

Wojciech Kłyta

Czynności notarialne w polskim międzynarodowym prawie spółek

I. Uwagi wstępne

Współcześnie coraz większe zainteresowanie piśmiennictwa, praktyki notarialnej oraz judykatury wywołuje problematyka czynności notarialnych w zakresie międzynarodowego prawa spółek¹.

¹ Z bardzo bogatej literatury zobacz np: G. Beitzke, *Juristische Personen im Internationalprivatrecht, und Fremdrecht*, München, Berlin 1938, s. 76; E. Rabel, *The Conflict of Laws, A Comparative Study Vol. Two Foreign Corporations: Torts: Contracts in General*, Ann Arbor 1960, s. 69 in.; F.A. Mann, *Zur Auslegung des Art. 11 EGBGB*, ZHR 1974, J. Kuntze, *Zum internationalen Beurkundungsrecht*, NJW 1974, s. 2167 in.; H. Stephan, *Zum internationalen Beurkundungsrecht*, NJW 1974 s. 1596; H. Bernstein, *Erwerb und Rückerwerb von GmbH Anteilen im deutsch amerikanischen Rechtsverkehr*, ZHR 1976, s. 414; J. Kropholler, *Auslandsbeurkundungen im Gesellschaftsrecht*, ZHR 1976, s. 394; W. Wengler, *Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar*, Band VI, Internationales Privatrecht, 1. Teilband-Berlin-New York 1981, s. 740; C.T. Ebenroth, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 7, München 1990, s. 497; C.T. Ebenroth, *Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht - Teil 2*, JZ 1991, s. 1064 in.; J. Schervier, *Beurkundung GmbH-rechtlicher Vorgänge im Ausland*, NJW 1992, s. 593; B. Grossfeld, [w:] J. von Staudiger, *Kommentar, Internationales Gesellschaftsrecht*, Berlin 1993, nb. 412 in.; H. Bungert, *Entwicklungen im internationalen Gesellschaftsrecht Deutschland*, AG 1995, s. 489 in.; D. Jasper, [w:] *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 3, München 1996, s. 1313 in.; s. 28; C. Reithmann, D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, Köln 1996, s. 478 in.; B. Grossfeld, *Zum Stand des Internationalen Unternehmensrechts Deutschland/Europa*, [w:] *Grenzüberschreitende Aktivitäten deutscher Unternehmen und EU – Recht*, Köln 1997; P. Behrens, [w:] *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im*

Wspomniane kwestie nie stanowiły w zasadzie przedmiotu szerszego zainteresowania piśmiennictwa polskiego².

Przed przystąpieniem do rozważań dotyczących problematyki formy w międzynarodowym prawie spółek należy poświęcić kilka słów zagadnieniom wiążącym się z wyznaczeniem systemu prawnego stanowiącego statut personalny spółki. W piśmiennictwie i judykaturze konkurują z sobą w tej kwestii teoria siedziby³ oraz teoria powstania (inkorporacji)⁴ spółki. Statut personalny obejmuje swym zakresem wszystkie kwestie dotyczące powstania, działalności i likwidacji spółki. Zgodnie z przyjmowaną w Polsce teorią siedziby⁵ statutem personalnym spółek mających siedzibę w Polsce jest zatem prawo polskie.

Interesujące problemy powstają wówczas, gdy czynność prawna wymagająca dla swej ważności formy aktu notarialnego jest dokonywana poza granicami państwa, którego system prawny stanowi statut personalny spółki⁶.

internationalen und europäischen Recht 2. voll. neu bearb. Auflage-Berlin-New York 1997, s. 89 i n.; P. K i n d l e r, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Redakteur H. J. Sonnenberger, München 1999, s. 144 i n.; A. H e l d r i c h, [w:] *Palandt Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7, München 2000, s. 2276.

² S. S o ł t y s i ń s k i, [w:] S. S o ł t y s i ń s k i, A. S z a j k o w s k i, J. S z w a j a, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. 2, wyd. 2, Warszawa 1998, s. 45. Natomiast co do problematyki czynności notarialnych w prawie prywatnym międzynarodowym zobacz bliżej np: M. P a z d a n, *Notariat a prawo prywatne międzynarodowe*, „Rejent” 1995, z. 9, s. 197 i n.; M. P a z d a n, *Czynności notarialne w międzynarodowym prawie spadkowym*, „Rejent” 1998, z. 4, s. 99 i n.; E. D r o z d, *Czynności notarialne z elementem zagranicznym w obrocie nieruchomościami*, [w:] *II Kongres Notariuszy RP*, Poznań-Kluczbork 1999, s. 7 i n.; A. O l e s z k o, *Stosowanie prawa obcego przez polskiego notariusza*, [w:] *II Kongres Notariuszy RP*, Poznań-Kluczbork 1999, s. 207 i n.

³ W. K l y t a, *Łącznik siedziby w niemieckim międzynarodowym prawie spółek*, „KPP” 1998, z. 2, s. 243 i n.; J. P o c z o b u t, *Osoby prawne w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, „KPP” 2000, z. 3, s. 529 i n.

⁴ W. K l y t a, *Teoria powstania osoby prawnej w prawie prywatnym międzynarodowym*, „PPHZ” 2000, s. 167 i n.

⁵ Zobacz art. 9 § 2 polskiej ustawy o prawie pryw. międz. zobacz także bliżej: M. P a z d a n, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 97; W. K l y t a, *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2001, (w druku).

⁶ Do przyczyn, dla których strony decydują się na dokonywanie takich czynności należy dążenie do zmniejszenia kosztów opłat notarialnych, nie bez znaczenia jest także w tej kwestii międzynarodowa struktura spółek kapitałowych. W Europie Zachodniej pojawiło się już zjawisko turystyki notarialnej (*Beurkundungstourismus*); zob. bliżej: M. P a z d a n, *Notariat...*, s. 202; S. K r ö l l, *Beurkundungen...* s. 112.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia wskazanych kwestii ma odpowiedź na pytanie, czy statut personalny spółki obejmuje także swym zakresem problematykę formy, czy też forma – w myśl zasad ogólnych – podlegać powinna odrębnemu statutowi.

Zagadnienia dotyczące dopuszczalności stosowania zasady *locus regit actum* należy odróżnić od problematyki oceny ekwiwalentności pojęć prawnych⁷. Rozważyć należy kwestie, czy akt notarialny sporządzony przed zagranicznym notariuszem jest równoważny (ekwiwalentny) aktowi sporządzonemu przed notariuszem polskim⁸.

