



Zdzisław Brodecki

Wyższa Szkoła Bankowa w Gdyni

Mirosława Myszke-Nowakowska

ZDERZENIE KULTUR PRAWNYCH W EUROPEJSKIM PRAWIE KOLIZYJNYM W KONTEKŚCIE SWOBODY PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

Wstęp

Europa jest definiowana przez różne paradygmaty wywodzące się z tradycyjnych wartości narodowych¹. Niektórzy uważają, że prawo do ochrony tych wartości powinno towarzyszyć prawu do ograniczenia korzystania z wolności². Krajowe doktryny prawne stwarzają fundament, na podstawie którego oceniamy zasadność konkretnego orzeczenia sądowego. Powszechnie jest przyjęte, że w dziedzinach szczególnie dla państwa newralgicznych, istnieje kontrola prawa materialnego. Z drugiej strony, wysoki poziom komplementarności krajowych norm kolizyjnych w krajowych porządkach prawnych nie zwiększa efektywnie integracji rynku w UE. Taka komplementarność prawa prywatnego międzynarodowego i adekwatnych rozwiązań krajowych wynika z różnych tradycji prawnych w Europie, jak również ze stosowania tych łączników prawa prywatnego międzynarodowego, które indukują rozwój głównie krajowych rozwiązań bez równoległego uwzględnienia podobnych zagadnień w prawie spółek w innych państwach członkowskich. W tym świetle, wybór teorii kolizyjnej może stanowić albo przeszkodę albo ułatwienie, gdy sąd krajowy będzie musiał się zmierzyć z zupełnie nową, nieznaną mu doktryną ustanowioną przez sąd spoza krajowego systemu prawnego z (równie) wieloletnią tradycją.

Mobilność spółek w Unii Europejskiej znajduje się w głównym nurcie rozważań poświęconych procesowi europejskiej integracji gospodarczej. Obowiązują-

¹ M. Trojanowska-Strzeboszewska, *Granice i terytorium w Europie – proces kształtowania się i znaczenie pojęć*, „Civitas” 2006, nr 9, s. 40–67.

² A. Pacześniak, M. Klimowicz, *Procesy integracyjne i dezintegracyjne w Europie*, OTO Wrocław 2014, s. 20.

cy stan prawny sprawia, że prowadzenie działalności gospodarczej ponad granicami państw członkowskich UE napotyka na przeszkody trudne do pokonania. Najważniejsza dla przedsiębiorców jest zasada wolności gospodarczej, którą w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE)³ odzwierciedla m.in. swobodny przepływ osób (art. 45 TFUE) i swoboda przedsiębiorczości (art. 49 TFUE). Na podstawie rozważań dotyczących natury wspomnianych swobód można stwierdzić, że prawo obowiązujące w Unii Europejskiej zostało ukształtowane pod wpływem kultury bizantyjskiej, dominującej w prawie kontynentalnym⁴. Pokłosiem tej kultury jest istnienie wolności gospodarczej w granicach przyznanych przez przepisy prawa ponadnarodowego (określone w traktatach, rozporządzeniach i dyrektywach) i krajowego (obowiązujące we wszystkich państwach członkowskich). Niemniej jednak niedoceniając jurysprudencji rzymskiej, której walory docenia się jedynie w systemie *common law* i we współczesnej *lex mercatoria*⁵ powoduje, że orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) nie jest w stanie rozstrzygnąć „trudnych spraw” związanych z transferem siedziby spółki na rynku wewnętrznym w sytuacjach z elementem transgranicznym (wolność gospodarcza) bądź ze skutkiem eksterytorialnym (konkurencja jako granica wolności gospodarczej).

1. Różnorodność paradygmatów w tradycjach systemów prawnych państw członkowskich

Różnorodność prawa spółek w UE może być korzystna dla przedsiębiorców, jeśli stymuluje ustawodawców krajowych do konstruowania prawa spółek o „najwyższej jakości”. W tym rozumieniu, różnorodność oznaczać może tolerancję i akceptację dla różnych lokalnych potrzeb, preferencji i wymagań⁶. Z drugiej strony, najbardziej uciążliwe przeszkody w stosowaniu swobodny przedsiębiorczości również wynikają z różnorodności krajowych przepisów prawa spółek. Generuje to większą i częstszą konieczność korzystania z niezbędnych porad prawnych czy doradczych, a zatem i ponoszenia opłat i kosztów poprzez nieodowną interpretację przepisów krajowych mających wpływ na funkcjonowanie spółek, które w rzeczywistości mogą istotnie zwiększyć koszty prowadzenia działalności gospodarczej, zwłaszcza niewielkich spółek⁷.

³ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Skonsolidowana wersja wraz z Traktatem o Unii Europejskiej (Dz.Ur.z. UE z 2012 r. C 326, s. 1).

⁴ Z. Brodecki, M. Myszkę-Nowakowska, *The meaning of symbols in the legal culture of modern Europe*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, t. 33, s. 87.

⁵ D. Pyć, *Fundamenty publicznoprawne nowoczesnej lex mercatoria. Kilka refleksji o społecznej odpowiedzialności za środowisko i zasoby naturalne*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2009, t. 22, s. 127–139.

⁶ S. Weatherill, *Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?*, *European Review of Private Law* 2004, Vol. 12, s. 640.

