

Arkadiusz Wowerka

Niemieckie międzynarodowe prawo spółek w toku przemian

Abstract: The current German private international law provides no specific regulations on the law governing companies. The essential principles in this area were developed by the doctrine and the judicature. According to the basic rule, the law governing companies is determined by reference to the state in which the company has its actual real seat (central administration) (real seat theory). Although, following the case-law of the Court of Justice of the European Union on the freedom of establishment the law applicable to the immigrating EU-companies should be determined by reference to the state in which they have been incorporated (founded) (incorporation theory). Thus, the real seat theory (in its modified version) is still applicable to the non EU-companies. The proposed draft regulation on private international law of companies, associations and legal entities adopts in general as a basic rule the incorporation theory. The mentioned draft regulation provides provisions on, up till now not explicit regulated issues, among others especially provisions for determination of the scope of the law governing companies. For political reasons only, it is not certain if it comes into force.

Keywords: companies in private international law, law governing companies, German international company law, scope of application of the law governing companies, real seat theory, incorporation theory

1. Wprowadzenie

Obecnie w Niemczech prowadzenie przedsiębiorstw w formie spółek prawa obcego nie jest niczym niezwykłym. Szczególnym powodzeniem cieszy się zwłaszcza angielska Private Limited Company¹. Stan ten jest konse-

¹ Wiele portali internetowych oferuje kompletne rozwiązania i obsługę w zakresie tworzenia i prowadzenia tych spółek bez konieczności przebywania w Wielkiej Bryta-

kwencją gwarantowanej w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej² swobody przedsiębiorczości, jak to wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego tej swobody w odniesieniu do spółek. Orzecznictwo to wywarło zasadniczy wpływ na obowiązujące dotychczas w prawie niemieckim reguły kolizyjne w zakresie międzynarodowego prawa spółek. Spowodowało przewartościowanie obowiązującej dotychczas podstawowej reguły, ale też zrodziło konieczność wyjaśnienia kwestii, którym — ze względu na tę regułę — nie poświęcano dotychczas szczególnej uwagi. W żadnej innej dziedzinie prawa orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości nie przyniosło tylu publikacji, co w dziedzinie autonomicznego międzynarodowego prawa spółek.

2. Dotychczasowy stan prawny

Międzynarodowe prawo spółek jest dziedziną do tej pory nieskodyfikowaną w prawie niemieckim. Obejmująca zasadniczą regulację prawa prywatnego międzynarodowego ustawa wprowadzająca kodeks cywilny z dnia 18 sierpnia 1896 r. (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*)³ nie zawiera norm poświęconych spółkom. Mimo dokonanych w latach osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych minionego wieku istotnych nowelizacji tej ustawy nie zdecydowano się na wprowadzenie norm kolizyjnych poświęconych spółkom⁴. Obowiązujące w tej materii reguły są dziełem orzecznictwa i doktryny.

Do zasadniczych kwestii w zakresie międzynarodowego prawa spółek należy wskazanie prawa właściwego (statutu personalnego) oraz ustalenie zakresu jego zastosowania (zakresu statutu personalnego)⁵.

nii, np.: <http://www.limited4you.de>, <http://www.interlimited.com>, <http://www.go-ahead.de/>. Ze względu na brak obowiązku rejestracji w Niemczech ustalenie dokładnej liczby takich spółek jest trudne, niemniej jednak liczbę aktywnych spółek szacować można na co najmniej kilkadziesiąt tysięcy.

² Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE z dnia 30 marca 2010 r., C 83, s. 47 i nast.

³ RGBl. S. 604; BGBl. I S. 2949, ber. 1997 I, s. 1061.

⁴ Chodzi tu o nowelizacje z lat 1986 i 1999. Pierwsza wprowadzała nowe regulacje dotyczące odesłania, osób fizycznych oraz prawa rodzinnego i spadkowego, a także transponowała Konwencję rzymską o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Druga nowelizacja wprowadzała regulacje dotyczące zobowiązań pozaumownych i prawa rzeczowego; zob. R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” [dalej: IPRax] 2008, H. 2, s. 82.

⁵ Por. B. Großfeld: *Internationales Gesellschaftsrecht*, in: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetze und Nebengesetzen*.

W odniesieniu do pierwszego z zagadnień znaczenie ma w zasadzie teoria siedziby. Należała ona dotychczas do kanonu orzecznictwa, przy wsparciu przeważającej części doktryny⁶. Przesądziła o tym główna cecha tej teorii, polegająca na zapewnieniu zastosowania prawa (i standardów) państwa, które jest najbardziej dotknięte działalnością spółki (z którym spółka jest najściślej związana)⁷.

W piśmiennictwie prezentowane są również inne teorie. Przede wszystkim wskazać trzeba na teorie „pośrednie”, będące modyfikacją teorii utworzenia lub kombinacją teorii założenia i teorii siedziby. W tym względzie wymienić należy: teorię nakładania się statutów Sandrocca; teorię dyferencjacji Grasmanna; ograniczoną teorię utworzenia — w ujęciu Behrensa, w koncepcji Knobbe-Keucka i Grothego oraz w koncepcji Beitzkego; teorię punktu ciężkości Wiedemanna; teorię kombinacji Zimmera oraz koncepcję v. Halena. Żadna z nich nie zyskała akceptacji w orzecznictwie ani szerszego uznania w doktrynie. Wskazuje się, że wymienione teorie są mało użyteczne z praktycznego punktu widzenia, nie zapewniają bowiem pewności prawa. Z założenia odrzucają zasadę jedności statutu personalnego. W ich ramach nie są też dostatecznie jednoznacznie przyjmowane kryteria wskazania prawa właściwego, np.: wyróżnienie dwóch sfer — wewnętrznej i zewnętrznej — spółki, bezpośrednie interesy prywatne, kryterium korzystniejszego systemu prawnego, wymóg powołania się przez strony na korzystniejszy system prawny, bezpośrednie interesy prywatne czy kryterium braku dostatecznej ochrony danych interesów. Zasadnicze wątpliwości budzi również ich zgodność z traktatową swobodą przedsiębiorczości. Wspomnieć należy także o niezwiązanej z teorią utworzenia i teorią siedziby, a praktycznie niemającej

Hrsg. J. Kropholler. Berlin 1998, s. 1; P. Kindler: *Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Trabrennbahn, Cartesio und die Folgen*. IPRax 2009, H. 3, s. 190; Idem: *Einführung in das neue IPR des Wirtschaftsverkehrs*. Frankfurt am Main 2009, s. 159.

⁶ Zob. B. Großfeld: *Internationales...*, s. 6—7; G. Hohloch: *Internationales Gesellschaftsrecht*. In: *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGBG, EGBGB, ErbbauVO, HausTWG, ProdHaftG, SachenRBerG, SchuldRAnpG, VerbrKrG*. Hrsg. H.P. Westermann. Köln 2000, s. 5418; A. Heldrich: *Internationales Privatrecht*. In: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. Bd. 7. München 2008, s. 2473; N. Horn: *Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit — Inspire Art. „Neue Juristische Wochenschrift“* [dalej: NJW] 2004, H. 13, s. 893.

⁷ Co do funkcji teorii siedziby H. Eidenmüller: *Theorien zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts und Wettbewerb der Gesellschaftsrechte*. In: *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutsche Recht*. Hrsg. H. Eidenmüller. München 2004, s. 3—5; B. Großfeld: *Internationales...*, s. 5, 9—10, 17—18; P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 11: *Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 50—245)*. Hrsg. H.J. Sonnenberger. München 2006, s. 134—145.

obecnie znaczenia teorii kontroli, znajdującej swój wyraz w teorii ryzyka Fikentschera⁸.

Zgodnie z teorią siedziby, prawem właściwym dla spółki jest prawo jej siedziby. Za siedzibę spółki uważa się rzeczywistą siedzibę administracji (*tatsächliche Verwaltungssitz*). Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie powszechne uznanie zyskała obecnie w tej mierze formuła O. Sandrocka, w myśl której rzeczywistą siedzibą spółki jest miejsce, w którym w formie bieżących decyzji w zakresie zwykłej działalności spółki realizowane są zasadnicze wytyczne dotyczące działalności spółki, w tym wielkości i rodzaju produkcji, wielkości obrotów, polityki personalnej⁹.

Konsekwencją teorii siedziby jest zmiana statutu personalnego spółki w razie transgranicznego przeniesienia rzeczywistej jej siedziby. Odróżnić jednakże należy przypadki emigracji i imigracji spółki. Emigrująca spółka niemiecka przestaje być spółką prawa niemieckiego, chyba że państwo przyjmujące hołduje teorii utworzenia. Wówczas następuje odesłanie do prawa niemieckiego, które to odesłanie przyjmuje. Z kolei imigrująca spółka prawa obcego podlega odtąd niemieckiemu prawu materialnemu, co w rezultacie prowadzi do nieuznania jej podmiotowości i konieczności utworzenia spółki na nowo, zgodnie z przepisami niemieckiego prawa spółek¹⁰.

