

Arkadiusz Wowerka^{a)}

Wyznaczanie statutu personalnego osób prawnych

Abstract: In the national jurisdictions determination of the law applicable to the legal persons is based on various connecting factors. Up till now the national conflict-of-law-rules on the legal persons applicable in the UE member states haven't been unified or harmonised by the secondary EU law. Either the freedom of establishment, as set out in the Treaty on the Functioning of the European Union, requires the application of the specific connecting factor for the determination for the law governing legal persons. Especially, it doesn't exclude the application of the real seat theory by national jurisdictions as such. The Polish act on private international law with its seat connecting factor is traditionally based on the real seat theory. The real seat is in general the place where the legal person conducts the administration of its interests on a regular basis and which is ascertainable by third parties. In this subject the Polish regulation is compatible with the fundamental principles of the classic private international law and practically meets the requirements of the freedom of establishment guaranteed by the Treaty on the Functioning of the European Union.

Keywords: private international law, conflict of laws rules, legal persons, companies, real seat theory, connecting factor, real seat

1. Uwagi wprowadzające

Problematyka wyznaczania statutu personalnego stanowi jedno z podstawowych zagadnień międzynarodowego prawa spółek. Temat ten jest aktualnie przedmiotem ożywionego dyskursu, w szczególności w doktry-

^{a)} Dr, LL.M. (Köln), Uniwersytet Gdański.

nie i judykaturze niemieckiej¹, z uwagi na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczące zagwarantowanej w traktacie² swobody przedsiębiorczości spółek i wiążącą się z tym orzecznictwem ocenę wpływu tej swobody na autonomiczne krajowe normy międzynarodowego prawa spółek.

W przeciwieństwie do innych obszarów prawa prywatnego międzynarodowego, brak jest dotychczas unijnej całościowej unifikacji międzynarodowego prawa spółek³. Niemniej Komisja Europejska podjęła działania, które mogą wskazywać na zamiar rozpoczęcia prac nad projektem stosownego rozporządzenia⁴. Zasadnicze znaczenie mają autonomiczne normy krajowego międzynarodowego prawa spółek⁵. W każdym przypadku normy te należy oceniać w świetle wspomnianej unijnej swobody przedsiębiorczości. W niektórych państwach Unii Europejskiej wymienione orzecznictwo spowodowało zmianę paradygmatu w zakresie wyznaczania prawa właściwego, przynajmniej jeśli chodzi o spółki z UE⁶.

Normy kolizyjne międzynarodowego prawa spółek odnoszą się nie tylko do osób prawnych, lecz do wszystkich jednostek organizacyjnych, które, jako że normy kolizyjne zostały wypracowane w odniesieniu do spółek, głównie kapitałowych, i praktycznie dotyczą przede wszystkim spółek, można ująć ogółem, posługując się pojęciem „spółka”. Na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego owo pojęcie spółki powinno być definiowane szeroko z funkcjonalnego punktu widzenia i obejmować

¹ Zob. ogółem zamiast wielu P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 11: *Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25—248)*. Hrsg. J. Rixecker, F.J. Säcker. München 2010, s. 474 i nast., 545 i nast. i przywołaną tam literaturę oraz orzecznictwo; Idem: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 11: *Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—245)*. Hrsg. H.J. Sonnenberger. München 2006, s. 39 i nast., 99 i nast. i przywołaną tam literaturę oraz orzecznictwo.

² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Dz.Urz. UE C 326, 2012 (wersja skonsolidowana), s. 47 i nast.

³ Te ujednolicone w prawie Unii obszary prawa prywatnego międzynarodowego to w szczególności: zobowiązania umowne, zobowiązania pozaumowne oraz transgraniczne sprawy upadłościowe.

⁴ Komisja Europejska ogłosiła przetarg na studium dotyczące prawa właściwego w sprawach dotyczących spółek prawa, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contracts/2014_267126_en.htm.

⁵ Ewentualne normy zawarte w bilateralnych konwencjach międzynarodowych nie są przedmiotem analizy niniejszego opracowania.

⁶ Tak np. w Niemczech; zob. w tym względzie A. Wowerka: *Niemieckie międzynarodowe prawo spółek w toku przemian*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” [dalej: PPPM]. T. 8. Red. M. Pazdan. Katowice 2011, s. 33 i nast.

wszelkie jednostki posiadające rozpoznawalną na zewnątrz samodzielną strukturę organizacyjną, a więc w szczególności: spółki handlowe kapitałowe i osobowe, spółki cywilne mające taką strukturę, ale także spółdzielnie, fundacje, stowarzyszenia oraz inne nieznane prawu polskiemu jednostki organizacyjne⁷. Rozwiązanie to pozwala uniknąć rozdrobnienia prawa w zakresie międzynarodowego prawa spółek i stosować jednolite normy kolizyjne dla wszystkich podmiotów prawa prywatnego niebędących osobami fizycznymi. W dalszej części opracowania będzie mowa ogółem o spółkach w podanym wyżej znaczeniu.

2. Wyznaczanie statutu personalnego w wybranych systemach krajowego międzynarodowego prawa spółek

W poszczególnych systemach prawnych obowiązują różne modele powiązania spółki z prawem właściwym. Owa różnorodność dotyczy zarówno samego kryterium powiązania, samodzielności względnie wyłączności przyjętego kryterium, zakresu powiązania za pomocą przyjętego kryterium lub kryteriów, równorzędności lub posilkowego charakteru poszczególnych kryteriów, jeżeli do powiązania jednocześnie stosuje się kilka kryteriów. Na przykład można wskazać, że niektóre modele co do zasady są oparte na tzw. teorii powstania, chociaż dla niektórych materii stosowane są łączniki szczególne, prowadzące do zastosowania prawa rodzimego zamiast prawa powstania spółki, zwykle jeżeli spółka wykazuje związek z rodzimym terytorium. Inne z kolei modele są oparte na zasadzie równorzędności łączników właściwych dla tzw. teorii powstania i teorii siedziby w tym sensie, że do spółki zastosowanie ma prawo powstania, jeżeli zaś dana spółka posiada ośrodek administracji na terytorium krajowym, to zastosowanie ma generalnie prawo krajowe. Stosowane są także wyłącznie modele łączników posilkowych. Są też rozwiązania tworzące całkowicie odrębne, samoistne koncepcje. W tym kontekście nasuwa się spostrzeżenie, że w istocie nie ma jednej jednolitej

⁷ Więcej na temat pojęcia spółki oraz osoby prawnej w prawie prywatnym międzynarodowym zob. A. Wowerka: *Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne*. W: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 625—631; W. Klyta: *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2002, s. 18.

teorii powstania. Mówiąc o teorii opartej na powiązaniu prawa właściwego z powstaniem spółki, należy ją relatywizować do konkretnego systemu i stosowanych w jego ramach łączników owo powiązanie ustanawiających. Powiązanie to jest różne i stosownie do konkretnych rozwiązań w zakresie łącznika można mówić co najwyżej odpowiednio o danej teorii na przykład: siedziby rejestrowej — w razie powiązania prawa właściwego z wpisem do rejestru, teorii inkorporacji — w razie powiązania prawa właściwego z inkorporacją, teorii zorganizowania się spółki — w razie powiązania prawa właściwego ze zorganizowaniem się itp. Można mówić tylko o tzw. teorii powstania, traktując ją jako pewien skrót myślowy, umożliwiający objęcie jednym pojęciem wszystkich koncepcji nieopartych wyłącznie na teorii siedziby i leżącym u jej podstaw łączniku siedziby rzeczywistej, a także dokonywanie na zasadzie przeciwstawieństwa takiej lub innej oceny ogółem obu tych teorii. Zauważyć można jednakże, że w przypadku łączników mających ustanawiać powiązanie z prawem powstania spółki zasadniczo otwartą kwestią pozostaje, jaki konkretnie element decyduje o inkorporacji, zorganizowaniu się, utworzeniu czy nawet rejestracji spółki.

Zaprezentowane poniżej wybrane przykłady mają na celu zilustrowanie stosowanych koncepcji w zakresie wyznaczania statutu personalnego spółek⁸. Jak się wydaje, wybór ten jest zupełny w tym sensie, że uwzględnienie innych państw nie wniosłoby niczego nowego, jeśli chodzi o różnorodność możliwych rozwiązań.

W myśl art. 154 ust. 1 **szwajcarskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe** z 1987 r., spółki podlegają prawu państwa, „zgodnie z którego przepisami są zorganizowane, o ile spełniają przewidziane w nich wymogi dotyczące jawności i rejestracji, lub jeżeli brak jest takich wymogów, jeżeli zorganizowały się według przepisów prawa tego państwa”. Teoria powstania, na której opiera się ustawodawca szwajcarski, podlega jednakże korekcie na rzecz teorii siedziby⁹. Zgodnie z art. 154 ust. 2 wymienionej ustawy, „jeżeli spółka nie spełnia powyższych przesłanek, podlega prawu państwa, w którym jest rzeczywiście zarządzana”. Posiłkowo zatem znajdzie zastosowanie prawo państwa rzeczywistej siedziby zarządu spółki¹⁰. Z kolei według art. 159 wymienionej ustawy,

⁸ Zob. także A. Wowerka: *Osoby...*, s. 651 i nast.

⁹ A. Kley-Struller: *Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen*. „Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht” 1991, Nr. 2, s. 169; S. Rindischbacher: *Anerkennung gesellschaftsrechtlicher Gebilde im Internationalen Privatrecht*. Bern—Berlin—Frankfurt am Main—New York—Paris—Wien 1996, s. 82.

¹⁰ K. Siehr: *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*. Zürich 2002, s. 399. Zdaniem doktryny, przepis ten może znaleźć zastosowanie w dwóch przypadkach: po pierwsze, w sytuacji, gdy zgodnie z pierwotnie wskazanym statutem personalnym, dana or-

„jeżeli sprawy spółki utworzonej na podstawie prawa obcego są prowadzone w/lub ze Szwajcarii, to wówczas odpowiedzialność osób działających za spółkę podlega prawu szwajcarskiemu”¹¹.

W świetle §10 **austriackiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe** z 1978 r., „statutem personalnym osoby prawnej lub innego połączenia osób, lub majątku, które może być podmiotem praw i obowiązków, jest prawo państwa, w którym podmiot praw ma rzeczywistą siedzibę swojej głównej administracji”. Austriackie międzynarodowe prawo spółek opiera się więc wyłącznie na teorii siedziby¹².

Według dotyczącego osób prawnych art. 223 ust. 1 **liechtensteińskiej ustawy — Prawo osób i spółek** z 1926 r., „w zależności od tego, czy osoba prawna jest zorganizowana zgodnie z prawem krajowym bądź zagranicznym, tj. jej statut uznaje za właściwe prawo krajowe lub zagraniczne bądź spełnia ona zagraniczne lub krajowe przesłanki określone w przepisach dotyczących jawności lub rejestracji, bądź w razie ich braku zorganizowała się według prawa zagranicznego lub krajowego, uważa się ją w odniesieniu do prawa prywatnego za zagraniczną lub krajową osobę prawną i znajduje do niej zastosowanie odpowiednie prawo zagraniczne lub krajowe”. Natomiast w myśl art. 676 i art. 677 tej ustawy dotyczących spółek nieposiadających osobowości prawnej, do spółek krajowych zdefiniowanych za pomocą wskazanych tam kryteriów (wśród których jest również kryterium administracji — *Verwaltung*) ma zawsze zastosowanie prawo Liechtensteinu, natomiast do spółek zagranicznych stosuje się w ostateczności prawo tego państwa, według którego „spółka się zorganizowała”.

