

Marek Szydło

Przeniesienie siedziby statutowej spółki kapitałowej za granicę

1. Pojęcie i znaczenie siedziby statutowej spółki kapitałowej

Mianem siedziby statutowej spółki (kapitałowej) określa się miejsce (miejscowość), które jako siedziba danej spółki zostało wskazane w jej statucie lub w umowie. Miejsce siedziby statutowej wskazują (w umowie lub w statucie spółki) sami założyciele danej spółki (czyniąc to w zasadzie jeszcze przed właściwym powstaniem danej spółki), przy czym niezależnie od tego, pod rządami jakiego porządku prawnego dana spółka jest zakładana (a więc niezależnie od tego, który z porządków prawnych na świecie założyciele spółki wybrali jako podstawę dla jej inkorporacji), wskazana w umowie spółki lub w jej statucie siedziba statutowa musi się obligatoryjnie znajdować na terenie tego państwa, zgodnie z prawem którego dana spółka jest zakładana. Wymóg taki jest aktualny nawet wówczas, gdy prawo państwa, pod rządami którego dana spółka jest zakładana, nie przewiduje wspomnianego wymogu w sposób wyraźny (tzn. nie określa go *explicite*). Trzeba bowiem pamiętać, że spółka kapitałowa musi zawsze zostać wpisana do właściwego rejestru (sądowego) w państwie swojej inkorporacji i najczęściej dopiero wraz z wpisem nabywa podmiotowość (osobowość) prawną, zaczynając od tego momentu istnieć w obrocie prawnym jako spółka. Wpis do rejestru w państwie inkorporacji jest zatem jedną z ustawowych przesłanek powstania danej spółki. Tymczasem organ prowadzący ów rejestr (najczęściej jest to

specjalny sąd rejestrowy) dokona wpisu danej spółki do rejestru (umożliwiając w ten sposób jej prawnie skuteczne założenie) jedynie wtedy, gdy będzie ku temu miejscowo właściwy, przy czym ową miejscową właściwość organów (sądów) rejestrowych ustala się niemal we wszystkich porządkach prawnych na świecie zgodnie z siedzibą statutową danej spółki; to zatem siedziba statutowa spółki decyduje o właściwości organu (sądu) rejestrowego. Jeżeli więc dla swojego prawnie skutecznego powstania (założenia) dana spółka musi się wpisać do stosownego rejestru w państwie inkorporacji, zaś organ prowadzący ów rejestr jest właściwy do dokonania wpisu jedynie wtedy, gdy na obszarze objętym jego właściwością zlokalizowana jest siedziba statutowa danej spółki, to jasne jest, że posiadanie przez daną spółkę siedziby statutowej na terytorium państwa inkorporacji (tzn. na obszarze państwa, gdzie dana spółka jest zakładana) jest jedną z – choćby niezapisanych w sposób wyraźny – ustawowych przesłanek powstania danej spółki. Można zatem powiedzieć, że w momencie tworzenia danej spółki państwo siedziby statutowej spółki oraz państwo jej inkorporacji są, i siłą rzeczy muszą być, tożsame (identyczne)¹.

Inne niż wskazane wyżej ograniczenia, jakim podlegają założyciele spółki określający jej siedzibę statutową, są uzależnione m.in. od tego, jakim łącznikiem kolizyjnoprawnym, wskazującym miarodajny dla spółek statut personalny, posługuje się porządek prawny, pod rządami którego dana spółka jest inkorporowana. Jeżeli ów porządek prawny posługuje się w tym względzie łącznikiem siedziby rzeczywistej (głównej)², a więc hołduje tzw. teorii siedziby, to wówczas na terytorium tego właśnie państwa (tj. państwa inkorporacji) dana spółka będzie musiała zlokalizować rów-

¹ C.T. E b e n r o t h, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Internationales Privatrecht*, red. H.J. Sonnenberger, München 1990, s. 474.

² W przeciwieństwie do siedziby jedynie statutowej, siedziba rzeczywista (główna) spółki jest to rzeczywista czy też faktyczna siedziba (głównego) zarządu spółki, czasem też określana mianem „efektywnej” siedziby zarządu. Z kolei pod pojęciem faktycznej (efektywnej) siedziby (głównego) zarządu doktryna oraz orzecznictwo sądowe rozumieją najczęściej „miejsce, w którym zasadnicze rozstrzygnięcia zarządu czy też kierownictwa spółki są efektywnie transponowane czy też przeobrażane (przekształcane) w bieżące akty prowadzenia interesów spółki”: M. S z y d ł o, *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007, s. 45 i nast. oraz podana tam literatura.

niez swoją siedzibę główną³. Można zatem powiedzieć, że jeżeli założyciele danej spółki mają zamiar inkorporować ją pod rządami prawa państwa hołdującego teorii siedziby, a więc jeżeli mają zamiar w tym właśnie państwie zlokalizować siedzibę statutową spółki, to równocześnie muszą też tam usytuować siedzibę rzeczywistą spółki. Patrząc zaś na to z odwrotnej strony: jeżeli założyciele spółki mają zamiar zlokalizować główną siedzibę zakładanej przez nich spółki w państwie posługującym się łącznikiem siedziby głównej (czyli jeżeli w takim państwie ma znajdować się w przyszłości główne centrum kierowania i zarządzania spółką), to wówczas spółkę tę muszą założyć zgodnie z prawem tego właśnie państwa i tam też muszą usytuować jej siedzibę statutową⁴. Uprawnione jest zatem stwierdzenie, że państwa posługujące się kolizyjnoprawnym łącznikiem siedziby głównej (rzeczywistej) wymagają w istocie, by siedziba rzeczywista spółek oraz ich siedziba statutowa znajdowały się w tym samym państwie⁵, tzn. w państwie inkorporacji.

³ Aby bowiem z punktu widzenia państwa przyjmującego w swoim prawie teorię siedziby dana spółka mogła zostać uznana za skutecznie założoną i prawnie istniejącą, musi ona nie tylko zostać założona zgodnie ze wszystkimi miarodajnymi przepisami prawnymi obowiązującymi w państwie, w którym jest zakładana, lecz dodatkowo musi ona jeszcze posiadać w tym państwie (czyli w państwie inkorporacji) swoją rzeczywistą siedzibę: C.T. E b e n r o t h, *Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 472; C.T. E b e n r o t h, E. N e i ß, *Voraussetzungen der steuerlichen Abschirmwirkung für Finanzierungsgesellschaften in den Niederlanden*, Betriebs-Berater 1990, nr 3, s. 151.

⁴ O tym bowiem, czy z punktu widzenia państwa teorii siedziby (gdzie wspólnicy chcą zlokalizować siedzibę główną spółki) dana spółka została zgodnie z prawem i prawidłowo założona (oraz czy w konsekwencji istnieje), rozstrzyga porządek prawny tego właśnie państwa, w którym dana spółka posiada (lub będzie posiadała) swoją rzeczywistą siedzibę (C.T. E b e n r o t h, *Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht – Teil I*, Juristenzeitung 1988, nr 1, s. 22; t e n ż e, *Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 472). To zatem zgodnie z prawem tego ostatniego państwa dana spółka musi zostać założona, gdyż w przeciwnym razie w państwach wyznających teorię siedziby (w tym też w wyznającym teorię siedziby państwie inkorporacji) nie zostanie ona uznana za istniejącą (G.H. R o t h, *GmbHG. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Erläuterungen*, München 1983, s. 20). Logiczne jest więc, że w przypadku zakładania spółki jej rzeczywista siedziba musi się znajdować w państwie inkorporacji i odwrotnie – inkorporacja, czyli założenie spółki może nastąpić jedynie w tym w państwie, w którym spółka ta ma lub zamierza w przyszłości ustanowić swoją rzeczywistą siedzibę.

⁵ S. G r u n d m a n n, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg 2004, s. 82.

Należy w tym kontekście dodać, że w państwach przyjmujących w swoim prawie kolizyjnym łącznik siedziby rzeczywistej, oprócz tego, że spółki zamierzające tam właśnie zlokalizować siedzibę swojego zarządu (siedzibę główną) muszą inkorporować się zgodnie z prawem tego konkretnego państwa i tam też są zmuszone zlokalizować swoją siedzibę statutową, obowiązuje jeszcze bardzo często wymóg (stawiany wszakże przez prawo materialne, a nie przez prawo kolizyjne), że siedziba statutowa zakładanej spółki musi zostać usytuowana dokładnie w tej miejscowości, gdzie znajduje się również jej siedziba rzeczywista (siedziba zarządu), względnie też siedziba statutowa musi się znaleźć co najmniej w takiej miejscowości, która, o ile nie jest siedzibą zarządu spółki, to przynajmniej jest miejscem, z którym dana spółka jest w rzeczywisty sposób związana, a więc np. posiada tam zakłady produkcyjne, magazyny, itp. Tego rodzaju wymóg jest uznawany za obowiązujący również w Polsce (która hołduje właśnie teorii siedziby), jako że pod rządami obowiązującego u nas kodeksu spółek handlowych dość powszechnie stwierdza się, że wspólnicy zakładanej spółki nie mogą jej siedziby statutowej ulokować w zupełnie dowolnie wybranej przez siebie miejscowości, lecz muszą na jej siedzibę statutową wyznaczyć taką miejscowość, z którą dana spółka wykazuje jakiś konkretny związek⁶. Nawiasem mówiąc, wydaje się, że wymóg taki jest zbyt rygorystyczny i biorąc pod uwagę fakt, że nasz porządek prawny nie wypowiada go sposób wyraźny (*explicite*) – jest to bowiem jedynie pewna interpretacja doktrynalna – wymóg ów należałoby całkowicie odrzucić, dając w omawianym zakresie wspólnikom zakładanej spółki całkowitą swobodę w wyborze miejscowości mającej być siedzibą statutową zakładanej spółki (pod tym jedynie warunkiem, że będzie to miejscowość usytuowana w Polsce).