⁸ Więcej na temat wszystkich wymienionych teorii zob. M. Brombach: *Das Internationale Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld von Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit*. Jena 2006, s. 29—40, 163—168; C.Ch. v. Halen: *Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH. Kollisionsrechtliche. Tragweite, materiellrechtliche Folgen und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten*. Heidelberg 2001, s. 34—44, 233—234; R. Hausmann: *Bestimmung des Gesellschaftsstatuts*. In: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. Köln 2010, s. 1501—1502; P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 145—157; T. Lanzius: *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Gläubigerschutzes und der unternehmerischen Mitbestimmung bei Scheinauslandsgesellschaften*. Frankfurt am Main 2005, s. 118—144; A. Spahlinger: *Deutsches autonomes Kollisionsrecht*. In: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*. Hrsg. A. Spahlinger, G. Wegen. München 2005, s. 7—14.

⁹ Zob. P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 172; Idem: *Einführung...*, s. 172—173; A. Franz, L. Laeger: *Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht. „Betriebs-Berater“* [dalej: BB] 2008, H. 14, s. 682; C. Schneider: *Internationales Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung*. BB 2008, H. 12, s. 567.

¹⁰ Zob. szerzej P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 195—203; R. Hausmann: *Auswirkungen der Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts auf die Mobilität von Gesellschaften*. In: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. München 2010, s. 1541—1545.

Teoria siedziby jest teorią jedności prawa właściwego, czego wyrazem jest szerokie ujmowanie zakresu statutu personalnego spółki i przyporządkowywanie temu statutowi generalnie całości sfery wewnętrznej i zewnętrznej spółki¹¹. Statut personalny spółki określa, zgodnie z zasadą jedności, tworzenie, charakter i strukturę oraz funkcjonowanie spółki w obrocie. Obrazowo rzecz ujmując, statut ten rozstrzyga o powstaniu, funkcjonowaniu i ustaniu spółki. Statutowi personalnemu podlegają w szczególności materialne przesłanki powstania spółki, wewnętrzna struktura organizacyjna, w tym kompetencje organów, prawa i obowiązki wspólników, a także reguły dotyczące sfery zewnętrznej spółki, w tym zwłaszcza reprezentacja spółki oraz odpowiedzialność spółki, organów i wspólników za zobowiązania spółki i wreszcie rozwiązanie i likwidacja spółki¹².

Warto jeszcze wspomnieć, że pojęciu spółki w rozumieniu międzynarodowego prawa spółek powszechnie nadaje się szeroki zakres. Obejmuje ono każdy twór mający rozpoznawalną na zewnątrz organizację. Sam przymiot osobowości czy też zdolności prawnej jest tu bez znaczenia. Dla stwierdzenia istnienia spółki w sensie kolizyjnoprawnym znaczenia nie ma także charakter działalności danego tworu¹³.

¹¹ B. Großfeld: *Internationales...*, s. 64; R. Hausmann: *Reichweite des Gesellschaftsstatuts*. In: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. Köln 2010, s. 1550; D. Jasper/Wollbrink: *Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht*. In: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Gesellschaft mit Beschränkter Haftung*. Bd. 3. Hrsg. H.-J. Priester, D. Mayer. München 2009, s. 1667; P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 204.

¹² Szerzej co do zakresu statutu personalnego zob. B. Großfeld: *Internationales...*, s. 64—102; P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 204 i nast.; Idem: *Einführung...*, s. 186; D. Jasper/Wollbrink: *Das deutsche...*, s. 1667—1673; R. Süß: *Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts*. In: *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*. Hrsg. R. Süß, T. Wachter. Angelbachtal 2006, s. 22—51; R. Hausmann: *Reichweite...*, s. 1550—1562; A. Heldrich: *Internationales...*, s. 2476—2477; G. Hohloch: *Internationales...*, s. 5421—5422; A. Spahlinger, G. Wegen: *Für Gesellschaften relevante Sachverhalte mit Auslandsberührung*. In: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*. Hrsg. A. Spahlinger, G. Wegen. München 2005, s. 67—121, 149—156, 187—188; K. Thorn: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. Bd. 7. München 2010, s. 2538—2539.

¹³ Por. B. Großfeld: *Internationales...*, s. 1; A. Spahlinger: *Deutsches...*, s. 24; M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 21.

3. Wpływ orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego traktatowej swobody przedsiębiorczości

Pierwszym wyrokiem, który miał znaczenie dla autonomicznego międzynarodowego prawa spółek, był wyrok Trybunału w sprawie Daily Mail i General Trust¹⁴. Judykat ten poczytywany był powszechnie za potwierdzenie zgodności teorii siedziby z gwarantowaną w prawie pierwotnym swobodą przedsiębiorczości¹⁵. Warto zaznaczyć, że wyrok w sprawie Daily Mail i General Trust formalnie dotyczył jedynie emigracji spółki. Przełom przyniósł wyrok w sprawie Centros¹⁶, który wywołał istotne wątpliwości co do zgodności tej teorii ze swobodą przedsiębiorczości i szeroką dyskusję w tej materii¹⁷. Przez niektórych orzeczenie to zostało uznane za początek koń-

¹⁴ Wyrok z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 81/87. Zb. Orz., s. 5483 i nast.

¹⁵ Zob. B. Großfeld: *Internationales...*, s. 30; G. Hohloch: *Internationales...*, s. 5418—5419.

¹⁶ Wyrok z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97. Zb. Orz., s. I-1459 i nast.

¹⁷ Zob. G. Borges: *Die Sitztheorie in der Centros-Ära: Vermeintliche Probleme und unvermeidliche Änderungen*. „Recht der Internationalen Wirtschaft” [dalej: RIW] 2000, H. 3, s. 167 i nast.; W. Ebke: *Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH*. „Juristen Zeitung” [dalej: JZ] 1999, H. 13, s. 656 i nast.; R. Freitag: *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht*. „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” [dalej: EuZW] 1999, H. 9, s. 267 i nast.; S. Görk: *Das EuGH-Urteil in Sachen „Centros” vom 9. März 1999: Kein Freibrief für Briefkastengesellschaften!* „GmbH Rundschau” [dalej: GmbHR] 1999, H. 15, s. 793 i nast.; C.Ch. v. Halen: *Das Gesellschaftsstatut...*, s. 27 i nast.; B. Höfling: *Die Sitztheorie, Centros und der österreichische OGH*. EuZW 2000, H. 5, s. 145 i nast.; P. Kindler: *Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die „Centros“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht*. NJW 1999, H. 28, s. 1993 i nast.; H.J. Sonnenberger, H. Großerichter: *Konfliktlinien zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit*. RIW 1999, H. 10, s. 721 i nast.; P.O. Mülbert, K.U. Schmolke: *Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften. Anwendungsgrenzen der Art. 43 ff. EGV bei kollisions- und sachrechtlichen Niederlassungshindernissen*. „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft” [dalej: ZVglRWiss] 2001, Nr. 101, s. 233 i nast.; O. Sandrock: *Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie*. BB 1999, H. 26, s. 1337 i nast.; J. Sedemund, F.L. Hausmann: *Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie. Abschied von Daily Mail? Kommentar*. BB 1999, H. 16, s. 810 i nast.; E. Steindorff: *Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung*. JZ 1999, H. 23, s. 1140 i nast.; J.A. Tersteegen: *Kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Kapitalgesellschaften im Inland unter besonderer Berücksichtigung von Scheinauslandsgesellschaften*. Köln 2002, s. 67—244; W.H. Roth: *Centros: Viel Lärm um nichts?* „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” [dalej: ZGR] 2000, H. 2, s. 311 i nast.; D. Zimmer: *„Mysterium Centros”. Von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils der Europäischen Gerichtshofes*. „Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht” [dalej: ZHR] 2000, Nr. 164, s. 23 i nast.

ca teorii siedziby w Niemczech¹⁸. W tym stanie rzeczy VII Zivilsenat BGH (VII Senat Cywilny Federalnego Sądu Najwyższego) przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości ówczesnych Wspólnot Europejskich wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie holenderskiej spółki Überseering BV, mającego wyjaśnić wszelkie wątpliwości, w którym jednakże wyraźnie skłaniał się ku teorii siedziby¹⁹. W międzyczasie starał się złagodzić skutki teorii siedziby, dokonując jej modyfikacji, polegającej na kwalifikowaniu obcych spółek kapitałowych, które przeniosły swą rzeczywistą siedzibę do Niemiec jako mające zdolność prawną spółki osobowe prawa niemieckiego (cywilną lub jawną)²⁰. Wyrok w sprawie Überseering²¹ oraz kolejny wyrok w sprawie Inspire Art²² przyniosły ostateczne rozstrzygnięcie i wyparcie teorii siedziby na rzecz teorii utworzenia. Odtąd zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie powszechnie przyjmuje się, że w stosunku do spółek pochodzących z państw członkowskich UE zastosowanie znajduje teoria utworzenia²³. Dotyczy to jednakże głównie przypadków imigracji spółek, które mają wszakże najistotniejsze znaczenie z praktycznego i teoretycznego punktu widzenia dla rodzimego systemu prawnego. Niemniej jednak w doktrynie wyrażane są istotne wątpliwości dotyczące różnicowania w zakresie swobody przedsiębiorczości przypadków imigracji i emigracji spółek²⁴.

¹⁸ C.Ch. v. Halen: *Das Gesellschaftsstatut...*, s. 280.

¹⁹ Zob. U. Frosthoff: *Rechts- und Parteifähigkeit ausländischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland? Die Sitztheorie vor dem BGH. Anmerkung zu dem Vorlagebeschluss des BHG vom 30.3.2000 — VII ZR 370/98. „Der Betrieb”* [dalej: DB] 2000, H. 22, s. 1109 i nast.; W. Meilicke: *Sitztheorie versus Niederlassungsfreiheit? Besprechung des Vorlagebeschlusses des BGH vom 30.3.2000 — VII ZR 370/98. GmbHR* 2000, H. 14, s. 693 i nast.