Obowiązujące **niemieckie międzynarodowe prawo spółek** nie jest jak dotąd skodyfikowane i stanowi dzieło orzecznictwa oraz doktryny. Dotychczas dominującą zasadą wyznaczania prawa właściwego była teoria siedziby. W jej ramach powszechne uznanie zyskała koncepcja siedziby rzeczywistej O. Sandrocka¹³. Obecnie, w związku z orzecnic-

ganizacja nie posiada podmiotowości prawnej, gdyż nie zostały w sposób wystarczający zachowane przewidziane tam wymogi, lub po drugie, gdy nie można zlokalizować państwa utworzenia (S. Rindisbacher: *Anerkennung...*, s. 77).

¹¹ Szerzej w tym względzie zob. J. Ghandchi: *Der Geltungsbereich des Art. 159 IPRG*. Zürich 1991, s. 2 i nast.

¹² M. Neumar: *Kurzkomentar zum ABGB*. Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger. Wien—New York 2010, s. 2064.

¹³ Zob. P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, 2006, s. 172; Idem: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, 2010, s. 624; Idem: *Einführung in das neue IPR des Wirtschaftsverkehrs*. Frankfurt am Main 2009, s. 172—173; A. Franz, L. Laeger: *Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoIMG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht*. „Bundesblatt” [dalej: BB] 2008, H. 14, s. 682; C. Schneider: *Internationales*

twem Trybunału Sprawiedliwości w przedmiocie swobody przedsiębiorczości, nastąpiła zmiana dotychczasowego paradygmatu, przynajmniej w stosunku do spółek z UE, w odniesieniu do których zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie przyjmuje się tzw. teorię powstania¹⁴. Niemniej w doktrynie prezentowane są różne teorie i koncepcje wyznaczania prawa właściwego, do których należą: teoria dyferencjacji G. Grasmanna¹⁵, teoria nakładania się O. Sandrocka¹⁶, ograniczone teorie utworzenia P. Behrensa¹⁷, G. Beitzkego¹⁸ i H. Grothe¹⁹, koncepcja punktu ciężkości H. Wiedemanna²⁰, teoria kombinacji D. Zimmera²¹, zmodyfikowana teoria

Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung. BB 2008, H. 12, s. 567; zob. także W. Klyta: *Łącznik siedziby w niemieckim międzynarodowym prawie spółek*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 1998, z. 2, s. 243 i nast.; A. Wowerka: *Osoby...*, s. 633 i nast.

¹⁴ Zob. w tym względzie szerzej A. Wowerka: *Niemieckie...*, s. 34 i nast., a także w najnowszym piśmiennictwie niemieckim Ch. Rödter: *Das Gesellschaftskollisionsrecht im Spannungsverhältnis zur Rom I- und II—VO*. Frankfurt am Main—Berlin—Bern—Bruxelles—New York—Oxford—Wien 2014, s. 33 i nast.

¹⁵ Zob. G. Grasmann: *System des internationalen Gesellschaftsrechts. Außen- und Innenstatut der Gesellschaften im Internationalen Privatrecht*. Herne—Berlin 1970, s. 343.

¹⁶ Zob. O. Sandrock: *Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” [dalej: RabelsZ] 1978, Bd. 42, s. 227 i nast.; Idem: *Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen*. In: *Festschrift für Günther Beitzke zum 70 Geburtstag*. Berlin—New York 1979, s. 669 i nast.; Idem: *Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer*. „Recht der Internationalen Wirtschaft” 1989, s. 505 i nast.; Idem: *Centros: Ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie*. BB 1999, s. 1337 i nast.; Idem: *Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie. Zu den zwingenden Vorschriften des deutschen Sitzrechts, die ein fremdes Gründungsstatut überlagern können*. „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft” [dalej: ZVglRWiss] 102 (2003), s. 447 i nast.

¹⁷ Zob. P. Behrens: *Der Anerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaftsrechts*. „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” [dalej: ZGR] 1978, Nr. 2, s. 499 i nast.; Idem: *Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht*. RabelsZ 1988, Bd. 52, s. 498 i nast.

¹⁸ Zob. G. Beitzke: *Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich*. „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (und Wirtschaftsrecht)” 1965, Bd. 127, s. 1 i nast.; Idem: *Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen*. In: *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen und Sachenrechts*. Tübingen 1972, s. 94 i nast.

¹⁹ Zob. H. Grothe: *Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co*. Köln—Berlin—Bonn—München 1989, s. 124 i nast.

²⁰ Zob. H. Wiedemann: *Internationales Gesellschaftsrecht*. In: *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Ende? Festschrift für Gerhard Kegel*. Frankfurt am Main 1977, s. 199 i nast.

²¹ Zob. D. Zimmer: *Internationales Gesellschaftsrecht. Das Kollisionsrecht der Gesellschaften und sein Verhältnis zum Internationalen Kapitalmarktrecht und zum Internationalen Unternehmensrecht*. Heidelberg 1996, s. 222 i nast.

utworzenia C.Ch. von Halena²² oraz koncepcje B.S. Höfling²³ i T. Lanziusa²⁴. Zauważyć należy, że wśród ogromu niemieckiego piśmiennictwa, którego lawinę wywołało wspomniane orzecznictwo TSUE²⁵, dyskusja odnosi się zasadniczo do obowiązywania/stosowania ogółem tzw. teorii powstania i przeciwstawianej jej teorii siedziby jako takiej²⁶, natomiast samo zagadnienie łącznika/-ów jest traktowane raczej marginalnie, niejako na uboczu zasadniczego sporu, i jedynie niektórzy autorzy poświęcają więcej uwagi wskazaniu łącznika, który miałby konkretnie ustanawiać takie lub inne powiązanie z prawem właściwym, co dotyczy również wymienionej teorii i koncepcji²⁷. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na jedyną jak dotąd oficjalną koncepcję legislacyjną, jaką stanowi opracowany przez niemieckie ministerstwo sprawiedliwości projekt ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym spółek, stowarzyszeń i osób prawnych, który miał wypełnić istniejącą lukę, zamieszczając w ustawie wprowadzającej kodeks cywilny zawierającej prawo prywatne międzynarodowe przepisy art. 10—10b²⁸. Na podstawie art. 10 ust. 1 tego projektu „Spółki, stowarzyszenia i osoby prawne prawa prywatnego podlegają prawu państwa, w którym są wpisane do publicznego rejestru. Jeżeli nie są one lub jeszcze nie są wpisane do rejestru publicznego, podlegają prawu państwa, zgodnie z którym są zorganizowane”. Projekt zakłada

²² Zob. C.Ch. v. Halen: *Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH. Kollisionsrechtliche Tragweite, materiellrechtliche Folgen und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten*. Heidelberg 2001, s. 230 i nast.

²³ Zob. B.S. Höfling: *Das englische internationale Gesellschaftsrecht*. Heidelberg 2002, s. 242 i nast.

²⁴ Zob. T. Lanzius: *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfung unter der Gründungstheorie*. Hamburg 2004, s. 189 i nast.

²⁵ Zob. literaturę wskazaną w „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 547—557.

²⁶ Podkreślić jednak trzeba, że w najnowszym piśmiennictwie można spotkać coraz częściej głosy podważające zasadniczy wpływ swobody przedsiębiorczości na autonomiczne krajowe międzynarodowe prawo spółek; zob. O. Berner: *Interdependenz von Primär- und Kollisionsrecht im europäischen Gesellschaftsrecht*. Berlin 2015, s. 1 i nast.

²⁷ Zob. m.in. J. Hoffmann: *Das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie*. ZVglRWiss 2002, Bd. 101, s. 283 i nast.; M. Kaulen: *Zur Bestimmung des Anknüpfungsmoments unter der Gründungstheorie*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” [dalej: IPRax] 2008, H. 5, s. 389 i nast.; zob. także opracownie zbiorowe *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*. Red. H.J. Sonnenberger. Tübingen 2007, w szczególności zaś P. Kindler: *Welche Anknüpfungspunkte sollte ein künftiges internationales Gesellschaftsrecht verwenden?* IPRax 2008, H. 5, s. 389 i nast.

²⁸ Co do tego projektu zob. szerzej R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*. IPRax 2008, H. 2, s. 81 i nast.; zob. także A. Wowerka: *Niemieckie...*, s. 47 i nast.

przechodniość przyjętego powiązania z prawem właściwym i zawiera regulację dotyczącą związanej z tym zmiany statutu. W myśl art. 10b zatytułowanego *Zmiana prawa właściwego*, jeżeli „spółka, stowarzyszenie lub osoba prawna zostanie wpisana do rejestru publicznego w innym państwie, lub jeżeli organizacja spółki, stowarzyszenia lub osoby prawnej zostanie poddana w rozpoznawalny na zewnątrz sposób prawu innego państwa, zmienia się prawo mające zastosowanie zgodnie z art. 10, jeżeli dotychczasowe i nowe prawo dopuszcza zmianę bez rozwiązania oraz nowego utworzenia i spełnione są w tym względzie przesłanki określone przez oba prawa”. Znamienne jest jednak, że omawianego projektu nie można obecnie odnaleźć na stronach internetowych niemieckiego ministerstwa sprawiedliwości, co może oznaczać rezygnację z planowanej koncepcji nowelizacyjnej. Wspomnieć należy również o skutkach tzw. brexitu w omawianym zakresie²⁹. W piśmiennictwie wskazuje się obecnie, że w odniesieniu do spółek brytyjskich mających siedzibę administracji w Niemczech *brexit* skutkować będzie zmianą ich statutu personalnego i przekwalifikowaniem zasadniczo w niemieckie spółki jawne, w związku ze zmianą stosowanego kryterium łącznika „utworzenia/rejestracji” na łącznik siedziby administracji³⁰. Zastosowanie będzie tu więc miała w istocie tzw. zmodyfikowana teoria siedziby³¹.

Według art. 25 ust. 1 **włoskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe** z 1995 r., spółka podlega „prawu państwa, w którym dokonana została procedura tworzenia tej spółki”, przy czym chodzi tu o spełnienie ostatniej przesłanki koniecznej do powstania spółki jako podmiotu prawa³². Jeżeli zaś „główna siedziba zarządu spółki lub jej główne przedsiębiorstwo znajduje się na terenie Włoch, zastosowanie znajduje prawo włoskie”³³.

²⁹ Co do skutków brexitu ogółem w zakresie prawa prywatnego międzynarodowego zob. H.-P. Mansel, K. Thorn, R. Wagner: *Europäisches Kollisionsrecht 2016: Brexit ante portas!* IPRax 2017, H. 1, s. 1 i nast.

