

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

TOM 8



Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego • Katowice 2011

**Problemy
Prawa
Prywatnego
Międzynarodowego**

Tom 8



NR 2913

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

Tom 8

pod redakcją
Maksymiliana Pazdana

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego



Katowice 2011

Redaktor serii: Prawo

Andrzej Matan

Recenzenci

Maksymilian Pazdan

Wojciech Klyta

Maciej Szpunar

Witold Kurowski

Redaktor naukowy

Maksymilian Pazdan

Redaktor tematyczny

Wojciech Popiołek

Komitet Redakcyjny

Jan Ciszewski

Witold Kurowski (sekretarz)

Andrzej Mączyński

Paul Meijknecht

Cezary Mik

Tomasz Pajor

Maksymilian Pazdan (przewodniczący)

Jerzy Poczobut

Wojciech Popiołek

Jerzy Rajski

Maciej Szpunar

Andrzej Szumański

Andrzej Tynel

Adres Redakcji

„Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Śląski

40-007 Katowice, ul. Bankowa 11b

tel. (32) 3591616; e-mail: witold.kurowski@us.edu.pl

Publikacja jest dostępna także w wersji internetowej:

Central and Eastern European Online Library

www.ceeol.com

Śląska Biblioteka Cyfrowa

www.sbc.org.pl

Spis treści

Studia

Maksymilian Pazdan: Nowa krajowa regulacja prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce	9
Jacek Wierciński: Ponownie o klauzuli <i>ne exeat</i> — cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę. Sąd Najwyższy USA w sprawie <i>Abbott v. Abbott</i>	17
Arkadiusz Wowerka: Niemieckie międzynarodowe prawo spółek w toku przemian	33
Piotr Rodziejewicz: Wpływ ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe	57
Maksymilian Pazdan: Perypetie projektu ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym na końcowym etapie procesu legislacyjnego	83

Materialy

Ustawa Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 4 lutego 2011 roku. (Tłumaczenie na język francuski: <i>Paulina Twardoch</i> . Tłumaczenie na język angielski: <i>Maciej Zachariasiewicz</i>).	109
---	-----

Glosy

Jadwiga Pazdan: Forma testamentu według konwencji haskiej z 1961 roku. Uwagi na tle postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2009 roku (III CSK 338/08)	139
Jan Ciszewski: Współpraca między sądami państw członkowskich przy przeprowadzaniu dowodów w sprawach cywilnych lub handlowych. Głos sa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 lutego 2011 r. (C-283/09)	143
Noty o Autorach	151

Contents

Studies

Maksymilian Pazdan: The New Polish Private International Law	9
Jacek Wierciński: Ne Exeat Clause Revised. The Civil Aspects of International Child Abduction. Supreme Court of United States on Abbott v. Abbott	17
Arkadiusz Wowerka: The German International Company Law in Transition	33
Piotr Rodziewicz: The Impact of Insolvency Commenced in Poland on Foreign Arbitration Proceedings	57
Maksymilian Pazdan: Ups and Downs of the Draft of the New Polish Act on Private International Law at the Last Stage of Legislation Procedure	83

Materials

The Act on Private International Law dated 4 February 2011 (Translation into French: <i>Paulina Twardoch</i> . Translation into English: <i>Maciej Zachariasiewicz</i>)	109
--	-----

Glosses

Jadwiga Pazdan: Form of testament under Hague Convention of 1961. Remarks concerning the judgement of Supreme Court of 15 th May 2009 (III CSK 338/08)	139
Jan Ciszewski: Cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters. Gloss to the decision of the European Court of Justice of 17 th February 2011 (C-283/09)	143
Authors	151

Table des matières

Études

Maksymilian Pazdan: Nouvelle réglementation nationale du droit international privé en Pologne	9
Jacek Wierciński: Encore une fois sur la clause <i>ne exeat</i> — les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. La Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Abbott v. Abbott	17
Arkadiusz Wowerka: Le droit international allemand des sociétés au cours des transformations	33
Piotr Rodziewicz: L'influence de la déclaration de faillite prononcée en Pologne sur la procédure d'arbitrage se déroulant à l'étranger	57
Maksymilian Pazdan: Les péripéties du projet de loi sur le droit international privé à l'étape finale de la procédure législative	83

Matériaux

Loi du 4 février 2011 — Droit international privé (traduction en français: <i>Paulina Twardoch</i> , traduction en anglais: <i>Maciej Zachariasiewicz</i>	109
---	-----

Gloses

Jadwiga Pazdan: La forme du testament en vertu de la Convention de la Haye de 1961. Glose au jugement de la Cour Suprême du 15 mai 2009 (III CSK 338/08)	139
Jan Ciszewski: La coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale. Glose à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 17 février 2011 (C-283/09)	143
Auteurs	151

Содержание

Исследования

Максимилиан Паздан: Новое внутреннее регулирование международного частного права в Польше	9
Яцек Верчински: Вновь о оговорке <i>ne exeat</i> — гражданско-правовые аспекты международного похищения ребёнка. Верховный Суд США по делу Эббот против Эббот	17
Аркадиуш Воверка: Международное право компаний Германии во время перемен	33
Пётр Родевич: Влияние объявления о несостоятельности в Польше на арбитражное производство за границей	57
Максимилиан Паздан: Перипетии проекта закона о международном частном праве на конечном этапе законодательной процедуры	83

Материалы

Закон О международном частном праве от 4 февраля 2011 года (Перевод на французский язык: <i>Паулина Твардох</i> . Перевод на английский язык: <i>Мачей Захарясевич</i>)	109
--	-----

Глоссы

Ядвига Паздан: Форма завещания с точки зрения Гаагской конвенции 1961 г. Глосса к постановлению Верховного Суда от 15 мая 2009 г. (III CSK 338/08)	139
Ян Чишевски: Сотрудничество между судами государств-членов ЕС в связи со сбором доказательств по гражданским и торговым делам. Глосса к решению Европейского суда от 17 февраля 2011 г. (C-283/09)	143
Заметки об Авторах	151

Maksymilian Pazdan

Nowa krajowa regulacja prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce

Abstract: On 4th February, 2011, Polish Parliament has enacted the act on private international law, which was published in the Official Journal No 80, item 432, and came into force on 16th May, 2011. The new law has replaced the old statute from 1965. It constitutes the “national part” of the conflict of law rules, which are in force in Poland, and is coordinated with the European private international law. The act governs the matters excluded from the scope of the regulations Rome I and Rome II and supplements the Hague convention of 19th October, 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. The new law also implements the conflict of law rule established in Directive 2008/122/EC of 14th January, 2009.

The act of 2011 fills out many of the gaps that existed previously (e.g. it determines the law applicable for the power of attorney, the personal rights and the name) and alters certain of the solutions adopted under the law of 1965. It permits, *inter alia*, a choice of law for the matrimonial property regimes, the marriage contract and the succession. Moreover, the obligations arising out of the unilateral legal acts have been treated differently than in the law of 1965. As with respect to the formal validity of the legal acts related to the dispositions of the immovable property or the corporate matters (such as the creation, transformation or liquidation of the legal entity), the new law gives up the rule according to which it was sufficient to satisfy the requirements of the form of the *lex loci actus*.

Finally, the act establishes a general rule, based on the concept of the closest connection, which apply in the circumstances where the act itself or other provisions of Polish law fail to indicate the governing law.

Keywords: the new Polish act on private international law

1. Dyskusje nad potrzebą reformy prawa prywatnego międzynarodowego toczone były w Polsce od wielu lat. Pierwsze poważne propozycje zmian w Ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.¹ zgłosiła komisja ekspertów powołana w 1977 r. przez Ministra Handlu Zagranicznego z zadaniem przygotowania projektu ustawy o stosunkach cywilnoprawnych w handlu międzynarodowym. Zadanie to komisja wykonała. Odpowiedni projekt ustawy przedłożyła właściwemu ministrowi w 1979 r. Do projektu dołączono propozycje zmian Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym². Uzasadniono je potrzebami handlu międzynarodowego. Projektom tym nie nadano jednak biegu.

2. Do wznowienia dyskusji doszło po 1990 r. Trudno w tym kontekście nie wspomnieć o konferencjach poświęconych dostosowaniu polskiego prawa prywatnego międzynarodowego do standardów europejskich, które odbyły się w Katowicach w dniach 24–25 września 1993 r.³ i 15–16 października 1998 r.⁴, oraz o debacie na posiedzeniu Komitetu Nauk Prawnych PAN w dniu 18 listopada 1998 r.⁵.

O podjęciu prac nad przygotowaniem projektu reformy prawa prywatnego międzynarodowego postanowiła Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego na posiedzeniu odbytym dnia 25 stycznia 2001 r. Zdecydowano wówczas o powołaniu dwóch oddzielnych zespołów: dla prawa prywatnego międzynarodowego i międzynarodowego postępowania cywilnego.

Istotną pomoc dla Zespołu prawa prywatnego międzynarodowego stanowiły wystąpienia referentów i dyskutantów na konferencji w dniu 13 grudnia 2002 r. w Katowicach, poświęconej zakresowi reformy oraz poszukiwaniu rozwiązania kwestii spornych⁶.

¹ Dz.U. nr 46, poz. 290 ze zm.

² Niektóre rozwiązania proponowane w tym projekcie omówiłem w artykule pt. *O potrzebie zmiany polskiego unormowania wyboru prawa dla zobowiązań umownych*. W: *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*. Red. S. Sołtysiński. Poznań 1990, s. 627–637. Dalszy ciąg tych rozważań zamieściłem w artykule zatytułowanym *Propozycje zmian polskiego unormowania właściwości prawa dla zobowiązań umownych w braku wyboru prawa*. W: „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” [dalej: PPHZ]. T. 14. Komitet Redakcyjny. Katowice 1990, s. 9–19.

³ Referaty przedstawione na konferencji ogłoszono w PPHZ 1995, T. 18.

⁴ Pokłosie tej konferencji stanowiły opracowania ogłoszone w „Kwartalniku Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 2000, z. 3.

⁵ Por. sprawozdanie B. Górowskiej w „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 1999, z. 3. Dyskusję poprzedził mój referat pt. *Założenia i główne kierunki reformy prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce*, ogłoszony w PiP 1999, z. 3.

⁶ Obszerne sprawozdanie ogłosili A. Kozakiewicz, W. Kurowski: *Co dalej z kodyfikacją prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce?* KPP 2003, z. 4, s. 927 i nast.

Zespół prawa prywatnego międzynarodowego we wrześniu 2004 r. przedstawił roboczą wersję projektu⁷. Poddano ją ocenie ekspertów. Była też przedmiotem dyskusji na sesjach z udziałem ekspertów, które odbyły się w Katowicach w dniach 7 i 28 stycznia, 18 lutego i 1 marca 2005 r. Wielu specjalistów nadesłało uwagi pisemne.

Te wypowiedzi i opinie wykorzystano przy redakcji kolejnej wersji projektu (wrzesień 2005 r.). Wersja ta została przedstawiona Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w dniach 8 i 12 grudnia 2005 r. Po dyskusji powstał ostateczny tekst projektu (projekt z dnia 9 października 2006 r.). Dalsze zmiany i uzupełnienia (w latach 2007 i 2008) zostały wymuszone pojawieniem się regulacji europejskich.

Uwzględniono też niektóre uwagi krytyczne zgłoszone w piśmiennictwie i w opinii Sądu Najwyższego.

3. Pismem z dnia 31 października 2008 r. Prezes Rady Ministrów skierował projekt do Sejmu (druk nr 1277). Po pierwszym czytaniu, które miało miejsce 21 listopada 2008 r., projekt został skierowany do Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka, i był rozpatrywany przez tę Komisję 7 stycznia 2009 r., następnie trafił do podkomisji nadzwyczajnej, której od drugiego posiedzenia przewodniczył poseł Józef Kozdroń.

4. Podkomisja miała do dyspozycji dwie obszerne opinie⁸: opinię krytyczną wobec projektu profesora Andrzeja Mączyńskiego i moją opinię poszerzającą (w stosunku do uzasadnienia projektu) argumentację na rzecz rozwiązań przyjętych w projekcie ustawy. Opinia A. Mączyńskiego kończyła się konkluzją, że projekt należy w całości odrzucić. W moim opracowaniu znalazła się polemika z większością zarzutów profesora A. Mączyńskiego. Opowiedziałem się jednak również za przyjęciem niektórych jego sugestii. Ponadto przytoczyłem argumenty przemawiające za rychłym uchwaleniem nowej Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym.

Główną kość niezgody i przyczynę przeciwnych końcowych wniosków zamieszczonych w obu opiniach stanowiła odmienna ocena następstw pojawienia się regulacji europejskiego prawa prywatnego międzynarodowego. Zdaniem profesora A. Mączyńskiego, „działalność prawodawcza organów UE, realizujących program haski, uzasadnia odłożenie decyzji o celowości wydania nowej ustawy do czasu zakończenia realizacji tego programu, co ma nastąpić najpóźniej w 2011 r.”⁹.

⁷ Więcej szczegółów o przebiegu prac nad projektem podaję w artykułach: *O potrzebie uchwalenia nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*. „Zeszyty Prawnicze BAS” [dalej: ZP BAS] 2009, z. 1, s. 35 i nast. oraz *Nowa polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym*. PiP 2011, z. 6, s. 18 i nast.

⁸ Skróty tych opinii ukazały się w ZP BAS 2009, z. 1, s. 11 i nast. oraz s. 29 i nast.

⁹ A. Mączyński: *Przeciwko potrzebie uchwalenia nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*. ZP BAS 2009, z. 1, s. 28; Idem: *Program haski a polskie prace kody-*

Ze swej strony zwracałem uwagę¹⁰, że przyjęty na posiedzeniu Rady Europejskiej dnia 5 listopada 2004 r. program haski przewidywał podjęcie i prowadzenie do 2011 r. prac zmierzających do stworzenia wspólnotowych regulacji kolizyjnych, dotyczących jedynie zobowiązań umownych i pozaumownych, rozvodu i separacji, alimentacji, ustrojów majątkowych małżeńskich i prawa spadkowego. Nie obejmował zaś prawa osobowego, wielu instytucji prawa rodzinnego i opiekuńczego (poza rozwodami i separacją oraz ustrojami majątkowymi małżeńskimi), prawa rzeczowego, prawa własności intelektualnej, instytucji regulowanych zwykle w części ogólnej prawa cywilnego. Nie przewidywał również prac nad ujednoliceniem instytucji ogólnych prawa prywatnego międzynarodowego. Niektóre z nich uregulowane są w poszczególnych aktach prawa europejskiego na użytek jedynie tych aktów.

Rychło okazało się, że nie wszystkie zamierzenia ujęte w programie haskim zostaną zrealizowane. Oto bowiem w 2008 r. jedno z państw członkowskich zablokowało przyjęcie gotowego już rozporządzenia dotyczącego rozwodów i separacji. Impas został wprawdzie ostatnio przełamany¹¹, jednak wynik jest mało satysfakcjonujący. Doszło bowiem do przyjęcia rozporządzenia obejmującego (w chwili obecnej) jedynie 14 państw członkowskich (bez Polski), które wyraziły zgodę na wzmożoną współpracę w zakresie rozwodów i separacji. W pozostałych państwach członkowskich (w tym w Polsce) obowiązywać więc będą w odniesieniu do tych instytucji w dalszym ciągu normy krajowego prawa prywatnego międzynarodowego.

Akty prawa europejskiego wyłączają niektóre kwestie do regulacji krajowych. W tym więc zakresie obowiązek stanowienia prawa ciąży na

fikacyjne w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego. KPP 2009, z. 1, s. 250: „Dopiero po pełnej realizacji Programu haskiego celowe będzie rozważenie dostosowania pozostałej, nieobjętej jednolitymi unormowaniami europejskimi polskiej regulacji ustawowej do założeń przyjętych przez prawodawcę europejskiego”; Idem: *Europejski kontekst rekodyfikacji polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. W: „*Finis legis Christus*”. Księga Pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu. T. 2. Red. ks. J. Wroceński, ks. J. Krajczyński. Warszawa 2009, s. 1173 i nast. Por. też M. Czepelak: *Europeizacja międzynarodowego prawa zobowiązań umownych a prawo polskie*. PiP 2009, z. 9, s. 50 i jego sceptyczną ocenę sensu przygotowania nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym. Pisał wręcz o „bezcelowości prac nad projektem” (ibidem, przyp. 63).

¹⁰ Por. M. Pazdan: *O potrzebie uchwalenia...*, s. 30 i nast.

¹¹ Dnia 20 grudnia 2010 r. przyjęte zostało Rozporządzenie Rady (UE) 1259/2010 w sprawie wprowadzenia w życie wznowionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozvodu i separacji prawnej (Dz.Urz. UE L 343 z dnia 29.12.2010 r.), które ma być stosowane od 21 czerwca 2012 r. przez 14 państw (Austrię, Belgię, Bułgarię, Francję, Hiszpanię, Luksemburg, Łotwę, Malte, Niemcy, Portugalie, Rumunię, Słowenię i Węgry).

ustawodawcy krajowym¹². To zadanie nasz ustawodawca wypełnił, zamieszczając odpowiednie przepisy w nowej ustawie.

I wreszcie należy podkreślić, że zamieszczone w rozporządzeniach unormowania niektórych instytucji części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego (np. klauzuli porządku publicznego, przepisów wymuszających swoje zastosowanie, niejednolitego prawa, odesłania) mogą być stosowane jedynie w zakresie zastosowania każdego z tych rozporządzeń. Propozycjom ich automatycznego rozciągnięcia na stosunki nieobjęte zakresem regulacji europejskiego prawa prywatnego międzynarodowego należy się zdecydowanie przeciwstawić.

5. Podkomisja odbyła 16 posiedzeń z udziałem obu opiniodawców. Zakończyła prace 9 sierpnia 2010 r.

Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka, na podstawie sprawozdania podkomisji nadzwyczajnej, dnia 2 grudnia 2010 r. projekt przyjęła.

W czasie drugiego czytania (15 grudnia 2010 r.) jeden z klubów poselskich zgłosił 21 poprawek (poprawki te omawiane są w oddzielnym opracowaniu).

Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka na posiedzeniu w dniu 18 stycznia 2011 r. opowiedziała się za przyjęciem jednej poprawki o brzmieniu: „Art. 54a. Małżeństwem w rozumieniu niniejszej ustawy jest tylko związek kobiety i mężczyzny. Nie stosuje się przepisów prawa obcego regulujących związki osób tej samej płci”. Wniosła zaś o odrzucenie pozostałych poprawek.

Sejm w dniu 4 lutego 2011 r. uchwalił ustawę bez poprawek.

6. Komisje senackie na posiedzeniu w dniu 24 lutego 2011 r. zajęły różne stanowiska. Komisja Ustawodawcza opowiedziała się za przyjęciem ustawy bez poprawek, Komisja Praw Człowieka, Praworządności i Petycji była zaś zdania, że do ustawy należy wprowadzić między innymi poprawkę polegającą na dodaniu do art. 7 projektu, regulującego klauzulę porządku publicznego, następujących słów: „[...] w szczególności nie stosuje się przepisów prawa obcego regulujących związki osób tej samej płci”.

Ostatecznie Senat w dniu 3 marca 2011 r. przyjął ustawę bez zmian. Pan Prezydent RP podpisał ją w dniu 30 marca 2011 r.

7. Ustawa została ogłoszona w „Dzienniku Ustaw” nr 80, poz. 432, weszła zaś w życie dnia 16 maja 2011 r. Stanowi ona źródło krajowego prawa prywatnego międzynarodowego. Postanowienia ustawy są zharmonizowane z przepisami europejskiego prawa prywatnego międzynaro-

¹² Odmienne — zdaniem M. Czepelaka (*Europeizacja...*, s. 46 i 47), mamy w takim przypadku do czynienia z tzw. luką wewnętrzną, którą należy wypełniać — zgodnie z ogólnymi zasadami wykładni — „albo *per analogiam legis...*, albo *per analogiam iuris*”.

dowego. Wraz z tymi przepisami tworzą prawo prywatne międzynarodowe obowiązujące w Polsce.

8. Zasięgiem regulacji ustawy z 2011 r. objęto wyłącznie obszary niezajęte przez europejskie prawo prywatne międzynarodowe. Unormowano kwestie wyłączone z zakresu zastosowania poszczególnych aktów prawa europejskiego. Przykłady stanowią art. 16, ust. 20 i art. 35 ustawy regulujące kwestie wyłączone przez rozporządzenie Rzym II¹³ oraz art. 28 ust. 2 i art. 29, w których unormowano kwestie wyłączone przez rozporządzenie Rzym I¹⁴.

W ustawie z 2011 r. znalazły się przepisy uzupełniające postanowienia Konwencji haskiej z dnia 19 października 1996 r. o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci¹⁵ (por. art. 56 ust. 2 oraz art. 59 ust. 2 ustawy). Zharmonizowano też przepisy ustawy dotyczące opieki, kurateli lub innych środków ochronnych dla osoby pełnoletniej z postanowieniami kodeksu postępowania cywilnego.

Przepis art. 30 ust. 2 ustawy z 2011 r. spełnia funkcję implementacyjną dla przepisu kolizyjnego zamieszczonego w Dyrektywie nr 2008/122/WE z dnia 14 stycznia 2009 r.¹⁶ w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timesharingowych, umów odsprzedaży oraz wymiany.

W związku z wyznaczonym na dzień 18 czerwca 2011 r. rozpoczęciem stosowania rozporządzenia nr 4/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. dotyczącego alimentacji¹⁷, utrzymano w mocy do dnia 17 czerwca 2011 r. dotychczasowe przepisy odnoszące się do alimentacji (art. 80 *in fine*).

9. W Unii Europejskiej toczą się obecnie prace nad rozporządzeniami regulującymi stosunki majątkowe małżeńskie i sprawy spadkowe. Ich uchwalenie i rozpoczęcie stosowania oznaczać będzie poszerzenie obszaru europejskiego prawa prywatnego, zwięźenie zaś w państwach członkowskich zasięgu regulacji krajowych. Do tego czasu stosowane będą przepisy ustawy dotyczące tych materii.

¹³ Rozporządzenie nr 864/2007/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych — Rzym II (Dz.Urz. UE L 199 z dnia 31.07.2007 r., s. 40).

¹⁴ Rozporządzenie nr 593/2008 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych — Rzym I (Dz.Urz. UE L 177 z dnia 4.07.2008 r., s. 6).

¹⁵ Dz.Urz. UE L 151 z dnia 11.06.2008 r., s. 39; Dz.U. 2010, nr 172, poz. 1158.

¹⁶ Dz.Urz. UE L 33 z dnia 3.02.2009 r., s. 10.

¹⁷ Rozporządzenie Rady nr 4/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych (Dz.Urz. UE L 7 z dnia 10.01.2009 r., s. 1).

10. Do najważniejszych nowości wprowadzonych mocą nowej ustawy do prawa polskiego należy zaliczyć:

- stworzenie podstawy prawnej dla stosowania krajowych (art. 8 ust. 1) i uwzględniania obcych (art. 8 ust. 2) przepisów wymuszających swoje zastosowanie;
- zastąpienie — w stosunku do uchodźcy korzystającego z ochrony w innym państwie niż państwo ojczyste — łącznika obywatelstwa łącznikiem miejsca zamieszkania, a w jego braku — łącznikiem miejsca zwykłego pobytu (art. 3 ust. 2);
- ograniczenie odesłania: ustawa z 1965 r. dopuszczała zarówno odesłanie zwrotne, jak i dalsze (art. 4), w ustawie z 2011 r. dopuszczono jedynie odesłanie zwrotne (art. 5 ust. 1);
- uregulowanie właściwości prawa dla pełnomocnictwa (art. 23), nazwiska (art. 15), dóbr osobistych (art. 16 i art. 20), ubezwłasnowolnienia (art. 13);
- dopuszczenie — przy poszukiwaniu prawa, któremu osoba prawna podlega — jednostopniowego odesłania z prawa państwa, w którym osoba prawna ma siedzibę, do prawa państwa, na podstawie którego osoba prawna została utworzona (art. 17 ust. 2);
- wyłączenie — w przepisie dotyczącym formy czynności prawnych — zastosowania normy zadowalającej się dopełnieniem wymagań wynikających z prawa miejsca dokonania czynności prawnej w zakresie rozporządzeń nieruchomościami oraz czynności prawnych korporacyjnych (art. 25 ust. 2); w odniesieniu do tych czynności prawnych znajduje więc zastosowanie przepis art. 25 ust. 1 zd. 1, poddający formę prawu właściwemu dla czynności prawnej, o którą chodzi;
- dopuszczenie wyboru prawa w zakresie stosunków majątkowych małżeńskich (art. 52 ust. 1), umów majątkowych małżeńskich (art. 52 ust. 2) i spraw spadkowych (art. 64 ust. 1);
- odmienne niż w ustawie z 1965 r. unormowanie właściwości prawa dla zobowiązań z jednostronnych czynności prawnych (art. 32);
- ustanowienie wskazówki opartej na idei najściślejszego związku, dotyczącej poszukiwania prawa właściwego, w razie braku wskazania prawa właściwego w ustawie lub w innych obowiązujących w Polsce przepisach (art. 67).

