

Maciej Mataczyński

Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki handlowej za granicę

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego 13, 19-60

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

Maciej Mataczyński*

Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki handlowej za granicę

Abstract: Cross-border activities of a company whose statutory seat is located in Poland have to be considered both in the context of Polish private international law rules and the EU law freedoms, in particular the freedom of establishment. The article concerns particularly one of the types of such activities — cross-border transfer of statutory seat, which has to be qualified as a cross-border conversion of a company. In VALE-judgment (C-378/10) the Court of Justice of the European Union stated that cross-border conversions of companies are, in principle, amongst those economic activities in respect of which Member States are required to comply with the freedom of establishment. In Private International Law Act from 2011 the Polish legislator has implemented the rules concerning cross-border transfer of (statutory) seat of a legal entity. Nevertheless, adopting these rules to capital companies established under Polish law seems to be impossible. Code of Commercial Companies and Partnerships does not contain any provisions on cross-border conversion, although it contains comprehensive rules concerning ‘national’ conversion of Polish partnerships and capital companies as well as cross-border merger of companies within EU (EEA). The admissibility of a cross-border conversion of a company with its statutory seat in Poland into a company which is governed by a legal system of another EU (EEA) country is questionable since according to Art. 270 point 2 and Art. 459 point 2 of Code of Commercial Companies and Partnerships the resolution on the transfer of the seat of a company abroad is a reason for dissolving a company. Such regulation has to be assessed as a restriction on freedom of establishment. However, the proportionality test applied to that restriction (necessity of dissolving a company) leads to a conclusion that it is justified and de lege lata under Polish law the cross-border transfer of statutory seat of a Polish company, even within the EU (EEA), is inadmissible.

Keywords: cross-border conversion, transfer of a statutory seat, freedom of establishment, restrictions on freedom of establishment, VALE-judgment, cross-border conversion of a Polish company

* Dr hab., Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

1. Wprowadzenie

Mimo upływu prawie pięciu lat od wydania przez Trybunał Sprawiedliwości [dalej: Trybunał, TS] wyroku w sprawie C-210/06 *Cartesio*¹, zagadnienie dopuszczalności i sposobu przeniesienia siedziby statutowej spółki handlowej za granicę jest żywo dyskutowane² i jednocześnie dalekie od ostatecznego wyjaśnienia. Powodem uzasadniającym ponowne podjęcie tego tematu jest z jednej strony uchwalenie nowej polskiej ustawy kolizyjnej: ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. nr 80, poz. 432 [dalej: p.p.m.]³, z drugiej zaś wydanie przez Trybunał ważnego wyroku w sprawie C-378/10 *VALE*⁴ oraz kolejna inicjatywa Parlamentu Europejskiego, zmierzająca do skłonienia Komisji Europejskiej do przedstawienia projektu czternastej dyrektywy w sprawie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki⁵. Mam nadzieję, że perspektywa tych nowych zdarzeń, a także ogromny dorobek literatury

¹ Wyrok TS z dnia 16.12.2008 r. w sprawie C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.* Zb. Orz. 2008, s. I-9641.

² Z literatury polskiej por.: J. Napierała: *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Cartesio*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 2009, z. 2, s. 405—436; M. Szydło: *Annotation of Case C-210/06, CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.* „Common Market Law Review” [dalej: CMLRev] 2009, no. 2, s. 703—722; Idem: *Emigracja spółek na rynku wewnętrznym w ocenie ETS*. „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 2009, z. 8, s. 46—58; A. Opalski: *Swoboda osiedlania się spółek w świetle wyroku w sprawie Cartesio*. PiP 2009, z. 8, s. 59—71.

³ M. Pazdan: *Nowa polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym*. PiP 2011, z. 6, s. 27; Idem: *Nowa krajowa regulacja prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” [dalej: PPPM]. T. 8. Red. M. Pazdan. Katowice 2011, s. 9—16; Idem: *Perypetie projektu ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym na końcowym etapie procesu legislacyjnego*. PPPM 2011, T. 8, s. 83—108; U. Ernst: *Polskie prawo prywatne międzynarodowe — rekodyfikacja krajowa w czasach unifikacji europejskiej*. KPP 2013, z. 1, s. 15—50.

⁴ Wyrok TS z dnia 12.06.2012 r. w sprawie C-378/10 *VALE Építési Kft.* Z literatury polskiej zob.: J. Napierała: *Przekształcenie spółki zagranicznej w spółkę krajową w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie VALE*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2013, z. 1, s. 5—28; P. Błaszczyk: *Transgraniczne przekształcenie spółki — najnowsze tendencje w prawie unijnym*. „Przegląd Prawa Handlowego” [dalej: PPH] 2012, nr 12, s. 35—42; K. Oplustil: *Transgraniczne przekształcenie i podział spółki w świetle prawa europejskiego i polskiego*. KPP 2014 [w druku].

⁵ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 2 lutego 2012 r. z zaleceniami dla Komisji Europejskiej dotyczącymi czternastej dyrektywy w sprawie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki. Dostępna w Internecie: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2012-19> [Data dostępu: 3.04.2013].

prawniczej będący reakcją na *Cartesio* i *VALE* pozwolą spojrzeć na tematykę z dystansem i sformułować wyważoną ocenę, uwzględniającą zarówno imperatyw znoszenia barier dla mobilności spółek, jak i ograniczenia wynikające z zastanych regulacji materialno- i kolizyjnoprawnych w państwach członkowskich. Analizę ograniczam do przenoszenia siedziby spółek handlowych w ramach Unii Europejskiej [dalej: Unia] i Europejskiego Obszaru Gospodarczego [dalej: EOG]. Jest to uzasadnione znaczeniem traktatowej swobody przedsiębiorczości i jej wykładni w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości oraz potencjalnej harmonizacji prawa, innymi słowy — rozwojem prawa Unii Europejskiej w tej dziedzinie⁶.

Dalsze rozważania poprzedzić musi próba usystematyzowania pojęć. Problematyka transgranicznego przeniesienia siedziby może być ujmowana z jednej strony jako przeniesienie siedziby statutowej, a z drugiej — jako jedynie przeniesienie siedziby faktycznej⁷. Zamiarowi przeniesienia siedziby statutowej towarzyszyć może chęć zmiany statutu personalnego, a co za tym idzie — formy prawnej spółki, bądź pragnienie zachowania dotychczasowego prawa właściwego i przeniesienia jedynie siedziby statutowej. Przeniesienie siedziby statutowej połączone z przekształceniem w osobę prawną przyjmującego systemu prawnego określane jest mianem transgranicznego przekształcenia spółki⁸. Każde ze wspomnianych przekształceń może być rozpatrywane z perspektywy prawa państwa, z którego spółka „wychodzi” (państwa emigracji), lub z perspektywy prawa państwa, do którego spółka zamierza się przenieść (państwa imigracji). Problemy te podlegają regulacji zarówno kolizyjnej, jak i materialnoprawnej w każdym z rozpatrywanych państw. Wreszcie, w analizowanym obszarze istotny wpływ — zarówno na prawo kolizyjne, jak i na prawo materialne — będą miały normy traktatowe w zakresie swobody przedsiębiorczości. Przedmiotem dalszych analiz będzie transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki handlowej za

⁶ Tak też autorzy projektu Rozporządzenia Unii Europejskiej o prawie właściwym dla spółek oraz zmiany niemieckiego prawa międzynarodowego prywatnego. Projekt przygotowany został przez grupę naukowców działającą przy niemieckim Ministerstwie Sprawiedliwości. Zob. *Proposal of the Deutscher Rat für Internationales Privatrecht for European and national legislation in the field of international company law*, s. 116. Publikacja dostępna jest także w niemieckiej wersji językowej: H.J. Sonnenberger (Hrsg.): *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutsche Internationalen Gesellschaftsrechts*. Tübingen 2007, s. 65—122.

⁷ A. Dorabialska: *Transgraniczne przekształcenie siedziby statutowej spółki w świetle wybranych regulacji krajowych państw europejskich*. PPH 2010, nr 5, s. 52—58.

⁸ Sprawa C-210/06 *Cartesio*, pkt 11; P. Błaszczuk: *Transgraniczne przekształcenie spółki...*, s. 35; A. Dorabialska: *Transgraniczne przekształcenie siedziby...*, s. 52—53.

granicę, ze szczególnym uwzględnieniem przeniesienia mającego skutkować transgranicznym przekształceniem spółki prawa polskiego w spółkę prawa innego państwa EOG. Dopuszczalność dokonywania transgranicznych przekształceń polskich spółek *de lege lata* jest zagadnieniem problematycznym, celem niniejszej analizy zaś jest próba odpowiedzi na pytanie o tę dopuszczalność.

Artykuł zawiera analizę prawa unijnego, następnie polskich regulacji kolizyjnych i wreszcie polskich regulacji materialnoprawnych. Ostatnia część poświęcona jest rozważaniom *de lege ferenda* na podstawie zaleceń zawartych w rekomendacji Parlamentu Europejskiego dotyczącej uchwalenia czternastej dyrektywy⁹. Rozważania ograniczam do spółek kapitałowych, choć większość też sformułowanych w tekście zachowuje swoją aktualność również w stosunku do spółek osobowych. Niemniej jednak specyfika tych ostatnich wymagałaby osobnego ich ujęcia.

2. Stan prawa Unii Europejskiej *de lege lata*

Zgodnie z treścią art. 49 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁰ [dalej: Traktat, TFUE], ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego Państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane. W myśl zaś art. 54 Traktatu, na potrzeby stosowania postanowień niniejszego rozdziału, spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii są traktowane jak osoby fizyczne mające przynależność państwa członkowskiego. Jak podkreśla się w literaturze i orzecznictwie Trybunału, swoboda przedsiębiorczości obejmuje działania, które charakteryzują trzy cechy: samodzielne prowadzenie działalności zarobkowej, trwała obecność w innym państwie członkowskim oraz transgraniczność¹¹. Trwała obecność oznacza, że ze swobody nie korzystają operacje, które nie zmierzają do trwałego ustanowienia działalności w innym państwie¹². W wyroku w sprawie C-196/04 *Cadbury Schweppes* Trybunał uznał za

⁹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 2 lutego 2012 r.

¹⁰ Dz.Urz. UE z dnia 9 maja 2008 r., C-115/67.

¹¹ Por. J. Napierała, w: „System Prawa Handlowego”. T. 2: *Prawo spółek handlowych*. Red. S. Włodyka. Warszawa 2012, s. 1643.

¹² Por. P. Kindler, w: *Münchener Kommentar zum BGB*. T. 11. Hrsg. H.J. Sonnenberger. München 2010, s. 649—650.

usprawiedliwiony środek krajowy ograniczający swobodę przedsiębiorczości, jeżeli dotyczy on czysto sztucznych struktur (*wholly artificial arrangements*), których celem jest uniknięcie stosowania przepisów danego państwa członkowskiego¹³. Z tego względu przedmiotem dalszych analiz będzie jedynie takie transgraniczne przekształcenie spółki, w którym zmianie formy prawnej towarzyszy obiektywne i możliwe do ustalenia dla podmiotów trzecich¹⁴ trwałe przeniesienie obecności gospodarczej do innego państwa¹⁵.

Trybunał Sprawiedliwości dokonywał wykładni art. 49 ust. 1 w związku z art. 54 Traktatu w odniesieniu do przenoszenia siedziby spółki w kolejnych orzeczeniach od sprawy *Daily Mail*¹⁶, przez *Überseering*¹⁷ i *Inspire Art*¹⁸, aż do podsumowującej dotychczasowe orzecznictwo sprawy *Cartesio*. Podstawowym problemem, z jakim zmagał się Trybunał, było wyjaśnienie znaczenia zrównania przez Traktat — w kontekście ograniczeń swobody przedsiębiorczości — spółek w rozumieniu art. 54 TFUE z obywatelami Unii Europejskiej. Tak jak nie budzi najmniejszych wątpliwości w doktrynie i judykaturze Trybunału zakaz ograniczania obywatelom państw członkowskich Unii Europejskiej korzystania ze swobody przedsiębiorczości przez emigrację z kraju ojczystego i podjęcie działalności gospodarczej w innym państwie Unii¹⁹, tak literalne zastosowanie art. 49 ust. 1 w związku z art. 54 Traktatu prowadziłyby do analogicznego zakazu odnośnie do spółek. Stawiano pytanie, czy wynikające z prawa wewnętrznego przeszkody w emigracji spółek (np. konieczność uzyskania zezwolenia organu administracyjnego, ale również całkowity zakaz przeniesienia siedziby za granicę) stanowią ograniczenie swobody przedsiębiorczości w takim samym stopniu, jak ograniczenia dotyczące osób fizycznych. Orzekając w 1988 r., Trybunał Sprawiedliwości udzielił negatywnej odpowiedzi na to pytanie. Stwierdził bowiem, że w przeciwieństwie do osób fizycznych spółki są twórcami prawa, i to — w ówczesnym (ale i — moim zdaniem — obecnym) stanie prawa wspólnoto-

¹³ Wyrok TS z dnia 12.09.2006 r. w sprawie C-196/04 *Cadbury Schweppes*. Zb. Orz. 2006, s. I-7995.

¹⁴ Ibidem, pkt 67.

¹⁵ Por. też opinię rzecznika generalnego Jääskinena w sprawie C-378/10 *VALE*, pkt 46. Zob. szerzej K. Oplustil: *Transgraniczne przekształcenie...*

¹⁶ Wyrok TS z dnia 27.09.1988 r. w sprawie 81/87 *Daily Mail and General Trust*. Zb. Orz. 1988, s. 5483.

¹⁷ Wyrok TS z dnia 5.11.2002 r. w sprawie C-208/00 *Überseering B.V. v. Nordic Construction GmbH*. Zb. Orz. 2002, s. I-9919.

¹⁸ Wyrok TS z dnia 30.09.2003 r. w sprawie C-167/01 *Kamer van Koopenhandel v. Inspire Art Ltd*. Zb. Orz. 2003, s. I-10155.

¹⁹ Por. wyrok TS z dnia 11.03.2004 r. w sprawie C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant*. Zb. Orz. 2004, s. I-02409.

wego (obecnie prawa unijnego) — tworamii prawa wewnętrznego państw członkowskich²⁰. Spółka utworzona na mocy porządku prawnego danego państwa istnieje wyłącznie za pośrednictwem zróżnicowanych ustawodawstw krajowych, regulujących jej powstanie i działanie²¹. Stąd z powodu braku harmonizacji prawa wspólnotowego²² w tej dziedzinie art. 49 ust. 1 w związku z art. 54 Traktatu nie mogą być interpretowane jako przyznające spółce założonej zgodnie z prawem jednego z państw członkowskich prawa do przeniesienia jej siedziby do innego państwa członkowskiego i jednocześnie pozostania spółką podległą prawu tego pierwszego państwa²³.

Trybunał zasadniczo utrzymał tę linię orzecznictwa w wyroku w sprawie *Cartesio*. Uzupełnił ją jednak o wiele niezwykle istotnych wyjaśnień.

Po pierwsze, TS wskazał, że ze względu na brak jednolitej definicji w prawie unijnym spółek objętych swobodą przedsiębiorczości to, czy art. 49 TFUE ma zastosowanie do spółki powołującej się na zakaz ograniczeń tej swobody, podobnie zresztą jak to, czy osoba fizyczna jest obywatelem państwa członkowskiego, uprawnionym na tej podstawie do korzystania z takiej swobody, stanowi kwestię wstępną, na którą w obecnym stanie prawa unijnego odpowiedź można znaleźć jedynie w mającym zastosowanie prawie krajowym. Zatem tylko wtedy, gdy potwierdzi się, że ta spółka faktycznie może korzystać ze swobody przedsiębiorczości w świetle warunków określonych w art. 54 TFUE, pojawia się pytanie o to, czy spółka ta jest objęta ograniczeniami tej swobody w rozumieniu art. 49 TFUE²⁴. O tym zaś, czy tak jest (podobnie zresztą jak o tym, czy dana osoba fizyczna jest obywatelem danego państwa członkowskiego) decyduje na zasadzie wyłączności prawo wewnętrzne danego państwa członkowskiego²⁵.

²⁰ Sprawa 81/87 *Daily Mail and General Trust*, pkt 19.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem, pkt 21.

²³ Ibidem, pkt 25.

²⁴ Sprawa C-210/06 *Cartesio*, pkt 109.