Jeżeli z kolei dana spółka jest zakładana pod rządami takiego porządku prawnego, który posługuje się w swoim prawie kolizyjnym łącznikiem założenia (inkorporacji), i tam też właśnie spółka ta lokalizuje swoją siedzibę statutową, to wówczas nie musi ona sytuować tam równocześnie siedziby swojego zarządu (siedziby głównej). Prawo materialne takiego państwa nie będzie też najczęściej stosowało żadnych dodatkowych ogra-

⁶ Por. J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Pyziół, I. Weiss, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 223.

niczeń co do lokalizacji przez spółkę jej siedziby statutowej. Rzecz jasna, siedziba statutowa takiej spółki musi się wtedy znajdować w miejscowości usytuowanej w danym państwie (w państwie inkorporacji), tym niemniej może to być wówczas miejscowość zupełnie dowolna, w tym również taka, z którą dana spółka nie jest w żaden sposób związana. Faktem jest zresztą, że w państwie akceptującym w swoim prawie kolizyjnym teorię założenia w pełni do wyobrażenia jest sytuacja, że spółka założona w takim państwie nie jest z nim równocześnie związana w żaden inny sposób (poza samym faktem inkorporacji)⁷. Nie musi ona przecież w państwie inkorporacji ani prowadzić swojej działalności gospodarczej, ani też inaczej lokalizować tam swoich interesów (np. swojego zarządu)⁸. Stąd też trudno, by lokalizacja przez spółkę jej siedziby statutowej podlegała w takim państwie jakimś dalszym ograniczeniom. Z kolei, jeżeli dana spółka zamierza w państwie akceptującym teorię założenia zlokalizować swoją siedzibę zarządu (siedzibę główną), to nie musi równocześnie inkorporować się zgodnie z prawem spółek wspomnianego państwa i nie musi tam w konsekwencji lokalizować swojej siedziby statutowej. W rezultacie siedziba statutowa oraz siedziba rzeczywista mogą się wówczas znajdować w dwóch różnych państwach.

W polskim porządku prawnym siedziba statutowa ma dla spółki kapitałowej w praktyce takie znaczenie, że decyduje ona o właściwości miejscowej sądu rejestrowego (zob. art. 694² k.p.c., art. 164 § 1 oraz 316 §1 k.s.h.) oraz o właściwości innych sądów (według miejsca siedziby rejestrowej wytacza się przeciwko spółkom powództwo – art. 30 k.p.c.). Według miejsca siedziby statutowej danej spółki ustala się również –

⁷ A. Spahlinger, G. Wegen, *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, München 2005, s. 13.

⁸ Przykładowo, akceptujące teorię założenia, prawo brytyjskie wymaga jedynie, by inkorporowana zgodnie z tym prawem spółka zlokalizowała na terytorium Wielkiej Brytanii swoje tzw. biuro rejestrowe (*registered office*) (zob. art. 86 Companies Act 2006). Jest to przy tym w praktyce równoznaczne z koniecznością założenia w Wielkiej Brytanii zwykłej skrzynki pocztowej oraz zainstalowania (i opłacenia) tam numeru telefonicznego: S. Apfelbaum, *Reform der deutschen GmbH: Gläubigerschutz, Kapitalschutz und Seriositätsprüfung ohne Mindestkapital? – Rechtspolitische Entwicklungen bei Unternehmensformen mit beschränkter Haftung in Deutschland und in Europa, [w:] Limited Revolution im Firmenrecht?*, Magdeburg 2006, s. 33.

przynajmniej co do zasady – właściwość miejscową organów administracji w poszczególnych sprawach (administracyjnych), w które zaangażowana jest spółka. Dotyczy to chociażby właściwości miejscowej organów podatkowych (zob. art. 17 § 1 ordyn. podat.)⁹. Ponadto w miejscowości będącej siedzibą statutową danej spółki kapitałowej odbywa się zasadniczo zgromadzenie wspólników spółki z o.o. oraz walne zgromadzenie spółki akcyjnej, chyba że umowa lub statut spółki stanowią inaczej (art. 234 § 1 oraz art. 403 k.s.h.).

2. Kolizyjnoprawne i materialnoprawne skutki przeniesienia przez spółkę kapitałową swojej siedziby statutowej za granicę w świetle przepisów prawa polskiego - uwagi na tle (aktualnego) literalnego brzmienia prawa prywatnego międzynarodowego oraz kodeksu spółek handlowych

Operacja określana mianem przeniesienia przez spółkę kapitałową jej siedziby statutowej za granicę polega w istocie na tym, że zgromadzenie wspólników spółki z o.o. (względnie też wspólnicy spółki działający bez zwoływania formalnego zgromadzenia) lub walne zgromadzenie spółki akcyjnej podejmuje stosowną uchwałę w sprawie zmiany umowy spółki lub jej statutu, określającą, że odtąd nową siedzibą statutową danej spółki (w miejsce dotychczasowej) będzie określona miejscowość zlokalizowana nie, jak dotychczas, w Polsce, lecz poza jej administracyjnymi granicami. Należy podkreślić, że podjęcie tego rodzaju uchwały nie wywołuje bynajmniej, samo przez się, w odniesieniu do danej spółki żadnych konkretnych skutków kolizyjnoprawnych. Nie sprawia to zatem, że dana spółka zmienia od razu miarodajny dla siebie statut personalny¹⁰. Uzasadnieniem zaś tego jest okoliczność, że siedziba statutowa nie rozstrzyga, w świetle przepisów polskiego prawa kolizyjnego, o miarodajnym dla danej spółki statucie personalnym. Wprawdzie zgodnie z art. 9 § 2 polskiej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe (dalej: p.p.m.), „[z]dolność osoby prawnej [oraz inne elementy jej statusu osobowego – przyp. M.Sz.]

⁹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.).

¹⁰ Tj. porządek prawny, zgodnie z którym ocenia się zdolność prawną spółki oraz inne elementy jej statusu osobowego (jak powstanie, ustanie, organy spółki, odpowiedzialność za zobowiązania spółki itp.).

podlega prawu państwa, w którym osoba ta ma **siedzibę** [podkr. M.Sz.]”, tym niemniej nie chodzi tutaj bynajmniej o siedzibę statutową, lecz o siedzibę zarządu spółki (siedzibę główną)¹¹. Samo więc tylko przeniesienie przez spółkę jej siedziby statutowej za granicę, bez równoczesnej zmiany miejsca usytuowania siedziby zarządu (tzn. bez przetransferowania również i jego za granicę), nie prowadzi do zmiany miarodajnego dla danej spółki statutu personalnego.

Przeniesienie przez spółkę siedziby statutowej za granicę wywołuje natomiast niezwykle istotne skutki materialnoprawne. Zgodnie bowiem z relewantnymi w tym zakresie przepisami polskiego kodeksu spółek handlowych uchwała wspólników (zgromadzenia wspólników) lub walnego zgromadzenia o przeniesieniu siedziby (statutowej) spółki za granicę powoduje rozwiązanie spółki oraz konieczność przeprowadzenia jej likwidacji (art. 270 pkt 2, art. 459 pkt 2 k.s.h.).

Należy podkreślić, że uchwała o przeniesieniu siedziby statutowej spółki kapitałowej za granicę nie jest bynajmniej z mocy samego prawa nieważna. Nie jest to bowiem uchwała sprzeczna z prawem (tzn. sam fakt zawarcia w uchwale postanowienia o przeniesieniu siedziby statutowej spółki za granicę nie czyni tej uchwały sprzecznej z prawem). Wprawdzie możliwe jest wytoczenie przeciwko danej spółce powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały przenoszącej siedzibę statutową spółki za granicę (na ogólnych zasadach wynikających z kodeksu spółek handlowych – art. 252-254 oraz art. 425-427), tym niemniej podstawą nieważności takiej uchwały nie może być sam tylko fakt, że spółka przenosi swoją siedzibę statutową za granicę.