W przepisach kodeksu spółek handlowych bardzo często spotyka się wymóg dokonania określonych czynności w formie aktu notarialnego. I tak w zakresie spółek z ograniczoną odpowiedzialnością formy aktu notarialnego wymagają m.in. zawarcie umowy spółki oraz zmiana umowy. Natomiast zbycie udziału powinno nastąpić w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi⁹.

Także statut spółki akcyjnej oraz zgoda na zawiązanie spółki wymaga formy aktu notarialnego. Ponadto uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy powinny być umieszczone w protokole sporządzonym przez notariusza.

Uważam, że czynności prawne w zakresie prawa spółek należy podzielić na dwie grupy¹⁰. Do pierwszej z nich należą wszystkie czynności, poprzez które ulega zmianie istota spółki. Zaliczyć tu należy czynności mające bezpośredni wpływ na umowę lub statut spółki. Czynności te wpływają bezpośrednio na strukturę spółki, dotyczą zatem jej wewnętrznego ustroju.

⁷ Zob. rozważania zawarte w pkt. niniejszego opracowania.

⁸ P. K i n d l e r, w: *Münchener...*, s. 144.

⁹ Zob. art. 181 k.s.h.

¹⁰ Wskazany podział występuje w doktrynie niemieckiej: D. B a r m e y e r, *Die Anerkennung ausländischer, insbesondere englischer, Beurkundungen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts in Deutschland*, Konstanz 1996, s. 33; S. K r ö l l, *Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge durch einen ausländischer Notar*, ZGR 2000, z. 1, s. 111 i n.; W. G o e t t e, *Auslandsbeurkundungen im Kapitalgesellschaftsrecht*, MittRhNotK 1997, s. 3.

Druga grupa obejmuje czynności zmierzające do zmian podmiotowych w spółkach. Chodzi tu o zbycie udziału lub akcji. Niewykluczone, że podział ten może przyczynić się do pewnego uporządkowania wskazanych kwestii.

II. Prawo właściwe dla formy

Wyznaczenie prawa miarodajnego dla formy czynności prawnych następuje najczęściej za pomocą odrębnych norm kolizyjnych¹¹. W prawie prywatnym międzynarodowym poszczególnych państw dość szeroko rozpowszechnione jest rozwiązanie, które pozwala stronom zachować albo wymagania, dotyczące formy, przewidziane w prawie właściwym dla danej czynności prawnej, albo wymogi wypływające z prawa państwa, w którym czynność jest dokonywana¹². Rozwiązanie takie przewidywała polska ustawa o prawie pryw. międz. z 1926 r.¹³ Przyjmuje je również ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.

W doktrynie podkreśla się, że zasada *locus regit actum* służy przede wszystkim ułatwieniu obrotu¹⁴.

III. Poglądy prezentowane w zagranicznym piśmiennictwie

W piśmiennictwie niemieckim wskazane zagadnienia stanowią współcześnie przedmiot żywego zainteresowania doktryny i judykatury. Warto wskazać zasadnicze wątki tej dyskusji.

¹¹ K. P r z y b y ł o w s k i, *Prawo prywatne międzynarodowe część ogólna*, Lwów 1935, s. 133; F. Z o l l, *Międzynarodowe prawo prywatne w zarysie*, Kraków 1947, s. 49; B. W a l a s z e k, M. S o ś n i a k, *Zarys prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 1973, s. 142; J. J a k u b o w s k i, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 1984, s. 110; W. L u d w i c z a k, *Międzynarodowe prawo prywatne*, Warszawa 1990, s. 130; M. P a z d a n, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 6., Warszawa 2000, s. 105 i n.

¹² M. P a z d a n, *Prawo...*, s. 105. Do państw europejskich przewidujących takie rozwiązanie należą np: Austria (§ 8 ustawy o praw. pryw. międz.); Grecja (art. 12 greckiego k.c.); Republika Federalna Niemiec (art. 11 ust. 1 przep. wpraw. BGB).

¹³ Art. 5 tej ustawy stanowił: „Forma czynności prawnej podlega prawu państwa, które jest właściwe dla tej czynności; jednak wystarczy zastosowanie się do prawa obowiązującego w miejscu sporządzenia czynności, jeżeli to miejsce nie jest wątpliwe”.

¹⁴ L. R a p e, *Internationales Privatrecht*, Berlin, Frankfurt a. M. 1955, s. 206; P. N e u h a u s, *Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin, Tübingen 1962, s. 114 i n.

W dawniejszej doktrynie sądzono, że tylko przepisy statutu personalnego mogą określać, w jakiej formie spółka może powstać. W myśl tego poglądu forma czynności prawnych zmierzających do założenia lub zmiany struktury spółki określana powinna być wyłącznie przez przepisy statutu personalnego¹⁵.

Inni uważają, że zasada *locus regit actum* nie powinna znajdować zastosowania w zakresie prawa spółek¹⁶. Jednakże przedstawiają odmienną uzasadnienie swego poglądu. Podkreślają, iż czynności z zakresu prawa spółek nie dotyczą jedynie osób w nich uczestniczących, lecz wywierają także skutki w stosunku do wszystkich współników. W konsekwencji powinny one podlegać jednakowej ocenie prawnej¹⁷. Ponadto pomiędzy prawem spółek, a prawem kontraktów zachodzą znaczne różnice.

Kolejna grupa autorów uważa, że forma aktu notarialnego stanowi wycinek statutu personalnego, czyli należy do *legis causae*¹⁸. Nie podlega ona zatem statutowi formy. W prawie kolizyjnym rozgraniczenie pomiędzy formą a treścią czynności prawnej powinno przebiegać odmiennie niż w prawie materialnym¹⁹.

Na uwagę zasługuje także stanowisko w omawianej kwestii zajęte przed laty przez F. A. Manna²⁰. Uważał on, że akt notarialny i wpis do rejestru handlowego stanowią jedną całość. Twierdził, że dopiero z chwilą wpisu do rejestru handlowego zmiana statutu lub też czynności zmierzające do powstania spółki wywołują skutki prawne. Sporządzenie aktu notarialnego jest elementem postępowania związanego z wpisem. W konsekwencji całość tych procesów musi podlegać wymogom przewidzianym przez *lex fori*.