²⁵ „Państwo członkowskie posiada więc prawo określenia zarówno kryterium powiązania, wymaganego od spółki po to, by mogła ona zostać uznana za spółkę utworzoną zgodnie z jego prawem krajowym i w związku z tym mogącą cieszyć się swobodą przedsiębiorczości, jak również kryterium wymaganego do utrzymania tego statusu w przyszłości. W ramach tego uprawnienia mieści się możliwość, by to państwo członkowskie nie zgodziło się na zachowanie tego statusu przez spółkę podlegającą jego prawu krajowemu, jeżeli zamierza ona zreorganizować się w innym państwie członkowskim w taki sposób, by przenieść swoją siedzibę na jego terytorium, zrywając w ten sposób powiązanie przewidziane w prawie krajowym państwa członkowskiego, na podstawie prawa którego została utworzona”. Ibidem, pkt 110.

Po drugie, Trybunał wyraźnie rozróżnił przypadek przeniesienia siedziby spółki utworzonej zgodnie z prawem jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego bez zmiany prawa, któremu ona podlega (tak właśnie było w stanie faktycznym będącym podstawą pytania prejudycjalnego), od przypadku przeniesienia spółki podlegającej prawu jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego ze zmianą mającego zastosowanie prawa krajowego, gdy spółka zmienia się w rodzaj spółki podlegający prawu krajowemu państwa członkowskiego, do którego się przenosi²⁶. W drugim przypadku, według Trybunału, nie dochodzi do zwolnienia krajowego prawa dotyczącego zakładania i rozwiązywania spółek od reguł Traktatu odnoszących się do swobody przedsiębiorczości, jak również nie ma uzasadnienia dla tego, by państwo członkowskie, w którym spółka powstała, przez wymóg rozwiązania i likwidacji tej spółki uniemożliwiało jej przekształcenie w spółkę prawa krajowego tego drugiego państwa członkowskiego, o ile jego prawo na to pozwala²⁷. Cytowany punkt rodzi wiele szczegółowych pytań — do niektórych z nich wrócę w dalszej części artykułu — najważniejszą jednak i wyrażoną *expressis verbis* tezą jest zakaz wprowadzania przez prawo państwa, z którego spółka emigruje, nieproporcjonalnych ograniczeń dla transgranicznego przeniesienia siedziby spółki ze zmianą statutu personalnego. Za takie ograniczenie *in principio* Trybunał uznaje wymóg rozwiązania i likwidacji emigrującej spółki. Transgraniczne przeniesienie siedziby jest możliwe, o ile pozwala na to prawo państwa, do którego spółka ma zamiar się przenieść (państwa imigracji).

Po trzecie wreszcie, Trybunał zauważył, że od czasu wyroków w sprawach *Daily Mail* i *Überseering* nie doszło do przyjęcia rozwiązań legislacyjnych lub umów międzynarodowych w dziedzinie prawa spółek, które dotyczyłyby sygnalizowanych w tych orzeczeniach rozbieżności w ustawodawstwach krajowych i doprowadziłyby do ich wyeliminowania²⁸. Wynikającego z tego zaniechania problemu nie można rozwiązać przez analogiczne stosowanie przepisów o przeniesieniu siedziby spółki i spółdzielni europejskiej czy Europejskiego Zgrupowania Interesów Gospodarczych²⁹.

Kolejną ważną wypowiedzią Trybunału był wyrok w sprawie C-378/10 *VALE*. Trybunał odpowiedział w nim na pytanie prejudycjalne sądu węgierskiego, dotyczące *in principio* zgodności z traktatową swobodą przedsiębiorczości prawa węgierskiego w zakresie, w jakim nie dopuszczało ono możliwości przeniesienia siedziby spółki włoskiej na Węgry z jedno-

²⁶ Ibidem, pkt 111.

²⁷ Ibidem, pkt 112.

²⁸ Ibidem, pkt 114.

²⁹ Ibidem, pkt 115—120.

czesnym przekształceniem w spółkę prawa węgierskiego. Trybunał — powołując się na swój wyrok w sprawie C-411/03 *SEVIC Systems*³⁰ — uznał, że zagadnienie transgranicznego przeniesienia siedziby znajduje się w zakresie zastosowania swobody przedsiębiorczości³¹. Uznał — znów powołując się na *SEVIC Systems*³² — że w zakresie, w jakim prawo węgierskie umożliwia dokonywanie przekształceń jedynie spółkom mającym już siedzibę w zainteresowanym państwie członkowskim, wprowadza ono odmienne traktowanie spółek w zależności od tego, czy przekształcenie ma charakter krajowy, czy transgraniczny, co może zniechęcać³³ spółki mające siedzibę w innych państwach członkowskich do korzystania ze swobody przedsiębiorczości ustanowionej przez Traktat, stanowiąc ograniczenie w rozumieniu art. 49 i 54 TFUE³⁴. Według Trybunału, całkowi-

³⁰ Wyrok TS z dnia 13.12.2005 r. w sprawie C-411/03 *SEVIC Systems*. Zb. Orz. 2005, s. I-10805.

³¹ Por. wyrok TS z dnia 12.07.2012 r. w sprawie C-378/10 *VALE*, dotąd niepubl., pkt 24 i szczególnie 33: „uregulowanie krajowe, które przewidując możliwość przekształcenia w odniesieniu do spółek prawa krajowego, nie przewiduje możliwości przekształcenia spółki utworzonej na podstawie prawa innego państwa członkowskiego w spółkę prawa krajowego, objęte jest zakresem zastosowania art. 49 TFUE i 54 TFUE”. Na wagę tego rozstrzygnięcia trafnie wskazuje P. Błaszczyk: *Transgraniczne przekształcenie spółki...*, s. 37.

³² Sprawa C-411/03 *SEVIC Systems*, pkt 22 i 23.

³³ Trybunał nawiązuje do swojej utrwalonej judykatury, według której ograniczeniem swobody może być wszystko to, co zniechęca do korzystania z niej. Por. na tle swobody przepływu kapitału M. Mataczyński, w: *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*. Red. A. Wróbel. T. 1. Red. D. Miąsik, N. Półtorak. Warszawa 2012, s. 994.

³⁴ Sprawa C-378/10 *VALE*, pkt 36. Na marginesie należy odnotować, że prawo węgierskie przewidywało różne formy przekształceń spółek węgierskich, natomiast w stanie faktycznym sprawy chodziło o przekształcenie włoskiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w jej węgierski odpowiednik. Takiej możliwości prawo węgierskie nie przewidywało. Można by argumentować, że właściwie nie doszło do dyskryminacji — pomijając bowiem wątek transgraniczny, byłoby to przekształcenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w inną spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, a takiej procedury prawo węgierskie również dla sytuacji czysto wewnętrznych nie przewidywało. Dopuszczało ono bowiem jedynie (podobnie jak polski k.s.h.) przekształcenie w inny rodzaj spółki. Abstrahowanie od wątku transgranicznego prowadzi jednak do pominięcia istoty problemu. Można by jedynie wskazać, że z reguły inferencyjnej *a maiori ad minus* wynika, że skoro prawo węgierskie pozwalało na więcej (np. na przekształcenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w spółkę akcyjną), to tym bardziej powinno pozwolić na transgraniczne przeniesienie siedziby spółki z zachowaniem ekwiwalentnej formy. Na problem ten zwraca uwagę J. Napierała, pytając: „czy prawo państwa przyjmującego »na to pozwala« [na transgraniczne przekształcenie spółki w rozumieniu tezy 112 wyroku *Cartesio* — M.M.] już wówczas, gdy reguluje przekształcenie spółek krajowych, czy dopiero wtedy, gdy przewiduje szczególną regulację dla transgranicznych przekształceń?”. Autor ten trafnie opowiada się za pierwszą możliwością, pisząc: „Wydawałoby się, że zgodnie z wyrokiem w sprawie *Sevic Systems*, państwo członkowskie, w którym uregulowana została określona postać restrukturyzacji spółki (także zmiana formy prawnej

ta niemożność dokonania transgranicznego przekształcenia i brak jakiegokolwiek usprawiedliwienia takiego stanu prawa wykluczają możliwość uzasadnienia takich ograniczeń i uznania ich za proporcjonalne³⁵.

Następnie Trybunał rozważał postawiony przez sąd krajowy problem stosowania szczegółowych norm prawa węgierskiego (dotyczących wpisu poprzednika prawnego oraz dokumentacji koniecznej do przeprowadzenia procedury przekształcenia), przyjmując za podstawę analizy zasady równoważności i skuteczności³⁶. W ich myśl, wobec braku stosownych uregulowań Unii, właściwymi przepisami służącymi ochronie praw jednostek wynikających z prawa Unii są wewnętrzne przepisy każdego państwa członkowskiego, pod warunkiem jednak, że nie są one mniej korzystne od uregulowań dotyczących podobnych sytuacji zaistniałych pod rządami prawa wewnętrznego (zasada równoważności), i że nie czynią praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym wykonywania praw nadanych w porządku prawnym Unii (zasada skuteczności)³⁷. Patrząc przez pryzmat wspomnianych zasad, Trybunał uznał, że stojąca za nimi logika „znajduje zastosowanie również w kontekście prawnym sprawy będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym”³⁸. Podobnie „przysługujące jednostce prawo wynika wprost z prawa Unii — w niniejszym przypadku jest to prawo do przekształcenia transgranicznego, którego przeprowadzenie, wobec braku unormowań na szczeblu Unii, wymaga zastosowania prawa krajowego”³⁹. Trybunał zauważył bowiem, że „skoro na chwilę obecną prawo wtórne Unii nie zawiera szczególnych

spółki), powinno taką regulację pozostawić do dyspozycji również spółkom zagranicznym, korzystającym ze swobody przedsiębiorczości”. J. Napierała: *Przekształcenie spółki zagranicznej...*, s. 11. Por. też G. Parleani: *Après l'arrêt Cartesio, l'arrêt Vale apporte de nouvelles précisions sur la mobilité intra-européenne par „transformation”*. „Revue des Sociétés” 2012, n° 651. Podobnie P. Behrens, choć podkreśla swobodę państwa członkowskiego odnośnie do konkretnego kształtu takiej regulacji, tak długo jak nie ma ona dyskryminacyjnego charakteru. Zob. P. Behrens: *Grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften*. „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2012, H. 16, s. 625. Zob. jednak wąską interpretację przyjętą w wyroku OLG Nürnberg z dnia 13.02.2012 r., omawianą w: J. Napierała: *Przekształcenie spółki zagranicznej...*, s. 12. Tekst wyroku dostępny w Internecie: <http://openjur.de/u/496728.html> [Data dostępu: 31.07.2013]. Wyrok ten wydany został jednak przed ukazaniem się wyroku w sprawie VALE (czyli 12.07.2012 r.).

³⁵ Sprawa C-378/10 VALE, pkt 36.

³⁶ Ibidem, pkt 40.

³⁷ Ibidem, pkt 48. Genezy tych zasad dopatrywać by się można w tzw. zasadzie autonomii proceduralnej, wyrażonej choćby w sprawie *Francovich*. Por. wyrok TS z dnia 19.11.1991 r. w połączonych sprawach C-6/90 i 9/90 *Francovich* przeciwko *Republika Włoska*. Zb. Orz. 1991, s. I-5357, pkt 42 i 43.

³⁸ Sprawa C-378/10 VALE, pkt 49.

³⁹ Ibidem, pkt 49.

norm dotyczących transgranicznych przekształceń spółek, normy umożliwiające przeprowadzanie tego rodzaju operacji mogą mieć źródło wyłącznie w prawie krajowym, a konkretnie w prawie państwa członkowskiego pochodzenia, któremu podlega zamierzająca dokonać przekształcenia spółka, oraz w prawie przyjmującego państwa członkowskiego, któremu będzie podlegać spółka przekształcona⁴⁰. Podsumowując, Trybunał stwierdził, że zakwestionowane problemy szczegółowe — odmowa sądów węgierskich dokonania wpisu spółki włoskiej do rejestru jako poprzednika prawnego⁴¹ i generalna odmowa uwzględniania (w toku rozpatrywania wniosku o rejestrację) dokumentów wydanych przez organy państwa członkowskiego pochodzenia, potwierdzających, że spółka ta faktycznie spełniła jego wymogi, o ile wymogi te są zgodne z prawem Unii⁴² — stanowiły naruszenie zasady równoważności i skuteczności⁴³.

Podsumowując, prawo Unii Europejskiej w wykładni Trybunału uznaje prawo do transgranicznego przekształcenia rozumianego jako zmiana siedziby spółki z przekształceniem w spółkę innego prawa. Z powodu braku harmonizacji czy unifikacji na szczeblu unijnym prawo to może zostać zrealizowane jedynie na podstawie norm krajowych, z uwzględnieniem zasady równoważności i skuteczności. Prawo to może być zrealizowane, o ile prawo państwa przyjmującego na to pozwala. Dopuszczalność transgranicznego przekształcenia nie jest zarazem uzależniona od obowiązywania w państwie przyjmującym przepisów odnoszących się wprost do takich transgranicznych procesów transformacyjnych. Wystarczy, zdaniem Trybunału, że prawo krajowe przewiduje możliwość i reguluje procedurę przekształceń wyłącznie w odniesieniu do spółek krajowych⁴⁴.

3. Stan prawa polskiego kolizyjnego *de lege lata*

3.1. Uwagi ogólne

Dotychczasowe polskie prawo kolizyjne nie czyniło tytułowej problematyki artykułu przedmiotem szczegółowej regulacji. Dla przedstawicieli doktryny jednak nie ulegało wątpliwości, że materia ta znajduje się

⁴⁰ Ibidem, pkt 43.

⁴¹ Ibidem, pkt 56.

⁴² Ibidem, pkt 58—61.

⁴³ Ibidem, pkt 62.

⁴⁴ Ibidem, pkt 33 i 36.

w zakresie zastosowania odpowiedniej normy kolizyjnej, którą w ustawie z dnia 12 listopada 1965 r. — Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. nr 46 poz. 290 ze zm.) był wówczas art. 9 § 2. Również ówczesne orzecznictwo potwierdzało konieczność rozszerzającej interpretacji zakresu wymienionej regulacji⁴⁵. Uchwalenie nowej ustawy kolizyjnej przyniosło istotną zmianę stanu prawnego, gdyż transgranicznemu przeniesieniu siedziby osoby prawnej poświęcono w niej osobny przepis. Zgodnie z treścią art. 19 ust. 1 p.p.m.: „Z chwilą przeniesienia siedziby do innego państwa osoba prawna podlega prawu tego państwa. Osobowość prawna uzyskana w państwie dotychczasowej siedziby jest zachowana, jeżeli przewiduje to prawo każdego z zainteresowanych państw. Przeniesienie siedziby w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego nie prowadzi do utraty osobowości prawnej”. Punktem wyjścia analizy cytowanego przepisu jest wykładnia użytego w nim terminu „siedziba”. Zagadnienie to jest autonomicznym problemem i przedmiotem licznych pogłębionych wypowiedzi w polskiej literaturze⁴⁶. Ograniczę się tutaj do przytoczenia konkluzji analizy przeprowadzonej w innym artykule: przez pojęcie siedziby użyte w art. 17 ust. 1 p.p.m. należy rozumieć siedzibę statutową

⁴⁵ Tak już na tle ustawy z 1926 r. orzeczenie SN z dnia 7 września 1936 r., C III 1167/35. OSN 1937, nr 9, poz. 318, s. 783

⁴⁶ Na etapie projektu ustawy por. J. Poczobut: *Statut personalny osób prawnych w projekcie ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe z sierpnia 2010 r.* W: J. Gudowski, K. Weitz (red.): „*Aurea praxis aurea teoria*”. *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*. Warszawa 2011, s. 2447—2477; A.W. Wiśniewski: *Statut personalny spółek kapitałowych i uznawanie spółek zagranicznych. Orzecznictwo Trybunału Wspólnot a reforma polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. W: A. Łazowski, R. Ostrihansky (red.): *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Pionka*. Kraków 2005, s. 707; A. Opalski: *Europejskie prawo spółek*. Warszawa 2010, s. 94—106; Idem: *Prawo właściwe dla osób prawnych w świetle projektu ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*. W: *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*. Warszawa 2010, s. 812; Idem: *Stan i perspektywy europejskiego prawa spółek a rozwój polskiego prawa spółek*. „*Studia Prawa Prywatnego*” 2008, z. 1, s. 107—108. Już po uchwaleniu ustawy: K. Oplustil: *Łącznik siedziby spółki w nowym prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi na tle prawa europejskiego*. KPP 2011, z. 3, s. 635—680; P. Błaszczyk: *Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*. PiP 2011, z. 11, s. 84; A. Opalski: *Wybrane problemy ustalania prawa właściwego dla osób prawnych w świetle nowej ustawy prawo prywatne międzynarodowe*. W: J. Poczobut (red.): *Materiały z konferencji pt. Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 2013, s. 218—228. Należy także odnotować zmianę poglądów S. Sołtysińskiego — por. S. Sołtysiński, recenzja [A. Opalski: *Europejskie prawo spółek, Warszawa 2010*]. KPP 2010, z. 4, s. 1144; oraz M. Pazdana — por. M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 14. Warszawa 2012, s. 111; U. Ernst: *Polskie prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 34; M. Mataczyński: *Kolizyjnoprawne pojęcie siedziby osoby prawnej*. KPP 2013, z. 2, s. 277—316.