Inna sprawa, że podjęcie wspomnianej uchwały wywołuje dla spółki bardzo niekorzystne konsekwencje. Jak już wspomniano, spółka podlega wówczas obligatoryjnemu rozwiązaniu i z mocy samego prawa następuje otwarcie jej likwidacji. Następnie, przez pozostającą już w likwidacji spółkę

¹¹ J. Jakubowski, *Prawo międzynarodowe prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1984, s. 76; tenże, *Osoby prawne w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, Państwo i Prawo 1969, z. 8-9, s. 269-270; W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, Warszawa 1990, s. 126; K. Bagan-Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 158; J. Gilas, *Prawo międzynarodowe prywatne*, Warszawa 2002, s. 135; M. Sośniak, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Katowice 1981, s. 115; M. Paźdzan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2001, s. 97.

powinny zostać podjęte te wszystkie działania, które kodeks spółek handlowych przewiduje na wypadek likwidacji spółek kapitałowych (zob. art. 272-290 oraz art. 460-478 k.s.h.), w tym zgłoszenie do właściwego sądu rejestrowego otwarcia likwidacji oraz nazwisk i imion likwidatorów, sporządzenie przez likwidatorów bilansu otwarcia likwidacji, zakończenie interesów bieżących spółki, ściągnięcie wierzytelności, wypełnienie zobowiązań i upłynnienie majątku spółki, zatwierdzenie sprawozdania likwidacyjnego oraz zgłoszenie wniosku o wykreślenie danej spółki z rejestru.

Należy podkreślić, że dana – podlegająca w omawianych przypadkach obligatoryjnemu rozwiązaniu i likwidacji – spółka nie może się w żaden sposób uchylić od zaistnienia opisanych wyżej konsekwencji, będących następstwem podjęcia przez nią uchwały o przeniesieniu siedziby statutowej za granicę. Trzeba bowiem pamiętać, że otwarcie likwidacji następuje wówczas z mocy samego prawa (*ex lege*) i nie zależy bynajmniej od swobodnego uznania organu spółki podejmującego uchwałę o przeniesieniu siedziby. Jeżeli by zaś dana spółka, mimo podjęcia uchwały o przeniesieniu siedziby statutowej za granicę i otwarcia względem niej (*ex lege*) likwidacji, nie dokonywała żadnych nakazanych przepisami kodeksu spółek handlowych działań zmierzających do faktycznego ukończenia likwidacji i wykreślenia jej z rejestru, to wówczas stosowne działania sankcyjne powinien podjąć właściwy sąd rejestrowy (który o podjęciu przez spółkę uchwały o przeniesieniu jej siedziby statutowej za granicę mógłby zostać powiadomiony np. przez notariusza lub też przez któregoś ze wspólników spółki). Mianowicie, sąd rejestrowy mógłby wyznaczyć dla danej spółki kuratora (na podstawie art. 26 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym¹²), względnie też, na wniosek osób mających w tym interes prawny, mógłby on odwołać dotychczasowych likwidatorów (którymi są co do zasady członkowie zarządu spółki, chyba że umowa lub statut spółki albo też uchwała wspólników lub walnego zgromadzenia stanowią inaczej – art. 276 § 1 oraz 463 § 1 k.s.h.), i ustanowić w to miejsce innych (art. 276 § 4 oraz 463 § 4 k.s.h.). Ustanowiony zaś przez sąd kurator lub likwidator (likwidatorzy) musieliby wówczas podjąć te

¹² Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym, tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 17, poz. 209 ze zm.

wszystkie działania, które są konieczne dla zakończenia likwidacji oraz wykreślenia danej spółki z rejestru.

Przepisy kodeksu spółek handlowych stanowią wprawdzie, że do dnia złożenia wniosku o wykreślenie spółki z rejestru jednomyślna uchwała wszystkich współników o dalszym istnieniu spółki może zapobiec rozwiązaniu spółki z o.o. (art. 273 k.s.h.), zaś uchwała walnego zgromadzenia powzięta wymaganą dla zmiany statutu większością głosów, oddanych w obecności akcjonariuszy reprezentujących co najmniej połowę kapitału zakładowego, może zapobiec rozwiązaniu spółki akcyjnej (art. 460 § 1 k.s.h.). Tym niemniej należy to rozumieć w ten sposób, iż wspomniane wyżej uchwały o dalszym istnieniu danej spółki kapitałowej i zapobiegające jej rozwiązaniu muszą równocześnie gwarantować, że ustawowe przyczyny rozwiązania danej spółki już ustały. Powołanych wyżej przepisów nie można bowiem interpretować w ten sposób, że pozwalają one danej spółce, by na mocy samej tylko uchwały współników lub walnego zgromadzenia uchyliła się ona od (wynikającej z mocy prawa) konieczności przeprowadzenia likwidacji i rozwiązania danej spółki i to nawet w sytuacji, gdy ustawowe przyczyny rozwiązania danej spółki nadal istnieją. Wspólnicy spółki z o.o. lub też walne zgromadzenie spółki akcyjnej, mimo podjęcia uchwały o przeniesieniu siedziby statutowej spółki za granicę, mogą więc wprawdzie – jak o tym mówi przytoczony wyżej art. 273 oraz art. 460 § 1 k.s.h. – podjąć uchwałę o dalszym istnieniu danej spółki (zapobiegając w ten sposób jej ostatecznemu rozwiązaniu), tym niemniej należy też równocześnie zmienić wcześniejszą uchwałę o przeniesieniu siedziby statutowej danej spółki za granicę i jednoznacznie ustalić, że ta siedziba statutowa nadal się będzie mieściła na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zakładając wszakże, iż po podjęciu uchwały (przez współników spółki z o.o. lub przez walne zgromadzenie spółki akcyjnej) o przeniesieniu siedziby statutowej spółki za granicę uchwała ta nie zostanie już w żaden sposób zmieniona i że otwarta *ex lege* wskutek tej uchwały likwidacja danej spółki zostanie faktycznie (tak, jak wymagają tego przepisy kodeksu spółek handlowych) przeprowadzona, dojdzie ostatecznie do wykreślenia danej spółki z rejestru przedsiębiorców i do utraty przez nią bytu prawnego.

3. Powody przenoszenia przez spółkę siedziby statutowej za granicę

Należy w tym miejscu postawić pytanie, do jakiego w istocie celu zmierzają i co konkretnie chcą osiągnąć wspólnicy spółki z o.o. lub też walne zgromadzenie spółki akcyjnej poprzez podjęcie uchwały o przeniesieniu siedziby statutowej danej spółki za granicę. Nie sposób bowiem przyjąć, że ich zamierzonym (pożądanym) celem jest samo tylko rozwiązanie spółki oraz spowodowanie utraty przez nią bytu prawnego. Taki cel można bowiem osiągnąć znacznie prościej, podejmując po prostu uchwałę o rozwiązaniu spółki. Nie trzeba więc w tym celu przenosić jej siedziby za granicę. Otóż wydaje się, że w omawianym tutaj kontekście można w zasadzie mówić o dwóch podstawowych celach przeniesienia siedziby statutowej spółki za granicę.

Po pierwsze, wspólnicy dlatego mogą chcieć przenieść siedzibę statutową ich spółki za granicę, gdyż transfer taki jest niezbędnym (konstytutywnym) elementem znacznie szerszego procesu, jakim jest przekształcenie się spółki podlegającej prawu jednego państwa (w przypadku niniejszego opracowania chodzi o spółki podlegające prawu polskiemu) w spółkę podlegającą prawu zupełnie innego państwa, a więc w spółkę inkorporowaną zgodnie z innym niż dotychczas porządkiem prawnym. W swoim modelowym ujęciu ten ostatni proces – który można nazwać transgranicznym przekształceniem się spółki lub też jej reinkorporacją – polega na tym, że dana spółka, nie podlegając rozwiązaniu oraz likwidacji w państwie swojej dotychczasowej inkorporacji, dostosowuje się do przepisów prawa spółek obowiązujących w państwie, którego prawa chce ona odtąd podlegać, przy czym w tym ostatnim państwie nie musi ona bynajmniej zakładać się (inkorporować) od podstaw (stąd też można mówić o zachowaniu wówczas przez daną spółkę jej korporacyjnej tożsamości czy też ciągłości). Musi ona natomiast dostosować wszystkie elementy swojej wewnętrznej konstrukcji prawnej oraz swojej struktury korporacyjnej do przepisów tego prawa spółek, któremu chce odtąd podlegać (obejmuje to np. obowiązek dostosowania systemu zarządzania daną spółką do przepisów regulujących ład korporacyjny w państwie dojsścia, a także obowiązek dostosowania do nowego prawa spółek treści swojego aktu założycielskiego, statutu bądź umowy). Spółka taka musi

też oczywiście wpisać się w państwie swojej nowej inkorporacji do stosownego rejestru (sądowego), na takich samych zasadach, jak wszystkie spółki podlegające prawu tego państwa. W związku z tym musi też ona przenieść do tego właśnie państwa swoją siedzibę statutową, gdyż, jak była już o tym mowa w punkcie 1. niniejszego opracowania, dopiero zlokalizowanie siedziby statutowej w państwie (re)inkorporacji umożliwi danej spółce uzyskanie wpisu do rejestru. Stąd też przeniesienie przez polską spółkę kapitałową siedziby statutowej za granicę może być w rzeczywistości elementem szerszego procesu, jakim jest reinkorporacja tejże spółki w ramy zupełnie innego porządku prawnego.