⁷ L. Enriques, *EC Company Law and the Fears of a European Delaware*, *EBLR* 2004, Vol. 15, s. 1260.

Należy jednocześnie zaznaczyć, że rozbieżne krajowe przepisy prawa spółek nie powinny jednak być traktowane jako jedyne przeszkody napotymane przez spółki prowadzące działalność gospodarczą w różnych państwach członkowskich. W tym świetle również wielość podatków, różnorodność przepisów finansowych, socjalnych i handlowych jest istotną przeszkodą, która może istotnie utrudniać dostęp przedsiębiorców do rynku wewnętrznego⁸. Wreszcie różnice kulturowe i bariera językowa mogą być także postrzegane jako trudności w podejmowaniu transgranicznej działalności gospodarczej.

Co do zasady, zgodnie z art. 49 TFUE ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane. Mimo jednak tego, że różnice w ustawodawstwach państw członkowskich tworzą bariery dla handlu wewnątrz UE, jako takie nie naruszają prawa UE. W zasadzie, różnorodność nie powinna być traktowana jako swego rodzaju zniekształcenie; w przeciwnym razie, wszystko to, co nie zostało zharmonizowane, powinno oczekiwać harmonizacji, a to nie jest ani możliwe ani pożądane. Tutaj pojęcie wzajemnego uznawania – tak istotne w procesie integracji europejskiej – pomaga przezwyciężyć różnice, które nie mają wpływu na nadrzędne interesy państw członkowskich⁹. Systemy prawne w UE różnią się, ale są też tak dynamiczne, że są zdolne do stopniowego zbliżania i upodabniania stosowanych rozwiązań prawnych. Wynika to z charakteru rynku wewnętrznego, który zakłada, że – w przeciwieństwie do krajowych norm kolizyjnych – w działaniach międzynarodowych państwo uwzględnia również interesy innych państw członkowskich, a nie tylko swoje własne. W sytuacji wewnętrznej państwa członkowskie mogą zwracać uwagę wyłącznie na własne potrzeby i swobodnie określać wybór przepisów prawnych, jak również istotne konsekwencje z ich własnej perspektywy w oparciu o określoną politykę prawa¹⁰. Jednak dobro innych państw członkowskich powinno być przynajmniej zauważone w sytuacji transgranicznego konfliktu, gdzie napotykamy różne potrzeby i wymagania. W przypadku Europejskiego prawa kolizyjnego zastosowanie niedyskryminacyjnych norm kolizyjnych nie jest wystarczające. Państwa członkowskie powinny unikać tworzenia wszelkich barier dla mobilności transgranicznej przedsiębiorstw i osób w wyniku stosowania rozbieżnych norm kolizyjnych w prawie prywatnym międzynarodowym¹¹.

⁸ D. Dürrschmidt, *Tax Treaties and Most-Favored-Nation Treatment, particularly within the European Union*, Bulletin for International Taxation 2006, Vol. 60, s. 202.

⁹ A. Frąckowiak-Adamska, *Europejska przestrzeń sądowa. L'espace judiciaire européen*, Wrocław 2010 oraz recenzja książki w „Europejskim Przeglądzie Sądowym” 2010, nr 10, s. 59–60.

¹⁰ Y. Schnorbus, *Autonome Harmonisierung in den Mitgliedstaaten durch die Inkorporation von Gemeinschaftsrecht. Eine Untersuchung zur einheitlichen Anwendung und Auslegung europäischen und autonomen nationalen Rechts und zur entsprechenden Zuständigkeit des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren*, *RabelsZ* 2001, Vol. 65, s. 654–705.

¹¹ J. Meeusen, *The Grunking and Paul Judgment of the ECJ, or How to Strike a Delicate Balance between Conflict of Laws, Union Citizenship and Freedom of Movement in the EC*, *Zeitschrift für Europäisches Pri-*

Sytuacja staje się problematyczna, gdy w działaniach międzynarodowych stosuje się także przepisy, które nie biorą pod uwagę istnienia przepisów prawa innych państw członkowskich, przyjętych do osiągnięcia podobnych celów politycznych, społecznych czy też gospodarczych¹². Wbrew temu, co się powszechnie sądzi, harmonizacja może okazać się potrzebna, aby zapewnić zachowanie wspólnych, podstawowych warunków, dzięki czemu będzie mogła zostać zachowana różnorodność¹³. Na przykład przymiot „europejska” (np. europejska spółka akcyjna lub europejska spółka prywatna) ułatwia działalność transgraniczną i pomaga spółkom konkurować na rynku globalnym, przez poprawę ich wizerunku, rozpoznawalności, konkurencyjności i dynamiki¹⁴. Ponieważ wspomniana struktura europejska pozostaje tylko opcją, nie zakłóca ona konkurencji regulacyjnej, lecz pobudza ją; spółki mają mniej trudności w zakładaniu przedsiębiorstw w innych krajach, a to zwiększa ich gotowość do porównania otoczenia prawnego i biznesowego z różnych państw członkowskich – i do wyciągania konsekwencji, jeśli środowisko nie odpowiada ich potrzebom¹⁵.