²⁰ Zob. S. Leible, J. Hoffman: *Vom „Nullum” zur Personengesellschaft — Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaft im deutschen Recht. DB* 2002, H. 42, s. 2203 i nast; zob. także H.-K. Ress: *Grenzüberschreitende Sitzverlegung im Europäischen Gesellschaftsrecht. In: Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005. Hrsg. J. Bröhmer. Köln—Berlin—München* 2005, s. 746—747.

²¹ Wyrok z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00. Zb. Orz., s. I-9919 i nast.

²² Wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-167/01. Zb. Orz., s. I-10155 i nast.

²³ Zob. zamiast wielu A. Heldrich: *Internationales...*, s. 2474—2475 oraz powołaną tam literaturę i orzecznictwo.

²⁴ Zob. w tym względzie M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 115—125; U. Frosthoff: *Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt-Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften. In: Grenzüberschreitende Gesellschaften. Hrsg. H. Hirte, T. Bücker. Berlin—München* 2005, s. 56—58; A. Franz, L. Laeger: *Die Mobilität...*, s. 677; R. Hausmann: *Bestimmung...*, s. 1548—1550; Idem: *Auswirkungen...*, s. 1549; G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht. Baden-Baden* 2005, s. 118—145; J.A. Campos Nave: *Die Liberalisierung der Wegzugsfreiheit in Europa. BB* 2008, H. 27, s. 1411—1413; H. Hirte: *Die „Limited” mit Sitz in Deutschland — Abkehr von der Sitztheorie nach Centros, Überseering und*

W wyroku w sprawie *Cartesio*²⁵ Trybunał zasadniczo potwierdził doktrynę *Daily Mail* i dopuścił dalsze obowiązywanie teorii siedziby w odniesieniu do przypadków emigracji spółek²⁶. Warto zaznaczyć, że orzeczenie to na ogół spotykało się z krytyką²⁷.

Nadmienić wypada, że jeżeli chodzi o dogmatyczne uzasadnienie stosowania teorii utworzenia, głównie prezentowane są dwa stanowiska. Wedle jednego z nich, swoboda przedsiębiorczości zawiera (ukrytą) nor-

Inspire Art. In: *Grenzüberschreitende Gesellschaften*. Hrsg. H. Hirte, T. Bucker. Berlin—München 2005, s. 9—10; R. Werner: *Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach „Cartesio” und „Trabrennbahn”*. GmbHR 2009, H. 4, s. 193; U. Grohmann, N. Gruschinske: *Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU — die Rechtssache Cartesio*. EuZW 2008, H. 15, s. 463—464; W.-H. Roth: *Die Wegzugsfreiheit für Gesellschaften*, in: *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*. Hrsg. M. Lutter. Köln 2005, s. 384—401; R. Wilhelm: *Der Wegzug von Gesellschaften im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit*. DB 2008, H. 30, s. 1611—1613; D. Zimmer, Ch. Naendrup: *Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?* NJW 2009, H. 9, s. 546.

²⁵ Wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-210/06. Zb. Orz., s. I-09641 i nast.

²⁶ Por. P. Kindler: *Internationales Gesellschaftsrecht...*, s. 190—192.

²⁷ Tak m.in.: C. Behme, N. Nohlen: *„Entscheidung überraschend für die Praxis”*, BB-Kommentar. BB 2009, H. 1/2, s. 13—12; B. Knof, S. Mock: *Rechtsprechung zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, EG Art. 43, 48, 234, Vereinbarkeit von Wegzugsbeschränkungen mit der Niederlassungsfreiheit („Cartesio”), Anmerkung*. „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” [dalej: ZIP] 2009, H. 1, s. 30 i nast.; W.G. Paefgen: *„Cartesio”: Niederlassungsfreiheit minderer Güte. Wertpapiermitteilungen*. „Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht” [dalej: WM] 2009, H. 12, s. 529 i nast.; S. Leible, J. Hoffmann: *Cartesio — fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen*. BB 2009, H. 3, s. 58 i nast.; D. Zimmer, Ch. Naendrup: *Das Cartesio-Urteil...*, s. 545 i nast. Odmienne: P. Bollacher: *Keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit durch nationale Beschränkung des Wegzugs von Gesellschaften*. RIW 2009, H. 3, s. 153 i nast.; P. Kindler: *Ende der Diskussion über die sogenannte Wegzugsfreiheit*. „Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht” [dalej: NZG] 2009, H. 4, s. 130 i nast.; Idem: *Internationales Gesellschaftsrecht...*, s. 190 i nast.; Ch. Teichmann: *Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug*. ZIP 2009, H. 9, s. 394 i nast.; W. Meilicke: *Rechtsprechung, Gesellschaftsrecht, Ausländische GmbH: Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen EU-Mitgliedstaat als den Gründungsmitgliedstaat, Anmerkung*. GmbHR 2009, H. 2, s. 92 i nast. Również w polskim piśmiennictwie wyrok ten stał się przedmiotem krytycznych komentarzy; tak A. Wowerka: *Emigracyjna swoboda przedsiębiorczości spółek. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-210/06*. „Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa” 2009, nr 3, s. 169 i nast.; Idem: *Swoboda przedsiębiorczości spółek*. W: *Europa przedsiębiorców*. Red. Z. Brodecki. Warszawa 2011 (zweryfikowany podrozdział), s. 135 i nast.; zob. także A. Opalski: *Swoboda osiedlania się spółek w świetle wyroku w sprawie Cartesio*. „Państwo i Prawo” 2009, z. 8, s. 59 i nast.

mę kolizyjną będącą wyrazem teorii utworzenia²⁸, natomiast zgodnie z drugim poglądem swoboda przedsiębiorczości nie ma charakteru kolizyjnoprawnego, a wyłączenie teorii siedziby jest konsekwencją pojmowania tej swobody przedsiębiorczości jako zakazu ograniczania aktywności gospodarczej o charakterze transgranicznym²⁹. Wydaje się, że przeważa drugie z wymienionych stanowisk.

Obecnie przedmiotem ożywionej dyskusji w piśmiennictwie jest kwestia zasadności utrzymywania teorii siedziby w ogóle, a tym samym także w odniesieniu do spółek pochodzących spoza państw członkowskich UE³⁰. Piśmiennictwo i doktryna skłaniają się głównie ku generalnemu przyjęciu teorii utworzenia³¹. Orzecznictwo nie jest skłonne do rozstrzy-

²⁸ Tak M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 111; P. Behrens: *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art*. IPRax 2003, H. 3, s. 204; R. Hausmann: *Bestimmung...*, s. 1514; H. Eidenmüller: *Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und ihre Rechtfertigung*. In: *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*. Hrsg. H. Eidenmüller. München 2005, s. 47.

²⁹ Tak G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit...*, s. 47, 75; U. Frosthoff, M. Schulz: *Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften*. In: *Grenzüberschreitende Gesellschaften*. Hrsg. H. Hirte, T. Bückner. Berlin—München 2005, s. 435—436; A. Spahlinger: *Deutsches...*, s. 45; Ch.C. v. Halen: *Das Gesellschaftsstatut...*, s. 114; G. Rehm: *Völker- und europarechtliche Vorgaben für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts*. In: *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*. Hrsg. H. Eidenmüller. München 2004, s. 39—40.

³⁰ Zob. M.K. Binz: *Die Rechtsstellung von Kapitalgesellschaften aus Nicht-EU/EWR/USA-Staaten mit Verwaltungssitz in Deutschland*. BB 2005, H. 44, s. 2361 i nast.; S. Balthasar: *Gesellschaftsstatut und Gläubigerschutz: ein Plädoyer für die Gründungstheorie*. RIW 2009, H. 4, s. 222—223; A. Hellgardt, M. Illmer: *Wiederauferstehung der Sitztheorie?* NZG 2009, H. 3, s. 94; W. Goette: *Geltung der eingeschränkten Sitztheorie bei Verwaltungswechsel nach Deutschland. Kommentar*. „Deutsches Steuerrecht” [dalej: DStR] 2009, H. 1/2, s. 63.