³⁰ Zob. G. Mäsch, B. Gausing, M. Peters: *Deutsche Ltd. PLC und LLP: Gesellschaften mit beschränkter Lebensdauer? Folgen eines Brexits für pseudo-englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland*. IPRax 2017, H. 1, s. 49 i nast.

³¹ Na temat tej teorii zob. więcej A. Wowerka: *Osoby...*, s. 643—644.

³² M. Brombach: *Das Internationale Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld von Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit*. Gottmadingen 2006, s. 36.

³³ Za główną siedzibę uważa się miejsce, w którym powstają impulsy (*impulsi volitivi*) określające działalność spółki; chodzi o miejsce, w którym podejmowane są przez wspólników uchwały, a nie o miejsce, w którym uchwały te są wdrażane w życie. Zastosowanie ma domniemanie, że główna siedziba zarządu znajduje się w miejscu, w którym mieści się jej siedziba statutowa (zob. M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 36—40). Zob. także w odniesieniu do włoskiego międzynarodowego prawa spółek w ogólności L. Moor: *Das italienische internationale Gesellschaftsrecht*. Zürich 1997, s. 3 i nast. Zob. co do rozwoju i reform włoskiego międzynarodowego prawa spółek R. Rahm: *Das*

W **hiszpańskim międzynarodowym prawie spółek** statut personalny spółki wyznaczany jest tradycyjnie, zgodnie z art. 9 ust. 11 kodeksu cywilnego, za pomocą kryterium narodowości (*nacionalidad*), które w doktrynie ujmowane jest w różny sposób³⁴.

Podobnie **francuskie międzynarodowe prawo spółek** posługuje się w odniesieniu do spółek terminem „narodowość”, przy czym o narodowości spółki decyduje jej siedziba rzeczywista jako kryterium wyznaczające prawo właściwe stosownie do obecnego art. 210-3 L francuskiego kodeksu handlowego³⁵. Francuskie międzynarodowe prawo spółek opiera się zatem na teorii siedziby³⁶.

Według art. 118 zawartego w księdze 10. **niderlandzkiego kodeksu cywilnego** zatytułowanej *Prawo prywatne międzynarodowe*³⁷, „spółka, która zgodnie z umową założycielską lub dokumentem założycielskim ma swoją siedzibę lub w braku takiej siedziby centrum swojego występowania na zewnątrz w momencie założenia na terytorium państwa, zgodnie z prawem którego została założona, podlega prawu tego państwa”. Zastosowanie ma więc zasadniczo tzw. teoria powstania, która jednakże doznaje korekty na rzecz teorii siedziby prowadzącej do zastosowania rodzimego prawa. W myśl bowiem art. 121 tego kodeksu, „na zasadzie odstępstwa od art. 118 i art. 119 [określającego zakres statutu personalnego], art. 138 i art. 149 księgi 2. mają zastosowanie lub odpowiednie zastosowanie do odpowiedzialności zarządów i rad nadzorczych spółki podlegającej prawu obcemu, która podlega obowiązkowi podatko-

internationale Gesellschaftrecht Italiens. Münster 1990, s. 1 i nast.; C.T. Ebenroth, A. Kaiser: *Die Reform des Internationalen Gesellschaftsrechts in Italien*. ZVglRWiss 1992, Bd. 91, s. 223 i nast.

³⁴ O narodowości decydują: prawo wybrane przez założycieli, koncesja państwowa, narodowość wspólników, miejsce emisji akcji, miejsce, w którym znajduje się zakład/przedsiębiorstwo, miejsce utworzenia spółki (teoria powstania), miejsce siedziby zarządu (teoria siedziby) — te ostatnie stanowią główny punkt rozważań w doktrynie; zob. więcej U. Stücker: *Das spanische Internationale Gesellschaftsrecht*. Münster—Hamburg—London 2000, s. 1 i nast.; zob. także J. Krupski: *Zur Spaltung des auf ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz in Spanien anzuwendenden Rechts*. ZVglRWiss 1997, s. 406 i nast.

³⁵ Co do relacji między narodowością a *lex societatis* zob. R. Boudierhem: *La nationalite des societes en droit francais*. Law. Universit_e de Bourgogne, 2012. French. <NNT : 2012DIJOD003>. <tel-00960318> 012, s. 27 i nast.

³⁶ J. Pohlmann: *Das französische Internationale Gesellschaftsrecht*. Berlin 1988, s. 36 i nast.

³⁷ Tekst (wyciąg) w tłumaczeniu na język niemiecki autorstwa M.H. Wolde i M.C.A. Kant został opublikowany w IPRax 2013, H. 6, s. 584—591. Zob. także tłumaczenie art. 1—17 tej księgi na język polski autorstwa A. Kozioł, w: PPPM 2012, T. 11, s. 155—161. Zob. także A. Kozioł: *O nowym unormowaniu holenderskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. Ibidem, s. 141 i nast.

wemu w Niderlandach, jeżeli wobec spółki zostanie wszczęte postępowanie upadłościowe w Niderlandach”.

Międzynarodowe prawo spółek zostało uregulowane w **Czechach** w kodeksie handlowym i zawarte po zmianach w 2007 r. w art. 21 i nast.³⁸ Jak wynika z art. 22, „osoby zagraniczne, które nie są osobami fizycznymi, i które nabyły zdolność prawną w związku z ich utworzeniem zgodnie z obcym porządkiem prawnym, posiadają zdolność prawną również w zakresie obowiązywania czeskiego porządku prawnego. Porządek prawny stanowiący podstawę utworzenia określa stosunki wewnętrzne osoby i odpowiedzialność członków lub wspólników za jej zobowiązania”. Ustawodawca czeski opiera się więc na tzw. teorii powstania³⁹. Regulację tę uzupełnia rozbudowany przepis art. 26. W świetle ust. 1 wspomnianego przepisu, „osoba prawna, utworzona zgodnie z prawem obcym w celu prowadzenia działalności handlowej, mająca siedzibę za granicą może przenieść swoją siedzibę na terytorium Republiki Czeskiej, jeżeli dopuszcza to umowa międzynarodowa, która jest wiążąca dla Republiki Czeskiej i została opublikowana w zbiorze umów międzynarodowych. Odpowiednio dotyczy to również przeniesienia siedziby czeskiej osoby prawnej za granicę”, przy czym przeniesienie tej siedziby „jest skuteczne od dnia wpisu do rejestru handlowego” (ust. 2)⁴⁰. Stosownie zaś do ust. 3, „stosunki wewnętrzne osoby prawnej określa również po przeniesieniu prawo państwa, zgodnie z którym została ona utworzona. Prawo to reguluje odpowiedzialność wspólników lub członków wobec osób trzecich, która jednak nie może być mniejsza niż odpowiedzialność, którą prawo czeskie ustanawia dla tej lub porównywalnej formy prawnej osoby prawnej”. Wreszcie na mocy ust. 4 omawianego przepisu, „przeniesienie siedziby osoby prawnej z Republiki Czeskiej za granicę lub zza granicy do Republiki Czeskiej jest również dopuszczalne na warunkach określonych przez prawo wspólnotowe lub ustawę szczególną”.

W świetle przyjętej w **Czarnogórze** w 2013 r. ustawy prawo prywatne międzynarodowe⁴¹, w myśl art. 19 tej ustawy, dla osoby prawnej „właściwe jest prawo, zgodnie z którym jest ona utworzona. Jeżeli osoba prawna ma swoją rzeczywistą siedzibę w innym państwie niż państwo,

³⁸ Tekst (wyciąg) w tłumaczeniu na język niemiecki autorstwa M. Pauknerovej został opublikowany w IPRax 2007, H. 7, s. 166—167.

³⁹ M. Pauknerova: *Entwicklungen im teschechischen internationalen Gesellschaftsrecht*. IPRax 2007, H. 2, s. 163.

⁴⁰ W doktrynie sporne jest jednakże to, o jaką siedzibę chodzi w tym kontekście; zob. ibidem, s. 164.

⁴¹ Tekst w tłumaczeniu na język niemiecki, sporządzonym przez Ch. Jessel-Holst, został opublikowany w IPRax 2014, H. 6, s. 556 i nast.; zob. Eadem: *Neukodifikation des internationalen Privatrechts in Montenegro*. Ibidem, s. 553 i nast.

w którym jest utworzona, i zgodnie z prawem tego innego państwa jego prawo jest właściwe, właściwe jest prawo państwa, w którym znajduje się siedziba rzeczywista”. Stosownie zaś do art. 20 tej ustawy, dla „stowarzyszeń nieposiadających osobowości prawnej właściwe jest prawo państwa, w którym są one zarejestrowane lub utworzone”.

W świetle **rosyjskiego kodeksu cywilnego** po reformie z 2013 r.⁴², osoba prawna podlega prawu państwa, w którym została utworzona, zatem podstawowa norma kolizyjna oparta jest na tzw. teorii powstania⁴³. Zgodnie jednak z art. 1202 pkt 4 tego kodeksu, jeżeli osoba prawna utworzona za granicą prowadzi działalność gospodarczą głównie w Rosji, to odpowiedzialność osoby prawnej, założycieli lub innych osób kontrolujących osobę podlega, według wyboru wierzyciela, zamiast prawu utworzenia prawu rosyjskiemu.

Na gruncie **angielskiego międzynarodowego prawa spółek**, z którego wywodzi się tzw. teoria powstania, decydujące znaczenie ma domicyl spółki (*domicile*). *Domicile* znajduje się zaś w państwie utworzenia i jest właściwy dla statutu personalnego spółki. Teoria ta obowiązuje obecnie w sposób nieograniczony w stosunku do wszystkich spółek, także w odniesieniu do tzw. *pseudo foreign corporations*⁴⁴. W jednym z orzeczeń na podstawie doktryny *forum non conveniens*⁴⁵ przyjęto, że wtedy, gdy prawo utworzenia nie jest wynikiem świadomego wyboru prawa (w związku z punktem ciężkości w innym państwie), i jeżeli państwo siedziby rzeczywistej z faktu tej siedziby wywodzi stosowanie swojego prawa, i zastosowanie powinno mieć tamto prawo tamtego sądu jako lepsze⁴⁶, jak się wydaje, może być to traktowane jako wyjątek od zasady stosowania prawa domicylu. W przeciwieństwie do osób fizycznych, *domici-*

⁴² Tekst (wyciąg obejmujący zmiany) w tłumaczeniu na język niemiecki, autorstwa B. Verschraegen i F. Heindlera, został opublikowany w IPRax 2014, H. 5, s. 459 i nast.

⁴³ Por. B. Verschraegen, F. Heindler: *Änderungen im russischen Internationalen Privatrecht*. IPRax 2014, H. 5, s. 455.

⁴⁴ Niemniej ochrona rodzimych interesów przed ewentualnymi nadużyciami w związku z wykorzystaniem *pseudo-foreign corporations* jest realizowana przede wszystkim za pomocą obcych instrumentów prawa, w szczególności publicznoprawnych; zob. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 656.