Trzeba podkreślić, że tego rodzaju przekształcenie się spółki podlegającej prawu jednego państwa w spółkę podlegającą prawu innego państwa jest co do zasady dopuszczalne jedynie wtedy (tak przynajmniej głosi tradycyjny pogląd), gdy porządek prawny państwa dościa (mający być odtąd nowym statutem personalnym danej spółki) wyraźnie przewiduje możliwość dokonywania przez spółki opisywanych operacji. Biorąc przy tym pod uwagę przepisy prawa spółek obowiązujące w państwach europejskich, należałoby stwierdzić, że taką możliwość przewiduje m.in. prawo merytoryczne (prawo spółek) we Francji, Belgii, Luksemburgu, we Włoszech oraz w Portugalii¹³. Co ciekawe, prawo spółek obowiązujące w wymienionych państwach dopuszcza przeprowadzanie omawianych operacji wyłącznie pod takim warunkiem, że jej dokonanie jest również dopuszczalne w świetle przepisów prawa spółek obowiązujących w państwie dotychczasowej inkorporacji danej spółki, a więc w istocie pod warunkiem, że to ostatnie prawo spółek nie przewiduje wówczas (czyli w razie zamiaru przekształcenia się przez podlegającą temu prawu spółkę w spółkę innego państwa, co wiąże się zawsze z przeniesieniem

¹³ Por. E. Wy me e r s c h, *The transfer of the company's seat in european company law*, Common Market Law Review 2003, vol. 40, s. 670-671; R.R. D r u r y, *Migrating companies*, European Law Review 1999, vol. 24, s. 359; M. B r o m b a c h, *Das Internationale Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld von Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit*, Jena 2006, s. 37-39; B. K n o b b e - K e u k, *Umzug von Gesellschaften in Europa*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1990, Band 154, s. 335; A. E g o, *Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaft und deutsches Gläubigerschutzrecht*, Baden-Baden 2007, s. 43 i nast.; W. K l y t a, *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2002, s. 108-109.

siedziby statutowej do tego innego państwa) konieczności rozwiązania się oraz likwidacji. Jak widać, ten ostatni warunek nie jest spełniony w przypadku spółek kapitałowych podlegających prawu polskiemu, gdyż, jak już wspomniano, polski kodeks spółek handlowych przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki za granicę (wszystko jedno z jakich powodów następujące, a więc także wtedy, gdy owo przeniesienie siedziby jest elementem procesu przekształcania się przez daną spółkę w spółkę podlegającą prawu innego państwa) traktuje jako ustawową przyczynę rozwiązania danej spółki, powodującą wszczęcie z mocy prawa wobec takiej spółki postępowania likwidacyjnego.

Warto przy tym dodać, że nawet w tych państwach, których prawo materialne nie przewiduje wyraźnie możliwości transgranicznego przekształcania się spółek zagranicznych w spółki podlegające prawu tychże państw, omawianą tutaj możliwość dyskutuje się niekiedy w doktrynie, postulując, by tego rodzaju operacje były jednak możliwe (zakłada się wszakże, że państwo dojścia nie wymaga wówczas rozwiązania spółki)¹⁴.

Po drugie, wspólnicy danej (polskiej) spółki kapitałowej mogą chcieć przenieść jej siedzibę statutową za granicę nie dlatego, że jest to potrzebne do reinkorporacji tejszej spółki, a więc do transgranicznego przekształcenia się jej w spółkę podlegającą prawu innego państwa, ale dlatego, że chcą, by odtąd to w zupełnie innym państwie niż Polska miały miejsce te zdarzenia, które normalnie zachodzą w miejscu siedziby statutowej danej spółki. Chodzi więc np. o to, by odtąd to właśnie sądy tego innego państwa (zlokalizowane w nowej siedzibie statutowej tejszej spółki) były miejscowo właściwe w sprawach, w które zaangażowana jest dana spółka, by właśnie do innego państwa przychodziła wszelka korespondencja do spółki oraz by tam odbywały się zgromadzenia wspólników oraz walne zgromadzenia akcjonariuszy. Takie przeniesienie przez spółkę jej siedziby statutowej do innego państwa, niezwiązane wszakże z chęcią zmiany przez spółkę miarodajnego dla niej statutu personalnego, jest zasadne (i pożądane) zwłaszcza wówczas, gdy dana spółka przeniosła już wcześniej główny punkt swojej gospodarczej aktywności za granicę, a więc gdy przeniosła

¹⁴ Por. C.T. E b e n r o t h, *Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 488; B. K n o b b e - K e u k, *Umzug von Gesellschaften in Europa...*, s. 334-335; A. E g o, *Europäische Niederlassungsfreiheit...*, s. 47 i nast.

tam w istocie siedzibę swojego zarządu. Wprawdzie w myśl polskiego prawa prywatnego międzynarodowego tego rodzaju przeniesienie siedziby zarządu za granicę prowadzi zasadniczo do zmiany miarodajnego dla spółki statutu personalnego, niemniej jednak do zmiany takiej nie dojdzie w trzech następujących sytuacjach:

1) gdy inaczej stanowi umowa międzynarodowa, której stroną jest RP (argument z art. 1 § 2 p.p.m.), a więc gdy umowa ta, w przypadku określania statutu personalnego spółek, posługuje się łącznikiem inkorporacji¹⁵,

2) gdy prawo kolizyjne państwa, do którego dana spółka przeniosła siedzibę swojego zarządu, posługuje się w swoim prawie kolizyjnym łącznikiem inkorporacji (dochodzi wówczas do tzw. odesłania zwrotnego – art. 4 § 1 p.p.m.)¹⁶, a także

3) gdy spółka przenosi siedzibę swojego zarządu do innego państwa członkowskiego Wspólnoty i chce zachować swój dotychczasowy statut personalny (powyższe jest konsekwencją orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który dopuścił możliwość przeprowadzania tego rodzaju operacji)¹⁷.

W powyższych przypadkach, gdy dana polska spółka kapitałowa przeniosła uprzednio siedzibę swojego zarządu za granicę, nadal pozostając przy tym polską spółką (i zachowując swój dotychczasowy statut personalny), może mieć ona interes w tym, by do państwa, w którym znajduje się jej aktualna siedziba zarządu (oraz główny punkt gospodarczej

¹⁵ Zob. np. art. 18 ust. 2 umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Kuby o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych, podpisanej w Hawanie dnia 18 listopada 1982 r. (Dz.U. z 1984 r. Nr 47, poz. 247); art. 21 ust. 2 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Białoruś o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, sporządzonej w Mińsku dnia 26 października 1994 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 128, poz. 619); art. 21 ust. 2 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych, sporządzonej w Kijowie dnia 24 maja 1993 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 96, poz. 465).

¹⁶ Por. M. Paździan, *Prawo prywatne międzynarodowe...*, s. 61 i nast.; J. Gołacki, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2003, s. 27 i nast.

¹⁷ Zob. zwłaszcza orzeczenie ETS w sprawie C-208/00 Überseering BV przeciwko Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Zbiór Orzeczeń 2002, s. I-9919, pkt 80-82, 94-95.

działalności) przenieść również swoją siedzibę statutową (rzecz jasna, bez konieczności zmiany miarodajnego dla siebie statutu personalnego). W takiej sytuacji doszłoby do zgodności siedziby rzeczywistej danej spółki z jej siedzibą statutową i byłaby ona zarządzana (kierowana) z miejsca swojej siedziby statutowej. Spółka taka zostałaby w opisywanej sytuacji wpisana do rejestru (sądowego) w państwie swojej nowej siedziby statutowej, niezależnie od tego, że – jako polska spółka kapitałowa – nadal figurowałaby ona w polskim rejestrze (w rejestrze przedsiębiorców)¹⁸.

Nie można przy tym wykluczyć sytuacji, że polska spółka kapitałowa mogłaby chcieć przenieść swoją siedzibę statutową do innego państwa nawet wówczas, gdy nie przeniosła tam uprzednio siedziby swojego zarządu. Mogłoby jej bowiem np. zależeć na tym, by odtąd sądy tego innego państwa były miejscowo właściwe w sprawach z jej udziałem.

W każdym razie, bez względu na to, czy dana polska spółka kapitałowa przeniosła już uprzednio siedzibę swojego zarządu do innego państwa, czy też nie, przeniesienie przez nią siedziby statutowej za granicę powoduje z mocy przepisów kodeksu spółek handlowych jej obligatoryjne rozwiązanie oraz likwidację, i to również wówczas, gdyby nie chciała ona zmieniać miarodajnego dla siebie statutu personalnego, a więc gdyby nadal chciała pozostać spółką polską.

4. Przeniesienie przez spółkę siedziby statutowej za granicę w świetle przepisów TWE o swobodzie przedsiębiorczości

Wiązanie przez polski kodeks spółek handlowych z przeniesieniem przez spółkę kapitałową jej siedziby statutowej za granicę skutku w postaci rozwiązania oraz likwidacji spółki wywołuje nieuchronne pytanie o to, czy skutek taki jest zgodny z przepisami TWE o swobodzie przedsiębiorczości. Aby wszakże rozstrzygnąć, czy skutek ów jest zgodny z traktatowymi przepisami o swobodzie przedsiębiorczości, należałoby najpierw odpowiedzieć na pytanie, w jaki sposób te ostatnie przepisy ustosunkowują się do kwestii transgranicznego przenoszenia siedzib statutowych przez spółki.

¹⁸ Por. H. Eidenmüller, *Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt*, Juristenzeitung 2004, nr 1, s. 32.

