

Arkadiusz Wowerka\*

## TRAKTATOWA SWOBODA PRZEDSIĘBIORCZOŚCI A AUTONOMICZNE MIĘDZYNARODOWE PRAWO SPÓŁEK

### I. Wprowadzenie

Międzynarodowe prawo spółek jako część prawa prywatnego międzynarodowego obejmuje reguły kolizyjne rozgraniczające sfery działania systemów poszczególnych państw w sytuacjach z elementem transgranicznym w stosunkach dotyczących spółek<sup>1</sup>. W międzynarodowym prawie spółek podstawowe znaczenia mają dwa zagadnienia: ustalenie kryterium dla wskazania prawa właściwego dla spółki (łącznika), czyli wskazanie statutu personalnego

---

\* Dr Arkadiusz Wowerka – adiunkt w Katedrze Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego Uniwersytetu Gdańskiego.

<sup>1</sup> Pojęcie spółki w rozumieniu międzynarodowego prawa spółek ma szeroki zakres i obejmuje wszelkie twory mające rozpoznawalną na zewnątrz organizację; sam przymiot osobowości, czy też zdolności prawnej, jest tu bez znaczenia; dla stwierdzenia spółki w sensie kolizyjnoprawnym bez znaczenia jest także charakter działalności danego tworu; por. B. Großfeld, *Internationales Gesellschaftsrecht*, [w:] J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, [red.] J. Kropoholler, Berlin 1998, s. 1; A. Spahlinger, *Deutsches autonomes Kollisionsrecht*, [w:] A. Spahlinger/G. Wegen [red.], *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, München 2005, s. 24; M. Brombach, *Das Internationale Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld von Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit*, Jena 2006, s. 21; W. Klyta, *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2002, s. 16–18.

spółki (*lex societatis*) oraz określenie zakresu tego statutu. W poszczególnych państwach członkowskich UE w obu kwestiach przyjmowane są odmienne koncepcje. W odniesieniu do łącznika znaczenie mają zasadniczo dwie konkurujące ze sobą teorie<sup>2</sup>: teoria siedziby oraz teoria założenia<sup>3</sup>. Zgodnie z teorią siedziby prawem właściwym dla spółki jest prawo tego państwa, w którym spółka ma swoją (rzeczywistą) siedzibę<sup>4</sup>, natomiast w świetle teorii

---

<sup>2</sup> Prezentowane są też teorie pośrednie będące modyfikacją teorii założenia lub kombinacją obu tych teorii: teoria nakładania się statutów Sandrocka, teoria dyferencjacji Grasmanna, ograniczona teoria założenia: w koncepcji Behrensa, w Knobbe-Keucka i Grothego oraz w koncepcji Beitzkego, teoria punktu ciężkości Wiedemanna oraz teoria kombinacji Zimmera. Żadna z tych teorii nie zyskała szerszego uznania. Teorie te są mało użyteczne z praktycznego punktu widzenia, gdyż nie wydają się zapewniać pewności prawa. Z założenia odrzucają zasadę jedności statutu personalnego. Ponadto nie są dostatecznie jednoznaczne przyjmowane na ich gruncie kryteria dla wskazania prawa właściwego np. wyróżnienie dwóch sfer wewnętrznej i zewnętrznej spółki, bezpośrednie interesy prywatne, kryterium korzystniejszego systemu prawnego, konieczność powołania się przez strony na korzystniejszy system prawny, bezpośrednie interesy prywatne, kryterium braku dostatecznej ochrony danych interesów. Zasadnicze wątpliwości budzi również ich zgodność z traktatową swobodą przedsiębiorczości. Wspomnieć również należy o – niezwiązanej z teorią założenia i teorią siedziby i praktycznie niemającej obecnie znaczenia – teorii kontroli; jej przejawem jest teoria ryzyka Fikentschera. Szerzej co do ww. teorii zob. M. Brombach, *op. cit.*, 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*, [w:] Ch. Reithmann, D. Martiny [red.], *Internationale Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Köln 2010, s. 1501–1502; P. Kindler, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, [w:] H.J. Sonnenberger [red.], *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50-245)*, [red.], München 2006, s. 145–157; W. Klyta, *op. cit.*, s. 39–40, 58–69, 203–208; T. Lanzius, *Gläubigerschutz und Unternehmerische Mitbestimmung – Zur Frage des anwendbaren Rechts unter der Gründungstheorie*, Hamburg 2004, s. 118–144; A. Spahlinger, *op. cit.*, s. 7–14.

<sup>3</sup> Co do funkcji, celów i genezy teorii siedziby i teorii założenia M. Brombach, *op. cit.*, s. 24–27; C. Ch. v. Halen, *op. cit.*, s. 29–34; R. Hausmann, *op. cit.*, s. 1496–1500; D. Jasper/Wollbrink, *Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht*, [w:] H.-J. Priester, D. Mayer [red.], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Gesellschaft mit Beschränkter Haftung*, Band 3, München 2009, s. 1662–1664; H. Eidenmüller, *Theorien zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts und Wettbewerb der Gesellschaftsrechte*, [w:] H. Eidenmüller [red.], *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutsche Recht*, München 2004, s. 3–5; P. Kindler, *op. cit.*, s. 134–145, 157–160; A. Spahlinger, *op. cit.*, s. 7–14; W. Klyta, *op. cit.*, s. 21–43, 49–71.

<sup>4</sup> Pojęcie siedziby jest różnie ujmowane (zob. w tym względzie W. Klyta, *op. cit.*, s. 25–40); współcześnie znaczenie ma praktycznie wyłącznie siedziba ujmowana jako rzeczywista siedziba organu zarządzającego spółki (siedziba rzeczywista); w doktrynie niemieckiej

założenia prawem właściwym jest prawo tego państwa, zgodnie z którym dana spółka została utworzona<sup>5</sup>. W świetle teorii siedziby przeniesienie siedziby (rzeczywistej) powoduje zmianę statutu personalnego spółki, natomiast pozostaje bez znaczenia na gruncie teorii założenia. Zarówno w przypadku teorii siedziby, jak i teorii założenia i ich podstaw leży zasada jedności statutu personalnego. Zgodnie z tą zasadą prawu wskazanemu przy pomocy łącznika na podstawie tych teorii podlegają wszystkie stosunki wewnętrzne i zewnętrzne spółki<sup>6</sup>.

Na poziomie unijnym nie nastąpiło dotychczas ani ujednoczenie ani harmonizacja międzynarodowego prawa spółek, niemniej istotny wpływ na autonomiczne uregulowania państw członkowskich w tej materii ma gwarantowana w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>7</sup> swoboda

---

niemal powszechne uznanie zyskało pojęcie siedziby rzeczywistej w definicji sformułowanej przez O. Sandrocka, jako miejsce, gdzie w formie bieżących decyzji w sferze zwykłej działalności spółki realizowane są zasadnicze wytyczne dotyczące działalności spółki, w tym wielkości i rodzaju produkcji, wielkości obrotów, polityki personalnej (zob. P. Kindler, *op. cit.*, s. 172).

<sup>5</sup> Warte podkreślenia jest, że wskazanie prawa właściwego na gruncie teorii założenia odbywać się może przy pomocy różnych kryteriów: prawem właściwym może być prawo, zgodnie z którym spółka została pierwotnie utworzona (prawo inkorporacji), prawo zgodnie, z którym jest ona zorganizowana (prawo organizacji), prawo miejsca rejestracji spółki (prawo rejestracji) lub prawo siedziby statutowej; przykładowo w państwach *common law* oraz w Niemczech prawem właściwym jest prawo inkorporacji; właściwość prawa organizacji przyjmowana jest w Szwajcarii; łącznik rejestracji spółki wyznacza prawo właściwe zgodnie z regułami kolizyjnymi obowiązującymi w Danii; w tym kontekście można stwierdzić, że nie ma jednolitej teorii założenia; mając na względzie kryterium łącznika przyjmowanego w poszczególnych państwach obowiązują różne odmiany teorii założenia; zaznaczyć można, że model właściwości prawa organizacji i rejestracji, odmiennie niż model prawa inkorporacji, dopuszczają następczą zmianę statutu; podkreślić należy, że w odniesieniu do państw hołdujących teorii założenia siedziba statutowa nie ma decydującego znaczenia kolizyjnego (H. Eidenmüller, *op. cit.*, s. 4); szerzej co do łącznika na gruncie teorii założenia zob. J. Hoffmann, *Das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss) 2002, Heft 101, s. 283 i n.; D. M. Kaulen, *Zur Bestimmung des Anknüpfungsmoments unter der Gründungstheorie. Unter besonderer Berücksichtigung des deutsch-US-amerikanischen Freundschaftsvertrags*, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2008, Heft 5, s. 389 i n.

<sup>6</sup> Por. M. Brombach, *op. cit.*, s. 24, 28; C. Ch. V. Halen, *op. cit.*, s. 31, 33; R. Hausmann, *op. cit.*, s. 1550; G. A. Jestädt, *Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht*, Baden-Baden 2005, s. 31–32.

<sup>7</sup> Wersja skonsolidowana DZ. Urz. UE z dnia 30 marca 2010 r. Nr C 83, s. 47 i n., dalej TfUE.

przedsiębiorczości. Spółki określone w art. 54 TfUE (dawny art. 48 TWE) mogą korzystać z pierwotnej i wtórnej swobody przedsiębiorczości na takich samych zasadach jak osoby fizyczne na podstawie art. 49 TfUE (dawny art. 43 TWE)<sup>8</sup>. Zakazane są wszelkie nieuzasadnione ograniczenia tej swobody. Orzecznictwo Trybunału UE dotyczące swobody przedsiębiorczości spółek<sup>9</sup>, a w szczególności wyroki w sprawach *Centros*<sup>10</sup>, *Überseering*<sup>11</sup> i *Inspire Art*<sup>12</sup> zasadniczo wyłączają stosowanie teorii siedziby w przypadku imigracji spółek<sup>13</sup>. W wyroku w sprawie *Cartesio*<sup>14</sup> Trybunał wyjaśnił

---

<sup>8</sup> Co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu swobody przedsiębiorczości w szczególności w odniesieniu do spółek zob. M. Brombach, *op. cit.*, s. 53–62; C. Ch. V. Halen, *op. cit.*, s. 118–200; G. Rehm, *Völker- und europarechtliche Vorgaben für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts*, [w:] H. Eidenmüller [red.], *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, München 2004, s. 30–37.

<sup>9</sup> Zob. co do tego orzecznictwa M. Brombach, *op. cit.*, s. 73, A. Jüttner, *Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit – nach Centros, Überseering und Inspire Art*, Frankfurt am Main 2005, s. 26–86; C.Ch. v. Halen, *op. cit.*, s. 45–68; R. Hausmann, *op. cit.*, s. 1503–1513; A. Spahlinger *op. cit.*, s. 30–37; A. Wowerka, *Swoboda przedsiębiorczości spółek w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, GSP 2009, tom XXI, s. 460–466.