11. Potrzebom praktyki służą przepisy informacyjne zamieszczone w ustawie¹⁸. Zwracają one uwagę na obowiązywanie w Polsce rozporzą-

¹⁸ Przeciw zamieszczeniu w ustawie tych przepisów występowali między innymi: A. Mączyński: *Przeciwko potrzebie...*, s. 25 (pisze on nieściśle o przepisach nakazujących stosowanie rozporządzeń UE lub konwencji); Idem: *Ustawowe odesłanie do umów międzynarodowych i rozporządzeń unijnych dotyczących prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profe-*

dzeń Rzym I (art. 28 ust. 1) i Rzym II (art. 33), rozporządzenie dotyczące zobowiązań alimentacyjnych (art. 63) oraz ważniejszych konwencji zawierających normy kolizyjne (art. 34, art. 56, art. 59, art. 66). Jest to zgodne z praktyką przyjętą w wielu innych państwach (por. art. 83 ustawy belgijskiej czy też art. 57 ustawy włoskiej) oraz przyjętymi ostatnio Wytycznymi polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej (Zapewnienie efektywności prawu Unii Europejskiej w polskim prawie krajowym). W ten też sposób — w odniesieniu do rozporządzeń — zrealizowany został postulat wyrażony przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 18 stycznia 2001 r. (*Komisja v. Włochy w sprawie C-162/99*)¹⁹, by w aktach legislacji krajowej informować o aktach legislacji europejskiej. W wyroku tym Trybunał Sprawiedliwości stwierdził: „[...] konieczność zapewnienia, że prawo wspólnotowe jest w pełni stosowne, wymaga od państw członkowskich nie tylko doprowadzenia do zgody ich ustawodawstwa z prawem wspólnotowym, ale dokonania tego przez przyjęcie takich regulacji prawnych, które stworzą sytuację wystarczająco precyzyjną, jasną i przejrzystą, umożliwiającą danej osobie poznanie swoich praw w całej ich objętości i powołanie się na nie przed sądami krajowymi [...]. Nie ma przy tym znaczenia, że stosowne przepisy prawa wspólnotowego są bezpośrednio stosowane i w związku z tym dana osoba może powołać się na nie przed sądem państwa, które nie czyni zadość tym wymaganiom”.

Wypada też zauważyć, że przepisy informujące o rozporządzeniach Rzym I i Rzym II poprzedzają regulację kwestii z tych aktów wyłączonych (por.: art. 28 ust. 2, art. 29, art. 35, art. 36, art. 37, art. 56 ust. 2, art. 59 ust. 2). Stanowią więc punkt zaczepienia dla tych szczegółowych regulacji uzupełniających.

sora Edwarda Gniewka. Red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski. Warszawa 2010, s. 376 i nast.; M. Czepelak: *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 2008, s. 110; E. Kamarad: *Nowa ustawa prawo prywatne międzynarodowe z 4 lutego 2011 r. — analiza podstawowych regulacji*. „Nowy Przegląd Notarialny” 2011, nr 1, s. 62.

¹⁹ Orz. 2001, s. I — 541 pkt 22.

Jacek Wierciński

Ponownie o klauzuli *ne exeat* — cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę Sąd Najwyższy USA w sprawie *Abbott v. Abbott*

Abstract: On May 17, 2010 the Supreme Court of United States ruled on *Abbott v. Abbott*, 2010 S.Ct 1983 providing its interpretation of 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. The Supreme Court resolved conflicting appellate courts opinions on the matter of ‘*ne exeat*’ clause arguing that ‘*ne exeat*’ rights are the rights relating to custody of the person of the child within the meaning of Article 5(a) of Hague Convention and if those rights are violated, the child should be returned to his country of habitual residence. The minority opinion contains consideration that ‘*ne exeat*’ right is only a right of access. Thus, the noncustodial parent cannot demand return remedy. He or she can only seek assistance in carrying out his or her rights to see the child. Having in mind that the Supreme Court’s ruling may strongly influence relevant international case law this Article reviews the facts and holding of *Abbott v. Abbott* and concludes that Supreme Court decision is inconsistent with the object and purpose of Hague Convention.

Keywords: *ne exeat*, Abduction, Child, 1980 Hague Convention, *Abbott*

1. Wprowadzenie

W ubiegłym roku miałem okazję przedstawić na łamach kwartalnika „Rodzina i Prawo” problematykę klauzuli *ne exeat* w kontekście Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzonej w Hadze dnia 25 października 1980 r. [dalej: Konwen-

cja¹]. W artykule, o którym mowa, chodziło o odpowiedź na pytanie, czy rodzicowi przysługuje prawo do opieki nad dzieckiem (ang. *rights relating to the care of the person of the child*) w rozumieniu Konwencji, gdy nie sprawując pieczy nad dzieckiem, a mając wyłącznie prawo do kontaktów (ang. *rights of access*), jest jednocześnie uprawniony do wyrażania zgody na wyjazd drugiego z rodziców z dzieckiem do innego kraju².

Konwencja została przyjęta w odpowiedzi na zjawisko uprowadzania dzieci przez jednego z rodziców wbrew woli drugiego z nich. Jak wskazano w preambule, jej celem jest ochrona dziecka na płaszczyźnie międzynarodowej przed szkodliwymi skutkami, wynikającymi z bezprawnego uprowadzenia go lub zatrzymania, oraz pragnienie ustalenia zasad postępowania w celu zagwarantowania niezwłocznego powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu.

Przepisy Konwencji, które mają najistotniejsze znaczenie dla rozważań o klauzuli *ne exeat* to: art. 3, zgodnie z którym uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka będzie uznane za bezprawne, jeżeli: a) nastąpiło naruszenie prawa do opieki przyznanego określonej osobie, instytucji lub innej organizacji, wykonywanego wspólnie lub indywidualnie, na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem, oraz b) w chwili

¹ „Dziennik Ustaw” 1995, nr 108, poz. 528.

² Zob. J. Wierciński: *Klauzula „ne exeat” a prawo do pieczy nad dzieckiem. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę*. „Rodzina i Prawo” 2010, nr 3 (16), s. 5—21. Na ten temat zob. również: A.E. Anton: *The Hague Convention on International Child Abduction*. „International and Comparative Quarterly” 1981, No. 30, s. 546; P.R. Beaumont, P.E. McEleavy: *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford 2004; J.M. Eekelaar: *International Child Abduction By Parents*. „University of Toronto Law Journal” 1982, No. 32, s. 309—310; D.M. Fraidstern: *Croll v. Croll And the Unfortunate Irony of Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction: Parents with Rights of Access Get No Rights To Access Courts*. „Brooklyn Journal of International Law” 2004—2005, No. 30, s. 644 i nast.; J.A. Jackson: *Interpreting Ne Exeat Rights as Rights of Custody: The United States Supreme Courts’ Chance To Advance the Purposes of the Hague Convention on International Child Abduction*. „Tulane Law Review” 2009—2010, No. 84, s. 195 i nast.; D. Kelly: *Rights of Custody Under Hague Convention*. S.L.T. 2007, No. 30, s. 229; L. Silberman: *Patching Up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and Suggestion for Amendments to ICARA*. „Texas International Law Review” 2003, No. 38, s. 44 i nast.; Idem: *Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report*. „Law and Contemporary Problems” 1994, No. 57, s. 217 i nast.; M.H. Weiner: *Navigating the Road Between Uniformity and Progress: The Need for Purposive Analysis of The Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction*. „Columbia Human Rights Law Review” 2002, No. 33, s. 275; Ch.B. Whitman: *Croll v. Croll: The Second Circuit Limits „Custody Rights” Under the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction*. „Tulane Journal of International & Comparative Law” 2001, No. 9, s. 605.

uprowadzenia lub zatrzymania prawa te były skutecznie wykonywane wspólnie lub indywidualnie, albo byłyby tak wykonywane, gdyby nie nastąpiło uprowadzenie lub zatrzymanie; art. 5 Konwencji, który wskazuje, że w rozumieniu niniejszej Konwencji „prawo do opieki” obejmuje prawo dotyczące opieki nad osobą dziecka, w szczególności prawo do decydowania o miejscu jego pobytu, „prawo do odwiedzin” zaś obejmuje prawo do zabrania dziecka na czas ograniczony w inne miejsce aniżeli miejsce jego stałego pobytu. Zgodnie z art. 12 Konwencji, jeżeli dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub zatrzymane w rozumieniu art. 3, zainteresowana władza zarządza niezwłoczne wydanie dziecka. Konwencja nie przewiduje możliwości zarządzenia powrotu dziecka do miejsca jego stałego pobytu w przypadku naruszenia prawa do odwiedzin³.

W artykule przedstawiłem międzynarodową praktykę stosowania prawa w zakresie klauzuli *ne exeat*. Wskazałem, że orzecznictwo większości jurysdykcji (np.: Anglii, Australii, Izraela, Niemiec, Szkocji, RPA) stoi na stanowisku, zgodnie z którym klauzula *ne exeat* podnosi prawo do odwiedzin do rangi prawa do pieczy nad dzieckiem. Odmienne stanowisko prezentuje orzecznictwo kanadyjskie, amerykańskie i częściowo francuskie. W USA⁴ charakter tzw. *leading case* w zakresie, w jakim wyrażono w nim pogląd o braku znaczenia klauzuli *ne exeat* na charakter prawa do odwiedzin, ma sprawa *Croll v. Croll*⁵. Przedstawione w niej rozumowanie sądu wytworzyło prawie jednolitą linię orzecznictwa, mimo zgłoszonego przez sędziego Sonię Sotomayor (od 2009 r. sędzia Sądu Najwyższego USA) zdania odrębnego. Jedną z ostatnich spraw wpisujących się w linię orzeczniczą sprawy *Croll v. Croll* była rozstrzygnięta w 2008 r. sprawa *Abbott v. Abbott*⁶. Powód niezadowolony z wyniku postępowania złożył

³ Na temat Konwencji w literaturze polskiej zob. np.: M. Kulas: *Praktyka stosowania konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę* (cz. 1 i 2). „Palestra” 2009, nr 5—6 i 7—8; L. Kuziak: *Uprowadzenie dziecka za granicę. W: Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*. Red. J. Ignaczewski. Warszawa 2010, s. 313 i nast.; J. Wierciński: *Poważne ryzyko szkody fizycznej lub psychicznej i sytuacja nie do zniesienia. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę*. „Studia Prawa Prywatnego” 2010, z. 3, s. 49 i nast. oraz literatura obca tam cytowana; Idem: *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii*. „Rodzina i Prawo” 2011, nr 17—18, s. 145 i nast.

⁴ Stany Zjednoczone ratyfikowały Konwencję i amerykański Kongres w dniu 29 kwietnia 1988 r. implementował ją, uchwalając ustawę International Child Abduction Remedies Act [dalej: ICARA]. Zob. 42 U.S.C.S. §§ 11601 i nast.

⁵ *Croll v. Croll*, 229 F.3d 133 (2nd Cir. 2000). Na ten temat więcej zob.: D. Huynh: *Croll v. Croll: Can Rights of Access Ever Merit A Reredy of Return Dunder the Hague Abduction Convention*. N.C.J. Int'l L. Com. Reg 2000—2001, No. 26, s. 529 i nast.

⁶ *Abbot v. Abbot*, 542 F.3d 1081 (5th Cir. 2008). Opracowanie tego orzecznia zob. A. Gupta: *International Law — Rights Of Access With Ne Exeat Clause Do Not Create*

wniosek do Sądu Najwyższego USA o przyjęcie sprawy do rozpoznania, co nastąpiło w dniu 29 czerwca 2009 r.⁷. Sąd Najwyższy USA miał przesądzić, jakie jest znaczenie klauzuli *ne exeat* w rozumieniu Konwencji. Do czasu oddania mojego poprzedniego artykułu do druku sąd nie wydał orzeczenia w tej sprawie. Już wówczas wskazywałem, że niezależnie od wyniku, wyrok, jaki zapadnie, z pewnością ukształtuje także międzynarodową praktykę orzeczniczą.

W dniu 12 maja 2010 r., po uprzednim wysłuchaniu w dniu 12 stycznia 2010 r. ustnej argumentacji stron⁸, Sąd Najwyższy USA rozpoznał sprawę *Abbott v. Abbott*⁹, a w dniu 17 maja 2010 r., stosunkiem 6 głosów za do 3 głosów przeciw, wydał orzeczenie, zgodnie z którym przysługujące ojcu prawo *ne exeat* przyznane mu przez chilijski sąd rodzinny stanowiło „prawo do opieki” w rozumieniu Konwencji. Orzeczenie Sądu Apelacyjnego zostało uchylone i sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania. W ten sposób doszło do przełamania dotychczasowej linii orzecznictwa amerykańskich federalnych sądów apelacyjnych.

W poprzedniej wypowiedzi przyłączyłem się do zwolenników poglądu, zgodnie z którym klauzula *ne exeat* nie podnosi prawa do odwiedzin do rangi prawa do pieczy nad dzieckiem. Uznałem, że znaczna część zarzutów stawianych rozumowaniu przedstawionemu w orzeczeniu *Croll v. Croll* wydaje się niezasadna. Fakt, że w znacznej liczbie orzeczeń wydanych przez sądy innych państw-sygnatariuszy Konwencji wyrażono pogląd odmienny niż tam zaprezentowany nie oznacza, że jest ono błędne. Doszedłem do wniosku, że prawidłowe orzeczenie w sprawie *Croll v. Croll* ujawniło istotną słabość Konwencji, która nie przykładła dostatecznej wagi do prawa do odwiedzin, w szczególności zabezpieczonych klauzulą *ne exeat*. Twórcy Konwencji nie stworzyli mechanizmów, które dawałyby władzy sądowniczej podstawę do udzielenia skutecznej ochrony rodzicom mającym tylko prawo do odwiedzin¹⁰. Wyraziłem również przekonanie, że krzywda wyrządzana dziecku przez naruszenie zakazu wynikającego z klauzuli *ne exeat*, jeśli w ogóle w danym przypadku wystąpi, nie jest typem krzywdy, przed którym Konwencja miała dziecko chronić za pomocą sankcji nakazania jego powrotu, a nadto że między prawem do odwiedzin zabezpieczonym klauzulą *ne exeat* a takim prawem niezabezpieczonym w ten sposób nie ma merytorycznej różnicy, skoro relacje między rodzicem a dzieckiem w obu przypadkach są takie same. W rezultacie zastosowanie

Rights Of Custody Under Hague Convention, Abbott v. Abbott, 542 F.3d 1081 (5th Cir. 2008). „Suffolk Transnational Law Review” 2010, nr 33, s. 187 i nast.

⁷ *Abbott v. Abbott*, 129 S.Ct. 2859 (2009).

⁸ *Abbott v. Abbott*, Oral Argument, 2010 Westlaw 97480 (U.S.).

⁹ *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983 (2010).

¹⁰ Zob. D.M. Fraidstern: *Croll v. Croll and the Unfortunate...*, s. 648.

sankcji powrotu w sytuacji, gdy klauzula *ne exeat* została zastrzeżona nie ma więcej sensu niż w przypadku, gdy tej klauzuli brak. W końcu zaznaczyłem, że pogląd odmienny od wyrażonego w wyroku w sprawie *Croll v. Croll* prowadzi do stworzenia nowej, nieprzewidzianej przez twórców Konwencji, mieszanej kategorii prawnej, tj. prawa do odwiedzin zabezpieczonego klauzulą *ne exeat*. Rodzic, któremu ono przysługuje, będzie mógł skorzystać z uprawnienia do żądania powrotu dziecka, a w przypadku niepowodzenia takiej próby (np. w wyniku skutecznego podniesienia jednego z zarzutów, jakie przewiduje Konwencja) — również z uprawnień przewidzianych w art. 21 Konwencji. Paradoksalnie, będzie mu przysługiwał większy wachlarz uprawnień niż rodzicowi, który ma prawo do pieczy, lub innym rodzicom, mającym tylko prawo do odwiedzin¹¹.

Spoczywa na mnie zatem obowiązek przedstawienia poglądu Sądu Najwyższego USA, który dokonana w wyroku w sprawie *Croll v. Croll* wykładnię przepisów Konwencji uznaje za nieprawidłową, oraz ewentualnej weryfikacji mojego stanowiska w obliczu prezentowanych w uzasadnieniu tego orzeczenia argumentów. Już jednak teraz mogę zaznaczyć, że nie zostałem przekonany przedstawionymi w zaskakująco zwięzły sposób motywami omawianego rozstrzygnięcia. Lektura zdania odrębnego dostarczyła mi natomiast dodatkowych argumentów za pozostaniem przy przyjętym już wcześniej stanowisku.

2. Sprawa *Abbott v. Abbott*

2.1. Stan faktyczny

Timothy Abbott i Jacquelyn Vaye Abbott zawarli związek małżeński w Anglii w 1992 r. On był obywatelem Wielkiej Brytanii, ona — obywatelką USA. Pan Abbott był astronomem i wykonywanie tego zawodu spowodowało, że małżeństwo zamieszkało na Hawajach, gdzie w 1995 r. urodził się ich syn. W 2002 r. rodzina Abbottów przeprowadziła się do Chile, gdzie rok później doszło do separacji. Sąd chilijski przyznał matce prawo do codziennej pieczy nad dzieckiem, ojcu zaś — regularne i bezpośrednie prawo do kontaktu z nim, w tym uprawnienie do odwiedzin syna co drugi weekend oraz przez cały miesiąc luty¹².

¹¹ Zob. J. Wierciński: *Klauzula...*, s. 20—21 i literatura tam cytowana.

¹² *Abbott v. Abbott*, 542 F.3d 1081 (5th Cir. 2008), s. 1082; *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983 (2010), s. 1988.

W ten sposób ojciec uzyskał *ex lege* prawo do odmowy wyrażenia zgody na wyjazd matki z synem poza granice Chile. Zgodnie bowiem z art. 49 chilijskiego prawa o małoletnich, przyznanie jednemu z rodziców prawa do odwiedzin automatycznie oznacza, że jego zgoda jest wymagana zanim dziecko zostanie wywiezione za granicę¹³. Skoro zatem ojcu przyznano prawo do odwiedzin, to uzyskał również uprawnienie *ne exeat* (tzn. weta wobec wyjazdu dziecka z kraju).

Po tym, jak pan Abbott uzyskał brytyjski paszport dla syna, Pani Abbott, w obawie przed uprowadzeniem go przez ojca do Anglii, wystąpiła do sądu o zakazanie ojcu wywożenia syna z Chile. W toku tego postępowania matka sama wywiozła stamtąd dziecko, nie uzyskawszy uprzednio zgody ani ojca, ani sądu. Ustalono, że dziecko z matką przebywa w Teksasie (USA), gdzie w 2006 r. matka wystąpiła o rozwód. W toku tego postępowania domagała się przyznania jej prawa do samodzielnego decydowania o miejscu pobytu dziecka oraz ograniczenia przysługującego ojcu prawa do odwiedzin do nadzorowanych kontaktów w Teksasie. To postępowanie jest w toku.

W maju 2006 r. pan Abbott, na podstawie Konwencji i przepisów ICARA, wystąpił do sądu okręgowego w Teksasie o nakazanie powrotu syna do Chile. Sąd oddalił jego wniosek, uznając, że uprawnienie *ne exeat* nie stanowi prawa do opieki w rozumieniu Konwencji, a w rezultacie, że orzeczenie powrotu syna nie ma podstaw. Takie samo stanowisko zajął we wcześniej wspomnianym orzeczeniu federalny sąd apelacyjny, dzieląc pogląd zawarty w sprawie *Croll v. Croll*¹⁴.

2.2. Motywy rozstrzygnięcia

Sąd Najwyższy oparł swoje orzeczenie na analizie tekstu Konwencji, stanowisku Departamentu Stanu USA, orzecznictwie innych państw-sygnatariuszy Konwencji oraz celu Konwencji.

2.2.1. Analiza tekstu Konwencji

Podstawowym motywem rozstrzygnięcia amerykańskiego Sądu Najwyższego [dalej: Sąd Najwyższy] był wynik analizy prawa chilijskiego pod kątem ustalenia, czy panu Abbott przysługiwało prawo do opieki w rozumieniu Konwencji.

¹³ Ibidem, s. 1990.

¹⁴ Ibidem, s. 1988.

Zgodnie z przywoływanym już art. 49 chilijskiego prawa o małoletnich, przyznanie jednemu z rodziców prawa do odwiedzin oznacza, że jego zgoda jest wymagana zanim dziecko zostanie wywiezione za granicę, chyba że sąd postanowi inaczej z uwagi na niemożność wyrażenia zgody lub jej odmowę bez ważnych powodów. Z treści tego przepisu wynika, że pan Abbott był współuprawniony do decydowania o kraju miejsca pobytu dziecka. Zgodnie z wyjaśnieniami władz chilijskich, omawiany przepis oznacza, że żaden rodzic samodzielnie nie może decydować o miejscu pobytu dziecka. Stąd należało przyjąć, że panu Abbottowi przysługiwało prawo wykonywanego wspólnie decydowania o pobycie syna, a więc prawo do opieki w rozumieniu Konwencji¹⁵.

Sąd Najwyższy wskazał nadto, że prawo decydowania o państwie stałego miejsca pobytu jest „prawem dotyczącym opieki nad osobą dziecka” w rozumieniu art. 5a Konwencji. Mało która decyzja ma równie istotne znaczenie dla dziecka, jak ta, która determinuje język, którym mówi, tożsamość, z którą się może identyfikować, kulturę i tradycję, które może przejąć. To wszystko wiąże się z krajem, w którym dziecko dorasta. Żeby zrozumieć, że prawo decydowania o państwie stałego miejsca pobytu jest „prawem dotyczącym opieki nad osobą dziecka”, wystarczy — zdaniem Sądu Najwyższego — zważyć, jak różne dzieciństwo może mieć dziecko dorastające w USA, Chile, Niemczech czy Korei Północnej.

Nie ma wątpliwości, że uprawnienie *ne exeat* nie pasuje do tradycyjnego, fizycznego ujęcia prawa do opieki. Jednakże Konwencja definiuje je autonomicznie i to takiej definicji konwencyjnej należy się podporządkować. Takie jednakowe, językowe podejście zapewni międzynarodową spójność wykładni Konwencji¹⁶.

Sąd Najwyższy uznał, że pogląd, zgodnie z którym prawo *ne exeat* nie może być zaliczone do prawa do opieki, ponieważ Konwencja wymaga, aby takie prawo nadawało się do wykonywania (zob. art. 3b), jest nietrafny. Do wykonania tego prawa dochodzi bowiem wtedy, gdy jedno z rodziców wywozi dziecko bez zgody rodzica uprawnionego z tytułu prawa *ne exeat* lub bez zgody sądu¹⁷.

Przyjęcie poglądu, że prawo *ne exeat* jest prawem do odwiedzin jest nielogiczne i oderwane od treści Konwencji. „Prawo do odwiedzin”, w rozumieniu art. 5b Konwencji, obejmuje prawo do zabrania dziecka na czas ograniczony w inne miejsce aniżeli miejsce jego stałego pobytu. Wspólne

¹⁵ Ibidem, s. 1990. Przedstawiona w tym zakresie argumentacja jest bardzo podobna do tej, którą posługiwano się w orzeczeniu w sprawie *Furnes v. Reeves*, 362 F. 3d 702 (11th Cir. 2004), s. 714—716.

¹⁶ *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1991 (2010), s. 1991. Por. A. Gupta: *International Law — Rights Of Access...*, s. 187 i nast.

¹⁷ *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1991 (2010), s. 1992.

prawo do decydowania o państwie, w którym dziecko będzie miało miejsce stałego pobytu, w żaden sposób nie mieści się w tak zdefiniowanym prawie do odwiedzin.

Z kolei twierdzenie, że orzeczenie, które przyznaje jednemu z rodziców uprawnienie *ne exeat*, nie może być źródłem prawa do opieki, ponieważ tylko chroni jurysdykcję danego sądu nad dzieckiem, nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, pan Abbott bowiem wywodził je z ustawy, a nie z orzeczenia sądu¹⁸.