⁴⁵ Zgodnie z doktryną prezentowaną na gruncie prawa angielskiego, sąd krajowy może wyłączyć swoją jurysdykcję ze względu na to, że sąd innego państwa, również mający jurysdykcję, jest obiektywnie bardziej odpowiedni do rozpoznania sporu, tzn. jest tym sądem, przed którym spór może być rozstrzygnięty w sposób odpowiedni, biorąc pod uwagę interesy wszystkich stron i cele wymiaru sprawiedliwości.

⁴⁶ Sprawa dotyczyła spółki utworzonej na podstawie prawa angielskiego, jednakże prowadzącej działalność wyłącznie w Argentynie. Zgodnie z ówczesnym argentyńskim prawem, spółkę taką uznawano za spółkę argentyńską. Zob. B.S. Höfling: *Das englische...*, s. 123—124.

le spółki jest stały i nieprzechodni (brak *domicile of choice*)⁴⁷. Wyznacza go przede wszystkim siedziba statutowa, chociaż, jak się zdaje, jest ona traktowana raczej jako przesłanka materialnoprawna potwierdzająca utworzenie spółki, czyli jej domicyl, nawet jeżeli miałyby to stanowić jedyne kryterium⁴⁸.

W USA obowiązuje, zarówno w relacjach między poszczególnymi stanami, jak i w odniesieniu do państw trzecich, koncepcja przejęta z prawa angielskiego, z tym że w odróżnieniu od prawa angielskiego, kryterium powiązania jest nie tyle *corporation domicile*, ile sama inkorporacja spółki⁴⁹. Teoria inkorporacji nie ma jednakże charakteru absolutnego i podlega różnym ograniczeniom, prowadzącym do stosowania do spółek inkorporowanych pod rządami obcego prawa, które prowadzą działalność w innym stanie/państwie, przepisów tego stanu/państwa. Chodzi tu w szczególności o tzw. *outraches statutes* oraz tzw. *qualification statutes*, które praktycznie ograniczają znaczenie teorii inkorporacji⁵⁰. Zmiana statutu inkorporacji (*reincorporation = the change of statutory domicile*) przez istniejącą spółkę jest prawnie niedopuszczalna, zatem łącznik inkorporacji jest łącznikiem nieprzechodnym⁵¹. W piśmiennictwie zwraca się w tym kontekście uwagę, że w amerykańskiej literaturze nie wspomina się o przenoszeniu siedziby statutowej jako o sposobie zmiany statutu personalnego⁵². Zmiana prawa inkorporacji w rozumieniu *reincorporations* może nastąpić tylko w wyniku założenia nowej spółki. W praktyce powszechnie stosowana jest w tej mierze procedura polegająca na tym, że w państwie docelowym tworzy się spółkę płaszczową (*shell company*), przejmującą starą spółkę (łączy się ona z istniejącą spółką), która tym samym wygasa⁵³.

Zgodnie z art. 10 ust. 3 i 4 **algierskiego kodeksu cywilnego** z 1975 r. po zmianach z 2005 r.⁵⁴, „statut osób prawnych, spółek, stowarzyszeń fundacji i podobnych korporacji podlega prawu państwa, w któ-

⁴⁷ Ibidem, s. 132—133.

⁴⁸ W tej materii szeroką i dogłębną analizę orzecznictwa przedstawiła B.S. Höfling, zob. ibidem, s. 83 i nast., która jednakże, jak się zdaje, siedzibę statutową uznaje na gruncie prawa angielskiego za kategorię łącznika.

⁴⁹ Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws (1971), par. 296, 297.

⁵⁰ Więcej zob. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 654 i nast. W rezultacie zaleca się nawet, aby spółkę inkorporować według prawa stanu, w którym ma ona głównie prowadzić działalność.

⁵¹ Por. E.M. Kieninger: *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*. Tübingen 2002, s. 113—114.

⁵² Por. ibidem, s. 114.

⁵³ Ibidem, s. 114—115.

⁵⁴ Tekst kodeksu w tłumaczeniu na język niemiecki, sporządzonym przez D. Nelle, został opublikowany w IPRax 2007, H. 6, s. 557 i nast.; zob. także Idem: *Neues Kollisionsrecht in Algerien*. IPRax 2007, H. 6, s. 548 i nast.

rym znajduje się ich siedziba spółki, główna lub rzeczywista siedziba. Zagraniczne osoby prawne, które prowadzą działalność w Algierii, są poddane prawu algierskiemu”.

Według art. 12 **katarskiego kodeksu cywilnego** z 2004 r.⁵⁵, „przepisy właściwe dla zagranicznych osób prawnych, takich jak: spółki, stowarzyszenia, fundacje etc., podlegają prawu państwa, w którym znajduje się ich rzeczywista główna siedziba administracji. Jeżeli jednak osoba prawna prowadzi swoją główną działalność w Katarze, do zastosowania powołane jest prawo Kataru, nawet jeśli nie posiada w nim ona rzeczywistej głównej siedziby administracji”.

Stosownie do art. 11 ust. 2 **omańskiego kodeksu cywilnego** z 2013 r.⁵⁶, „status prawny zagranicznych osób prawnych podlega prawu państwa, w którym osoba prawna ma swoją rzeczywistą siedzibę główną. Jednakże stosuje się prawo omańskie, jeżeli osoba prawna prowadzi działalność w Sultanacie Omanu”.

W świetle art. 11 ust. 2 kodeksu cywilnego **Zjednoczonych Emiratów Arabskich** nr 5/1985, zmienionego przez prawo federalne nr 1/1987⁵⁷, w stosunku do zagranicznych podmiotów prawnych, takich jak: spółki, związki prawne, stowarzyszenia, przedsiębiorstwa i inne, prawem właściwym dla określenia zdolności prawnej osoby prawnej, zdolności do czynności prawnych, struktury organizacyjnej, praw i obowiązków współników jest prawo państwa, na terenie którego podmioty te mają swoją administracyjną i faktyczną siedzibę. Jeżeli określony podmiot prowadzi działalność na terenie Zjednoczonych Emiratów Arabskich, to prawem właściwym będzie prawo Zjednoczonych Emiratów Arabskich.

Na gruncie **tureckiego międzynarodowego prawa spółek**, według art. 10 ust. 4 ustawy z 2007 r. o prawie prywatnym międzynarodowym i międzynarodowym prawie postępowania cywilnego⁵⁸, „zdolność prawna i zdolność do czynności osoby prawnej lub związków osób, lub majątków podlega prawu siedziby ich głównego zarządu wskazanej w ich

⁵⁵ Tekst (wyciąg) w tłumaczeniu na język niemiecki, autorstwa S. Klaibera i H. Krügera, został opublikowany w IPRax 2007, H. 2, s. 151 i nast.; zob. Eidem: *Internationales Privatrecht in Katar*. IPRax 2007, H. 2, s. 149 i nast.

⁵⁶ Tekst (wyciąg) w tłumaczeniu na język niemiecki, sporządzonym przez H. Krügera i W. Saada, został opublikowany w IPRax 2014, H. 4, s. 373 i nast.; zob. także Eidem: *Internationales Privatrecht des Sultanats Oman*. IPRax 2014, H. 4, s. 370 i nast.

⁵⁷ Zob. K. Jaśkiewicz: *Prawo prywatne międzynarodowe Zjednoczonych Emiratów Arabskich — ustawa Kodeks cywilny ZEA nr 5/1985, znowelizowana przez Prawo Federalne nr 1/1987 — omówienie ustawy*. PPPM 2014, T. 14, s. 116.

⁵⁸ Tekst tej ustawy w tłumaczeniu na język niemiecki, autorstwa H. Krügera i F. Nomer-Ertana, został opublikowany w IPRax 2008, H. 3, s. 283 i nast.; zob. także Eidem: *Neues internationales Privatrecht in der Türkei*. IPRax 2008, H. 3, s. 281 i nast.

statutach. Jeśli jednak rzeczywista siedziba znajduje się w Turcji, stosowane może być prawo tureckie”. Natomiast zgodnie z art. 10 ust. 5 tej ustawy, „zdolność osoby prawnej bez statutu oraz związków osób lub majątków bez osobowości prawnej podlega prawu rzeczywistej siedziby ich głównego zarządu”.

Chińska regulacja prawa prywatnego międzynarodowego dotycząca wyznaczania prawa właściwego dla osób prawnych zawarta jest w ustawie Republiki Ludowej Chin z 2010 r. o prawie właściwym dla stosunków cywilnych mających związek z zagranicą. W myśl art. 14 tej ustawy, osoba prawna podlega prawu miejsca jej rejestracji⁵⁹. W wiążącej interpretacji⁶⁰ z 2012 r. Najwyższy Sąd Ludowy⁶¹ wyjaśnił, że miejscem rejestracji osoby prawnej jest miejsce, w którym została ona utworzona przez rejestrację⁶².

Zgodnie z § 16 **południowokoreańskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe** z 2001 r.⁶³, „osoby prawne i inne korporacje podlegają prawu miejsca, zgodnie z którego przepisami są inkorporowane. Jednakże zastosowanie ma prawo Republiki Korei, jeżeli główna administracja osoby prawnej lub innej korporacji utworzonej za granicą znajduje się w Republice Korei, lub jeśli główna działalność handlowa prowadzona jest w Republice Korei”.

Według art. 20 **wenezuelskiej ustawy prawo prywatne międzynarodowe** z 1998 r., jedyne przepisy dotyczące osób prawnych, zdolność prawna, zdolność do czynności prawnych, działalność i rozwiązanie osoby prawnej o charakterze prywatnym podlegają prawu miejsca utworzenia, przy czym miejsce utworzenia oznacza miejsce, w którym zostały spełnione formalne i materialne przesłanki powstania osoby prawnej⁶⁴.

W świetle stanowiącego najobszerniejszą kodyfikację prawa prywatnego międzynarodowego w państwach Ameryki Łacińskiej **panamskie-**

⁵⁹ Por. G. Zou, W. Wei: *The Evolution of China's Codification of Private International Law and Its Latest Development: Comments on China's New PIL-Act*. PPPM 2013, T. 12, s. 29.

⁶⁰ Chodzi tutaj o wydawane przez Najwyższy Sąd Ludowy abstrakcyjne wiążące normy prawne, które działają tak, jak ustawa.

⁶¹ Tekst w tłumaczeniu na język niemiecki, autorstwa X. Tong, został opublikowany w IPRax 2014, H. 2, s. 212 i nast.

⁶² Por. X. Tong: *Neue Regeln des Obersten Volksgerichts: Die Erste Justizielle Interpretation des chinesischen IPR-Gesetzes*. IPRax 2014, H. 2, s. 211.

⁶³ Tekst tej ustawy w tłumaczeniu na język niemiecki, autorstwa Kwang-Jou Tsche i J. Morsdorf-Schulte, został opublikowany w IPRax 2007, H. 5, s. 479 i nast.; zob. także Eidem: *Neuregelung des koreanischen IPR und IZPR*. IPRax 2007, H. 5, s. 473 i nast.