Podobne polityki i przepisy prawa spółek wśród państw członkowskich są istotnym wkładem do swobody przedsiębiorczości i oczekuje się, że nadal tak będzie. Kiedy najbardziej istotne zagadnienia prawa spółek w państwach członkowskich są regulowane w podobny sposób, z podobnym punktem równowagi pomiędzy elastycznością a prawodawstwem dobrej jakości (np. poprzez gwarantowany minimalny standard), konkurencja rzeczywiście może być wspierana i może prowadzić do pojawienia się najbardziej efektywnego prawa spółek, które będzie wzmacniało rynek wewnętrzny.

Swoboda przedsiębiorczości, a pośrednio krajowe tradycje prawa spółek i różne kultury prawne, mają istotne znaczenie dla UE i jej dalszej integracji. W tym kontekście pojęcie przedsiębiorczości obejmuje możliwość wykonywania stałej działalności gospodarczej w państwie członkowskim, przyjmującym (tj. w państwie członkowskim innym niż to, w którym spółka powstała). Może to przybrać formę pełnego przeniesienia lub poprzez tworzenie agencji, oddziału czy też spółki zależnej¹⁶. Zazwyczaj w takich sytuacjach transgranicznych występuje wysoki poziom integracji pomiędzy wykonywaniem działalności gospodarczej a gospodarką kraju przyjmującego. Oznacza to, że państwo przyjmujące jest odpowiedzialne za właściwe regulacje prawne dotyczące imigrujących spółek,

vatrecht 2010, 186–201.

¹² H. Rosiak, *Zagadnienie forum shopping z perspektywy transgranicznej upadłości*, EPS 2013, nr. 2, s. 30.

¹³ W. Kerber, *Interjurisdictional competition within the European Union*, Fordham International Law Journal 2000, No. 23, s. 221.

¹⁴ S. Deakin, *Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonization. A law and economics perspective on Centros*, European Law Journal 2006, Vol. 12, s. s. 232.

¹⁵ L. Klöhn, *Supranational Legal Entities and Vertical Regulatory Competition in European Corporate Law. The Case for Market-Mimicking EU Corporate Forms*, RabelsZ 2012, 2, Vol. 76, s. 276–315.

¹⁶ A. Wowerka, *Swoboda przedsiębiorczości spółek*, [w:] *Europa przedsiębiorców*, red. Z. Brodecki, LexisNexis 2010, s. 135–150.

w tym zapewnienie wystarczającej i skutecznej ochrony pracowników, wspólników mniejszościowych czy wierzycieli¹⁷. W praktyce znaczna różnorodność tradycji prawnych i chronionych przez nich dóbr może się różnić, co może powodować, że w systemach prawa *common law* istotniejszy jest rozwój przedsiębiorstw i wsparcie dla ich dynamiki, a w systemach prawa kontynentalnego z reguły w pierwszej kolejności ustawodawstwa krajowe chronią nie tyle swobodę przedsiębiorczości co strony „słabsze”, jak wierzycieli czy też akcjonariuszy mniejszościowych¹⁸.

W odpowiedzi na te wątpliwości należy zwrócić uwagę, że prawo unijne określa granice wykonywania tych kompetencji przez państwa członkowskie, zgodnie z którymi przepisy prawa krajowego nie mogą stanowić przeszkody dla skutecznego wykonywania podstawowych swobód gwarantowanych przez art. 49 TFUE¹⁹. Ponadto „państwa członkowskie są zobowiązane, zgodnie z artykułem 10 TFUE [artykuł zastępuje art. 4 ustęp 3 TFUE], do podjęcia wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych, w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatu oraz do powstrzymania się od wszelkich działań, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu celów Traktatu”²⁰. Z drugiej strony należy wziąć pod uwagę ogólny postęp gospodarczy, ponieważ bez wątplenia zniesienie ograniczeń w swobodzie przedsiębiorczości wspiera harmonijny rozwój działalności gospodarczej w całej UE, a tym samym poprawia warunki pracy i podnosi standard życia²¹. Jest to bardzo cenne dla zachowania równowagi interesów, jak również dla ograniczania barier w swobodnym przenoszeniu siedziby spółek.

2. Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Nie ulega wątpliwości, że prawo prywatne międzynarodowe w zakresie Europejskiego prawa spółek składa się z norm kolizyjnych i merytorycznych, które należy rozpatrywać razem. Jak dotąd, większość aktów prawnych czy też istotnych przepisów wydanych w tym zakresie koncentrowało swą uwagę przede wszystkim na zasadach proceduralnych, natomiast przepisy prawa materialnego pozostawały w cieniu. Z drugiej strony, jeśli spojrzymy na liczbę przypadków, w których TSUE badał normy kolizyjne lub materialne Europejskiego prawa kolizyjnego, możemy łatwo zauważyć, że zdecydowanie najwięcej zostało wydanych tych wyroków, w których TSUE podkreślił zasadnicze znaczenie przede

¹⁷ TSUE, Sprawa 279/80, *Webb* [1981] ECR I-3305.

¹⁸ A. Radwan, *Sens i nonsense kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, [w:] *Europejskie prawo spółek*, red. J. Napierała, Kraków 2005, s. 74.

¹⁹ TSUE Sprawa 222/86, *UNECTEF v. Heylens and Others* [1987] ECR 4097, § 11.

²⁰ TSUE Sprawa C-19/92, *Kraus/Land Baden-Württemberg* [1993] ECR I-1663, § 31.