(rejestrówą) osoby prawnej⁴⁷. W myśl koncepcji racjonalnego prawodawcy, należy przyjąć, że w ramach jednego tekstu normatywnego ustawodawca konsekwentnie posługuje się określonymi pojęciami, stąd pojęcie „siedziba” w art. 19 ust. 1 p.p.m. należy rozumieć tak samo, jak w art. 17 ust. 1 p.p.m.⁴⁸

Można zasygnalizować, że przyjęcie takiego założenia czyni art. 19 ust. 1 zd. 1 p.p.m. *superfluum*, gdyż powtarza on normę, którą można wyprowadzić z samego art. 17 ust. 1 p.p.m. Jeśli bowiem według tego ostatniego przepisu „osoba prawna podlega prawu państwa, w którym ma siedzibę”, i jeśli interpretujemy pojęcie siedziby jako siedzibę statutową, to z chwilą przeniesienia tej siedziby do innego państwa (a dokładniej mówiąc: zmiany w statucie)⁴⁹ osoba prawna podlega prawu państwa, w którym ma — już tę nową — siedzibę.

3.2. Zachowanie osobowości prawnej

Należy rozważyć, w jakim stopniu nową treść normatywną niosą kolejne dwa zdania art. 19 ust. 1 p.p.m. Między tymi dwoma przepisami zachodzi relacja: przepis ogólny (zd. 2) — przepis szczegółowy (zd. 3). Artykuł 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m. znajduje zastosowanie do przeniesienia siedziby do innego państwa „w obrębie Europejskiego Obszaru Gospodarczego” i w tym zakresie — zgodnie z regułą *lex specialis derogat legi generali* — modyfikuje treść ogólnej reguły wyrażonej w zdaniu drugim. Biorąc pod uwagę wykładnię językową sformułowania „w obrębie”⁵⁰, należy uznać, że art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m. odnosi się do transgranicznych przekształceń spółek, których siedziby statutowe znajdują się w jednym z państw EOG, i które zamierzają przenieść te siedziby do innego państwa EOG.

Zdanie 2 art. 19 ust. 1 p.p.m. przewiduje, że osobowość prawna uzyskana w państwie dotychczasowej siedziby jest zachowana, jeżeli przewiduje to prawo każdego z zainteresowanych państw. Przepis ten wymaga dopełnienia wymogów stawianych przez prawa obu państw (państwa emi-

⁴⁷ M. Mataczyński: *Kolizyjnoprawne pojęcie siedziby...*, s. 295.

⁴⁸ „Przy tym [prawodawca — M.M.] posługuje się danym językiem w sposób jednolity i konsekwentny, a stąd językowe dyrektywy interpretacyjne głoszące, iż w braku wyraźnego zastrzeżenia prawodawcy tym samym zwrotom nadaje on taki sam sens, a jeśli używa odmiennych słów w sformułowaniu przepisów, to widocznie odmiennym słowom przypisuje znaczenie itp.” Z. Ziemiński: *Problemy podstawowe prawoznawstwa*. Warszawa 1980, s. 283.

⁴⁹ Bądź/oraz w rejestrze, gdy chodzi o siedzibę rejestrową.

⁵⁰ M. Szymczak (red.): *Słownik języka polskiego PWN*. T. 2: *L—P*. Warszawa 1996, s. 403.

gracji i państwa imigracji) dla zachowania osobowości prawnej migrującej spółki. Brzmienie przepisu może sugerować, że chodzi także o jeszcze inne zainteresowane państwa (np. państwo pierwotnej inkorporacji spółki przenoszącej swoją siedzibę po raz wtóry) — choć *prima facie* nie będzie to miało doniosłości praktycznej. Problemem wartym uwagi jest to, czy ustawodawca w art. 19 ust. 1 p.p.m. opowiada się za kumulatywnym, czy rozłącznym stosowaniem obu praw. Zdanie 2 cytowanego przepisu trudno odczytywać inaczej niż nakaz kumulatywnego stosowania obu praw. Jak podkreśla się w literaturze, kumulatywne (łącznie) wskazanie kilku praw przez normę kolizyjną polega na tym, że norma ta za pośrednictwem łączników uzasadnia właściwość kilku systemów prawnych i zastosowaniu podlegają wszystkie te prawa⁵¹. W tym zakresie przepis ten wyraża powszechną w rozwiązaniach kolizyjnych regułę⁵². Jednakże art. 19 ust. 1 rozpoczyna się od zdania: „Z chwilą przeniesienia siedziby do innego państwa osoba prawna podlega prawu tego państwa”, które wprost wprowadza rozłączną właściwość kolejno po sobie stosowanych:

⁵¹ A. Mączyński: *Wskazanie kilku praw przez normę kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego*. W: A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar (red.): *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Kraków 1994, s. 243.

⁵² **W prawie niemieckim** por. choćby P. Kindler, in: *Münchener Kommentar zum BGB*. T. 11..., s. 649—650. Por. np. wyrok Bundesgerichtshof z dnia 21.03.1986 r. „Neue Juristische Wochenschrift” 1986, s. 2194; wyrok Oberlandesgericht Brandenburg z dnia 30.11.2004 r. „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2005, Nr. 11, s. 489—492: „Sachlich-rechtlich ist das Recht des Wegzug- und das des Zuzugstaates zu beachten. Ein Fortbestehen der Gesellschaft hat zur Voraussetzung, dass beide Rechtsordnungen den grenzüberschreitenden Fortbestand ermöglichen. Das am bisherigen (Gründungs-)Sitz geltende Recht müsste ferner diejenigen Bedingungen erfüllen, von denen das Recht des neuen Sitzstaates die Fortexistenz der Gesellschaft abhängig macht”. **Podobnie prawo szwajcarskie** dla wykreślenia spółki szwajcarskiej z rejestru wymaga udowodnienia spełnienia wymagań prawa państwa imigracji. Por. D. Girsberger, R. Rodriguez, in: H. Honsell et al. (Hrsg.): *Internationales privatrecht*. Bazylea 2007, s. 1294: „Aus der Bedingung des gültigen Weiterbestandes ergibt sich implizit das Erfordernis einer **kumulativen Anwendung** (neben der Einhaltung der Bestimmungen des schweizerischen Rechts) der zwingenden Bestimmungen des ausländischen Gesellschaftsstatus, da ja bei deren Missachtung die (aus ausländischer Sicht) immigrierte Gesellschaft nicht gültig weiter bestehen würde” [podkreśl. M.M.]. **Podobnie prawo francuskie** — por. choćby Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières: *Droit international privé*. Ed. 9. Dalloz—Paris 2007, s. 970—971: „Toutefois, la validité du transfert suppose, d’une part, que la decision de transfert soit conforme aux règles édictées par la loi du siège social ancien et, d’autre part, que les dirigeants mettent les status en harmonie avec les exigences de la loi du siège social nouveau”. **Podobnie prawo włoskie** w świetle art. 25 ust. 3 ustawy z 1995 r. o prawie prywatnym międzynarodowym — M. Ventoruzzo: *Cross-border mergers, change of the applicable corporate laws and protection of dissenting shareholders: withdrawal rights under Italian law*. „European Company and Financial Law Review” 2007, s. 54.

prawa państwa emigracji i prawa państwa imigracji. Również z wyroku w sprawie *VALE* wynika, że zdaniem Trybunału, „przeprowadzenie przekształcenia transgranicznego wymaga kolejnego zastosowania przy dokonywaniu tej operacji prawnej norm należących do dwóch odrębnych porządków prawnych”⁵³. W literaturze wskazuje się, że rozłączna właściwość jest rozwiązaniem korzystniejszym z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu gospodarczego i pewności prawa oraz spójna z instrumentami unijnymi w zakresie transgranicznego łączenia się spółek oraz spółki europejskiej⁵⁴. Można by zadać pytanie o dopuszczalność (czy wręcz konieczność) prounijnej wykładni przepisu budzącego wątpliwości. Uważam, że prawidłowa wykładnia art. 19 ust. 1 zd. 1 i 2 p.p.m. jest następująca: z pewnością dla zachowania osobowości prawnej konieczne jest dopełnienie wymogów zarówno państwa emigracji, jak i państwa imigracji. Czy uznać, za przytaczaną wcześniej definicją A. Mączyńskiego, że dzieje się to za sprawą kumulatywnego stosowania obu praw ze względu na wskazanie łącznika, czy są to wymogi prawa państwa emigracji, właściwego na podstawie art. 19 ust. 1 zd. 1 p.p.m., które żąda dopełnienia wymogów stawianych przez prawo państwa imigracji⁵⁵, czy może wreszcie są to normy państwa imigracji znajdujące zastosowanie niezależnie od prawa właściwego na zasadzie art. 8 ust. 2 p.p.m (normy wyrażone w przepisach wymuszających swoje zastosowanie) — pozostaje kwestią semantyki⁵⁶. Bez wątplenia jednak rozłączna właściwość nie dotyczy samej istoty transgranicznego przekształcenia, jaką jest kontynuacja uzyskanej w państwie emigracji osobowości prawnej, nie zaś reinkorporacja na bazie majątku zlikwidowanej osoby prawnej.

Można w tym miejscu zauważyć, że również art. 19 ust. 2 p.p.m. odczytuje się w literaturze polskiej jako nakładający wymóg kumulatywny-

⁵³ Sprawa C-378/10 *VALE*, pkt 44. Zauważa to z aprobatą P. Błaszczak. Zob. P. Błaszczak: *Transgraniczne przekształcenie spółki...*, s. 40.

⁵⁴ P. Błaszczak: *Transgraniczne przekształcenie spółki...*, s. 40.

⁵⁵ Tak w świetle art. 163 ust. 1 szwajcarskiego prawa prywatnego międzynarodowego (Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht) wyróżnia się wymóg dopuszczalności kontynuacji osobowości prawnej w świetle prawa państwa imigracji jako warunek dopuszczalności emigracji. W literaturze, jak wskazano wcześniej, mówi się wprost o wymogu kumulatywnego stosowania obu praw. Por. D. Girsberger, R. Rodriguez, in: H. Honsell et al. (Hrsg.): *Internationales privatrecht...*, s. 1294

⁵⁶ Również zdaniem J. Napierały, „*de lege lata* nie uniknie się jednak **częściowego kumulatywnego** stosowania prawa państwa spółki przekształcanej i spółki przekształconej; teza wyroku w sprawie *Vale* może jednak służyć jako wskazówka dla prounijnej wykładni prawa krajowego stosowanego przy transgranicznym przekształceniu” [podkreśl. M.M.]. J. Napierała: *Swoboda przedsiębiorczości z perspektywy polskiego prawa kolizyjnego*. W: J. Kruczałak-Jankowska (red.): *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*. Warszawa 2013, s. 150.

go stosowania praw właściwych dla wszystkich spółek uczestniczących w połączeniu⁵⁷. Choć ustawodawca posługuje się nieco innymi sformułowaniami: „połączenie [...] wymaga dopełnienia wymagań określonych w prawie tych państw” (w art. 19 ust. 2) i „osobowość prawna [...] jest zachowana, jeżeli przewiduje to prawo każdego z zainteresowanych państw” (w art. 19 ust. 1 zd. 2), wydaje się, że w obu przypadkach, tj. zarówno transgranicznego przekształcenia, jak i połączenia, konieczność kumulatywnego dopełnienia wymagań praw zainteresowanych państw nie budzi wątpliwości.

Marginalnie można również wskazać, że może się pojawić konieczność stosowania — jeszcze na etapie właściwości prawa państwa emigracji — norm proceduralnych państwa imigracji, choćby dla skutecznego złożenia wniosku o wpis do rejestru w państwie imigracji, który to wpis najczęściej będzie skutkował przeniesieniem (a więc będzie się to działo przed „chwilą przeniesienia”).

Jeśli chodzi o art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m., to przepis ten uwzględnia konsekwencje orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności wyroku w sprawie C-208/00 *Überseering*. W orzeczeniu tym Trybunał wyraźnie stwierdził, że odmowa uznania osobowości prawnej nabytej pod rządami prawa państwa emigracji stanowi zanegowanie swobody przedsiębiorczości⁵⁸. Dokonana przez Trybunał wykładnia art. 49 w związku z art. 54 TFUE jest wiążąca we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej, a przepisy Traktatu mają pierwszeństwo przed normami ustawowymi. Stąd regulacje prawa wewnętrznego w państwach członkowskich, które prowadziłyby do odmowy uznania osobowości prawnej imigrującej spółki, nie mogłyby być stosowane w takim zakresie, w jakim naruszałyby unijne prawo pierwotne w kształcie wyinterpretowanym przez Trybunał. W tym sensie art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m. również można uznać za *superfluum*, gdyż powtarza w akcie niższego rzędu (w ustawie) normę obowiązującą już wcześniej z racji wiążącej wykładni aktu hierarchicznie wyższego (umowy międzynarodowej, jaką jest Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). Oczywiście, z natury judykatów Trybunału Sprawiedliwości wynika, że wspomniana odmowa uznania osobowości prawnej narusza Traktat, natomiast nie wynika, w jaki sposób państwo członkowskie ma zapo-

⁵⁷ M. Szydło: *Statut personalny osób prawnych w projekcie nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*. KPP 2007, z. 1, s. 155—196. Por. jednak P. Błaszczyk: *Prawo właściwe dla transgranicznego łączenia się spółek w świetle nowej polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*. W: J. Poczobut (red.): *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 2013 s. 24.

⁵⁸ Wyrok TS z dnia 5.11.2002 r. w sprawie C-208/00 *Überseering B.V. v. Nordic Construction GmbH*. Zb. Orz. 2002, s. I-9919, pkt 93 i 94.

biec takiemu skutkowi. To już Trybunał pozostawia prawu wewnętrznemu państw członkowskich. Warto zatem spojrzeć na art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m. Można postawić pytanie, czy w tym kontekście komentowany przepis zmienia stan prawny. Byłoby tak wtedy, gdyby można było wyinterpretować z niego normę nakazującą utrzymanie osobowości prawnej w przypadku przeniesienia siedziby w ramach EOG. Powtórzę: nie normę zakazującą odmowy uznania osobowości prawnej, ale normę nakazującą utrzymanie osobowości prawnej, nawet jeżeli zastosowanie prawa właściwego prowadziłyby do utraty tej osobowości. Gdyby tak było, to art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m. wychodziłby poza „negatywny” charakter wykładni art. 49 w związku z art. 54 TFUE i niósłby z sobą istotne konsekwencje kolizyjno- i materialnoprawne. Jeśli chodzi o te pierwsze, prowadziłyby do rozszczępienia statutu personalnego. Zwrócił na to uwagę P. Błaszczyk. Zdaniem tego autora, jeżeliby uznać, że pojęcie siedziby w art. 17 ust. 1 p.p.m. oznacza siedzibę rzeczywistą, to nie jest jasne, czy w rezultacie zastosowania art. 19 ust. 1 zd. 1 i 3 p.p.m. pierwotne prawo właściwe pozostanie obowiązujące w odniesieniu do oceny zdolności prawnej, a nowy porządek prawny będzie miarodajny w pozostałym zakresie statutu personalnego⁵⁹. Jeżeliby uznać, jak czynię w tym tekście, że pojęcie siedziby w art. 17 ust. 1 p.p.m. oznacza siedzibę statutową (rejestrową), to norma ta w odniesieniu do siedziby rejestrowej najprawdopodobniej będzie normą pustą, bo trudno wyobrazić sobie skuteczne przeniesienie siedziby rejestrowej z jednoczesną utratą osobowości prawnej. Hipotetycznie można sobie jednak wyobrazić przeniesienie siedziby statutowej spółki posiadającej osobowość prawną, lecz niepodlegającej wpisowi do rejestru, do państwa, w którym temu rodzajowi spółki nie przyznaje się osobowości prawnej. Można wówczas zastanawiać się, czy na podstawie art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m. taka osobowość zostaje utrzymana. Takich spółek nie przewiduje polskie prawo. Doprawdy trudno jednak zakładać, że właśnie takie było *ratio legis* uchwalenia tego przepisu. Przytoczona analiza art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m. potwierdza tezę, że „jeśli odrzuci się wszelkie oceny społeczno-gospodarczych skutków stosowania norm, a skoncentruje się na samym brzmieniu art. 19 ust. 1 p.p.m. i kontekście jego powstawania, to nie sposób interpretować pojęcia siedziby użytego w art. 19 ust. 1 p.p.m. jako siedziby statutowej”⁶⁰. Ostateczna konkluzja większości doktryny w kwestii wykładni pojęcia siedziby osoby prawnej w ustawie p.p.m. jest inna i, z powodów, które przedstawiłem obszernie w cytowanym artykule, podzielam ją. Ostateczny rezultat działania ustawodawcy

⁵⁹ P. Błaszczyk: *Pojęcie siedziby osoby prawnej...*, s. 92.

