedlenie w przepisach prawa krajowego państw członkowskich (w prawie polskim por. art. 516¹–516¹⁹ k.s.h.). Należy też sądzić, że model przyjęty przez prawodawcę europejskiego może być stosowany *mutatis mutandis* również w kwestii łączenia się podmiotów nieobjętych unijną harmonizacją przewidzianą w dziesiątej dyrektywie (na przykład handlowych spółek osobowych lub spółdzielni). W szczególności zasady te mogą być wykorzystane przy rozgraniczaniu zakresów miarodajnych statutów personalnych łączących się podmiotów, prowadząc do zasadniczo rozłącznego (oddzielnego) stosowania tych statutów w zakresie przeprowadzania procedury połączeniowej *sensu stricto* (obejmującej między innymi obowiązki informacyjne względem wspólników, zasady podejmowania uchwały o połączeniu, prawne środki ochrony wierzycieli i wspólników mniejszościowych łączącego się podmiotu)⁹⁹ oraz do

⁹⁸ Etap ten kończy wydanie przez organ określony we właściwych przepisach krajowych, którym podlega łącząca się spółka, zaświadczenia potwierdzającego w sposób ostateczny dopełnienie formalności wymaganych w prawie krajowym od każdej z łączących się spółek (por. art. 10 dziesiątej dyrektywy i art. 516¹⁸ k.s.h.). Zaświadczenie to jest następnie przedstawiane organowi rejestrowemu państwa, w którym ma nastąpić wpis połączenia, a organ ten może oprzeć się na jego treści i nie musi ponownie badać prawidłowości pierwszego etapu połączenia. Jak trafnie stwierdza A. Opalski, *Europejskie...*, [przyt. 8], s. 443, zaświadczenie to pełni rolę swego rodzaju „łącznika”, pozwalającego skoordynować biegnące równolegle procedury krajowe co do każdej łączącej się spółki.

⁹⁹ Co do tych elementów postępowania łączeniowego, które zakładają współdziałanie uczestniczących w nim podmiotów, jak np. uzgodnienie planu połączenia lub zawarcie tzw. umowy łączeniowej, konieczne będzie jednak kumulatywne stosowanie regulacji zawartych we właściwych dla nich systemach prawa krajowego. W praktyce będzie to oznaczać

kumulatywnego ich stosowania do przesłanek i skutków fuzji¹⁰⁰. Koordynacja statutów personalnych podmiotów uczestniczących w transgranicznej fuzji wymaga starannej analizy, czy określone elementy procedury połączeniowej powinny podlegać odpowiednim przepisom krajowym stosowanym oddzielnie lub łącznie (kumulatywnie). Niewątpliwe łączenia tego rodzaju, z uwagi na brak zharmonizowania materialno- i kolizyjnoprawnych regulacji, będą w praktyce o wiele trudniejsze do przeprowadzenia i obciążone znacznym ryzykiem prawnym. Należy sądzić, że fragmentaryczny przepis art. 19 ust. 2 p.p.m. w bardzo ograniczonym zakresie przyczyni się do jego zmniejszenia, a z uwagi na różne sposoby jego interpretacji może on wręcz stanowić źródło dodatkowej niepewności prawnej.

Po trzecie, przepis ten odnosi się *expressis verbis* wyłącznie do połączeń osób prawnych z różnych państw, pomijając inne sposoby transgranicznej restrukturyzacji, takie jak transgraniczny podział i przekształcenie. Zgodnie z art. 17 ust. 3 pkt 1 p.p.m. łączenie, podział i przekształcenie osoby prawnej objęte są zakresem statutu personalnego osoby prawnej, a więc prawa, któremu ona podlega. Należy sądzić, że przepis ten odnosi się zarówno do krajowych, jak i do transgranicznych postaci wymienionych w nim restrukturyzacji. Innymi słowy, prawo właściwe dla danej osoby prawnej rozstrzyga o tym, czy i na jakich zasadach może ona uczestniczyć w tego rodzaju operacjach z udziałem podmiotów z innych państw. Ponieważ transgraniczne przekształcenie wiąże się z przeniesieniem zarejestrowanej siedziby statutowej osoby prawnej do innego państwa, którego rezultatem jest zmiana jej statutu personalnego, dlatego też uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że problematyka transgranicznego przekształcenia wchodzi w zakres zastosowania normy kolizyjnej zawartej w art. 19 ust. 1 p.p.m. (przy założeniu, że jest w nim mowa o siedzibie statutowej). Co do kolizyjnoprawnej regulacji transgranicznego podziału¹⁰¹, w szczególności co do kwestii kumulatywnego bądź oddzielnego stosowania statutów personalnych uczestniczących w nim spółek, znajdują zastosowanie podobne zasady jak w przypadku transgranicz-

koniczność spełnienia surowszych wymagań przewidzianych w jednym z tych systemów (np. w zakresie formy i minimalnej treści planu połączenia lub umowy łączeniowej). Por. J. N a p i e r a ł a, [przyp. 96], s. 382–483 i cytowana tam literatura.