²¹ J. Wüstemann, C. Koch, *Regulierung durch Transparenz – Ökonomische Analysen, empirische Befunde und Empfehlungen für eine europäische Kapitalmarktregulierung*, [w:] *Kapitalmarktgesetzgebung im europäischen Binnenmarkt*, K.J. Hopt, (red.), Symposium 15.6.2007 r., Hamburgu 2007, s. 1-19.

wszystkim norm merytorycznych²², natomiast analiza zasad proceduralnych prawa prywatnego międzynarodowego jest jeszcze rzadkością, choć nie jest całkowicie pomijana²³.

Skutki różnorodności rozwiązań przyjętych w prawie kolizyjnym państw członkowskich UE stara się złagodzić orzecznictwo sądów ponadnarodowych w dialogu z sądami krajowymi. Ale i ono napotyka na bariery kulturowe. W państwach kontynentalnych liczy się przede wszystkim dogmatyczna analiza prawa pisanego, oparta na wyrafinowanej wykładni skostniałego prawa – pamiętającego czasy świetności Bizancjum. Państwo reprezentujące postawę typową dla rzymskiej jurysprudencji, rozumianej jako nauka prawa i orzecznictwo, wciąż znajdują się w mniejszości. W takiej sytuacji orzeczenia w sprawach *Centros*²⁴, *Überseering*²⁵, *Inspire Art*²⁶, *Sevic*²⁷, *National Grid Indus*²⁸ i *Vale*²⁹ tylko do pewnego stopnia ułatwiają mobilność transgraniczną spółek za pomocą różnorodnych środków proponowanych przez orzecznictwo Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu. Pozwala to rozwiązać wiele spraw związanych z emigracją spółek, która jest korzystna dla państw przyjmujących tak w krótkiej jak i dalekiej perspektywie czasu, ale nie pozwala rozstrzygnąć spraw związanych z ich emigracją³⁰, która wciąż napotyka na przeszkody nie do pokonania w państwach preferujących teorię rzeczywistej siedziby, zazwyczaj kalkulujących swój interes w krótkiej perspektywie czasu³¹.

Analizując restrykcyjne aspekty zastosowania norm kolizyjnych, Trybunał powstrzymuje się od oceny charakteru i znaczenia łączników, tj. w głównej mierze definicji siedziby spółki (zarówno rzeczywistej jak i rejestrowej), uznając tym samym prawo każdego z państw członkowskich do ukształtowania krajowego prawa kolizyjnego nie tylko w oparciu o Europejskie prawo kolizyjne czy zasa-

²² Sprawa C-42/95 *Siemens/Nold* [1996] ECR I-6017; sprawa C-171/07i C-172/07 *Apothekerkammer des Saarlandes and Others* [2009] ECR I-0000; sprawa C-348/07 *Semen* [2009] ECR I-2341; sprawa C-414/06 *Lidl Belgium* [2008] ECR I-3601; sprawa C-293/06 *Deutsche Shell* [2008] ECR I-1129 i sprawa C-384/08 *Attanasio Group* [2010] ECR I-0000.

²³ Sprawa C-214/94 *Boukhalfa* [1996] ECR I-2253 oraz sprawa C-369/96 i C-376/96 *Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade* [1999] ECR I-8453.

²⁴ TSUE, Sprawa C-212/97 *Centros Ltd* [1999] ECR I-1459.

²⁵ TSUE, Sprawa C-208/00 *Überseering, BV v. NCC Nordic Construction Baumanagement GmbH* [2002] ECR I-9919

²⁶ TSUE Sprawa C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam and Inspire Art Ltd* [2003], ECR I-10155.

²⁷ Supra para. 20.

²⁸ TSUE Sprawa 371/10 *National Grid Indus* ECR-I 12273.

²⁹ TSUE Sprawa C 378/10 *Vale* z 12.7.2012 r. ECR I-0000 .

³⁰ „Emigracja spółki” oznacza, że państwo członkowskie pochodzenia spółki, stosując jeden z dostępnych łączników prawa kolizyjnego, powołuje *lex societatis* spółki zamierzającej przenieść siedzibę za granicę w taki sposób, aby nie stwarzać przeszkód dla swobodnego wyboru głównego miejsca prowadzenia działalności (zarówno gdy spółka utrzymuje siedzibę w tym państwie lub przenosi całą swoją działalność za granicę).

³¹ Ł. Karczyński, *Transgraniczne przekształcenie spółki*, PPH 2011, nr 12, s. 43.

dę wzajemnego uznania, ale i krajowe tradycje i doktrynę prawną. W rezultacie Trybunał pozostawia wybór zastosowania określonego łącznika, a w konsekwencji najbardziej odpowiedniego prawa samym państwom członkowskim, oczywiście z poszanowaniem podstawowych zasad prawa UE, takich jak np. zakaz dyskryminacji. W oparciu o orzecznictwo możemy wywnioskować, że przy badaniu istnienia barier na rynku wewnętrznym to treść, a nie pochodzenie zasady, jest decydująca. W taki sposób należy również tłumaczyć postawę TSUE w odniesieniu do akceptacji stosowania łącznika siedziby w znaczeniu i definicji tak istotnie różnym w zależności od tradycji prawnej, z której dana spółka, a wraz z nią jej *lex societatis*, pochodzi. Jest to również wyraz poszanowania samego Traktatu, jak i woli jego sygnatariuszy, którzy w treści TFUE dokonali rozróżnienia między możliwymi definicjami siedziby spółki, gwarantując w ten sposób dopuszczalność zastosowania w Europejskim prawie kolizyjnym łączników ze skrajnie różnym uzasadnieniem dogmatycznym i poparciem tradycji prawnych, mającym zwykle odzwierciedlenie w granicy dzielącej system *common law* od systemu prawa kontynentalnego.