Współcześnie w doktrynie często wskazuje się na istnienie niepisanej normy kolizyjnej, w myśl której forma czynności prawnych zmierzają-

¹⁵ G. Beitzke, *Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion*, [w:] *Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65 Geburtstag*, Frankfurt am Main 1966, s. 23; G. Bokelmann, *GmbH – Gesellschafterversammlungen im Ausland und Beurkundung durch ausländische Notäre*, NJW 1972, s. 1729 i n.

¹⁶ K. Winkler, *Beurkundungen im Ausland bei Geltung deutschen Recht*, NJW 1972, s. 981 i n.

¹⁷ K. Winkler, *Beurkundungen...*, s. 983.

¹⁸ P. Behrens, [w:] *Hachenburg Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, 7. Auflage, Berlin, New York 1975, nb. 99 i n.

¹⁹ P. Behrens, [w:] *Hachenburg...*, nb. 99.

²⁰ F. A. Mann, *Zur Auslegung des Art 11 EGBGB*, ZHR 1974, s. 453.

cych do zmiany struktury spółki podejmowanych przez spółki mające rzeczywistą siedzibę w Niemczech podlega wyłącznie prawu niemieckiemu²¹.

Inni autorzy uważają, iż należy odpowiednio stosować w tym zakresie art. 11 ust. 5 przep. wpraw. k.c.n.²²

Wskazuje się na podobieństwo interesów występujących w zakresie międzynarodowego prawa spółek i międzynarodowego prawa rzeczowego oraz doniosłość prawną tych czynności²³. Podkreśla się – nie bez racji – że „procesy” na mocy których ulega zmianie struktura spółki, mają bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo obrotu. Podnosi się, że akty z zakresu prawa spółek mają taką samą doniosłość jak czynności z zakresu obrotu nieruchomościami²⁴. Czynności te ingerują przecież w sferę prawa rzeczowego²⁵. W konsekwencji zasady sformułowane na płaszczyźnie międzynarodowego prawa rzeczowego mogą służyć wypełnieniu luki w zakresie międzynarodowego prawa spółek²⁶. Przyjęcie takiego rozwiązania prowadzi do nieważności czynności prawnej, która nie została dokonana w formie przewidzianej przez system prawny stanowiący *legem causae*.

IV. Czynności notarialne w polskim międzynarodowym prawie spółek

1. Uwagi wstępne

W tym miejscu należy podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, czy czynności prawne, które dotyczą struktury polskiej spółki mogą być doko-

²¹ W. Goette, *Auslandsbeurkundungen...*, s. 3; M. Lutter, [w:] *Umwandlungsgesetz Kommentar*, Köln 1996, s. 157; S. Kröll, *Beurkundungen...*, s. 121.

²² Przepis art 11 ust. 5 stanowi: „czynność prawna, w wyniku której następuje ustanowienie prawa rzeczowego (*Recht an einer Sache*) lub rozporządzenie takim prawem, jest ważna ze względu na formę, tylko jeżeli spełnia wymogi co do formy przewidziane w prawie właściwym dla stosunku prawnego, stanowiącego jej przedmiot”.

²³ K. Winkler, *GmbH – Gesellschaftsversammlungen im Ausland und Beurkundung durch ausländische Notare*, NJW 1973, s. 222; G. Brambring, *Zur Anerkennung der ausländischen Beurkundung bei Geltung des deutschen Recht*, NJW 1975, s. 1255; przeciwko takiemu rozwiązaniu opowiedzieli się ostatnio: G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, München 2000, s. 552.

²⁴ J. Kropholler, *Auslandsbeurkundungen...*, s. 402.

²⁵ C. Reithmann, [w:] C. Reithmann, D. Martiny, *Internationales, Vertragsrecht* Köln 1996, s. 505.

²⁶ C.T.Ebenroth, [w:] *Münchener...*, s. 499; J. Schervier, *Beurkundung...* s. 593 in.

nywane za granicą przed zagranicznym notariuszem. Zagadnienia te dobrze zilustrują następujące przykłady: dwóch obywateli polskich zawarło umowę spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, która podlegać ma prawu polskiemu, w formie pisemnej, poświadczonej przez amerykańskiego *notary public*.

Jeszcze większe wątpliwości pojawią się wówczas, gdy taka umowa zostanie zawarta przed notariuszem niemieckim lub francuskim.

Pojawia się zatem pytanie, czy sąd rejestrowy powinien wpisać spółkę do rejestru.

Zauważyć należy, iż wszystkie czynności, które zmierzają do powstania spółki podlegają jej statutowi personalnemu. Statutem personalnym spółki z rzeczywistą siedzibą w Polsce jest prawo polskie²⁷.

Lex causae w rozumieniu art. 12, zd. 1 ustawy o prawie pryw. międz. stanowi zatem prawo polskie. Artykuł 157 § 2 k.s.h. wymaga dla utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością formy aktu notarialnego. Natomiast *lex loci actus* to system prawny jednego ze stanów amerykańskich.

W systemie anglo-amerykańskim nie jest znane pojęcie aktu notarialnego. Poświadczenie podpisów na umowie spółki przez tzw. *notary public*²⁸ stanowi wystarczający wymóg co do formy umowy spółki kapitałowej (*corporation*)²⁹. W myśl zatem art. 12 polskiej ustawy o prawie pryw. międz. sąd byłby zobowiązany do wpisania spółki do rejestru handlowego.

Przeciwko takiemu rozumowaniu można podnieść kilka zarzutów. Poniżej podjęta zostanie próba krytycznego przeglądu argumentów przemawiających za stosowaniem zasady *locus regit actum* w zakresie międzynarodowego prawa spółek.

2. Pustka prawna

W piśmiennictwie sporna jest kwestia, czy правило *locus regit actum* może być stosowane wówczas gdy czynność prawna, o której dokonanie

²⁷ Co do prawa właściwego dla spółki w stadium organizacji zobacz: W. K l y t a, *Łącznik...*, s. 265.

²⁸ H. Bernstein podaje następującą definicję: „*notary public*”: „A notary public is defined as an officer whose duty is to attest the genuineness of any deeds or writings in order to render them available as evidence of fact therein contained”, [w:] *Erwerb und Rückerverwerb von GmbH Anteilen im deutsch amerikanischen Rechtsverkehr*, ZHR 1976, s. 414 i 416; zobacz także: R. A. Tokarczyk, *Czynności notarialne wśród amerykańskich profesji prawniczych*, „Rejent” 1996, nr 10, s. 26.