<sup>10</sup> Wyrok ETS z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97, ECR [1999], s. I-1459 i n.

<sup>11</sup> Wyrok ETS z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00, ECR [2002] s. I-9919 i n.

<sup>12</sup> Wyrok ETS z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-167/01, ECR [2003] s. I-10155 i n.

<sup>13</sup> Dla potrzeb niniejszego opracowania autor rozumie pod pojęciem imigracji spółek zarówno przeniesienie siedziby rzeczywistej, jak i tworzenie oddziałów, aczkolwiek w sensie kolizyjnoprawnym dla teorii siedziby w omawianym zakresie znaczenie ma wyłącznie przeniesienie rzeczywistej siedziby; zaznaczyć wypada jednakże, że ustalenie rzeczywistej siedziby spółki jest kwestią niekiedy wysoce problematyczną i wiążącą się z licznymi trudnościami dowodowymi (zob. w tym względzie R. Hausmann, *op. cit.*, s. 1527–1531; Kindler P., *op. cit.*, s. 171–176; A. Spahlinger, *op. cit.*, s. 18–22). W tym kontekście można zauważyć, że może zaistnieć sytuacja, w której utworzenie oddziału może oznaczać w istocie (ustanowienie) przeniesienie rzeczywistej siedziby, zwłaszcza w tych przypadkach, gdy dana spółka prowadzi działalność przy pomocy oddziału wyłącznie na terenie danego państwa członkowskiego. Mając to na względzie orzecznictwo Trybunału formalnie dotyczące imigracyjnej wtórnej swobody przedsiębiorczości (*Centros*, *Inspire Art*) materialnie można uznać za odnoszące się do pierwotnej jej formy (przeniesienia siedziby). Z tego też względu ma ono bezpośrednie przełożenie płaszczyzną kolizyjnoprawną w wymiarze łącznika teorii siedziby. Z zastrzeżeniem powyższego, samo utworzenie oddziału jest bez znaczenia w sensie kolizyjno prawnym, także w świetle łącznika teorii założenia. Problematyka tworzenia i funkcjonowania oddziałów spółek prawa obcego pochodzących z UE jest to płaszczyzna prawa obcych, dalece przy tym zharmonizowanego w ramach UE.

<sup>14</sup> Wyrok ETS z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-210/06, Zb. Orz. [2008] s. I-09641 i n.

wątpliwości<sup>15</sup> dotyczące różnicowania w zakresie swobody przedsiębiorczości przypadków imigracji i emigracji spółek, pojawiające się w związku z wyżej wymienionym orzecznictwem, które stały się aktualne zwłaszcza po wyroku w sprawie *Sevic Systems*<sup>16</sup>. W orzeczeniu w sprawie *Cartesio* Trybunał nie uwzględnił zasad wynikających z orzecznictwa dotyczącego imigracyjnej swobody przedsiębiorczości w odniesieniu do emigracji spółek i nie przychylił się do opinii rzecznika generalnego P. Maduro w tej samej sprawie<sup>17</sup> zasadniczo potwierdził koncepcję przyjętą w wyroku w sprawie *Daily Mail i General Trust*<sup>18</sup> i obowiązywanie teorii siedziby w tym zakresie.

Orzecznictwo Trybunału dotyczące imigracyjnej swobody przedsiębiorczości spółek spowodowało, że szczególnie istotne stało się pytanie, zwłaszcza w państwach hołdujących teorii siedziby, o możliwość stosowania własnych regulacji prawnospółkowych do imigrującej spółki. Zasadniczej odpowiedzi

---

<sup>15</sup> Zob. w tym względzie M. Brombach, *op. cit.*, s. 115–125; U. Frosthoff, *Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt – Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften*, [w:] H. Hirte, T. Bücker [red.], *Grenzüberschreitende Gesellschaften. Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland*, Köln, Berlin, München 2005, s. 56–58. Hausmann, *op. cit.*, s. 1548–1550; G. A. Jestädt, *Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht*, Baden-Baden 2005, s. 118–145; J. A. C. Nave, *Die Liberalisierung der Wegzugsfreiheit in Europa*, BB 2008, Heft 27, s. 1411–1413; H. Hirte, *Die „Limited“ mit Sitz in Deutschland – Abkehr von der Sitztheorie nach Centros, Überseering und Inspire Art*, [w:] H. Hirte, T. Bücker [red.], *Grenzüberschreitende Gesellschaften. Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland*, Köln, Berlin, München 2005, s. 9–10; R. Werner, *Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach „Cartesio“ und „Trabrennbahn“*, GmbHR 2009, Heft 4, s. 193; U. Grohmann, N. Gruschinske, *Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU-die Rechtssache Cartesio*, EuZW 2008, Heft 15, s. 463–464; R. Hausmann, *Auswirkungen der Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts auf die Mobilität von Gesellschaften*, [w:] Reithmann, D. Martiny [red.], *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, München 2010, s. 1549; W.-H. Roth, *Die Wegzugsfreiheit für Gesellschaften*, [w:] M. Lutter [red.], *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. Mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln 2005, s. 384–401; R. Wilhelmi, *Der Wegzug von Gesellschaften im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit*, DB 2008, Heft 30, s. 1611–1613; A. Wowerka, *op. cit.*, s. 468–473; D. Zimmer, Ch. Naendrup, *Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?*, NJW 2009, Heft 9, s. 546.

<sup>16</sup> Wyrok ETS z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-411/03, Zb. Orz. [2005] s. I-10805 i n.

<sup>17</sup> Opinia z dnia 22 maja 2008 r. w sprawie C-210/06, Zb. Orz. [2008] s. I-09641.

<sup>18</sup> Wyrok ETS z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 81/87, ECR [1988] s. 5483 i n.

na to pytanie Trybunał udziela w wyroku w sprawie *Uberseering*, a przyjęte w nim założenia potwierdza w wyroku w sprawie *Inspire Art*. Orzecznictwo to dostarcza jednocześnie miarodajnych wskazówek co do zakresu statutu personalnego spółek. Na podstawie tego orzecznictwa przyjąć można, że swoboda przedsiębiorczości zakazuje rozszczepiania statutu i statuuje w ramach UE zasadę jedności statutu personalnego. Statut ten reguluje wszelkie kwestie prawnośpółkowe, które przypisuje się, ujmowanemu przy tym szeroko<sup>19</sup>, statutowi personalnemu spółki<sup>20</sup>. Stwierdzić można, że wymogi określone przez Trybunał praktycznie wyłączają możliwość przełamania tego statutu przez prawnośpółkowe regulacje państwa *fori*, w tym również w odniesieniu do tzw. *pseudo foreign corporations*<sup>21</sup>. Prymat teorii założenia i zasada jedności statutu personalnego są konsekwencją ustalonej przez Trybunał koncepcji szerokiego uznania spółek z UE. Należy jednocześnie odpowiedzieć, czy swoboda przedsiębiorczości powinna być odczytywana w ten sposób, że zawiera ona normę kolizyjną bezpośrednio wypierającą prawo krajowe w tym względzie, czy też państwa członkowskie mają jedynie obowiązek dostosowania swoich uregulowań do wymogów z niej wynikających.

## II. Zasada uznania spółek z UE i zakres uznania

W międzynarodowym prawie spółek problematyka uznania spółek dotyczy przede wszystkim kwestii istnienia i posiadania zdolności (osobowości)

---

<sup>19</sup> Jest to charakterystyczne dla prawa kontynentalnego, natomiast w systemie *common law* zakres ten jest ujmowany wąsko (por. N. Horn, *Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, Heft 13, s. 899, 901). Jak się wydaje szerokie ujmowanie zakresu statutu personalnego spółek dotyczy zarówno teorii założenia, jak i teorii siedziby, aczkolwiek w systemie *common law* dominuje teoria założenia.

<sup>20</sup> Por. H. Fleischer, *Kapitalschutz und Durchgriffshaftung bei Auslandsgesellschaften*, [w:] M. Lutter [red.], *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. Mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln 2005, s. 98; F. Kienle, *Schnittstellen des internationalen Gesellschaftsrechts- und Insolvenzrechts*, [w:] R. Süß, T. Wachter [red.], *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, Angelbachtal 2006, s. 136.

<sup>21</sup> Chodzi tu o takie spółki, które poza formalnym faktem utworzenia w innym państwie członkowskim nie mają z tym państwem żadnego związku, a całą swoją aktywność skupiają (prowadzą działalność gospodarczą) wyłącznie w państwie *fori*.

prawnej<sup>22</sup> w państwie *fori* spółki utworzonej za granicą<sup>23</sup>. W takim ujęciu uznanie oznacza, że spółka utworzona za granicą „istnieje” w państwie *fori*, jeżeli istnieje ona zgodnie z prawem państwa, na które wskazują reguły kolizyjne państwa *fori*<sup>24</sup>. Zgodnie z regułami kolizyjnymi prawa polskiego o uznaniu decyduje wyłącznie autonomiczne prawo międzynarodowe spółek. Jeżeli spółka zgodnie z prawem wskazanym przez łącznik siedziby rzeczywistej istnieje i ma zdolność prawną zgodnie z prawem państwa siedziby rzeczywistej, istnieje ona również w Polsce. Uznanie spółki nie wymaga wówczas osobnego aktu państwowego i następuje automatycznie (*ipso iure*)<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> W istocie chodzi o stwierdzenie podmiotowości prawnej spółki. W literaturze przedmiotu mówi się w tym kontekście zamiennie o zdolności prawnej lub osobowości prawnej. Na gruncie polskiej dogmatyki pojęcie zdolności prawnej jest terminem szerszym niż pojęcie osobowości prawnej, gdyż każda osoba prawna ma zdolność prawną, natomiast nie każdy podmiot posiadający zdolność prawną ma jednocześnie osobowość prawną (np. spółki prawa handlowego), bardziej zasadne zdaniem autora jest posługiwanie się w omawianym kontekście pojęciem zdolności prawnej.