⁶⁰ M. Mataczyński: *Kolizyjnoprawne pojęcie siedziby...*, s. 291.

polskiego i wysiłki doktryny są jednak na tyle niesatysfakcjonujące, że w mojej ocenie stan ten wymaga pilnej zmiany ustawy.

Jeśli zaś chodzi o konsekwencje materialnoprawne, to znów można je sensownie rozważać w kontekście przeniesienia siedziby faktycznej, przy założeniu łącznika siedziby faktycznej w art. 17 ust. 1 p.p.m. Byłaby to wówczas norma nie tylko modyfikująca działanie mechanizmu kolizyjnego (tj. poddająca kwestię zdolności prawnej prawu państwa emigracji), lecz modyfikująca też treść prawa materialnego tego państwa tak, aby — niezależnie od tego, co ono samo stanowi — jego zastosowanie prowadziło do zachowania osobowości prawnej.

Podsumowując tę część rozważań, można stwierdzić, że przy przyjęciu koncepcji siedziby statutowej (rejestrowej) art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m. w obecnym kształcie nie niesie istotnej normatywnej treści.

3.3. Hipoteza dotycząca systemowego znaczenia art. 19 ust. 1 p.p.m.

Kierując się jednak założeniem racjonalności prawodawcy i między innymi wyrażoną w paremii *lex imperat non docet* koncepcją prawa jako zbioru norm postępowania⁶¹, należy podjąć próbę takiej wykładni art. 19 ust. 1 p.p.m., która pozwoli na przypisanie temu przepisowi waloru normatywnego. Trafnie pisze P. Błaszczyk, że „w art. 19 ust. 1 p.p.m. dopuszczono w istocie nie tyle transgraniczną zmianę siedziby, ile transgraniczne przekształcenie, ponieważ każda zmiana lokalizacji osoby prawnej powodowałaby zmianę prawa właściwego i w konsekwencji przekształcenie podmiotu prawa państwa przyjmującego”⁶².

Warto zastanowić się nad hipotezą zakładającą, że uregulowanie w omawianym przepisie transgranicznego przekształcenia stanowi wyraz opowiedzenia się przez polskiego prawodawcę za dopuszczalnością takiego zabiegu. Analiza norm kolizyjnych zamieszczonych w ustawie z 2011 r. prowadzi do jednoznacznej konkluzji: objęte hipotezą normy kolizyjnej instytucje prawne bez wyjątku odnaleźć można było w polskim prawie materialnym. Z obserwacji tej nie wynika, oczywiście, bezwzględnie potwierdzenie wskazanej hipotezy. Sformułowania wskazujące zakres normy kolizyjnej podlegają przecież procesowi kwalifikacji⁶³. Według dominującego we współczesnej kolizjonistyce ujęcia, nie można

⁶¹ Zasadę jako taką uznano w orzecznictwie polskich sądów za dyrektywę wykładni prawa. Por. choćby wyrok WSA w Gliwicach z dnia 12.09.2008 r., sygn. akt II SA/Gl 565/08. LEX nr 483135.

⁶² P. Błaszczyk: *Pojęcie siedziby osoby prawnej...*, s. 92.

⁶³ M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 58—62.

dokonywać tej wykładni, opierając się jedynie na instytucjach własnego prawa, czyli według *legis fori*. Dokonanie prawidłowej wykładni wyrażeń określających zakres normy kolizyjnej powinno uwzględniać stan prawa występujący w różnych państwach, stąd za przeważającą w naszej doktrynie uznaje się koncepcję kwalifikacji według kolizyjnej *legis fori*⁶⁴. Również to ujęcie „za punkt wyjścia” obiera znaczenie, jakie wyrażeniom zawartym w treści normy kolizyjnej przyznaje się we własnym systemie prawnym — nie ogranicza się jednak do niego.

Mimo że łącznik siedziby osoby prawnej budzi niejasności, a przyjęcie koncepcji łącznika siedziby statutowej pozbawia art. 19 ust. 1 p.p.m. istotnej normatywnej treści, trudno zakwestionować tezę, że intencją polskiego ustawodawcy było określenie prawa właściwego dla transgranicznego przekształcenia spółki. Trafnie podkreślają liczni autorzy, że prawodawca polski zatrzymał się „w pół drogi”, gdyż pełne uregulowanie takiego przekształcenia wymaga kompleksowej regulacji materialnoprawnej, której jak dotąd nie uchwalono⁶⁵. Rodzimy ustawodawca kolizyjny z 2011 r. nie zdecydował się bowiem, wzorem na przykład swojego szwajcarskiego odpowiednika, na podjęcie trudu uregulowania w ramach ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym zarówno norm kolizyjnych w zakresie transgranicznego przekształcenia, jak i podstawowych elementów regulacji materialnoprawnej (choćby przez odesłanie do przepisów o przekształceniach spółek handlowych). Sądzę, że pewną rolę odgrywać mogły tu wątpliwości w zakresie zgodności polskiej materialnoprawnej regulacji emigracji spółek (art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. — Kodeks spółek handlowych. Dz.U. nr 94, poz. 1037 ze zm. [dalej: k.s.h.]) z prawem unijnym. Ale nawet tam, gdzie ustawodawca kolizyjny wyraźnie zmierza do uwzględnienia rezultatów orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, jak w art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m., rezultat tej interwencji jest trudny do jednoznacznej interpretacji. Jeśli chodzi o prawo właściwe dla transgranicznego przekształcenia, polskie prawo znajduje się zatem w okresie przejściowym. Do historii przeszły już brak regulacji i konieczność dynamicznej wykładni art. 9 § 2 ustawy z 1965 r., jednakże ani nie doszło jeszcze do przyjęcia zharmonizowanej regulacji na szczeblu unijnym, ani też nie podjęto próby kom-

⁶⁴ Ibidem, s. 60—61; H. Trammer: *Z rozważań nad strukturą normy kolizyjnej prawa prywatnego międzynarodowego*. „Studia Cywilistyczne” 1969, T. 13—14, s. 402: „Słowa, którymi posługują się przepisy kolizyjne, należy pojmować w sposób odpowiadający »międzynarodowej funkcji rozgraniczającej« prawa prywatnego międzynarodowego, a więc należy je interpretować »według kolizyjnej *legis fori*«, którą prawodawca statuuje z innych pozycji niż merytoryczną *legem fori*”.

⁶⁵ P. Błaszczuk: *Pojęcie siedziby osoby prawnej...*, s. 92; K. Oplustil: *Łącznik siedziby spółki...*, s. 661—662.

pleksowego uregulowania transgranicznego przekształcenia w prawie polskim. Obecny stan normatywny może otwierać pole do prób dokonania transgranicznego przekształcenia *de lege lata*, o czym szerzej w kolejnym punkcie. Nie uprzedzając konkluzji tego punktu, trudno nie zauważyć, że nawet jeśli przypisać takie właśnie znaczenie art. 19 ust. 1 p.p.m., to — biorąc pod uwagę treść art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. — rezultaty takiej wykładni art. 19 ust. 1 p.p.m. z perspektywy emigracji polskiej spółki są sprzeczne z cytowanymi przepisami k.s.h.⁶⁶

3.4. Chwila przeniesienia siedziby do innego państwa

Artykuł 19 ust. 1 p.p.m. rozpoczyna się od sformułowania: „z chwilą przeniesienia siedziby do innego państwa”. Należy już na wstępie zauważyć, że w świetle brzmienia tego subokreślnika temporalnego większość kwestii związanych z emigracją musi zostać rozstrzygnięta przez prawo państwa emigracji, gdyż — polegając jedynie na brzmieniu tego przepisu — należy uznać, że prawo państwa imigracji znajdzie zastosowanie dopiero z chwilą przeniesienia, a więc wtedy, gdy całokształt wymogów, jakie prawo emigracji przewiduje dla skutecznego przeniesienia, zostanie dopełniony. Wcześniejsze rozważania na temat kumulatywnego dopełnienia wymogów zarówno prawa państwa emigracji, jak i prawa państwa imigracji czynią jednak to założenie całkowicie nieaktualnym. Niemniej przepis ten ma znaczenie jako wskazanie *in principio* właściwości prawa państwa imigracji od chwili dokonania tejże imigracji.

Sformułowanie „z chwilą przeniesienia siedziby do innego państwa” jest subokreślnikiem temporalnym, ale można dostrzec w nim również kwestię pierwotną czy wyjściową. Określa się ją w doktrynie jako składnik stanu faktycznego opisanego w hipotezie normy kolizyjnej, mający

⁶⁶ Ocena może być jednak inna, jeśli spojrzeć się na art. 19 ust. 1 p.p.m. z perspektywy imigracji spółek zagranicznych do Polski. Nie stanowi to tematyki tego tekstu, ale marginalnie warto zauważyć, że w świetle konkluzji wyroku w sprawie *VALE* państwo członkowskie, które dopuszcza możliwość przekształceń spółek o charakterze wewnętrznym, nie może generalnie wykluczać dopuszczalności takich przekształceń w perspektywie transgranicznej. Polskie prawo materialne milczy w kwestii imigracji spółek zagranicznych przez przeniesienie ich siedzib statutowych do Polski. Może więc wskazana prounijna wykładnia art. 19 ust. 1 p.p.m. umożliwiłaby wykładnię owego „milczenia” — w zgodzie z tezami Trybunału w sprawie *VALE* — jako przyzwolenia? Oczywiście, przyzwolenia chroniącego, przez odpowiednie stosowanie przepisów k.s.h., potencjalnie zagrożone taką imigracją interesy. Trudno zakładać, że taka była istotnie wola historycznego ustawodawcy kolizyjnego z 2011 r., ale biorąc pod uwagę krytyczne uwagi poczynione w tym punkcie, być może byłoby to *ratio legis*, pozwalające na zachowanie sensowności uchwalenia art. 19 ust. 1 p.p.m. w obecnym kształcie.

charakter materialnoprawnej przesłanki zastosowania normy kolizyjnej i wymagający w związku z tym oceny według prawa merytorycznego⁶⁷. Rozpocząć należy od banalnej obserwacji, że aby wskazać chwilę przeniesienia, należy ustalić, kiedy do niego doszło. Ponieważ „przeniesienie siedziby” jest zdarzeniem prawnym będącym skutkiem określonych czynności konwencjonalnych, wskazanie tej chwili wymaga odwołania się do systemu norm kształtujących te czynności konwencjonalne. Innymi słowy, o chwili przeniesienia siedziby możemy mówić jedynie, odwołując się do prawa jakiegoś państwa. W grę wchodzi zasadniczo państwo emigracji lub państwo imigracji⁶⁸. W teorii prawa kolizyjnego wskazuje się, że kwestia pierwotna powinna być na równi z kwestią główną rozstrzygana zgodnie z prawem właściwym na podstawie norm kolizyjnych *legis fori*⁶⁹. Transgraniczne przekształcenie spółki jest formą przekształcenia osoby prawnej, stąd *prima facie* można by stwierdzić, że prawem właściwym do oceny kwestii pierwotnej na podstawie art. 17 ust. 3 w związku z art. 17 ust. 1 p.p.m. byłoby prawo państwa siedziby statutowej danej spółki — a więc do chwili przeniesienia prawo państwa emigracji. Innymi słowy, **„chwila przeniesienia” powinna być oceniana według prawa państwa emigracji**. Wykładnia językowa sformułowania „z chwilą” prowadziłyby do wniosku, że stosowanie prawa państwa imigracji rozpoczynałoby się wtedy, gdy przeniesienie siedziby do tego państwa zostało dokonane — w tym sensie przeniesienie poprzedzałoby o tzw. logiczną sekundę rozpoczęcie stosowania prawa państwa imigracji. Rozważania te prowadzone są przy założeniu rozłącznego stosowania praw państwa emigracji i państwa imigracji. Pierwszego do chwili przeniesienia siedziby, drugiego — od tej chwili. Niezależnie od uwag na temat kumulatywnego stosowania prawa w praktyce wydaje się, że rozróżnienie to straci nieco na ostrości, gdyż w większości przypadków chwilą przeniesienia będzie moment wpisu w rejestrze w państwie imigracji. Również jeśli dojdzie do przyjęcia zharmonizowanego aktu regulującego transgraniczne przeniesienie w ramach Unii Europejskiej, chwila ta będzie ujednoczona we wszystkich systemach prawnych państw członkowskich. W praktyce trudności może nastęrczać stosowanie tej normy w odniesieniu do systemów prawnych różnie ujmujących chwilę przeniesienia. W szczególności jeśli według prawa państwa emigracji chwilą przeniesienia jest chwila wykreślenia z rejestru, zgodnie z prawem państwa imigracji zaś — moment wpisu do rejestru. Mogą pojawić się wątpliwości co do kontynuacji

⁶⁷ M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 65. Por. też A. Mączyński: *Rozwód w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 1983, s. 51.

⁶⁸ Trudno znaleźć uzasadnienie dla stosowania *legis fori*, zresztą będzie nim najprawdopodobniej prawo jednego z dwóch wymienionych państw.

⁶⁹ A. Mączyński: *Rozwód w prawie prywatnym...*, s. 51.

osobowości prawnej spółki już wykreślonej, a jeszcze niewpisanej do rejestru w państwie nowej siedziby. Dla sprawnego przeprowadzenia przeniesienia regulacje materialnoprawne w systemach prawnych państwa emigracji i państwa imigracji powinny być ujednoczone. Rozważania te ilustrują tezę o prymacie rozwiązań materialnoprawnych nad kolizyjnymi w omawianym obszarze. W ramach interesującej nas problematyki istotną rolę odgrywać będą przepisy proceduralne zarówno państwa emigracji, jak i państwa imigracji. To w nich znajdzie się odpowiedź na pytania o właściwość sądu lub innego organu rejestrowego i postępowanie przed tymi organami. W literaturze prawa kolizyjnego podkreśla się, że przepisy proceduralne nie wchodzą w zakres regulacji ustawy kolizyjnej. Przeważające stanowisko w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego przyjmuje dla przepisów dotyczących procedury właściwość *legis fori*⁷⁰.

3.5. Inne państwo

Artykuł 19 ust. 1 p.p.m. mówi o przeniesieniu siedziby „do innego państwa”. Przepis ten nawiązuje do podstawowej cechy ustawy kolizyjnej, jaką jest regulowanie właściwości prawa dla stosunków z zakresu prawa prywatnego związanych z więcej niż jednym państwem (art. 1 p.p.m.). Państwo rozumie się jako suwerenny podmiot prawa międzynarodowego, nie zaś część składową federacji⁷¹. Ustawa kolizyjna z 2011 r. pozostawia *in principio* rozstrzygnięcie konfliktów interlokalnych prawu państwa, w którym one występują (art. 9 zd. 1 p.p.m.). Należy jednak odnotować, że w razie braku jednoznacznego wskazania polska ustawa nakazuje stosowanie prawa (lokalnego) najściślej związanego z danym stosunkiem prawnym (art. 9 zd. 2 p.p.m.). Rozporządzenia Rzym I⁷² i Rzym II⁷³ — odpowiednio w art. 22 i 25 — nakazują traktować każdą jednostkę jako państwo, co jest pewnym wyłomem w zasadzie nieingerowania przez nor-

⁷⁰ W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Poznań 1996, s. 41.

⁷¹ Por. *ibidem*, s. 23.

⁷² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Dz.Urz. UE z 4.07.2008 r., L 177, s. 6 ze sprost. Stosuje się je do umów zawartych po 17.12.2009 r. (art. 28).