²⁹ J. Schervier, *Beurkundung...*, s. 594.

chodzi, nie jest znana prawu miejsca dokonania. Niektórzy twierdzą, że prawo miejsca dokonania czynności prawnej nie może być zastosowane wówczas, gdy konkretny akt nie jest mu znany, gdy istnieje zatem tzw. pustka prawna (*Normleere*)³⁰.

Podnoszą oni, iż prawo, które nie zna danego rodzaju czynności nie może zawierać jakichkolwiek wymogów co do formy. Nie oznacza to jednakże, iż wówczas czynność może być dokonana bez zachowania wymogów co do formy. Brak wymogów co do formy oznacza, że nie są przewidziane żadne kryteria wykraczające poza najłagodniejszą formę czyli formę ustną. Nawet najłagodniejsze wymogi stanowią przecież wypowiedź co do formy³¹. W przypadku zatem pustki prawnej pozostaje do dyspozycji tylko forma przewidziana przez *legem cause*³².

Wydaje się, iż wskazane argumenty stanowią wystarczające uzasadnienie dla wykluczenia stosowania zasady *locus regit actum* w prawie spółek.

Jednakże w piśmiennictwie podnosi się, nie jest wymagana pełna zgodność wymogów co do formy przewidzianych przez *legem cause* i prawo miejsca dokonania czynności. Wystarcza, że zachodzi zgodność istotnych cech, funkcji i praktycznych skutków danej czynności. Wszystkie stany amerykańskie znają pojęcie założenia spółki kapitałowej.

Zauważyć należy, że *close corporation* uważana jest za odpowiednik kontynentalnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Natomiast w Stanach Zjednoczonych stanowi ona jedynie podrodzaj *corporation*. Nie jest zatem samodzielnym typem spółki³³. Można zatem twierdzić, że zachodzi w takim przypadku pustka prawna.

³⁰ W piśmiennictwie często przytaczane jest orzeczenie niemieckiego Sądu Najwyższego (*Reichsgericht*), opubl. w RGZ 160, s. 225. Dotyczyło ono zbycia udziałów w niemieckiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Szwajcarii w okresie, gdy taka forma spółki nie była tam znana. Forma spółki z ograniczoną odpowiedzialnością została wprowadzona do szwajcarskiego kodeksu zobowiązań dopiero na mocy ustawy z dnia 18 grudnia 1936 r. Współcześnie jest ona uregulowana w art. 772-827 szwajcarskiego k.z.

³¹ G. K e g e l, K. S c h u r i g, *Internationales...* s. 550.

³² D. B a r m e y e r, *Die Anerkennung...*, s. 37.

³³ Co do rozwoju *close corporation* zobacz bliżej: D. S. K a r j a l a, *Die close corporation im Rechr der USA*, [w:] *Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch das internationaler Vergleich*, Köln 1990, s. 161 i n.

Jednakże niektórzy autorzy są zdania, że stosowanie reguły *locus regit actum* w wypadku pustki prawnej zależy od okoliczności konkretnego przypadku³⁴.

Wydaje się zatem, że wskazane argumenty należy uznać za niewystarczające. Oczywiście o pustce prawnej nie może być mowy w przypadku zawarcia umowy przed francuskim lub niemieckim notariuszem.

3. Obejście prawa

Do rozważenia pozostaje możliwość zastosowania instytucji obejścia prawa w celu wykluczenia sytuacji, w których strony, powołując się na prawo obowiązujące w miejscu dokonania czynności prawnej, dążą do obejścia przepisów o formie. Artykuł 12 polskiej ustawy o prawie pryw. międz. służy ułatwieniu międzynarodowego obrotu. Osoby zwykle zamieszkujące za granicą mogą, gdy doprowadzi to do ułatwienia obrotu, posłużyć się formą przewidzianą przez prawo państwa dokonania czynności. Natomiast zasada ta nie znajduje zastosowania wówczas, gdy strony wyjadą za granicę, aby zapobiec zastosowaniu polskich przepisów o formie³⁵.

Działanie *in fraudem legis* w prawie kolizyjnym polega na uchyleniu się strony od skutków zastosowania prawa w normalnym toku rzeczy właściwego przez odpowiednie i rzeczywiste związanie danego stosunku z innym prawem w taki sposób, aby uchodzić ono mogło w świetle norm kolizyjnych obowiązujących w siedzibie sądu orzekającego za właściwe dla oceny tego stosunku³⁶. K. Przybyłowski twierdził, że „jest to skomplikowane zagadnienie natury ogólnej, rzadko pozytywnie uregulowane, i rozmaicie rozstrzygane w teorii i praktyce”³⁷.

Jednakże wydaje się, iż wskazana instytucja nie jest środkiem pozwalającym na wyłączenie prawa miejsca dokonania czynności. We współczesnym prawie kolizyjnym obowiązuje zasada, iż strony mogą zawierać czynności prawne w dowolnym miejscu. Ustawa nie wymaga zatem jakiegokolwiek powiązania stron z miejscem dokonania czynności w postaci domicylu lub pobytu.

³⁴ M. Pazdan, *Prawo...* s. 107.

³⁵ K. Winkler, *Beurkundungen...* s. 983.

³⁶ S. Brünig, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, Berlin 1997, s. 117; M. Pazdan, *Prawo...*, s. 69.

³⁷ K. Przybyłowski, *Prawo...* s. 158.

Obejście prawa może wejść w grę jedynie w „drastycznych” przypadkach. Dążenie stron zmierzające do zapłaty opłat notarialnych w niższej wysokości nie stanowi działania w celu obejścia prawa³⁸.

4. Klauzula porządku publicznego (*ordre public*)

W doktrynie podnosi się, że prawo państwa, w którym czynność prawna została dokonana nie zostanie zastosowane, jeżeli skutek zastosowania obcego prawa będzie sprzeczny z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, czyli wówczas gdy zastosowanie obcego prawa jest sprzeczne z polskim *ordre public*³⁹.

W tym miejscu należy zasygnalizować skomplikowaną kwestię, czy przepisy dotyczące formy zawarte w prawie spółek należą do podstawowych zasad prawa polskiego. Rozważyć należy poszczególne interesy, którym mają służyć dane przepisy.