Odpowiedź na powyższe pytanie nie jest jednak prosta, zwłaszcza że, jak dotychczas, w sprawie tej nie miał jeszcze okazji autorytatywnie się wypowiedzieć Trybunał Sprawiedliwości¹⁹. Przede wszystkim wątpliwości może budzić to, czy operacja polegająca na transgranicznym przeniesieniu przez spółkę swojej siedziby statutowej w ogóle mieści się w przedmiotowym zakresie ochrony swobody przedsiębiorczości²⁰. Generalnie rzecz biorąc, przedmiotowy zakres ochrony swobody przedsiębiorczości obejmuje, stosownie do brzmienia art. 43 TWE, takie przejawy transgranicznej aktywności, jak „podejmowanie i wykonywanie działalności na zasadzie samozatrudnienia, jak również zakładanie i prowadzenie przedsiębiorstw, zwłaszcza spółek w rozumieniu artykułu 48 akapit 2” (w innym państwie członkowskim), o ile przy tym tego rodzaju działalność charakteryzuje się w danym konkretnym przypadku trzema następującymi cechami, a mianowicie: trwałością (stałością)²¹, samodzielno-

¹⁹ W omawianym tutaj kontekście należałoby wskazać na zawisłą obecnie przed Trybunałem sprawę *Cartesio*, która została przedstawiona Trybunałowi przez sąd węgierski w ramach postępowania o wydanie orzeczenia wstępnego. Sąd krajowy zapytuje tam ETS m.in. o to, czy traktatowe przepisy o swobodzie przedsiębiorczości odnoszące się do spółek obejmują swoim przedmiotowym zakresem zastosowania operację polegającą na tym, że spółka założona zgodnie z prawem określonego państwa członkowskiego (tu: zgodnie z prawem węgierskim) i wpisana w tym państwie do rejestru przenosi następnie swoją siedzibę statutową (rejestrową) do innego państwa członkowskiego. W razie odpowiedzi pozytywnej na to pytanie sąd krajowy chce również wiedzieć, czy w takim przypadku prawo państwa dotychczasowej inkorporacji oraz prawo będące nowym statutem personalnym spółki mogą przewidywać jakiegokolwiek przeszkody (utrudnienia) dla takiej operacji, np. polegające na wymogu uzyskania urzędowej zgody – sprawa C-210/06 *CARTESIO Oktató és Szolgáltató Betéti Társaság*, przedstawiona Trybunałowi dnia 5 maja 2006 r.; na temat tej sprawy zob. R. Schmidtbleicher, *Verwaltungssitzverlegung deutscher Kapitalgesellschaften in Europa: „Sevic” als Leitlinie für „Cartesio”?*, *Betriebs-Berater* 2007, nr 12, s. 613 i nast.

²⁰ Ogólnie na temat przedmiotowego zakresu ochrony swobód rynku wewnętrznego zob. D. Ehlers, *Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften. Allgemeine Lehren*, [w:] *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, red. D. Ehlers, Berlin 2005, s. 203 i nast.; H.D. Jaraś, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, *Europarecht* 1995, nr 3, s. 204 i nast.; W. Frenz, *Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten*, Berlin-Heidelberg 2004, s. 141 i nast.

²¹ O tym, że dana działalność ma charakter trwały (stały) mogą przesądzać bardzo różne okoliczności, w tym zwłaszcza: 1) bezwzględna długość (bezwzględny czas trwania) danej działalności, w tym chociażby to, że jest ona wykonywana przez nieokreślony z góry czas (orzeczenie ETS w sprawie C-221/89 *The Queen* przeciwko *Secretary of State for*

ścią²² oraz zarobkowością²³. Taka transgraniczna gospodarcza aktywność jest też niekiedy opisywana jako „uczestniczenie, na stałych i trwa-

Transport, *ex parte* Factortame Ltd i inni, Zbiór Orzeczeń 1991, s. I-3905, pkt 20), 2) „regularność, częstotliwość, ciągłość” danej działalności (orzeczenie ETS w sprawie C-55/94 Reinhard Gebhard przeciwko Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Zbiór Orzeczeń 1995, s. I-4165, pkt 27), 3) fakt, że jest ona wykonywana w przyjmującym państwie członkowskim przy pomocy określonego „trwałego urządzenia” lub też „trwałej infrastruktury” („*fixed establishment*”, „*feste Einrichtung*”), stanowiącej trwałe i uprzedmiotowione oparcie dla realizowanych tutaj procesów gospodarczych; takim „trwałym urządzeniem” mogą być chociażby różnego rodzaju zakłady produkcyjne, magazyny, pomieszczenia biurowe, przy czym konkretna forma czy też postać takiego urządzenia nie mają większego znaczenia (K. H a i l b r o n n e r, G. J o c h u m, *Europarecht II. Binnenmarkt und Grundfreiheiten*, Stuttgart 2006, s. 186), a także 4) stała obecność danego podmiotu w przyjmującym państwie członkowskim (orzeczenie ETS w sprawie 205/84 Komisja przeciwko Niemcom, Zbiór Orzeczeń 1986, s. 3755, pkt 21), względnie też fakt, że nawet nie będąc fizycznie obecnym w przyjmującym państwie członkowskim, dany podmiot w całości lub też w przeważającej mierze jest trwale nastawiony na rynek oraz na odbiorców w tymże państwie (orzeczenia ETS w sprawach: 33/74 Johannes Henricus Maria van Binsbergen przeciwko Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, Zbiór Orzeczeń 1974, s. 1299, pkt 13; 205/84 Komisja przeciwko Niemcom, Zbiór Orzeczeń 1986, s. 3755, pkt 22; C-23/93 TV10 SA przeciwko Commissariaat voor de Media, Zbiór Orzeczeń 1994, s. I-4795, pkt 20-22 i 26). Rzecz jasna, wszystkie te okoliczności nie muszą w danym przypadku wystąpić łącznie (kumulatywnie).

²² O cesze samodzielności danej działalności można mówić wówczas, gdy dany podmiot wykonuje wchodzącą w grę działalność w sposób dostatecznie autonomiczny, a więc samodzielnie (według własnego uznania) podejmuje wszelkie rozstrzygnięcia (decyzje) związane z jej prowadzeniem, nie pozostając w tym zakresie zależnym od wiążących poleceń oraz wskazówek udzielanych przez inny podmiot (podmioty). Przeciwnieństwem działalności samodzielnej jest zaś działalność zależna, charakterystyczna zwłaszcza dla pracowników, tj. dla osób pozostających w stosunku pracy.

²³ Działalność zarobkowa w rozumieniu art. 43 TWE nie musi być bynajmniej wykonywana w (subiektywnym) celu osiągnięcia tzw. czystych zysków (W. F r e n z, *Handbuch Europarecht...*, s. 716-717; W.-H. R o t h, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług. Zasady*, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M.A. D a u s e s, Warszawa 1999, s. 426). Wystarczy bowiem, że jest ona wykonywana w sposób odpłatny (a więc w zamian za pobierane od beneficjentów rozmaitych świadczeń opłaty), przy czym nie ma tutaj znaczenia wysokość (wielkość) pobieranych opłat oraz okoliczność, czy opłaty te pokrywają koszty dokonywanych świadczeń czy też – przeciwnie – kosztów tych nie pokrywają, co powoduje w rezultacie powstawanie określonych strat (K. H a i l b r o n n e r, G. J o c h u m, *Europarecht II...*, s. 185; W. F r e n z, *Handbuch Europarecht...*, s. 717-718).

łych podstawach, w życiu ekonomicznym innego państwa członkowskiego”²⁴.

Jak się wydaje, przeniesienie przez spółkę swojej siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego wówczas może być uznane za operację mieszczącą się w przedmiotowym zakresie ochrony swobody przedsiębiorczości, gdy transfer taki bądź to stanowi element procesu, jakim jest transgraniczne przekształcenie się tej spółki w spółkę podlegającą prawu innego państwa członkowskiego (a więc gdy ów transfer siedziby statutowej jest koniecznym następstwem zmiany przez spółkę jej szaty prawnej), bądź też, gdy przeniesienie siedziby statutowej jest powiązane z równoczesnym lub też z dokonaniem już wcześniej przeniesieniem do tego innego państwa członkowskiego siedziby zarządu danej spółki. W obu tych wspomnianych wyżej konstelacjach dana spółka przenosi w istocie swoją gospodarczą aktywność do innego państwa członkowskiego i zaczyna tam ją wykonywać w sposób stały (trwały) i samodzielny²⁵. Zaczyna tym samym uczestniczyć, na stałych i trwałych podstawach, w życiu ekonomicznym innego państwa członkowskiego. Przeniesienie przy tym siedziby statutowej do tego innego państwa jest wówczas niezbędnym dopełnieniem obu tych procesów, w tym mianowicie sensie, że umożliwia to ich pełne urzeczywistnienie i instrumentalnie służy zrealizowaniu celów tychże procesów. Mianowicie, jeżeli dana spółka przekształca się w spółkę podlegającą prawu innego państwa członkowskiego, to wówczas musi ona, tak jak wszystkie spółki podlegające prawu tego państwa, wpisać się do właściwego rejestru w tymże państwie. Może to wszakże nastąpić jedynie wtedy, gdy ustanowi ona w tym ostatnim państwie swoją siedzibę statutową. Z kolei, jeżeli dana spółka przenosi do innego państwa siedzibę swojego zarządu, czyli swoje główne centrum decyzyjne i kierownicze, to wówczas równoczesne przeniesienie do tego państwa siedziby statu-

²⁴ Orzeczenia ETS w sprawach: C-55/94 Reinhard Gebhard przeciwko Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Zbiór Orzeczeń 1995, s. I-4165, pkt 25; C-3/95 Reisebüro Broede przeciwko Gerd Sandker, Zbiór Orzeczeń 1996, s. I-6511, pkt 20; C-70/95 Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA i Anni Azzurri Rezzato Srl przeciwko Regione Lombardia, Zbiór Orzeczeń 1997, s. I-3395, pkt 24.