³¹ Tak np. W. Paefgen: „*Cartesio*”..., s. 534, 536; S. Balthasar: *Gesellschaftsstatut...*, s. 223—227; A. Hellgardt, M. Illmer: *Wiederauferstehung...*, s. 96; W. Goette: *Geltung...*, s. 63; R. Koch: *Gründungs- oder Sitztheorie? Eine „never ending story?”*. „Die Aktiengesellschaft. Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches und europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht” [dalej: AG] 2009, H. 3, s. 75; R. Sethe, K. Winzer: *Der Umzug von Gesellschaften in Europa nach dem Cartestio-Urteil*. WM 2009, H. 12, s. 539; S. Leible, J. Hoffmann: „*Überseering*” und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie. RIW 2002, H. 12, s. 935; J. Schinköth: *Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften. Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit auf deutsche und europäische Gesellschaftsrecht*. München 2005, s. 38—55, 55—56. Odmienne W.F. Ebke: *Überseering und Inspire Art: Auswirkungen auf das Internationale Gesellschaftsrecht aus der Sicht von Drittstaaten*. In: *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen. Nach Centros, Überseering und Inspire Art*. Hrsg. O. Sandrock, Ch.F. Wetzler. Heidelberg 2004, s. 122—128; P. Kindler: *GmbH-Reform und internationales Gesellschaftsrecht, Die Aktiengesellschaft*. AG 2007, H. 20, s. 726—727; Idem: *Internationales Gesellschafts-*

gania tej kwestii i wyraźnie pozostawia podjęcie decyzji ustawodawcy krajowemu. W wyroku w sprawie Trabrennbahn niemiecki BGH³², uznając, że do szwajcarskiej spółki akcyjnej z rzeczywistą siedzibą w Niemczech nadal zastosowanie znajduje teoria siedziby w jej zmodyfikowanej wersji, stwierdził, że nie jest rolą sądu wyprzedzanie woli ustawodawcy i dokonywanie zmian w dotychczasowym orzecznictwie. To zachowawcze stanowisko przez wielu poddane zostało krytyce³³. Niemniej jednak w doktrynie zaznacza się, że wyrok ten nie może być traktowany jako zajęcie przez BGH stanowiska przeciwko rozszerzaniu teorii utworzenia na spółki pochodzące z państw trzecich³⁴. Warto podkreślić, że w piśmiennictwie wskazuje się na liczne problemy wynikające ze stosowania zmodyfikowanej teorii siedziby, związane w szczególności z możliwością obowiązywania podwójnego statutu personalnego, jeżeli państwo emigracji hołduje teorii utworzenia i zezwala na emigrację spółki (tu zwłaszcza problem egzekucji w państwie utworzenia wyroku wydanego przeciwko spółce w państwie rzeczywistej siedziby), z zasadniczymi różnicami między spółkami kapitałowymi a osobowymi i wiążącymi się z tym zasadami reprezentacji takiej „przekwalifikowanej” spółki kapitałowej przez osoby trzecie czy odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki³⁵.

Należy podkreślić, że już teraz na mocy wielu umów międzynarodowych teoria utworzenia ma zastosowanie w stosunku do spółek spoza UE³⁶. Głównym tego przykładem jest jej stosowanie w odniesieniu do

recht..., s. 190. W przekonaniu niektórych, w konsekwencji orzecznictwa Trybunału teoria siedziby w całości „umarła”, tak O. Sandrock: *Was ist erreicht? Was bleibt zu tun? Eine kolisions- und materiellrechtliche Bilanz*. In: *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen...*, s. 33.

³² Wyrok z dnia 27 października 2008 r. w sprawie II ZR 158/06. Opublikowany w: „Recht — Steuern — Wirtschaft” [dalej: DStR] 2009, H. 1/2, s. 59 i nast. oraz w: NJW 2009, H. 5, s. 289 i nast.

³³ M.in. E. Gottschalk: *Beschränkungen für schweizerische Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland gelten fort*. ZIP 2009, H. 20, s. 951; R. Koch: *Gründungs- oder Sitztheorie...*, s. 74—75; zob. S. Balthasar: *Gesellschaftsstatut...*, s. 223 i nast.

³⁴ E.-M. Kieninger: *Sitztheorie bei Sitzverlegung schweizerischer AG — Trabrennbahn. Anmerkung*. NJW 2009, H. 5, s. 292. Odmieny punkt widzenia zdaje się prezentować P. Kindler (*Internationales Gesellschaftsrecht...*, s. 190), który stwierdza, że BGH zdecydowanie potwierdził teorię siedziby jako podstawową regułę międzynarodowego prawa spółek.

³⁵ Zob. M.K. Binz: *Die Rechtsstellung...*, s. 2363—2365; M. Lamsa: *Modifizierte Sitztheorie bringt für die Rechtsanwendung zahlreiche Schwierigkeiten*. BB 2009, H. 1/2, s. 17—18.

³⁶ Umowy te zawierają bądź to (mniej lub bardziej wyraźne) normy kolizyjne, bądź też znaczenie kolizyjnoprawne przypisywane jest zawartym w nim przepisom przewidującym klauzule największego uprzywilejowania, traktowania krajowego lub swobody zakładania przedsiębiorstw (R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 82, 85—86). Szerzej w tym względzie zob. G. Rehm: *Völker- und europarechtliche Vorgaben*

spółek amerykańskich, na podstawie umowy w sprawie przyjaznych stosunków, handlu i żeglugi (Freundschafts-, Handels-, und Schifffahrt-svertrag) z dnia 29 października 1954 r.³⁷. Na podstawie art. 31 w zw. z art. 34 Porozumienia w sprawie EOG zasady wynikające z orzecznictwa Trybunału znajdują odpowiednio zastosowane również do spółek utworzonych zgodnie z prawem jednego z państw należących do EFTA³⁸.

Na rzecz teorii utworzenia przytacza się wiele przekonujących argumentów³⁹: kryteria łączników przyjmowane w teorii utworzenia są stosunkowo precyzyjne⁴⁰, co pozwala uniknąć wielu problemów związanych z ustaleniem rzeczywistej siedziby i tym samym prawa właściwego. Prawo prywatne międzynarodowe jest *per se* materią skomplikowaną, a więc należy unikać rozszczerzonego prawa kolizyjnego tam, gdzie to możliwe. Przyjęcie tej teorii zapewnia jednolitość rozstrzygnięć kolizyjnych, gdyż unika się w ten sposób stosowania odmiennych standardów, jeżeli chodzi o spółki z UE i spoza UE; w tym kontekście przejście do teorii utworzenia zapewnia zbieżność z licznymi umowami bilateralnymi statuującymi stosowanie tej teorii. Podkreśla się, że już w obecnym stanie prawnym możliwe jest w Niemczech prowadzenie działalności gospodarczej w formie spółek utworzonych zgodnie z liberalnym prawem

für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts. In: *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht.* Hrsg. H. Eidenmüller, A. Engert, M. Rehberg, G. Rehm. München 2004, s. 14—28.

³⁷ Por. wyrok BGH z dnia 29 stycznia 2003 r. w sprawie VIII ZR 155/02, opublikowany w: BHGZ 153, s. 353 i nast.; wyrok BGH z dnia 5 lipca 2004 r. w sprawie II ZR 389/02, opublikowany w: DStR 2004, H. 43, s. 1841 i nast.; wyrok BGH z dnia 13 października 2004 r. w sprawie I ZR 245/01, opublikowany w: DStR 2004, H. 49, s. 2113 i nast.; zob. także H. Bungert: *Sitzanknüpfung für Rechtsfähigkeit von Gesellschaften gilt auch nicht mehr im Verhältnis zu den USA.* DB 2003, H. 19, s. 1043 nast.; P. Kindler: *Nach Überseering: Partei- und Prozessfähigkeit einer in den USA gegründeten Gesellschaft mit Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland*, BB-Kommentar. BB 2003, H. 16, s. 812; Idem: *Einführung...*, s. 162—165; L.M. Laeger: *Deutsch-amerikanisches Internationales Gesellschaftsrecht.* Frankfurt am Main 2008, s. 88 i nast.; M. Stürner: *Zur Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland.* IPRax 2005, H. 4, s. 305 i nast.

³⁸ S. Leible, J. Hoffmann: „Überseering”..., s. 927; W. Goette: *Geltung...*, s. 63; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 85; R. Werner: *Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht nach „Cartesio” und „Trabrennbahn”.* GmbHR 2009, H. 4, s. 192; zob. także wyrok BGH z dnia 19 września 2005 r. w sprawie II ZR 372/03 w odniesieniu do spółki akcyjnej z Lichtensteinu, opublikowany w: BGHZ 164, s. 148 i nast.

³⁹ Zob. literaturę przywołaną w przyp. 32, a także R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 85—86.

⁴⁰ Co do kryteriów łącznika w teorii założenia zob. J. Hoffmann: *Das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie.* ZVglRWiss 2002, H. 101, s. 283 i nast.; D.M. Kaulen: *Zur Bestimmung des Anknüpfungsmoments unter der Gründungstheorie. Unter besonderer Berücksichtigung des deutsch-US-amerikanischen Freundschaftsvertrags.* IPRax 2008, H. 5, s. 389 i nast.

spółek, jak spółki prawa angielskiego, czy spółki utworzonej zgodnie z prawem Lichtensteinu. Prognozowane negatywne skutki otwarcia się na formy spółek, które w ogóle nie muszą posiadać kapitału zakładowego lub mają jedynie niewielki kapitał zakładowy, okazały się płonne. Wątpliwe jest, czy rodzime prawo spółek w każdym przypadku zapewni większą ochronę i lepsze standardy niż prawo obce. Do spółek spoza UE w pełnym zakresie zastosowanie będą miały rodzime instrumenty, służące ochronie interesów wierzycieli spółek i obrotu zgodnie z ogólnymi rozwiązaniami, takimi jak przepisy wymuszające swoje zastosowanie czy nawet klauzula *ordre public*.

W związku z wyłączeniem stosowania teorii siedziby na rzecz teorii utworzenia przez wymogi wynikające ze swobody przedsiębiorczości istotne znaczenie ma pytanie o dopuszczalność stosowania rodzimych regulacji do migrujących spółek prawa obcego. Zagadnienie to jest obecnie przedmiotem żywej dyskusji w piśmiennictwie⁴¹. W doktrynie przeważa przy tym stanowisko, że w świetle orzecznictwa Trybunału, w szczególności wyroków w sprawie *Überseering* i w sprawie *Inspire Art.*, prawo utworzenia jest właściwe we wszystkich materiach stanowiących przedmiot statutu personalnego takich spółek⁴². W tym kontekście stwierdza się, że z orzecznictwa tego wynika zasada pochodzenia krajowego spółek europejskich⁴³.