W myśl art. 157 § 2 polskiego k.s.h. umowa spółki (akt założycielski) zawarta w formie aktu notarialnego stanowi podstawę dla jej powstania i dalszej egzystencji. Wydaje się, że podstawowym celem tej normy jest ochrona obrotu prawnego przed zagrożeniami, które powstają w przypadku powstania odrębnej od wspólników masy majątkowej, za zobowiązania której wspólnicy nie ponoszą osobistej odpowiedzialności. Sporządzenie zatem umowy spółki w formie aktu notarialnego służy względem pewności obrotu. Bez wątplenia ochrona wierzycieli oraz osób trzecich wchodzących w kontakty ze spółką stanowi podstawową zasadę prawa spółek kapitałowych.

Jednakże powstaje problem, czy zachowanie wymogów przewidzianych przez prawo miejsca dokonania czynności jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa polskiego. Zauważyć należy, że ochrona bezpieczeństwa obrotu zapewniona może być również poprzez sprawdzenie prawidłowości założenia spółki przez sąd rejestrowy. Spółka powstaje z chwilą wpisu do rejestru handlowego. W tym momencie powstaje potencjalna możliwość naruszenia interesów wierzycieli.

³⁸ D. Barmeyer, *Die Anerkennung...*, s. 62; w tym duchu również orzeczenia bawarskiego Wyższego Sądu Krajowego (*Bayerisches Oberlandesgericht*) z dnia 18 października 1977 r. opubl. NJW 1978, s. 500; Wyższego Sądu Krajowego (*Oberlandesgericht*) we Frankfurcie z dnia 10 kwietnia 1981 r. opubl. DNotZ 1082, s. 186.

³⁹ D. Barmeyer, *Die Anerkennung...*, s. 49; P. Behrens, *Die Gesellschaft...*, s. 34; G. Kegel, K. Schurig, *Internationales...*, s. 450.

Także uchwała zmieniająca umowę spółki powinna być zaprotokołowana przez notariusza. Akt notarialny stanowi dowód, że uchwała jest skuteczna. Zgodnie z powszechnie przyjmowanym poglądem sąd ma także obowiązek sprawdzenia uchwały zmieniającej umowę spółki. W konsekwencji niektórzy sądzą, że ochrona bezpieczeństwa obrotu jest zarówno w jednym jak i w drugim przypadku realizowana w wystarczającym stopniu poprzez sądową kontrolę formalnych i materialnych przesłanek zarejestrowania spółki względnie uchwały wspólników⁴⁰.

Wydaje się, że rozważania dotyczące sporządzenia umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i jej zmiany zachowują aktualność także na obszarze prawa akcyjnego. Także w tym przypadku kontrola ze strony sądu rejestrowego powinna stanowić wystarczającą gwarancją zapewniającą ochronę bezpieczeństwa obrotu.

5. Przepisy polskiego k.s.h. o formie aktu notarialnego jako przepisy wymuszające swoją właściwość

W piśmiennictwie polskim zagadnienia będące przedmiotem niniejszego szkicu poruszał S. Sołtysiński⁴¹. Autor ten stwierdza, że sporne jest, czy statut lub inne czynności niezbędne do założenia spółki akcyjnej w Polsce mogą podlegać innej formie niż forma aktu notarialnego, jeżeli prawo miejsca dokonania czynności przewiduje łagodniejszą formę. Odpowiedź twierdzącą można wywieść z art. 12 polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym. Autor ten uważa jednakże, że przepisy o formie zawiazania spółek kapitałowych należy traktować jako tzw. normy bezpośredniego zastosowania, które ze względu na interes publiczny i bezpieczeństwo obrotu należy poddać wyłącznie statutowi personalnemu spółki⁴².

S. Sołtysiński podnosi, że sporne jest także, czy statut spółki może być sporządzony przed notariuszem zagranicznym. Bez wątplenia nie można uznać za notariusza tzw. *notary public*⁴³, czyli osobę zajmującą się w krajach *common law* uwierzytelnianiem autentyczności podpisów i dokumentów, a więc nie może on sporządzić statutu lub umowy spółki⁴⁴.

⁴⁰ D. Barmeyer, *Die Anerkennung...*, s. 53.

⁴¹ S. Sołtysiński, [w:] *KH Komentarz...*, s. 45.

⁴² Tamże, s. 46.

⁴³ Zobacz bliżej w kwestii notariatu w Wielkiej Brytanii: D. Barmeyer, *Die Anerkennung...*, s. 161-189.

⁴⁴ S. Sołtysiński, [w:] *KH Komentarz...* s. 46.

Autor pozostawia otwartą kwestię, czy statut lub umowę sporządzić może notariusz niemiecki lub francuski⁴⁵. W takim wypadku – jego zdaniem – powstaje wiele wątpliwości.

V. Zbycie udziałów w polskiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością

Jedną z form inwestycji zagranicznych stanowi nabycie udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością⁴⁶. W myśl art. 181 k.s.h. zbycie udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością wymaga formy pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi⁴⁷. W tym miejscu wyłania się problem, czy ważna jest umowa zawarta we Francji pomiędzy obywatelami polskimi, na mocy której nastąpiło zbycie udziałów w polskiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Dodać należy, że w myśl art. 48 i art. 20 francuskiego kodeksu spółek handlowych zbycie udziałów następuje w formie pisemnej⁴⁸.

Inaczej rzecz ujmując, chodzi tu o to, czy zasada *locus regit actum* obowiązuje w przypadku zbycia udziałów⁴⁹. W doktrynie podnosi się róż-

⁴⁵ S. Sołtysiński, w: *KH Komentarz...*, s. 46.

⁴⁶ R. Cierpiał, *Die Übertragung von Aktien und GmbH – Anteilen in Polen*, WiRO 1996, z. 11, s. 405 i n.

⁴⁷ Na marginesie zauważyć należy, że wymóg formy kwalifikowanej (aktu notarialnego) dla zbycia udziałów przewidują m.in. § 15 niemieckiej ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością; § 76 austriackiej ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością; art. 791 ust. 4 szwajcarskiego k.z.; art. 196 holenderskiego kodeksu cywilnego; art. 228 portugalskiego kodeksu spółek handlowych; art. 20 ust. 8 hiszpańskiej ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością. Natomiast wedle art. 190 ustawy o spółkach handlowych obowiązującej w Luksemburgu zbycie udziału w spółce z o. o. może nastąpić albo w formie aktu notarialnego, albo w formie prywatnej. Co do opracowań poświęconych spółce z o. o. w poszczególnych systemach prawnych zobacz bliżej: *Die GmbH- Rechte in den EG Staaten*, Centrale für GmbH O. Schmidt, Köln 1993, s. 1 i n.