2.2.2. Stanowisko Departamentu Stanu USA

Zdaniem Sądu Najwyższego, istotnym argumentem przemawiającym za przyjętym rozstrzygnięciem było stanowisko Departamentu Stanu USA (jego Biuro ds. Dzieci pełni funkcję organu centralnego w rozumieniu Konwencji), zgodnie z którym uprawnienie *ne exeat* podnosi prawo do kontaktu z dzieckiem do prawa do opieki nad nim w rozumieniu Konwencji. Przyjmuje się bowiem, że stanowisko władzy wykonawczej ma istotne znaczenie przy wykładni umów międzynarodowych. Sąd Najwyższy przyjął, że Departament Stanu USA ma stosowną wiedzę na temat dyplomatycznych konsekwencji wynikających z ewentualnej sądowej interpretacji pojęcia „prawa do opieki”, w tym prawdopodobnej reakcji na nią innych państw-stron Konwencji, oraz wpływu na możliwości Departamentu Stanu USA skutecznego żądania powrotu dzieci uprowadzonych z USA¹⁹.

2.2.3. Międzynarodowa praktyka orzecznicza

W opinii Sądu Najwyższego, istotnym argumentem przemawiającym za przyjętym rozstrzygnięciem była międzynarodowa praktyka orzecznicza innych państw-stron Konwencji²⁰. Sąd wskazał, że poglądy innych państw-sygnatariuszy umowy międzynarodowej powinny być brane pod uwagę przy jej wykładni. Mimo że Sąd Najwyższy Kanady przyjął odmiennie stanowisko, a orzecznictwo francuskie jest niejednolite, analiza międzynarodowej praktyki orzeczniczej Anglii, Izraela, Austrii, RPA, Niemiec, Australii i Szkocji potwierdza, że w tych krajach przyjmuje się regułę, zgodnie z którą uprawnienie *ne exeat* jest prawem do opieki w ro-

¹⁸ Ibidem, s. 1992.

¹⁹ Ibidem. Uzupełnienie tej argumentacji zob. też: D. Huynh: *Croll v. Croll: Can Rights...*, s. 556—557 i nast.

²⁰ Aktualny stan orzecznictwa i opinia Konferencji haskiej prawa prywatnego międzynarodowego w tym zakresie zostały przedstawione w opracowaniu: *Transfrontier Contacts Concerning Children. General Principles and Guide to Good Practice. The Hague Conference on Private International Law*. Haga 2008, s. 43 i nast.; Zob. też D. Huynh: *Croll v. Croll: Can Rights...*, s. 545 i nast.; J. Jackson: *Interpreting...*, s. 215.

zumieniu Konwencji. Doktryna zwraca uwagę na rosnący międzynarodowy konsens w tym zakresie. O prawidłowości tego poglądu świadczy również analiza historii Konwencji²¹.

2.2.4. Cel Konwencji

Pogląd Sądu Najwyższego jest również zgodny z celem Konwencji. Nie ma bowiem żadnych powodów, aby wątpić w zdolność innych państw-sygnatariuszy Konwencji do zapewniania takiego orzecznictwa w sprawach dotyczących opieki nad dzieckiem, które będzie leżało w najlepszym interesie dziecka. Wykładnia Konwencji, która prowadziłaby do zezwolenia rodzicowi uprowadzającemu dziecko za granicę na uniknięcie sankcji tego czynu w postaci nakazania powrotu dziecka do miejsca stałego pobytu, gdy drugiemu rodzicowi przysługuje uprawnienie *ne exeat*, jest sprzeczna z celem Konwencji. Celem tym jest zapobieganie uprowadzeniom dzieci do kraju, który zapewnia korzystniejsze dla uprowadzającego rodzica rokowania w zakresie orzeczenia dotyczącego opieki nad dzieckiem. Odmowa sankcjonowania uprowadzenia dziecka będzie legitymizowała działanie, któremu Konwencja miała zapobiegać. Tymczasem nakazanie powrotu dziecka w sprawach takich, jak rozstrzygana przez Sąd Najwyższy, pomoże zapobiegać uprowadzeniom i będzie przyczyniać się do poszanowania celu Konwencji, tj. zapobiegania krzywdzie, jakiej doznaje dziecko w wyniku uprowadzenia²².

2.3. Zdanie odrębne

Trzech sędziów Sądu Najwyższego [dalej: Sędziowie] zgłosiło zdanie odrębne²³. Ich argumentacja, którą przedstawię, jest o wiele obszerniejsza niż uzasadnienie orzeczenia. Można również odnieść wrażenie, że jest także bardziej pogłębiona. Zdanie odrębne odnosi się do wcześniej przedstawionej argumentacji uzasadnienia orzeczenia i stanowi jego szczegółową oraz krytyczną analizę.

Sędziowie rozpoczęli wywód od przypomnienia, że powód nie ma prawa decydować, czy jego syn będzie leczony w określony sposób, czy może

²¹ Abbott v. Abbott, 130 S.Ct. 1983 (2010), s. 1993—1994. Zob. też: J. Jackson: *Interpreting...*, s. 208 i nast.; J. Wierciński: *Klauzula...*, s. 12—17.

²² Abbott v. Abbott, 130 S.Ct. 1983 (2010), s. 1987, 1996—1997. W ten sposób o historii powstawania Konwencji również L. Silberman: *Patching Up...* (2003), s. 46. Do odmiennych wniosków dochodzi M.H. Weiner: *Navigating...*, s. 275. Zob. też A.E. Anton: *The Hague Convention...*, s. 546.

²³ Sędziowie Stevens, Thomas i Breyer.

wyjechać na szkolną wycieczkę, czy będzie odbierał edukację religijną, a jeśli tak, to jaką, czy będzie mógł bawić się na komputerze zanim odrobi lekcje. Te wszystkie prawa ma pozwana matka. Jej bowiem przyznano w wyroku rozwodowym wyłączną opiekę (pieczę) nad dzieckiem. Powód otrzymał jedynie prawo do jego odwiedzin. Przysługujące pozwanej prawo do pieczy prawo chilijskie ogranicza w ten sposób, że zakazuje jej wyjazdu z Chile bez zgody powoda lub sądu. Innymi słowy, powód może skorzystać z prawa weta w stosunku do decyzji pozwanej o przeprowadzce do innego kraju z dzieckiem, chyba że sąd postanowi inaczej. To prawo weta Sąd Najwyższy uznał za prawo do opieki w rozumieniu Konwencji. Natomiast zdaniem Sędziów, ten pogląd jest sprzeczny z jej treścią i celem z następujących względów²⁴.

2.3.1. Założenia twórców Konwencji

Podstawowym celem twórców Konwencji było sankcjonowanie zachowań rodziców niesprawujących pieczy nad dzieckiem, które zmierzają do podważenia niekorzystnych dla nich wyników postępowania w sprawie o opiekę, przez poddanie sprawy rozstrzygnięciu w innym kraju, w którym mogą spodziewać się korzystniejszego dla siebie orzeczenia. Uznano, że najlepszą w takim przypadku sankcją będzie nakazanie powrotu dziecka do kraju jego miejsca stałego pobytu, innymi słowy — do rodzica, który ma prawo do opieki nad dzieckiem. Twórcy Konwencji przesądziли jednocześnie, że ta sama sankcja nie będzie przysługiwała, gdy rodzic sprawujący opiekę, wywożąc dziecko za granicę, naruszy prawo do odwiedzin (kontaktu) drugiego rodzica. Naruszenie prawa do kontaktów z dzieckiem uprawnia rodzica, którego prawo naruszono, wyłącznie do złożenia wniosku o zorganizowanie lub ochronę skutecznego wykonywania prawa do odwiedzin (art. 21 Konwencji). Nie daje ono możliwości żądania powrotu dziecka²⁵.

2.3.2. Analiza tekstu Konwencji

W ocenie Sędziów, z analizy samego tekstu Konwencji jasno wynika, że uprawnienie jednego z rodziców, któremu przysługuje prawo do odwiedzin, do zawetowania decyzji rodzica, któremu przysługuje prawo do pieczy nad dzieckiem, o wyjeździe z kraju stałego miejsca pobytu nie należy

²⁴ Abbott v. Abbott, 130 S.Ct. 1997 (2010), s. 1997. Podobna argumentacja została przedstawiona w orzeczeniu w sprawie *Croll v. Croll* 229 F.3d 133 (2nd Cir. 2000), s. 138—141.

²⁵ Por. A.E. Anton: *The Hague Convention...*, s. 546; M. Freeman: *Rights of Custody and Access Under the Hague Child Abduction Convention — „A Questionable Result”*. „California Western International Law Journal” 2000—2001, No. 31, s. 39 i nast.

do „praw dotyczących opieki nad osobą dziecka”. Nie należy tu również „w szczególności prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka”.

— Wbrew twierdzeniu Sądu Najwyższego, nie ma żadnych podstaw, aby twierdzić, że weto powoda łączy się z możliwością podejmowania decyzji co do tego, w jakim języku będzie mówiło dziecko, jaką będzie miało tożsamość *etc.* Zwykła obecność dziecka w Chile nie przesądza żadnej z następujących okoliczności: czy nauczy się hiszpańskiego, czy będzie chodzić do szkoły amerykańskiej, brytyjskiej czy też miejscowej, czy będzie uprawiało sport, czy będzie wychowane jako katolik, żyd, buddysta czy ateista, czy będzie wegetarianinem *etc.* Ograniczenia w podróżowaniu wynikające z uprawnienia *ne exeat* nie wpływają na władzę matki podejmowania wszelkich decyzji mających znaczenie dla psychicznego, fizycznego i kulturowego rozwoju syna.

Sędziowie wyrazili przekonanie, że do zaliczenia uprawnienia *ne exeat* do „praw **dotyczących** opieki nad osobą dziecka” dochodzi w wyniku przeprowadzenia przez Sąd Najwyższy zbyt daleko idącej wykładni rozszerzającej postanowień Konwencji. Na tej samej zasadzie do praw dotyczących opieki można byłoby zaliczyć podejmowanie decyzji, czy w czasie weekendu, który syn spędza z ojcem, może z nim zostać na noc jego kolega. Sprowadzając rzecz do absurdu, można powiedzieć, że każda decyzja związana z dzieckiem stanowi prawo dotyczące opieki nad nim.

— Nie jest również prawidłowe przyjęcie, że uprawnienie *ne exeat* jest równoznaczne z „prawem do decydowania o miejscu pobytu dziecka”. Sędziowie zwrócili uwagę, że Sąd Najwyższy swój pogląd oparł na wyrwanym z kontekstu całego przepisu sformułowaniu art. 5a: „w szczególności prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka”, nadając mu niewłaściwe znaczenie. W opinii sędziów, ten fragment przepisu jest jedynie skrótową metodą przykładowego wskazania, jakiego rodzaju uprawnienia mogą przysługiwać rodzicowi. W rezultacie ta część art. 5a Konwencji oznacza, że rodzic, który ponosi odpowiedzialność za wybór, gdzie i z kim dziecko mieszka, zapewne będzie tym, kto ponosi odpowiedzialność za dziecko. Sędziowie zwrócili nadto uwagę, że uprawnienie do ograniczenia swobody podróżowania z dzieckiem wynikające z klauzuli *ne exeat* nie jest ekwiwalentem pozytywnego prawa „do decydowania o miejscu pobytu dziecka”. „Decydowanie o miejscu pobytu dziecka” oznacza władzę ustalania położenia domu dziecka, wyboru miejsca, w którym ono zamieszka. Nie odnosi się natomiast do bardziej abstrakcyjnej władzy zatrzymania dziecka w obrębie granic określonego państwa²⁶.

²⁶ Ibidem, s. 2001. Por. również *Croll v. Croll* 229 F.3d 133 (2nd Cir. 2000), s. 138—141.

- Wykładnia zwrotu „prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka” przeprowadzona przez Sąd Najwyższy opiera się na utożsamieniu zwrotu „państwo” ze zwrotem „miejsce”. Nie jest to wprawdzie nielogiczne, gdy weźmie się pod uwagę międzynarodowy charakter Konwencji, ale jest jednak sprzeczne z treścią i celem Konwencji. Gdy twórcy Konwencji chcieli odnieść się do państwa, to czynili to wprost. Na przykład w art. 3 Konwencji wyjaśniono, że prawo do opieki powinno być definiowane na podstawie „ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu”. Gdyby twórcy Konwencji chcieli, żeby definicja „miejsca pobytu” z art. 5 odnosiła się do jego „państwa” lub „państwa pobytu”, to zdefiniowaliby je jako „prawo do decydowania o Państwie pobytu dziecka”. Tymczasem tak nie uczynili, mimo że sformułowania „państwo stałego pobytu” używali w tekście Konwencji co najmniej 4-krotnie (zob. preambuła: „[...] w celu zagwarantowania niezwłocznego powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu [...]”; art. 8f: „[...] innej właściwej władzy państwa stałego pobytu dziecka [...]”; art. 14: „[...] nieuznane w państwie miejsca stałego pobytu dziecka [...]”; art. 15: „[...] oświadczenia pochodzącego od władz państwa miejsca stałego pobytu dziecka [...]”). Zamiast tego wybrano sformułowanie „miejsce pobytu”. Podobnie zresztą postąpiono, definiując prawo do odwiedzin („prawo do zabrania dziecka na czas ograniczony w inne **miejsce** aniżeli miejsce jego stałego pobytu”). W tym kontekście Sędziowie przypomnieli regułę interpretacyjną, zgodnie z którą dokonując wykładni ustawy, przyjmuje się, że użycie innych sformułowań jest celowe i wskazuje na intencję przekazania innego znaczenia. Uznali, że nie ma powodów, żeby w przypadku interpretacji umowy międzynarodowej sądzić inaczej²⁷. To z kolei uzasadniło wnioszek, że zwrot „miejsce pobytu” jest używany w art. 5a Konwencji w znaczeniu konkretnej lokalizacji w danym państwie. Z tych przyczyn należało przyjąć, że prawo do „decydowania o miejscu pobytu dziecka” oznacza prawo do podjęcia decyzji, gdzie dziecko będzie miało dom, w jakiej miejscowości, pod jakim adresem i w jakich warunkach będzie mieszkać.
- Skutki prawne uprawnienia wynikającego z klauzuli *ne exeat* — ograniczenie w przemieszczaniu się z dzieckiem. Zdaniem Sędziów, skutki prawne uprawnienia wynikającego z klauzuli *ne exeat* należy ujmować wyłącznie w kategoriach ograniczenia rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem w transgranicznym przemieszczaniu się z nim. Ograniczenie to oznacza, że rodzic, który nie sprawuje pieczy nad dzieckiem, uzyskuje ograniczoną władzę, pozwalającą mu zapobiec wyjaz-

²⁷ Abbott v. Abbott, 130 S.Ct. 1983 (2010), s. 2002—2003.

dowi dziecka z kraju bez jego zgody. Nie daje wszakże żadnej, dającej się pozytywnie wyrazić, władzy ustalania miejsca, w którym dziecko będzie miało mieszkać. Powód nie ma jakiegokolwiek mocy ustalenia miejsca domu dziecka na obszarze państwa chilijskiego. Nie może też wybrać innego państwa, w którym syn miałby z nim zamieszkać, gdyby kolejny raz musiał za pracą wyjechać do nowego kraju. Innymi słowy, prawo sprzeciwu wobec zamierzonego wyjazdu daje rodzicowi znacznie mniej władzy niż mające pozytywną treść prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka. Nadto prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka w obrębie państwa, w którym mieszka, jak również w jakim państwie mieszka, jest znacznie szersze niż ograniczone prawo do wyrażenia sprzeciwu wobec wyjazdu dziecka za granicę.

Z tych przyczyn najtrafniejsze będzie ujęcie uprawnienia do sprzeciwu wobec wyjazdu dziecka za granicę wynikającego z klauzuli *ne exeat* jako prawa dotyczącego „prawa do odwiedzin” w rozumieniu Konwencji, a nie „prawa do opieki”. Sens tego uprawnienia jest bowiem w najlepszym razie taki, że zapewnia relatywnie łatwy kontakt z dzieckiem. Nie przekształca się jednak w opiekę na potrzeby sankcji nakazania powrotu dziecka. Upoważnia jedynie, na podstawie art. 21 Konwencji, do żądania od kraju, do którego dziecko wyjechało, pomocy w egzekucji kontaktów przyznanych przez sąd miejsca pobytu dziecka²⁸.

2.3.3. Stanowisko Departamentu Stanu USA

Według Sędziów, stanowisko władzy wykonawczej w zakresie interpretacji niejasnych przepisów umowy międzynarodowej może być brane pod uwagę, ale przy rozstrzyganiu tej sprawy nie należało przypisywać mu zbyt wielkiego znaczenia. To nie była sprawa, w której szacunek dla władzy wykonawczej w zakresie polityki zagranicznej mógłby pozwolić na uniknięcie konfliktu międzynarodowego. Przedstawione Sądowi Najwyższemu (w formie *Amicus Curiae Brief*) stanowisko rządu w tej sprawie nie posługiwało się zresztą takim argumentem. Nie była to również sprawa, w której rządowa wiedza czy rozumienie historii powstawania umowy międzynarodowej byłyby szczególnie bogate lub pouczające. Rządowi nie udało się także wykazać, czy takie stanowisko ułatwiło powrót dzieci do Ameryki. Dlatego brak było podstaw, aby oceniać powstałą po ratyfikacji Konwencji praktykę postępowania rządu lub innych państw-sygnatariuszy Konwencji jako pomocną w rozumieniu zaakceptowanego sensu potencjalnie wieloznacznych sformułowań Konwencji. Zamiast

²⁸ Ibidem, s. 2005.

tego Departament Stanu przedstawił własną wykładnię treści Konwencji. Nie była ona oparta na podstawie zapewniającej przewagę wiedzy, czy to w postaci odgrywania roli jednostki odpowiedzialnej za wprowadzanie w życie Konwencji, czy uczestnika biorącego udział w jej tworzeniu. Nie można było dostrzec żadnego powodu, dla którego sąd miałby zastąpić swoje rozumienie tekstu Konwencji rozumieniem przyjętym przez organ władzy wykonawczej²⁹.

2.3.4. Międzynarodowa praktyka orzecznicza

Zdaniem Sędziów, również orzecznictwu sądów innych państw-sygnatariuszy Konwencji nie należy przypisywać zbyt dużego znaczenia przy dokonywaniu wykładni Konwencji. Pewna liczba zagranicznych decyzji, które przywołuje Sąd Najwyższy, nie dostarcza wystarczających powodów, aby porzucić własne rozumienie sensu Konwencji, rozumienie podzielane przez wiele federalnych sądów apelacyjnych³⁰. Interes, polegający na tym, aby orzecznictwo sądów amerykańskich prawidłowo interpretowało tekst Konwencji, przeważa nad interesem, który sprowadza się do tego, by problem klauzuli *ne exeat* był rozstrzygany tak, jak ma to miejsce w innych państwach-sygnatariuszach Konwencji.

Sędziowie nie podzielili również poglądu na temat międzynarodowego konsensu czy nawet szerokiej akceptacji w międzynarodowej praktyce orzeczniczej dla przyjętej przez Sąd Najwyższy wykładni znaczenia klauzuli *ne exeat*. Wskazali, że stany faktyczne stanowiące podstawę przywoływanych rozstrzygnięć znacznie się różniły od faktów sprawy istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy *Abbott v. Abbott*, w której było jasne, że wnioskodawcy nie przysługują żadne prawa dotyczące opieki nad dzieckiem, a wyłącznie prawo do odwiedzin i związane z nim, wynikające z mocy chilijskiego ustawodawstwa, uprawnienie sprzeciwu przeciwko wyjazdowi dziecka za granicę. W rezultacie przywoływane orzeczenia należało ocenić jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

W angielskiej sprawie *C v. C* [1989] 1 W.L.R. 654 sąd, przyznając prawo do pieczy matce, orzekł równocześnie, że oboje rodzice pozostaną tzw. *joint guardians*. Co więcej, w okresie między uprowadzeniem dziecka przez matkę a wnioskiem ojca o nakazanie jego powrotu ojciec zwrócił się do sądu miejsca pobytu dziecka i uzyskał nakaz jego powrotu oraz prawo do pieczy nad nim. Z kolei orzeczenie niemieckiego Bundesverfassungs-

²⁹ Ibidem, s. 2007—2008.

³⁰ Np. *Gonzalez v. Gutierrez*, 311 F.3d 942, 949 (C.A.9 2002); *Croll*, 229 F.3d, at 140; *Fawcett v. McRoberts*, 326 F.3d 491 (C.A.4 2003); *Breard v. Greene*, 523 U.S. 371, 375, 118 S.Ct. 1352, 140 L.Ed.2d 529 (1998). Zob. J. Jackson: *Interpreting...*, s. 201 i nast.; J. Wierciński: *Klauzula...*, s. 17 i nast.

gericht [BVerfG], 2BvR 1126/97, s. 13—15, odnosiło się do oceny skutków klauzuli *ne exeat* w związku z sytuacją rodzica, który nie sprawował pieczy nad dzieckiem, ale zachowywał jednocześnie prawo do decydowania o niektórych istotnych sprawach dotyczących jego życia. Irlandzka sprawa *M.S.H v. L.H* [2000] 3 I.R. 390, s. 401 dotyczyła natomiast sytuacji, w której oboje rodzice wspólnie ponosili obowiązki rodzicielskie, w tym prawa, obowiązki i władzę, które z mocy prawa rodzic ma w stosunku do dziecka i jego majątku. Izraelska sprawa *Foxman v. Foxman* stanowiła rozstrzygnięcie, czy uprowadzenie dziecka było bezprawne w kontekście porozumienia w sprawie pieczy i kontaktów z dzieckiem, zawierającego ustalenie, zgodnie z którym każde z rodziców potrzebuje zgody drugiego rodzica na każdą znaczącą zmianę miejsca pobytu dziecka. W końcu w orzeczeniu sądu RPA *Sonderup v. Tondelli* 2001(1) SA 1171, s. 1177—1178 dokonywano oceny uprowadzenia dziecka, gdy rodzice sprawowali wspólną pieczę nad nim (*joint guardianship*).

Jak widać, decyzje sądów innych państw-sygnatariuszy Konwencji, na których Sąd Najwyższy oparł swoje orzeczenie, dotyczyły sytuacji, w których obojgu rodzicom przysługiwały co najmniej pewne prawa, które dotyczyły opieki nad dzieckiem. Biorąc pod uwagę fakt, że w sprawie *Abbot v. Abbott* wnioskodawcy — poza dyskusyjnym uprawnieniem wynikającym z klauzuli *ne exeat* — nie przysługiwały żadne pozytywne prawa dotyczące opieki nad dzieckiem, Sędziowie nie znaleźli dostatecznych podstaw, aby odstąpić od dokonania wykładni jej tekstu po to tylko, by stworzyć jednolitą międzynarodową interpretację Konwencji. Nie można było bowiem uznać, że istnieje jednolitość wystarczająco istotna, żeby usprawiedliwić rezygnację z niezależnej oceny tekstu Konwencji, jej celu i intencji jej projektodawców³¹.

2.3.5. Dobro dziecka

Ostatecznie Sędziowie zwrócili uwagę, że celem Konwencji jest ochrona dobra dziecka. Biorąc pod uwagę, że nie wszystkie postaci zabrania dziecka, stanowiące naruszenie prawa państwa jego miejsca stałego pobytu, są sprzeczne z jego dobrem, Konwencja zapewnia ograniczoną, choć potężną sankcję w postaci nakazania powrotu dziecka. W ocenie twórców Konwencji naruszenie prawa do odwiedzin, choć istotne (i z tego powodu wyrażnie chronione na podstawie art. 21 Konwencji), ma drugorzędne znaczenie w zakresie ochrony dobra (najlepszego interesu) dziecka. Dobro dziecka w takich przypadkach wyraża się przede wszystkim w zapewnieniu utrzymania istniejących stosunków dziecka z osobą sprawującą nad nim opiekę.

³¹ *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983 (2010), s. 2009.

Omawiany wyrok Sądu Najwyższego stał się tymczasem wyrazem poglądu przeciwnego wobec założeń twórców Konwencji. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku zapewniającym uprzywilejowanie ochrony praw rodziców niesprawujących opieki nad dzieckiem. W opinii Sędziów, przeprowadzenie w sprawie *Abbott v. Abbott* nowej linii podziału rozdzielającej prawo do opieki i prawo do odwiedzin jest szczególnie nieroztropne, gdy weźmie się pod uwagę, że orzeczenie dotyczy umowy międzynarodowej, mającej regulować spory wpływające właśnie na dobro dzieci³².