⁷³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 864/2007 z dnia 11.07.2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II). Dz.Urz. UE z 31.07.2007 r., L 199, s. 40. Stosuje się je od 11.01.2009 r., z wyjątkiem art. 29, dotyczącego przekazania Komisji Europejskiej wykazu konwencji, który stosuje się od 11.07.2008 r. (art. 32).

my kolizyjne w konflikty interlokalne. Biorąc jednak pod uwagę zasadę ogólną wyrażoną w art. 9 zd. 1 p.p.m., a także charakter rozporządzeń jako *legi specialis* w stosunku do powszechnej regulacji kolizyjnej, należy uznać, że w sytuacji niejednolitości prawa państwa, do którego osoba prawna przenosi swoją siedzibę, art. 19 ust. 1 p.p.m. nie rozstrzyga konfliktu interlokalnego. Na przykład w przypadku przeniesienia siedziby spółki do jednego ze stanów w Stanach Zjednoczonych art. 19 ust. 1 p.p.m. wskazuje, że z chwilą przeniesienia właściwe będzie prawo amerykańskie, a to, jakiego konkretnie stanu prawo będzie właściwe, zależeć będzie od wewnętrznej amerykańskiej regulacji kolizyjnej.

Bez wątpienia szczególną doniosłość będzie miało przenoszenie siedzib w ramach Unii Europejskiej oraz Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Będzie tak nie tylko (a może nawet w ogóle nie) ze względu na brzmienie art. 19 ust. 1 zd. 3 p.p.m., lecz z uwagi na to, że mobilność spółek uznawana jest za przejaw korzystania z traktatowej swobody przedsiębiorczości i urzeczywistnienia wartości, na których opiera się Unia Europejska. W największym stopniu zaś dlatego, że w ramach Unii Europejskiej może dojść do harmonizacji prawa państw członkowskich odnośnie do transgranicznego przekształcenia, co — jeśli nie jest warunkiem koniecznym — z pewnością istotnie ułatwia przeprowadzenie takiego zabiegu.

3.6. Podsumowanie

Wykładnia art. 19 ust. 1 p.p.m. prowadzi do wniosku, że transgraniczne przeniesienie siedziby spółki wymaga dla swej skuteczności, aby zarówno prawo państwa emigracji, jak i prawo państwa imigracji dopuszczały taką możliwość. W razie braku regulacji dopuszczających transgraniczne przekształcenie spółki i kształtujących procedurę takiego przekształcenia trudno bowiem wyobrazić sobie, jak takie przekształcenie miałyby wyglądać. Stąd pisząc o transgranicznym przekształceniu spółki z perspektywy polskich norm kolizyjnych, nie można abstrahować od materialnoprawnej dopuszczalności dokonania takiego przekształcenia. Będzie to przedmiotem szczegółowej analizy w kolejnym punkcie, ale już w tym miejscu, uprzedzając dalsze uwagi, należy zgodzić się z poglądem, że prawo polskie nie dopuszcza takiej transgranicznej operacji⁷⁴. Ze względu na złożoność problematyki oraz brak harmonizacji na szczeblu Unii Europejskiej i regulacji w polskim prawie materialnym *de lege lata* takiego przeniesienia nie można przeprowadzić, jakkolwiek zachęca-

⁷⁴ K. Oplustil: *Łącznik siedziby spółki...*, s. 662.

łoby do tego orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. W związku z tym rozważania temu poświęcone, chociaż mogą być niezwykle interesujące i dać okazję do przedstawienia sprawności warsztatowej, nie mogą *de lege lata* prowadzić do satysfakcjonujących rezultatów. Norma kolizyjna art. 19 ust. 1 p.p.m. miała w założeniu zawierać nowoczesne rozwiązanie, które mogłoby dobrze służyć po wypełnieniu „materialnoprawnej luki” przez przyszłą, zharmonizowaną regulację (np. czternastą dyrektywę). W praktyce jednak rodzi wiele bardzo poważnych wątpliwości, które starałem się wcześniej wskazać. Ogólna ocena art. 19 ust. 1 p.p.m. nie może być więc pozytywna, ale jego uchwalenie stało się już bez wątpienia katalizatorem ożywionej debaty w polskim środowisku kolizjonistów. Należy mieć nadzieję, że jej rezultatem będzie wypracowanie propozycji lepszych rozwiązań ustawowych. Sądzę, że takie twórcze oczekiwanie na ewentualne działania legislacyjne na szczeblu unijnym pozwoli przedstawicielom Polski na bardziej wartościowy wkład w pracę nad czternastą dyrektywą.

4. Stan polskiego prawa materialnego *de lege lata* Ocena zgodności art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. ze swobodą przedsiębiorczości

4.1. Krótka charakterystyka regulacji

Zgodnie z treścią art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h., podjęcie przez walne zgromadzenie (zgromadzenie wspólników) uchwały o przeniesieniu siedziby spółki za granicę powoduje rozwiązanie spółki, a co za tym idzie — konieczność przeprowadzenia likwidacji oraz wykreślenia spółki z rejestru przedsiębiorców.

Poświęcone wskazanym przepisom wypowiedzi w literaturze polskiej koncentrują się przede wszystkim na wymogach dotyczących większości głosów potrzebnych do podjęcia tej uchwały. W świetle trafnego i dominującego w literaturze poglądu J. Frąckowiaka, uchwała o przeniesieniu siedziby spółki za granicę jest zawsze uchwałą o zmianie statutu, gdyż siedziba spółki jest określona w statucie⁷⁵. Wskazuje on wobec tego, że na mocy art. 415 § 1 k.s.h. wymagana będzie większość trzech czwartych

⁷⁵ J. Frąckowiak, w: W. Pyziół (red.): *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa 2008, s. 971.

głosów, chyba że statut ustanowił surowsze warunki podjęcia uchwały⁷⁶. Odosobnione pozostaje stanowisko M. Michalskiego, którego zdaniem ze względu na to, że przeniesienie siedziby spółki za granicę z mocy prawa stanowi przyczynę jej rozwiązania, „nie ma uzasadnienia dokonywanie odpowiednich zmian w statucie”. Autor ten podnosi także, że ochrona interesów wierzycieli realizowana jest właśnie przez potraktowanie uchwały o przeniesieniu siedziby spółki za granicę jako przyczyny jej rozwiązania, otwierającej postępowanie likwidacyjne, „którego zadaniem jest nie tyle zabezpieczenie interesów wierzycieli, ile pełne zaspokojenie ich roszczeń”⁷⁷. Zdaniem M. Michalskiego, podjęcie uchwały o przeniesieniu siedziby spółki akcyjnej za granicę podejmowane jest w trybie art. 414 k.s.h., a więc bezwzględną większością⁷⁸.

Drugim z problemów podejmowanych na tle cytowanych przepisów jest rozumienie użytego przez ustawodawcę pojęcia siedziby. Również w tym przypadku dominuje trafny pogląd, że posługując się w art. 270 pkt 2 oraz w art. 459 pkt 2 k.s.h. pojęciem siedziby, ustawodawca odnosi się do siedziby statutowej spółki⁷⁹. Należy podkreślić, że w świetle przyjęcia w art. 17 ust. 1 p.p.m. łącznika siedziby statutowej (rejestrowej) przeniesienie siedziby rzeczywistej spółki (tj. miejsca faktycznego działania zarządu spółki) mającej siedzibę rejestrową w Polsce za granicę nie skutkuje rozwiązaniem spółki. Rozważania doktrynalne na tle art. 9 § 2 ustawy kolizyjnej z 1965 r. są nieaktualne, gdyż przepis ten posługiwał się pojęciem siedziby rzeczywistej. Wówczas rzeczywiście przeniesienie tej siedziby za granicę prowadziło do utraty przez spółkę jej bytu prawnego. *De lege lata* natomiast należy uznać przeniesienie siedziby faktycznej za granicę — przynajmniej z perspektywy kolizyjnoprawnej — za neutralne⁸⁰. Jak podkreśla W. Popiołek, nie stanowi przyczyny rozwiązania

⁷⁶ Ibidem. Tak też A. Szajkowski, M. Tarska, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, R. Zawłocki (red.): *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. T. 4. Warszawa 2009, s. 13; J.P. Naworski, w: R. Potrzebszcz, T. Siemiątkowski (red.): *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Tytuł III: *Spółki kapitałowe*. Dział II: *Spółka akcyjna*. T. 3. Warszawa 2013, s. 1203. Podobnie (na tle spółki z o.o.) M. Rodzyńkiewicz: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Wyd. 5. Warszawa, s. 520.

⁷⁷ M. Michalski, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 17B. Red. S. Sołtysiński. Warszawa 2010, s. 863.

⁷⁸ Ibidem, s. 863—864.

⁷⁹ K. Oplustil: *Łącznik siedziby spółki...*, s. 661 i 674. Odmienne, nietrafnie M. Spyra: *Konsekwencje faktycznego przeniesienia siedziby spółki kapitałowej za granicę*. W: A. Całus (red.): *Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga Prof. I. Weisasa*. Kraków 2003, s. 285—298.

⁸⁰ Tak też J. Napierała: *Swoboda przedsiębiorczości...*, s. 147—148. Cytowany autor trafnie zwraca uwagę, że jeżeli w państwie emigracji miarodajny jest łącznik siedziby faktycznej, to dojdzie do konfliktu, ponieważ z punktu widzenia polskiego prawa

spółki „przeniesienie zakładu głównego spółki za granicę”⁸¹. Cytowany autor wskazuje, że — pomijając kwestię znaczenia, jakie można przypisywać pojęciu „zakład główny” (używanego w przepisach k.h.) — nie ma istotnych powodów, dla których okoliczność zlokalizowania przez spółkę z siedzibą w Polsce jej „zakładu głównego” za granicą, o ile nie prowadzi to do przeniesienia jej siedziby, miałyby stanowić przyczynę rozwiązania spółki⁸².

Marginalnie wreszcie trzeba zaznaczyć, że uchwała o przeniesieniu spółki za granicę nie jest ze względu na swoją treść *ex definitione* dotknięta nieważnością⁸³. Uchwała taka ma wyraźne podstawy normatywne w cytowanych przepisach i powoduje skutki w nich przewidziane.

4.2. Ocena zgodności art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. ze swobodą przedsiębiorczości

W pkt. 112 i 113 wyroku w sprawie *Cartesio* Trybunał stwierdził, że utrzymywanie w prawie wewnętrznym wymogu rozwiązania i likwidacji spółki zamierzającej przenieść swoją siedzibę do innego państwa i równocześnie przekształcić się w spółkę odpowiadającą formie praw-

kolizyjnego spółka będzie podlegać prawu polskiemu (jako spółka z siedzibą statutową w Polsce), natomiast z perspektywy prawa kolizyjnego państwa, do którego emigruje, będzie podlegała jego prawu (jako spółka z siedzibą faktyczną w tym państwie). W konsekwencji nie będzie ona traktowana jako spółka prawa polskiego. Zdaniem J. Napierały, taka praktyka (nieuznanie) byłaby jednak niezgodna ze swobodą przedsiębiorczości. Por. też E. Wymeersch: *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, „European Business Organization Law Review” 2007, vol. 8, s. 166.

⁸¹ W. Popiołek, w: J. Strzępka (red.): *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa 2003, s. 1318.

⁸² Ibidem.

⁸³ W literaturze niemieckiej dominuje stanowisko, że uchwała taka jest dotknięta nieważnością. Por. P. Kindler, in: *Münchener Kommentar zum BGB*. T. 11, s. 655; U. Hüffer: *Aktiengesetz*. Aufl. 10. München 2012, s. 33. Jednak jest ono sformułowane na tle zupełnie innego stanu prawnego. Przede wszystkim § 5 niemieckiej ustawy o spółce akcyjnej stanowi wyraźnie: „Sitz der Gesellschaft ist **der Ort im Inland**, den die Satzung bestimmt” [podkreśl. M.M.]. Ponadto reguły kolizyjne dotyczące spółek opierają się na łączniku siedziby rzeczywistej — inaczej niż (zdaniem większości doktryny) obecnie w Polsce. W doktrynie niemieckiej wskazuje się, że spółce pozostaje podjęcie formalnej uchwały o rozwiązaniu, likwidacja i reinkorporacja w innym państwie. Zob. U. Hüffer: *Aktiengesetz...*, s. 32. Wniosek o wpis do rejestru zmiany siedziby na miejscowość w innym państwie podlega odrzuceniu. Zob. wyrok Oberlandesgericht Brandenburg z dnia 30.11.2004 r. „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2005, Nr. 11, s. 489; wyrok Oberlandesgericht Hamm z dnia 30.04.1997 r. „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 1997, Nr. 39, s. 1696.

nej przewidzianej w państwie, do którego spółka się przenosi, stanowi przeszkodę w skutecznym przekształceniu i ograniczenie swobody przedsiębiorczości danej spółki⁸⁴. Takie ograniczenie — przypomina Trybunał, cytując sprawę C-442/02 *Caixa-Bank France*⁸⁵ — jest zakazane na mocy art. 49 TFUE **pod warunkiem, że nie byłoby uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego**⁸⁶. Niezgodność art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. ze swobodą przedsiębiorczości była wskazywana przez wielu polskich autorów⁸⁷. W świetle cytowanego wyżej jednoznacznego stanowiska Trybunału Sprawiedliwości, nie wymaga ponownej analizy ani zagadnienie podlegania transgranicznego przekształcenia spółki zakresowi swobody przedsiębiorczości⁸⁸, ani to, czy wymóg rozwiązania i likwidacji spółki stanowi ograniczenie tej swobody. Należy jednak rozważyć, w jakim stopniu ograniczenie takie byłoby uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, a co za tym idzie: usprawiedliwione w świetle Traktatu. Jeśli bowiem byłoby ono dopuszczalne, to trudno utrzymywać tezę o niezgodności art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. ze swobodą przedsiębiorczości i wątpliwości nie mogłoby budzić niczym nieograniczone obowiązywanie wyrażanych przez te przepisy norm⁸⁹. Konsekwencją zaś potwierdzenia tezy o niedającym się usprawiedliwić ograniczeniu swobody byłaby konieczność odmowy stosowania art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. przez sądy polskie w zakresie obowiązywania Traktatu.

Czy jednak wymóg rozwiązania i likwidacji spółki może w ogóle podlegać usprawiedliwieniu? Oczywiście, rozwiązanie spółki jest najdotkliwszą z wyobraźalnych ingerencji w jej strukturę. Na wstępie więc należałoby rozważyć, czy zastosowania nie znajdzie tu stanowisko wyrażone przez Trybunał w sprawie C-208/00 *Überseering*, dotyczące odmowy uznania podmiotowości spółki. Trybunał stwierdził wówczas, że żadne powody nie mogą usprawiedliwiać odmowy uznania zdolności prawnej, a w konsekwencji zdolności sądowej spółki prawidłowo utworzonej w innym państwie członkowskim, w którym ma ona swoją siedzibę

⁸⁴ Sprawa C-210/06 *Cartesio*, pkt 112 i 113.

⁸⁵ Wyrok TS z dnia 5.10.2004 r. w sprawie C-442/02 *Caixa-Bank France*. Zb. Orz. 2004, s. I-8961.

⁸⁶ Por. też E. Wymeersch: *Is a Directive on Corporate...*, s. 167.

⁸⁷ Por. M. Szydło: *Przeniesienie siedziby statutowej spółki kapitałowej za granicę*. „Rejent” 2008, nr 7—8, s. 133—146; K. Oplustil: *Łącznik siedziby spółki...*, s. 674; Idem: *Transgraniczne przekształcenie...*; J. Napierała: *Europejskie prawo spółek. Prawo spółek Unii Europejskiej z perspektywy prawa polskiego*. Warszawa 2013, s. 422. Zob. także Idem: *Przekształcenie spółki zagranicznej...*, s. 25—26; A. Opalski: *Europejskie prawo...*, s. 93 i 131—133.

⁸⁸ Por. szczególnie M. Szydło: *Przeniesienie siedziby statutowej...*, s. 133—139.