Jedną z najistotniejszych kwestii jest ochrona wierzycieli migrujących spółek prawa obcego, w szczególności tzw. *pseudo corporations*, zwłaszcza gdy przepisy prawa spółek państwa utworzenia takich spółek są bardziej liberalne niż przepisy prawa spółek państwa docelowego. Zastosowanie do takich migrujących spółek przepisów rodzimego prawa spółek,

⁴¹ Zob. spośród ogromnej liczby publikacji w szczególności prace zbiorowe: *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. Mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*. Hrsg. M. Lutter. Köln 2005, s. 1 i nast.; *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*. Hrsg. H. Eidenmüller. München 2004, s. 1 i nast.; *Grenzüberschreitende Gesellschaften. Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland*. Hrsg. H. Hirte, T. Bücker. Berlin—München 2005, s. 1 i nast.; *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*. Hrsg. A. Spahlinger, G. Wegen. München 2005, s. 1 i nast.; *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*. Hrsg. R. Süß, T. Wachter. Angelbachtal 2006, s. 1 i nast., a także: E.-M. Kieninger: *Internationales Gesellschaftsrecht nach „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“: Antworten, Zweifel und offene Fragen*. „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht“ [dalej: ZEuP] 2004, s. 696—702; T. Lanzius: *Anwendbares...*, s. 27 i nast.; J. Schinköth: *Grenzüberschreitende...*, s. 57—137.

⁴² A. Heldrich: *Internationales...*, s. 2475 i powołana tam literatura.

⁴³ M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 112—114; G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit...*, s. 117—118; A. Heldrich: *Internationales...*, s. 2475 i powołana tam literatura.

nawet w charakterze przepisów wymuszających swoje zastosowanie⁴⁴, jest przeważnie uznawane za wątpliwe w świetle pisanych i niepisanych względów uzasadniających ograniczenia traktatowej swobody przedsiębiorczości⁴⁵. W związku z kryterium proporcjonalności wskazuje się na ustanowiony przez Trybunał w wyroku w sprawie Inspire Art w zakresie ochrony wierzycieli model informacyjny, w myśl którego informacja o charakterze spółki jako spółki prawa obcego zapewnia sama w sobie wystarczającą ochronę dla osoby wchodzącej w relacje z taką spółką (na zasadzie *volenti non fit iniuria*)⁴⁶.

Z uwagi na to w doktrynie wysunięto postulat węższego ujmowania zakresu statutu personalnego spółek, tak by generalnie w zakresie standardów ochronnych zapewnić stosowanie rodzimych przepisów⁴⁷. W odniesieniu do poszczególnych instrumentów składających się na ochronę wierzyciela może mieć to miejsce przez dokonanie innej kwalifikacji niż prawnospółkowa, zwłaszcza deliktowej lub upadłościowej⁴⁸. Istotne znaczenie przypisuje się obecnie instrumentom, które mogą zasadniczo podlegać kwalifikacji upadłościowej⁴⁹.

⁴⁴ Co do takich przepisów prawa spółek o takim charakterze zob. M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 172—205.

⁴⁵ Por. U. Frosthoff, M. Schulz: *Gläubigerschutz...*, s. 437—467; H. Eidenmüller: *Beschränkungen...*, s. 53—81; O. Sandrock: *Was ist erreicht...*, s. 63; Idem: *BB-Forum: Nach Inspire Art — Was bleibt vom deutschen Sitzrecht übrig?* BB 2003, H. 49, s. 2588—1589; J. Kleinert, P. Probst: *Entgültiges. Aus für Sonderanknüpfungen bei (Schein-)Auslandsgesellschaften*. DB 2003, H. 41, s. 2218; zob. także A. Heldrich: *Internationales...*, s. 2475.

⁴⁶ Por. H. Hirte: „*Die Limited*”..., s. 11, przyp. 45; H. Fleischer: *Kapitalschutz und Durchgriffshaftung bei Auslandsgesellschaften*. In: *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*. Köln 2005, s. 103; H. Eidenmüller: *Beschränkungen...*, s. 58.

⁴⁷ N. Horn: *Deutsches...*, s. 899.

⁴⁸ Zob. G. Spindler, O. Berner: *Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art*. RIW 2004, H. 1, s. 7 i nast.; H. Fleischer: *Kapitalschutz...*, s. 97; R. Hausmann: *Schutz des Rechtsverkehrs*. In: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. München 2010, s. 1569—1572; W. Goette: *Zu den Folgen der Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland für die Haftung ihrer Gesellschafter und Organe*. ZIP 2006, H. 12, s. 541 i nast.; G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit...*, s. 198—201; P. Kindler: *Die „Aschenputtel“-Limited und andere Fälle der Mehrfachqualifikation im Schnittpunkt des internationalen Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrechts*. In: *Festschrift für Erik Jayme*. Bd. 1. Hrsg. H.-P. Mansel, T. Pfeiffer, H. Kronke, Ch. Kohler, R. Hausmann. München 2004, s. 409 i nast.; Idem: *Internationales Gesellschaftsrecht...*, s. 192—193; R. Süß: *Grundlagen...*, s. 21.

⁴⁹ Zob. m.in. M. Fischer: *Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach „Inspire Art“*. ZIP 2004, H. 32, s. 1477 i nast.; M. Heil: *Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung bei der Scheinauslandsgesellschaft in Deutschland*. Baden-Baden 2008, s. 178—181; K. Kühnle, D. Otto: „*Neues*” zur kollisionsrechtlicher Qualifikation Gläubiger schützender Materien in der Insolvenz

W doktrynie zwraca się uwagę, że ogólne normy prawa prywatnego państwa *fori*, w tym deliktowe i upadłościowe, muszą być zgodne ze swobodą przedsiębiorczości i wymagają uzasadnienia, jeżeli uniemożliwiają, ograniczają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie z tej swobody⁵⁰. W tym względzie większa część doktryny opowiada się za zastosowaniem wypracowanej przez Trybunał Sprawiedliwości UE w zakresie swobody przepływu towarów formuły Keck⁵¹ i zredukowaniem swobody przedsiębiorczości w odniesieniu do tych ogólnych przepisów wyłącznie do zaka-

der Scheinauslandsgesellschaft. IPRax 2009, H. 2, s. 117 i nast.; S. Riedemann: *Das Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut. „Inspire Art” und die Insolvenz über das Vermögen einer englischen „limited” in Deutschland*. GmbH 2004, H. 6, s. 345 i nast.; P. Ungan: *Gläubigerschutz nach dem EuGH-Urteil in „Inspire Art” — Möglichkeiten für die Durchgriffshaftung in der Insolvenz?* ZVglRWiss 2005, Bd. 104, s. 356 i nast.; M-P. Weller: *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung. Zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach Überseering und Inspire Art*. Köln—Berlin—München 2004, s. 1 i nast.; S. Alexander: *Gläubigerschutz durch Kapitalschutz bei der englischen private company limited by shares mit Verwaltungssitz in Deutschland. Zur Anwendbarkeit des deutschen Kapitalerhaltungs- und Kapitalersatzrechts unter Berücksichtigung der aktuellen Reformvorhaben*. Frankfurt am Main 2009, s. 122 i nast., s. 248—252.

⁵⁰ H. Eidenmüller: *Beschränkungen...*, s. 49—50; G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit...*, s. 198.

⁵¹ Zob. wyrok Trybunału z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawach połączonych 267/91 i 268/91 Keck i Mithouard. Zb. Orz., s. I-6787. Trybunał dokonał w tym wyroku rozróżnienia między przepisami ograniczającymi dostęp towarów zagranicznych do rynku krajowego, i tym samym mającymi charakter dyskryminujący, a przepisami dotyczącymi warunków sprzedaży towarów, które w jednakowy sposób odnoszą się do towarów krajowych i zagranicznych. Zob. w szczególności pkt. 15—17 wyroku: „[...] przeszkody w swobodnym przepływie towarów, będące [...] wynikiem stosowania do towarów pochodzących z innych państw członkowskich, w których są zgodnie z prawem produkowane i wprowadzane do obrotu, przepisów określających wymogi, które te produkty muszą spełniać (takich, jak dotyczące ich oznaczania, formy, rozmiarów, wagi, składu, prezentacji, etykietowania, konfekcjonowania), stanowią środki [...] zakazane [...], nawet jeśli przepisy te są stosowane bez rozróżnienia do wszystkich produktów, chyba że ich stosowanie może zostać uzasadnione celem dotyczącym interesu ogólnego, przeważającym nad wymogami swobody przepływu towarów” (pkt 15). „[...] zastosowanie do produktów pochodzących z innych państw członkowskich krajowych przepisów, które ograniczają niektóre sposoby sprzedaży bądź ich zakazują, o ile tylko obowiązują one wszystkie zainteresowane podmioty gospodarcze prowadzące działalność na terytorium krajowym i dotyczą w ten sam sposób, z prawnego i faktycznego punktu widzenia, obrotu produktami krajowymi i produktami pochodzącymi z innych państw członkowskich, nie utrudnia, bezpośrednio ani pośrednio, rzeczywiście ani potencjalnie wymiany handlowej między państwami członkowskimi [...]” (pkt 16). „Jeżeli [...] powyższe warunki są spełnione, zastosowanie uregulowań tego typu do sprzedaży produktów pochodzących z innego państwa członkowskiego, zgodnych z przepisami tego państwa, nie może uniemożliwić ich dostępu do rynku lub ograniczyć tego dostępu w stopniu większym niż ma to miejsce w odniesieniu do produktów krajowych. [...]” (pkt 17).

zu dyskryminacji⁵². Przeciwnicy owej koncepcji podkreślają jednakże, że wiąże się z nią ten sam zasadniczy problem, który dotyczy towarów, a mianowicie trudność w ścisłym rozgraniczeniu przepisów dotyczących samych towarów zawsze wymagających uzasadnienia (tu przepisów dotyczących tożsamości spółki, jej struktury, organizacji) od przepisów dotyczących warunków ich sprzedaży wymagających uzasadnienia, jeżeli mają charakter dyskryminujący (tu przepisów dotyczących prowadzenia przez spółkę działalności)⁵³.