⁶⁴ Por. T.B. de Maekelt: *Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht*. RabelsZ 64 (2000), s. 326.

go kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego z 2014 r., prawem właściwym jest, jak się zdaje, prawo utworzenia spółki, niemniej jednak jeżeli spółka prowadzi działalność w Panamie, to pod pewnymi warunkami możliwa jest kontynuacja jej działalności jako spółki prawa panamskiego, niezależnie do sytuacji w kraju utworzenia⁶⁵.

Należy również wspomnieć o **argentyńskim międzynarodowym prawie spółek**. I tak, według art. 147 argentyńskiego kodeksu cywilnego i handlowego z 2014 r., który wszedł w życie w dniu 1 sierpnia 2015 r., do osób prawnych prawa publicznego zastosowanie ma prawo, zgodnie z którym zostały one utworzone. W myśl art. 150 ust. 1 tej ustawy, osoby prawne prawa prywatnego utworzone w Argentynie podlegają prawu argentyńskiemu, natomiast w odniesieniu do osób prawnych prawa prywatnego przepis art. 150 ust. 2 odsyła do przepisów kolizyjnych zawartych w art. 118—124 ustawy o spółkach handlowych z 1972 r.⁶⁶

3. Wymogi wynikające z unijnej swobody przedsiębiorczości w zakresie łącznika

Zagadnienie wpływu unijnej swobody przedsiębiorczości i wymogów z niej wynikających w odniesieniu do autonomicznego krajowego międzynarodowego prawa spółek wiąże się z interpretacją tej swobody dokonywaną przez Trybunał Sprawiedliwości⁶⁷. Jak wspomniano, stanowi ono obecnie przedmiot ożywionej dyskusji w piśmiennictwie, zarówno krajowym, jak i obcym⁶⁸. Spośród wielu orzeczeń Trybunału⁶⁹ zasadnicze

⁶⁵ Por. J. Samtleben: *Das neue IPR-Gesetzbuch Panamas — Ein Kaleidoskop des Kollisionsrechts*. IPRax 2015, H. 5, s. 468.

⁶⁶ Por. J. Samtleben: *Neukodifikation des Internationalen Privatrechts in Argentinien*. IPRax 2016, H. 3, s. 296, przyp. 89, s. 290, przyp. 12.

⁶⁷ Trzeba zauważyć, że zagadnienie wpływu traktatowej swobody przedsiębiorczości na krajowe międzynarodowe prawo spółek nie wyczerpuje się tylko w zakresie łącznika, ale dotyczy również innych zasadniczych kwestii, jak zakres: statutu personalnego spółki, rozszczępienia statutu personalnego spółki, dopuszczalności przełamania statutu personalnego spółki przez przepisy wymuszające swoje zastosowanie czy transgranicznych przekształceń spółek.

⁶⁸ Zob. P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, 2010, s. 474 i nast. i przywołane tam piśmiennictwo; zob. także A. Wowerka: *Osoby...*, s. 658 i przywołane tam piśmiennictwo, a także bibliografię przywołaną na s. 547 i nast.

⁶⁹ Co do tego orzecznictwa ogółem zob. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 658 i nast. i przywołane tam piśmiennictwo.

znaczenie w zakresie wyznaczania statutu personalnego spółek mają wypowiedzi zawarte w wyroku w sprawie *Überseering*⁷⁰, które stały się podstawą formułowanych przez niektórych tez o kolizyjnoprawnym charakterze swobody przedsiębiorczości ustanawiającej unijną teorię powstania i wyłączeniu w związku z tym teorii siedziby jako normy kolizyjnej. Nie negując w związku z kasatoryjnym charakterem swobody przedsiębiorczości konieczności oceny krajowych norm z punktu widzenia dopuszczalnych skutków tych norm w świetle wspomnianej swobody, należy jednakże podzielić stanowisko tych, którzy trafnie odrzucają koncepcję kolizyjnoprawnego charakteru unijnej swobody przedsiębiorczości⁷¹. Wypada także zwrócić uwagę, że w najnowszym piśmiennictwie coraz częściej pojawiają się wypowiedzi zasadniczo kwestionujące wpływ swobody przedsiębiorczości na autonomiczne krajowe międzynarodowe prawo spółek.

Mając to na uwadze, należy stwierdzić, że w świetle orzecznictwa Trybunału, a w szczególności wymienionego wyroku w sprawie *Überseering*, ze swobody przedsiębiorczości nie wynikają w sposób absolutny wymogi w odniesieniu do łącznika kolizyjnoprawnego w zakresie wyznaczania statutu personalnego spółki, który należałoby bezwzględnie przyjąć na gruncie autonomicznego międzynarodowego prawa spółek. Ze wspomnianego wyroku w sprawie *Überseering* wynika jedynie wymóg uznania przez państwo docelowe zdolności prawnej spółki utworzonej zgodnie z ustawodawstwem jednego państwa członkowskiego, na terytorium którego posiada ona swoją siedzibę statutową, która przeniosła swoją siedzibę rzeczywistą do tego państwa, a w konsekwencji zdolności sądowej, jaką spółka ta posiada na mocy prawa państwa, w którym została utworzona. Znaczenie ma więc skutek, jaki należy uzyskać, aby zapewnić zgodność z tą swobodą. Podkreślić należy, że w tej mierze racjonalne jest jedynie rozwiązanie kolizyjnoprawne⁷². Na płaszczyźnie kolizyjnej osiągnięcie tego rezultatu w postaci „uznania”⁷³ zdolności prawnej i sądowej migrującej spółki, będącej beneficjentem swobody przedsiębiorczości, można uzyskać przez wyłączenie przechodniości sto-

⁷⁰ Wyrok TSUE z dnia 5.11.2002 r., C-208/00. *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*. Zb. Orz. 2002, s. I-9919.

⁷¹ Por. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 668.

⁷² Ewentualne „uznanie” procesowe w postaci uznania postanowienia sądu o rejestracji spółki tudzież „uznanie” materialnoprawne nie są odpowiednie, gdyż w pierwszym przypadku są spółki, które nie podlegają rejestracji, a w drugim przypadku powstaje zasadnicza wątpliwość co do samej konstrukcji, jak i zakresu owego „uznania”.

⁷³ Na temat kolizyjnoprawnego „uznania” zob. szerzej A. Wowerka: *„Uznanie” w międzynarodowym prawie spółek w świetle unijnej swobody przedsiębiorczości. W: Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*. Red. J. Kruczałak-Jankowska. Warszawa 2013, s. 257 i nast.

sownego łącznika, w tym przypadku siedziby rzeczywistej. Nie jest więc konieczne przyjmowanie tzw. teorii powstania. W konsekwencji takiego rozwiązania przeniesienie siedziby rzeczywistej spółki nie powoduje zmiany jej rodzimego statutu personalnego. W ten sposób sąd stosuje, niezależnie od tego, gdzie następnie znajduje się siedziba rzeczywista, zawsze prawo państwa pierwotnej siedziby, zgodnie z którym spółka została utworzona, i gdzie w związku z tym ma swoją siedzibę statutową. Należy przyjąć, że z reguły państwo utworzenia spółki będzie jednocześnie państwem jej pierwotnej siedziby rzeczywistej, którą ewentualnie następnie będzie przenosić.

Na przytoczonym rozwiązaniu trafnie oparł się ustawodawca polski w art. 19 ust. 1 ustawy prawo prywatne międzynarodowe. W myśl zdania trzeciego tego przepisu, przeniesienie siedziby w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) nie prowadzi do utraty osobowości prawnej. Mimo nieco niefortunnego sformułowania, treść tego przepisu należy odczytywać w ten sposób, że przeniesienie siedziby w obrębie EOG nie prowadzi do zmiany statutu personalnego spółki względnie prawa właściwego dla spółki.

Podkreślić należy, że także w razie ewentualnego przyjęcia tzw. teorii powstania konieczne byłoby wyłączenie przechodniości stosownego łącznika, który miałby mieć wówczas zastosowanie jako kryterium powiązania z prawem powstania spółki. W kontekście zmiany statutu personalnego nie ma bowiem żadnej różnicy między poszczególnymi łącznikami, jak np.: siedzibą rejestrową, statutową, inkorporacją, zorganizowaniem się, siedzibą rzeczywistą, domicylem, jeśli z założenia mają one charakter przechodni. Nie można więc *a priori* zakładać, że zastosowanie tzw. teorii powstania jest *per se* zgodne ze swobodą przedsiębiorczości w wykładni dokonanej przez Trybunał, w szczególności wspomnianego wyroku w sprawie Überseering. W kontekście zmiany statutu personalnego i skutków z niej wynikających dla migrującej teoria ta niczym nie różni się od teorii siedziby, i podlega w równej mierze ocenie przez pryzmat unijnej swobody przedsiębiorczości⁷⁴.

⁷⁴ Por. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 651.

4. Wyznaczanie statutu personalnego w świetle ustawy z 2011 roku

Ustawodawca polski skodyfikował międzynarodowe prawo spółek w art. 17—21 ustawy p.p.m.⁷⁵, zamieszczonych w rozdziale 3. zatytułowanym *Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne*⁷⁶. W zakresie łącznika regulacja ta zasadniczo powtarza treść uprzednio obowiązującego art. 9 §2 ustawy p.p.m. z 1965 r., niemniej jednak wprowadza również uregulowania uzupełniające oraz wypełniające istniejącą dotychczas istotną lukę, zwłaszcza w odniesieniu do określenia zakresu zastosowania statutu personalnego. Nowa ustawa z 2011 r. zawiera ogółem nowoczesną regulację międzynarodowego prawa spółek, która wpisuje się w aktualne trendy europejskiej doktryny i dogmatyki międzynarodowego prawa spółek. W szczególności dotyczy to kryterium powiązania z systemem prawnym właściwym dla spółek.

W świetle podstawowej normy z art. 17 ust. 1 ustawy p.p.m., prawem właściwym dla spółki jest prawo państwa, w którym spółka ma swoją siedzibę. Polski model wyznaczania prawa właściwego dla spółek jest więc oparty na teorii siedziby. Przyjąć należy, że siedziba w ujęciu tego przepisu oznacza siedzibę rzeczywistą, rozumianą jako faktyczna, trwała siedziba organów kierujących działalnością spółki⁷⁷, przy czym siedziba ta musi być rozpoznawalna jako taka na zewnątrz dla osób trzecich. Siedzibę wyznaczać zatem powinno przede wszystkim miejsce, w którym koncentruje się działalność organów (wspólników spółek osobowych) zarządzających i reprezentujących spółkę, a więc miejsce, w którym zarząd zwykle zajmuje się prowadzeniem spraw spółki, tzn. gdzie podejmuje i wykonuje większość decyzji dotyczących bieżącej działalności spółki, ale także w którym ustalane są wiążące wytyczne dotyczące zasadniczej polityki spółki (np. w zakresie produkcji, zbytu, polityki kadrowej), i gdzie wytyczne te są realizowane w postaci stosownych bieżących wewnętrznych dyspozycji, a jednocześnie miejsce, w którym z reguły zawierane są umowy z osobami trzecimi⁷⁸. W podobny sposób pojęcie siedzi-

⁷⁵ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe. Dz.U. nr 80, poz. 432 ze zm.