⁸⁹ Por. K. Oplustil: *Łącznik siedziby spółki...*, s. 674—675.

statutową. Tego typu przepis byłby bowiem równoznaczny z zaprzeczeniem samej swobody przedsiębiorczości przyznanej spółkom przez art. 49 i 54 TFUE⁹⁰. Analogiczne rozumowanie odnośnie do wymogu rozwiązania i likwidacji spółki nie może być jednak automatyczne. Choć w obu przypadkach dochodzi do „unicestwienia” spółki, są one jednak zupełnie różne. Jednakże jeśli Trybunał uznał *in principio* prawo spółki do transgranicznego przekształcenia⁹¹, „powierając” — do czasu dokonania harmonizacji — ukształtowanie warunków korzystania z tego prawa prawu wewnętrznemu państw członkowskich, to czy całkowite wykluczenie możliwości korzystania z prawa unijnego przez prawo wewnętrzne nie jest (jak w *Überseering*) „równoznaczne z zaprzeczeniem istnienia samej swobody przedsiębiorczości”⁹²? Wątpliwości w tym zakresie znosi jednak stwierdzenie samego Trybunału, który w cytowanym wcześniej pkt. 113 wyroku w sprawie *Cartesio* **wyraźnie dopuszcza możliwość usprawiedliwienia wymogu rozwiązania i likwidacji spółki**⁹³. Konkluzji tej nie zmienia również późniejsze orzecznictwo Trybunału. Co prawda w pkt. 39 i 40 sprawy *VALE* Trybunał stwierdził, że całkowite odrzucenie możliwości dokonania transgranicznego przekształcenia, nawet gdy nie narusza ono interesów wierzycieli i innych interesariuszy spółki, wykracza poza to, co niezbędne do osiągnięcia celu określonego jako ochrona tych interesów⁹⁴. Wykładnia dokonana przez Trybunał w cytowanym

⁹⁰ Sprawa C-208/00 *Überseering*, pkt 81 i 82.

⁹¹ Sprawa C-378/10 *VALE*, pkt 49: „the company concerned enjoys a right granted by the European Union legal order, in this instance, the right to carry out a cross-border conversion”. W literaturze francuskiej podkreśla się dyskrecjonalny charakter decyzji Trybunału, porównując ją do funkcji pretora w prawie rzymskim: „La Cour de justice — et il faut voir là le trait particulier de son action prétorienne — crée au sein du droit subjectif général à la liberté d'établissement des droits subjectifs specialisés: à la fusion transfrontière, au transfert international du siege, etc.” L. d'Avout: *Droit du commerce international. Mobilité des sociétés*. „Recueil Dalloz” 2012, s. 2334. Zasadne byłoby w tym miejscu postawienie **problemu kompetencji Trybunału w zakresie prawa prywatnego państw członkowskich**. Ze względu jednak na formułę i główną tematykę artykułu pozostawiam go do rozwinięcia w innym miejscu. Również L. d'Avout kończy swój tekst, wyrażając nadzieję, że „Le Parlement démocratiquement élu étant au moins co-législateur de l'Union européenne, il serait juste que lui soit en fin donnée voix au chapitre”. Ibidem, s. 2334.

⁹² Sprawa C-208/00 *Überseering*, pkt 81 i 82.

⁹³ Sprawa C-210/06 *Cartesio*, pkt 113: „Such a barrier to the actual conversion of such a company, without prior winding-up or liquidation, into a company governed by the law of the Member State to which it wishes to relocate constitutes a restriction on the freedom of establishment of the company concerned which, **unless it serves overriding requirements in the public interest**, is prohibited under Article 43 EC (see to that effect, inter alia, *CaixaBank France*, paragraphs 11 and 17)” [podkreśl. M.M.]. Por. J. Napierała, w: „System Prawa Handlowego”. T. 2..., s. 1659.

⁹⁴ Sprawa C-378/10 *VALE*, pkt 39 i 40.

wyroku dotyczy jednak konkretnego stanu faktycznego i prawnego będącego podstawą pytania prejudycjalnego. Była to ocena prawa państwa imigracji⁹⁵. Rekonstruowanie z niej reguły ogólnej nie może być dokonywane bez uwzględnienia tego stanu faktycznego i prawnego, a także w oderwaniu od dotychczasowego orzecznictwa, w szczególności cytowanej wcześniej sprawy *Cartesio*. Należy bowiem zwrócić uwagę, że nigdzie w wyroku w sprawie *VALE* nie znajdziemy odejścia od stanowiska przedstawionego w cytowanym rozstrzygnięciu Wielkiej Izby Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Cartesio*⁹⁶. Co więcej, obserwowanie rozwoju orzecznictwa Trybunału nakazuje ostrożność i powstrzymywanie się od automatycznego przenoszenia tez formułowanych w sprawach imigracyjnych (jak *Überseering*) na sprawy emigracyjne (jak *Cartesio*). Normy prawne wyrażone w art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. stanowią niewątpliwie ograniczenie emigracji spółki mającej statutową siedzibę w Polsce. Stąd w mojej ocenie zasadne jest rozważenie, czy ograniczenie to może zostać usprawiedliwione.

Różne ujęcia dokonywanego przez Trybunał Sprawiedliwości tzw. testu proporcjonalności sprowadzają się do odpowiedzi na trzy podstawowe pytania. Po pierwsze: Czy wartość, ze względu na którą państwo członkowskie ogranicza swobodę przedsiębiorczości, należy do wyrażonych wprost w Traktacie bądź uznanych w orzecznictwie Trybunału nadrzędnych względów interesu ogólnego? Po drugie: Czy ograniczenie swobody jest właściwe ze względu na wartość, która podlega ochronie, czy też cel, który ma zostać osiągnięty (wymóg adekwatności)? Po trzecie wreszcie: Czy ograniczenie to nie wykracza poza to, co konieczne dla realizacji tego celu (wymóg proporcjonalności)⁹⁷?

Jeśli chodzi o pierwsze pytanie, to w literaturze polskiej wskazuje się wprost na ochronę wierzycieli spółki. Zdaniem J. Frąckowiaka, celem art. 459 pkt 2 k.s.h. jest to, aby zapobiec pogorszeniu sytuacji prawnej wierzycieli spółki, którzy — w razie braku tej regulacji — byłiby narażeni na dochodzenie swoich roszczeń od spółki przed sądem obcego państwa⁹⁸. Sytuację podobną do sytuacji wierzycieli spółki mają często jej

⁹⁵ „Mais l'arrêt Vale impliquait le droit de l'État d'accueil. C'est donc de lui que se préoccupe exclusivement la Cour de justice”. G. Parleani: *Après...*, s. 651.

⁹⁶ Por. wyrok TS z dnia 24.11.1993 r. w połączonych sprawach C-267/91 i C-268/91 *Keck i Mithouard*. Zb. Orz. 1993, s. I-6097, pkt 16: „Contrary to what previously been [...]”.

⁹⁷ Por. choćby wyrok TS z dnia 23.10.2007 r. w sprawie C-112/05 *Komisja Europejska przeciwko Niemcom*. Zb. Orz. 2007, s. I-8995, pkt 73.

⁹⁸ J. Frąckowiak, w: W. Pyziół (red.): *Kodeks spółek handlowych. Komentarz...*, s. 971. Tak też M. Michalski, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 17B..., s. 863—864. Podobnie w literaturze szwajcarskiej: B. Dutoit: *Droit international privé suisse*. Bazy-lea 2005, s. 564: „En cas d'émigration d'une société suisse à l'étranger, il s'érige de tenir un

akcjonariusze mniejszościowi⁹⁹. Choć wszystko zależy od konkretnego stanu faktycznego, najczęściej stanowią oni grupę pasywnych inwestorów niemających bezpośredniego wpływu na zarządzanie spółką i ewentualne decyzje o przeniesieniu jej siedziby za granicę. Zmiana taka może ujemnie wpłynąć na ich sytuację przez zwiększenie kosztów transakcyjnych zaangażowania kapitałowego w spółkę (np. konieczność zasięgnięcia porady zagranicznego prawnika w celu wykonywania podstawowych uprawnień korporacyjnych czy też prozaiczne utrudnienia dotyczące podróży, czy korespondencji), a co za tym idzie — osłabienia nadzoru¹⁰⁰. Wśród wierzycieli spółki wyodrębnia się też szczególną kategorię, tj. pracowników spółki. Zmiana siedziby spółki nie musi w konkretnym przypadku oznaczać pogorszenia ich sytuacji — zwłaszcza nie musi oznaczać zmiany lokalizacji na przykład zakładu głównego spółki. Jednakże spośród typowych uzasadnień decyzji menedżerskich o przeniesieniu siedziby spółki łatwo można wyróżnić te odnoszące się do obniżenia kosztów pracy czy też uelastycznienia zasad rozwiązywania stosunków pracy. Oczywiście, te motywacje same w sobie nie są złe, a na piastunach spółki ciąży odpowiedzialność za jej zyskowność. Niemniej jednak, analizując wpływ zmiany siedziby spółki na istniejące stosunki pracownicze, trudno nie dostrzec licznych problemów prawnych, jakie może ona z sobą nieść¹⁰¹.

Należy wreszcie wspomnieć o efektywności nadzoru podatkowego nad spółką¹⁰². Przeniesienie siedziby spółki musi się wiązać ze zmianą jurysdykcji władz podatkowych. Choć istnieją w międzynarodowym prawie podatkowym rozwiązania zmierzające do uregulowania zjawiska spółek migrujących¹⁰³, przeniesienie siedziby spółki stanowi zmianę mającą

compte tout particulier des intérêts des créanciers”. Tak też D. Girsberger, R. Rodriguez, in: H. Honsell et al. (Hrsg.): *Internationales privatrecht...*, s. 1293.

⁹⁹ Podobnie B. Dutoit: *Droit...*, s. 565. Podobnie w literaturze francuskiej: G. Parleani: *Après...*, s. 651.

¹⁰⁰ Nawet w polskiej praktyce korporacyjnej znane są przypadki zwolywania posiedzeń organów spółki (szczególnie zarządu czy rady nadzorczej) w odległych miejscach, np. lokalizacjach peryferyjnych zakładów spółki, w celu faktycznego utrudnienia wzięcia w nich udziału przez przedstawicieli akcjonariuszy mniejszościowych (bądź w radzie nadzorczej, bądź delegowanych do pełnienia indywidualnego nadzoru).

¹⁰¹ Por. art. 8 ust. 1—4 rozporządzenia Rzym II. W braku wyboru prawa umowa o pracę podlega co prawda prawu państwa, w którym lub — gdy takiego brak — z którego pracownik zazwyczaj świadczy pracę w wykonaniu umowy (ust. 2). Jednak ust. 3 i 4 relatywizują to wskazanie. Jeśliby nałożyć na to okoliczności faktyczne, często związane z przeniesieniem siedziby, takie jak zjawisko pracowników dojeżdżających z innego państwa (np. związanych bezpośrednio z obsługą zarządu i kierownictwo wyższego szczebla), to pewność co do prawa właściwego może ulec osłabieniu.

¹⁰² G. Parleani: *Après...*, s. 652.

¹⁰³ Por. np. Konwencja podpisana w Warszawie dnia 13 lutego 2002 r. między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Niderlandów w sprawie unikania podwójnego opodat-

ogromny wpływ na sytuację podatkową spółki (np. kwestie dopuszczalności przeprowadzenia kontroli podatkowej w zakresie któregośkolwiek z podatków, jakim za wcześniejsze lata podlegała spółka, która przeniosła swoją siedzibę).

Ochrona wierzycieli spółki¹⁰⁴, ochrona interesów akcjonariuszy mniejszościowych¹⁰⁵, ochrona pracowników spółki¹⁰⁶, efektywność nadzoru podatkowego¹⁰⁷ — to cele, które stanowią nadrzędne względy interesu ogólnego uznane w dotychczasowej judykaturze Trybunału¹⁰⁸.

Odpowiedź na pytanie, czy wymóg rozwiązania i likwidacji spółki jest właściwym środkiem ze względu na ochronę wierzycieli, chciałbym poprzedzić refleksją nad tym, czy celu tego nie dałoby się osiągnąć innymi, mniej dotkliwymi dla spółki sposobami — innymi słowy — czy nie wykracza on poza to, co konieczne do realizacji tego celu. Otóż bez wątpienia ochronę wierzycieli można zapewnić w inny sposób. Jakie konkretne interesy wierzycieli może naruszyć przeniesienie siedziby spółki? Cytowany wcześniej J. Frąckowiak zwraca uwagę na aspekt jurysdykcyjny. Ze względu na zmianę siedziby statutowej spółki i zasadę ogólną międzynarodowego postępowania cywilnego, jaką jest *actor sequitur forum rei* — zasady skodyfikowanej w art. 2 rozporządzenia 44/2001¹⁰⁹ — wierzyciele zmuszeni są odtąd do dochodzenia swoich roszczeń od spółki przed sądem obcego państwa ze wszystkimi tego konsekwencjami. Ponadto w wielu przypadkach przeniesienie siedziby spółki może mieć wpływ na właściwość prawa rządzącego stosunkami zobowiązaniowymi między spółką a jej wierzycielami. W tym miejscu znowu należy jedynie zasygnalizować konsekwencje wynikające z przyjęcia w rozporządzeniu Rzym I zasady właściwości prawa strony zobowiązanej do świadczenia charakterystycznego (art. 4 rozporządzenia Rzym I). Kolejna zmiana na niekorzyść wierzycieli może wynikać z dostosowania struktury spółki do

kowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu (Dz.U. nr 216, poz. 2120).

¹⁰⁴ Por. sprawa C-208/00 *Überseering*, pkt 92.

¹⁰⁵ C-112/05 *Komisja Europejska przeciwko Niemcom*, pkt 77: „While the desire to provide protection for such shareholders may also constitute a legitimate interest and justify legislative intervention, in accordance with the principles referred to in paragraphs 72 and 73 above, even if it were also liable to constitute a restriction on the free movement of capital [...]”.

¹⁰⁶ C-112/05 *Komisja Europejska przeciwko Niemcom* par. 74.

¹⁰⁷ Por. sprawa C-208/00 *Überseering*, pkt 92.

¹⁰⁸ Tak też sprawa C-378/10 *VALE*, pkt 39.

¹⁰⁹ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. WE L 12 z dnia 16 stycznia 2001 r., s. 1).

zasad wnoszenia i utrzymania kapitału zakładowego w prawie państwa, do którego spółka się przenosi (lub wręcz niekiedy z całkowitego braku takich zasad¹¹⁰). Tekst ten nie ma referować debaty dotyczącej roli i znaczenia kapitału zakładowego we współczesnym obrocie gospodarczym¹¹¹. Można jednak pokusić się o banalną obserwację, że wyższy kapitał zakładowy i surowsze reguły jego utrzymania co najmniej nie pogarszają sytuacji wierzycieli spółki. Trudno wykluczyć przypadek, w którym realną motywacją zamierzających przenieść siedzibę piastunów spółki jest zmiana relacji długu do kapitału własnego, większe zadłużenie spółki i — co za tym idzie — pogorszenie sytuacji dotychczasowych wierzycieli.

Wskazane interesy wierzycieli można, oczywiście, chronić inaczej niż przez wymóg rozwiązania i likwidacji spółki. Można to zrobić np. tak, jak w przypadku podziału spółki przez umożliwienie wierzycielom uzyskania zabezpieczenia wierzytelności (por. art. 546 § 2 k.s.h.)¹¹² — choć i to jest środkiem daleko idącym i sprawiającym, że przeniesienie siedziby spółki może okazać się w konkretnym przypadku niemożliwe¹¹³. Ochrona wierzycieli może być też realizowana przez jawność procedury transgranicznego przekształcenia spółki, np. obowiązek ogłoszenia właściwych informacji w organach publikacyjnych oraz składania odpowiednich akt do rejestru sądowego. Wymogi takie znajdują zastosowanie w przypadkach przekształceń spółek o charakterze wewnętrznym, przewidują je również projekty czternastej dyrektywy¹¹⁴. Dobrym przykładem może być art. 163 ust. 2 szwajcarskiego prawa prywatnego międzynarodowego, w świetle którego szwajcarska spółka zamierzająca przenieść swoją siedzibę za granicę musi ogłosić to publicznie, wzywając wierzycieli do zgłoszenia swoich roszczeń. Przepis ten zawiera odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów o łączeniu się spółek¹¹⁵. Według art. 164 ust. 2 szwajcarskiego prawa prywatnego międzynarodowego, wykreślenie spółki z rejestru szwajcarskiego jest możliwe dopiero po przedstawieniu przez biegłego rewidenta sprawozdania poświadczającego, że wierzyciele

¹¹⁰ Jak np. w prawie angielskim.

¹¹¹ Por. A. Opalski, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 17B..., s. 87—98.

¹¹² Tak też E. Wymeersch: *Is a Directive on Corporate...*, s. 168.

¹¹³ Wyobraźmy sobie np. mocno zadłużoną spółkę, mającą niewielki i już podlegający zabezpieczeniu majątek. Konieczność dodatkowego zabezpieczenia wszystkich zgłaszających się wierzycieli mogłaby o tyle wykluczyć możliwość przeniesienia siedziby spółki za granicę, że zabezpieczenie takie byłoby po prostu niemożliwe do zaoferowania wierzycielom.