⁴⁸ S. Maul, *Übertragung von Gesellschaftsanteilen einer französischen SARL*, RIW 1999, z. 9, s. 675. Ponadto forma szczególna dla zbycia udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością nie jest przewidziana także w Belgii i we Włoszech.

⁴⁹ Problematyka formy umowy, na mocy której następuje zbycie udziałów w polskiej spółce z o. o. nurtowała także judykaturę niemiecką. Wskazać tu należy na interesujące rozważania zawarte w orzeczeniu sądu w Berlinie (*Kammergericht*) z dnia 15 listopada 1932 r. W judykacie tym stwierdzono, że forma umowy zobowiązującej do zbycia udziałów w polskiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością podlega w myśl art. 11 ust. 1 zd. 1

norodne argumenty, które przemawiają za wykluczeniem wskazanej reguły w zakresie obrotu udziałami w spółce. Można twierdzić, iż zbycie udziałów dotyczy także praw osób trzecich, a więc powinno podlegać polskim przepisom o formie. Zawarte w art. 181 k.s.h. ograniczenie zbywalności udziałów służy interesowi publicznemu, a więc nie może podlegać dyspozycji stron umowy.

Ponadto zbycie udziału prowadzi do zmiany składu osobowego spółki, wpływa zatem przynajmniej pośrednio na strukturę spółki.

W judykaturze prezentowane jest niekiedy zapatrywanie, że krajowe przepisy o formie zbycia udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością stanowią przepisy wymuszające swą właściwość⁵⁰.

Z drugiej strony podnieść należy, że ustawodawca świadomie rezygnuje w przypadku czynności dokonywanych za granicą z zachowania krajowych przepisów o formie w celu zapewnienia pewności obrotu i co za tym idzie zagwarantowania – w możliwie najszerszym zakresie ważności – czynno-

przep. wpraw. BGB (poprzednie brzmienie) wyłącznie prawu polskiemu. Sąd zatem przyjął, iż forma wyłącznie podlega *legis causae*.

Odmienne stanowisko zaprezentował w orzeczeniu z dnia 20 listopada 1992 r. Wyższy Sąd Krajowy (*Oberlandesgericht*) w Celle. W judykacie tym chodziło także o zobowiązanie do zbycia udziałów w polskiej spółce. Sąd stwierdził, że forma umowy zobowiązującej do zbycia udziału w polskiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością zawartej w Niemczech podlega przepisom niemieckiej ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, gdyż wymaga tego ochrona wspólników. Sąd uzasadniając swe stanowisko podniósł, iż w takiej sytuacji należy zastosować odpowiednio zasady, które sformułowano w orzecznictwie, jeżeli chodzi o zbycie w Niemczech nieruchomości położonej za granicą. W takiej sytuacji umowa musi być sporządzona – w myśl § 313 BGB – w formie aktu notarialnego. Wskazane zasady należy zastosować także do zbycia udziału w zagranicznej spółce.

⁵⁰ Taką koncepcję przyjęto w orzeczeniu austriackiego Sądu Najwyższego (*Oberstesterichtshof*) z dnia 23 lutego 1989 r. Stwierdzono tam, iż § 76 ust. 2 zd. 1 austriackiej ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością jest przepisem wymuszającym swoją właściwość (*Eingriffsnorm*). Jednakże sąd nie wykluczył możliwości zawarcia przez stronę przebywającą za granicą umowy w formie przewidzianej przez prawo miejsca dokonania czynności a odpowiadającej formie austriackiego aktu notarialnego. Dalej stwierdzono, iż forma aktu notarialnego według niemieckiej ustawy (*Beurkundungsgesetz*) zastępuje formę, o której mowa w § 76 ust. 2 austriackiej ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością. Orzeczenie to spotkało się z pozytywną oceną w piśmiennictwie austriackim: W. K r a l i k, *Auslandsbeurkundung bei Abtretung von österreichischen Gesellschaftanteilen*, IPRax 1990, s. 255 i n.; F. M ä n h a r d t, W. P o s c h, *Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht*, Wien-New York 1999, s. 45 i n.; M. S c h w i m a n n, *Internationales Privatrecht*, Wien 1999, s. 54 i n.

ści tam dokonywanej. Reguła ta obowiązuje niezależnie od tego, czy określony przepis ma służyć ochronie osób stron, czy też ochronie interesu powszechnego.

Uważam zatem, że wiele przemawia za obowiązywaniem zasady *locus regit actum* w zakresie obrotu udziałami w polskiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością⁵¹.

VI. Ocena ekwiwalentności zagranicznych aktów notarialnych

1. Zagadnienia wstępne

W piśmiennictwie podnosi się, że w trakcie stosowania prawa właściwego pojawia się konieczność oceny ekwiwalentności pojęć prawnych zaczerpniętych z obcego systemu prawnego⁵². Zabiegi te określane są mianem substytucji (*la substitution, Umdeutung*)⁵³.

Problematyka ekwiwalentności pojęć prawnych powinna być odgraniczona od kwestii, czy dla ważności pewnej czynności wystarcza zachowanie formy przewidzianej w państwie, w którym dokonano czynności prawnej⁵⁴.

W zakresie międzynarodowego prawa spółek chodzi tu zatem będzie o to, czy wymagany przez przepisy prawa polskiego akt notarialny może być dokonany za granicą. Wskazać należy na trzy teoretyczne możliwości występujące w tym zakresie.

Po pierwsze notariusz polski może udać się za granicę w celu sporządzenia aktu notarialnego. Jednakże nie jest to możliwe, gdyż jego jurysdykcja jest ograniczona do terytorium Polski⁵⁵.

Drugą możliwością jest sporządzenie aktu notarialnego za granicą przed konsulem. Jednakże możliwość ta ma stosunkowo niewielkie znaczenie.

⁵¹ Jednakże w nowszym piśmiennictwie niemieckim coraz więcej zwolenników zdobywa pogląd zakładający obowiązywanie statutu personalnego spółki w tym zakresie. Niejednoznacznie w tej kwestii B. Grosfeld, *Internationales...*, s. 116, nb. 449.