3. Podsumowanie

Wyrok amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Abbott v. Abbott*, zgodnie z którym klauzula *ne exeat* podnosi prawo do odwiedzin do rangi prawa do pieczy nad dzieckiem, niewątpliwie będzie miał duże znaczenie nie tylko dla amerykańskiej, ale również międzynarodowej praktyki orzeczniczej. Sądząc po zainteresowaniu, jakie wzbudzały wcześniejsze orzeczenia dotyczące tej tematyki (np. *Croll v. Croll*), nie mam także wątpliwości, że stanie się on przedmiotem licznych analiz doktrynalnych³³. W mojej poprzedniej wypowiedzi przyłączyłem się do zwolenników poglądu, zgodnie z którym klauzula *ne exeat* nie podnosi prawa do odwiedzin do rangi prawa do pieczy nad dzieckiem. Uważa lektura argumentacji Sądu Najwyższego nie przekonała mnie do zmiany poglądu. Co więcej, racje przedstawione w zdaniu odrębnym dodatkowo mnie w nim utwierdziły. Treść zdania odrębnego wydaje się o wiele bardziej przekonująca od głównego wywodu. Jest ono w wielu momentach zbieżne z moimi przemyśleniami. W obliczu zdania większości daje mi to dość gorzką satysfakcję. Być może — kto wie? — ta przemyślana, a przede wszystkim kładąca nacisk na najlepszy interes (dobro) dziecka wypowiedź sędziów Stevensa, Thomasa i Breyera stanie się inspiracją dla orzecznictwa w innych państwach-sygnatariuszach konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę.

³² Ibidem, s. 2010.

³³ Jednymi z pierwszych są skrótowna analiza przeprowadzona przez: A. Trigg, M. Turpin: *Comparing Custody And Parenting Time: U.S. Supreme Court Offers Guidance*, „New Jersey Law Journal” 2010, No. 200, s. 825 i nast. oraz J. Inman: *Supreme Court Says Ne Exeat Clause Must Be Enforced*. New York Family Law Monthly 2010, No. 11, s. 1 i nast.

Arkadiusz Wowerka

Niemieckie międzynarodowe prawo spółek w toku przemian

Abstract: The current German private international law provides no specific regulations on the law governing companies. The essential principles in this area were developed by the doctrine and the judicature. According to the basic rule, the law governing companies is determined by reference to the state in which the company has its actual real seat (central administration) (real seat theory). Although, following the case-law of the Court of Justice of the European Union on the freedom of establishment the law applicable to the immigrating EU-companies should be determined by reference to the state in which they have been incorporated (founded) (incorporation theory). Thus, the real seat theory (in its modified version) is still applicable to the non EU-companies. The proposed draft regulation on private international law of companies, associations and legal entities adopts in general as a basic rule the incorporation theory. The mentioned draft regulation provides provisions on, up till now not explicit regulated issues, among others especially provisions for determination of the scope of the law governing companies. For political reasons only, it is not certain if it comes into force.

Keywords: companies in private international law, law governing companies, German international company law, scope of application of the law governing companies, real seat theory, incorporation theory

1. Wprowadzenie

Obecnie w Niemczech prowadzenie przedsiębiorstw w formie spółek prawa obcego nie jest niczym niezwykłym. Szczególnym powodzeniem cieszy się zwłaszcza angielska Private Limited Company¹. Stan ten jest konse-

¹ Wiele portali internetowych oferuje kompletne rozwiązania i obsługę w zakresie tworzenia i prowadzenia tych spółek bez konieczności przebywania w Wielkiej Bryta-

kwencją gwarantowanej w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej² swobody przedsiębiorczości, jak to wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego tej swobody w odniesieniu do spółek. Orzecznictwo to wywarło zasadniczy wpływ na obowiązujące dotychczas w prawie niemieckim reguły kolizyjne w zakresie międzynarodowego prawa spółek. Spowodowało przewartościowanie obowiązującej dotychczas podstawowej reguły, ale też zrodziło konieczność wyjaśnienia kwestii, którym — ze względu na tę regułę — nie poświęcano dotychczas szczególnej uwagi. W żadnej innej dziedzinie prawa orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości nie przyniosło tylu publikacji, co w dziedzinie autonomicznego międzynarodowego prawa spółek.

2. Dotychczasowy stan prawny

Międzynarodowe prawo spółek jest dziedziną do tej pory nieskodyfikowaną w prawie niemieckim. Obejmująca zasadniczą regulację prawa prywatnego międzynarodowego ustawa wprowadzająca kodeks cywilny z dnia 18 sierpnia 1896 r. (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*)³ nie zawiera norm poświęconych spółkom. Mimo dokonanych w latach osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych minionego wieku istotnych nowelizacji tej ustawy nie zdecydowano się na wprowadzenie norm kolizyjnych poświęconych spółkom⁴. Obowiązujące w tej materii reguły są dziełem orzecznictwa i doktryny.

Do zasadniczych kwestii w zakresie międzynarodowego prawa spółek należy wskazanie prawa właściwego (statutu personalnego) oraz ustalenie zakresu jego zastosowania (zakresu statutu personalnego)⁵.

nii, np.: <http://www.limited4you.de>, <http://www.interlimited.com>, <http://www.go-ahead.de/>. Ze względu na brak obowiązku rejestracji w Niemczech ustalenie dokładnej liczby takich spółek jest trudne, niemniej jednak liczbę aktywnych spółek szacować można na co najmniej kilkadziesiąt tysięcy.

² Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE z dnia 30 marca 2010 r., C 83, s. 47 i nast.

³ RGBl. S. 604; BGBl. I S. 2949, ber. 1997 I, s. 1061.

⁴ Chodzi tu o nowelizacje z lat 1986 i 1999. Pierwsza wprowadzała nowe regulacje dotyczące odesłania, osób fizycznych oraz prawa rodzinnego i spadkowego, a także transponowała Konwencję rzymską o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Druga nowelizacja wprowadzała regulacje dotyczące zobowiązań pozaumownych i prawa rzeczowego; zob. R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” [dalej: IPRax] 2008, H. 2, s. 82.

⁵ Por. B. Großfeld: *Internationales Gesellschaftsrecht*, in: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetze und Nebengesetzen*.

W odniesieniu do pierwszego z zagadnień znaczenie ma w zasadzie teoria siedziby. Należała ona dotychczas do kanonu orzecznictwa, przy wsparciu przeważającej części doktryny⁶. Przesądziła o tym główna cecha tej teorii, polegająca na zapewnieniu zastosowania prawa (i standardów) państwa, które jest najbardziej dotknięte działalnością spółki (z którym spółka jest najściślej związana)⁷.

W piśmiennictwie prezentowane są również inne teorie. Przede wszystkim wskazać trzeba na teorie „pośrednie”, będące modyfikacją teorii utworzenia lub kombinacją teorii założenia i teorii siedziby. W tym względzie wymienić należy: teorię nakładania się statutów Sandrocca; teorię dyferencjacji Grasmanna; ograniczoną teorię utworzenia — w ujęciu Behrensa, w koncepcji Knobbe-Keucka i Grothego oraz w koncepcji Beitzkego; teorię punktu ciężkości Wiedemanna; teorię kombinacji Zimmera oraz koncepcję v. Halena. Żadna z nich nie zyskała akceptacji w orzecznictwie ani szerszego uznania w doktrynie. Wskazuje się, że wymienione teorie są mało użyteczne z praktycznego punktu widzenia, nie zapewniają bowiem pewności prawa. Z założenia odrzucają zasadę jedności statutu personalnego. W ich ramach nie są też dostatecznie jednoznacznie przyjmowane kryteria wskazania prawa właściwego, np.: wyróżnienie dwóch sfer — wewnętrznej i zewnętrznej — spółki, bezpośrednie interesy prywatne, kryterium korzystniejszego systemu prawnego, wymóg powołania się przez strony na korzystniejszy system prawny, bezpośrednie interesy prywatne czy kryterium braku dostatecznej ochrony danych interesów. Zasadnicze wątpliwości budzi również ich zgodność z traktatową swobodą przedsiębiorczości. Wspomnieć należy także o niezwiązanej z teorią utworzenia i teorią siedziby, a praktycznie niemającej

Hrsg. J. Kropholler. Berlin 1998, s. 1; P. Kindler: *Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Trabrennbahn, Cartesio und die Folgen*. IPRax 2009, H. 3, s. 190; Idem: *Einführung in das neue IPR des Wirtschaftsverkehrs*. Frankfurt am Main 2009, s. 159.

⁶ Zob. B. Großfeld: *Internationales...*, s. 6—7; G. Hohloch: *Internationales Gesellschaftsrecht*. In: *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGBG, EGBGB, ErbbauVO, HausTWG, ProdHaftG, SachenRBerG, SchuldRAnpG, VerbrKrG*. Hrsg. H.P. Westermann. Köln 2000, s. 5418; A. Heldrich: *Internationales Privatrecht*. In: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. Bd. 7. München 2008, s. 2473; N. Horn: *Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit — Inspire Art. „Neue Juristische Wochenschrift“* [dalej: NJW] 2004, H. 13, s. 893.

⁷ Co do funkcji teorii siedziby H. Eidenmüller: *Theorien zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts und Wettbewerb der Gesellschaftsrechte*. In: *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutsche Recht*. Hrsg. H. Eidenmüller. München 2004, s. 3—5; B. Großfeld: *Internationales...*, s. 5, 9—10, 17—18; P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 11: *Internationales Wirtschaftsrecht. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 50—245)*. Hrsg. H.J. Sonnenberger. München 2006, s. 134—145.

obecnie znaczenia teorii kontroli, znajdującej swój wyraz w teorii ryzyka Fikentschera⁸.

Zgodnie z teorią siedziby, prawem właściwym dla spółki jest prawo jej siedziby. Za siedzibę spółki uważa się rzeczywistą siedzibę administracji (*tatsächliche Verwaltungssitz*). Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie powszechne uznanie zyskała obecnie w tej mierze formuła O. Sandrocka, w myśl której rzeczywistą siedzibą spółki jest miejsce, w którym w formie bieżących decyzji w zakresie zwykłej działalności spółki realizowane są zasadnicze wytyczne dotyczące działalności spółki, w tym wielkości i rodzaju produkcji, wielkości obrotów, polityki personalnej⁹.

Konsekwencją teorii siedziby jest zmiana statutu personalnego spółki w razie transgranicznego przeniesienia rzeczywistej jej siedziby. Odróżnić jednakże należy przypadki emigracji i imigracji spółki. Emigrująca spółka niemiecka przestaje być spółką prawa niemieckiego, chyba że państwo przyjmujące hołduje teorii utworzenia. Wówczas następuje odesłanie do prawa niemieckiego, które to odesłanie przyjmuje. Z kolei imigrująca spółka prawa obcego podlega odtąd niemieckiemu prawu materialnemu, co w rezultacie prowadzi do nieuznania jej podmiotowości i konieczności utworzenia spółki na nowo, zgodnie z przepisami niemieckiego prawa spółek¹⁰.

⁸ Więcej na temat wszystkich wymienionych teorii zob. M. Brombach: *Das Internationale Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld von Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit*. Jena 2006, s. 29—40, 163—168; C.Ch. v. Halen: *Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH. Kollisionsrechtliche. Tragweite, materiellrechtliche Folgen und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten*. Heidelberg 2001, s. 34—44, 233—234; R. Hausmann: *Bestimmung des Gesellschaftsstatuts*. In: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. Köln 2010, s. 1501—1502; P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 145—157; T. Lanzius: *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Gläubigerschutzes und der unternehmerischen Mitbestimmung bei Scheinauslandsgesellschaften*. Frankfurt am Main 2005, s. 118—144; A. Spahlinger: *Deutsches autonomes Kollisionsrecht*. In: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*. Hrsg. A. Spahlinger, G. Wegen. München 2005, s. 7—14.

⁹ Zob. P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 172; Idem: *Einführung...*, s. 172—173; A. Franz, L. Laeger: *Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht. „Betriebs-Berater“* [dalej: BB] 2008, H. 14, s. 682; C. Schneider: *Internationales Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung*. BB 2008, H. 12, s. 567.

¹⁰ Zob. szerzej P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 195—203; R. Hausmann: *Auswirkungen der Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts auf die Mobilität von Gesellschaften*. In: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. München 2010, s. 1541—1545.

Teoria siedziby jest teorią jedności prawa właściwego, czego wyrazem jest szerokie ujmowanie zakresu statutu personalnego spółki i przyporządkowywanie temu statutowi generalnie całości sfery wewnętrznej i zewnętrznej spółki¹¹. Statut personalny spółki określa, zgodnie z zasadą jedności, tworzenie, charakter i strukturę oraz funkcjonowanie spółki w obrocie. Obrazowo rzecz ujmując, statut ten rozstrzyga o powstaniu, funkcjonowaniu i ustaniu spółki. Statutowi personalnemu podlegają w szczególności materialne przesłanki powstania spółki, wewnętrzna struktura organizacyjna, w tym kompetencje organów, prawa i obowiązki wspólników, a także reguły dotyczące sfery zewnętrznej spółki, w tym zwłaszcza reprezentacja spółki oraz odpowiedzialność spółki, organów i wspólników za zobowiązania spółki i wreszcie rozwiązanie i likwidacja spółki¹².

Warto jeszcze wspomnieć, że pojęciu spółki w rozumieniu międzynarodowego prawa spółek powszechnie nadaje się szeroki zakres. Obejmuje ono każdy twór mający rozpoznawalną na zewnątrz organizację. Sam przymiot osobowości czy też zdolności prawnej jest tu bez znaczenia. Dla stwierdzenia istnienia spółki w sensie kolizyjnoprawnym znaczenia nie ma także charakter działalności danego tworu¹³.

¹¹ B. Großfeld: *Internationales...*, s. 64; R. Hausmann: *Reichweite des Gesellschaftsstatuts*. In: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. Köln 2010, s. 1550; D. Jasper/Wollbrink: *Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht*. In: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Gesellschaft mit Beschränkter Haftung*. Bd. 3. Hrsg. H.-J. Priester, D. Mayer. München 2009, s. 1667; P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 204.

¹² Szerzej co do zakresu statutu personalnego zob. B. Großfeld: *Internationales...*, s. 64—102; P. Kindler: *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht...*, s. 204 i nast.; Idem: *Einführung...*, s. 186; D. Jasper/Wollbrink: *Das deutsche...*, s. 1667—1673; R. Süß: *Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts*. In: *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*. Hrsg. R. Süß, T. Wachter. Angelbachtal 2006, s. 22—51; R. Hausmann: *Reichweite...*, s. 1550—1562; A. Heldrich: *Internationales...*, s. 2476—2477; G. Hohloch: *Internationales...*, s. 5421—5422; A. Spahlinger, G. Wegen: *Für Gesellschaften relevante Sachverhalte mit Auslandsberührung*. In: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*. Hrsg. A. Spahlinger, G. Wegen. München 2005, s. 67—121, 149—156, 187—188; K. Thorn: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. Bd. 7. München 2010, s. 2538—2539.

¹³ Por. B. Großfeld: *Internationales...*, s. 1; A. Spahlinger: *Deutsches...*, s. 24; M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 21.

3. Wpływ orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego traktatowej swobody przedsiębiorczości

Pierwszym wyrokiem, który miał znaczenie dla autonomicznego międzynarodowego prawa spółek, był wyrok Trybunału w sprawie Daily Mail i General Trust¹⁴. Judykat ten poczytywany był powszechnie za potwierdzenie zgodności teorii siedziby z gwarantowaną w prawie pierwotnym swobodą przedsiębiorczości¹⁵. Warto zaznaczyć, że wyrok w sprawie Daily Mail i General Trust formalnie dotyczył jedynie emigracji spółki. Przełom przyniósł wyrok w sprawie Centros¹⁶, który wywołał istotne wątpliwości co do zgodności tej teorii ze swobodą przedsiębiorczości i szeroką dyskusję w tej materii¹⁷. Przez niektórych orzeczenie to zostało uznane za początek koń-

¹⁴ Wyrok z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 81/87. Zb. Orz., s. 5483 i nast.

¹⁵ Zob. B. Großfeld: *Internationales...*, s. 30; G. Hohloch: *Internationales...*, s. 5418—5419.

¹⁶ Wyrok z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97. Zb. Orz., s. I-1459 i nast.

¹⁷ Zob. G. Borges: *Die Sitztheorie in der Centros-Ära: Vermeintliche Probleme und unvermeidliche Änderungen*. „Recht der Internationalen Wirtschaft” [dalej: RIW] 2000, H. 3, s. 167 i nast.; W. Ebke: *Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH*. „Juristen Zeitung” [dalej: JZ] 1999, H. 13, s. 656 i nast.; R. Freitag: *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht*. „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” [dalej: EuZW] 1999, H. 9, s. 267 i nast.; S. Görk: *Das EuGH-Urteil in Sachen „Centros” vom 9. März 1999: Kein Freibrief für Briefkastengesellschaften!* „GmbH Rundschau” [dalej: GmbHR] 1999, H. 15, s. 793 i nast.; C.Ch. v. Halen: *Das Gesellschaftsstatut...*, s. 27 i nast.; B. Höfling: *Die Sitztheorie, Centros und der österreichische OGH*. EuZW 2000, H. 5, s. 145 i nast.; P. Kindler: *Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die „Centros“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht*. NJW 1999, H. 28, s. 1993 i nast.; H.J. Sonnenberger, H. Großerichter: *Konfliktlinien zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit*. RIW 1999, H. 10, s. 721 i nast.; P.O. Mülbert, K.U. Schmolke: *Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften. Anwendungsgrenzen der Art. 43 ff. EGV bei kollisions- und sachrechtlichen Niederlassungshindernissen*. „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft” [dalej: ZVglRWiss] 2001, Nr. 101, s. 233 i nast.; O. Sandrock: *Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie*. BB 1999, H. 26, s. 1337 i nast.; J. Sedemund, F.L. Hausmann: *Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie. Abschied von Daily Mail? Kommentar*. BB 1999, H. 16, s. 810 i nast.; E. Steindorff: *Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung*. JZ 1999, H. 23, s. 1140 i nast.; J.A. Tersteegen: *Kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Kapitalgesellschaften im Inland unter besonderer Berücksichtigung von Scheinauslandsgesellschaften*. Köln 2002, s. 67—244; W.H. Roth: *Centros: Viel Lärm um nichts?* „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” [dalej: ZGR] 2000, H. 2, s. 311 i nast.; D. Zimmer: *„Mysterium Centros”. Von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils der Europäischen Gerichtshofes*. „Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht” [dalej: ZHR] 2000, Nr. 164, s. 23 i nast.

ca teorii siedziby w Niemczech¹⁸. W tym stanie rzeczy VII Zivilsenat BGH (VII Senat Cywilny Federalnego Sądu Najwyższego) przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości ówczesnych Wspólnot Europejskich wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie holenderskiej spółki Überseering BV, mającego wyjaśnić wszelkie wątpliwości, w którym jednakże wyraźnie skłaniał się ku teorii siedziby¹⁹. W międzyczasie starał się złagodzić skutki teorii siedziby, dokonując jej modyfikacji, polegającej na kwalifikowaniu obcych spółek kapitałowych, które przeniosły swą rzeczywistą siedzibę do Niemiec jako mające zdolność prawną spółki osobowe prawa niemieckiego (cywilną lub jawną)²⁰. Wyrok w sprawie Überseering²¹ oraz kolejny wyrok w sprawie Inspire Art²² przyniosły ostateczne rozstrzygnięcie i wyparcie teorii siedziby na rzecz teorii utworzenia. Odtąd zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie powszechnie przyjmuje się, że w stosunku do spółek pochodzących z państw członkowskich UE zastosowanie znajduje teoria utworzenia²³. Dotyczy to jednakże głównie przypadków imigracji spółek, które mają wszakże najistotniejsze znaczenie z praktycznego i teoretycznego punktu widzenia dla rodzimego systemu prawnego. Niemniej jednak w doktrynie wyrażane są istotne wątpliwości dotyczące różnicowania w zakresie swobody przedsiębiorczości przypadków imigracji i emigracji spółek²⁴.

¹⁸ C.Ch. v. Halen: *Das Gesellschaftsstatut...*, s. 280.

¹⁹ Zob. U. Frosthoff: *Rechts- und Parteifähigkeit ausländischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland? Die Sitztheorie vor dem BGH. Anmerkung zu dem Vorlagebeschluss des BHG vom 30.3.2000 — VII ZR 370/98. „Der Betrieb”* [dalej: DB] 2000, H. 22, s. 1109 i nast.; W. Meilicke: *Sitztheorie versus Niederlassungsfreiheit? Besprechung des Vorlagebeschlusses des BGH vom 30.3.2000 — VII ZR 370/98. GmbHR* 2000, H. 14, s. 693 i nast.

²⁰ Zob. S. Leible, J. Hoffman: *Vom „Nullum” zur Personengesellschaft — Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaft im deutschen Recht. DB* 2002, H. 42, s. 2203 i nast; zob. także H.-K. Ress: *Grenzüberschreitende Sitzverlegung im Europäischen Gesellschaftsrecht. In: Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005. Hrsg. J. Bröhmer. Köln—Berlin—München* 2005, s. 746—747.

²¹ Wyrok z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00. Zb. Orz., s. I-9919 i nast.

²² Wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-167/01. Zb. Orz., s. I-10155 i nast.

²³ Zob. zamiast wielu A. Heldrich: *Internationales...*, s. 2474—2475 oraz powołaną tam literaturę i orzecznictwo.

²⁴ Zob. w tym względzie M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 115—125; U. Frosthoff: *Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt-Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften. In: Grenzüberschreitende Gesellschaften. Hrsg. H. Hirte, T. Bücker. Berlin—München* 2005, s. 56—58; A. Franz, L. Laeger: *Die Mobilität...*, s. 677; R. Hausmann: *Bestimmung...*, s. 1548—1550; Idem: *Auswirkungen...*, s. 1549; G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht. Baden-Baden* 2005, s. 118—145; J.A. Campos Nave: *Die Liberalisierung der Wegzugsfreiheit in Europa. BB* 2008, H. 27, s. 1411—1413; H. Hirte: *Die „Limited” mit Sitz in Deutschland — Abkehr von der Sitztheorie nach Centros, Überseering und*

W wyroku w sprawie *Cartesio*²⁵ Trybunał zasadniczo potwierdził doktrynę *Daily Mail* i dopuścił dalsze obowiązywanie teorii siedziby w odniesieniu do przypadków emigracji spółek²⁶. Warto zaznaczyć, że orzeczenie to na ogół spotykało się z krytyką²⁷.

Nadmienić wypada, że jeżeli chodzi o dogmatyczne uzasadnienie stosowania teorii utworzenia, głównie prezentowane są dwa stanowiska. Wedle jednego z nich, swoboda przedsiębiorczości zawiera (ukrytą) nor-

Inspire Art. In: *Grenzüberschreitende Gesellschaften*. Hrsg. H. Hirte, T. Bucker. Berlin—München 2005, s. 9—10; R. Werner: *Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach „Cartesio” und „Trabrennbahn”*. GmbHR 2009, H. 4, s. 193; U. Grohmann, N. Gruschinske: *Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU — die Rechtssache Cartesio*. EuZW 2008, H. 15, s. 463—464; W.-H. Roth: *Die Wegzugsfreiheit für Gesellschaften*, in: *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*. Hrsg. M. Lutter. Köln 2005, s. 384—401; R. Wilhelm: *Der Wegzug von Gesellschaften im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit*. DB 2008, H. 30, s. 1611—1613; D. Zimmer, Ch. Naendrup: *Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?* NJW 2009, H. 9, s. 546.

²⁵ Wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-210/06. Zb. Orz., s. I-09641 i nast.

²⁶ Por. P. Kindler: *Internationales Gesellschaftsrecht...*, s. 190—192.