<sup>23</sup> Pojęcie uznania jest wieloznaczne i jest stosowane w różnych konstelacjach. Na gruncie międzynarodowego prawa spółek pod pojęciem tym rozumiane jest także wskazanie prawa właściwego dla stosunków spółki (łącznik statutu personalnego). Warto dodać, iż stosowane jest ono również w prawie obcych jako synonim dopuszczenia zagranicznych podmiotów do działalności gospodarczej w państwie przyjmującym. Ponadto pojęcie to występuje w umowach międzynarodowych dotyczących statusu spółek obcych w państwie przyjmującym; zob. M. Brombach, *op. cit.*, s. 22; C. Ch.v. Halen, *op. cit.*, s. 28–29; P Kindler, *op. cit.*, s. 114–130; szerzej co do uznania w prawie prywatnym międzynarodowym zob. w szczególności klasykę: P. Behrens, *Der Anerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaftsrechts*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1978, Heft 2; C. T. Ebenroth, A. Sura, *Das Problem der Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ) 1979, Band 43, s. 315 i n. W piśmiennictwie polskim problematyka uznania nie stanowi przedmiotu szerszego zainteresowania. Szczegółowo omawia to zagadnienie jedynie W. Klyta w swojej monografii poświęconej międzynarodowemu prawu spółek (zob. tenże, *op. cit.*, s. 72–96).

<sup>24</sup> W kontekście pojmowania uznania w kategoriach łącznika (wskazania prawa właściwego dla spółki) zauważyć można, że chodzi tu w istocie o rezultat zastosowania łącznika, w ramach którego następuje stwierdzenie istnienia zdolności prawnej, z czego wynika jednoznacznie, że w przypadku wskazania prawa właściwego dla spółki i uznania chodzi pod względem dogmatycznym ściśle rzecz biorąc o dwie odrębne kwestie. Odmienne C. T. Ebenroth, A. Sura, *op. cit.*, s. 318, zdaniem których „w międzynarodowym prawie spółek istnieje tylko jeden problem uznania: wskazanie statutu personalnego”.

<sup>25</sup> Oprócz uznawania kolizyjnoprawnego w niektórych systemach prawnych konieczny jest szczególny akt uznania, który może zostać dokonany w drodze ustawy szczególnej lub na podstawie szczególnego aktu administracyjnego, jak np. we Francji. Podkreślić należy, że znaczenie tego rodzaju aktu wyczerpywać się będzie wyłącznie na płaszczyźnie prawa obcych.

Kwestia uznania spółek stanowi ważny element warunkujący udział spółek europejskich w rynku wewnętrznym. W związku z tym istotnego znaczenia nabiera zagadnienie, czy wymogi uznania są dyktowane przez prawo unijne, czy też państwa członkowskie mogą je określać autonomicznie. W wyroku w sprawie *Überseering* Trybunał jednoznacznie rozstrzygnął tę kwestię i wyjaśnił, że obowiązek uznania spółki prawa obcego wynika z prawa pierwotnego, a zawarcie stosownej konwencji między państwami członkowskimi nie jest konieczne. Zdaniem Trybunału „korzystanie ze swobody działalności gospodarczej zakłada z konieczności uznanie [...] spółek [założonych zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mających swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii – przyp. aut.] przez każde państwo członkowskie, w którym pragną one założyć swoją działalność. W konsekwencji nie jest niezbędne, aby państwa członkowskie zawarły konwencję odnoszącą się do wzajemnego uznawania spółek, po to aby spółki, które spełniają warunki art. 48 WE, mogły korzystać ze swobody działalności gospodarczej przyznanej im przez art. 43 WE i 48 WE, które mają bezpośrednie zastosowanie od czasu upływu okresu przejściowego. Stąd żaden argument, który może usprawiedliwić ograniczenie pełnego skutku tychże artykułów, nie może opierać się na okoliczności, iż do dnia dzisiejszego nie została jeszcze zawarta, na podstawie art. 293 WE, żadna konwencja odnosząca się do wzajemnego uznawania spółek.”

Zdolność prawna spółki prawa obcego podlega jej statutowi personalnemu<sup>26</sup>. Niekiedy uznanie zdolności prawnej spółki prawa obcego ujmowane jest jako oddzielny problem kolizyjnoprawny, podlegający ocenie w świetle prawa wskazanego na podstawie odrębnego łącznika niż łącznik dla statutu

---

Zauważyć bowiem należy, że ustalenie, czy spółka obca ma realny byt w państwie *fori*, może zostać dokonane tylko na podstawie prawa kolizyjnego i jest to kwestia poprzedzająca pytanie, w jakiej formie owo dodatkowe uznanie (istniejącej spółki w sensie kolizyjnoprawnym) zostanie dokonane. Jeżeli spółka obca istnieje zgodnie z prawem właściwym wskazanym przez stosowną normę kolizyjną, jako następne pojawia się pytanie w jakiej formie ta spółka powinna zostać uznana (dopuszczona do prowadzenia działalności). Uznanie realnego bytu spółki jest rezultatem zastosowania kolizyjnoprawnego łącznika, natomiast dodatkowy szczególny akt uznania oznacza w istocie jedynie zezwolenie na prowadzenie przez (istniejącą) spółkę działalności w państwie przyjmującym.

<sup>26</sup> Por. G.A. Jestädt, *op. cit.*, s. 35; R. Süß, *Grundlagen des internationalen Gesellschaftsrechts*, [w:] R. Süß, T. Wachter [red.], *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, Angelbachen 2006, s. 4.



personalnego<sup>27</sup>. Statut spółki obejmowałby w takim ujęciu pozostałe kwestie dotyczące spółki, jak organizacja, reprezentacja itd.<sup>28</sup> Taka koncepcja nie wydaje się przekonująca i racjonalna. Zdolność (osobowość) prawna jest bowiem ściśle związana ze statutem spółki. Przyznanie w poszczególnych systemach prawnych spółce przymiotu zdolności (osobowości) prawnej wiąże się jednocześnie z przyjęciem mechanizmów charakterystycznych dla danej spółki określonych w materialnym prawie spółek. Zdolność (osobowość) prawna jest jedynie jednym z takich elementów. Sama w sobie nie jest ona elementem charakteryzującym tożsamość spółki. W wielu systemach prawnych istnieje wiele form spółek posiadających cechę bycia samodzielnym podmiotem praw i obowiązków. Tytułem przykładu wskazać można, iż pod tym względem niderlandzka B.V. nie różni się od polskiej spółki z o.o., czy niemieckiej GmbH. Dopiero łączna suma wszystkich przepisów dotyczących danej spółki uzupełniona przez instytucje wykształcone w orzecznictwie charakteryzuje daną spółkę i formuje jej tożsamość prawno podmiotową; tożsamość spółki wykracza poza zdolność prawną sztucznie stworzonego podmiotu, jakim w przeciwieństwie do osób fizycznych, są spółki<sup>29</sup>. Tożsamość ta jest ukształtowana przez wszystkie regulacje wchodzące w zakres statutu personalnego spółki i ściśle związanej z nimi zdolności (osobowości) prawnej nie można (i nie powinno się) wyodrębniać ze statutu spółki<sup>30</sup>.

Za odrzuceniem ograniczania uznania wyłącznie do zdolności (osobowości) prawnej spółki przemawiają ponadto wymogi wynikające ze swobody przedsiębiorczości, które jednocześnie decydują o zakresie uznania spółki prawa obcego, a tym samym o zakresie statutu personalnego spółki. W wyroku w sprawie *Überseering* Trybunał wyraźnie stwierdził, jak wskazano wyżej, że mająca zdolność prawną spółka utworzona zgodnie z prawem państwa członkowskiego, także po przeniesieniu jej rzeczywistej siedziby do innego państwa członkowskiego, musi być uznana za spółkę mającą zdolność

---

<sup>27</sup> Zob. C. Ch. v. Halen, *op. cit.*, s. 28. W takim ujęciu można mówić o statucie zdolności prawnej spółki.

<sup>28</sup> Co do odrębnego łącznika istnieją rozbieżne stanowiska. Część autorów przyjmuje ten sam łącznik kolizyjnoprawny dla zdolności prawnej i statutu personalnego spółki (tak I. Schwander, *Das Statut der internationalen Gesellschaft*, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER) 1/2002, s. 60–61), inni z kolei stosują odmienne łączniki co do zdolności prawnej i co do statutu spółki zgodnie z prezentowanymi teoriami łącznika (tak przedstawiciele teorii dyferencjacji i nakładania się statutów, zob. przyp. 2).

<sup>29</sup> Por. G.A. Jestädt, *op. cit.*, s. 105.

<sup>30</sup> Por. G.A. Jestädt, *op. cit.*, s. 105; P. Kindler, *op. cit.*, s. 116.

prawną i procesową. Nasuwa się wszakże pytanie, czy owo uznanie obejmuje wyłącznie zdolność prawną spółki, czy też także inne atrybuty spółki, w szczególności obowiązek uznania spółki w pełnym zakresie jako spółki państwa założenia. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie pozwala jednocześnie ustalić, czy swoboda przedsiębiorczości gwarantuje mobilność spółek z zachowaniem jedynie podmiotowości, czy też również dotychczasowej tożsamości prawnej.

Decydujące znaczenie ma stwierdzenie Trybunału w ww. wyroku, że „sam [...] byt [spółki *Überseering* – *przyp. aut.*] jest nieodłączny od jej statusu jako spółki prawa niderlandzkiego, ponieważ spółka istnieje tylko w oparciu o ustawodawstwo krajowe, które określa jej tworzenie i funkcjonowanie”. Trybunał uznaje zatem, że istnienie spółki *Überseering* i jej tożsamość jako spółki prawa niderlandzkiego są nierozzerwalne. Byt (istnienie) i tożsamość spółki są w istocie dla Trybunału pojęciami tożsamymi. Trybunał mówiąc zatem o bycie spółki *Überseering* rozumie pod tym pojęciem jedyną egzystencję tej spółki, a mianowicie egzystencję jako spółka prawa niderlandzkiego. W konsekwencji zanegowanie tożsamości spółki będzie równoznaczne z odmową uznania (istnienia spółki). Trybunał wyraźnie podkreślił, przy tym że istnienie, a tym samym tożsamość spółki, są zależne jedynie od systemu prawnego państwa założenia. Jest to związane z tym, że spółki jako podmioty praw i obowiązków, inaczej niż osoby fizyczne, które zawsze posiadają transgraniczną rzeczywistość, są tworam i sztucznymi, które powstają w drodze fikcji prawnej i z tego względu wpływ na istnienie spółki może mieć tylko ten system prawny, który je stworzył, z czego wynika wyłączenie stosowania prawa przyjmującego państwa i to także w razie przeniesienia rzeczywistej siedziby takiej spółki to tego państwa<sup>31</sup>. Przyjmujące państwo *fori* nie może bowiem przyznać i odebrać bytu, a tym samym tożsamości spółce prawa obcego. W rezultacie powyższego uznać trzeba, że na gruncie swobody przedsiębiorczości nie chodzi o uznanie zdolności (osobowości) prawnej spółki w ogóle, ale o zdolność (osobowość) prawną w kształcie przyznanym jej przez prawo założenia. Imigrująca spółka musi więc zostać uznana w pełnym zakresie ze wszystkimi jej cechami jako spółka prawa obcego, gdyż tylko w ten sposób zachowana zostaje jej tożsamość<sup>32</sup>. Wynika z tego, że imigrująca spółka nie jest zobowiązana do akceptacji zmienionych warunków

---

<sup>31</sup> Por. G. A. Jestädt, op. cit., s. 101.