⁵² M. Pazdan, *Prawo...*, s. 80; G.M. Rehm, *Wirksamkeit in Deutschland vorgenommener Akte ausländischer Urkundspersonen*, *RabelsZ* 2000, s. 104 i n.

⁵³ Pojęcie to zostało sformułowane przez H. Lewalda, *Règles générales des conflits de lois*, *Recueil des Cours*, z. 69, s. 2-145.

⁵⁴ G.M. Rehm, *Inländische...*, s. 106.

⁵⁵ M. Pazdan, *Notariat...*, s. 199; A.Oleszko, *Stosowanie...*, s. 208.

Wreszcie ostatnią możliwością stanowi sporządzenie aktu notarialnego za granicą przed zagranicznym notariuszem.

W piśmiennictwie zwraca się uwagę, że wskazane zagadnienia powstają wówczas, gdy dokonanie określonej czynności jest w ogóle możliwe za granicą. Jeżeli zatem określony przepis wymaga dokonania czynności wyłącznie przed polskim notariuszem, to nie może być mowy o ocenie ekwiwalentności zagranicznego aktu⁵⁶.

W doktrynie polskiej wskazane zagadnienia poruszał M. Pazdan⁵⁷. Autor ten stwierdza, że również w prawie polskim powstaje możliwość poszukiwania przypadków wyłącznej właściwości notariuszy polskich, na przykład w przepisach dotyczących przekształceń własnościowych. Wymaga to zawsze starannej i ostrożnej wykładni wchodzących w grę przepisów⁵⁸.

Wydaje się, iż przepisy przewidujące wymóg formy aktu notarialnego, które są zawarte w kodeksie spółek handlowych nie zawierają wymogu sporządzenia aktu notarialnego przez notariusza polskiego⁵⁹.

W doktrynie podkreślono, że zagraniczny akt notarialny może być porównywany z niemieckim aktem w dwóch aspektach, a mianowicie odnośnie do organu, który sporządził określony akt oraz w zakresie procedury sporządzania aktu⁶⁰.

Powszechnie rozróżnia się dwie odmiany ekwiwalentności, a mianowicie: ekwiwalentność formalną i ekwiwalentność materialną. W pierwszym wypadku chodzi o to, czy zagraniczny akt notarialny odpowiada zasadom przewidzianym przez prawo polskie odnośnie procedury sporządzania aktów notarialnych⁶¹. Natomiast w drugim przypadku chodzi o to, czy zagraniczny akt zapewnia realizację celów przewidzianych przez polski przepis prawa materialnego.

⁵⁶ W piśmiennictwie niemieckim zwraca się uwagę, że takimi przepisami są § 794 ust. 1 pkt. 5 ZPO oraz § 925 BGB.

⁵⁷ M. Pazdan, *Notariat...*, s. 203.

⁵⁸ M. Pazdan, *Notariat...*, s. 203.

⁵⁹ Zauważyć należy, że w doktrynie niemieckiej powszechnie prezentowany jest pogląd, że akt notarialny wymagany przez niemieckie przepisy prawa spółek może być również sporządzony przed zagranicznym notariuszem; zobacz bliżej: C.T. E b e n r o t h, [w:] *Münchener...*, nb. 255; Staudinger – Grossfeld, *Internationales...* s. 112, nb. 431.

⁶⁰ C.T. E b e n r o t h, [w:] *Münchener...*, s. 499.

⁶¹ G. B r a m b r i n g, *Zur Anerkennung...*, s. 1257.

Wydaje się, że obok kwestii czysto formalnych zasługują także na uwzględnienie wymogi prawa materialnego⁶².

Ocena kwestii czy procedura stosowana przez zagranicznego notariusza zostanie uznana za ekwiwalentną może dotyczyć, albo ogólnie stosowanych zasad postępowania⁶³, albo reguł stosowanych przez konkretnego notariusza⁶⁴. Dla przyjęcia ekwiwalentności nie jest wymagane aby zagraniczne prawo było identyczne z prawem polskim, jednakże powinno umożliwiać osiągnięcie za pomocą podobnych środków takiego samego celu⁶⁵.

Na zakończenie wskazać należy kilka przykładów zaczerpniętych z judykatury niemieckiej. W orzeczeniu niemieckiego Sądu Najwyższego (*Bundesgerichtshoff*) z dnia 16 lutego 1981 r. stwierdzono, że uchwała o zmianie statutu może być zaprotokołowana przez szwajcarskiego notariusza. Zagraniczny akt notarialny może zostać uznany za równoważny aktowi niemieckiemu. Nastąpi to wówczas, gdy zagraniczny notariusz posiada wykształcenie umożliwiające wykonywanie funkcji odpowiadających funkcjom notariusza niemieckiego i przy sporządzaniu aktów notarialnych zachowuje podstawowe reguły niemieckiej ustawy (*Beurkundungsgesetz*)⁶⁶.

Natomiast Sąd Krajowy (*Landgericht*) w Kolonii uznał za równoważny niemieckiemu akt notarialny sporządzony przez zagranicznego notariusza, w którym zaprotokołowano uchwałę o połączeniu spółek⁶⁷.

Także uchwała o podwyższeniu kapitału zakładowego podjęta przez wspólników niemieckiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może być zaprotokołowana przez holenderskiego notariusza. Wniosek taki wynika z rozważań Wyższego Sądu Krajowego w Düsseldorfie zawartych w orzeczeniu z dnia 25 stycznia 1989 r., w którym sąd uznał ekwiwalentność takiego aktu notarialnego⁶⁸.

⁶² D. Barmeyer, *Die Anerkennung...*, s. 79.

⁶³ G. Brambring, *Zur Anerkennung...*, s. 1259

⁶⁴ J. Schervier, *Auslandsbeurkundungen...*, s. 596.

⁶⁵ J. Kropholler, *Auslandbeurkundungen...*, s. 406.

⁶⁶ *Tamże*, s. 78.

⁶⁷ Opubl. Wertpapieren Mitteilungen (WM) 1989, s. 1769.

⁶⁸ Opubl. NJW 1989, s. 2205.

VII. Podsumowanie

Wydaje się, że czynności z zakresu prawa spółek należy podzielić na czynności dotyczące struktury spółki, oraz na akty nie dotyczące bezpośrednio jej istoty.