⁷⁶ Na temat pojęcia osoby prawnej w prawie prywatnym międzynarodowym zob. A. Wowerka: *Pojęcie osoby prawnej w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Problemy prawa prywatnego i publicznego w pierwszych dekadach XXI wieku. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jerzemu Ciszewskiemu*. Red. J. Kruczałak-Jankowska. Gdańsk 2016, s. 493 i nast.

⁷⁷ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 15. Warszawa 2012, s. 106.

⁷⁸ Por. A. Wowerka: *Osoby...*, s. 636—637.

by rzeczywistej jest definiowane w innych państwach, w których teoria siedziby znajduje zastosowanie⁷⁹. Należy zwrócić uwagę, że tak określona siedziba rzeczywista wyznacza nie tylko *lex societatis* w rozumieniu art. 17 ust. 1 ustawy p.p.m., ale stanowi również kryterium wskazujące statut upadłościowy w ujęciu rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego⁸⁰, na podstawie którego statut ten wyznaczany jest za pośrednictwem łącznika państwa sądu wszczęcia postępowania upadłościowego, którego jurysdykcja w tej materii jest z kolei ściśle powiązana z głównym ośrodkiem podstawowych interesów dłużnika. W wyroku w sprawie Interedil z dnia 20 października 2011 r.⁸¹ Trybunał wyraźnie stwierdził, rozstrzygając powstałe w doktrynie rozbieżności co do wykładni tego pojęcia⁸², że „dla

⁷⁹ Zob. na ten temat: w odniesieniu do prawa austriackiego — M. Neumayr, in: *Kurzkomentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. Red. M. Neumayr, H. Koziol. 3rd edn. Vienna 2010, s. 2064; w odniesieniu do prawa niemieckiego — T. Ebenroth, B. Bippus: *Die Sitztheorie als Theorie effektiver Verknüpfung der Gesellschaft*. „Juristenzeitung” 1988, Nr. 14, s. 677 i nast.; R. Hausmann: *Vertretungsmacht bei Handelsgesellschaften*. In: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Red. Ch. Reithmann, D. Martiny. Köln 2010, s. 1527 i nast.; P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, 2010, s. 623 i nast.; Idem: *Einführung...*, s. 172—173; S. Leible: *Internationales Gesellschaftsrecht*. In: *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*. München 2010, s. 143 i nast.; D. Jasper/Wollbrink: *Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht*. In: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*. Bd. 3: *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*. Red. H.-P. Priester, D. Mayer. München 2009, s. 1664; A. Franz, L. Laeger: *Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoIMG...*, s. 682; C. Schneider: *Internationales Gesellschaftsrecht...*, s. 567; S. Wessel, H.-J. Ziegenhain: *Sitz- und Gründungstheorie im internationalen Gesellschaftsrecht*. „GmbHRundschau” 1988, Nr. 11, s. 424; zob. także W. Klyta: *Łącznik...*, s. 243 i nast.; w odniesieniu do prawa francuskiego J. Pohlmann: *Das französische...*, s. 49—55; w odniesieniu do prawa belgijskiego por. E. Wymeersch: *Die Sitzverlegung nach belgischem Recht*. ZGR 1—2/1999, s. 129—130; zob. także T. Panthen: *Der „Sitz“-Begriff im internationalen Gesellschaftsrecht*. Mainz 1987, s. 47 i nast.

⁸⁰ Dz.U. L 160, s. 1 i nast. ze zm.

⁸¹ C-396/09. Zb. Orz. 2011, s. I-9915.

⁸² Zob. co do interpretacji w doktrynie P. Kindler: *Internationales Insolvenzrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 11: *Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—245)...*, s. 403—404; H. Eidenmüller: *Insolvenzrecht*, in: *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*. Red. H. Eidenmüller. München 2004, s. 313 i nast.; F. Kienle: *Schnittstellen des Internationalen Gesellschafts- und Insolvenzrechts*. In: *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*. Red. R. Süß, T. Wachter. Angelbachtal 2006, s. 166—167; A. Spahlinger/G. Wegen: *Insolvenz der Gesellschaft*. In: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*. Red. A. Spahlinger, G. Wegen. München 2005, s. 191 i nast.; V. Schäfer: *Die Schließung von Gläubigerschutzlücken bei grenzüberschreitend tätigen Unternehmen — ein Vorschlag „de lege ferenda”*. Hamburg 2009, s. 214 i nast.

celów głównego ośrodka podstawowej działalności spółki będącej dłużnikiem art. 3 ust. 1 zdanie drugie rozporządzenia nr 1346/2000 należy interpretować w ten sposób, że dla ustalenia głównego ośrodka podstawowej działalności spółki będącej dłużnikiem należy nadać pierwszeństwo miejscu głównego zarządzania tą spółką, w sposób, w jaki jest ono możliwe do określenia w oparciu o okoliczności obiektywne i rozpoznawalne dla osób trzecich”. Na tej interpretacji oparte jest nowe rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego⁸³, które w art. 3 ust. 1 zdanie drugie wyraźnie wskazuje, że głównym ośrodkiem podstawowej działalności jest miejsce, w którym dłużnik regularnie zarządza swoją działalnością o charakterze ekonomicznym, i które jako takie jest rozpoznawalne dla osób trzecich. Zbieżność pojęcia siedziby rzeczywistej w rozumieniu art. 17 ust. 1 ustawy p.p.m. i pojęcia głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika w ujęciu wymienionego rozporządzenia nr 2015/848 oznacza, że system prawny stojący odpowiednio za statutem personalnym spółki i statutem upadłościowym to ten sam system prawny, co ma szczególnie istotne znaczenie jeśli chodzi o pewność i przewidywalność prawa w przypadku spółek działających w skali transgranicznej, ale także jej wspólników i wierzycieli.

Siedzibę rzeczywistą należy ustalić, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku. Ewentualne trudności w ustaleniu siedziby rzeczywistej nie mogą automatycznie skutkować stwierdzeniem braku siedziby spółki. W razie posiadania przez spółkę wielu siedzib rzeczywistych w różnych państwach decydujące znaczenie należy przypisać głównej siedzibie rzeczywistej. Gdyby jednak ustalenie siedziby rzeczywistej okazało się niemożliwe, zastosowanie znajdzie ogólna norma z art. 10 ust. 1 ustawy p.p.m., zgodnie z którą stosuje się prawo najściślej związane z danym stosunkiem. Przepis ten wyraża ogólną regułę, że w razie niemożności ustalenia przesłanek zastosowania właściwej normy kolizyjnej sąd nie może automatycznie przyjąć właściwości merytorycznej *legis fori*, lecz powinien poszukiwać prawa pozostającego w najściślejszym związku z danym stanem faktycznym⁸⁴. Oznacza to, że jeżeli ustalenie siedziby rzeczywistej okaże się niemożliwe, to sąd nie może automatycznie przyjąć właściwości prawa polskiego jako *legis fori* i powinien kontynuować kolizyjne ustalenia faktyczne, uwzględniając inne okoliczności, które mają doprowadzić do ustalenia, z którym prawem spółka jest najściślej związana⁸⁵.

⁸³ Dz.U. L 141, s. 19 i nast.

⁸⁴ K. Sznajder-Peroń: *Ustalenie i stosowanie prawa właściwego*. W: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 516.

⁸⁵ A. Wowerka: *Aktualne problemy międzynarodowego prawa spółek — zagadnienia wybrane*. „Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa” 2015, nr 4, s. 178.

Sąd polski stosuje przy tym własne reguły procesowe dotyczące ustalania okoliczności faktycznych⁸⁶.

Ustawodawca polski uwzględnił jednakże okoliczność, że państwo siedziby rzeczywistej może nie być zainteresowane stosowaniem do oceniającej spółki własnego prawa i odsyłać w tym względzie do prawa państwa jej utworzenia. Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy p.p.m., jeżeli prawo właściwe wyznaczone na podstawie powiązania z siedzibą rzeczywistą przewiduje właściwość prawa państwa, na podstawie którego osoba prawna została utworzona, stosuje się prawo tego państwa. Odesłanie dalsze⁸⁷ przewidziane w tym przepisie jest oparte na założeniu, że w takim przypadku sąd polski powinien ową decyzję respektować i stosować w miejsce prawa państwa siedziby rzeczywistej prawo utworzenia spółki, do którego to pierwsze odsyła.

Jak już wspomniano, art. 19 ust. 1 zdanie trzecie ustawy p.p.m. uwzględnia wymóg wynikający ze swobody przedsiębiorczości w jej interpretacji dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości, nakazujący poszanowanie zdolności prawnej i sądowej migrującej spółki, przez wyłączenie skutku stosowania teorii siedziby w postaci zmiany statutu personalnego w razie przeniesienia siedziby rzeczywistej. Przepis ten, mimo niefortunnego sformułowania, ma charakter wyłącznie kolizyjny i jako taki należy go odczytywać jedynie w ten sposób, że w przypadku przeniesienia przez spółkę siedziby rzeczywistej w obrębie EOG nie dochodzi do zmiany statutu personalnego tej spółki, o czym niżej.

Ustawodawca polski, mimo zgłaszanych w doktrynie postulatów, słusznie nie przyjął w nowej ustawie p.p.m. z 2011 r. jako kryterium powiązania z prawem właściwym siedziby statutowej⁸⁸. Jest wiele zasadniczych argumentów przemawiających za trafnością i racjonalnością takiego rozwiązania i praktycznie żadnych przekonujących argumentów kolizyjnoprawnych na rzecz siedziby statutowej jako samodzielnego kryterium powiązania z prawem właściwym⁸⁹.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Polski ustawodawca generalnie wykluczył w obowiązującej ustawie p.p.m. odesłanie dalsze i przywołany przepis jest jedynym przepisem ustanawiającym takie odesłanie; M. Pazdan: *Prawo...*, s. 104.

⁸⁸ Postulat taki zgłaszał m.in. J. Poczobut: *Osoby prawne w prawie prywatnym międzynarodowym*. KPP 2000, z. 3, s. 548 i nast., aczkolwiek trzeba podkreślić, że autor ten zaproponował interesujące rozwiązanie, w którym ujmował łącznik siedziby statutowej na zasadzie pomocniczości z łącznikiem rejestracji i miejsca działania organu zarządzającego (ibidem, s. 551—552).

⁸⁹ Za siedzibą statutową opowiadają się jednak, choć argumentując głównie na płaszczyźnie materialnej, m.in.: A. Opalski: *Wybrane problemy ustalania prawa właściwego dla osób prawnych w świetle nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*. W: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*. Red. J. Poczobut.

Przed wszystkim powtórzenie w obecnej regulacji podstawowej normy kolizyjnej z art. 17 ust. 1 ustawy p.p.m. z 2011 r. sformułowania zawartego w uprzednio obowiązującej regulacji art. 9 §2 ustawy z 1965 r. należy odczytywać jako jednoznaczny zamiar i cel ustawodawcy kontynuacji tradycyjnie dominującej w polskiej doktrynie kolizyjnej na gruncie tego przepisu koncepcji siedziby jako siedziby rzeczywistej⁹⁰. Gdyby ustawodawca miał zamiar wprowadzić łącznik siedziby statutowej, uczyniłby to wprost, używając jednoznacznego terminu „siedziba statutowa”, tymczasem zaś pozostał przy sformułowaniu „siedziba”. Uzasadnienie do nowej ustawy z 2011 r. nie dostarcza jakichkolwiek wskazówek pozwalających na stwierdzenie zmiany dotychczasowego paradygmatu w zakresie pojmowania terminu „siedziba”.