<sup>32</sup> Por. *ibidem*, s. 107, 108–109, 177, 180, 197.

dla zdolności (osobowości prawnej), co wyłącza możliwość kwalifikowania takiej spółki jako np. spółki osobowej państwa przyjmującego<sup>33</sup>.

Stanowisko powyższe Trybunał konsekwentnie podtrzymuje w wyroku w sprawie *Inspire Art*. Wyrok ten jest szczególnie istotny, gdyż Trybunał udzielił w nim odpowiedzi o dopuszczalność stosowania w świetle swobody przedsiębiorczości<sup>34</sup> do migrujących spółek przepisów państwa przyjmującego i dotyczących kapitału minimalnego i odpowiedzialności członków zarządu z tytułu ich naruszenia. Zwracając uwagę na istniejące między poszczególnymi systemami krajowych praw spółek różnice i konieczność ich akceptacji przez państwa członkowskie Trybunał jednoznacznie uznał tego rodzaju przepisy za sprzeczne ze swobodą przedsiębiorczości i jednocześnie za niespełniające kryteriów pisanych i niepisanych względów uzasadniających ograniczenie tej swobody, w szczególności w nawiązaniu do ww. modelu informacyjnego. Przyjąć należy, że to rozstrzygnięcie Trybunału jest szczegółowym wyrazem założenia, że spółki w rozumieniu art. 54 TfUE należy pod względem prawnośpółkowym oceniać zgodnie z prawem spółek państwa założenia.

Z przedstawionego orzecznictwa wynika, że swoboda przedsiębiorczości gwarantuje imigrującym spółkom z UE zachowanie podmiotowości oraz w pełnym zakresie dotychczasowego statutu personalnego w państwie przyjmującym. Spółka danego państwa członkowskiego musi być uznana w państwie członkowskim *fori* jako twór jej rodzimego systemu prawnego i w kwestiach prawnośpółkowych podlegać w pełni temu systemowi<sup>35</sup>. W konsekwencji stwierdzić można, że Trybunał ustanowił w zakresie swobody przedsiębiorczości spółek zasadę pochodzenia krajowego spółek europejskich<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Por. *ibidem*, s. 105.

<sup>34</sup> Wspomnieć wypada, że Trybunał rozstrzygnął w tym wyroku kwestię zgodności przepisów krajowych z prawem wtórnym, co jest dla niniejszego opracowania nieistotne; zob. jednakże w tym względzie A. Wowerka, *Swoboda przedsiębiorczości*, [w:] Z. Brodecki [red.], *Europa sędziów*, Warszawa 2007, s. 172–173.

<sup>35</sup> Por. Eidenmüller, *Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und ihre Rechtfertigung*, [w:] H. Eidenmüller [red.], *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, München 2004, s. 47; A. Wowerka, *Swoboda przedsiębiorczości spółek...*, s. 478–480; tenże *Swoboda...*, s. 170–171.

<sup>36</sup> Por. M. Brombach, *op. cit.*, s. 112–114; G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 117–118.

### III. Przełamanie statutu personalnego spółki przez normy państwa *fori*

W związku z przyjętym przez Trybunał modelem szerokiego uznania spółek prawa obcego pojawia się pytanie, czy i w jakim zakresie jest miejsce na stosowanie do spółek utworzonych zgodnie z prawem innych państw członkowskich przepisów prawnośpółkowych państwa *fori*. Pytanie to staje się aktualne zwłaszcza w odniesieniu do spółek formalnie utworzonych w innym państwie członkowskim, ale poza tą okolicznością nie mających żadnego związku z tym państwem i prowadzących działalność gospodarczą wyłącznie w państwie *fori* tzw. *pseudo foreign corporations*. Szczególnie istotne staje się wówczas zagadnienie zagwarantowania ochrony interesów rodzimych wierzycieli takich spółek.

Zastosowanie przepisów z zakresu prawa spółek państwa *fori* jest możliwe przy wykorzystaniu instytucji przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Są to bezwzględnie obowiązujące przepisy danego państwa, które podlegają zastosowaniu niezależnie od prawa właściwego wskazanego przez prawo kolizyjne tego państwa. Wyrażają one nakazy i zakazy, przy pomocy których dane państwo realizuje określone interesy wymagające uwzględnienia również z punktu widzenia kolizyjnoprawnego. Kwestią otwartą jest i z pewnością sporną, które przepisy polskiego prawa spółek, w tym przede wszystkim te odnoszące się do ochrony wierzycieli, należy uznać za mające taki charakter<sup>37</sup>. Niezależnie trzeba mieć na względzie, że zastosowanie przepisów prawnośpółkowych państwa *fori* w odniesieniu do imigrującej spółki musi w każdym przypadku być uzasadnione pisаныmi lub niepisаныmi względami, a ponadto przepisy te muszą być odpowiednie i niezbędne (proporcjonalne) do osiągnięcia zamierzonego rezultatu<sup>38</sup>.

W zakresie swobody przedsiębiorczości spółek i możliwego uzasadnienia krajowych środków ją ograniczających praktycznie żadnego znaczenia nie mają względy skodyfikowane w art. 52 TfUE<sup>39</sup>. Przepis ten zezwala na wprowadzenie szczególnych regulacji dotyczących cudzoziemców o charakterze dyskryminującym. Przepisy prawa spółek państwa *fori*, które ewentualnie

---

<sup>37</sup> Zob. w tym względzie w odniesieniu do prawa niemieckiego M. Brombach, *op. cit.*, s. 172–205.

<sup>38</sup> Por. G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 259.

<sup>39</sup> Por. G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 259; A. Spahlinger, *op. cit.*, s. 45.

miałyby mieć zastosowanie do spółek obcych nie mają charakteru dyskryminującego, gdyż w równym stopniu dotyczą spółek prawa krajowego, a ponadto nie służą też celom określonym i wymienionym w art. 52 TfUE, które z założenia mają uzasadniać przepisy o charakterze policyjnym<sup>40</sup>.

Spośród niepisanych względów w rachubę mogą wchodzić nadrzędne względy interesu ogólnego. W orzecznictwie Trybunału wiele okoliczności zostało uznanych za mające taki charakter. W zakresie swobody przedsiębiorczości spółek Trybunał wyraźnie zalicza dotychczas do nadrzędnych względów interesu ogólnego ochronę interesów wierzycieli, współników mniejszościowych, pracowników lub fiskusa.

Kolejnym ewentualnym kryterium uzasadniającym jest zapobieganie nadużyciu lub dokonywania oszustwa. W odniesieniu do swobody przedsiębiorczości spółek ustalenie, na czym polegać ma nadużycie lub oszustwo nie jest jasne<sup>41</sup>. W wyroku w sprawie *Inspire Art* Trybunał jednoznacznie określił, jakie okoliczności nie stanowią nadużycia. Stwierdził tam mianowicie, że „okoliczność, iż spółka została założona w państwie członkowskim w celu odniesienia pożytku z korzystniejszych przepisów sam w sobie nie jest wystarczający, aby wyprowadzać z niego istnienie nadużycia [...] swobody [przedsiębiorczości – przyp. aut.]”. W związku z tym stwierdzeniem powszechnie podkreślano w piśmiennictwie, że nadużycia lub oszustwa stanowią kryteria, które w odniesieniu do spółek jako takich będą mogły mieć zastosowanie w nadzwyczaj wąskim zakresie<sup>42</sup>. W wyroku w sprawie *Cadbury Schweppes*<sup>43</sup> Trybunał potwierdzając powyższe założenie wyjaśnił jednakże, iż „pojęcie przedsiębiorczości w rozumieniu postanowień traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości zakłada faktyczne wykonywanie działalności gospodarczej poprzez stały zakład w tym państwie na czas nieokreślony [...]. Zakłada ona zatem rzeczywiste utworzenie danej spółki

---

<sup>40</sup> Por. H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 53–54.

<sup>41</sup> Oszustwo jest ściśle związane z nadużyciem i wydaje się, że nie ma ono samodzielnego charakteru i mieści się w kategorii nadużycia. Tak też H. Hirte, *op. cit.*, s. 15–16, który wskazuje, że może być to również kwestia różnego tłumaczenia tego samego pojęcia [przyp. 76] oraz jak się zdaje G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 265, który w swoich rozważaniach mówi wyłącznie o nadużyciu. Odmiennie U. Frosthoff, *op. cit.*, s. 69; H. Fleischer, *op. cit.*, s. 101; H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 71 i n., s. 78 i n.

<sup>42</sup> Zob. G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 277–281; H. Fleischer, *op. cit.*, s. 101; H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 69–76; H. Hirte, *op. cit.*, s. 16.

<sup>43</sup> Wyrok ETS z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04, Zb.Orz. [2006] s. I-7995 i n.

w przyjmującym państwie członkowskim i faktyczne wykonywanie w nim działalności gospodarczej.” Wnika z tego zdaniem Trybunału, „że ograniczenie swobody przedsiębiorczości można usprawiedliwić [...] motywami zwalczania praktyk stanowiących nadużycie, a swoistym celem takiego ograniczenia powinno być ustanowienie przeszkody dla zachowań polegających na tworzeniu czysto sztucznych struktur, w oderwaniu od przyczyn ekonomicznych, w celu unikania podatku należnego z tytułu dochodu osiągniętego z działalności na terytorium krajowym. [...] Miałoby to miejsce w szczególności w przypadku spółki zależnej o charakterze «spółki adresowej» lub «firmy-krzak»”. Rzecznik generalny Maduro słusznie zauważył w swojej opinii w sprawie *Cartesio*<sup>44</sup>, że jest to „istotne ograniczenie wyroków w sprawach *Centros* i *Inspire Art*”. Stwierdzenie Trybunału odnosi się wprawdzie bezpośrednio do nadużyć podatkowych, niemniej przyjęć trzeba, że te same względy mogą uzasadnić stosowanie prawnospółkowych przepisów państwa *fori*, zwłaszcza w zakresie ochrony wierzycieli.