²⁷ Tak m.in.: C. Behme, N. Nohlen: *„Entscheidung überraschend für die Praxis”*, BB-Kommentar. BB 2009, H. 1/2, s. 13—12; B. Knof, S. Mock: *Rechtsprechung zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, EG Art. 43, 48, 234, Vereinbarkeit von Wegzugsbeschränkungen mit der Niederlassungsfreiheit („Cartesio”), Anmerkung*. „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” [dalej: ZIP] 2009, H. 1, s. 30 i nast.; W.G. Paefgen: *„Cartesio”: Niederlassungsfreiheit minderer Güte. Wertpapiermitteilungen*. „Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht” [dalej: WM] 2009, H. 12, s. 529 i nast.; S. Leible, J. Hoffmann: *Cartesio — fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen*. BB 2009, H. 3, s. 58 i nast.; D. Zimmer, Ch. Naendrup: *Das Cartesio-Urteil...*, s. 545 i nast. Odmienne: P. Bollacher: *Keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit durch nationale Beschränkung des Wegzugs von Gesellschaften*. RIW 2009, H. 3, s. 153 i nast.; P. Kindler: *Ende der Diskussion über die sogenannte Wegzugsfreiheit*. „Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht” [dalej: NZG] 2009, H. 4, s. 130 i nast.; Idem: *Internationales Gesellschaftsrecht...*, s. 190 i nast.; Ch. Teichmann: *Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug*. ZIP 2009, H. 9, s. 394 i nast.; W. Meilicke: *Rechtsprechung, Gesellschaftsrecht, Ausländische GmbH: Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen EU-Mitgliedstaat als den Gründungsmitgliedstaat, Anmerkung*. GmbHR 2009, H. 2, s. 92 i nast. Również w polskim piśmiennictwie wyrok ten stał się przedmiotem krytycznych komentarzy; tak A. Wowerka: *Emigracyjna swoboda przedsiębiorczości spółek. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-210/06*. „Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa” 2009, nr 3, s. 169 i nast.; Idem: *Swoboda przedsiębiorczości spółek*. W: *Europa przedsiębiorców*. Red. Z. Brodecki. Warszawa 2011 (zweryfikowany podrozdział), s. 135 i nast.; zob. także A. Opalski: *Swoboda osiedlania się spółek w świetle wyroku w sprawie Cartesio*. „Państwo i Prawo” 2009, z. 8, s. 59 i nast.

mę kolizyjną będącą wyrazem teorii utworzenia²⁸, natomiast zgodnie z drugim poglądem swoboda przedsiębiorczości nie ma charakteru kolizyjnoprawnego, a wyłączenie teorii siedziby jest konsekwencją pojmowania tej swobody przedsiębiorczości jako zakazu ograniczania aktywności gospodarczej o charakterze transgranicznym²⁹. Wydaje się, że przeważa drugie z wymienionych stanowisk.

Obecnie przedmiotem ożywionej dyskusji w piśmiennictwie jest kwestia zasadności utrzymywania teorii siedziby w ogóle, a tym samym także w odniesieniu do spółek pochodzących spoza państw członkowskich UE³⁰. Piśmiennictwo i doktryna skłaniają się głównie ku generalnemu przyjęciu teorii utworzenia³¹. Orzecznictwo nie jest skłonne do rozstrzy-

²⁸ Tak M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 111; P. Behrens: *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art*. IPRax 2003, H. 3, s. 204; R. Hausmann: *Bestimmung...*, s. 1514; H. Eidenmüller: *Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und ihre Rechtfertigung*. In: *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*. Hrsg. H. Eidenmüller. München 2005, s. 47.

²⁹ Tak G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit...*, s. 47, 75; U. Frosthoff, M. Schulz: *Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften*. In: *Grenzüberschreitende Gesellschaften*. Hrsg. H. Hirte, T. Bückner. Berlin—München 2005, s. 435—436; A. Spahlinger: *Deutsches...*, s. 45; Ch.C. v. Halen: *Das Gesellschaftsstatut...*, s. 114; G. Rehm: *Völker- und europarechtliche Vorgaben für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts*. In: *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*. Hrsg. H. Eidenmüller. München 2004, s. 39—40.

³⁰ Zob. M.K. Binz: *Die Rechtsstellung von Kapitalgesellschaften aus Nicht-EU/EWR/USA-Staaten mit Verwaltungssitz in Deutschland*. BB 2005, H. 44, s. 2361 i nast.; S. Balthasar: *Gesellschaftsstatut und Gläubigerschutz: ein Plädoyer für die Gründungstheorie*. RIW 2009, H. 4, s. 222—223; A. Hellgardt, M. Illmer: *Wiederauferstehung der Sitztheorie?* NZG 2009, H. 3, s. 94; W. Goette: *Geltung der eingeschränkten Sitztheorie bei Verwaltungswechsel nach Deutschland. Kommentar*. „Deutsches Steuerrecht” [dalej: DStR] 2009, H. 1/2, s. 63.

³¹ Tak np. W. Paefgen: „*Cartesio*”..., s. 534, 536; S. Balthasar: *Gesellschaftsstatut...*, s. 223—227; A. Hellgardt, M. Illmer: *Wiederauferstehung...*, s. 96; W. Goette: *Geltung...*, s. 63; R. Koch: *Gründungs- oder Sitztheorie? Eine „never ending story?”*. „Die Aktiengesellschaft. Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches und europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht” [dalej: AG] 2009, H. 3, s. 75; R. Sethe, K. Winzer: *Der Umzug von Gesellschaften in Europa nach dem Cartestio-Urteil*. WM 2009, H. 12, s. 539; S. Leible, J. Hoffmann: „*Überseering*” und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie. RIW 2002, H. 12, s. 935; J. Schinköth: *Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften. Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit auf deutsche und europäische Gesellschaftsrecht*. München 2005, s. 38—55, 55—56. Odmienne W.F. Ebke: *Überseering und Inspire Art: Auswirkungen auf das Internationale Gesellschaftsrecht aus der Sicht von Drittstaaten*. In: *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen. Nach Centros, Überseering und Inspire Art*. Hrsg. O. Sandrock, Ch.F. Wetzler. Heidelberg 2004, s. 122—128; P. Kindler: *GmbH-Reform und internationales Gesellschaftsrecht, Die Aktiengesellschaft*. AG 2007, H. 20, s. 726—727; Idem: *Internationales Gesellschafts-*

gania tej kwestii i wyraźnie pozostawia podjęcie decyzji ustawodawcy krajowemu. W wyroku w sprawie Trabrennbahn niemiecki BGH³², uznając, że do szwajcarskiej spółki akcyjnej z rzeczywistą siedzibą w Niemczech nadal zastosowanie znajduje teoria siedziby w jej zmodyfikowanej wersji, stwierdził, że nie jest rolą sądu wyprzedzanie woli ustawodawcy i dokonywanie zmian w dotychczasowym orzecznictwie. To zachowawcze stanowisko przez wielu poddane zostało krytyce³³. Niemniej jednak w doktrynie zaznacza się, że wyrok ten nie może być traktowany jako zajęcie przez BGH stanowiska przeciwko rozszerzaniu teorii utworzenia na spółki pochodzące z państw trzecich³⁴. Warto podkreślić, że w piśmiennictwie wskazuje się na liczne problemy wynikające ze stosowania zmodyfikowanej teorii siedziby, związane w szczególności z możliwością obowiązywania podwójnego statutu personalnego, jeżeli państwo emigracji hołduje teorii utworzenia i zezwala na emigrację spółki (tu zwłaszcza problem egzekucji w państwie utworzenia wyroku wydanego przeciwko spółce w państwie rzeczywistej siedziby), z zasadniczymi różnicami między spółkami kapitałowymi a osobowymi i wiążącymi się z tym zasadami reprezentacji takiej „przekwalifikowanej” spółki kapitałowej przez osoby trzecie czy odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki³⁵.

Należy podkreślić, że już teraz na mocy wielu umów międzynarodowych teoria utworzenia ma zastosowanie w stosunku do spółek spoza UE³⁶. Głównym tego przykładem jest jej stosowanie w odniesieniu do

recht..., s. 190. W przekonaniu niektórych, w konsekwencji orzecznictwa Trybunału teoria siedziby w całości „umarła”, tak O. Sandrock: *Was ist erreicht? Was bleibt zu tun? Eine kolisions- und materiellrechtliche Bilanz*. In: *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen...*, s. 33.

³² Wyrok z dnia 27 października 2008 r. w sprawie II ZR 158/06. Opublikowany w: „Recht — Steuern — Wirtschaft” [dalej: DStR] 2009, H. 1/2, s. 59 i nast. oraz w: NJW 2009, H. 5, s. 289 i nast.

³³ M.in. E. Gottschalk: *Beschränkungen für schweizerische Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland gelten fort*. ZIP 2009, H. 20, s. 951; R. Koch: *Gründungs- oder Sitztheorie...*, s. 74—75; zob. S. Balthasar: *Gesellschaftsstatut...*, s. 223 i nast.

³⁴ E.-M. Kieninger: *Sitztheorie bei Sitzverlegung schweizerischer AG — Trabrennbahn. Anmerkung*. NJW 2009, H. 5, s. 292. Odmienny punkt widzenia zdaje się prezentować P. Kindler (*Internationales Gesellschaftsrecht...*, s. 190), który stwierdza, że BGH zdecydowanie potwierdził teorię siedziby jako podstawową regułę międzynarodowego prawa spółek.

³⁵ Zob. M.K. Binz: *Die Rechtsstellung...*, s. 2363—2365; M. Lamsa: *Modifizierte Sitztheorie bringt für die Rechtsanwendung zahlreiche Schwierigkeiten*. BB 2009, H. 1/2, s. 17—18.

³⁶ Umowy te zawierają bądź to (mniej lub bardziej wyraźne) normy kolizyjne, bądź też znaczenie kolizyjnoprawne przypisywane jest zawartym w nim przepisom przewidującym klauzule największego uprzywilejowania, traktowania krajowego lub swobody zakładania przedsiębiorstw (R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 82, 85—86). Szerzej w tym względzie zob. G. Rehm: *Völker- und europarechtliche Vorgaben*

spółek amerykańskich, na podstawie umowy w sprawie przyjaznych stosunków, handlu i żeglugi (Freundschafts-, Handels-, und Schifffahrt-svertrag) z dnia 29 października 1954 r.³⁷. Na podstawie art. 31 w zw. z art. 34 Porozumienia w sprawie EOG zasady wynikające z orzecznictwa Trybunału znajdują odpowiednio zastosowane również do spółek utworzonych zgodnie z prawem jednego z państw należących do EFTA³⁸.

Na rzecz teorii utworzenia przytacza się wiele przekonujących argumentów³⁹: kryteria łączników przyjmowane w teorii utworzenia są stosunkowo precyzyjne⁴⁰, co pozwala uniknąć wielu problemów związanych z ustaleniem rzeczywistej siedziby i tym samym prawa właściwego. Prawo prywatne międzynarodowe jest *per se* materią skomplikowaną, a więc należy unikać rozszczerzonego prawa kolizyjnego tam, gdzie to możliwe. Przyjęcie tej teorii zapewnia jednolitość rozstrzygnięć kolizyjnych, gdyż unika się w ten sposób stosowania odmiennych standardów, jeżeli chodzi o spółki z UE i spoza UE; w tym kontekście przejście do teorii utworzenia zapewnia zbieżność z licznymi umowami bilateralnymi statuującymi stosowanie tej teorii. Podkreśla się, że już w obecnym stanie prawnym możliwe jest w Niemczech prowadzenie działalności gospodarczej w formie spółek utworzonych zgodnie z liberalnym prawem

für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts. In: *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht.* Hrsg. H. Eidenmüller, A. Engert, M. Rehberg, G. Rehm. München 2004, s. 14—28.

³⁷ Por. wyrok BGH z dnia 29 stycznia 2003 r. w sprawie VIII ZR 155/02, opublikowany w: BHGZ 153, s. 353 i nast.; wyrok BGH z dnia 5 lipca 2004 r. w sprawie II ZR 389/02, opublikowany w: DStR 2004, H. 43, s. 1841 i nast.; wyrok BGH z dnia 13 października 2004 r. w sprawie I ZR 245/01, opublikowany w: DStR 2004, H. 49, s. 2113 i nast.; zob. także H. Bungert: *Sitzanknüpfung für Rechtsfähigkeit von Gesellschaften gilt auch nicht mehr im Verhältnis zu den USA.* DB 2003, H. 19, s. 1043 nast.; P. Kindler: *Nach Überseering: Partei- und Prozessfähigkeit einer in den USA gegründeten Gesellschaft mit Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland,* BB-Kommentar. BB 2003, H. 16, s. 812; Idem: *Einführung...*, s. 162—165; L.M. Laeger: *Deutsch-amerikanisches Internationales Gesellschaftsrecht.* Frankfurt am Main 2008, s. 88 i nast.; M. Stürner: *Zur Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland.* IPRax 2005, H. 4, s. 305 i nast.

³⁸ S. Leible, J. Hoffmann: „Überseering”..., s. 927; W. Goette: *Geltung...*, s. 63; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 85; R. Werner: *Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht nach „Cartesio” und „Trabrennbahn”.* GmbHR 2009, H. 4, s. 192; zob. także wyrok BGH z dnia 19 września 2005 r. w sprawie II ZR 372/03 w odniesieniu do spółki akcyjnej z Lichtensteinu, opublikowany w: BGHZ 164, s. 148 i nast.

³⁹ Zob. literaturę przywołaną w przyp. 32, a także R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 85—86.

⁴⁰ Co do kryteriów łącznika w teorii założenia zob. J. Hoffmann: *Das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie.* ZVglRWiss 2002, H. 101, s. 283 i nast.; D.M. Kaulen: *Zur Bestimmung des Anknüpfungsmoments unter der Gründungstheorie. Unter besonderer Berücksichtigung des deutsch-US-amerikanischen Freundschaftsvertrags.* IPRax 2008, H. 5, s. 389 i nast.

spółek, jak spółki prawa angielskiego, czy spółki utworzonej zgodnie z prawem Lichtensteinu. Prognozowane negatywne skutki otwarcia się na formy spółek, które w ogóle nie muszą posiadać kapitału zakładowego lub mają jedynie niewielki kapitał zakładowy, okazały się płonne. Wątpliwe jest, czy rodzime prawo spółek w każdym przypadku zapewni większą ochronę i lepsze standardy niż prawo obce. Do spółek spoza UE w pełnym zakresie zastosowanie będą miały rodzime instrumenty, służące ochronie interesów wierzycieli spółek i obrotu zgodnie z ogólnymi rozwiązaniami, takimi jak przepisy wymuszające swoje zastosowanie czy nawet klauzula *ordre public*.

W związku z wyłączeniem stosowania teorii siedziby na rzecz teorii utworzenia przez wymogi wynikające ze swobody przedsiębiorczości istotne znaczenie ma pytanie o dopuszczalność stosowania rodzimych regulacji do migrujących spółek prawa obcego. Zagadnienie to jest obecnie przedmiotem żywej dyskusji w piśmiennictwie⁴¹. W doktrynie przeważa przy tym stanowisko, że w świetle orzecznictwa Trybunału, w szczególności wyroków w sprawie *Überseering* i w sprawie *Inspire Art.*, prawo utworzenia jest właściwe we wszystkich materiach stanowiących przedmiot statutu personalnego takich spółek⁴². W tym kontekście stwierdza się, że z orzecznictwa tego wynika zasada pochodzenia krajowego spółek europejskich⁴³.

Jedną z najistotniejszych kwestii jest ochrona wierzycieli migrujących spółek prawa obcego, w szczególności tzw. *pseudo corporations*, zwłaszcza gdy przepisy prawa spółek państwa utworzenia takich spółek są bardziej liberalne niż przepisy prawa spółek państwa docelowego. Zastosowanie do takich migrujących spółek przepisów rodzimego prawa spółek,

⁴¹ Zob. spośród ogromnej liczby publikacji w szczególności prace zbiorowe: *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. Mit Rechts- und Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*. Hrsg. M. Lutter. Köln 2005, s. 1 i nast.; *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*. Hrsg. H. Eidenmüller. München 2004, s. 1 i nast.; *Grenzüberschreitende Gesellschaften. Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland*. Hrsg. H. Hirte, T. Bücker. Berlin—München 2005, s. 1 i nast.; *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*. Hrsg. A. Spahlinger, G. Wegen. München 2005, s. 1 i nast.; *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*. Hrsg. R. Süß, T. Wachter. Angelbachtal 2006, s. 1 i nast., a także: E.-M. Kieninger: *Internationales Gesellschaftsrecht nach „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“: Antworten, Zweifel und offene Fragen*. „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht“ [dalej: ZEuP] 2004, s. 696—702; T. Lanzius: *Anwendbares...*, s. 27 i nast.; J. Schinköth: *Grenzüberschreitende...*, s. 57—137.

⁴² A. Heldrich: *Internationales...*, s. 2475 i powołana tam literatura.

⁴³ M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 112—114; G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit...*, s. 117—118; A. Heldrich: *Internationales...*, s. 2475 i powołana tam literatura.

nawet w charakterze przepisów wymuszających swoje zastosowanie⁴⁴, jest przeważnie uznawane za wątpliwe w świetle pisanych i niepisanych względów uzasadniających ograniczenia traktatowej swobody przedsiębiorczości⁴⁵. W związku z kryterium proporcjonalności wskazuje się na ustanowiony przez Trybunał w wyroku w sprawie Inspire Art w zakresie ochrony wierzycieli model informacyjny, w myśl którego informacja o charakterze spółki jako spółki prawa obcego zapewnia sama w sobie wystarczającą ochronę dla osoby wchodzącej w relacje z taką spółką (na zasadzie *volenti non fit iniuria*)⁴⁶.

Z uwagi na to w doktrynie wysunięto postulat węższego ujmowania zakresu statutu personalnego spółek, tak by generalnie w zakresie standardów ochronnych zapewnić stosowanie rodzimych przepisów⁴⁷. W odniesieniu do poszczególnych instrumentów składających się na ochronę wierzyciela może mieć to miejsce przez dokonanie innej kwalifikacji niż prawnośpółkowa, zwłaszcza deliktowej lub upadłościowej⁴⁸. Istotne znaczenie przypisuje się obecnie instrumentom, które mogą zasadniczo podlegać kwalifikacji upadłościowej⁴⁹.

⁴⁴ Co do takich przepisów prawa spółek o takim charakterze zob. M. Brombach: *Das Internationale...*, s. 172—205.

⁴⁵ Por. U. Frosthoff, M. Schulz: *Gläubigerschutz...*, s. 437—467; H. Eidenmüller: *Beschränkungen...*, s. 53—81; O. Sandrock: *Was ist erreicht...*, s. 63; Idem: *BB-Forum: Nach Inspire Art — Was bleibt vom deutschen Sitzrecht übrig?* BB 2003, H. 49, s. 2588—1589; J. Kleinert, P. Probst: *Entgültiges. Aus für Sonderanknüpfungen bei (Schein-)Auslandsgesellschaften*. DB 2003, H. 41, s. 2218; zob. także A. Heldrich: *Internationales...*, s. 2475.

⁴⁶ Por. H. Hirte: „*Die Limited*”..., s. 11, przyp. 45; H. Fleischer: *Kapitalschutz und Durchgriffshaftung bei Auslandsgesellschaften*. In: *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*. Köln 2005, s. 103; H. Eidenmüller: *Beschränkungen...*, s. 58.

⁴⁷ N. Horn: *Deutsches...*, s. 899.

⁴⁸ Zob. G. Spindler, O. Berner: *Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art*. RIW 2004, H. 1, s. 7 i nast.; H. Fleischer: *Kapitalschutz...*, s. 97; R. Hausmann: *Schutz des Rechtsverkehrs*. In: *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. München 2010, s. 1569—1572; W. Goette: *Zu den Folgen der Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland für die Haftung ihrer Gesellschafter und Organe*. ZIP 2006, H. 12, s. 541 i nast.; G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit...*, s. 198—201; P. Kindler: *Die „Aschenputtel“-Limited und andere Fälle der Mehrfachqualifikation im Schnittpunkt des internationalen Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrechts*. In: *Festschrift für Erik Jayme*. Bd. 1. Hrsg. H.-P. Mansel, T. Pfeiffer, H. Kronke, Ch. Kohler, R. Hausmann. München 2004, s. 409 i nast.; Idem: *Internationales Gesellschaftsrecht...*, s. 192—193; R. Süß: *Grundlagen...*, s. 21.

⁴⁹ Zob. m.in. M. Fischer: *Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach „Inspire Art“*. ZIP 2004, H. 32, s. 1477 i nast.; M. Heil: *Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung bei der Scheinauslandsgesellschaft in Deutschland*. Baden-Baden 2008, s. 178—181; K. Kühnle, D. Otto: „*Neues*” zur kollisionsrechtlicher Qualifikation Gläubiger schützender Materien in der Insolvenz

W doktrynie zwraca się uwagę, że ogólne normy prawa prywatnego państwa *fori*, w tym deliktowe i upadłościowe, muszą być zgodne ze swobodą przedsiębiorczości i wymagają uzasadnienia, jeżeli uniemożliwiają, ograniczają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie z tej swobody⁵⁰. W tym względzie większa część doktryny opowiada się za zastosowaniem wypracowanej przez Trybunał Sprawiedliwości UE w zakresie swobody przepływu towarów formuły Keck⁵¹ i zredukowaniem swobody przedsiębiorczości w odniesieniu do tych ogólnych przepisów wyłącznie do zaka-

der Scheinauslandsgesellschaft. IPRax 2009, H. 2, s. 117 i nast.; S. Riedemann: *Das Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut. „Inspire Art” und die Insolvenz über das Vermögen einer englischen „limited” in Deutschland*. GmbHR 2004, H. 6, s. 345 i nast.; P. Ungan: *Gläubigerschutz nach dem EuGH-Urteil in „Inspire Art” — Möglichkeiten für die Durchgriffshaftung in der Insolvenz?* ZVglRWiss 2005, Bd. 104, s. 356 i nast.; M-P. Weller: *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung. Zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach Überseering und Inspire Art*. Köln—Berlin—München 2004, s. 1 i nast.; S. Alexander: *Gläubigerschutz durch Kapitalschutz bei der englischen private company limited by shares mit Verwaltungssitz in Deutschland. Zur Anwendbarkeit des deutschen Kapitalerhaltungs- und Kapitalersatzrechts unter Berücksichtigung der aktuellen Reformvorhaben*. Frankfurt am Main 2009, s. 122 i nast., s. 248—252.

⁵⁰ H. Eidenmüller: *Beschränkungen...*, s. 49—50; G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit...*, s. 198.

⁵¹ Zob. wyrok Trybunału z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawach połączonych 267/91 i 268/91 Keck i Mithouard. Zb. Orz., s. I-6787. Trybunał dokonał w tym wyroku rozróżnienia między przepisami ograniczającymi dostęp towarów zagranicznych do rynku krajowego, i tym samym mającymi charakter dyskryminujący, a przepisami dotyczącymi warunków sprzedaży towarów, które w jednakowy sposób odnoszą się do towarów krajowych i zagranicznych. Zob. w szczególności pkt. 15—17 wyroku: „[...] przeszkody w swobodnym przepływie towarów, będące [...] wynikiem stosowania do towarów pochodzących z innych państw członkowskich, w których są zgodnie z prawem produkowane i wprowadzane do obrotu, przepisów określających wymogi, które te produkty muszą spełniać (takich, jak dotyczące ich oznaczania, formy, rozmiarów, wagi, składu, prezentacji, etykietowania, konfekcjonowania), stanowią środki [...] zakazane [...], nawet jeśli przepisy te są stosowane bez rozróżnienia do wszystkich produktów, chyba że ich stosowanie może zostać uzasadnione celem dotyczącym interesu ogólnego, przeważającym nad wymogami swobody przepływu towarów” (pkt 15). „[...] zastosowanie do produktów pochodzących z innych państw członkowskich krajowych przepisów, które ograniczają niektóre sposoby sprzedaży bądź ich zakazują, o ile tylko obowiązują one wszystkie zainteresowane podmioty gospodarcze prowadzące działalność na terytorium krajowym i dotyczą w ten sam sposób, z prawnego i faktycznego punktu widzenia, obrotu produktami krajowymi i produktami pochodzącymi z innych państw członkowskich, nie utrudnia, bezpośrednio ani pośrednio, rzeczywiście ani potencjalnie wymiany handlowej między państwami członkowskimi [...]” (pkt 16). „Jeżeli [...] powyższe warunki są spełnione, zastosowanie uregulowań tego typu do sprzedaży produktów pochodzących z innego państwa członkowskiego, zgodnych z przepisami tego państwa, nie może uniemożliwić ich dostępu do rynku lub ograniczyć tego dostępu w stopniu większym niż ma to miejsce w odniesieniu do produktów krajowych. [...]” (pkt 17).

zu dyskryminacji⁵². Przeciwnicy owej koncepcji podkreślają jednakże, że wiąże się z nią ten sam zasadniczy problem, który dotyczy towarów, a mianowicie trudność w ścisłym rozgraniczeniu przepisów dotyczących samych towarów zawsze wymagających uzasadnienia (tu przepisów dotyczących tożsamości spółki, jej struktury, organizacji) od przepisów dotyczących warunków ich sprzedaży wymagających uzasadnienia, jeżeli mają charakter dyskryminujący (tu przepisów dotyczących prowadzenia przez spółkę działalności)⁵³.