4. Projekt nowej regulacji

Wychodząc naprzeciw zgłaszanym w piśmiennictwie wobec istniejących wątpliwości postulatowi ustawowej regulacji międzynarodowego prawa spółek⁵⁴, Niemiecka Rada ds. Prawa Prywatnego Międzynarodowego (Deutscher Rat für Internationales Privatrecht), działająca jako gremium doradcze przy Ministerstwie Sprawiedliwości, powołała w dniu 10 września 2003 r. Specjalną Komisję ds. Międzynarodowego Prawa Spółek (Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht). Komisja ta opracowała dwa projekty: projekt unijnego rozporządzenia oraz projekt autonomicznej regulacji krajowej⁵⁵. Z uwagi na niewielkie szanse na podjęcie w niedalekiej przyszłości stosownych prac na poziomie unijnym

⁵² Tak m.in.: H. Eidenmüller: *Beschränkungen...*, s. 50—53; U. Frosthoff: *Mobilität...*, s. 65; F. Kienle: *Schnittstellen des internationalen Gesellschafts- und Insolvenzrechts*. In: *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts...*, s. 157; A. Jüttner: *Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit nach Centros, Überseering und Inspire Art*. Frankfurt am Main 2005, s. 94; K. Schmidt: *Publizität von „Schein-Auslandsgesellschaften“ durch Firmenrecht und durch Angaben auf Geschäftsbriefen*. In: *Europäische Auslands-gesellschaften in Deutschland*. Hrsg. M. Lutter. Köln 2005, s. 25—26.

⁵³ G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit...*, s. 204.

⁵⁴ M.in. E.-M. Kieniger: *Internationales...*, s. 704. Wysunięto nawet konkretne propozycje nowej regulacji; zob. Ch.F. Wetzler: *Rechtspolitische Herausforderungen*. In: *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen*. Hrsg. O. Sandrock, Ch.F. Wetzler. Heidelberg 2004, s. 135—179, 184—193 (projekt).

⁵⁵ Oba projekty wraz z uzasadnieniem zostały opublikowane w wersji niemieckiej, angielskiej, francuskiej i włoskiej w: *Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*. Hrsg. H.J. Sonnenberger. Tübingen 2007, s. 3—198. Publikacja ta dokumentuje ponadto całość dyskusji prowadzonej w ramach Komisji: zawiera sprawozdania z poszczególnych posiedzeń Komisji (s. 199—348) oraz wystąpienia i opinie jej członków (s. 349—625).

Ministerstwo Sprawiedliwości, korzystając z przyznanej traktatem kompetencji, zdecydowało ostatecznie o opracowaniu projektu autonomicznej regulacji w postaci ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym spółek, związków i osób prawnych. W dniu 7 stycznia 2008 r. minister sprawiedliwości przedstawiła projekt ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym spółek, związków i osób prawnych (Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen)⁵⁶. Rozwiązania zawarte w projekcie oparte są zasadniczo na zaleceniach Rady i mają obejmować całość zagadnień z zakresu międzynarodowego prawa spółek w zgodzie ze swobodą przedsiębiorczości w jej interpretacji dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Stosowne uregulowania mają zostać wprowadzone do ustawy wprowadzającej kodeks cywilny w art. 10–10b oraz w art. 11 i 12.

Zgodnie z tytułem projektu, nowe reguły mają zastosowanie do „spółek, związków i osób prawnych”. Zwrot ten, występujący także w wielu innych przepisach, został przejęty do projektu ze względów spójności i obejmuje, zgodnie ze swobodą przedsiębiorczości, wszystkie spółki prawa handlowego, spółdzielnie, spółki cywilne oraz osoby prawne prawa prywatnego, jak np. fundacje, przy czym projekt wykracza poza zakres zastosowania swobody przedsiębiorczości, gdyż prowadzenie działalności w celu osiągnięcia zysku nie jest wymagane, co ma istotne znaczenie, w szczególności dla fundacji⁵⁷. Celem tego rozwiązania jest uniknięcie rozdrobnienia prawa w zakresie międzynarodowego prawa spółek i zamiast tego stworzenie jednolitego prawa kolizyjnego dla wszystkich podmiotów prawa prywatnego. Wyłączone są natomiast instytucje prawa publicznego, do których zastosowanie ma zasada terytorialności⁵⁸.

W nawiązaniu do orzecznictwa Trybunału, projekt korzysta z teorii utworzenia i opowiada się w tym zakresie za jednolitym łącznikiem, bez względu na to, czy chodzi o podmioty z UE, czy też spoza niej. W odniesieniu do kryterium łącznika w art. 10 projekt wprowadza dwie reguły. W art. 10 ust. 1 zd. 1 zamieszczono podstawową regułę, zgodnie z którą spółki, związki i osoby prawa prywatnego podlegają prawu państwa, w którym są wpisane do publicznego rejestru. Bez znaczenia jest przy tym, czy wpis ten ma charakter konstytutywny, czy też jedynie deklaratoryjny⁵⁹. Przyjęcie kryterium miejsca rejestracji stwarza pewność prawa, gdyż rejestr publiczny zapewnia transparentność i w związku z tym

⁵⁶ Projekt wraz z uzasadnieniem dostępny w Internecie: <http://www.bmj.bund.de/files/-/2751/RefE%20Gesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf>.

⁵⁷ Uzasadnienie, s. 9; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 85.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 84.

prawo właściwe może zostać ustalone bez większych trudności⁶⁰. Kryterium miejsca rejestracji nie jest jednakże użyteczne w przypadku spółek, związków lub osób prawnych niepodlegających rejestracji. W takim przypadku zgodnie z art. 10 ust. 1 zd. 2 projektu, jeżeli spółki, związki lub osoby prawne nie są lub jeszcze nie są wpisane do publicznego rejestru, podlegają prawu państwa, zgodnie z którym są zorganizowane. Reguła ta obejmuje w szczególności spółki kapitałowe w organizacji (*Vorgesellschaften*). Warto zwrócić uwagę, że w piśmiennictwie zaproponowano rozwiązanie, zgodnie z którym podstawową regułą powinien być łącznik „zorganizowania”, a reguła rejestracji winna przyjąć postać wzruszalnego domniemania posiadania organizacji wedle danego systemu prawnego⁶¹.

Wskazanie prawa właściwego, o którym mowa w art. 10 ust. 1 projektu, ma być ograniczone wyłącznie do norm materialnych⁶². Wynika z przyjętej koncepcji, zgodnie z którą wybór miejsca rejestracji i określenie statutu organizacji można traktować w myśl art. 4 ust. 2 EGBGB jako wybór prawa⁶³. W piśmiennictwie zwrócono jednakże uwagę, że wybór prawa jest wyrazem zasady autonomii woli stron, tymczasem w przedmiotowym względzie chodzi o obiektywny łącznik, w związku z czym bardziej trafne byłoby wyraźne uregulowanie tego wyłączenia w nowej ustawie⁶⁴.

Do spółek, związków lub osób prawnych, które nie są wpisane do publicznego rejestru i nie posiadają organizacji, zastosowanie mają ogólne reguły kolizyjne dotyczące zobowiązań umownych⁶⁵.

W odniesieniu do materii podlegających statutowi wskazanemu w art. 10 ust. 1 projekt zamieszcza w art. 10 ust. 2 pkt. 1—8 na niezamkniętej liście poszczególne kwestie wchodzące w jego zakres. Zgodnie z tym przepisem, statut personalny jest miarodajny w szczególności dla: natury prawnej spółki, zdolności prawnej i zdolności do działania⁶⁶, tworzenia i rozwiązania spółki, nazwy i firmy, struktury organizacyjnej i finansowej, umocowania organów do reprezentacji spółki, nabycia i utraty członkostwa oraz związanych z nim praw i obowiązków, odpowiedzialności spółki, związku i osoby prawnej oraz odpowiedzialności jej członków i organów za zobowiązania spółki, związku lub osoby prawnej, odpowiedzialności z tytułu naruszenia obowiązków prawnospółkowych.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ C. Schneider: *Internationales...*, s. 570.

⁶² Uzasadnienie, s. 9.

⁶³ Ibidem. R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 84.

⁶⁴ C. Schneider: *Internationales...*, s. 573.

⁶⁵ Uzasadnienie, s. 9; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 84.

⁶⁶ Niem. *Handlungsfähigkeit* — chodzi tu o określenie samych organów uprawnionych do reprezentacji spółki.