Należy także ściśle odróżniać pojęcie siedziby na płaszczyźnie prawa merytorycznego od pojęcia siedziby na płaszczyźnie prawa kolizyjnego. Nawet jeżeli na płaszczyźnie prawa merytorycznego znaczenie ma siedziba statutowa, to nie może to automatycznie oznaczać, że należy brać tego rodzaju siedzibę pod uwagę na płaszczyźnie kolizyjnej, albowiem w każdym przypadku chodzi o normy, które mają odmienne funkcje i cele. Stosowanie pojęć merytorycznych, nawet w drodze analogii, na gruncie prawa kolizyjnego może prowadzić do niewłaściwych rezultatów i budzi zasadnicze zastrzeżenia z metodologicznego punktu widzenia. Określenie siedziby w prawie materialnym czy procesowym wiąże się z innego rodzaju problemami niż wyznaczenie prawa właściwego. Siedziba na płaszczyźnie prawa materialnego służy ustaleniu, tak jak miejsce zamieszkania osoby fizycznej, centrum działalności spółki, z którym wiąże się wiele doniosłych skutków materialnych czy procesowych, natomiast na płaszczyźnie prawa kolizyjnego nie chodzi o wyznaczenie tego centrum jako takiego, lecz jedynie o wskazanie za pomocą tego pojęcia prawa właściwego najściślej związanego ze spółką. Ponadto przenosze-

Warszawa 2013, s. 218; K. Oplustil: *Łącznik siedziby w nowym prawie prywatnym międzynarodowym*. KPP 2011, z. 3, s. 635 i nast.; podobnie P. Błaszczuk: *Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*. „Państwo i Prawo” 2011, nr 11, s. 85 i nast., który jednak wydaje się utożsamiać siedzibę statutową z siedzibą rejestrową i wskazuje, że miejscem siedziby statutowej będzie w praktyce miejsce wpisu do rejestru; tak też podobnie M. Mataczyński: *Kolizyjnoprawne pojęcie siedziby osoby prawnej*. KPP 2013, z. 2, s. 295; Idem: *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki za granicę*. PPPM 2013, T. 13, s. 30.

⁹⁰ Por. m.in.: W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Warszawa 1967, 132; Idem: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Poznań 1996, s. 170; W. Kłyta: *Spółki kapitałowe...*, s. 44; M. Pazdan: *Prawo...*, s. 106 oraz wszystkie wcześniejsze wydania tej pozycji; E. Wieczorek: *Statut personalny spółki a swoboda przedsiębiorczości*. W: *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*. Red. J. Frąckowiak. Wrocław 2006, s. 237.

nie definicji z prawa merytorycznego na płaszczyznę kolizyjnoprawną i nadawanie pojęciom zawartym w normach kolizyjnych treści i znaczeń przyjmowanych w prawie materialnym, w szczególności rodzimym, jest sprzeczne z fundamentalnymi zasadami prawa prywatnego międzynarodowego — zasadą równorzędności porządków krajowych i związaną z nią zasadą neutralności norm kolizyjnych⁹¹, gdyż w istocie narzuca krajowe konstrukcje obcym systemom prawnym. Ustalanie siedziby dla celów kolizyjnych powinno odbywać się w oderwaniu od norm materialnych, w tym przede wszystkim rodzimych, w sposób autonomiczny, z zastosowaniem metody kolizyjnoprawnej i funkcjonalnej wykładni pojęć kolizyjnoprawnych.

Wspomniane zasady wymagają w zakresie łącznika kryterium obiektywnego, oderwanego od krajowej dogmatyki, takiego rodzaju, aby możliwe było objęcie właściwą normą kolizyjną wszelkich spółek, niezależnie od przyjmowanych w poszczególnych systemach prawnych na płaszczyźnie merytorycznej koncepcji siedzib dla celów merytorycznych. W tym kontekście siedziba statutowa jako samodzielne kryterium łącznika wymogu tego nie spełnia, należy mieć bowiem na względzie, że mogą istnieć spółki, które nie mają siedziby statutowej⁹². Należy także podkreślić, że siedziba statutowa na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej nie może być utożsamiana z siedzibą rejestrową, albowiem w każdym przypadku chodzi o dwa odmienne powiązania kolizyjnoprawne, które należy ściśle od siebie odróżniać. Jeśli chodzi o siedzibę statutową jako kryterium łącznika, siedziba rejestrowa na płaszczyźnie merytorycznej jest bez znaczenia. Ta druga może co najwyżej stanowić okoliczność przemawiającą za określonym umiejscowieniem w umowie (statucie) spółki siedziby statutowej. Dla sądu jako kryterium wyznaczające prawo właściwe znaczenie ma jednakże wyłącznie siedziba statutowa, niezależnie od tego, czy rejestracja tej siedziby jest wymagana, czy też nie.

Przyjęcie jako samodzielnego kryterium łącznika siedziby statutowej będącej z założenia także łącznikiem przechodnim wiązałoby się wreszcie z niebezpieczeństwem nieograniczonej możliwości zmiany przez współników statutu personalnego, a tym samym manipulacji, przez zwykłą zmianę umowy spółki i wskazanie nowej siedziby umiejscowionej w innym niż dotychczas systemie prawnym⁹³. Wspólnicy przez zmianę umowy mieliby nieograniczoną możliwość „wyboru” statutu personalne-

⁹¹ Por. M.-P. Weller: *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der klassischen IPR-Dogmatik*. IPRax 2011, H. 5, s. 429 i nast.

⁹² Na przykład spółki osobowe w prawie niemieckim, zob. P. Kindler: *Welche Anknüpfungspunkte...*, s. 393, i spółki w prawie amerykańskim, zob. M. Kaulen: *Zur Bestimmung...*, s. 392; ibidem także w odniesieniu do niemieckich spółek osobowych.

⁹³ Por. S. Leible: *Internationales...*, s. 143.

go spółki i dokonywania w ten sposób nadużyć na niekorzyść wierzycieli spółki. Dotyczy to w szczególności spółek, które nie podlegają rejestracji, jak spółki kapitałowe prawa polskiego w organizacji, czy spółek osobowych niepodlegających takiemu wymogowi⁹⁴. Podkreślić wszakże należy, że i w tym wypadku merytoryczny wymóg rejestracji jest bez znaczenia z punktu widzenia kolizyjnoprawnego dla stwierdzenia zmiany statutu personalnego. Zmiana powiązania z prawem właściwym przez zmianę ustanawiającego je kryterium siedziby statutowej oznacza na płaszczyźnie kolizyjnej, że następuje zmiana statutu personalnego, niezależnie od tego, czy na płaszczyźnie materialnej wymagane jest uzyskanie wpisu w rejestrze, czy też takiego wymogu brak. Wymóg uzyskania wpisu może co najwyżej sprawiać, że tego rodzaju zmiany nie będą dokonywane, chociaż sam w sobie, o ile w jakiś sposób nie stanowi kryterium powiązania kolizyjnoprawnego, jest nieistotny i nie wpływa kolizyjnie na wyłączenie lub ograniczenie zmiany statutu personalnego.

Siedziba statutowa budzi także zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia fundamentalnej zasady prawa prywatnego międzynarodowego — zasady najściślejszego związku. Siedziba statutowa *per se* takiego związku nie ustanawia. Jest to wyraźnie widoczne w przypadku tzw. *pseudo foreign corporations*, tzn. spółek, które poza samym faktem posiadania siedziby statutowej w innym państwie nie wykazują z nim żadnych więzi gospodarczych i prowadzą swą działalność wyłącznie w innym państwie. Zastosowanie siedziby statutowej wiązałoby się w tych przypadkach *a priori* z koniecznością uwzględniania w rzeczywistości prawnej państwa dotkniętego faktyczną działalnością takiej spółki w pełnym zakresie jej rodzimego (statutowego) statutu personalnego. Założyciele spółki mieliby tym samym możliwość uchylecia się od poddania się obowiązującym w państwie rzeczywistej siedziby spółki przepisom dotyczącym w szczególności ochrony wierzycieli spółki (np. wniesienia i utrzymania minimalnego kapitału zakładowego i związanej z tym odpowiedzialności członków zarządu), czy wspólników mniejszościowych przez *de facto* wybór prawa, które jest pod tym względem mniej restrykcyjne.

Należy również zaakcentować, że zastosowanie siedziby statutowej jako samodzielnego kryterium łącznika nie prowadzi w każdym przypadku do stosowania prawa państwa utworzenia spółki, co wynika z faktu, że posiadanie siedziby statutowej nie zawsze musi być przesłanką utworzenia spółki. Należy podkreślić, że tzw. teoria powstania nie jest teorią siedziby statutowej. W państwach hołdujących tej teorii stosuje się różne kryteria łącznika, niemniej jednak siedziba statutowa jako samodziel-

⁹⁴ Spółki bez wymogu rejestracji wskazuje w prawie amerykańskim D.M. Kaulen: *Zur Bestimmung...*, s. 393.

ny łącznik dla wyznaczania prawa właściwego nie odgrywa praktycznie żadnej roli, a jeżeli jest w ogóle stosowana, to w ograniczonym zakresie i w powiązaniu z innymi łącznikami. W tym kontekście można także stwierdzić, że jeżeli siedziba statutowa miała być rozumiana jako wyraz tzw. teorii powstania, to pojawia się zasadnicza wątpliwość dotycząca zasadności i racjonalności wprowadzenia do ustawy z 2011 r. przepisów art. 17 ust. 2 i art. 19 ust. 1 zd. 2 i 3. W razie powiązania w ten sposób spółki z prawem jej powstania (utworzenia) przepisy te byłyby wówczas całkowicie zbędne.

Należy również wyraźnie zaznaczyć, że w kategoriach łącznika kolizyjnoprawnego nie istnieją praktycznie żadne różnice między siedzibą rzeczywistą a siedzibą statutową w związku z ich przeniesieniem, o ile nie zostanie wyłączona ich przechodniość. Przeniesienie siedziby statutowej przez zmianę umowy spółki z kolizyjnoprawnego punktu widzenia zasadniczo będzie powodowało, jak w przypadku przeniesienia siedziby rzeczywistej, zmianę statutu personalnego. Dotyczy to zresztą także innych stosowanych (nieprzechodnich) łączników.