¹¹⁴ Poniżej, w pkt. 5, przedstawiam propozycję Parlamentu Europejskiego w tym zakresie.

¹¹⁵ A dokładnie art. 46 ustawy o łączeniu się spółek, który wymaga zaspokojenia wierzytelności, chyba że spółka wykaże, że ich zaspokojenie nie będzie w wyniku transgranicznego przekształcenia zagrożone.

spółki otrzymali właściwe zabezpieczenie swoich roszczeń, że roszczenia te zostały zaspokojone, lub że wierzyciele wyrazili zgodę na wykreślenie z rejestru.

Do rozważenia byłoby też wprowadzenie wymogów zapewniających, że transgraniczne przekształcenie będzie dotyczyć podmiotów ze stabilną sytuacją finansową (np. wymóg wykazania zysku za ostatnie trzy lata obrotowe, konieczność poddania sprawozdania finansowego spółki badaniu biegłego rewidenta, nawet gdy nie wynika to z innych przepisów prawa wewnętrznego). Natomiast z całą pewnością można stwierdzić, że nie zapewniają żadnej ochrony wierzycieli — skazane zresztą na niepowodzenie¹¹⁶ — próby analogicznego stosowania wobec przekształcenia transgranicznego polskich przepisów dotyczących przekształceń (art. 551—584¹³ k.s.h.). Wobec braku harmonizacji transgranicznego przekształcenia na szczeblu unijnym, a także (inaczej niż np. w prawie francuskim¹¹⁷, szwajcarskim¹¹⁸, luksemburskim¹¹⁹, belgijskim¹²⁰ czy włoskim¹²¹) właściwych regulacji w prawie wewnętrznym nie ma normatyw-

¹¹⁶ Tak trafnie K. Oplustil: *Transgraniczne przekształcenie...*

¹¹⁷ Por. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières: *Droit...*, s. 970—971. Należy jednak zwrócić uwagę, że „la validité du transfert international de siège social est contestée par une partie importante de la doctrine, qui estime qu'il doit nécessairement y avoir dissolution de la société ancienne et création d'une société nouvelle”. Ibidem, s. 970.

¹¹⁸ Por. B. Dutoit: *Droit...*, s. 564; D. Girsberger, R. Rodriguez, in: H. Honsell et al. (Hrsg.): *Internationales privatrecht...*, s. 1293.

¹¹⁹ Artykuł 159 ustawy z dnia 10 sierpnia 1915 r. o spółkach handlowych [tłum. z języka francuskiego]: „Any company whose central administration (head office) is in the Grand-Duchy shall be subject to Luxemburg law, even though the constitutive instrument may have been executed in a foreign jurisdiction”. Należy zwrócić uwagę, że jest to norma umożliwiająca imigrację, nie zaś emigrację.

¹²⁰ Artykuł 56 belgijskiego kodeksu spółek handlowych stanowi [tłum. z języka francuskiego]: „Each company which has its principal place of business in Belgium shall be subject to Belgian law even if its deed of formation was executed abroad”. Przepis ten jest bardzo podobny do cytowanego w przypisie wyżej przepisu luksemburskiego i również w literalnym odczytaniu jest to norma umożliwiająca imigrację, nie zaś emigrację. Dopuszczalność transgranicznej imigracji do Belgii została potwierdzona w wyroku z dnia 12.11.1965 r. w sprawie *Lamot*. Pasicrise (1966), I, 336. Jednakże orzecznictwo belgijskie rozciągnęło swobodę migracji również na emigrację z Belgii. Wyrok Conseil d'Etat z dnia 29.06.1987 r. Por. szerzej E. Wymeersch: *The transfer of the company's seat in European company law*. CMLRev 2003, no. 40, s. 671—673. Marginalnie można za E. Wymeerschem zauważyć, że liberalnemu prawu prywatnemu i kolizyjnemu w Belgii towarzyszy bardzo restryktywna regulacja podatkowa: „upon emigration the company is dealt with fiscally as if it were dissolved, resulting in tax liabilities for all surplus and for all previously untaxed reserves”, co skutecznie zniechęca spółki do korzystania ze swobody osiedlania się w innym państwie. Ibidem, s. 673.

¹²¹ Por. F.M. Mucciarelli: *Company 'Emigration' and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited*. „European Business Organization Law Review” 2008, vol. 9,

nych podstaw do przeprowadzenia takiej operacji. Można sobie jednak wyobrazić podejmowanie, mimo to, prób transgranicznego przekształcenia zgodnie ze swobodą przedsiębiorczości i fakt uregulowania w prawie polskim „analogicznych” przekształceń o charakterze wewnętrznym. Ze względu na brak wyraźnej materialnoprawnej podstawy za trafną należy uznać decyzję ustawodawcy, by skutkiem podjęcia przez wspólników czy akcjonariuszy spółki decyzji o przeniesieniu jej siedziby za granicę było rozwiązanie spółki¹²². *De lege lata* jest to jedyna gwarancja, że interesy wierzycieli będą właściwie zabezpieczone przez mechanizmy ochronne znajdujące się w procedurze likwidacyjnej spółki kapitałowej, takie jak: dwukrotne wezwanie wierzycieli do zgłoszenia wierzytelności (art. 465 k.s.h.), sporządzenie bilansu otwarcia likwidacji i rokroczne jego ponawianie (art. 467 k.s.h.) oraz uzależnienie podziału majątku między akcjonariuszy od zaspokojenia wierzycieli (art. 473 i 474 k.s.h.). Przytoczone rozumowanie może prowadzić do postawienia polskiemu ustawodawcy zarzutu odnoszenia korzyści z własnych zaniechań, wbrew zasadzie *nemo turpitudinem suam allegans audiatur*. Brak regulacji materialnoprawnej transgranicznego przekształcenia w prawie polskim sprawia, że wymóg rozwiązania i likwidacji spółki jest właściwym środkiem ochrony interesów wierzycieli. W ten sposób „zaniechanie” polskiego ustawodawcy jest

s. 286. Artykuł 25 ust. 3 włoskiej ustawy — prawo prywatne międzynarodowe ma treść podobną do art. 19 ust. 1 zd. 2 p.p.m. Jeśli jednak chodzi o jego wykładnię, to wypada zaufać włoskiemu autorowi, który pisze na temat orzecznictwa dotyczącego przeniesienia siedziby statutowej: „Italian case law appears to be incoherent and all possible solutions are represented”. Ibidem, s. 287. Podobną ocenę przedstawia inny autor: „This issue [transgraniczne przekształcenie spółki — M.M.] is, however, not completely settled in case law and the existing framework is contradictory and hinders legal certainty”. M. Ventoruzzo: *Cross-border mergers...*, s. 54. Ostatecznie cytowani autorzy przychylają się do wniosku, że z praktycznych względów takie przekształcenie nie jest w prawie włoskim dopuszczalne: „The only certainty in this field is that the high degree of confusion, as a practical matter, prevents or makes it significantly less appealing a transfer of the registered seat, especially if aimed at changing the applicable corporate laws. In this respect Italy does not allow, at least without very significant uncertainties, national corporations to simply ‘emigrate’ and change the applicable corporate laws without winding up and reincorporating in a different jurisdiction. **In other words, it does not seem possible to simply change the applicable corporate laws with an identity-preserving transfer of registered office (or the corporate real seat)**” [podkreśl. M.M.]. Tak dobitnie ibidem, s. 56.

¹²² W doktrynie zwraca się uwagę na to, że ustawodawca używa terminu „rozwiązanie spółki” w dwojakim znaczeniu. Po pierwsze, jako skutek uchwały o przeniesieniu spółki za granicę powodujący rozpoczęcie postępowania likwidacyjnego spółki. W trakcie tego postępowania spółka trwa nadal, choć jako podmiot w likwidacji. Po drugie zaś, jako ostateczne ustanie bytu spółki. Por. J.P. Naworski, w: T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz (red.): *Kodeks spółek...*, T. 3, s. 1195, który operuje pojęciami „rozwiązania spółki *sensu largo* i *sensu stricto*”.

zarazem usprawiedliwieniem naruszającej traktatową swobodę przedsiębiorczości regulacji art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. „Zarzut” ten jest, oczywiście, jedynie figurą retoryczną, a uznanie bezprawności działania państwa, które nie wprowadza materialnoprawnej regulacji umożliwiającej transgraniczne przekształcenie spółki, wydaje się czysto hipotetyczne.

Jak można adekwatnie chronić interesy akcjonariuszy mniejszościowych zagrożone transgranicznym przekształceniem spółki? Naturalnym rozwiązaniem wydaje się wprowadzenie wymogu kwalifikowanej większości koniecznej do podjęcia uchwały o przeniesieniu siedziby spółki za granicę. W tym zakresie można ograniczyć się do obserwacji, że przyjęcie w art. 459 pkt 2 k.s.h. wymogu większości trzech czwartych głosów koniecznej do zmiany statutu (dwóch trzecich głosów w spółce z o.o.: art. 246 § 1 w związku z art. 270 pkt 2 k.s.h.) służy zabezpieczeniu interesów mniejszości¹²³. *De lege lata* nawet powzięcie takiej uchwały skutkuje nie przeniesieniem siedziby spółki za granicę, lecz jej rozwiązaniem. Tym bardziej jednak, w przypadku zmiany legislacyjnej i stworzenia przez ustawodawcę możliwości przeniesienia siedziby, utrzymanie wysokiego progu wymaganej większości jawi się jako konieczne. Wynikającym z ogólnych regulacji korporacyjnych, niemniej bardzo istotnym, środkiem ochrony pozostaje możliwość zaskarżenia przez akcjonariuszy uchwały na podstawie art. 425 § 1, a szczególnie art. 422 § 1 k.s.h.¹²⁴ W konkretnej bowiem sytuacji uchwała taka może być sprzeczna z dobrymi obyczajami i godzić w interes spółki lub mieć na celu pokrzywdzenie akcjonariuszy. *De lege ferenda* rozważyć można umożliwienie akcjonariuszom mniejszościowym niezgadającym się na przeniesienie siedziby wyjścia ze spółki przez przyznanie im prawa do żądania wykupu jej akcji. Taką możliwość przewiduje na przykład prawo szwajcarskie, które sięgając do art. 8 szwajcarskiej ustawy o łączeniu się spółek¹²⁵, umożliwia zaoferowanie akcjonariuszom bądź udziałowcom niechcącym brać udziału w połączeniu jednorazowej odprawy w zamian za akcje lub udziały (*die Abfindung*)¹²⁶. Podobnie prawo włoskie odsyła w tym zakresie do art. 2437

¹²³ Tak na tle prawa szwajcarskiego B. Dutoit: *Droit...*, s. 565. Tak też E. Wy-meersch: *Is a Directive on Corporate...*, s. 168. W literaturze francuskiej rozważa się kwestię, czy doniosłość decyzji o transgranicznym przekształceniu nie wymagałaby zastrzonych wymogów w zakresie większości. Zob. G. Parleani: *Après...*, s. 651.

¹²⁴ Podkreśla się to też w doktrynie szwajcarskiej. Zob. D. Girsberger, R. Rodriguez, in: H. Honsell et al. (Hrsg.): *Internationales privatrecht...*, s. 1296.

¹²⁵ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003.

¹²⁶ Zob. D. Girsberger, R. Rodriguez, in: H. Honsell et al. (Hrsg.): *Internationales privatrecht...*, s. 1295.

włoskiego kodeksu cywilnego¹²⁷. Podkreślenia wymaga konieczność zabezpieczenia, by wycena umarzanych udziałów dokonywana była według ich wartości rynkowej (godziwej), nie zaś jedynie na przykład na podstawie wartości księgowej¹²⁸. Warto też zwrócić uwagę na regulację francuskiego prawa materialnego, które wprost dopuszcza podjęcie przez nadzwyczajne zgromadzenie wspólników uchwały o „zmianie narodowości” spółki, ale jednocześnie uzależnia ją od zawarcia przez państwo imigracji umowy międzynarodowej z Francją, przewidującej zachowanie przez migrującą spółkę osobowości prawnej¹²⁹.

Jednakże nawet w systemach prawnych, które dopuszczają *expressis verbis* transgraniczne przesształcenie, jak system belgijski, przeprowadzanie takich procesów transformacyjnych wiąże się ze znaczącym obciążeniem podatkowym dla akcjonariuszy przenoszonych spółek¹³⁰. Ciężar na instytucję transgranicznego przekształcenia rzuca też opisywana przez włoskich autorów praktyka włoskiego obrotu prawnego, gdzie jest ona często wykorzystywana w sytuacji niewypłacalności¹³¹. Jeden z wyroków włoskiego *Corte Suprema di Cassazione* dotyczył niewypłacalnej w świetle prawa włoskiego włoskiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, która przeniosła swoją siedzibę na brytyjskie Wyspy Dziewicze, a następnie — już jako spółka przynależna do nowego terytorium — interweniowała we wszczętym na wniosek wierzycieli postępowaniu upadłościowym, aby wykazać, że jest wypłacalna¹³². Opisane sytuacje

¹²⁷ F.M. Mucciarelli: *Company...*, s. 286. Por. szerzej M. Ventoruzzo: *Cross-border mergers...*, s. 62.

¹²⁸ Odpowiednie zapisy znalazły się we włoskiej regulacji. Zob. M. Ventoruzzo: *Cross-border mergers...*, s. 61.

¹²⁹ Artykuł L225-97 Code de commerce: „L’assemblée générale extraordinaire peut changer la nationalité de la société, à condition que le pays d’accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d’acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique”. Według francuskiej doktryny, żadna taka umowa nie pozostaje obecnie w mocy wobec Francji. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières: *Droit...*, s. 970.

¹³⁰ Ktokolwiek świadczył pomoc prawną wie, jak praktycznie nieprawdopodobne jest udzielenie takiej porady klientowi i — jeszcze mniej prawdopodobne — skorzystanie z niej przez klienta.

¹³¹ „The situation is further complicated by the fact that most of the cases dealt by the judiciary imply the application of insolvency law”. M. Ventoruzzo: *Cross-border mergers...*, s. 54.

¹³² Stan faktyczny za: ibidem, s. 56. Pomijając, oczywiście, jednorazowość konkretnego stanu faktycznego i brak w tym przypadku kontekstu unijnego z jego rozbudowaną, zunifikowaną regulacją upadłościową (przede wszystkim Rozporządzenie Rady Nr 1346/2000 z dnia 29.05.2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz.Urz. UE L 160, s. 1); por. też M. Ventoruzzo: *The Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy*. „European Company and Financial Law Review” 2005, s. 512—533); warto zadać pytanie,

stanowią dodatkowe argumenty wskazujące na konieczność starannego przeprowadzania testu proporcjonalności regulacji krajowych w kontekście ograniczeń swobody przedsiębiorczości, w związku z szerokimi możliwościami nadużywania przez przedsiębiorców uprawnień wywodzonych wprost z tej podstawowej swobody traktatowej.

Podsumowując, powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że choć art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. stanowią niewątpliwie ograniczenie swobody przedsiębiorczości, jest to jednak ograniczenie usprawiedliwione nadrzędnymi wymogami interesu publicznego, w szczególności zaś koniecznością ochrony wierzycieli spółki. W świetle jasno wyrażonej i utrzymywanej na przestrzeni ćwierćwiecza linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości spółka utworzona na mocy porządku prawnego danego państwa istnieje wyłącznie za pośrednictwem prawa krajowego, regulującego jej powstanie i działanie¹³³. Polskie prawo materialne nie dopuszcza transgranicznego przekształcenia spółki mającej swoją statutową siedzibę w Polsce z zachowaniem jej tożsamości. Podobne rozwiązania obowiązują w Niemczech¹³⁴, Wielkiej Brytanii¹³⁵, Irlandii¹³⁶ czy Holandii¹³⁷.

czy sytuacja ta ma związek z realizacją ambitnych celów, takich jak unowocześnienie prawa spółek i wzmocnienie ładu korporacyjnego (por. preambuła rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 2 lutego 2012 r.), czy przeciwnie: nieprzemysłana regulacja transgranicznego przekształcenia może sprzyjać zwykłemu oszustwu.

¹³³ Sprawa 81/87 *Daily Mail and General Trust*, pkt 19; sprawa C-210/06 *Cartesio*, pkt 104; sprawa C-378/10 *VALE*, pkt 49. Por. też G. Parleani: *Après...*, s. 648. Por. F.M. Mucciarelli: *Company...*, s. 279.