Niezależnie od zaistnienia omówionych wyżej kryteriów zastosowanie przepisów państwa *fori* do spółek prawa obcego musi odpowiadać jak wspomniano wyżej, wymogom odpowiedności i niezbędności (proporcjonalności). Punktem ciężkości przy ocenie przez Trybunał krajowych środków jest kryterium niezbędności, w ramach którego Trybunał bada praktycznie również kryterium proporcjonalności, co implikuje proces wyważania branych pod uwagę konkurujących wartości<sup>45</sup>. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału regulacja krajowa nie jest już konieczna, jeżeli dane interesy mogą być chronione przy pomocy środków mniej ograniczających swobody, nawet jeśli środki te nie gwarantują ochrony w tym samym stopniu<sup>46</sup>. W odniesieniu do szczególnie doniosłej w omawianym kontekście problematyki ochrony interesów wierzycieli spółki wystarczy zatem, jeżeli łagodniejsze środki zapewniają porównywalną ochronę w tym względzie. W ramach oceny uwzględnić należy również przepisy prawa obcego<sup>47</sup>. Podkreślić należy, że ochrona wierzyciela

---

<sup>44</sup> Opinia przywołana w przypisie 17.

<sup>45</sup> Por. H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 57; H. Fleischer, *op. cit.*, s. 103; G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 259; U. Frosthoff, *op. cit.*, s. 73.

<sup>46</sup> Por. U. Frosthoff, *op. cit.*, s. 74.

<sup>47</sup> Por. H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 61; U. Frosthoff, *op. cit.*, s. 74; O. Sandrock, *Was ist erreicht? Was bleibt zu tun? Eine kollisions- und materiellrechtliche Bilanz*, [w:] O. Sandrock, Ch. F. Wetzler [red.], *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen*, Heidelberg 2004, s. 43.

w państwach członkowskich niekoniecznie musi być słabsza, lecz jest często realizowana w innej formie niż w państwie *forti*<sup>48</sup>. Decydujące znaczenie ma to, czy ochrona ta ma porównywalny charakter<sup>49</sup>. Wobec różnego ukształtowania systemu ochrony wierzycieli w poszczególnych państwach należy przy ocenie tej porównywalności przyjąć za decydujące to, czy prawo założenia ogółem zapewnia porównywalną ochronę, co oznacza, że należy badać całe prawo obce łącznie ze wszystkimi jego instrumentami ochrony wierzyciela niezależnie od gałęzi i od tego, czy są to mechanizmy ustawowe czy wynikające z orzecznictwa<sup>50</sup>. Ochrona porównywalna nie oznacza ochrony identycznej. Przyjąć należy, że dla porównywalności wystarczy, że realizowane są te same cele, nawet jeśli instrumenty służące ich realizacji się różnią i nie jest uzyskany ten sam poziom ochrony<sup>51</sup>. Mając na względzie daleko idącą harmonizację prawa spółek wydaje się, iż generalnie można założyć porównywalność systemów ochrony wierzycieli w państwach członkowskich, a w każdym razie nie można mówić o *luce*<sup>52</sup>. Brak porównywalności będzie miał miejsce wtedy, gdy ochrona przewidziana w prawie inkorporacji spółki jest niewystarczająca<sup>53</sup>, co będzie wymagało wykazania w każdym indywidualnym przypadku.

Znaczenie wspomnianej wyżej harmonizacji w odniesieniu do ochrony wierzyciela przejawia się zwłaszcza przez zagwarantowanie mechanizmów

---

<sup>48</sup> Por. U. Frosthoff, M. Schulz, *Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften*, [w:] H. Hirte, T. Bücker [red.], *Grenzüberschreitende Gesellschaften. Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland*, Berlin, München 2005, s. 440.

<sup>49</sup> Por. U. Frosthoff, *op. cit.*, s. 75.

<sup>50</sup> Por. M. Brombach, *op. cit.*, s. 68; H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 62; U. Frosthoff, M. Schulz, *op. cit.*, s. 440.

<sup>51</sup> Por. U. Frosthoff, M. Schulz, *op. cit.*, s. 440.

<sup>52</sup> Za takim założeniem przemawia szczegółowa analiza prawnoporównawcza. Zob. w odniesieniu do poszczególnych spółek europejskich, ale także pozaeuropejskich opracowania zawarte w H. Hirte, T. Bücker [red.], *Grenzüberschreitende Gesellschaften. Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland*, Berlin, München 2005, s. 119–302 oraz w R. Süß, T. Wachter [red.], *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, Angelbachtal 2006, s. 355–1903 oraz w H. Eidenmüller [red.], *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutsche Recht*, München 2004, s. 328–372; a także zob. A. Spahlinger, G. Wegen, *Ausländisches Recht*, [w:] A. Spahlinger, G. Wegen [red.], *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, München 2005, s. 273–340. Dodać należy, że w ramach UE wszystkie systemy prawne państw członkowskich należy uważać za równorzędne. Można by nawet mówić o zasadzie równorzędności systemów prawnych państw członkowskich.

<sup>53</sup> Por. U. Frosthoff, M. Schulz, *op. cit.*, s. 439; H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 66 stawia wymóg oczywistej niedostateczności.

zapewniających wystarczający dostęp do informacji istotnych z punktu widzenia wierzyciela i tym samym transparentność w obrocie. Trybunał wyraźnie przypisał szczególną wagę kryterium informacji w zakresie ochrony wierzycieli. Koncepcję wprowadzoną w zakresie swobody przepływu towarów, zgodnie z którą zakaz wprowadzania towaru do obrotu jest niedopuszczalny, jeżeli interesy konsumenta mogą zostać uwzględnione również przez odpowiednie oznakowanie i oznaczenie towaru, Trybunał przejmując jako zasadę w zakresie swobody przedsiębiorczości spółek w wyrokach w sprawie *Centros* i *Inspire Art*<sup>54</sup>. W wyroku w sprawie *Inspire Art* Trybunał stwierdził, że „*Inspire Art* działa jako spółka prawa angielskiego, a nie jako spółka holenderska. Jej potencjalni wierzyciele są wystarczająco poinformowani, że podlega ona innym przepisom niż te, które regulują tworzenie spółek w Niderlandach, co dotyczy w szczególności przepisów o kapitale minimalnym i odpowiedzialności członków zarządu.” Powołując się na wyrok w sprawie *Centros* Trybunał zauważył dalej, że „ponadto wierzyciele mogą się powołać na określone ochronne uregulowania prawa wspólnotowego jak czwarta i jedenasta dyrektywa”. Stwierdzić można, że w dziedzinie swobody przedsiębiorczości spółek Trybunał ustanowił model informacyjny<sup>55</sup>, w myśl którego poinformowany podmiot wchodzący w relacje ze spółką prawa obcego nie wymaga ochrony<sup>56</sup>.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że imigrujące spółki podlegają ogólnym przepisom prawa prywatnego obowiązującym w państwie *fori*. Przepisy te również – aczkolwiek generalnie – realizują cele przyświecające rozwiązaniom prawnospółkowym dotyczącym ochrony wierzycieli. W tym

---

<sup>54</sup> Por. U. Frosthoff, *op. cit.*, s. 82.

<sup>55</sup> Por. H. Hirte, *op. cit.*, s. 11, przyp. 45; H. Fleischer, *op. cit.*, s. 103; H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 58.

<sup>56</sup> Por. H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 58. Zauważyć warto, że wprawdzie spółki prawa obcego nie podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców jako takie. Jedynie oddziały spółek zagranicznych podlegają wpisowi do stosownego rejestru. Jak się wydaje, można przyjąć, że obowiązek taki będzie istniał także wtedy, gdy spółka obca przenosi swą rzeczywistą siedzibę, która w istocie zawsze spełniała kryteria oddziału. Tak np. przyjmuje się w doktrynie niemieckiej (zob. H. Hirte, *op. cit.*, s. 16–17; M. Lutter, *Die Eintragung von EU-Auslandsgesellschaften im deutschen Handelsregister*, [w:] M. Lutter [red.], *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. Mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln 2005, s. 2–9, 14; P. Mankowski, *Registrierung, Firmenführung und Vertretungsnachweis im deutschen Registerverfahren*, [w:] H. Hirte, T. Bücker [red.], *Grenzüberschreitende Gesellschaften. Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland*, Köln, Berlin, München 2005, s. 351).



kontekście, aby zapewnić stosowanie rodzimych przepisów, postuluje się na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej poddanie poszczególnych elementów składających się na ochronę wierzyciela, w tym w szczególności odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki, nie statutowi spółki, lecz statutowi deliktowemu lub upadłościowemu<sup>57</sup>. Wielu zwolenników zyskuje zwłaszcza kwalifikacja upadłościowa<sup>58</sup>. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera problematyka wyznaczenia granic statutu personalnego spółek<sup>59</sup>, zwłaszcza że materia ta nie jest wyraźnie uregulowana w prawie polskim<sup>60</sup>.

Statut personalny spółki obejmuje, zgodnie z zasadą jedności, wszelkie przepisy prawnospółkowe określające tworzenie, charakter i strukturę oraz funkcjonowanie spółki w obrocie. Obrazowo rzecz ujmując statut ten określa warunki, na jakich spółka powstaje, żyje i ustaje<sup>61</sup>. Zakresem statutu personalnego objęte są w szczególności normy określające materialne przesłanki powstania spółki, wewnętrzną strukturę organizacyjną, w tym kompetencje organów, prawa i obowiązki wspólników, a także reguły dotyczące sfery zewnętrznej spółki, w tym zwłaszcza reprezentację spółki oraz odpowiedzialność spółki, organów i wspólników za zobowiązania spółki i wreszcie rozwiązanie i likwidację spółki<sup>62</sup>. Niemniej występuje wiele kwestii, które budzić mogą

---

<sup>57</sup> Zob. O. Berner, G. Spindler, *Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art*, *Recht der Internationalen Wirtschaft* (RIW) 2004, Heft 1, s. 7 i n.; H. Fleischer, *op. cit.*, s. 97; G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 198–201; R. Süß, *op. cit.*, s. 21.

<sup>58</sup> Zob. m.in. M. Fischer, *Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach „Inspire Art“*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (ZIP) 2004, Heft 32, s. 1477 i n.; K. Kühnle, D. Otto, „*Neues*” zur kollisionsrechtlicher Qualifikation Gläubigerschützender Materien in der Insolvenz der Scheinauslandsgesellschaft, *IPRax* 2009, Heft 2, s. 117 i n.; S. Riedemann, *Das Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut. „Inspire Art“ und die Insolvenz über das Vermögen einer englischen „limited“ in Deutschland*, *GmbH-Rundschau* (GmbHR) 6/2004, s. 345 i n.; P. Ungan, *Gläubigerschutz nach dem EuGH-Urteil in „Inspire Art“ – Möglichkeiten für die Durchgriffshaftung in der Insolvenz?*, *ZVglRWiss* 2005, Band 104, s. 356 i n.

<sup>59</sup> Należy zauważyć, że w odniesieniu do stosowania do spółek obcych przepisów spoza prawa spółek nie można mówić o przełamaniu statutu personalnego spółki; przepisy te znajdują zastosowanie nie w miejsce prawa spółek objętych statutem personalnym, lecz równoległe obok tych przepisów.