²⁵ Jest natomiast kwestią konkretnego przypadku, czy działalność ta jest wówczas wykonywana w sposób zarobkowy (odpłatny).

towej sprawie, iż z państwa tego łatwiej jest daną spółką zarządzać i nią kierować, jako że właśnie tam przychodzi odtąd cała jej korespondencja, zaś w sprawach sądowych i administracyjnych, w które ta spółka jest zaangażowana miejscowo, właściwe są odtąd tamtejsze sądy oraz organy administracji. Jak widać, w obu opisanych konstelacjach przeniesienie siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego jest dla danej spółki koniecznością prawną (w pierwszym przypadku) lub też gospodarczą (w drugim przypadku) i jest przy tym immanentnie związane z trwałym (stałym) uczestnictwem tej spółki w życiu gospodarczym innego państwa członkowskiego. W oczywisty sposób taka operacja musi być wówczas objęta przedmiotowym zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości²⁶.

Przeniesienie przez spółkę siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego również wtedy można by uznać za objęte przedmiotowym zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości, gdy dana spółka ustanawia równocześnie lub też już wcześniej ustanowiła w tym innym państwie członkowskim swój oddział, filię, agencję lub też inaczej nazywaną strukturę, która jest danej spółce podległa prawnie i zależna od niej organizacyjnie. Utworzenie przez spółkę w innym państwie członkowskim takiego dodatkowego punktu swojej gospodarczej aktywności, będące przejawem realizacji tzw. wtórnej swobody przedsiębiorczości, sprawia, że dana spółka – rozszerzając terytorialny zakres swojej gospodarczej aktywności – zaczyna odtąd uczestniczyć, na trwałych i stałych podstawach, w życiu ekonomicznym innego państwa członkowskiego. Nie można przy tym wykluczyć, że spółka taka mogłaby wówczas wyrazić potrzebę i chęć przeniesienia do tego państwa również swojej siedziby statutowej, uznając to za instrumentalnie przydatne jej w związku z prowadzoną tam

²⁶ Nie można się zatem zgodzić z twierdzeniem, że przeniesienie siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego wówczas nie jest objęte przedmiotowym zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości, gdy nie towarzyszy temu zmiana miarodajnego dla spółki statutu personalnego, a więc gdy nie dochodzi do przekształcenia się przez spółkę w spółkę podlegającą prawu innego państwa członkowskiego (państwa dościa). Jak się bowiem twierdzi, „nie ma uzasadnionej potrzeby przenoszenia siedziby statutowej przy zachowaniu dotychczasowego statutu personalnego”: J. N a p i e r a ł a, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2006, s. 61. Pogląd ten wszakże nie jest trafny, gdyż – jak była o tym mowa wyżej – tego rodzaju (uzasadniona) potrzeba może jednak istnieć.

działalnością²⁷. W takim przypadku ów transfer siedziby statutowej w pełni mieściłby się w przedmiotowym zakresie ochrony swobody przedsiębiorczości.

Nie wydaje się natomiast, aby przeniesienie przez spółkę siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego wówczas było objęte przedmiotowym zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości, gdy nie towarzyszy temu ani przekształcenie się jej w spółkę podlegającą prawu tego innego państwa, ani przeniesienie do tego państwa przez spółkę siedziby swojego zarządu (siedziby rzeczywistej), ani też inny przejaw stałej (trwałej) obecności gospodarczej w tym państwie, wyrażającej się zwłaszcza poprzez założenie w nim oddziału, filii, agencji lub też inaczej nazywanej podległej struktury. Jeżeli bowiem nie dochodzi do dokonania przez spółkę żadnej z wymienionych wyżej (trzech) operacji, to wówczas nie mamy też bynajmniej do czynienia z trwałym (stałym) uczestnictwem przez daną spółkę w życiu gospodarczym innego państwa członkowskiego, zaś samo tylko przeniesienie przez spółkę do tego innego państwa swojej siedziby statutowej (przy pozostawieniu siedziby zarządu w państwie dotychczasowym oraz bez ustanowienia w tym innym państwie członkowskim chociażby swojego oddziału, agencji bądź też filii) w żadnym razie nie może być uznane za przejaw tego rodzaju uczestnictwa. Trzeba bowiem pamiętać, że samo tylko ustanowienie przez spółkę w określonym państwie członkowskim (przeniesienie tam) swojej siedziby statutowej (bez ustanowienia tam siedziby rzeczywistej oraz przynajmniej dodatkowego centrum swojej aktywności gospodarczej) będzie tak naprawdę polegało na ustanowieniu w tym państwie wyłącznie swojego

²⁷ Aczkolwiek trzeba pamiętać, że działalność gospodarcza będąca przejawem korzystania z wtórnej swobody przedsiębiorczości polega zawsze na utworzeniu w innym państwie członkowskim dodatkowego ośrodka działalności gospodarczej, mającego charakter podległy i zależny (można powiedzieć pomocniczy), przy równoczesnym wszakże pozostawieniu w poprzednim państwie członkowskim głównego centrum działalności gospodarczej (W. Frenz, *Handbuch Europarecht...*, s. 726; M. Brombach, *Das Internationale Gesellschaftsrecht...*, s. 62; C. Barnard, *The substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2004, s. 294). To pozostawienie przez spółkę w poprzednim (dotychczasowym) państwie członkowskim swojego głównego centrum aktywności sprawia, że najczęściej nie dojdzie jednak do przeniesienia do innego państwa członkowskiego siedziby statutowej tejże spółki, jako że siedziba ta pozostanie w państwie dotychczasowym.

adresu do doręczeń (adresu korespondencji), czyli w praktyce skrzynki pocztowej, jak też ewentualnie na zainstalowaniu tam (i opłaceniu) numeru telefonicznego. Należy się zaś zgodzić z twierdzeniem, że sama skrzynka pocztowa oraz numer telefoniczny w danym państwie członkowskim (do którego połączenia i tak są najczęściej automatycznie przekierowywane do siedziby rzeczywistej danej spółki) nie stanowią bynajmniej przejawu uczestniczenia przez daną spółkę, na stałych i trwałych podstawach, w życiu gospodarczym tego właśnie państwa członkowskiego²⁸. W rezultacie, przeniesienie przez spółkę do innego państwa członkowskiego samej tylko siedziby statutowej, nie będąc – z opisanych wyżej względów – wyrazem trwałego (stałego) uczestniczenia w życiu gospodarczym tego państwa członkowskiego, nie może być uznane za operację objętą przedmiotowym zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości.

Podsumowując tę część rozważań, należałoby zatem stwierdzić, że przeniesienie przez spółkę do innego państwa członkowskiego swojej siedziby statutowej wówczas może być uznane za operację objętą przedmiotowym zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości, gdy albo stanowi ono konsekwencję przekształcenia się przez daną spółkę w spółkę podlegającą prawu innego państwa członkowskiego, albo też następuje wraz z przeniesieniem przez spółkę do tego innego państwa swojej siedziby rzeczywistej (siedziby zarządu) lub też przynajmniej towarzyszy to ustanowieniu w owym innym państwie dodatkowego (pomocniczego) ośrodka działalności gospodarczej, w postaci oddziału, filii lub agencji.