Biorąc pod uwagę obecny stan rozwoju międzynarodowego prawa spółek⁶⁹, wydaje się, że rozwiązaniem wskazanych kwestii może być przyjęcie niepisanej normy kolizyjnej, w myśl której ważność czynności, na mocy których ulega zmianie struktura spółki⁷⁰, a dokonywanych przez spółki mające rzeczywistą siedzibę w Polsce powinna być oceniana wyłącznie wedle postanowień prawa polskiego.

Niewykluczone, że zasadne jest uzupełnienie art. 12 polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym o przepis wyłączający stosowanie prawa obowiązującego w miejscu dokonania czynności w zakresie prawa spółek⁷¹. Jednakże z drugiej strony zauważyć należy, że takiej

⁶⁹ Co do perspektyw dalszego rozwoju międzynarodowego prawa spółek zobacz bliżej: W. K l y t a, *Spółki kapitałowe w prawie europejskim*, „KPP” 2000, z. 4, s. 794 i n.

⁷⁰ Chodzi tu m.in. o zawarcie umowy spółki z o.o. (art. 157 § 2 k.s.h.); zmianę umowy spółki (art. 255 § 3 k.s.h.); sporządzenie statutu spółki akcyjnej (art. 301 § 2 k.s.h.); wyrażenie zgody na zawiązanie spółki (art. 313 § 1 k.s.h.).

⁷¹ Przepis taki zaproponowała niemiecka Komisja powołana do reformy prawa prywatnego międzynarodowego (*Deutsche Rat für internationales Privatrecht*). Proponowany przepis stanowi:

Art E

ust. 1 „Czynność prawna jest ważna, ze względu na formę jeżeli spełnia wymogi co do formy przewidziane w prawie właściwym dla jej przedmiotu lub w prawie państwa, w którym została dokonana.

ust. 2 Przepis ust. 1 zd. 2 nie znajduje zastosowania do czynności prawnej, na mocy której ustanawiane jest prawo rzeczowe, albo poprzez którą następuje rozporządzenie tym prawem, albo która dotyczy struktury spółki albo osoby prawnej”.

Projekt jest opubl. [w:] W. L a u t e r b a c h, *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrecht*, Tübingen 1972, s. 126.

W podobnym duchu utrzymane są projekty Instytutu Maxa Plancka, oraz P. H. Neuhausa i J. Krophollera. Proponowany przez Instytut Maxa Plancka przepis stanowi:

ust. 1 „Forma działania prawnego (*Rechtshandlung*) podlega prawu państwa, któremu dany stosunek podlega. Jednakże wystarcza zachowanie przepisów obowiązujących w miejscu dokonania czynności.

ust. 2 Forma działania prawnego (*Rechtshandlung*) z zakresu prawa spółek, do ważności którego wymagany jest w myśl ust. 1 wpis do niemieckiego publicznego rejestru podlega wyłącznie prawu niemieckiemu”.

normy nie zawiera żadna ze znanych mi zagranicznych ustaw o prawie prywatnym międzynarodowym⁷².

Proponowane rozwiązanie nie przyczyni się do ujednoczenia międzynarodowego prawa spółek.

Zauważyć należy, że coraz więcej zwolenników zdobywa pogląd, zakładający, że swobody zawarte w Traktacie wywierają także wpływ na prawo prywatne międzynarodowe⁷³. W tym kontekście podnosi się – niewykluczone że nie bez racji – że ograniczenia w działalności notariusza, który jest obywatelem jednego z państw członkowskich w innym państwie są sprzeczne z prawem europejskim⁷⁴.

Poddanie kwestii z zakresu formy pod rządą statutu personalnego spółki i zakresienie daleko posuniętych wymagań co do przesłanek, od których zależy uznanie ekwiwalentności zagranicznych aktów notarialnych wykluczy w zasadzie możliwość działania zagranicznego notariusza.

Zauważyć należy, że art. 55 Traktatu wyłącza spod zakresu swobody świadczenia usług działalność wiążącą się z wykonywaniem władzy publicznej. W piśmiennictwie sporne jest czy działalność notariusza objęta jest także tym przepisem. Jednakże przeważa zapatrywanie pozytywnie rozstrzygające tę kwestię⁷⁵. W konsekwencji proponowane rozwiązanie nie zawiera sprzeczności z prawem europejskim⁷⁶.

Projekty są publ. [w:] *Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts Stellungnahme des Max Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983*, RabelsZ 1983, s. 615 i n.; P.H. Neuhäus, J. Kroppholler, *Entwurf eines Gesetzes über Internationales Privat und Verfahrensgesetz*, RabelsZ 1980, t. 44, s. 326 i n.

⁷² Na marginesie stwierdzić należy, że nawet szwajcarska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym pomimo, iż zawiera bardzo szczegółowe regulacje w zakresie międzynarodowego prawa spółek (art. 150-165) nie zawiera przepisu rozstrzygającego kwestie formy. O problemach tych nie wspomina ani art. 155 (regulujący zakres statutu personalnego spółki), ani art. 156 (przewidujący łączniki szczególne). W konsekwencji w piśmiennictwie proponuje się odpowiednie stosowanie w tym zakresie art. 124 szwajcarskiej ustawy; zobacz bliżej: M. Keller, D. Girsberger, w: *IPRG Kommentar*, Herausgegeben von: A. Heini, M. Keller, K. Siehr, F. Vischer, P. Volken, Zürich 1993, s. 1052.

⁷³ E. Brödermann, H. Iversen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen 1994, s. 3 i n.

⁷⁴ M. Lutter, *Kommentar* [w:] *Umwandlungsgesetz Kommentar*, Köln 1996, s. 158.

⁷⁵ S. Kröll, *Beurkundungen...*, s. 120.

⁷⁶ S. Kröll, *Beurkundungen...*, s. 119 i 120.

Natomiast odnośnie do pozostałych czynności, do których zaliczyć należy zbycie udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością zasada *locus regit actum* powinna obowiązywać bez ograniczeń.

Przyjęcie proponowanego rozstrzygnięcia nie wyklucza jednakże możliwości uznania za równoważny polskiemu aktowi notarialnemu sporządzonego przez zagranicznego notariusza⁷⁷.

Mam nadzieję, że powyższy bardzo pobieżny szkic przyczyni się do zapoczątkowania szerszej dyskusji w polskim piśmiennictwie nad zasygnalizowanymi problemami.

⁷⁷ Zagadnienia te wskazuję w pkt VI niniejszego opracowania.