<sup>60</sup> Co do głównych materii objętych zakresem statutu personalnego spółki w prawie polskim, zob. m.in. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2009, s. 104. Co do zakresu statutu personalnego w prawie niemieckim zob. P. Kindler, *op. cit.*, s. 204–267.

<sup>61</sup> Por. W. Klyta, *op. cit.*, s. 15.

<sup>62</sup> Por. P. Kindler, *op. cit.*, s. 204.

wątpliwości co do kwalifikacji prawospółkowej. Tytułem przykładu wymienić można takie zagadnienia jak zbywanie udziałów (akcji), dziedziczenie udziałów (akcji), prawo poboru akcji, obowiązki zgłoszenia upadłości spółki i odpowiedzialność z tego tytułu, pożyczki i inne świadczenia wspólników na rzecz spółki zastępujące wpłaty na kapitał zakładowy, porozumienia między wspólnikami dotyczące ich praw i obowiązków spółkowych, odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki w ramach tzw. przekłucia welonu korporacyjnego, firma, prokura, *actio pro socio*, obowiązki informacyjne i sprawozdawcze w zakresie rynku kapitałowego i odpowiedzialność za ich naruszenie, oraz inne kwestie związane z rynkiem kapitałowym jak zakaz wykorzystywania informacji poufnych i odpowiedzialność z tego tytułu, czy oferta przejęcia. Kwestie te, traktowane dotychczas marginalnie, nabrały obecnie szczególnego znaczenia w związku z konsekwencjami wynikającymi dla teorii siedziby z orzecznictwa Trybunału<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Podkreślić należy, że w zasadzie dopiero wyrok w sprawie *Überseering* kwestionujący obowiązywanie teorii siedziby, wywołał w państwach hołdujących tej teorii, zwłaszcza w Niemczech, żywą dyskusję co do zakresu statutu personalnego spółek, wcześniej nie było po prostu takiej potrzeby. Jej wynikiem jest szereg licznych artykułów i monografii. Poza komentarzem monachijskim spośród ogólnych opracowań dotyczących zakresu statutu personalnego spółek zob. D. Jasper/Wollbrink, *op. cit.*, s. 1667–1673; R. Süß, *op. cit.*, s. 22–51; R. Hausmann, *Reichweite des Gesellschaftsstatuts*, [w:] Ch. Reithmann, D. Martiny [red.], *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Köln 2010, s. 1550–1562; A. Spahlinger, G. Wegen, *Für Gesellschaften relevante Sachverhalte mit Auslandsberührung*, [w:] A. Spahlinger, G. Wegen [red.], *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, München 2005, s. 67–121, 149–156, 187–188. Szczegółowo co do prawno spółkowej (lub innej) kwalifikacji poszczególnych kwestii, w szczególności w związku ze swobodą przedsiębiorczości, zob. S. Alexander, *Gläubigerschutz durch Kapitalschutz bei der englischen private company limited by shares mit Verwaltungssitz in Deutschland*, Frankfurt am Main 2009, s. 136–160, 196–244; H. Hirte, *op. cit.*, s. 21–41; S. Leible, *Auslandsgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz im Rechtsverkehr*, [w:] H. Hirte, T. Bücker [red.], *Grenzüberschreitende Gesellschaften. Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland*, Köln, Berlin, München 2005, s. 303–330; P. Mankowski, *op. cit.*, s. 366–376, 381; O. Sandrock, *op. cit.*, s. 42–64; K. Schmidt, *Publizität von Schein-Auslandsgesellschaften durch Firmenrecht und Angaben auf Geschäftsbriefen*, [w:] M. Lutter [red.], *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. Mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln 2005, s. 25–40; H. Eidenmüller, G. Rehm, *Gesellschaftsrecht*, [w:] H. Eidenmüller [red.], *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, München 2005, s. 86–104; M. Rehberg, *Zivil-, Handels- und Verfahrensrecht*, [w:] H. Eidenmüller [red.], *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, München 2004, s. 141–153, 163–166; G. Rehm, *Zivil-, Handels- und Verfahrensrecht*, [w:] H. Eidenmüller [red.], *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, München 2004, s. 168–169; H. Eidenmüller, *Insolvenzrecht*, [w:] H. Eidenmüller [red.], *Ausländische*

Należy mieć również na względzie, że także uregulowania spoza zakresu prawa spółek muszą być zgodne ze swobodą przedsiębiorczości i wymagają uzasadnienia, jeżeli uniemożliwiają, ograniczają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie z tej swobody, co jest konsekwencją zakazu ograniczeń tej swobody<sup>64</sup>. Oznacza to, że również normy prawa prywatnego, w tym deliktowe i upadłościowe państwa *fori* powołane w wyniku stosownej kwalifikacji wymagają uzasadnienia, jeżeli stanowią ograniczenie swobody przedsiębiorczości spółek prawa obcego<sup>65</sup>. *A priori* nie można tego wykluczyć, aczkolwiek wydaje się, że jako ogólne przepisy państwa *fori* ze względu na swój generalny charakter i jednolite stosowanie będą mieć praktycznie niewielki potencjał ograniczający<sup>66</sup>. W tym kontekście wysunięto postulat zastosowania w zakresie swobody przedsiębiorczości formuły *Keck* wypracowanej przez Trybunał w zakresie swobody przepływu towarów, za czym przemawiać ma konwergencja podstawowych swobód<sup>67</sup>. W świetle formuły *Keck* przepisy dotyczące właściwości produktu zawsze wymagają uzasadnienia, natomiast

---

*Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, München 2004, s. 317–322. R. Hausmann, *Schutz des Rechtsverkehrs*, [w:] Ch. Reithmann, D. Martiny [red.], *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Köln 2010, s. 1562–1572; U. Frosthoff, M. Schulz, *op. cit.*, s. 432–467; T. Lanzius, *op. cit.*, s. 21 i n.; S. Mock, *Die actio pro socio im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, *RabelsZ* 2008, Band 72, s. 290–296; S. Mock, Ch. Schildt, *Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland*, [w:] H. Hirte, T. Bücker [red.], *Grenzüberschreitende Gesellschaften. Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland*, Köln, Berlin, München 2005, s. 469, 473–474, 479–486; H. Fleischer, *op. cit.*, s. 79–91, 92–129; U. Huber, *Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz von Auslandsgesellschaften*, [w:] M. Lutter [red.], *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. Mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln 2005, s. 131–160, 166–190; tenże, *Die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführer von Auslandsgesellschaften*, [w:] M. Lutter [red.], *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. Mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln 2005, s. 307–365; G. Wagner, *Scheinauslandsgesellschaften im Europäischen Zivilprozessrecht*, [w:] M. Lutter [red.], *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. Mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*, Köln 2005, s. 229–230; F. Kienle, *op. cit.*, s. 141–156, s. 180–199.

<sup>64</sup> Por. G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 198.

<sup>65</sup> Por. H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 49–50.

<sup>66</sup> Por. G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 202–203; K. Schmidt, *op. cit.*, s. 25–26; P. Ungan, *op. cit.*, s. 363–365.

<sup>67</sup> Tak H. Eidenmüller, *Beschränkungen...*, s. 50–53; U. Frosthoff, *op. cit.*, s. 65; F. Kienle, *op. cit.*, s. 157; A. Jüttner, *op. cit.*, s. 94; K. Schmidt, *op. cit.*, s. 25–26. Odmienne G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 204.

przepisy dotyczące warunków sprzedaży tylko wówczas, gdy mają one charakter dyskryminacyjny, co na gruncie swobody przedsiębiorczości oznaczałoby, że uzasadnienia wymagałyby przepisy dotyczące tożsamości spółki<sup>68</sup>, natomiast w odniesieniu do ogólnych przepisów dotyczących prowadzenia przez spółkę działalności, w tym deliktowych i upadłościowych, swoboda przedsiębiorczości zredukowana byłaby do zakazu dyskryminacji. Przeciwnie tej koncepcji przemawia zasadniczo to, że może skłaniać do podejmowania prób sztucznego zawężania zakresu statutu personalnego, a ponadto wiąże się z nią ten sam problem, który dotyczy towarów, a mianowicie trudność w odróżnieniu przepisów dotyczących towarów od przepisów dotyczących warunków ich sprzedaży.

#### IV. Kolidyjnoprawny charakter swobody przedsiębiorczości

W związku z konsekwencjami dla teorii siedziby wynikającymi z orzecznictwa Trybunału pojawić się może wątpliwość, czy swoboda przedsiębiorczości nie zawiera normy kolidyjnej o treści teorii założenia. Zagadnienie to ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy państwa członkowskie mają swobodę przy ustalaniu łącznika, czy też są zobowiązane do przyjęcia teorii założenia. Udzielenie odpowiedzi pozytywnej na to pytanie oznaczałoby bowiem automatyczne obowiązywanie teorii założenia we wszystkich państwach członkowskich i wyłączenie swobody państw członkowskich w tym zakresie. Zdaniem autora na to pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej i poglądy przeciwnie<sup>69</sup> odrzucić. Przemawia za tym szereg zasadniczych względów.

Przypomnieć należy przede wszystkim, że gwarancyjna treść swobody przedsiębiorczości ujmowana jest nie tylko jako zakaz dyskryminacji, ale przede wszystkim jako zakaz ograniczeń<sup>70</sup>. Z zakazu tego wynika, że sprzeczne ze swobodą przedsiębiorczości są wszelkie regulacje prawa krajowego, które mogą wyłączyć, ograniczyć lub uczynić mniej atrakcyjnym korzystanie przez podmioty uprawnione ze swobody przedsiębiorczości. Konsekwencją

---

<sup>68</sup> Por. U. Frosthoff, *op. cit.*, s. 66; A. Jüttner, *op. cit.*, s. 94.

<sup>69</sup> M.in. M. Brombach, *op. cit.*, s. 111; P. Behrens, *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art*, IPRax 2003, Heft 3, s. 204; R. Hausmann, *Bestimmung...*, s. 1514; H. Eidenmüller, *op. cit.*, s. 47; zob. także G. Rehm, *Völker- und europarechtliche Vorgaben...*, s. 37; M. Brombach, *op. cit.*, s. 105; G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 78–79.

<sup>70</sup> Por. M. Brombach, *op. cit.*, s. 65; G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 88–90.

takiej koncepcji jest założenie, że decydujące znaczenie ma wyłącznie skutek jaki wywołują regulacje krajowe w zakresie swobody przedsiębiorczości<sup>71</sup>. Przepisy prawa krajowego nie mogą powodować nieuzasadnionego ograniczenia swobody przedsiębiorczości niezależnie od tego, czy mają charakter materialnoprawny, czy też kolizyjnoprawny<sup>72</sup>. W rezultacie przyjąć należy za negujący swobodę przedsiębiorczości co najwyżej skutek teorii siedziby, a nie samą ją statuującą normę kolizyjną<sup>73</sup>.