Sprawa *Sevic* może doskonale służyć jako przykład, w którym Trybunał Sprawiedliwości UE (w związku z niemieckimi przepisami zakazującymi połączeń transgranicznych) stwierdził, że były one niezgodne z zasadą swobody przedsiębiorczości³². Sprawa dotyczyła spółek niemieckiej i luksemburskiej, odpowiednio: *SEVIC Systems AG*, oraz *Security Vision Concept SA*, zmierzających do przeprowadzenia transgranicznej fuzji, w rezultacie której spółką przejmującą byłaby spółka niemiecka, a spółka luksemburska uległaby rozwiązaniu. Władze niemieckie nie zgodziły się na to połączenie na podstawie tego, że niemieckie prawo dotyczące połączeń pozwalało na przeprowadzenie fuzji wyłącznie w sytuacji krajowej, tj. gdy obie strony miały swoje siedziby w Niemczech. W tamtym czasie, zasady łączenia przedsiębiorstw w ramach UE były już określone w Trzeciej Dyrektywie³³, która reguluje łączenie spółek samych państw członkowskich UE. Alternatywą mogłoby być Rozporządzenie w sprawie spółki europejskiej (SE), które umożliwia łączenie się spółek utworzonych zgodnie z prawem różnych państw członkowskich UE, ale tylko pod warunkiem, że łączące się spółki przyjmują formę spółek akcyjnych (warunek, który został spełniony w przypadku *Sevic*) i w wyniku połączenia zostaje utworzona SE (stan, który nie został spełniony). W konsekwencji, ponieważ prawo niemieckie wskazywało, że tylko osoby prawne mające siedzibę na terytorium tego kraju mogą być przedmiotem przekształcenia przez połączenie, to prawo niemieckie nie miało zastosowania do przekształceń wynikających z połączeń transgranicznych. Był to oczywisty przypadek dyskryminacji³⁴.

Poza tym TSUE orzekł, że w odniesieniu do przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości, TWE (obecnie TFUE) wymaga akceptacji połączeń transgra-

³² Sprawa C-411/03 *Sevic Systems AG* [2005] § 30, zob. przypis 52.

³³ Trzecia Dyrektywa Rady 78/855/EEC z dnia 9 października 1978 r. na podstawie artykułu 54(3)(g) Traktatu dotyczącego połączeń spółek akcyjnych na poziomie krajowym (OJ L 295 z 20.10.1978 r.).

³⁴ A. Opalski, *Swoboda osiedlania się spółek w świetle wyroku w sprawie Cartesio*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 8, s. 59–71.

nicznych, nawet bez wcześniejszej harmonizacji prawa spółek na poziomie europejskim³⁵. Dyskurs Trybunału w tym przypadku nie obejmował badania norm kolizyjnych w niemieckim systemie prawnym, ale raczej dotyczył braku uzasadnionego wyjaśnienia norm merytorycznych naruszających jedną z podstawowych swobód. Jest rzeczą oczywistą, że prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego wymaga przyjęcia przepisów prawa materialnego harmonizującego różne sfery prawa państw członkowskich. Nie koncentrując się w tym momencie na formie lub instrumentach harmonizacji, należy zauważyć, że wspólne przepisy prawa prywatnego międzynarodowego są nieuniknione dla pełnego osiągnięcia rzeczywiście funkcjonującego rynku wewnętrznego.

3. Zamknięta twierdza czy otwarcie na świat?

Bizantyjska strategia „zamkniętej twierdzy” znalazła odbicie w twierdzeniu, że łącznik *lex fori* jako norma kolizyjna decyduje o tym, który system prawny powinien mieć zastosowanie w konkretnym przypadku poprzez wskazanie właściwej jurysdykcji regulującej ostatecznie przedmiotowe zagadnienie. Państwa broniące tej strategii budują swoje prawo kolizyjne w oparciu o teorię siedziby rzeczywistej (*Sitztheorie, réel siège*). O obecnym jej kształcie zadecydował rozwój państw kontynentalnych (w tym Niemiec, Francji i Włoch – państw założycielskich UE, położonych u stóp Alp)³⁶, a charakteryzuje ją: wybór obywatelstwa zamiast miejsca zamieszkania jako podstawowego łącznika w prawie kolizyjnym związanym ze statusem osób fizycznych; zastosowanie koncepcji narodowości nie tylko do osób fizycznych, ale również do osób prawnych, skutkującej surowymi sankcjami w przypadku wyboru miejsca prowadzenia rzeczywistej działalności poza granicami państwa pochodzenia; a nadto ortodoksyjnie rozumiana koncepcja suwerenności – znana niegdyś w Bizancjum, a dziś w Rosji. Koncepcję przyjętą w pierwszej niemieckiej ustawie o spółkach akcyjnych z 1843 r.³⁷ wciąż proklamuje wiele państw, w tym: Polska, Francja³⁸, Belgia³⁹, Luksemburg⁴⁰, Grecja

³⁵ W. van Veen, *Client Alert: EC Court of Justice in Sevic Systems AG Case – Cross-Border Mergers Allowed Within the EU/EEA*, Amsterdam 2005, s. 3.