Z uwagi na wprowadzenie tego katalogu, mimo że nie jest on wyczerpujący, łatwiejsze staje się odgraniczenie zakresu statutu personalnego od zakresu innych statutów⁶⁷.

W świetle przytoczonego uregulowania statut personalny decyduje zgodnie z uzasadnieniem o tym, czy chodzi o spółkę osobową lub kapitałową, o rodzaj danej osoby prawnej oraz o zdolności do bycia podmiotem określonych praw i obowiązków oraz o zdolności do wywoływania przez własne działanie określonych skutków prawnych (np. deliktowych). Statutowi personalnemu nie podlegają natomiast zdolność procesowa i zdolność do czynności procesowych spółki, związku lub osoby prawnej, gdyż są to kwestie proceduralne, do których zastosowanie mają przepisy procesowe państwa *fori*.

Statut personalny określa także przesłanki utworzenia spółki, jak liczbę wspólników, wysokość minimalnego kapitału zakładowego, a także obowiązek wpisu do rejestru, aczkolwiek w zakresie postępowania rejestrowego zastosowanie mają przepisy proceduralne *fori*. Do wymogów co do formy umowy spółki zastosowanie mają ogólne reguły.

Statut personalny określa przyczyny rozwiązania i związaną z nim likwidację spółki, związku lub osoby prawnej, przy czym dotyczy to tylko zdarzeń prywatnoprawnych. Zakresem statutu personalnego nie są objęte rozwiązanie i likwidacja, określone przez przepisy prawa publicznego, a także upadłościowego.

Statutowi personalnemu podlegają wymogi co do określenia firmy lub nazwy i dodatków wskazujących na formę prawną oraz sposób ich pisowni i skrótów. *Lex fori* podlegać mogą kwestie dotyczące zdolności rejestrowej określonych firm lub nazw w rejestrze handlowym lub w innym rejestrze publicznym; także wymogi wynikające z prawa konkurencji. Również kwestie dotyczące ochrony firmy lub nazwy w związku z naruszeniem prawa do firmy lub nazwy ustala się na podstawie odrębnego łącznika.

Statut personalny obejmuje ustawowe wymogi dotyczące struktury spółki, związku lub osoby prawnej, takie jak: skład, powoływanie i odwoływanie organów, ich prawa i obowiązki, podejmowanie i przesłanki skuteczności uchwał, oraz stosunek spółki, związku lub osoby prawnej do członków, a także wzajemne stosunki między członkami, w tym takie kwestie, jak obowiązki wynikające z zasady lojalności, ochrona członków (wspólników) mniejszościowych czy uprawnienia członków do współdziałania.

Podlegająca statutowi personalnemu struktura finansowa dotyczy takich kwestii, jak wymogi co do kapitału minimalnego, wniesienia i utrzymania kapitału oraz związane z tym prawa i obowiązki wspólni-

⁶⁷ C. Schneider: *Internationales...*, s. 567.

ków. W tym względzie statutowi personalnemu podlega ocena, czy pożyczkę udzieloną spółce przez wspólnika należy traktować jako zastępującą wpłatę na kapitał własny. Jednakże ocena roszczeń wspólników o zwrot takich lub innych pożyczek w upadłości podlega statutowi upadłościowemu.

Statutowi personalnemu podlega ustawowy zakres umocowania organów do reprezentacji spółki, związku lub osoby prawnej. Do organów zalicza się osoby generalnie powołane zgodnie z prawem spółek do dokonywania czynności prawnych za spółkę (np. zarząd, zarządcę), a ponadto również osoby, którym prawo reprezentacji zostało przyznane ustawowo jedynie w odniesieniu do pewnych zadań i czynności. Nie podlega natomiast statutowi personalnemu prawo reprezentacji powierzone w drodze czynności prawnej. Statut personalny określa również związanie spółki czynnościami prawnymi dokonanymi przez jej ustawowych przedstawicieli, przy czym w zakresie bezpieczeństwa obrotu w odniesieniu do możliwych ograniczeń wynikających ze statutu personalnego zastosowanie ma reguła ochronna z art. 12 ust. 2 projektu.

Statut personalny rozstrzyga o pozycji prawnej wspólnika spółki oraz członka związku lub osoby prawnej. Projekt nie różnicuje obu tych form uczestnictwa i określa je wspólnym mianem „członkostwo”. Statut personalny rozstrzyga o nabyciu i utracie członkostwa. Samo przeniesienie członkostwa podlega jednakże statutowi personalnemu tylko w takim zakresie, w jakim nie wchodzi w rachubę inne dziedziny prawa, w szczególności prawo papierów wartościowych i rynku kapitałowego oraz wymogi formalne. Nabycie członkostwa w drodze dziedziczenia podlega statutowi spadkowemu. Statutowi personalnemu podlegają prawa i obowiązki związane z członkostwem (np. prawo głosu, poboru itd.). Statut ten jest również miarodajny w odniesieniu do dopuszczalności porozumień między członkami (wspólnikami) dotyczącymi ich praw i obowiązków jako wspólników (np. porozumień co do wykonywania prawa głosu). Same jednakże porozumienia podlegają statutowi umownemu.

Statut personalny rozstrzyga o odpowiedzialności spółki, związku lub osoby prawnej za własne zobowiązania, jak też odpowiedzialności członków organów i wspólników (członków) za te zobowiązania. To, czy w ogóle istnieje zobowiązanie spółki, związku lub osoby prawnej, stanowi kwestię wstępną, która nie podlega ocenie wedle statutu personalnego, lecz statutowi właściwemu dla tego zobowiązania, w szczególności deliktowemu lub umownemu.

Projekt poza zakresem regulacji pozostawia kwestię ewentualnej równoległej (w stosunku do odpowiedzialności za zobowiązania spółki) samoistnej odpowiedzialności członków z tytułu deliktu i pozostawia orzecznictwu poddanie w konkretnym przypadku odpowiedzialności w tej

mierze odrębnemu statutowi. Statutowi personalnemu podlega również wewnętrzna odpowiedzialność organów członków bądź wspólników z tytułu naruszenia obowiązków przewidzianych w ustawie lub umowie spółki (statucie). Dotyczy to także obowiązków prawnośpółkowych, które mają na celu ochronę osób trzecich i sankcjonowanie odpowiedzialnością wobec tych osób; projekt nie rozstrzyga, czy w przypadku naruszenia obowiązków prawnośpółkowych wchodząca w rachubę odpowiedzialność pozaumowna, w szczególności deliktowa, również podlega statutowi personalnemu, czy też odrębnemu statutowi i pozostawia tę kwestię do rozstrzygnięcia orzecznictwu. Nie statutowi personalnemu, lecz statutowi upadłościowemu podlega natomiast odpowiedzialność członków organów za niezgłoszenie we właściwym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości⁶⁸.

Projekt zawiera w art. 10a reguły dotyczące prawa właściwego dla przekształceń. Do uregulowanych przypadków przekształceń należą: połączenie (fuzja), podział (podzielenie, oddzielenie, wyodrębnienie)⁶⁹, przeniesienie całego majątku na inny podmiot oraz zmiana formy prawnej. Jak wynika z art. 10a ust. 1 przesłanki, procedura oraz skutki takiego przekształcenia podlegają statutowi personalnemu wskazanemu zgodnie z art. 10 każdej ze spółek uczestniczących w przekształceniu. Podkreślić jednak należy, że w przypadku zmiany formy prawnej decydujące znaczenie ma to, czy ma ona charakter transgraniczny, gdyż dopuszczalność, procedurę oraz skutki zmiany formy prawnej niemającej charakteru transgranicznego określa statut personalny, natomiast do zmiany formy prawnej o charakterze transgranicznym, np. niemieckiej GmbH w francuską *société à responsabilité limitée*, zastosowanie znajdują reguły dotyczące zmiany statutu określone w art. 10b projektu⁷⁰.

Analogicznie do podstawowej reguły dotyczącej zakresu statutu personalnego art. 10b ust. 2 pkt. 1–5 określa również niezamknięty katalog materii podlegających statutowi personalnemu każdej ze spółek, związków lub osób prawnych uczestniczących w przekształceniu. Zgodnie z tym przepisem, statut personalny jest miarodajny w szczególności dla: sporządzenia planu przekształcenia, w tym jego formy, treści, upublicznienia oraz obowiązków kontrolnych i sprawozdawczych, procedury podjęcia uchwały w sprawie przekształcenia, ochrony wierzycieli spółek, związków i osób prawnych uczestniczących w przekształceniu oraz posiadaczy papierów wartościowych inkorporujących prawa udziałowe w tych podmiotach, ochrony członków, którzy nie wyrazili zgody na prze-

⁶⁸ Więcej na temat zakresu statutu personalnego przyjmowanego w projekcie zob. Uzasadnienie, s. 10–12, a także R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 86–87.

⁶⁹ Chodzi o formy podziału podobne do form przewidzianych w polskim k.s.h.

⁷⁰ Uzasadnienie, s. 13; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 88.

kształcenie, przeniesienia przedmiotów majątkowych z mocy sukcesji generalnej w ramach przekształcenia. Odmienne rozwiązanie przyjęto w odniesieniu do ustalenia chwili skuteczności przekształcenia. Stosownie do art. 10b ust. 3 projektu przekształcenie staje się skuteczne, jeżeli spełnione są przesłanki przewidziane przez statut personalny spółki wyłonionej w wyniku przekształcenia. Statut ten rozstrzyga zatem również o chwili nabycia (przeniesienia) przedmiotów majątkowych w drodze sukcesji generalnej, niemniej jednak w odniesieniu do wymogów związanych z ujawnieniem nabycia majątku, np. wpisem w rejestrze nieruchomości, zastosowanie mogą mieć łączniki szczególne⁷¹.