Ponadto koncepcja kolizyjnoprawnego wskazania na prawo państwa założenia nie przekonuje także z tego względu, że przy takim założeniu również spółki utworzone poza UE mogłyby się powołać na swobodę przedsiębiorczości w razie posiadania przez nie siedziby rzeczywistej lub głównego przedsiębiorstwa na terenie UE. W świetle teorii założenia, do której stosowania państwa członkowskie miałyby być zobowiązane, taką spółkę należałoby uznać. Zgodnie z teorią założenia spełnienie przez spółkę przesłanek koniecznych do jej powstania oznacza, że spółka taka istnieje automatycznie również w państwie przyjmującym, które tej teorii hołduje. Dopuszczenie takiej ewentualności byłoby sprzeczne z celem i sensem swobody przedsiębiorczości, która za podmioty uprawnione (beneficjentów) uznaje wyłącznie spółki europejskie i dlatego też wymaga utworzenia spółki zgodnie z prawem państwa członkowskiego.

W doktrynie poddaje się niekiedy w wątpliwość kwestionowanie obowiązywania teorii siedziby jako sprzecznej ze swobodą przedsiębiorczości. Zgodnie z tym stanowiskiem swoboda przedsiębiorczości w ogóle nie stanowi kryterium oceny w odniesieniu do krajowego kolizyjnego prawa spółek<sup>74</sup>. Zwraca się uwagę, iż orzecznictwo Trybunału w zakresie przedsiębiorczości spółek odnosi się wyłącznie do płaszczyzny prawa materialnego i nie dotyczy reguł kolizyjnych. Głosy te były silne zwłaszcza przed wydaniem wyroku w sprawie *Überseering*, który jednoznacznie i jak dotychczas jedyny odnosi się do sfery kolizyjnoprawnej, i stały się znów widoczne po wyroku w sprawie *Cartesio*<sup>75</sup>. Na poparcie prezentowanego stanowiska mogłaby

---

<sup>71</sup> Por. M. Brombach, *op. cit.*, s. 65; U. Frosthoff, *op. cit.*, s. 63–64.

<sup>72</sup> Por. U. Frosthoff, M. Schulz, *op. cit.*, s. 436.

<sup>73</sup> Por. G.A. Jestädt, *op. cit.*, s. 201.

<sup>74</sup> Zob. M. Brombach, *op. cit.*, s. 105; G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 76–78.

<sup>75</sup> P. Kindler stwierdza, że Trybunał wyrokiem w sprawie *Cartesio* „potwierdził kolizyjnoprawną neutralność TfUE” (tenże *Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Trabrennbahn, Cartesio und die Folgen*, IPRax 2009, Heft 3, s. 191).

przemawiać okoliczność, że będące konsekwencją przeniesienia siedziby rzeczywistej do państwa hołdującego teorii siedziby nieuznanie imigrującej spółki prawa obcego nie wynika bezpośrednio z tej teorii, lecz jest skutkiem braku spełnienia przesłanek normatywnych przewidzianych w prawie materialnym państwa przyjmującego. Zgodnie z teorią siedziby przeniesienie siedziby rzeczywistej powoduje zmianę statutu, co samo w sobie oznacza jedynie, że imigrująca spółka założona za granicą podlega odtąd ocenie w świetle prawa materialnego państwa przyjmującego. Teoria siedziby wskazuje zatem jedynie, jak każda norma kolizyjna, prawo właściwe i poprzedza jedynie tym samym ocenę materialnoprawną danej sytuacji. I to właśnie w ramach oceny materialnoprawnej następuje stwierdzenie, że nie są spełnione przesłanki powstania spółek przewidzianych w prawie krajowym. Z reguły oprócz innych przesłanek założenia spółki prawa krajowego brak będzie konstytutywnego wpisu w krajowym rejestrze handlowym. Zmiana statutu wyłącza możliwość zaklasyfikowania imigrującej spółki jako rodzimej spółki kapitałowej, gdyż nie spełnia ona kryteriów koniecznych do utworzenia takiej spółki. Zmiana ta wyłącza również uznanie imigrującej spółki za spółkę prawa obcego ponieważ z punktu widzenia państwa przyjmującego w związku ze zmianą statutu prawo założenia nie podlega już zastosowaniu, a zastosowanie ma wyłącznie prawo rodzime. W praktyce oznacza to, że imigrująca spółka musi zostać utworzona na nowo jako spółka prawa rodzimego. W każdym przypadku nieuznanie spółki jest bezpośrednim skutkiem zastosowania prawa materialnego powołanego przez normę kolizyjną. Istotnie ograniczenie mobilności spółek nie jest zatem spowodowane wprost przez samą normę łącznika (teorię siedziby), lecz ma swoje bezpośrednie źródło na płaszczyźnie prawa materialnego<sup>76</sup>. W rezultacie ocenie pod względem zgodności ze swobodą przedsiębiorczości należałoby poddać wyłącznie prawo materialne. Taką koncepcję należy jednakże odrzucić. Jak wskazano wyżej ocenie podlega skutek w świetle swobody przedsiębiorczości. Przede wszystkim należy mieć na względzie, że w sferze swobody przedsiębiorczości skutki materialnoprawne nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od płaszczyzny kolizyjnoprawnej. To właśnie prawo kolizyjne warunkuje stosowanie właściwego prawa materialnego. Pierwotnym źródłem zaistnienia materialnych skutków prawa spółek jest kolizyjne prawo spółek. Przewidziany przez krajowe prawo kolizyjne skutek

---

<sup>76</sup> Por. M. Brombach, *op. cit.*, s. 106.

w postaci zmiany statutu pozbawia imigrującą spółkę możliwości stosowania jej rodzimego prawa spółek, zgodnie z którym została ona utworzona (inkorporacji) i tym samym podstawę jej egzystencji<sup>77</sup>. Z dogmatycznego punktu widzenia element negujący swobodę przedsiębiorczości wynika z samej zmiany statutu, a nie dopiero ze skutków materialnoprawnych<sup>78</sup>. W nawiązaniu do poczynionych wyżej wywodów odnoszących się do uznania stwierdzić można, że zmiana statutu prowadzi do nieuznania podmiotu swobody przedsiębiorczości w przyjmującym państwie *fori*, i ta właśnie zmiana oznacza negację swobody przedsiębiorczości.

Ponadto wyłączenie reguł kolizyjnych z kryteriów oceny swobody przedsiębiorczości byłoby sprzeczne z uznaną hierarchią norm pomiędzy prawem unijnym, a prawem krajowym. Prawo unijne ma w każdym przypadku pierwszeństwo stosowania przed prawem krajowym niezależnie od dziedziny danej regulacji; z punktu widzenia prawa unijnego nie ma więc znaczenia, czy podmiot uprawniony z tytułu swobody przedsiębiorczości doznaje ograniczeń bądź jest ograniczany w korzystaniu z niej przez prawo kolizyjne, materialne, czy też jednocześnie przez obie te dziedziny<sup>79</sup>.

Zauważyć trzeba również, że Trybunał orzeka i analizuje w kategoriach prawa unijnego, a nie kategoriach dogmatycznych i pojęciowych krajowych systemów prawnych. Zapewniając pierwszeństwo prawa unijnego nie definiuje ani też nie kodyfikuje w tym kontekście prawa krajowego<sup>80</sup>.

Wspomnieć można jeszcze, że za uznaniem autonomii państw członkowskich w dziedzinie kolizyjnej nie może przemawiać również powołanie się na lokalizację (siedziba statutowa, zarząd lub główne przedsiębiorstwo) wymienione alternatywnie w art. 54 TfUE. Nie mają one znaczenia kolizyjnoprawnego i nie określają możliwego do wyboru przez państwa członkowskie kryterium łącznika dla wskazania właściwego prawa spółek, a stanowią wyłącznie kryterium lokalizacyjne określające faktyczne powiązanie spółki utworzonej zgodnie z prawem państwa członkowskiego z terytorium UE<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Por. G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 38.

<sup>78</sup> Por. G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 108.

<sup>79</sup> Por. Ch. C. v. Halen, *op. cit.*, s. 114.

<sup>80</sup> Por. G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 47, 83–85; G. Rehm, *Völker- und europarechtliche Vorgaben...*, s. 39–40.

<sup>81</sup> Por. G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 87.

W świetle powyższej analizy swoboda przedsiębiorczości z jednej strony nie ma charakteru kolizyjnoprawnego, a z drugiej strony jej kontroli podlegają krajowe reguły kolizyjne międzynarodowego prawa spółek<sup>82</sup>. W każdym przypadku ma ona wpływ na krajowe kolizyjne prawo spółek przez samo to, że uznaje materialne skutki będące konsekwencją zastosowania teorii siedziby za sprzeczne ze swobodą przedsiębiorczości<sup>83</sup>.

## V. Podsumowanie

Swoboda przedsiębiorczości w wykładni dokonanej przez Trybunał wyłącza stosowanie teorii siedziby w przypadku imigracji spółek utworzonych zgodnie z ustawodawstwem państw członkowskich. Okoliczność, że zgodny ze swobodą przedsiębiorczości stan można uzyskać wyłącznie przy pomocy teorii założenia, nie oznacza jednak, że swoboda przedsiębiorczości zawiera taką regułę kolizyjnoprawną wypierającą prawo krajowe. Z teorii siedziby nie trzeba zatem rezygnować. Inną kwestią jest, czy nie byłoby racjonalne *de lege ferenda* generalnie odstąpić od tej teorii. Można wskazać, że *de facto* pozostało na zastosowanie tej teorii niewiele miejsca w ramach UE – w zasadzie jedynie w odniesieniu do emigracji spółek i do spółek niebędących beneficjentami swobody przedsiębiorczości. Dodać można, że teoria założenia już teraz ma zastosowanie w państwach hołdujących teorii siedziby także w odniesieniu do spółek pochodzących spoza UE. Na podstawie art. 31 w zw. z art. 34 Porozumienia w sprawie EOG zasady wynikające z orzecznictwa Trybunału znajdują odpowiednio zastosowanie do spółek utworzonych zgodnie z prawem jednego z państw należących do EFTA<sup>84</sup>. Istnieje także wiele innych umów międzynarodowych, na mocy których wyłączone jest

---

<sup>82</sup> Por. G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 47, 75; U. Frosthoff, M. Schulz, *op. cit.*, s. 435–436; A. Spahlinger, *op. cit.*, s. 45.

<sup>83</sup> Por. G.A. Jestädt, *op. cit.*, s. 47.