³⁶ Z. Brodecki, *Prawo integracji. Konstytucja dla Europy*, LexisNexis 2011, s. 129.

³⁷ „Przepisy prawne, które mają zastosowanie na terytorium, gdzie spółka ma swoją siedzibę, powinny mieć zastosowanie do *lex societatis* tej spółki”. Oryginalny tekst: *Die am Sitze der Gesellschaft geltenden gesetzlichen Vorschriften über Gesellschaftsverträge zur Anwendung kommen*, [w:] *Der Sitz – Begriff im Internationalen Gesellschaftsrecht*, red. T. Phanten, Frankfurt am Main 1988, s. 122.

³⁸ Artykuł 3 § 1 Francuskiego Kodeksu spółek handlowych (art. 3 *Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*).

³⁹ Artykuł 56 nowego Kodeksu spółek z dnia 7 maja 1999 r. oraz art. 110 Kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego z dnia 16 lipca 2004 r. Jednakże nowością w belgijskim prawie prywatnym międzynarodowym jest to, że jest możliwe odesłanie, co oznacza, że jeśli prawo kraju głównego miejsca prowadzenia działalności spółki odnosi się do prawa obowiązującego w miejscu inkorporacji spółki, belgijski sąd powinien zastosować to drugie.

⁴⁰ Art.159 Kodeksu spółek handlowych z dnia 10 lipca 1915 r. (art. 159 *Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*).

i Hiszpania, a z państw spoza Unii Europejskiej m.in. Egipt, Korea Południowa, Kuwejt, Mauretania, Paragwaj, Sudan i Tajwan. Ustawodawstwo tych państw jest tolerancyjne wobec spółek imigrujących, które zasilają ich kapitał i rozwijają rynek pracy, a jednocześnie są wrogie wobec spółek emigrujących – postępują tak, jakby chciałby zmusić emigranta do zrzeczenia się obywatelstwa przed podjęciem decyzji o emigracji.

Duch rzymskiej strategii „otwarcia na świat” wciąż krąży na Wyspach jako instrument ekspansji brytyjskich korporacji w postaci teorii inkorporacji. Obecnie tę teorię stosuje się w wielu państwach o morskich tradycjach, m.in. Wielkiej Brytanii⁴¹, Holandii⁴², Danii, Szwecji, Finlandii. W gronie tych państw są również państwa myślące pragmatycznie, w tym Rumunia⁴³ i Węgry⁴⁴, a poza UE: Brazylia⁴⁵, Japonia⁴⁶, Lichtenstein⁴⁷, Madagaskar⁴⁸, Peru⁴⁹, Rosja⁵⁰, Szwajcaria⁵¹, USA⁵², Uzbekistan⁵³ i Wenezuela⁵⁴. W tych państwach o określeniu prawa własnego decyduje „siedziba statutowa” (*siège statutaire, Satzungesitz*). Mimo że obie teorie mają swoje wady i zalety⁵⁵ (w zależności od tego jakiego rodzaju interesy będą przez państwa członkowskie chronione, jaką politykę prawa spółek stosuje państwo i jakie cele chce osiągnąć), teoria inkorporacji najlepiej odpowiada integracji i harmonizacji rynku i można ją postrzegać jako bardziej dostosowaną do „filozofii” rynku wewnętrznego i otwartą na świat.

W przeciwieństwie do teorii inkorporacji, państwa członkowskie, stosujące teorię siedziby, często wymagają w swoim prawie materialnym likwidacji od emigrującej spółki⁵⁶, mimo że sama teoria siedziby nie wymaga automatycznego rozwiązania lub likwidacji spółki w przypadku przeniesienia jej siedziby za gra-

⁴¹ G.C. Cheshire, J. J. Fawcett, P. North, *Cheshire and North's Private International Law*, London 2005, s. 897.

⁴² Art. 2 ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 17 grudnia 1997 r.

⁴³ Art. 40 rumuńskiej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 25 września 1992 r.

⁴⁴ Art. 18 (2) węgierskiej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 31 maja 1975 r.

⁴⁵ Art. 11 brazylijskiego Kodeksu cywilnego z dnia 4 września 1942 r.

⁴⁶ Art. 36 japońskiego Kodeksu cywilnego.

⁴⁷ Art. 232 ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 16 września 1996 r.

⁴⁸ Art. 24 Rozporządzenia w sprawie podstawowych przepisów w prawie krajowym i międzynarodowym z dnia 19 września 1962 r.

⁴⁹ Art. 2073 Kodeksu cywilnego z dnia 24 lipca 1984 r.

⁵⁰ Art. 161(1) ustawy w sprawie podstawowych przepisów prawa cywilnego z dnia 31 maja 1991 r.

⁵¹ Art. 154 ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 18 grudnia 1987 r.

⁵² R.A. Leflar, *The Law of Conflict of Laws*, Indianapolis–New York, 1959, s. 156.

⁵³ Art. 1191 ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z 1997 r.

⁵⁴ Art. 20 ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 18 sierpnia 1998 r.

⁵⁵ A. Guzewicz, *Przeniesienie siedziby spółki do innego państwa członkowskiego niż państwo utworzenia spółki*, MoP 2009, z. 4; W. Klyta, *Wpływ orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Inspire Art z 30.9.2003 r. na europejskie prawo spółek*, *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiełło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005; J. Napierała, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Cartesio*, KPP 2009, z. 2.