4. Projekt nowej regulacji

Wychodząc naprzeciw zgłaszanym w piśmiennictwie wobec istniejących wątpliwości postulatowi ustawowej regulacji międzynarodowego prawa spółek⁵⁴, Niemiecka Rada ds. Prawa Prywatnego Międzynarodowego (Deutscher Rat für Internationales Privatrecht), działająca jako gremium doradcze przy Ministerstwie Sprawiedliwości, powołała w dniu 10 września 2003 r. Specjalną Komisję ds. Międzynarodowego Prawa Spółek (Spezialkommission für Internationales Gesellschaftsrecht). Komisja ta opracowała dwa projekty: projekt unijnego rozporządzenia oraz projekt autonomicznej regulacji krajowej⁵⁵. Z uwagi na niewielkie szanse na podjęcie w niedalekiej przyszłości stosownych prac na poziomie unijnym

⁵² Tak m.in.: H. Eidenmüller: *Beschränkungen...*, s. 50—53; U. Frosthoff: *Mobilität...*, s. 65; F. Kienle: *Schnittstellen des internationalen Gesellschafts- und Insolvenzrechts*. In: *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts...*, s. 157; A. Jüttner: *Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit nach Centros, Überseering und Inspire Art*. Frankfurt am Main 2005, s. 94; K. Schmidt: *Publizität von „Schein-Auslandsgesellschaften“ durch Firmenrecht und durch Angaben auf Geschäftsbriefen*. In: *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*. Hrsg. M. Lutter. Köln 2005, s. 25—26.

⁵³ G.A. Jestädt: *Niederlassungsfreiheit...*, s. 204.

⁵⁴ M.in. E.-M. Kieniger: *Internationales...*, s. 704. Wysunięto nawet konkretne propozycje nowej regulacji; zob. Ch.F. Wetzler: *Rechtspolitische Herausforderungen*. In: *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen*. Hrsg. O. Sandrock, Ch.F. Wetzler. Heidelberg 2004, s. 135—179, 184—193 (projekt).

⁵⁵ Oba projekty wraz z uzasadnieniem zostały opublikowane w wersji niemieckiej, angielskiej, francuskiej i włoskiej w: *Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*. Hrsg. H.J. Sonnenberger. Tübingen 2007, s. 3—198. Publikacja ta dokumentuje ponadto całość dyskusji prowadzonej w ramach Komisji: zawiera sprawozdania z poszczególnych posiedzeń Komisji (s. 199—348) oraz wystąpienia i opinie jej członków (s. 349—625).

Ministerstwo Sprawiedliwości, korzystając z przyznanej traktatem kompetencji, zdecydowało ostatecznie o opracowaniu projektu autonomicznej regulacji w postaci ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym spółek, związków i osób prawnych. W dniu 7 stycznia 2008 r. minister sprawiedliwości przedstawiła projekt ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym spółek, związków i osób prawnych (*Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*)⁵⁶. Rozwiązania zawarte w projekcie oparte są zasadniczo na zaleceniach Rady i mają obejmować całość zagadnień z zakresu międzynarodowego prawa spółek w zgodzie ze swobodą przedsiębiorczości w jej interpretacji dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Stosowne uregulowania mają zostać wprowadzone do ustawy wprowadzającej kodeks cywilny w art. 10–10b oraz w art. 11 i 12.

Zgodnie z tytułem projektu, nowe reguły mają zastosowanie do „spółek, związków i osób prawnych”. Zwrot ten, występujący także w wielu innych przepisach, został przejęty do projektu ze względów spójności i obejmuje, zgodnie ze swobodą przedsiębiorczości, wszystkie spółki prawa handlowego, spółdzielnie, spółki cywilne oraz osoby prawne prawa prywatnego, jak np. fundacje, przy czym projekt wykracza poza zakres zastosowania swobody przedsiębiorczości, gdyż prowadzenie działalności w celu osiągnięcia zysku nie jest wymagane, co ma istotne znaczenie, w szczególności dla fundacji⁵⁷. Celem tego rozwiązania jest uniknięcie rozdrobnienia prawa w zakresie międzynarodowego prawa spółek i zamiast tego stworzenie jednolitego prawa kolizyjnego dla wszystkich podmiotów prawa prywatnego. Wyłączone są natomiast instytucje prawa publicznego, do których zastosowanie ma zasada terytorialności⁵⁸.

W nawiązaniu do orzecznictwa Trybunału, projekt korzysta z teorii utworzenia i opowiada się w tym zakresie za jednolitym łącznikiem, bez względu na to, czy chodzi o podmioty z UE, czy też spoza niej. W odniesieniu do kryterium łącznika w art. 10 projekt wprowadza dwie reguły. W art. 10 ust. 1 zd. 1 zamieszczono podstawową regułę, zgodnie z którą spółki, związki i osoby prawa prywatnego podlegają prawu państwa, w którym są wpisane do publicznego rejestru. Bez znaczenia jest przy tym, czy wpis ten ma charakter konstytutywny, czy też jedynie deklaratoryjny⁵⁹. Przyjęcie kryterium miejsca rejestracji stwarza pewność prawa, gdyż rejestr publiczny zapewnia transparentność i w związku z tym

⁵⁶ Projekt wraz z uzasadnieniem dostępny w Internecie: <http://www.bmj.bund.de/files/-/2751/RefE%20Gesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf>.

⁵⁷ Uzasadnienie, s. 9; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 85.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 84.

prawo właściwe może zostać ustalone bez większych trudności⁶⁰. Kryterium miejsca rejestracji nie jest jednakże użyteczne w przypadku spółek, związków lub osób prawnych niepodlegających rejestracji. W takim przypadku zgodnie z art. 10 ust. 1 zd. 2 projektu, jeżeli spółki, związki lub osoby prawne nie są lub jeszcze nie są wpisane do publicznego rejestru, podlegają prawu państwa, zgodnie z którym są zorganizowane. Reguła ta obejmuje w szczególności spółki kapitałowe w organizacji (*Vorgesellschaften*). Warto zwrócić uwagę, że w piśmiennictwie zaproponowano rozwiązanie, zgodnie z którym podstawową regułą powinien być łącznik „zorganizowania”, a reguła rejestracji winna przyjąć postać wzruszalnego domniemania posiadania organizacji wedle danego systemu prawnego⁶¹.

Wskazanie prawa właściwego, o którym mowa w art. 10 ust. 1 projektu, ma być ograniczone wyłącznie do norm materialnych⁶². Wynika z przyjętej koncepcji, zgodnie z którą wybór miejsca rejestracji i określenie statutu organizacji można traktować w myśl art. 4 ust. 2 EGBGB jako wybór prawa⁶³. W piśmiennictwie zwrócono jednakże uwagę, że wybór prawa jest wyrazem zasady autonomii woli stron, tymczasem w przedmiotowym względzie chodzi o obiektywny łącznik, w związku z czym bardziej trafne byłoby wyraźne uregulowanie tego wyłączenia w nowej ustawie⁶⁴.

Do spółek, związków lub osób prawnych, które nie są wpisane do publicznego rejestru i nie posiadają organizacji, zastosowanie mają ogólne reguły kolizyjne dotyczące zobowiązań umownych⁶⁵.

W odniesieniu do materii podlegających statutowi wskazanemu w art. 10 ust. 1 projekt zamieszcza w art. 10 ust. 2 pkt. 1–8 na niezamkniętej liście poszczególne kwestie wchodzące w jego zakres. Zgodnie z tym przepisem, statut personalny jest miarodajny w szczególności dla: natury prawnej spółki, zdolności prawnej i zdolności do działania⁶⁶, tworzenia i rozwiązania spółki, nazwy i firmy, struktury organizacyjnej i finansowej, umocowania organów do reprezentacji spółki, nabycia i utraty członkostwa oraz związanych z nim praw i obowiązków, odpowiedzialności spółki, związku i osoby prawnej oraz odpowiedzialności jej członków i organów za zobowiązania spółki, związku lub osoby prawnej, odpowiedzialności z tytułu naruszenia obowiązków prawnospółkowych.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ C. Schneider: *Internationales...*, s. 570.

⁶² Uzasadnienie, s. 9.

⁶³ Ibidem. R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 84.

⁶⁴ C. Schneider: *Internationales...*, s. 573.

⁶⁵ Uzasadnienie, s. 9; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 84.

⁶⁶ Niem. *Handlungsfähigkeit* — chodzi tu o określenie samych organów uprawnionych do reprezentacji spółki.

Z uwagi na wprowadzenie tego katalogu, mimo że nie jest on wyczerpujący, łatwiejsze staje się odgraniczenie zakresu statutu personalnego od zakresu innych statutów⁶⁷.

W świetle przytoczonego uregulowania statut personalny decyduje zgodnie z uzasadnieniem o tym, czy chodzi o spółkę osobową lub kapitałową, o rodzaj danej osoby prawnej oraz o zdolności do bycia podmiotem określonych praw i obowiązków oraz o zdolności do wywoływania przez własne działanie określonych skutków prawnych (np. deliktowych). Statutowi personalnemu nie podlegają natomiast zdolność procesowa i zdolność do czynności procesowych spółki, związku lub osoby prawnej, gdyż są to kwestie proceduralne, do których zastosowanie mają przepisy procesowe państwa *fori*.

Statut personalny określa także przesłanki utworzenia spółki, jak liczbę wspólników, wysokość minimalnego kapitału zakładowego, a także obowiązek wpisu do rejestru, aczkolwiek w zakresie postępowania rejestrowego zastosowanie mają przepisy proceduralne *fori*. Do wymogów co do formy umowy spółki zastosowanie mają ogólne reguły.

Statut personalny określa przyczyny rozwiązania i związaną z nim likwidację spółki, związku lub osoby prawnej, przy czym dotyczy to tylko zdarzeń prywatnoprawnych. Zakresem statutu personalnego nie są objęte rozwiązanie i likwidacja, określone przez przepisy prawa publicznego, a także upadłościowego.

Statutowi personalnemu podlegają wymogi co do określenia firmy lub nazwy i dodatków wskazujących na formę prawną oraz sposób ich pisowni i skrótów. *Lex fori* podlegać mogą kwestie dotyczące zdolności rejestrowej określonych firm lub nazw w rejestrze handlowym lub w innym rejestrze publicznym; także wymogi wynikające z prawa konkurencji. Również kwestie dotyczące ochrony firmy lub nazwy w związku z naruszeniem prawa do firmy lub nazwy ustala się na podstawie odrębnego łącznika.

Statut personalny obejmuje ustawowe wymogi dotyczące struktury spółki, związku lub osoby prawnej, takie jak: skład, powoływanie i odwoływanie organów, ich prawa i obowiązki, podejmowanie i przesłanki skuteczności uchwał, oraz stosunek spółki, związku lub osoby prawnej do członków, a także wzajemne stosunki między członkami, w tym takie kwestie, jak obowiązki wynikające z zasady lojalności, ochrona członków (wspólników) mniejszościowych czy uprawnienia członków do współdziałania.

Podlegająca statutowi personalnemu struktura finansowa dotyczy takich kwestii, jak wymogi co do kapitału minimalnego, wniesienia i utrzymania kapitału oraz związane z tym prawa i obowiązki wspólni-

⁶⁷ C. Schneider: *Internationales...*, s. 567.

ków. W tym względzie statutowi personalnemu podlega ocena, czy pożyczkę udzieloną spółce przez wspólnika należy traktować jako zastępującą wpłatę na kapitał własny. Jednakże ocena roszczeń wspólników o zwrot takich lub innych pożyczek w upadłości podlega statutowi upadłościowemu.

Statutowi personalnemu podlega ustawowy zakres umocowania organów do reprezentacji spółki, związku lub osoby prawnej. Do organów zalicza się osoby generalnie powołane zgodnie z prawem spółek do dokonywania czynności prawnych za spółkę (np. zarząd, zarządcę), a ponadto również osoby, którym prawo reprezentacji zostało przyznane ustawowo jedynie w odniesieniu do pewnych zadań i czynności. Nie podlega natomiast statutowi personalnemu prawo reprezentacji powierzone w drodze czynności prawnej. Statut personalny określa również związanie spółki czynnościami prawnymi dokonanymi przez jej ustawowych przedstawicieli, przy czym w zakresie bezpieczeństwa obrotu w odniesieniu do możliwych ograniczeń wynikających ze statutu personalnego zastosowanie ma reguła ochronna z art. 12 ust. 2 projektu.

Statut personalny rozstrzyga o pozycji prawnej wspólnika spółki oraz członka związku lub osoby prawnej. Projekt nie różnicuje obu tych form uczestnictwa i określa je wspólnym mianem „członkostwo”. Statut personalny rozstrzyga o nabyciu i utracie członkostwa. Samo przeniesienie członkostwa podlega jednakże statutowi personalnemu tylko w takim zakresie, w jakim nie wchodzi w rachubę inne dziedziny prawa, w szczególności prawo papierów wartościowych i rynku kapitałowego oraz wymogi formalne. Nabycie członkostwa w drodze dziedziczenia podlega statutowi spadkowemu. Statutowi personalnemu podlegają prawa i obowiązki związane z członkostwem (np. prawo głosu, poboru itd.). Statut ten jest również miarodajny w odniesieniu do dopuszczalności porozumień między członkami (wspólnikami) dotyczącymi ich praw i obowiązków jako wspólników (np. porozumień co do wykonywania prawa głosu). Same jednakże porozumienia podlegają statutowi umownemu.

Statut personalny rozstrzyga o odpowiedzialności spółki, związku lub osoby prawnej za własne zobowiązania, jak też odpowiedzialności członków organów i wspólników (członków) za te zobowiązania. To, czy w ogóle istnieje zobowiązanie spółki, związku lub osoby prawnej, stanowi kwestię wstępną, która nie podlega ocenie wedle statutu personalnego, lecz statutowi właściwemu dla tego zobowiązania, w szczególności deliktowemu lub umownemu.

Projekt poza zakresem regulacji pozostawia kwestię ewentualnej równoległej (w stosunku do odpowiedzialności za zobowiązania spółki) samoistnej odpowiedzialności członków z tytułu deliktu i pozostawia orzecznictwu poddanie w konkretnym przypadku odpowiedzialności w tej

mierze odrębnemu statutowi. Statutowi personalnemu podlega również wewnętrzna odpowiedzialność organów członków bądź wspólników z tytułu naruszenia obowiązków przewidzianych w ustawie lub umowie spółki (statucie). Dotyczy to także obowiązków prawnośpółkowych, które mają na celu ochronę osób trzecich i sankcjonowanie odpowiedzialnością wobec tych osób; projekt nie rozstrzyga, czy w przypadku naruszenia obowiązków prawnośpółkowych wchodząca w rachubę odpowiedzialność pozaumowna, w szczególności deliktowa, również podlega statutowi personalnemu, czy też odrębnemu statutowi i pozostawia tę kwestię do rozstrzygnięcia orzecznictwu. Nie statutowi personalnemu, lecz statutowi upadłościowemu podlega natomiast odpowiedzialność członków organów za niezgłoszenie we właściwym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości⁶⁸.

Projekt zawiera w art. 10a reguły dotyczące prawa właściwego dla przekształceń. Do uregulowanych przypadków przekształceń należą: połączenie (fuzja), podział (podzielenie, oddzielenie, wyodrębnienie)⁶⁹, przeniesienie całego majątku na inny podmiot oraz zmiana formy prawnej. Jak wynika z art. 10a ust. 1 przesłanki, procedura oraz skutki takiego przekształcenia podlegają statutowi personalnemu wskazanemu zgodnie z art. 10 każdej ze spółek uczestniczących w przekształceniu. Podkreślić jednak należy, że w przypadku zmiany formy prawnej decydujące znaczenie ma to, czy ma ona charakter transgraniczny, gdyż dopuszczalność, procedurę oraz skutki zmiany formy prawnej niemającej charakteru transgranicznego określa statut personalny, natomiast do zmiany formy prawnej o charakterze transgranicznym, np. niemieckiej GmbH w francuską *société à responsabilité limitée*, zastosowanie znajdują reguły dotyczące zmiany statutu określone w art. 10b projektu⁷⁰.

Analogicznie do podstawowej reguły dotyczącej zakresu statutu personalnego art. 10b ust. 2 pkt. 1–5 określa również niezamknięty katalog materii podlegających statutowi personalnemu każdej ze spółek, związków lub osób prawnych uczestniczących w przekształceniu. Zgodnie z tym przepisem, statut personalny jest miarodajny w szczególności dla: sporządzenia planu przekształcenia, w tym jego formy, treści, upublicznienia oraz obowiązków kontrolnych i sprawozdawczych, procedury podjęcia uchwały w sprawie przekształcenia, ochrony wierzycieli spółek, związków i osób prawnych uczestniczących w przekształceniu oraz posiadaczy papierów wartościowych inkorporujących prawa udziałowe w tych podmiotach, ochrony członków, którzy nie wyrazili zgody na prze-

⁶⁸ Więcej na temat zakresu statutu personalnego przyjmowanego w projekcie zob. Uzasadnienie, s. 10–12, a także R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 86–87.

⁶⁹ Chodzi o formy podziału podobne do form przewidzianych w polskim k.s.h.

⁷⁰ Uzasadnienie, s. 13; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 88.

kształcenie, przeniesienia przedmiotów majątkowych z mocy sukcesji generalnej w ramach przekształcenia. Odmienne rozwiązanie przyjęto w odniesieniu do ustalenia chwili skuteczności przekształcenia. Stosownie do art. 10b ust. 3 projektu przekształcenie staje się skuteczne, jeżeli spełnione są przesłanki przewidziane przez statut personalny spółki wyłonionej w wyniku przekształcenia. Statut ten rozstrzyga zatem również o chwili nabycia (przeniesienia) przedmiotów majątkowych w drodze sukcesji generalnej, niemniej jednak w odniesieniu do wymogów związanych z ujawnieniem nabycia majątku, np. wpisem w rejestrze nieruchomości, zastosowanie mogą mieć łączniki szczególne⁷¹.

Projekt wprowadza również regulację dotyczącą zmiany statutu personalnego. Zmiana statutu jest możliwa zasadniczo przez uzyskanie wpisu w rejestrze innego państwa lub poddanie się w sposób rozpoznawalny na zewnątrz prawu innego państwa. Zarejestrowana spółka z reguły wybierze tę pierwszą drogę, a niezarejestrowana — drugą, aczkolwiek nie zawsze musi tak być⁷². Zgodnie z art. 10b projektu, w obu przypadkach zmiana prawa właściwego dla spółki (statutu spółki) jest możliwa jedynie wówczas, gdy dotychczasowe prawo i nowy system prawny dopuszczają zmianę bez likwidacji spółki i konieczności utworzenia nowej spółki i jeżeli spełnione są przesłanki zmiany statutu przewidziane w obu systemach prawnych. Do tych przesłanek należy w szczególności wykreślenie spółki, związku lub osoby prawnej z dotychczasowego rejestru, a także dochowanie wymogów w zakresie ochrony wierzycieli lub mniejszościowych współników⁷³. W sytuacji gdy zmiana statutu jest niedopuszczalna lub brak jest którejkolwiek z wymaganych przesłanek, zastosowanie ma dotychczasowy statut personalny⁷⁴. Omawiana regulacja nie zawiera zatem generalnej normy zezwalającej na zmianę statutu, lecz uzależnia jej dopuszczalność od norm merytorycznych obu wchodzących w grę systemów prawnych⁷⁵. Podkreślić warto, że w piśmiennictwie podnosi się, że wobec zawartej w projekcie regulacji dotyczącej przekształceń odrębna regulacja odnosząca się do zmiany statutu jest zasadniczo zbędna⁷⁶.

Projekt wprowadza również regulację dotyczącą formy, korygującą ogólne zasady. Zgodnie z art. 11 ust. 6 projektu, w odniesieniu do formy czynności prawnych dotyczących struktury organizacyjnej spółki, związku lub osoby prawnej miarodajne są wyłącznie przepisy statutu personalnego. Do tych czynności należy w szczególności założenie spółki oraz

⁷¹ Ibidem.

⁷² Uzasadnienie, s. 14; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 88.

⁷³ Uzasadnienie, s. 14.

⁷⁴ R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 88.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ C. Schneider: *Internationales...*, s. 575.

przekształcenie (łącznie ze zmianą formy prawnej) spółki, związku lub osoby prawnej oraz zmiana statutu (umowy)⁷⁷.

W art. 12 zamieszczona została regulacja, niezwykle istotna z praktycznego punktu widzenia, dotycząca ochrony interesów podmiotów działających w dobrej wierze i bezpieczeństwa obrotu. Zgodnie z art. 12 ust. 2 projektu, jeżeli ze spółką, związkiem lub osobą prawną zostaje zawarta umowa i organ lub członek organu spółki, związku lub osoby prawnej oraz druga strona znajdują się w tym samym państwie, to spółka taka, związek lub osoba prawna nie może się powołać na ograniczenia zdolności prawnej i zdolności do działania oraz umocowania organu lub członka organu do reprezentacji spółki, związku lub osoby prawnej przewidziane przez ich statut personalny, jeżeli zgodnie z prawem tego państwa traktowana byłaby jako mająca zdolność prawną i zdolność do działania⁷⁸, chyba że w chwili zawarcia umowy druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o braku lub ograniczeniach zdolności prawnej, zdolności do działania lub umocowania do reprezentacji. Ciężar braku dobrej wiary spoczywa na spółce⁷⁹. Ponadto art. 12 ust. 3 projektu normuje sytuację, gdy spółka, związek lub osoba prawna występują w obrocie pod innym statutem niż rzeczywisty statut wskazany na podstawie art. 10 projektu. Chodzi tu np. o sytuację, gdy spółka, posługując się „fałszywym” dodatkiem wskazującym na formę prawną, stwarza pozór, że jest spółką utworzoną zgodnie z określonym systemem prawnym. Jak wynika z powołanego przepisu, osoby trzecie, które nie wiedziały lub nie powinny były wiedzieć, że spółka podlega prawu, zgodnie z art. 10 projektu mogą się w takiej sytuacji powołać na ten inny „fałszywy” dodatek. Omawiana regulacja wydaje się mieć znaczenie przede wszystkim dla niezarejestrowanych spółek, związków i osób prawnych, ponieważ stwierdzenie podlegania zarejestrowanej spółki, związku lub osoby prawnej określonemu prawu jest obiektywnie możliwe do ustalenia i sprawdzenia na podstawie rejestru⁸⁰, co stawia wysokie wymagania w odniesieniu do dobrej wiary.

Podsumowanie

Stosowana dotychczas jednolicie w orzecznictwie i akceptowana przez dominującą część doktryny teoria siedziby, nawet w zmodyfikowanej wer-

⁷⁷ Uzasadnienie, s. 14; R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 88.

⁷⁸ Por. przyp. 66

⁷⁹ R. Wagner, B. Timm: *Der Referentenentwurf...*, s. 89.

⁸⁰ Ibidem.

sji, wydaje się odchodzić do lamusa, przynajmniej jeżeli chodzi o przypadki imigracji spółek. W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego swobody przedsiębiorczości, stosowanie teorii utworzenia w odniesieniu do spółek europejskich nie budzi obecnie wątpliwości ani w doktrynie, ani w orzecznictwie. Formalnie rzecz biorąc, teoria siedziby nadal ma zastosowanie w odniesieniu do spółek spoza UE. Niemniej jednak także i w tym względzie doktryna zdecydowanie skłania się ku teorii utworzenia. Projekt Ministerstwa Sprawiedliwości normujący nieuregulowane dotychczas międzynarodowe prawo spółek wychodzi naprzeciw tym oczekiwaniom i opiera się na teorii utworzenia, która ma mieć zastosowanie do wszystkich spółek prawa obcego, bez względu na ich „krajowe” pochodzenie. Mimo tych procesów, orzecznictwo nadal obstaje przy teorii siedziby (w zmodyfikowanej wersji) w odniesieniu do spółek spoza UE i pozostawia ostateczną decyzję ustawodawcy. Dotyczy to w równej mierze emigracji spółek, zwłaszcza że w świetle orzecznictwa Trybunału w wątpliwość podaje się racjonalność odmiennego traktowania przypadków imigracji i emigracji spółek. Zauważyć jednakże należy, że zawarta w projekcie regulacja dotycząca zmiany statutu odpowiada założeniom przyjętym przez Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie *Cartesio* właśnie w odniesieniu do emigracji spółek.