Od razu przy tym trzeba stwierdzić, że samo objęcie określonej operacji gospodarczej (tu: operacji przeniesienia przez spółkę siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego) przedmiotowym zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości nie oznacza jeszcze samo przez się, że podmioty uprawnione z tej swobody (do których to podmiotów należą osoby fizyczne będące obywatelami państw członkowskich oraz spółki w rozumieniu art. 48 TWE) mogą się w pełni powoływać na uprawnienia przez tę swobodę gwarantowane. Potencjalnie bowiem można by sobie wyobrazić co najmniej dwie ważne przeszkody prawne, które mogą uniemożliwić podmiotom objętym podmiotowym zakresem ochrony

²⁸ K. Hailbronner, G. Jochum, *Europarecht II...*, s. 186.

swobody przedsiębiorczości skuteczne powoływanie się na gwarantowane tą swobodą uprawnienia, i to nawet w odniesieniu do takich (dokonywanych przez wspomniane podmioty) operacji, które, jak transfer przez spółkę jej siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego, są w pewnych przynajmniej przypadkach objęte przedmiotowym zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości. Otóż po pierwsze, przeszkodą taką może być fakt, że art. 43 TWE, gwarantujący podmiotom objętym przedmiotowym zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości określone uprawnienia, nie jest jeszcze w odniesieniu do pewnych operacji, generalnie mieszczących się w przedmiotowym zakresie ochrony swobody przedsiębiorczości, bezpośrednio skuteczny²⁹. Ten zaś brak bezpośredniej skuteczności powołanego przepisu Traktatu może wynikać stąd, że w odniesieniu do pewnych operacji konieczne jest wydanie przez organy wspólnotowe stosownej dyrektywy (czyli aktu prawa wtórnego), co czyni w tym zakresie art. 43 TWE prawnie niekompletnym (i neguje tym samym jego bezpośrednią skuteczność). Co ciekawe, można by twierdzić, że wydanie stosownej dyrektywy jest przez przepisy TWE przewidziane właśnie m.in. w odniesieniu do operacji przenoszenia przez spółki swoich siedzib statutowych pomiędzy państwami członkowskimi, jako że zgodnie z art. 44 ust. 2 lit.g TWE, Rada powinna wydawać stosowne dyrektywy, które są niezbędne dla zapewnienia równoważności zabezpieczeń wymaganych od spółek dla ochrony interesów wspólników i osób trzecich. Tymczasem ochrona interesów tych grup osób jest szczególnie istotna (i aktualna) w przypadku transferowania przez spółkę swojej siedziby

²⁹ Na temat bezpośredniej skuteczności norm wspólnotowego porządku prawnego zob. szerzej A.G. Toth, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law. Volume I. Institutional Law*, Oxford 1990, s. 166 i nast.; T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 2003, s. 197 i nast.; P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2003, s. 178 i nast.; P. Pescatore, *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, *European Law Review* 1983, vol. 8, s. 155 i nast.; S. Prechal, *Does direct effect still matter?*, *Common Market Law Review* 2000, vol. 37, s. 1047 i nast.; B. de Witte, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order*, [w:] *The Evolution of EU Law*, red. P. Craig, G. de Búrca, Oxford 1999, s. 177 i nast.; J.A. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, *Common Market Law Review* 1972, vol. 9, s. 425 i nast.; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 558 i nast.

statutowej do innego państwa członkowskiego. Ponieważ zaś dyrektywa taka ciągle nie została jeszcze wydana, można by więc *prima facie* twierdzić, że w odniesieniu do operacji polegających na przenoszeniu przez spółki siedzib statutowych do innego państwa członkowskiego (jakkolwiek mieszczących się w przedmiotowym zakresie ochrony swobody przedsiębiorczości) art. 43 TWE nie jest jeszcze bezpośrednio skuteczny i stanie się takim dopiero po wydaniu wzmiankowanej dyrektywy³⁰.

Nie wydaje się jednak, aby pogląd taki był trafny. Wbrew temu należałoby raczej przyjąć, że wydanie wspomnianej dyrektywy mogłoby wprawdzie znacząco ułatwić spółkom przenoszenie ich siedzib statutowych do innego państwa członkowskiego, tym niemniej nie jest to warunek bezwzględnie konieczny dla uzyskania przez art. 43 TWE (w tym właśnie zakresie) bezpośredniej skuteczności. Uprawnienie do dokonywania przez spółki tego rodzaju transferów, w sposób wolny od czynionych przez poszczególne państwa członkowskie przeszkód, wynika bowiem już bezpośrednio z art. 43 TWE.

Pewnym wszakże argumentem na rzecz tezy, że w odniesieniu do omawianych tutaj operacji art. 43 TWE nie jest jeszcze (dopóki nie zostanie wydana wspomniana dyrektywa) bezpośrednio skuteczny, mogłoby być orzeczenie w sprawie *Daily Mail*, w którym ETS stwierdził, że „Traktat uznaje różnice w krajowym ustawodawstwie dotyczące (...) kwestii tego, czy – a jeśli tak, to w jaki sposób – siedziba statutowa lub siedziba rzeczywista spółki założonej (inkorporowanej) zgodnie z prawem krajowym mogą być przeniesione z jednego państwa członkowskiego do drugiego jako problem, który nie został rozwiązany przez reguły dotyczące swobody przedsiębiorczości, lecz który musi być rozwiązany poprzez przyszłe ustawodawstwo”³¹, a konkretnie przez dyrektywę wydaną na podstawie art. 44 TWE. Z tego ETS wyciągnął wniosek, że „art. 43 i 48 Traktatu nie mogą być interpretowane jako przyznające spółkom założonym zgodnie z prawem państwa członkowskiego prawo do przeniesienia siedziby ich zarządu do innego państwa członkowskiego przy utrzymaniu ich statusu jako spółek założonych zgodnie z prawem tego

³⁰ M. Szydło, *Krajowe prawo spółek ...*, s. 456-457.

³¹ Orzeczenie ETS w sprawie 81/87 *The Queen przeciwko H.M. Treasury i Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail i General Trust plc*, Zbiór Orzeczeń 1988, s. 5483, pkt 23.

pierwszego państwa członkowskiego³². Opierając się tej wypowiedzianej przez ETS tezie, można by twierdzić, że poszczególnym spółkom, założonym zgodnie z prawem państwa członkowskiego, art. 43 i 48 TWE nie przyznają również prawa do przeniesienia ich siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego, przy utrzymaniu ich statusu jako spółek założonych zgodnie z prawem tego pierwszego państwa członkowskiego (a chęć skorzystania przez spółkę z takiego uprawnienia byłaby aktualna zwłaszcza wówczas, gdyby przeniosła ona uprzednio do innego państwa członkowskiego siedzibę swojego zarządu, zachowując równocześnie swój dotychczasowy statut personalny).

Z drugiej jednak strony należy równocześnie pamiętać, że powyższe tezy wypowiedziane przez Trybunał w orzeczeniu *Daily Mail* zostały następnie w dość istotnym stopniu zmodyfikowane w orzeczeniu w sprawie *Überseering*. Otóż w tym ostatnim orzeczeniu Trybunał stwierdził, że „państwo członkowskie ma możliwość nakładania ograniczeń na spółkę, która została założona zgodnie z jego prawem i przenosi z tego państwa swoją rzeczywistą siedzibę tak, aby mogła ona zachować osobowość prawną przyznaną przez prawo tego państwa³³. Nie sposób nie dostrzec, że o ile w orzeczeniu *Daily Mail* Trybunał zdecydowanie zanegował fakt przysługiwania spółkom prawa do przeniesienia siedziby zarządu z państwa swojej inkorporacji do innego państwa członkowskiego przy równoczesnym utrzymaniu statusu spółki państwa inkorporacji (uznając, że w tym zakresie przepisy TWE nie są jeszcze bezpośrednio skuteczne), o tyle w orzeczeniu *Überseering* przyznał, że wprawdzie państwo inkorporacji danej spółki może nakładać na nią określone ograniczenia przy przenoszeniu przez nią do innego państwa członkowskiego siedziby swojego zarządu, tym niemniej dana spółka powinna mieć równocześnie prawo (możliwość) zachowania przy przenoszeniu tej siedziby osobowości prawnej przyznanej przez prawo państwa inkorporacji. Ograniczenia tego prawa są bowiem czymś zupełnie innym niż całkowite jego zanegowanie. W rezultacie państwo inkorporacji może nakładać na daną spółkę pewne ograniczenia, tym niemniej nie mogą one doprowadzić do tego, by dana

³² Pkt 24 orzeczenia.

³³ Orzeczenie ETS w sprawie C-208/00 *Überseering BV* przeciwko *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Zbiór Orzeczeń 2002, s. I-9919, pkt 70.

spółka utraciła wskutek tego swoją dotychczasową osobowość prawną (przyznaną przez państwo inkorporacji)³⁴. Należałoby się przy tym zgodzić z twierdzeniem, że owa możliwość zachowania przez spółkę przy przenoszeniu siedziby zarządu do innego państwa członkowskiego swojej osobowości prawnej oznacza w istocie możliwość zachowania przez spółkę swojego dotychczasowego statutu personalnego, czyli możliwość zachowania swojego statusu jako spółki państwa założenia (inkorporacji)³⁵. W tym zakresie art. 43 TWE jest zatem w pełni bezpośrednio skuteczny.

Prawdą jest oczywiście, że orzeczenie w sprawie *Überseering* dotyczyło możliwości przenoszenia przez spółki do innego państwa członkowskiego swoich siedzib rzeczywistych (siedzib zarządów). Skoro jednak w tym właśnie zakresie Trybunał odwołał się do swojego wcześniejszego orzeczenia w sprawie *Daily Mail*, a konkretnie do punktów 23 i 24 tego ostatniego orzeczenia, i je w opisany wyżej sposób zmodyfikował, to tym samym zmodyfikował on też (*implicite*) tezę zawartą w punkcie 23 orzeczenia *Daily Mail*, zgodnie z którą w zakresie przenoszenia przez spółki siedzib statutowych do innego państwa członkowskiego art. 43 TWE nie jest jeszcze bezpośrednio skuteczny i stanie się takim dopiero po wydaniu stosownej dyrektywy. Ta ostatnia teza jest więc obecnie nieaktualna. W efekcie poszczególne spółki mają prawo do tego, by przenieść do innego państwa swoją siedzibą statutową, zachowując równocześnie swój dotychczasowy statut personalny (o ile, rzecz jasna, danej spółce właśnie na tym będzie zależało i nie zdecyduje się ona przekształcać w spółkę podlegającą prawu innego państwa członkowskiego).