⁵⁶ E. Skibińska, *Swoboda zakładania przedsiębiorstw przez osoby prawne (art. 43–48 TWE)*, Warszawa 2008, s. 204.

nicę. Jak wspomniano, ograniczenia wynikają zarówno z samej teorii siedziby (tj. zasady wyboru prawa), jak również z prawa materialnego, wyrażającego określone politykę prawa spółek, którą państwo uznaje za najbardziej pożądaną. Niemniej jednak, w wyniku zwiększonej roli autonomii stron oraz zasady wzajemnego uznawania spółki zagranicznej w teorii inkorporacji, mobilność jest dużo bardziej efektywna, nawet jeśli reorganizacja transgraniczna wiąże się ze zmianą głównego miejsca prowadzenia działalności⁵⁷. W konsekwencji, nie powinno dziwić, że większość orzecznictwa TSUE odnosi się do spółek zarejestrowanych w państwach członkowskich, które stosują teorię inkorporacji, ponieważ spółki takie mają większość możliwości transgranicznej działalności, w tym przenoszenia swojej siedziby, niż spółki powstałe zgodnie z prawem stosującym teorię siedziby rzeczywistej. Doświadczenie wskazuje, że spółki utworzone na podstawie tej drugiej teorii, która utrudnia ich emigrację, są znacznie mniej skłonne do działalności transgranicznej i mobilności, a co za tym idzie, w znacznie mniejszym stopniu ich sprawy pojawiają się przez TSUE.

Brak prezbiterium w „katedrze” o nazwie Unia Europejska (zbudowanej nie z kamieni i szkła, lecz z oleju w głowie jej założycieli) powoduje, że rynek wewnętrzny UE nadal jest w młodzieńczej fazie rozwoju. Hasło „Europa bez granic” jest bez pokrycia, o czym świadczą negocjacje w pracach nad traktatami międzynarodowymi (Konwencją brukselską z 1980 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych; Konwencją rzymską z 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych)⁵⁸ i unijnymi rozporządzeniami (m.in. Rozporządzeniem Rzym I dotyczącym zobowiązań umownych, które zastąpiło i znowelizowało Konwencję rzymską)⁵⁹. Z tych negocjacji jasno wynika, że do tej pory wciąż nie ma porozumienia co do preferencji teorii inkorporacji jako odpowiadającej potrzebom rynku nie tylko wewnętrznego, ale i światowego. W tej sytuacji o wyborze jednego z łączników prawa kolizyjnego nadal decydują normy krajowe, z natury swej zróżnicowane. Pocięszające jest to, iż coraz to nowe państwa, jak choćby Niemcy, Austria czy Węgry dokonują radykalnych zmian w swoim prawie kolizyjnym, rezygnując z długotrwałych narodowych tradycji teorii siedziby na rzecz zwiększonej mobilności spółek i uznawania ich osobowości prawnej, zwłaszcza w przypadku imigracji⁶⁰. Nie ulega

⁵⁷ W. Bayer, *Die EuGH Entscheidung „Inspire Art” und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen*, Betriebs-Berater 2003, z. 45, s. 2357.

⁵⁸ Konwencja brukselska z dnia 27 września 1968 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych jak i Konwencja rzymska z dnia 19 czerwca 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych; Skonsolidowana wersja Konwencji OJ C 27 z 26.1.1998 r.

⁵⁹ Rozporządzenie (EC) No593/2008 Parlamentu Europejskiego oraz Rady z 17.6.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) OJ L 177 z 4.7.2008 r.;

⁶⁰ E.M. Kieninger, *Annerkenung zu Österreichischer Oberster Gerichtshof (OGH)*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2000, nr 36, s. 61; Austria – zob. Akt LXI 2007, wszedł w życie dnia 1 września 2007 r. Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen (RefE), <http://www.bmj.bund.de/files//2751/RefE%20Gesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf>;

wątpliwości, że ta zmiana dokonuje się pod wpływem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu.

Za regulacje dające promyk nadziei na stworzenie silnej unii gospodarczej można uznać unijne rozporządzenia w sprawie Statutu Spółki Europejskiej (SE) i w sprawie Europejskiego Zgrupowania Interesów Gospodarczych (EZIG)⁶¹. Te przepisy zezwalają na transgraniczne łączenie spółek z różnych państw członkowskich z transgranicznym przeniesieniem siedziby rzeczywistej bez konieczności likwidacji spółki, pod warunkiem że spółka przenosi swą siedzibą statutową wraz z siedzibą rzeczywistą. Szczególne znaczenie mają przepisy regulujące status SE, gdyż zostały stworzone z myślą o dużych projektach sieci transeuropejskich (czyli o infrastrukturze w dziedzinie transportu, energetyki i telekomunikacji) i o „rekinach” finansjery (takich jak niemiecki koncern ubezpieczeniowy *Allianz* i francuska grupa reasekuracyjna *SCOR*). Na uwagę zasługuje fakt, iż większość SE spośród ponad 1500 spółek funkcjonuje w tej formie w Niemczech i w Czechach. Warto się nad tym zastanowić.