¹³⁴ Uchwałę o przeniesieniu uznaje się za dotkniętą nieważnością. Zob. P. Kindler, in: *Münchener Kommentar zum BGB*. T. 11..., s. 655.

¹³⁵ Spółka nie może skutecznie utracić domicylu; mimo przeniesienia siedziby, pozostaje w świetle prawa angielskiego spółką angielską. Jest to rezultat wyroku w sprawie *Gasque v. Inland Revenue Commissioners* [1940] 2 KB 80. Por. F.M. Mucciarelli: *Company...*, s. 285.

¹³⁶ F.M. Mucciarelli: *Company...*, s. 285.

¹³⁷ Por. L. Timmerman: *Sitzverlegung nach niederländischem Recht*. „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” 1999, Bd. 28, s. 153. Por. też E. Wymersch: *The transfer of the company's seat...*, s. 666: „Under Dutch law, a cross-border transfer of the seat would not be recognized: emigration has to be effected by a charter amendment, which will not be ‘approved’ by Dutch Ministry of Justice”. Autor wskazuje jednak, że wymóg zgody Ministerstwa Sprawiedliwości został w późniejszym okresie zniesiony, natomiast nie są dotąd jasne konsekwencje prawne tej zmiany.

5. Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej spółki *de lege ferenda*

Dotychczasowe rozważania prowadzą do konkluzji, że urzeczywistnienie możliwości transgranicznego przekształcenia spółki wymaga podjęcia działań legislacyjnych bądź na szczeblu krajowym, bądź — jako element budowy rynku wewnętrznego — na szczeblu unijnym¹³⁸. Temu służą prace nad czternastą dyrektywą prawa spółek¹³⁹. Teraz, biorąc za punkt wyjścia najnowszy oficjalny unijny dokument poświęcony omawianemu zagadnieniu, czyli zaleceniom zawartym w rekomendacji Parlamentu Europejskiego, chciałbym zastanowić się nad konkretną treścią nowej regulacji.

5.1. Zakres podmiotowy dyrektywy

W ocenie Parlamentu Europejskiego proponowana dyrektywa powinna mieć zastosowanie do spółek kapitałowych w rozumieniu art. 2 pkt 1 dyrektywy 2005/56/WE¹⁴⁰. W myśl tego przepisu, „spółka kapitałowa” oznacza spółkę, o której mowa w art. 1 dyrektywy 68/151/EWG (obecnie dyrektywy 2009/101/WE¹⁴¹), lub spółkę kapitałową posiadającą oso-

¹³⁸ Trybunał podkreśla co prawda, że „odmienne traktowanie w zależności od tego, czy przekształcenie ma charakter krajowy, czy transgraniczny, nie może być uzasadnione brakiem norm prawa wtórnego Unii. Należy bowiem przypomnieć, że o ile wspólnotowe przepisy harmonizujące są z pewnością przydatne dla ułatwienia przekształceń transgranicznych, ich istnienie nie stanowi wstępnego warunku wykonywania swobody przedsiębiorczości”. Por. sprawa C-378/10 *VALE*, pkt 38. Jednakże słusznie można za komentatorem francuskim zadać pytanie, do jakiego stopnia normy traktatowe pozwalają na wypełnienie luki spowodowanej brakiem harmonizacji. Zob. G. Parleani: *Après...*, s. 649.

¹³⁹ Por. J. Napierała: *Europejskie prawo spółek...*, s. 50—53; A. Opalski: *Europejskie prawo spółek...*, s. 140—145; P. Kindler, in: *Münchener Kommentar zum BGB*. T. 11..., s. 462—463.

¹⁴⁰ Dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (Dz.Urz. UE L 310 z dnia 25 listopada 2005 r., s. 1—9).

¹⁴¹ Dyrektywa 2009/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 września 2009 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 48 akapit 2 Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno współników, jak i osób trzecich (Dz.Urz. UE L 258 z dnia 1 października 2009 r., s. 11). W myśl art. 16 ust. 2 tej dyrektywy, odesłania do dyrektywy 68/151/EWG traktuje się jako odesłania do dyrektywy 2009/101/WE, zgodnie z tabelą korelacji.

bowość prawną i wydzielony majątek, którym wyłącznie odpowiada za swoje zobowiązania, spółkę, która zgodnie z właściwym dla niej prawem krajowym podlega warunkom dotyczącym gwarancji określonych dyrektywą 68/151/EWG (obecnie dyrektywą 2009/101/WE) dla zapewnienia ochrony interesów wspólników i osób trzecich. W myśl art. 1 cytowanej dyrektywy, w odniesieniu do Polski będą to spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka akcyjna i spółka komandytowo-akcyjna.

Parlament rekomenduje, by zakres dyrektywy zawierał właściwe rozwiązanie kwestii rozdzielenia siedziby statutowej (rejestrowej) spółki od siedziby zarządu¹⁴².

5.2. Skutki transgranicznego przeniesienia siedziby

Według rekomendacji Parlamentu Europejskiego, dyrektywa powinna umożliwiać spółkom korzystanie ze swobody przedsiębiorczości, co miałyby polegać na zachowaniu ich osobowości prawnej przy przenoszeniu się do przyjmującego państwa członkowskiego i jednoczesnym przekształceniu w spółkę podlegającą prawu przyjmującego państwa członkowskiego bez konieczności likwidacji. Przeniesienie nie powinno prowadzić do obchodzenia przepisów prawnych, w szczególności socjalnych i podatkowych. Przeniesienie powinno obowiązywać od dnia rejestracji w przyjmującym państwie członkowskim. Od tego dnia spółka winna podlegać ustawodawstwu przyjmującego państwa członkowskiego. Przeniesienie nie powinno wpływać na stosunki prawne spółki z osobami trzecimi¹⁴³. Powinno odbywać się w sposób neutralny pod względem podatkowym, zgodnie z przepisami dyrektywy 90/434/EWG¹⁴⁴.

5.3. Sprawozdanie zarządu i plan przeniesienia

Kolejne zalecenie nakłada na zarząd spółki, która planuje przeniesienie siedziby, obowiązek sporządzenia sprawozdania i planu przeniesienia. Przedmiotem sprawozdania ma być opis i uzasadnienie gospodar-

¹⁴² Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 2 lutego 2012 r. z zaleceniami dla Komisji Europejskiej, dotycząca czternastej dyrektywy w sprawie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki (zob. przyp. 5).

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Dyrektywa Rady 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczącego spółek różnych państw członkowskich (Dz.U. L 225 z dnia 20 sierpnia 1990 r., s. 1).

czych, prawnych i socjalnych aspektów przeniesienia oraz wyjaśnienie jego skutków dla udziałowców, wierzycieli i pracowników. Z kolei według zalecenia plan przeniesienia powinien obejmować między innymi: formę prawną, nazwę i siedzibę spółki w państwie członkowskim pochodzenia; formę prawną, nazwę i siedzibę spółki w przyjmującym państwie członkowskim; planowany statut i umowę spółki w przyjmującym państwie członkowskim; harmonogram przeniesienia; dzień, od którego transakcje spółki zamierzającej przenieść siedzibę będą traktowane do celów księgowych jako zawarte w przyjmującym państwie członkowskim; szczególne informacje na temat przeniesienia siedziby zarządu lub głównego miejsca prowadzenia działalności; prawa zagwarantowane udziałowcom, pracownikom i wierzycielom spółki lub propozycje odpowiednich działań oraz adres, pod którym można nieodpłatnie uzyskać wszystkie informacje na ten temat. Sprawozdanie i plan przeniesienia powinny zostać przedłożone udziałowcom i przedstawicielom pracowników spółki do rozpatrzenia w określonym terminie poprzedzającym datę walnego zgromadzenia udziałowców¹⁴⁵. Plan przeniesienia winien zostać opublikowany zgodnie z przepisami dyrektywy 2009/101/WE.

5.4. Decyzja zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia

Według rekomendacji Parlamentu Europejskiego, walne zgromadzenie akcjonariuszy (lub zgromadzenie wspólników) powinno wyrazić zgodę na wniosek w sprawie przeniesienia siedziby. Decyzja taka powinna zostać podjęta większością, jaką prawo wewnętrzne dotychczasowej siedziby spółki przewiduje dla zmiany statutu. Zdaniem Parlamentu Europejskiego, państwa członkowskie powinny mieć możliwość przyjęcia przepisów mających na celu zapewnienie stosownej ochrony akcjonariuszy (udziałowców) mniejszościowych, którzy sprzeciwiają się przeniesieniu — na przykład prawa do wystąpienia ze spółki (żądania wykupu akcji lub udziałów), stosownie do regulacji obowiązujących w przyjmującym państwie członkowskim¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 2 lutego 2012 r. z zaleceniami dla Komisji Europejskiej, dotycząca czternastej dyrektywy w sprawie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki (zob. przyp. 5).

¹⁴⁶ Ibidem.

5.5. Badanie zgodności z prawem procedury przeniesienia Rejestracja w państwie przyjmującym

Zdaniem Parlamentu Europejskiego, państwo członkowskie pochodzenia powinno zbadać zgodność z prawem procedury przeniesienia. W rezultacie właściwy organ wyznaczony przez państwo członkowskie pochodzenia winien wydać zaświadczenie potwierdzające wykonanie wszelkich wymaganych czynności i dopełnienie formalności przed przeniesieniem. Wspomniane zaświadczenie, kopia statutu bądź umowy spółki, które mają obowiązywać w przyjmującym państwie członkowskim, a także kopia wniosku w sprawie przeniesienia siedziby powinny zostać przedłożone w odpowiednim terminie organowi odpowiedzialnemu za rejestrację spółek w przyjmującym państwie członkowskim. Wymienione dokumenty powinny być wystarczające do zarejestrowania spółki w przyjmującym państwie członkowskim. Organ zajmujący się rejestracją w przyjmującym państwie członkowskim powinien sprawdzić, czy spełnione zostały wymogi materialne i formalne dotyczące przeniesienia, w tym wymogi dotyczące utworzenia takiej spółki obowiązujące w tym państwie. Właściwy organ przyjmującego państwa członkowskiego powinien poinformować bezzwłocznie odpowiedni organ w państwie członkowskim pochodzenia o dokonaniu rejestracji. Wówczas właściwy organ w państwie członkowskim pochodzenia powinien wykreślić spółkę z rejestru. W celu ochrony osób trzecich informacje o zarejestrowaniu spółki w przyjmującym państwie członkowskim oraz o jej wykreśleniu z rejestru w państwie członkowskim pochodzenia powinny zostać odpowiednio opublikowane¹⁴⁷.

5.6. Środki ochronne

W ocenie Parlamentu Europejskiego spółka, w stosunku do której wszczęto postępowanie o ogłoszenie upadłości lub też inne tego rodzaju postępowanie, a także będąca w likwidacji nie powinna mieć możliwości przeprowadzenia transgranicznego przeniesienia siedziby. Ze względu na ochronę kontrahentów dla celów postępowania sądowego lub administracyjnego, które jest w toku i rozpoczęło się przed przeniesieniem siedziby, należy uznać, że spółka ma siedzibę w państwie członkowskim pochodzenia. Wierzyciele powinni mieć prawo do zabezpieczenia swoich roszczeń przez złożenie ich do depozytu¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Ibidem.

5.7. Udział pracowników w zarządzaniu spółką

Parlament Europejski znaczącą część swojej rekomendacji poświęcił udziałowi pracowników w podjęciu decyzji o przeniesieniu siedziby spółki za granicę. Zróżnicowanie systemów nadzoru właścicielskiego nad spółkami kapitałowymi, a przede wszystkim obligatoryjny w niektórych państwach udział pracowników w zarządzaniu przedsiębiorstwami były jedną z naczelných przeszkód harmonizacji prawa w zakresie transgranicznego łączenia się spółek — teraz zaś stanowią jedną z przeszkód uniemożliwiających rozpoczęcie prac nad czternastą dyrektywą. Środowiska pracownicze oraz znaczące siły społeczne i polityczne je reprezentujące wyrażają obawy, że przedsiębiorcy będą przenosić siedziby spółek do tych jurysdykcji europejskich, w których udział pracowników w zarządzaniu spółkami nie jest obligatoryjny. Dlatego Parlament Europejski rekomenduje, że przy przenoszeniu siedziby należy zachować prawa pracowników do uczestniczenia w zarządzaniu (niem. *Mitbestimmungsrechte*, ang. *participation rights*). Co do zasady uczestnictwo pracowników powinno podlegać ustawodawstwu przyjmującego państwa członkowskiego. Jednakże nie powinno mieć ono zastosowania, jeżeli nie zapewnia co najmniej równoważnego poziomu uczestnictwa, jaki ma zastosowanie w państwie członkowskim pochodzenia, lub nie zapewnia pracownikom zakładów spółki znajdujących się w innych państwach członkowskich takich samych uprawnień w zakresie wykonania prawa uczestnictwa, jakie przysługiwały im przed przeniesieniem. Ponadto przepisy prawne dotyczące praw pracowników powinny być zgodne z *acquis*¹⁴⁹.

Partycypacja pracownicza jest wzmiankowana także we wcześniejszych rekomendacjach. W przypadku wyrażenia zgody na przeniesienie — jeżeli zarządzanie spółką odbywa się na zasadach uczestnictwa pracowników, zgromadzenie udziałowców może uzależnić wyrażenie swojej zgody na przeniesienie siedziby od wyraźnego zatwierdzenia przez siebie zasad dotyczących uczestnictwa pracowników w zarządzaniu. Parlament Europejski rekomenduje, by również już na etapie poprzedzającym decyzję o sporządzeniu sprawozdania i planu przeniesienia zarząd spółki poinformował o tym przedstawicieli pracowników lub, w razie ich braku, samych pracowników i przeprowadził z nimi konsultacje w sprawie projektu przeniesienia w rozumieniu art. 4 dyrektywy 2002/14/WE¹⁵⁰. Samo

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Dyrektywa 2002/14/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 2002 r., ustanawiająca ogólne ramowe warunki informowania i przeprowadzania konsultacji z pracownikami we Wspólnocie Europejskiej (Dz.U. L 80 z dnia 23 marca 2002, s. 29).

sprawozdanie też powinno zostać przedłożone przedstawicielom pracowników lub, w razie ich braku, samym pracownikiem¹⁵¹.

6. Podsumowanie

Przedmiotem artykułu były uwarunkowania prawne przeniesienia siedziby statutowej polskiej spółki handlowej za granicę ze zmianą statutu personalnego, lecz z kontynuacją osobowości prawnej nabytej pod rządami prawa państwa emigracji. W rezultacie analizy prawa unijnego, polskiego prawa kolizyjnego oraz wycinka polskiego prawa materialnego doszedłem do wniosku, że prawo polskie nie dopuszcza możliwości takiego przeniesienia. Analizując orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, wywnioskowałem, że regulacja taka stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości — niemniej jednak jest to ograniczenie usprawiedliwione nadrzędnymi wymogami interesu publicznego, w szczególności koniecznością ochrony wierzycieli i innych interesariuszy spółki. Badania prawno-porównawcze przekonały mnie, że nie powinniśmy również wstydzić się swoich regulacji i uznawać ich za nieprzystające do wymogów współczesnego obrotu. Dokładniejsza analiza doktryny i praktyki stosowania prawa w państwach wskazywanych w doktrynie¹⁵² jako dopuszczające transgraniczne przekształcenie, jak Francja i Włochy, pokazuje, że operacjom takim towarzyszy ogromna niepewność prawna co do ich rzeczywistych skutków prawnych¹⁵³.

Wnioski te sformułowane są na tle obowiązującego prawa. Uważam jednak, że prawo to może i powinno ulec zmianie. Niestety, częściowa regulacja transgranicznego przekształcenia w art. 19 ust. 1 p.p.m. nie rozwiązuje problemów. Być może umiejscowienie przepisów dotyczących transgranicznego przekształcenia w ustawie kolizyjnej jest dobrym rozwiązaniem. Nie może być to jednak regulacja jedynie kolizyjna. Konieczne będzie uzupełnienie jej o przepisy materialnoprawne, choćby przez odesłanie na kształt rozwiązań szwajcarskich.

¹⁵¹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 2 lutego 2012 r. z zaleceniami dla Komisji Europejskiej, dotycząca czternastej dyrektywy w sprawie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki (zob. przyp. 5).

¹⁵² Por. Ł. Karczyński: *Transgraniczne przekształcenie spółki*. PPH 2011, nr 12, s. 44—45. Należy jednak podkreślić, że cytowany autor dokładnie zaznacza wątpliwości co do prawa włoskiego i francuskiego wskazywane również w moim tekście.

¹⁵³ Por. przyp. 114 i 118.