<sup>84</sup> S. Leible, J. Hoffmann, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, Heft 12, s. 927; W. Goette, *Geltung der eingeschränkten Sitztheorie bei Verwaltungswechsel nach Deutschland, Anmerkung*, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2009, Heft 1/2, s. 63; ; 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:] *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)* 164, s. 148 i n. Nie dotyczy to jednakże Szwajcarii, która jak dotąd nie ratyfikowała porozumienia w sprawie EOG (zob. wyrok BGH z dnia 27 października 2008 r. w sprawie II ZR 158/06 *Trabrennbahn* w odniesieniu do szwajcarskiej spółki akcyjnej opublikowany [w:] *DStR* 2009, Heft 1/2, s. 59 i n. oraz [w:] *NJW* 2009, Heft 5, s. 289 i n.).



zastosowanie teorii siedziby na rzecz teorii założenia<sup>85</sup>. W konsekwencji stwierdzić można w tym kontekście, że realizacja celów leżących u podstaw teorii siedziby jest istotnie osłabiona, skoro już teraz możliwe jest prowadzenie działalności gospodarczej w formie spółek utworzonych zgodnie z liberalnym prawem spółek, jak spółki prawa angielskiego, czy spółki utworzonej zgodnie z prawem Lichtensteinu. Zauważyć też można, iż wątpliwe jest, czy rodzime prawo spółek w każdym przypadku zapewnia większą ochronę i lepsze standardy niż prawo obce<sup>86</sup>.

W piśmiennictwie zaprezentowano już wiele zasadniczych i przekonujących argumentów przemawiających za generalnym przyjęciem teorii założenia<sup>87</sup>. Można mieć wprawdzie wątpliwości w odniesieniu do państw spoza UE<sup>88</sup>, niemniej zauważyć można, że tutaj w pełnym zakresie zastosowanie będą znajdowały instrumenty chroniące interesy rodzimych podmiotów, a którym orzecznictwo Trybunału postawiło wysokie progi w odniesieniu do spółek z UE.

Uznanie spółek w rozumieniu swobody przedsiębiorczości oznacza jednocześnie import ich statutu personalnego do państwa przyjmującego. Wszelkie wewnętrzne stosunki i zewnętrzne spółki muszą podlegać ocenie zgodnie z

---

<sup>85</sup> Zob. np. w odniesieniu do prawa polskiego M. Pazdan, *op. cit.*, s. 101 i konwencje wskazane tam w przyp. 7; w odniesieniu do spółek amerykańskich na terytorium Niemiec w związku z zawartą między Niemcami i USA umową w sprawie przyjaznych stosunków, handlu i żeglugi (*Freundschafts-, Handels-, und Schifffahrtsvertrag*) z dnia 29 października 1954 r.: zob. wyrok BGH z dnia 29 stycznia 2003 r. w sprawie VIII ZR 155/02 opublikowany [w:] BHGZ 153, s. 353 i n.; BGH z dnia 5 lipca 2004 r. w sprawie II ZR 389/02 opublikowany [w:] DStR 2004, Heft 43, s. 1841 i n.; BGH z dnia 13 października 2004 r. w sprawie I ZR 245/01 opublikowany [w:] DStR 2004, Heft 49, s. 2113 i n.; zob. także H. Bungert, *Sitzanknüpfung für Rechtsfähigkeit von Gesellschaften gilt auch nicht mehr im Verhältnis zu den USA*, Der Betrieb (DB) 2003, Heft 19, s. 1043 n.; P. Kindler, *Nach Überseering: Partei- und Prozessfähigkeit einer in den USA gegründeten Gesellschaft mit Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland*, BB-Kommentar, Betriebs-Berater (BB) 2003, Heft 16, s. 812; M. Stürner, *Zur Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland*, IPRax 2005, Heft 4, s. 305 i n.

<sup>86</sup> Tak np. w odniesieniu do prawa niemieckiego S. Batlhasar, *Gesellschaftsstatut und Gläubigerschutz: ein Plädoyer für die Gründungstheorie*, RIW 2009, Heft 4, s. 222, przyp. 7.

<sup>87</sup> Zob. m.in. S. Balthasar, *op. cit.*, s. 222–223; M. Brombach, *op. cit.*, s. 126–133; G. Rehm, *Völker- und europarechtliche Vorgaben...*, s. 44–45; G. A. Jestädt, *op. cit.*, s. 252–254.

<sup>88</sup> Zob. W. F. Ebke, *Überseering und Inspire Art: Auswirkungen auf das Internationale Gesellschaftsrecht aus der Sicht von Drittstaaten*, [w:] O. Sandroek, Ch. F. Wetzler [red.], *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen*, Heidelberg 2004, s. 122–128.

statutem personalnym. W tym kontekście z rezerwą należy podchodzić do głosów sugerujących zawężenie statutu personalnego, by w ten sposób uniknąć możliwego konfliktu ze swobodą przedsiębiorczości. Podkreślić trzeba, że kolizyjnoprawna kwalifikacja danej instytucji na płaszczyźnie prawa krajowego i wiążący się z tym odmienny łącznik kolizyjnoprawny są nieistotne z punktu widzenia swobody przedsiębiorczości, bowiem zakaz ograniczeń wiąże niezależnie od tego, czy dana instytucja przyporządkowywana jest prawu spółek, prawu deliktowemu czy też upadłościowemu<sup>89</sup>, aczkolwiek z reguły ogólne przepisy pozaspółkowe nie będą stanowić ograniczenia swobody przedsiębiorczości. Fakt ten nadaje szczególny wymiar problematyce zakresu statutu personalnego spółek. W każdym przypadku ustalanie zakresu statutu personalnego spółki powinno odbywać się z uwzględnieniem zakresu zastosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 roku w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)<sup>90</sup>, rozporządzenia (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 roku dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II)<sup>91</sup> oraz rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 roku w sprawie postępowania upadłościowego<sup>92</sup>. Upraszczając w tym miejscu rzecz, ogólnie można stwierdzić, że jeżeli dana sytuacja wchodzi w zakres zastosowania, któregoś z tych rozporządzeń, wykluczona jest kwalifikacja prawnospółkowa<sup>93</sup>.

Należy zwrócić jeszcze uwagę, że w związku z orzecznictwem Trybunału dotyczącym swobody przedsiębiorczości spółek autonomiczne międzynarodowe prawo spółek jest przedmiotem stosownych działań legislacyjnych. Tytułem przykładu wskazać można projekt niemieckiej nowelizacji dotyczącej prawa właściwego dla spółek, który zastępuje dotychczasowy (niepisany w niemieckim prawie kolizyjnym) łącznik oparty na teorii siedziby (pisany) łącznikiem założenia<sup>94</sup>. Podobnych działań nie można wykluczyć również

---

<sup>89</sup> Por. U. Frosthoff, M. Schulz, *op. cit.*, s. 436.

<sup>90</sup> Dz. Urz. UE z 2008 r. L 177, s. 6 i n.

<sup>91</sup> Dz. Urz. UE z 2007 r. L 199, s. 40 i n.

<sup>92</sup> Dz. Urz. UE z 2000 r. L 160, s. 1 i n., ze zm.

<sup>93</sup> P. Kindler, *Internationales...*, s. 192.

<sup>94</sup> Szerzej na temat projektowanych zmian zob. Ch. Schneider, *Internationales Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung*, BB 2008, Heft 12, 566 i n.; R. Hausmann, *Bestimmung...*, s. 1525–1527; R. Wagner, B. Timm, *Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*, IPRax 2008, Heft

w innych państwach członkowskich hołdujących teorii siedziby. Również na gruncie prawa rodzimego dostrzeżono konieczność dokonania zmian w dziedzinie międzynarodowego prawa spółek, aczkolwiek nie tyle w związku ze swobodą przedsiębiorczości, co przede wszystkim w związku z ogólną koncepcją nowelizacji obowiązującej regulacji. Wymienić tu należy projekt ustawy z dnia 16 grudnia 2008 roku o prawie prywatnym międzynarodowym, która ma zastąpić obecnie obowiązującą ustawę z 1965 roku<sup>95</sup>. Ogólnie rzecz biorąc zawarte w tym projekcie rozwiązania należy ocenić pozytywnie, aczkolwiek można wyrazić wątpliwości co do zgodności leżących u ich podstaw założeń z wymogami swobody przedsiębiorczości wynikającymi z orzecznictwa Trybunału.

Na koniec wypada zauważyć, że na poziomie unijnym nie są planowane w najbliższej przyszłości żadne działania w celu kodyfikacji tej niezwykle istotnej dziedziny prawa prywatnego międzynarodowego jaką jest międzynarodowe prawo spółek<sup>96</sup>.

## SUMMARY

### THE UE TREATY ON FREEDOM OF ESTABLISHMENT AND AUTONOMOUS INTERNATIONAL PRIVATE LAW OF COMPANIES

The freedom of establishment excludes the application of the real seat theory in cases of immigration of the companies established according to the law of EU member states. Although the freedom of establishment does not state any conflict-of-law-rules,

---

2, s. 81 i n.; zob. także materiały i opracowania opublikowane [w:] *Vorschläge und Berichte zur Reform der europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Tübingen 2007; zob. również Ch. F. Wetzler, *Rechtspolitische Herausforderungen*, [w:] O. Sandrock, Ch. F. Wetzler [red.], *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen*, Heidelberg 2004, s. 135–198.

<sup>95</sup> Zob. tekst opublikowany w: M. Pazdan, *Prawo...*, s. 343 i n. Zob. także pierwotny projekt nowej ustawy z dnia 9 października 2006 r. opublikowany [w:] *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego (PPPM) 2007*, Tom 1, s. 115 i n. Zob. również w ogólności co do proponowanej reformy M. Pazdan, *O projekcie nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*, PPPM 2007, Tom 1, s. 11 i n.

<sup>96</sup> Warto wspomnieć, że Specjalna Komisja ds. Międzynarodowego Prawa Spółek drugiej Komisji Niemieckiej Rady ds. Międzynarodowego Prawa Prywatnego przedstawiła projekt stosownego rozporządzenia; zob. projekt wraz z uzasadnieniem w wersji niemieckiej, angielskiej, francuskiej i włoskiej [w:] *Vorschläge...*, s. 3–198.

the above consequence results from prohibition of any restrictions it provides. The refusal of recognition of the migrating companies as a consequence of the real seat theory is a negation of freedom of establishment. The recognition of companies is, in the meaning of the freedom of establishment, tantamount to the import of the company law applicable to them to the destination state. The law of the destination state, which could be applied in case of the migrating companies, especially the company law but also – as a result of different qualification – among others the insolvency and the tort law, should be considered in the light of the possible restrictions of the freedom of establishment.