Przejęcie do teorii utworzenia powoduje, że szczególnego znaczenia nabiera, traktowane dotychczas marginalnie, pytanie o zakres statutu migrujących spółek i możliwość jego przełamania. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE wydaje się generalnie przemawiać za szerokim ujmowaniem statutu personalnego, niemniej jednak, jeżeli chodzi o szczegóły, jedynie w niewielkim stopniu wyjaśnia wątpliwości. Kwestie te stanowią obecnie zasadniczy przedmiot rozważań w doktrynie międzynarodowego prawa spółek, głównie w odniesieniu do problematyki ochrony wierzycieli spółek. W tym kontekście istotne znaczenie mają skodyfikowane reguły przewidziane w projekcie Ministerstwa Sprawiedliwości, które pozwalają na bardziej precyzyjne niż dotychczas rozgraniczenie statutów.

Na koniec dodać można, że projekt Ministerstwa Sprawiedliwości o prawie prywatnym międzynarodowym spółek, związków i osób prawnych nie przybrał jeszcze formalnie postaci projektu rządowego. Pod względem jurystycznym zawarte w nim rozwiązania generalnie spotkały się z przychylnym stanowiskiem środowiska sędziów, adwokatury i notariatu⁸¹, niemniej jednak jego przyjęcie stanowi tak-

⁸¹ Zob. opinie: *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*. Dostępna w Internecie: <http://www.drb.de/cms/index.php?id=460>; *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Internationaler Rechtsverkehr zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht*

że kwestię decyzji politycznej. Projekt napotkał silny opór ze strony związków zawodowych obawiających się wyłączenia, stanowiących właściwość niemieckiego prawa, regulacji dotyczących współzarządzania pracowników przedsiębiorstwem (*Mitbestimmung*). Ta okoliczność wydaje się głównym powodem, dla którego projekt ten nie został jeszcze oficjalnie poddany procedurze legislacyjnej. Jego los jest zatem niepewny. Mając to na względzie, szczególna rola przypada orzecznictwu. Można wszakże jedynie spekulować, że przy kolejnej nadarzającej się okazji Bundesgerichtshof (Federalny Sąd Najwyższy) wreszcie opowie się za generalnym stosowaniem teorii utworzenia. Takie rozstrzygnięcie nie byłoby zaskoczeniem i spełniałoby oczekiwania większości doktryny, a także praktyki zajmującej się stosowaniem prawa.

der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen. Dostępna w Internecie: <http://www.anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-08/STN132008IRV.pdf>; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen. Dostępna w Internecie: <http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2008/Stn10.pdf>.

Piotr Rodziewicz

Wpływ ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe

Abstract: The issue of the insolvency impact on arbitration is complicated, because it needs delve to different areas of law namely, the law on international arbitration, international insolvency law and private international law. It makes a number of problems both theoretical and practical, expression of this are court decisions and statements in the literature. Purpose of this study is an attempt to answer on some problems related to issues mentioned above. Paper presents basic principles of international insolvency proceedings, which play a crucial role from the standpoint of the impact of insolvency on the pending arbitration. Considerations carried out in the article have been divided into two groups, the first impact of insolvency commenced in Poland on pending arbitration in other EU Member State and the second impact of insolvency commenced in Poland on pending arbitration in the third country. Therefore in the article has been presented model of the recognition of foreign insolvency proceedings based on Regulation 1346/2000 and also there have been presented European conflict of law rules which indicate the insolvency statute. In article is also discussed application of international insolvency rules by arbitration courts.

Keywords: Impact of insolvency on arbitration; International insolvency; European insolvency regulation; International arbitration; Law applicable to insolvency proceedings and it's effects; Recognition of foreign insolvency proceedings

1.

Postanowienie o ogłoszeniu upadłości jest zdarzeniem prawnym brzemieniowym w skutki, które przejawiają się zarówno na płaszczyźnie materialnoprawnej, jak i procesowej. Zdarzenie to rodzi również konsekwencje w odniesieniu do postępowania przed sądem polubow-

nym¹. Postępowania upadłościowe i arbitrażowe mają zupełnie odmienny charakter, przebieg i cele, niemniej jednak w określonym zakresie zachodzą między nimi różnego rodzaju interakcje. I tak, kwestią niebudzącą wątpliwości jest bezpośredni wpływ ogłoszenia upadłości na postępowanie przed sądem polubownym (arbitraż), o czym *explicite* stanowią przepisy art. 142 (w odniesieniu do upadłości z możliwością zawarcia układu) i art. 147 (w odniesieniu do upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego) ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. — Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. 2003, nr 60, poz. 535 ze zm.)². Należy mieć na uwadze, że arbitraż jest jedną z metod rozstrzygania sporów, która szczególnie rozpowszechniła się w zakresie międzynarodowego obrotu gospodarczego. Jak wskazuje się w literaturze, można nawet mówić, że arbitraż jest jurysdykcyjnym korelatem międzynarodowego prawa handlowego³. Pojawia się zatem pytanie, czy skutki ogłoszenia upadłości przewidziane we wzmiarkowanych przepisach rozciągają się również na zagraniczne postępowanie arbitrażowe. Tym samym należy odpowiedzieć na pytanie, jaki będzie zakres obowiązywania w przestrzeni polskich norm dotyczących upadłości w odniesieniu do zagranicznego postępowania przed sądem polubownym, tzn. postępowania arbitrażowego, którego miejsce postępowania (siedziba) znajduje się za granicą, ponieważ z punktu widzenia Części piątej *Sąd polubowny (arbitrażowy)* ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.) irrelevantne jest, czy arbitraż posiada element obcy, część tę bowiem stosuje się do wszystkich postępowań arbitrażowych, które toczą się na terytorium Polski⁴. Do takich postępowań zastosowanie będą miały bezwzględnie obowiązujące przepisy *lex loci arbitri*, na które składa się również art. 142 i art. 147 PrUpNapU. Wątpliwości powstają natomiast, gdy *lex loci arbitri* jest prawo obce. Nasuwa się wtedy pytanie, jaki wpływ na takie postępowanie może wywrzeć ogłoszenie upadłości w Polsce? Aby udzielić na nie odpowiedzi, należy sięgnąć do przepisów z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego, tj. regulacji odnoszącej się do postępowania upadłościowego powiązanego z zagranicą (z elementem obcym)⁵. Sięgając natomiast do wymienionych przepisów,

¹ Zwroty „postępowanie przed sądem polubownym” i „postępowanie arbitrażowe” będą w niniejszym opracowaniu używane zamiennie.

² Dalej: PrUpNapU.

³ J. Jakubowski, M. Tomaszewski, A. Tynel, A.W. Wiśniewski: *Zarys międzynarodowego prawa handlowego*. Warszawa 1983, s. 295.

⁴ T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy*. Wyd. 1. Warszawa 2008, s. 45.

⁵ W. Klyta: *Uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych*. Warszawa 2008, s. 19 i nast.

należy rozważyć następujące kwestie: zgodnie z jaką zasadą zostało ukształtowane międzynarodowe postępowanie upadłościowe w państwie, w którym toczy się postępowanie arbitrażowe? Ponadto, jeśli postępowanie upadłościowe podlega uznaniu, to w jaki sposób następuje uznanie i w oparciu o jakie prawo należy dokonać oceny wpływu ogłoszenia upadłości na toczące się postępowanie arbitrażowe? Rozważenia wymaga także, czy sąd polubowny mający swą siedzibę za granicą ma obowiązek stosowania norm z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego i uznania skutków zagranicznego postępowania upadłościowego, jeśli uznanie takiego postępowania zostało przewidziane w prawie państwa, w którym toczy się postępowanie arbitrażowe? Z uwagi na istnienie w ramach UE instrumentu prawnego dotyczącego transgranicznych postępowań upadłościowych rozważania w niniejszym opracowaniu będą prowadzone dwutorowo. Po pierwsze, w odniesieniu do wpływu ogłoszenia upadłości w Polsce na postępowanie arbitrażowe prowadzone w innym państwie członkowskim UE, i po drugie, w odniesieniu do wpływu ogłoszenia upadłości w Polsce na postępowanie arbitrażowe prowadzone w państwie niebędącym państwem członkowskim UE.

2.

Przed przejściem do rozważań na temat wpływu ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie upadłościowe należy przedstawić podstawowe zasady międzynarodowego prawa upadłościowego przyjmowane w poszczególnych porządkach prawnych, mają one bowiem kluczowe znaczenie z punktu widzenia przedmiotu niniejszych rozważań. I tak, wyróżnia się dwie kontrydiktoryjne zasady, na podstawie których może być ukształtowany model międzynarodowego postępowania upadłościowego, a mianowicie zasadę terytorializmu oraz zasadę uniwersalizmu⁶. Zgodnie z zasadą terytorializmu, ogłoszenie upadłości wywołuje jedynie skutki w państwie jego ogłoszenia, a masa upadłości obejmuje tylko mienie znajdujące się w tym państwie⁷. W związku z tym może powstać sytuacja, w której w kilku państwach będzie się toczyć kilka paralelnych postępowań upa-

⁶ A. Hrycaj: *Jurysdykcja krajowa w sprawach o ogłoszenie upadłości objętych zakresem zastosowania Rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego*. Warszawa 2011, s. 105 i nast.

⁷ B. Wessels: *International Insolvency Law*. Vol. 10, 2006, s. 8.

dłościowych dotyczących mienia tego samego dłużnika⁸. Natomiast w myśl zasady uniwersalizmu, stanowiącej przeciwieństwo zasady terytorializmu, skutki ogłoszenia upadłości rozciągają się poza granicę państwa jej ogłoszenia, a w skład masy upadłości wchodzi również mienie dłużnika położone za granicą. Zasada ta nawiązuje do reguły jednolitości postępowania upadłościowego, zgodnie z którą cały majątek dłużnika wchodzi w skład masy upadłości niezależnie od miejsca jego położenia⁹. Ponadto poza wskazanymi zasadami występują również rozwiązania kompromisowe, tj. zasada zmodyfikowanego terytorializmu i zasada ograniczonego uniwersalizmu¹⁰, które obrazowo można by określić jako rozwiązania stanowiące modyfikację dwóch wcześniej wskazanych ekstremów. W doktrynie można także spotkać koncepcję wyboru prawa właściwego dla postępowania upadłościowego, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części niniejszego opracowania. Założenia koncepcji zmodyfikowanego terytorializmu nawiązują do podstawowych założeń zasady terytorializmu, akcentując jednocześnie konieczność wprowadzenia instrumentów, które umożliwią w określonym zakresie współpracę między paralelnymi postępowaniami upadłościowymi toczącymi się w państwach, w których zlokalizowane jest mienie dłużnika¹¹. Zasada ograniczonego uniwersalizmu zakłada natomiast istnienie postępowania upadłościowego głównego, którego skutki są uznane poza państwem jego ogłoszenia. Jednakże w innym państwie niż państwo wszczęcia postępowania głównego możliwe jest ogłoszenie postępowania wtórnego — pomocniczego — którego zadaniem jest usprawnienie procesu likwidacji masy położonej w państwie, w którym zostaje ono wszczęte¹². W doktrynie można również spotkać zupełnie teoretyczną zasadę międzynarodowego postępowania upadłościowego, zwaną zasadą umowną (*contractualism* lub *corporate charter contractualism*)¹³. Zgodnie z nią, osoba prawna mogłaby wybrać prawo właściwe na wypadek wystąpienia trudności finansowych i związanej z tym upadłości¹⁴. Koncepcja ta nawiązuje do zasady uniwersalizmu w ten sposób, że ogłoszenie upadłości zgodnie z wybranym prawem wywierałoby skutki poza państwem ogłoszenia upadłości. Wybór prawa właściwego dla upadłości mógłby zostać dokonany w akcie erekcyjnym osoby prawnej i nie mógłby być zmieniony bez późniejszej zgody wierzycieli tej osoby.

⁸ Zob. M. Veder: *Cross-Border Insolvency Proceedings and Security Rights. A Comparison of Dutch and German law, the EC Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*. Vol. 8. Derventer 2004, s. 84.

⁹ A. Hrycaj: *Jurysdykcja krajowa...*, s. 110.

¹⁰ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 26.

¹¹ A. Hrycaj: *Jurysdykcja krajowa...*, s. 109.

¹² W. Klyta: *Uznanie...*, s. 33.

¹³ B. Wessels: *International...*, s. 14.

¹⁴ Ibidem.

W zależności od tego, której z wymienionych zasad i w jakim stopniu hołduje ustawodawstwo krajowe dotyczące międzynarodowego postępowania upadłościowego danego państwa, różnie będzie się kształtować wpływ ogłoszenia upadłości w Polsce na postępowanie arbitrażowe toczące się za granicą. Należy ponadto pamiętać, że poza ustawodawstwem krajowym międzynarodowe postępowanie upadłościowe stanowi również przedmiot regulacji prawa unijnego. Prowadzi to w państwach członkowskich UE do sytuacji, w której w ramach jednego państwa można mówić o dwóch paralelnych rozwiązaniach z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego w zależności od tego, czy dane postępowanie upadłościowe będzie mieściło się w zakresie zastosowania aktu prawa unijnego, czy też w zakresie przepisów krajowych o międzynarodowym postępowaniu upadłościowym¹⁵, np. w Polsce art. 378—417 PrUpNapU.

Przepisy międzynarodowego postępowania upadłościowego nawiązujące do zasady uniwersalizmu dopuszczają uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych, a tym samym rozciągnięcie ich skutków na terytorium państwa uznania. W zakresie uznania można wyróżnić systemy prawne, w których obowiązuje zasada automatycznego uznania (*ipso iure*), oraz systemy, w których do uznania wymagane jest przeprowadzenie przewidzianego w tym celu postępowania. W systemach opartych na zasadzie automatycznego uznania zagranicznych postępowań upadłościowych wystąpienie przesłanek wskazanych w przepisach międzynarodowego postępowania upadłościowego sprawia, że zagraniczne postępowanie upadłościowe zostaje uznane z mocy prawa. W opozycji do przytoczonego rozwiązania pozostaje model, w którym do uznania zagranicznego postępowania upadłościowego konieczne jest przeprowadzenie odpowiedniego postępowania w państwie uznania. Ponadto ze względu na skutki, jakie wywołuje uznanie, można wyróżnić: teorię rozszerzania skutków, teorię asymilacji oraz teorię, zgodnie z którą uznanie zagranicznego postępowania upadłościowego doprowadza do wszczęcia postępowania pomocniczego (*ancillary proceedings*) dotyczącego mienia położonego w państwie uznania. Zgodnie z teorią rozszerzania skutków, uznanie zagranicznego orzeczenia o ogłoszeniu upadłości wywołuje takie same skutki, jak w państwie ogłoszenia upadłości. Tym samym statutem upadłościowym wyznaczającym skutki uznania zagranicznego postępowania upadłościowego będzie nie prawo państwa uznania, ale *lex fori concursus*¹⁶. Zgodnie natomiast z teorią asymilacji, zagraniczne orzecz-

¹⁵ M. Porzycki: *Podstawa jurysdykcji krajowej w głównym postępowaniu upadłościowym*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2008, z. 1, s. 227.

¹⁶ A. Hrycaj: *Europejskie prawo upadłościowe. Komentarz*. Red. F. Zedler. Warszawa 2011, s. 124.

nie o ogłoszeniu upadłości zostaje zrównane z analogicznym orzeczeniem krajowym państwa uznania. Jednocześnie prawem właściwym dla określenia skutków, jakie wywołuje zagraniczne orzeczenie o ogłoszeniu upadłości, jest wyłącznie prawo państwa uznania. Tym samym zagraniczne orzeczenie o ogłoszeniu upadłości po jego uznaniu będzie wywierało takie same skutki, jak analogiczne orzeczenie krajowe wydane w państwie uznania¹⁷. Ponadto można także spotkać model, w którym uznanie zagranicznego postępowania upadłościowego prowadzi do otwarcia w państwie uznania postępowania pomocniczego (*ancillary proceedings*), dotyczącego mienia upadłego położonego w państwie uznania, które ma na celu wywarzenie interesów wierzycieli z państwa uznania i zagranicznego postępowania upadłościowego¹⁸.

Po przedstawieniu zasad międzynarodowego postępowania upadłościowego i przyjmowanych modeli uznania zagranicznych postępowań upadłościowych przejdę do prezentacji wpływu ogłoszenia upadłości w Polsce na postępowanie arbitrażowe prowadzone w państwie członkowskim UE.

3.

Właściwym aktem normatywnym, przez którego pryzmat należy dokonać oceny wpływu ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe w innym państwie członkowskim UE, jest Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz.U. UE. L 160 z dnia 30 czerwca 2000 r., s. 191) [dalej: RPU]. Zgodnie z art. 1 ust. 1 RPU, akt ten stosuje się do zbiorowych postępowań przewidujących niewypłacalność dłużnika, które obejmują całkowite lub częściowe zajęcie majątku dłużnika oraz powołanie zarządcy. Wykaz wskazanych postępowań zbiorowych, do których będzie miało zastosowanie RPU, został zawarty w załączniku A do rozporządzenia. Wprowadzony zatem został zamknięty katalog postępowań przewidzianych w krajowych porządkach prawnych państw członkowskich, do których zastosowanie będzie miało RPU. Rozporządzenie to nie wprowadza jednolitych norm merytorycznych czy procesowych

¹⁷ M. Virgos, F. Garcimartin: *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. The Hague 2004, s. 191.

¹⁸ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 52.

dotyczących międzynarodowego postępowania upadłościowego¹⁹, ale między innymi: normy jurysdykcyjne dotyczące transgranicznej upadłości, mechanizm uznawania postępowań upadłościowych oraz zawiera normy kolizyjne wskazujące prawo właściwe dla postępowania upadłościowego, w tym prawo właściwe dla oceny skutków ogłoszenia upadłości w państwie członkowskim UE, powiązanych z porządkiem prawnym innego państwa członkowskiego UE. Akt ten nie określa jednak wprost, jakie są skutki uznania zagranicznego postępowania upadłościowego²⁰. Ma ono ograniczony zakres, ponieważ zgodnie z motywem 14 preambuły, jak i art. 3 ust. 1 RPU, rozporządzenie stosuje się tylko do postępowań, w których główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika znajduje się na obszarze UE, z wyłączeniem jednak terytorium Królestwa Danii. Dlatego przepisy te nie mają zastosowania, gdy główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika znajduje się poza UE, a na jej terytorium prowadzone jest tylko postępowanie upadłościowe dotyczące np. oddziału²¹. Z punktu widzenia zakresu podmiotowego omawianego rozporządzenia to, czy dłużnik jest osobą fizyczną, osobą prawną, czy też przedsiębiorcą lub osobą nieprowadzącą działalności gospodarczej pozostaje bez znaczenia. Niemniej jednak z zakresu regulacji RPU zostały wyłączone postępowania upadłościowe dotyczące zakładów ubezpieczeń, instytucji kredytowych, przedsiębiorców inwestycyjnych świadczących usługi obejmujące przechowywanie środków pieniężnych oraz papierów wartościowych osób trzecich, a także przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania. RPU obowiązuje w całości i bezpośrednio w systemach prawnych państw członkowskich UE²² (z wyjątkiem Danii). W odniesieniu do polskiego systemu prawnego należy wskazać, że stosunek przepisów RPU do przepisów art. 378–417 PrUpNapU z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego kształtuje się, jak stosunek *lex specialis* do *lex generalis*²³. Tym samym oznacza to, że nie można wykluczyć zastosowania przepisów zawartych w PrUpNapU dotyczących międzynarodowego postępowania upadłościowego, jeśli nie są sprzeczne z postanowieniami RPU²⁴.

RPU opiera się na zasadzie ograniczonego (złagodzonego) uniwersalizmu (*modified lub mitigated universality*)²⁵. W związku z powyższym, co do

¹⁹ J. Gołaczyński: *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i handlowych w Unii Europejskiej*. Warszawa 2007, s. 254.

²⁰ F. Zedler: *Uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych w prawie europejskim*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 2, s. 66.

²¹ M. Porzycki: *Podstawa jurysdykcji...*, s. 228.

²² B. Wessels: *International...*, s. 48.

²³ A. Hrycaj: *Europejskie...*, s. 35.

²⁴ A. Hrycaj: *Jurysdykcja krajowa...*, s. 84.

²⁵ Zob. M. Virgos, F. Garcimartin: *The European...*, s. 15.

zasady skutki ogłoszenia upadłości w jednym państwie członkowskim będą rozciągały się również na inne państwa członkowskie w następstwie uznania wszczętego postępowania upadłościowego. W myśl art. 16 RPU, wszczęcie postępowania upadłościowego przez sąd państwa członkowskiego, właściwy zgodnie z normami jurysdykcyjnymi RPU, podlega uznaniu we wszystkich pozostałych państwach członkowskich UE z chwilą, gdy orzeczenie stanie się skuteczne w państwie wszczęcia postępowania²⁶. Tym samym została wprowadzona zasada automatycznego uznawania orzeczeń o wszczęciu postępowania upadłościowego wydanych przez sąd państwa członkowskiego UE w innych państwach członkowskich UE²⁷. Uznanie *ipso iure* następuje wtedy, gdy orzeczenie wszczynające jedno z postępowań opisanych w załączniku A do RPU spełni następujące przesłanki: postępowanie to jest zgodne z zakresem zastosowania rozporządzenia, tj. dotyczy dłużnika, którego główny ośrodek podstawowej działalności znajduje się na terenie państwa członkowskiego, zostało wydane przez sąd w rozumieniu definicji legalnej zawartej w rozporządzeniu, właściwy na podstawie normy jurysdykcyjnej zawartej w art. 3 RPU, oraz orzeczenie o wszczęciu postępowania jest skuteczne w państwie wydania²⁸. Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 17 RPU, ogłoszenie upadłości wywołuje w każdym innym państwie członkowskim UE, bez potrzeby dopełnienia jakichkolwiek formalności, skutki, które wynikają z prawa państwa wszczęcia postępowania, o ile RPU nie stanowi inaczej oraz dopóki w tym innym państwie członkowskim nie zostanie wszczęte wtórne postępowanie upadłościowe²⁹. Konsekwencją takiego rozwiązania jest to, że na podstawie art. 17 RPU orzeczenie o ogłoszeniu upadłości w jednym państwie członkowskim UE wywołuje *ipso iure* w innych państwach członkowskich takie same skutki proceduralne i materialne, jak w państwie ogłoszenia upadłości³⁰, z zastrzeżeniem jednak wyjątków wynikających z rozszczępienia statutu upadłościowego i wprowadzenia wyjątków od właściwości *lex fori concursus*. Tym samym regulacja unijna opiera się co do zasady na teorii rozszerzania skutków uznania z ograniczonymi odstępstwami od tej teorii. Należy bowiem zauważyć, że ogólna norma kolizyjna została zawarta w art. 4 RPU i wskazuje jako prawo właściwe dla postępowania upadłościowego oraz jego skutków prawo państwa członkowskiego UE, w którym zostaje wszczęte postępowanie

²⁶ M. Armatowska: *Uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych na podstawie Rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego*. Warszawa 2011, s. 91.

²⁷ A. Hrycaj: *Europejskie...*, s. 114.

²⁸ Ibidem, s. 116.

²⁹ M. Armatowska: *Uznanie...*, s. 92.

³⁰ A. Hrycaj: *Europejskie...*, s. 126.

nie. Niemniej jednak w art. 5—15 RPU zostały przewidziane wyjątki od zasady *lex fori concursus*, jak chociażby art. 15 RPU, zgodnie z którym ocena wpływu ogłoszenia upadłości na toczące się postępowanie ma być dokonywana nie z punktu widzenia państwa wszczęcia postępowania upadłościowego, ale z punktu widzenia państwa uznania. Wobec tego statut upadłościowy określany za pomocą norm kolizyjnych zawartych w RPU ma charakter niejednolity z uwagi na to, że wprowadzono bardzo wiele łączników wskazujących, jako prawo właściwe dla poszczególnych skutków ogłoszenia upadłości, inne prawo aniżeli *lex fori concursus*.