Nadto warto zauważyć, że z wymienionych względów użyteczność siedziby statutowej jako kryterium łącznika oceniana jest krytycznie również w obcej doktrynie⁹⁵. Co szczególnie znamienne dla znajdującej się w fazie zmiany paradygmatu dogmatyki niemieckiej, nawet w gronie zwolenników tzw. teorii powstania, wśród wiodących przedstawicieli doktryny międzynarodowego prawa spółek siedziba statutowa praktycznie nie znajduje uznania i jest odrzucana jako samodzielne kryterium łącznika⁹⁶. Dobitnym tego wyrazem jest wspomniany projekt nowej niemieckiej regulacji międzynarodowego prawa spółek, który takiej siedziby w ogóle nie uwzględnia, nawet w powiązaniu z innymi łącznikami. Jak się wydaje, wątpliwe jest stosowanie tej siedziby jako kryterium łącznika nawet na gruncie angielskiej teorii *domicile* czy amerykańskiej teorii inkorporacji, tradycyjnie uznawanych za fundament tzw. teorii powstania.

Teoria siedziby i tradycyjnie związana z nią koncepcja siedziby rzeczywistej, którą na gruncie obowiązującej ustawy p.p.m. należy uznać za trafne i słuszne rozwiązanie, jest wyrazem podstawowych funkcji i zadań prawa prywatnego międzynarodowego, do których należy wskazanie stałego i pewnego terytorialnie prawa (najlepszego pod względem terytorialnym), co jest możliwe właśnie w takim zakresie, w jakim statutem personalnym jest porządek prawny, w zakresie obowiązywania którego spółka ma swój główny ośrodek podstawowej działalności, czyli siedzibę

⁹⁵ Zob. m.in. ibidem, s. 391—392, 394.

⁹⁶ Zob. w szczególności opracowanie zbiorowe *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts...*, 2007, ibidem zwłaszcza P. Kindler: *Welche Anknüpfungspunkte...*, s. 389 i nast.

rzeczywistą. Koncepcja ta, oparta jedynie na kryterium obiektywnym, wyłącza wskazanie prawa właściwego z dyspozycji współników i zapobiega niepożądanemu nieograniczonemu *forum shopping* i możliwym w związku z tym manipulacjom.

Jak już wspomniano, szczególnie istotne jest także to, że siedziba rzeczywista w rozumieniu art. 17 ust. 1 ustawy p.p.m. określa jednocześnie główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika, wyznaczający statut upadłościowy w rozumieniu rozporządzenia nr 2015/848. Na podstawie tego samego kryterium łącznika ten sam system prawny stać będzie zarówno za *lex societatis*, jak i *lex fori concursus*. W tym kontekście na znaczeniu tracą problemy kwalifikacyjne związane z instytucjami prawnymi znajdującymi się na styku prawa upadłościowego i prawa spółek, np. odpowiedzialności zarządów za zobowiązania spółki w związku z niezgłoszeniem w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. Zastosowanie znajdują bowiem normy merytoryczne jednego państwa, co praktycznie powoduje wyłączenie konieczności rozgraniczania statutu upadłościowego i spółkowego, to zaś niekiedy może wiązać się ze znacznymi trudnościami. W przypadku spółek działających w sferze transgranicznej ma to istotne znaczenie z punktu widzenia pewności i przewidywalności prawa w kontekście zapewnienia ochrony praw spółki, jej współników oraz wierzycieli na podstawie jednego możliwego do określenia z góry systemu prawnego właściwego dla oceny działalności spółki w sytuacjach kryzysu finansowego w spółce.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że ustawodawca europejski opiera się na kryterium łącznika siedziby rzeczywistej także w innych rozporządzeniach z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego, co świadczy o szczególnej wadze tego kryterium z punktu widzenia unijnego prawa prywatnego międzynarodowego. Wskazać tu należy na rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)⁹⁷ oraz rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II)⁹⁸. Rozporządzenia te wyrażnie stanowią odpowiednio w art. 19 ust. 1 (Rzym I) i w art. 23 ust. 1 (Rzym II), że za miejsce zwykłego pobytu spółek i innych podmiotów posiadających osobowość prawną lub jej nieposiadających uznaje się miejsce siedziby ich głównego organu zarządzającego. W tym kontekście można zasadnie przyjąć, że siedziba rzeczywista stanowi kanon unijnego prawa prywatnego międzynarodowego w jego obecnym kształcie.

⁹⁷ Dz.U. L 177, s. 6 i nast.

⁹⁸ Dz.U. L 199, s. 40 i nast.

Istotne jest również to, że zastosowanie siedziby rzeczywistej praktycznie wyłącza konieczność poszukiwania ewentualnych instrumentów ochronnych, które mogłyby mieć zastosowanie na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej. W rachubę mogłyby jedynie wchodzić koncepcje przepisów wymuszających swoje zastosowanie oraz łączników szczególnych. Zastosowanie tych koncepcji mogłoby okazać się problematyczne, zwłaszcza jeżeli chodzi o prawnośpółkowe przepisy wymuszające swoje zastosowanie, podobnie jak pytanie zarówno o kryterium, jak i zakres ewentualnego łącznika szczególnego.

Wreszcie należy stwierdzić, że mechanizm wyznaczania statutu personalnego osób prawnych na podstawie siedziby rzeczywistej spełnia wymogi wynikające ze swobody przedsiębiorczości w kształcie określonym przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, i jednocześnie uwzględnia klasyczne założenia prawa prywatnego międzynarodowego poszukiwania prawa najściślej związanego z danym stanem faktycznym. Wyważa on konieczność uwzględniania potrzeb unijnego rynku wewnętrznego z koniecznością ochrony obrotu państwa siedziby rzeczywistej spółki przed spółkami pochodzącymi niekiedy z całkowicie liberalnych systemów prawnych. Mechanizm ten zapewnia stosowanie prawa tego państwa i uniemożliwia obchodzenie przepisów prawa spółek dotyczących ochrony wierzycieli czy samych współników w sytuacji, gdy dana spółka działa wyłącznie na terytorium tego państwa.

W świetle przytoczonych rozważań nasuwa się spostrzeżenie, że w zasadzie jedynym kolizyjnoprawnym atutem siedziby statutowej, w szczególności w porównaniu z siedzibą rzeczywistą, jest łatwość jej ustalenia.

Na koniec należy zdecydowanie podkreślić, że w międzynarodowym prawie spółek wyznaczenie prawa właściwego dla osoby prawnej odbywać się może wyłącznie na podstawie metody kolizyjnoprawnej, przez kolizyjnoprawne wskazanie danego prawa jako właściwego na podstawie stosownego łącznika kolizyjnoprawnego. Koncepcja „uznania” spółek nie znajduje żadnych podstaw w świetle obowiązującego prawa i jest sprzeczna z fundamentalnymi zasadami międzynarodowego prawa spółek w odniesieniu do wyznaczania prawa właściwego, ustalania treści tego prawa i jego stosowania⁹⁹.

⁹⁹ Więcej krytycznie w odniesieniu do koncepcji „uznania” A. Wowerka: *Osoby...*, s. 696—697.

5. Podsumowanie

Problematyka wyznaczania statutu personalnego stanowi i nadal będzie stanowić *questio famosa* międzynarodowego prawa spółek.

Wobec różnorodności rozwiązań przyjmowanych w tej materii w poszczególnych porządkach prawa krajowego trudno mówić o jakimś konkretnym modelu, który miałby mniej lub bardziej szerokie zastosowanie. Jak wykazano, nie ma jednej ogólnej teorii powstania, rozumianej jako jednolita koncepcja w zakresie takiego lub innego łącznika stosowanego w określonych państwach. W państwach wskazywanych jako hołdujące tej teorii powiązanie mające prowadzić do państwa pierwotnego powstania czy też utworzenia/inkorporacji spółki przybiera różną postać. Tak zwana teoria siedziby może stanowić co najwyżej skrót myślowy na zasadzie przeciwstawienia teorii powstania. Uwagę zwraca fakt, że w państwach tych siedziba statutowa jako samodzielne kryterium łącznika praktycznie nie odgrywa żadnej roli. Należy jednak zauważyć, że samo pojęcie siedziby na gruncie teorii siedziby może być rozumiane w różny sposób, chociaż obecnie bezsporne jest, że chodzi o siedzibę rzeczywistą, jako że teoria siedziby jest *per se* teorią siedziby rzeczywistej.

Ze swobody przedsiębiorczości w interpretacji dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości UE nie wynika bezwzględna konieczność przyjęcia określonego modelu powiązania spółki z danym systemem prawnym. Wymóg „uznania” migrującej spółki można uzyskać na płaszczyźnie kolizyjnej przez samo wyłączenie skutku związanego z przeniesieniem siedziby w postaci zmiany statutu personalnego.

Model przyjęty przez polskiego ustawodawcę w zakresie wyznaczania statutu personalnego osób prawnych można uznać za rozwiązanie modelowe, godzi bowiem wymogi wynikające z fundamentalnych zasad prawa prywatnego międzynarodowego z wymogami wynikającymi z traktatowej swobody przedsiębiorczości. Siedziba rzeczywista prowadzi do systemu prawnego najściślej związanego ze spółką, natomiast wyłączenie zmiany statutu w związku z nieprzechodnością tego łącznika — do zastosowania pierwotnego statutu spółki, niezależnie od tego, gdzie znajduje się jej siedziba rzeczywista, i „uznania” tym samym do zdolności prawnej i sądowej przyznanej jej przez prawo państwa pochodzenia. Model ten, z uwagi na swoje zalety, może być istotnym punktem odniesienia dla przyszłych prac Komisji Europejskiej nad unijną regulacją w zakresie prawa właściwego w sprawach dotyczących spółek. W przekonaniu autora, z uwagi na brak istotnych zalet na płaszczyźnie kolizyjnej, siedziba statutowa raczej nie zostanie uwzględniona w ewentualnej regulacji jako podstawowe kryterium łącznika. Potwierdzeniem mogą tu być cho-

ciażby propozycje wysuwane przez różne grupy dyskusyjne i organizacje, jak Europejska Grupa ds. Międzynarodowego Prawa Prywatnego (GE-DIP), w których jak dotąd wydają się przeważać zwolennicy tzw. teorii powstania. Propozycje te w ogóle nie wspominają o siedzibie statutowej, wyraźnie postulując oparcie się co najwyżej na łączniku rejestracji lub zorganizowania się spółki, bądź utworzenia spółki względnie kombinacji tychże łączników¹⁰⁰. Podkreślić jednakże trzeba, że o ile przyjęte przez polskiego ustawodawcę rozwiązanie można uznać za zasadne w odniesieniu do spółek z UE, objętych w znacznym stopniu unijną harmonizacją, o tyle w odniesieniu do spółek z innych państw nie widać racjonalnych względów przemawiających za odpowiednią modyfikacją tradycyjnie pojmowanej teorii siedziby. Przeciwnie, teoria ta powinna mieć tutaj zastosowanie w pełnym zakresie, łącznie z zasadą przechodniości siedziby rzeczywistej.

¹⁰⁰ Zob. Ch. Kohler: *Auf dem Weg zu einer europäischen Verordnung über das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der Ehescheidung. Tagung der Europäischer Gruppe für Internationales Privatrecht in Luxemburg*. IPRax 2014, H. 4, s. 401—402; E.M. Kieninger: *Die weitere Kodifikation des europäischen IPR*. IPRax 2017, H. 2, s. 201—203.