Po drugie, przeszkodą uniemożliwiającą spółkom powoływanie się na stosowne uprawnienia gwarantowane im przez art. 43 w odniesieniu do operacji przeniesienia siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego mógłby być fakt, że w przypadku tego rodzaju operacji art. 43 TWE jest wyparty (derogowany) przez mający w tym zakresie charakter

³⁴ M. Brombach, *Das Internationale Gesellschaftsrecht...*, s. 103; G.A. Jestädt, *Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht*, Baden-Baden 2005, s. 137-138; M. Sz y d ł o, *Krajowe prawo spółek...*, s. 378-379.

³⁵ A. de Diego, *Die Niederlassungsfreiheit...*, s. 87-88; G.A. Jestädt, *Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht...*, s. 138; M. Sz y d ł o, *Krajowe prawo spółek...*, s. 379.

przepisu *lex specialis* art. 293 TWE, stanowiący, iż „Państwa Członkowskie w miarę potrzeby podejmują między sobą rokowania w celu zapewnienia swoim obywatelom (...) utrzymania osobowości prawnej w przypadku przeniesienia siedziby z kraju do kraju”. W związku z treścią art. 293 TWE niektórzy twierdzą, że chcąc się przekształcić w spółki podlegające prawu innego państwa członkowskiego i przenosząc w związku z tym do tego innego państwa swoją siedzibę statutową, spółki nie mogą powoływać się na art. 43 TWE i nie mają wobec państw członkowskich roszczenia o zachowanie swojej osobowości prawnej (tym samym państwo członkowskie dotychczasowej inkorporacji spółki może wówczas wymagać od niej przeprowadzenia likwidacji), ponieważ aby było to możliwe, konieczne jest zawarcie przez państwa członkowskie stosownej (przewidzianej przez art. 293 TWE) konwencji³⁶.

Pogląd ten jednak nie jest trafny, gdyż zawarta ewentualnie przez państwa członkowskie stosowna konwencja (w oparciu o art. 293 TWE) mogłaby co najwyżej ułatwić (uczynić bardziej efektywnym) przeprowadzanie omawianych tutaj operacji, niemniej jednak prawna dopuszczalność ich przeprowadzania, i to z powołaniem się w tym względzie na art. 43 TWE, nie jest bynajmniej warunkowana uprzednim zawarciem owej konwencji. W rezultacie art. 293 TWE nie może być uznany za przepis o charakterze *lex specialis* względem art. 43 TWE (w zakresie tych operacji, o których wspomina ten pierwszy przepis).

Skoro więc – jak to dowodnie wynika z powyższych rozważań – przenoszenie przez spółki swoich siedzib statutowych do innego państwa członkowskiego jest co do zasady objęte przedmiotowym zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości (chyba że transferowi takiemu nie towarzyszy równoczesne trwałe zaangażowanie się w życie ekonomiczne tego innego państwa członkowskiego), zaś art. 43 TWE jest w odniesieniu do takich operacji w pełni bezpośrednio skuteczny i nie jest ponadto wyparty (derogowany) przez art. 293 TWE (mówiący o stosownej zawieranej przez państwa członkowskie konwencji), to tym samym poszczególne spółki mają bezpośrednio w oparciu o art. 43 TWE prawo do domagania się od państw członkowskich, by nie czyniły im one żadnych

³⁶ G.A. J e s t ä d t, *Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht...*, s. 156-157.

przeszkód przy przenoszeniu siedzib statutowych do innego państwa członkowskiego (zarówno wtedy, gdy dana spółka chce się w transgraniczny sposób przekształcić w spółkę podlegającą prawu innego państwa członkowskiego, jak też wtedy, gdy transfer siedziby statutowej jest konsekwencją uprzedniego ustanowienia przez spółkę w tym innym państwie członkowskim stałego miejsca swojej działalności gospodarczej) oraz by nie utrudniały im dokonywania tychże operacji. Do kategorii owych zakazanych przez art. 43 TWE przeszkód oraz utrudnień należą przy tym z pewnością:

1) nakładany przez państwo członkowskie będące miejscem dotychczasowej siedziby statutowej spółki (tj. przez państwo wyjścia) wymóg rozwiązania się oraz likwidacji w razie przeniesienia przez spółkę jej siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego;

2) nakładany przez państwo członkowskie będące miejscem nowej siedziby statutowej spółki (tj. przez państwo dościa) wymóg ponownego (od podstaw) zakładania się, gdy chce ona przekształcić się w spółkę podlegającą prawu państwa dościa. Państwo dościa może jedynie wymagać dostosowania się przez daną spółkę do przepisów materialnego prawa spółek obowiązujących w tymże państwie (bez wymogu powtórnej inkorporacji). Należy przy tym przyjąć, że nawet, gdy przepisy prawa spółek obowiązujące w państwie dościa nie przewidują *explicite* możliwości dokonywania przez spółki tego rodzaju transgranicznych przekształceń, to i tak państwo dościa powinno stworzyć omawianym spółkom taką możliwość poprzez odpowiednią interpretację postanowień swojego prawa merytorycznego;

3) nieuznawanie przez państwo wyjścia spółki, która przeniosła swoją siedzibę statutową do innego państwa członkowskiego, za spółkę podlegającą prawu tego właśnie państwa i zarządzanie zmiany jej statutu personalnego, mimo iż przenosząc swoją siedzibę statutową, dana spółka nie chce przekształcić się w spółkę podlegającą prawu państwa dościa;

4) uzależnianie przez państwo dościa prawnej dopuszczalności przekształcenia się przez daną spółkę w spółkę podlegającą prawu państwa dościa od wymogu, by na przeprowadzanie takich operacji pozwalał również porządek prawny państwa wyjścia;

5) stawiany przez państwo dościa wymóg, że spółka zamierzająca przekształcić się w spółkę prawa państwa dościa musi równocześnie

ustanowić w państwie dojsčia siedzibę swojego zarządu (trzeba bowiem pamiętać, że z orzeczeń Trybunału w sprawach *Centros*³⁷, *Inspire Art*³⁸ i *Überseering* wynika generalna dopuszczalność rozdzielania przez spółki we Wspólnocie swojej siedziby statutowej oraz siedziby zarządu).

Biorąc powyższe pod uwagę, należałoby stwierdzić, że statuowany przez art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. wymóg rozwiązania się oraz likwidacji przez spółkę, która podjęła uchwałę o przeniesieniu swojej siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego, jest sprzeczny z art. 43 TWE i powinien być traktowany jako niedające się usprawiedliwić ograniczenie gwarantowanej spółkom swobody przedsiębiorczości. Chcąc więc pozostawać w zgodzie z prawem wspólnotowym, trzeba by *in futuro* przyjmować, że polska spółka, która podejmuje uchwałę o przeniesieniu swojej siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego, nie podlega w Polsce ani rozwiązaniu, ani też likwidacji, i to bez względu na to, czy przenosi ona swoją siedzibę statutową w celu przekształcenia się w spółkę podlegającą prawu innego państwa członkowskiego, czy też przenosi ją w konsekwencji wcześniejszego ustanowienia w innym państwie członkowskim miejsca swojej trwałej (stałej) działalności gospodarczej, chcąc w sposób jeszcze bardziej efektywny włączyć się w życie gospodarcze w tymże państwie i nie mając równocześnie zamiaru zmieniać miarodajnego dla siebie statutu personalnego. Takie rozwiązanie powinno być przy tym przyjmowane już na gruncie obecnych przepisów kodeksu spółek handlowych (a więc bez konieczności nowelizowania w tym zakresie kodeksu), gdyż prawo wspólnotowe i tak korzysta z pierwszeństwa przed sprzecznymi z nim przepisami prawa krajowego. To sprzeczne z prawem wspólnotowym prawo krajowe nie musi być zatem formalnie derogowane, jako że w konkretnych przypadkach sprzeczności i tak istnieje obowiązek uchylecia się od jego stosowania.

³⁷ Orzeczenie ETS w sprawie C-212/97 *Centros Ltd* przeciwko *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Zbiór Orzeczeń 1999, s. I-1459, zwłaszcza pkt 27, 29 i 30.

³⁸ Orzeczenie ETS w sprawie C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* przeciwko *Inspire Art Ltd*, Zbiór Orzeczeń 2003, I-10155, pkt 137-139.

Z kolei, jeżeli spółka podlegająca prawu innego państwa członkowskiego przenosi swoją siedzibę statutową na terytorium Polski, to wówczas należy:

1) albo dopuścić możliwość przekształcenia się jej w polską spółkę kapitałową (umożliwiając jej dostosowanie się do miarodajnych w tym zakresie przepisów kodeksu spółek handlowych rządzących funkcjonowaniem danego rodzaju spółek, bez wszakże konieczności zakładania się od podstaw; należy też wpisać ją do polskiego rejestru przedsiębiorców),

2) albo też należy jej umożliwić posiadanie siedziby statutowej w Polsce oraz uszanować wynikające z tego konsekwencje prawne (np. w zakresie właściwości polskich sądów), przy równoczesnym traktowaniu takiej spółki jako spółki podlegającej prawu państwa inkorporacji.