¹⁰⁰ Na temat kumulatywnego stosowania relewantnych statutów personalnych w zakresie skutków transgranicznego połączenia zob. K. O p l u s t i l, M. S p y r a, [przyp. 63], s. 308 i n.

¹⁰¹ Chodzi tu przykładowo o sytuację, w której spółka z siedzibą statutową w państwie A zamierza podzielić się przez przejęcie w ten sposób, że jej majątek ma zostać przeniesiony, w drodze sukcesji uniwersalnej, na dwie spółki, z których jedna ma siedzibę w państwie A, a druga w państwie B.

nego połączenia (por. wyżej). Szczegółowa analiza licznych kolizyjnoprawnych problemów, wiążących się z tego typu operacjami, wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

VI. UWAGI KOŃCOWE

Przepisy nowego polskiego prawa prywatnego międzynarodowego odnoszące się do zasad ustalania statutu personalnego osób prawnych zasługują na krytyczną ocenę. Ustawodawca nie wykorzystał okazji do przyjęcia nowoczesnej, kolizyjnoprawnej regulacji, która sprzyjałaby mobilności podmiotów gospodarczych (w tym zwłaszcza spółek) w ramach Unii Europejskiej i ułatwiała im korzystanie z traktatowej swobody przedsiębiorczości, realizując przy tym postulaty bezpieczeństwa i pewności międzynarodowego obrotu prawnego. Realizacji tych wartości służyłoby albo przyjęcie, iż osoba prawna podlega prawu państwa swojego utworzenia, albo też wyraźne przesądzenie, że łącznikiem wskazującym prawo właściwe dla osób prawnych i spółek jest siedziba określona w akcie założycielskim (statucie) i ujawniona w publicznym rejestrze, do którego są one wpisane. Tymczasem ustawodawca posłużył się, jako łącznikiem normy kolizyjnej, niejednoznacznym pojęciem siedziby, którego wykładnia nasuwała wątpliwości już na gruncie art. 9 § 2 p.p.m. z 1965 r. Jak starano się wykazać w niniejszym opracowaniu, zarówno wykładnia proeuropejska, jak i systemowa i funkcjonalna przemawiają za takim właśnie rozumieniem pojęcia siedziby osoby prawnej występującym w art. 17 i art. 19 nowego p.p.m. Łącznik zarejestrowanej siedziby statutowej sprzyja realizacji przez spółki traktatowej swobody przedsiębiorczości, a zarazem czyni zadość potrzebie ochrony interesów uczestników obrotu, w szczególności wierzycieli i współników mniejszościowych. Jednak również w razie uznania, że przepisy te realizują teorię siedziby rzeczywistej, powinny być one interpretowane i stosowane w zgodzie z zasadami pierwotnego prawa europejskiego, skonkretyzowanymi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Z orzecznictwa tego wynika obowiązek uznania podmiotowości prawnej spółki skutecznie utworzonej w jednym z państw członkowskich Unii i stosowania do niej prawa tego państwa niezależnie od tego, w którym państwie członkowskim znajdują się jej siedziba rzeczywista i centrum działalności (z zastrzeżeniem wyjątków uzasadnionych nadrzędnymi interesami interesu publicznego). Także przy (odrzuconym w niniejszym opracowaniu) założeniu, że przepisy te posługują się łącznikiem siedziby rzeczywistej, ich stosowanie nie

może prowadzić do stanu sprzecznego z pierwotnym prawem europejskim. W praktyce będzie to oznaczać niestosowanie norm wynikających z art. 17 ust. 1 i art. 19 ust. 1 p.p.m. co do spółek unijnych w rozumieniu art. 54 TFUE. Powinny one podlegać swojemu prawu macierzystemu, tj. prawu państwa inkorporacji, w którym znajduje się ich zarejestrowana siedziba statutowa.