Wciąż nie ma podobnych rozwiązań dla małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP), od których w największym stopniu zależy stopień rozwoju przedsiębiorczości w Unii Europejskiej. Prace nad Statutem Europejskiej Spółki Prywatnej (SPE) są od lat prowadzone w ramach programu *Small Business Act* dla Europy⁶². Krytycznie oceniamy te prace, bowiem według proponowanego aktu prawnego SPE będzie nadal podlegać ogólnym zasadom prawa państw członkowskich w zakresie rachunkowości, prawa podatkowego, prawa karnego czy prawa upadłościowego, a te – jak już wspomniano – nie sprzyjają transferowi SPE w Unii Europejskiej.

Pozostaje nadzieja, że w państwach Unii Europejskiej zmieni się podejście do metod integracji poprzez prawo. Apoteoza prawa pisanego (rozporządzeń – metoda substytucji; dyrektyw harmonizacyjnych – metoda harmonizacji; dyrektyw koordynacyjnych – metoda koordynacji) usuwa w cień metodę wzajemnego uznania (eksponowaną przez TSUE od czasu wydania precedensowego orzeczenia w sprawie *Cassis*⁶³, które dotyczyło pochodzenia towarów, ale ma uniwersalne walory). Aby tak nie było, trzeba zmienić mentalność większości prawników. Przyzwyczajenie do litery prawa i niedocenianie tzw. miękkich instrumentów prawnych ma w Europie kontynentalnej głębokie korzenie. Chciałoby się rzec

Zob. R. Wagner, B. Timm, *Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*, IPRax, 2008, s. 81; Günter H. Roth, *Eine europäische Initiative zur Kodifizierung der Gründungstheorie*, RdW, 2007, p. 206; C. Schneider, *Internationales Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung*, BB, 2008, p. 566;

⁶¹ Rozporządzenie Rady (EC) Nr 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie Statutu Spółki Europejskiej (SE) (OJ L 294, s. 23); Rozporządzenie nr 2137/85/EWG z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie europejskiego zgrupowania interesów gospodarczych (EZIG) (Dz. Urz. WE L 199 z 31.07.1985).

⁶² Komunikat Komisji *Think Small First – A Small Business Act* dla Europy COM (2008) 394 final, 25.6.2008 r.

⁶³ TSUE, Sprawa C-120/78 Rewe-Zentral AG przeciwko Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

niczym Tewje ze „Skrzypka na dachu” „TRADITION”. I to nieważne, czy zła czy dobra. Tylko najmądrzejsi potrafią dostrzec walory innego punktu widzenia.

Podsumowanie

Krajobraz prawa spółek szybko się zmienia. Wzrastające wyzwania globalizacji wywierają presję na państwa członkowskie, aby otworzyły swoje granice. Mobilność spółek jest teraz popularnym zagadnieniem: spółki łączą się ponad granicami, tworzą oddziały, przedstawicielstwa i spółki zależne w innych państwach członkowskich oraz przejmują lub są przejmowane przez międzynarodowe korporacje, które wprowadzają międzynarodowe standardy organizacji i pracy. W związku z tym rozwój rynku wewnętrznego skłania do nowego myślenia i inicjatyw⁶⁴. Likwidacja barier dzielących rynek wewnętrzny stanowi jeden z głównych celów Unii Europejskiej⁶⁵. Nie powinno być żadnych barier dla wolności przedsiębiorstw w UE do reorganizacji i przekształcenia ich struktury i działalności.

Nie ulega wątpliwości, że fundamentalne zasady prawa UE – interpretowane przez TSUE – mają wpływ na krajowe normy kolizyjne w odniesieniu do prawa spółek⁶⁶. Chociaż w Europie prawo prywatne międzynarodowe regulujące ustrój i funkcjonowanie spółek ma w głównej mierze charakter krajowy. Byłoby wskazane aby zasady wyboru prawa związane z tworzeniem i wykonywaniem działalności miały bardziej charakter europejski, podobnie jak to się dzieje w innych dziedzinach, takich jak np. prawo umów, zgodnie z trendami do tworzenia europejskich zasad wyboru prawa na podstawie TFUE.

Zdzisław Brodecki

Mirosława Myszke-Nowakowska

CLASH OF LEGAL CULTURES IN THE EUROPEAN CONFLICT LAW IN THE CONTEXT OF THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT

The increasing economic activity and the integration of markets in the European Union allow more and more companies for cross-border economic activity and cross-border transformation. However, in order to enable companies to restructure successfully across borders and to choose law that best fits their organizational structures and economic

⁶⁴ J.A. Zielińska-Głębocka, *Konkurencja na jednolitym rynku (Competition on the Internal Market)*, [w:] *Konkurencja*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2004, p. 58–59.

⁶⁵ A. Opalski, *Europejskie Prawo Spółek*, Warszawa 2010.

⁶⁶ J. Napierała, *Uwagi na temat wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami europejskiego prawa spółek*, *Czasopismo Kwartalne Calego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego* 2008, z. 3, s. 204.

needs, the barriers resulting from different traditions and doctrines of law must be removed as they severely limit the possibility to make quick and effective decisions, reallocate resources or restructure. The existing differences between the national systems of conflict law and regulations concerning the freedom of establishment cause that the effects of cross-border activities are not always transparent and predictable. For this reason, Europe should clearly and explicitly define the relationship between the national rules on company law and the choice of appropriate law which will allow companies for greater mobility both in Europe and outside.