Projekt wprowadza również regulację dotyczącą zmiany statutu personalnego. Zmiana statutu jest możliwa zasadniczo przez uzyskanie wpisu w rejestrze innego państwa lub poddanie się w sposób rozpoznawalny na zewnątrz prawu innego państwa. Zarejestrowana spółka z reguły wybierze tę pierwszą drogę, a niezarejestrowana — drugą, aczkolwiek nie zawsze musi tak być⁷². Zgodnie z art. 10b projektu, w obu przypadkach zmiana prawa właściwego dla spółki (statutu spółki) jest możliwa jedynie wówczas, gdy dotychczasowe prawo i nowy system prawny dopuszczają zmianę bez likwidacji spółki i konieczności utworzenia nowej spółki i jeżeli spełnione są przesłanki zmiany statutu przewidziane w obu systemach prawnych. Do tych przesłanek należy w szczególności wykreślenie spółki, związku lub osoby prawnej z dotychczasowego rejestru, a także dochowanie wymogów w zakresie ochrony wierzycieli lub mniejszościowych współników⁷³. W sytuacji gdy zmiana statutu jest niedopuszczalna lub brak jest którejkolwiek z wymaganych przesłanek, zastosowanie ma dotychczasowy statut personalny⁷⁴. Omawiana regulacja nie zawiera zatem generalnej normy zezwalającej na zmianę statutu, lecz uzależnia jej dopuszczalność od norm merytorycznych obu wchodzących w grę systemów prawnych⁷⁵. Podkreślić warto, że w piśmiennictwie podnosi się, że wobec zawartej w projekcie regulacji dotyczącej przekształceń odrębna regulacja odnosząca się do zmiany statutu jest zasadniczo zbędna⁷⁶.

Projekt wprowadza również regulację dotyczącą formy, korygującą ogólne zasady. Zgodnie z art. 11 ust. 6 projektu, w odniesieniu do formy czynności prawnych dotyczących struktury organizacyjnej spółki, związku lub osoby prawnej miarodajne są wyłącznie przepisy statutu personalnego. Do tych czynności należy w szczególności założenie spółki oraz

⁷¹ Ibidem.

⁷² Uzasadnienie, s. 14; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 88.

⁷³ Uzasadnienie, s. 14.

⁷⁴ R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 88.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ C. Schneider: *Internationales...*, s. 575.

przekształcenie (łącznie ze zmianą formy prawnej) spółki, związku lub osoby prawnej oraz zmiana statutu (umowy)⁷⁷.

W art. 12 zamieszczona została regulacja, niezwykle istotna z praktycznego punktu widzenia, dotycząca ochrony interesów podmiotów działających w dobrej wierze i bezpieczeństwa obrotu. Zgodnie z art. 12 ust. 2 projektu, jeżeli ze spółką, związkiem lub osobą prawną zostaje zawarta umowa i organ lub członek organu spółki, związku lub osoby prawnej oraz druga strona znajdują się w tym samym państwie, to spółka taka, związek lub osoba prawna nie może się powołać na ograniczenia zdolności prawnej i zdolności do działania oraz umocowania organu lub członka organu do reprezentacji spółki, związku lub osoby prawnej przewidziane przez ich statut personalny, jeżeli zgodnie z prawem tego państwa traktowana byłaby jako mająca zdolność prawną i zdolność do działania⁷⁸, chyba że w chwili zawarcia umowy druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o braku lub ograniczeniach zdolności prawnej, zdolności do działania lub umocowania do reprezentacji. Ciężar braku dobrej wiary spoczywa na spółce⁷⁹. Ponadto art. 12 ust. 3 projektu normuje sytuację, gdy spółka, związek lub osoba prawna występują w obrocie pod innym statutem niż rzeczywisty statut wskazany na podstawie art. 10 projektu. Chodzi tu np. o sytuację, gdy spółka, posługując się „falszywym” dodatkiem wskazującym na formę prawną, stwarza pozór, że jest spółką utworzoną zgodnie z określonym systemem prawnym. Jak wynika z powołanego przepisu, osoby trzecie, które nie wiedziały lub nie powinny były wiedzieć, że spółka podlega prawu, zgodnie z art. 10 projektu mogą się w takiej sytuacji powołać na ten inny „falszywy” dodatek. Omawiana regulacja wydaje się mieć znaczenie przede wszystkim dla niezarejestrowanych spółek, związków i osób prawnych, ponieważ stwierdzenie podlegania zarejestrowanej spółki, związku lub osoby prawnej określonemu prawu jest obiektywnie możliwe do ustalenia i sprawdzenia na podstawie rejestru⁸⁰, co stawia wysokie wymagania w odniesieniu do dobrej wiary.

Podsumowanie

Stosowana dotychczas jednolicie w orzecznictwie i akceptowana przez dominującą część doktryny teoria siedziby, nawet w zmodyfikowanej wer-

⁷⁷ Uzasadnienie, s. 14; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 88.

⁷⁸ Por. przyp. 66

⁷⁹ R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 89.

⁸⁰ Ibidem.

sji, wydaje się odchodzić do lamusa, przynajmniej jeżeli chodzi o przypadki imigracji spółek. W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego swobody przedsiębiorczości, stosowanie teorii utworzenia w odniesieniu do spółek europejskich nie budzi obecnie wątpliwości ani w doktrynie, ani w orzecznictwie. Formalnie rzecz biorąc, teoria siedziby nadal ma zastosowanie w odniesieniu do spółek spoza UE. Niemniej jednak także i w tym względzie doktryna zdecydowanie skłania się ku teorii utworzenia. Projekt Ministerstwa Sprawiedliwości normujący nieuregulowane dotychczas międzynarodowe prawo spółek wychodzi naprzeciw tym oczekiwaniom i opiera się na teorii utworzenia, która ma mieć zastosowanie do wszystkich spółek prawa obcego, bez względu na ich „krajowe” pochodzenie. Mimo tych procesów, orzecznictwo nadal obstaje przy teorii siedziby (w zmodyfikowanej wersji) w odniesieniu do spółek spoza UE i pozostawia ostateczną decyzję ustawodawcy. Dotyczy to w równej mierze emigracji spółek, zwłaszcza że w świetle orzecznictwa Trybunału w wątpliwość podaje się racjonalność odmiennego traktowania przypadków imigracji i emigracji spółek. Zauważyć jednakże należy, że zawarta w projekcie regulacja dotycząca zmiany statutu odpowiada założeniom przyjętym przez Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie *Cartesio* właśnie w odniesieniu do emigracji spółek.

Przejęcie do teorii utworzenia powoduje, że szczególnego znaczenia nabiera, traktowane dotychczas marginalnie, pytanie o zakres statutu migrujących spółek i możliwość jego przełamania. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE wydaje się generalnie przemawiać za szerokim ujmowaniem statutu personalnego, niemniej jednak, jeżeli chodzi o szczegóły, jedynie w niewielkim stopniu wyjaśnia wątpliwości. Kwestie te stanowią obecnie zasadniczy przedmiot rozważań w doktrynie międzynarodowego prawa spółek, głównie w odniesieniu do problematyki ochrony wierzycieli spółek. W tym kontekście istotne znaczenie mają skodyfikowane reguły przewidziane w projekcie Ministerstwa Sprawiedliwości, które pozwalają na bardziej precyzyjne niż dotychczas rozgraniczenie statutów.

Na koniec dodać można, że projekt Ministerstwa Sprawiedliwości o prawie prywatnym międzynarodowym spółek, związków i osób prawnych nie przybrał jeszcze formalnie postaci projektu rządowego. Pod względem jurydycznym zawarte w nim rozwiązania generalnie spotkały się z przychylnym stanowiskiem środowiska sędziów, adwokatury i notariatu⁸¹, niemniej jednak jego przyjęcie stanowi tak-

⁸¹ Zob. opinie: *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*. Dostępna w Internecie: <http://www.drb.de/cms/index.php?id=460>; *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Internationaler Rechtsverkehr zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht*

że kwestię decyzji politycznej. Projekt napotkał silny opór ze strony związków zawodowych obawiających się wyłączenia, stanowiących właściwość niemieckiego prawa, regulacji dotyczących współzarządzania pracowników przedsiębiorstwem (*Mitbestimmung*). Ta okoliczność wydaje się głównym powodem, dla którego projekt ten nie został jeszcze oficjalnie poddany procedurze legislacyjnej. Jego los jest zatem niepewny. Mając to na względzie, szczególna rola przypada orzecznictwu. Można wszakże jedynie spekulować, że przy kolejnej nadarzającej się okazji Bundesgerichtshof (Federalny Sąd Najwyższy) wreszcie opowie się za generalnym stosowaniem teorii utworzenia. Takie rozstrzygnięcie nie byłoby zaskoczeniem i spełniałoby oczekiwania większości doktryny, a także praktyki zajmującej się stosowaniem prawa.

der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen. Dostępna w Internecie: <http://www.anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-08/STN132008IRV.pdf>; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen. Dostępna w Internecie: <http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2008/Stn10.pdf>.