Ponadto ograniczenie skutków ogłoszenia upadłości następuje wskutek wszczęcia na podstawie art. 3 ust. 2 RPU ubocznego (wtórnego) postępowania upadłościowego. Warunkiem wszczęcia ubocznego postępowania upadłościowego jest położenie głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika na terytorium państwa członkowskiego UE (z wyjątkiem Danii) innego niż państwo wszczęcia ubocznego postępowania upadłościowego. Wszczęcie takiego postępowania, jak wskazuje się w literaturze, ma zmierzać do ochrony interesów lokalnych wierzycieli, które mogą być naruszone postanowieniami przepisów *lex fori concursus generalis*³¹. W istocie uboczne postępowanie upadłościowe nawiązuje do zasady terytorializmu i jego ogłoszenie wywołuje skutki w odniesieniu do mienia położonego na terytorium państwa ogłoszenia. Ponadto wszczęcie wymienionego postępowania prowadzi do ograniczenia rozszerzania skutków głównego postępowania upadłościowego w stosunku do majątku położonego w państwie wszczęcia ubocznego (wtórnego) postępowania upadłościowego³². Na podstawie art. 28 RPU prawem właściwym dla wtórnego postępowania upadłościowego jest prawo państwa członkowskiego, w którym zostało ono wszczęte, tym samym prawo właściwe dla skutków ogłoszenia upadłości w przypadku postępowania wtórnego będzie inne niż w przypadku głównego postępowania upadłościowego i również w tym przypadku statut upadłościowy będzie niejednolity. Inne będzie bowiem prawo właściwe dla głównego postępowania upadłościowego i jego skutków, a inne dla wtórnego postępowania upadłościowego i jego skutków. Jak już stwierdzono, w art. 5—15 RPU zostały zawarte normy kolizyjne, które w zakresie wymienionych w nich sytuacji życiowych wprowadzają odstępstwa od reguły ogólnej zawartej w art. 4 RPU wskazującej prawo właściwe dla postępowania upadłościowego i jego skutków. Zgodnie z poglądem doktryny, wymienione odstępstwa

³¹ W. Klyta: *Wybrane problemy wiążące się z upadłością spółki private limited company by shares podlegającej prawu angielskiemu z rzeczywistą siedzibą w Polsce*. W: „Europejskie Prawo Spółek”. T. 4: *Spółki zagraniczne w Polsce*. Red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka. Warszawa 2008, s. 246.

³² M. Armatowska: *Uznanie...*, s. 77 i nast.

mają charakter wyczerpujący³³. Tym samym należy uznać, że statut upadłościowy ma charakter niejednolity, a w zakresie prawa właściwego dla skutków ogłoszenia upadłości została wprowadzona właściwość praw wskazanych za pomocą różnych łączników. Jednym z przepisów zawierających normę kolizyjną wskazującą za pomocą innego niż reguła ogólna łącznika prawo właściwe dla jednego ze skutków ogłoszenia upadłości jest art. 15 RPU. Zgodnie z tym przepisem, wpływ postępowania upadłościowego na toczące się postępowanie dotyczące przedmiotu albo prawa wchodzącego w skład masy upadłości podlega wyłącznie prawu państwa członkowskiego, w którym toczy się postępowanie. Charakter wymienionego przepisu wydaje się budzić wątpliwości, albowiem wskazuje prawo, za pomocą którego należy dokonać oceny skutków ogłoszenia upadłości na toczące się postępowanie, a więc skutków mających charakter proceduralny, natomiast co do zasady normy kolizyjne wskazują prawo właściwe dla sytuacji życiowych opisanych w sposób abstrakcyjny w ich zakresach³⁴; przy czym chodzi tu o wskazanie właściwego prawa materialnego, a nie procesowego. Wobec tego uzasadnione wydaje się założenie, że przepis art. 15 RPU jest normą z zakresu kolizyjnego prawa upadłościowego, rozstrzygającą konflikty między krajowymi przepisami o upadłości³⁵. Niemniej jednak z uwagi na to, że w istocie przepis ten wskazuje prawo właściwe dla *sensu stricte* procesowych skutków ogłoszenia upadłości, nie można przyjąć, że statuuje on normę kolizyjną z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego, ale normę jedynie do norm kolizyjnych podobną³⁶. Poza charakterem art. 15 RPU, wątpliwości nastrocza również kwestia, jakie postępowania będą wchodziły w zakres wymienionej normy. W szczególności relewantne z punktu widzenia niniejszego opracowania wydaje się pytanie, czy pod pojęciem „toczące się postępowanie” (ang. *lawsuit pending*, niem. *anhängigen Rechtsstreit*) rozumie się postępowanie przed sądem polubownym. Należy bowiem antycypować, że przepis ten statuuje odrębną normę wskazującą prawo właściwe dla oceny wpływu ogłoszenia upadłości na toczące się postępowanie dotyczące przedmiotu lub prawa wchodzącego w skład masy upadłości, odstępując w tym zakresie od ogólnej normy wskazującej statut upadło-

³³ S. Kolmann: *European international insolvency law — Council regulation (EC) No. 1346/2000 on insolvency proceedings*. In: *The European Legal Forum — Forum iuris communis Europae*. Eds. Th. Simons, R. Hausmann. Vol. 3. IPR Verlag 2002, s. 174. Dostępny w Internecie: <http://www.simons-law.com/library/instrdetails.asp?Textnummer=287&Instrument=6>.

³⁴ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 12. Warszawa 2009, s. 45 i nast.; J. Gołaczyński: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 2. Warszawa 2008, s. 22.

³⁵ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 22.

³⁶ Ibidem, s. 22 i nast.

ściowy za pomocą łącznika *lex fori concursus*. W tym kontekście nie należy tracić z pola widzenia zasady *exceptiones non sunt extendae*, która implikuje interpretację wyjątków w sposób ścisły. W doktrynie zostały wyrażone głosy aprobujące objęcie zakresem art. 15 RPU postępowania przed sądem arbitrażowym³⁷. Pogląd ten należy uznać za trafny, ponieważ termin „toczące się postępowanie” w świetle dyrektyw wykładni językowej odnieść należy również do postępowania arbitrażowego, a na pewno zabiegiem nieuprawnionym w toku wykładni wymienionego przepisu byłoby przypisanie mu takiego znaczenia, że jego zakres miałby być zawężony do postępowań sądowych. Oczywiście, należy mieć na uwadze zacytowaną wcześniej dyrektywę wykładni, zgodnie z którą wyjątki należy interpretować ściśle. Jednak nie należy w tym wypadku zapominać o dyrektywie wykładni *lege non distinguente*, zgodnie z którą niedopuszczalne jest wprowadzanie rozróżnień przez interpretatora tam, gdzie nie wprowadza ich prawodawca³⁸, a w istocie do takich efektów prowadziła by wykładnia zawężająca zakres przepisu art. 15 RPU tylko do postępowań sądowych. Na marginesie rozważań dodam tylko (nie jest to przedmiotem rozważań w niniejszym opracowaniu), że wykładnia językowa odgrywa rolę podstawową w prawie UE, a jak się wskazuje, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE akceptuje wszystkie reguły tej wykładni stosowane zarówno w prawie krajowym, jak i międzynarodowym³⁹. Wątpliwości w odniesieniu do interpretacji przytoczonej regulacji doskonale obrazuje również sprawa *Józef Syska (zarządca Elektrim S.A. w upadłości) vs. Vivendi Universal S.A. i inni* [2008] EWHC 2155 (Comm.)⁴⁰, którą rozpatrywał angielski *High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court*. Sprawa ta jest istotna z punktu widzenia praktyki stosowania prawa, także przez organy i sądy w innych państwach członkowskich UE, należy bowiem pamiętać, że normy ustanowione w rozporządzeniu są instrumentem ujednolicania porządków prawnych państw członkowskich, wobec tego tworzą jednolite ramy prawne na obszarze całej Unii Europejskiej. Przedmiotem analizy sądu był między

³⁷ S. Kaźmierczak: *Prawo właściwe dla oceny wpływu ogłoszenia upadłości na przebieg postępowania arbitrażowego, ze szczególnym uwzględnieniem przepisów Rozporządzenia Rady 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego*. „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 4, s. 123; W. Sadowski: *Wpływ postępowania upadłościowego w Polsce na postępowanie arbitrażowe prowadzone za granicą: uwagi na kanwie sprawy Elektrimu*. „e-Przegląd Arbitrażowy” 2010, nr 2, s. 15. Dostępny w Internecie: <http://www.sadarbitrazowy.org.pl/pl/eczasopisma;id=7>.

³⁸ L. Morawski: *Zasady wykładni prawa*. Toruń 2006, s. 107.

³⁹ Ibidem, s. 270.

⁴⁰ Orzeczenie dostępne w Internecie: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2008/2155.html&query=syska+and+v+and+vivendi&method=boolean>.

innymi zakres zastosowania poszczególnych przepisów rozporządzenia odnoszących się do skutków ogłoszenia transgranicznej upadłości w aspekcie ich wpływu na postępowanie przed sądem polubownym. Sprawa dotyczyła wniosku zarządcy masy upadłości spółki *E. S.A.* w upadłości inkorporowanej według prawa polskiego o uchylenie wyroku arbitrażowego zapadłego w ramach postępowania prowadzonego zgodnie z regulaminem *London Court of International Arbitration — LCIA* (Londyńskiego Sądu Arbitrażu Międzynarodowego), który zapadł na niekorzyść polskiej spółki. *E. S.A.* był udziałowcem w *P. sp. z o.o.*, jednego z największych operatorów telefonii komórkowej w Polsce. W sierpniu 2001 r. *E. S.A.* zawarł z *V. U. S.A.* i *V. T. I. S.A.* tzw. umowę *Third Investment Agreement (TIA)*. Była to jedna z umów, na podstawie której spółki z grupy *V.* miały uzyskać udziały w *P. sp. z o.o.* Artykuł 5.11(c) wymienionej umowy zawierał zapis na sąd polubowny w Londynie, który miał rozstrzygnąć ewentualny spór zgodnie z Regulaminem *LCIA*. Prawem właściwym dla umowy o arbitraż było prawo angielskie, natomiast prawem właściwym dla umowy głównej — prawo polskie. Dnia 22 sierpnia 2003 r. spółki grupy *V.* wystąpiły z żądaniem przeprowadzenia arbitrażu, zarzucając naruszenie umowy inwestycyjnej przez *E. S.A.* Dnia 21 sierpnia 2007 r. Sąd Rejonowy w Warszawie ogłosił upadłość spółki *E. S.A.* Z kolei 15 października 2007 r. rozpoczęło się posiedzenie sądu polubownego, na którym strona polska podniosła, że umowa o arbitraż wskutek ogłoszenia upadłości straciła moc. Dnia 20 marca 2008 r. trybunał arbitrażowy wydał wyrok wstępny (*interim award*), w którym przesądził, że ma jurysdykcję do rozstrzygnięcia sprawy i jednocześnie orzekł, że *E. S.A.* naruszył postanowienia umowy. 16 kwietnia 2008 r. polska spółka złożyła wniosek o uchylenie wyroku sądu polubownego do angielskiego sądu państwowego, oparty na *sec. 67 Arbitration Act 1996* (brytyjska ustawa arbitrażowa z 1996 r.), argumentując, że wskutek ogłoszenia upadłości zapis na sąd polubowny stracił moc, a to implikuje brak jurysdykcji sądu arbitrażowego do rozstrzygnięcia sporu. Jednakże sądy angielskie I i II instancji odmówiły uchylenia wyroku sądu polubownego. W przedmiotowej sprawie sądy musiały rozstrzygnąć zagadnienie kolizyjnoprawne, polegające na wskazaniu, jakie prawo jest właściwe dla oceny skutków ogłoszenia upadłości w Polsce na postępowanie arbitrażowe toczące się w Anglii. Przesądzenie tej kwestii powodowało dalsze konsekwencje, ponieważ regulacja prawa polskiego i angielskiego w zakresie wpływu ogłoszenia upadłości na postępowanie arbitrażowe jest różna, albowiem wedle przepisów art. 142 i art. 147 PrUpNapU, ogłoszenie upadłości powoduje utratę mocy przez zapis na sąd polubowny, a toczące się postępowanie ulega umorzeniu. Odmienne natomiast skutki powodowało zastosowanie, jako prawa właściwego, prawa angielskiego.

skiego. Przy tej okazji powstały dwa inne doniosłe zagadnienia prawne: po pierwsze, czy termin „toczące się postępowanie” w art. 15 RPU obejmuje swym zakresem postępowanie arbitrażowe, i po drugie, czy zapis na sąd polubowny może być traktowany jak niewykonana umowa w świetle art. 4 ust. 2 pkt e RPU. Natomiast wedle oceny stron sporu, regulacjami relewantnymi z punktu widzenia przedmiotowej sprawy, a tym samym kwestii wpływu ogłoszenia upadłości na postępowanie arbitrażowe były art. 4 ust. 2 pkt e i pkt f oraz art. 15 RPU.

Przede wszystkim należy wskazać, że przepisy art. 4 ust. 2 pkt. e i f RPU stanowią tylko nieenumeratywny katalog sytuacji, do których oceny w przypadku ogłoszenia upadłości właściwe jest *lex fori concursus*. Natomiast art. 15 RPU stanowi wyjątek od ogólnej reguły zawartej w art. 4 RPU. W odniesieniu do toczących się postępowań (ang. *lawsuit pending*) można mówić o swoistym dualizmie regulacji rozporządzenia, ponieważ przepis art. 4 ust. 2 pkt f RPU określa prawo właściwe dla oceny skutków wszczęcia postępowania upadłościowego na środki dochodzenia praw przez poszczególnych wierzycieli; ma on więc zastosowanie do postępowań egzekucyjnych, wskazując jako prawo właściwe *lex fori concursus*, z wyłączeniem jednak toczących się postępowań. Do postępowań mających na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu ma bowiem zastosowanie przepis art. 15 RPU, wskazujący jako prawo właściwe prawo miejsca postępowania⁴¹. Jak podaje literatura, takie rozwiązanie ma uzasadnienie w tym, że w przypadku postępowania mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu nie narusza ono zasady kolektywnego zaspokojenia wierzycieli w postępowaniu upadłościowym, ponieważ zmierza dopiero do ustalenia, czy danemu podmiotowi przysługuje określone roszczenie (a także np. w jakiej wysokości), a nie ma ono na celu zaspokojenia indywidualnego dłużnika⁴². Dlatego też uzasadnione jest, aby kwestia ta została rozstrzygnięta przez prawo państwa, w którym toczy się postępowanie. Należy także mieć na uwadze, że zachodzi ścisły związek postępowania, które ma na celu przesądzenie, czy danemu podmiotowi względem dłużnika przysługuje roszczenie, z prawem procesowym państwa, w którym takie postępowanie się toczy. Do podobnych wniosków można też dojść na podstawie Raportu do Konwencji o postępowaniu upadłościowym autorstwa *M. Virgos i E. Schmit*. Konwencja ta została podpisana 23 listopada 1995 r., ale nie weszła w życie z powodu jej nieratyfikowania przez Wielką Brytanię⁴³. Jednak w znacznej mierze jej postanowienia zostały przeniesione do rozporządzenia o postępowaniu

⁴¹ M. Virgos, F. Garcimartin: *The European...*, s. 140.

⁴² Ibidem.

⁴³ J. Gołaczyński: *Współpraca...*, s. 253.

upadłościowym. Z raportu tego wynika bowiem w sposób jednoznaczny, że uregulowania art. 4 ust. 2 pkt f RPU odnoszą się do wskazania prawa właściwego dla wpływu ogłoszenia upadłości na egzekucję singularną⁴⁴. Interpretacja zawarta w raporcie wydaje się tym cenniejsza, że — jak wskazuje się w literaturze — w prawie unijnym nie ma żadnych zakazów ani reguł dotyczących stosowania materiałów interpretacyjnych. Tym samym jako taki materiał może być wykorzystana każda informacja i źródło, które jest istotne dla ustalenia znaczenia określonego przepisu⁴⁵.

Ponadto niezasadne byłoby deprecjonowanie znaczenia sądów polubownych w odniesieniu do sądów państwowych przez wyłączenie ich z zakresu regulacji art. 15 RPU, tym bardziej, że zgodnie z ust. 24 preambuły rozporządzenia, wyjątki zostały przewidziane w celu ochrony zaufania i pewności obrotu w państwach członkowskich innych niż państwo wszczęcia postępowania upadłościowego. Jak wskazał sąd angielski, na kanwie wymienionej regulacji nieuprawnione jest uprzywilejowanie traktowanie postępowań sądowych względem arbitrażowych tylko dlatego, że sądy państwowe sprawują władzę sadowniczą⁴⁶. Pogląd ten należy uznać za trafny, ponieważ mimo że sądownictwo polubowne cechuje elastyczność postępowania, której emanacją są liczne przejawy autonomii woli stron w tym postępowaniu, należy jednak pamiętać, że wyrok arbitrażowy w większości jurysdykcji ma moc prawną równą wyrokowi sądu po jego uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności przez sąd państwowy. Co prawda, przesłanki odmowy uznania lub wykonalności sądu polubownego zarówno w akcie o podstawowym znaczeniu dla tej kwestii, tj. Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzonej w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r. (Dz.U. 1962, nr 9, poz. 41), jak i w aktach krajowych zostały sprowadzone jedynie do najpoważniejszych uchybień, niemniej jednak państwowe organy sądowe są kompetentne, w ściśle określonym zakresie, do sprawowania kontroli nad orzeczeniami sądów arbitrażowych. Ponadto, czy słuszne w takiej sytuacji byłoby uznanie arbitrażu za alternatywę względem sądownictwa państwowego, gdy oddanie sporu pod arbitraż wiązałoby się z mniejszym stopniem pewności prawnej dla stron niż w przypadku rozpoznania sprawy przez sąd państwowy na wypadek ogłoszenia upadłości jednej ze

⁴⁴ M. Virgos, E. Schmit: *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*. Council 6500/96, ust. 91 i 142. Tekst raportu w angielskiej wersji językowej dostępny w Internecie: <http://aei.pitt.edu/952/>.

⁴⁵ L. Morawski: *Zasady...*, s. 279.

⁴⁶ D. Foster, S. Walsh: *The Effects of Insolvency on Arbitration Proceedings*. „The European & Middle Eastern Arbitration Review” 2009. Dostępny w Internecie: <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/14/sections/53/chapters/510/the-effects-insolvency-arbitration-proceedings/>.

stron. Dlatego też zaprezentowany wcześniej pogląd sądu angielskiego zasługuje na aprobatę.

Godny uwagi jest także pogląd wyrażony w wyroku wydanym przez *Supreme Court of Judiciary Court of Appeal*, który rozpoznawał apelację od wyroku zapadłego w *High Court of Justice* w sprawie *Józef Syska (zarządca Elektrim S.A. w upadłości) vs. Vivendi Universal S.A. i inni [2009] EWCA Civ 677*⁴⁷. W apelacji tej sąd podzielił pogląd sądu I instancji, że postępowanie arbitrażowe wchodzi w zakres zastosowania przepisu art. 15 RPU. Podkreślił jednak, że dotyczy to jedynie toczących się postępowań, tak więc zakres zastosowania wspomnianego przepisu został ograniczony wyłącznie do wszczętych postępowań arbitrażowych⁴⁸.

Dokonując częściowego podsumowania, należy stwierdzić, że wpływ ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe w świetle art. 15 RPU podlega ocenie według prawa miejsca postępowania w przypadku toczących się postępowań arbitrażowych, czyli według *lex loci arbitrii*, natomiast w przypadku jeszcze nierozpoczętych postępowań arbitrażowych do oceny skutków ogłoszenia upadłości właściwe będzie *lex fori concursus*. Wobec tego należy zwrócić uwagę, że czynnikiem decydującym o zastosowaniu przepisów określonego porządku prawnego dla oceny skutków ogłoszenia upadłości jest moment rozpoczęcia postępowania arbitrażowego, który jak wskazuje się w literaturze, budzi wątpliwości⁴⁹. W szczególności rozbieżności co do wskazania momentu rozpoczęcia postępowania przed sądem polubownym mogą powstać w odniesieniu do arbitrażu *ad hoc*, ponieważ w przypadku arbitrażu instytucjonalnego zazwyczaj kwestia ta jest regulowana przez regulaminy sądów polubownych⁵⁰.

Ustalając prawo właściwe dla oceny skutków ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe, należy rozważyć, czy zapisu na sąd polubowny nie można traktować, jak niewykonanej umowy dłużnika w rozumieniu art. 4 ust. 2 pkt e RPU. Zgodnie bowiem z wymienionym przepisem, prawo państwa wszczęcia postępowania jest właściwe dla oceny skutków postępowania upadłościowego co do niewykonanych

⁴⁷ Orzeczenie dostępne w Internecie: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2009/677.html&query=syska+and+v+and+vivendi&method=boolean>.

⁴⁸ Por. M. Porzycki: *Upadłość strony postępowania arbitrażowego*. W: *Arbitraż handlowy*. „System Prawa Handlowego”. T. 8. Red. A. Szumański. Warszawa 2010, s. 217.

⁴⁹ T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy...*, s. 293.

⁵⁰ Ł. Błaszczak, M. Ludwik: *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*. Warszawa 2007, s. 151.

umów dłużnika. *Prima facie* wydaje się, że zapis na sąd polubowny jako umowa, której stroną jest dłużnik, mieści się w zakresie przytoczonej normy kolizyjnej. Jednakże normy kolizyjne mają za zadanie rozgraniczenie sfery działania systemów prawnych w zakresie prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy⁵¹, a więc norm materialnoprawnych. Natomiast charakter prawny zapisu na sąd polubowny jest zagadnieniem wysoce kontrowersyjnym, w zakresie którego dostrzegalny jest rozdzźwięk w doktrynie. Można bowiem spotkać aż cztery koncepcje dotyczące tego zagadnienia, zgodnie z którymi zapis na sąd polubowny jest umową procesową, czynnością prawną (umową materialnoprawną), ma charakter mieszany i, wreszcie, jest umową *sui generis*⁵². Przyjęcie koncepcji zapisu na sąd polubowny jako umowy materialnoprawnej prowadzi do wniosku, że wchodzi ona w zakres art. 4 ust. 2 pkt e RPU, tym samym prawem właściwym dla oceny skutków zapisu na sąd polubowny w przypadku ogłoszenia upadłości w Polsce będą przepisy art. 142 i art. 147 PrUpNapU, zgodnie z którymi zapis z chwilą ogłoszenia upadłości traci moc. I tak, odwołując się do przykładu, można wskazać, że gdy postępowanie arbitrażowe toczy się we Francji i względem jednej ze stron postępowania zostanie ogłoszona upadłość w Polsce, to zgodnie z prawem francuskim umowa o arbitraż, mimo ogłoszenia upadłości, jest wykonalna (*opposable*)⁵³. Jednak zastosowanie powinny mieć przepisy art. 142 lub 147 PrUpNapU w zw. z art. 4 ust. 2 pkt e RPU. Jednocześnie wydaje się, że przepis ten należy traktować jako *lex specialis* względem regulacji zawartych w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), które zawiera normy kolizyjne wskazujące prawo właściwe dla zobowiązań powstałych w drodze umów, z uwagi na to, że w sytuacji, gdy ogłoszona zostaje upadłość, norma kolizyjna z art. 4 ust. 2 pkt e RPU zastępuje normy kolizyjne zawarte w rozporządzeniu Rzym I, w tym kolizyjnoprawny wybór prawa właściwego dokonany przez strony. Do podobnych konkluzji w uzasadnieniu wyroku doszedł sąd angielski w sprawie *Józef Syska (zarządca Elektrim S.A. w upadłości) vs. Vivendi Universal S.A. i inni* w odniesieniu do norm kolizyjnych zawartych w Konwencji nr 80/934 o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwartej do podpisu 19 czerwca 1980 r. w Rzymie, z zakresu której również zostały wyłączone umowy jurysdykcyjne, a także zapis na sąd polubowny, co było przedmiotem kontrowersji już na etapie prac nad

⁵¹ J. Gołaczyński: *Prawo...*, s. 2.

⁵² T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy...*, s. 79 i nast.

⁵³ V. Lazic: *Arbitration and insolvency proceedings: claims of ordinary bankruptcy creditors*. „Electronic Journal of Comparative Law” December 1999, Vol. 3.3. Dostępny w Internecie: <http://www.ejcl.org/33/art33-2.html>.

konwencją⁵⁴. W istocie, zbieżny pogląd został również zawarty w Raporcie *M. Virgos i E. Schmit* do projektu Konwencji o postępowaniu upadłościowym. Skoro przepis art. 4 ust. 2 pkt e RPU stanowi regulację szczególną względem rozporządzenia Rzym I, to wykładnia systemowa sprzeciwiałaby się objęciu zakresem wymienionego przepisu umowy o arbitraż, ponieważ zapis na sąd polubowny, podobnie jak umowy jurysdykcyjne, został wyłączony z zakresu regulacji rozporządzenia Rzym I. A jeżeli art. 4 ust. 2 pkt e RPU stanowi odstępstwo od reguły ogólnej, to należy go interpretować w sposób ścisły, tym samym nie wolno tracić z pola widzenia wyłączenia zawartego w rozporządzeniu Rzym I dotyczącego zapisu na sąd polubowny. W związku z tym należy dojść do przekonania, że w wymienionej sytuacji prawodawca, gdyby chciał umowę o arbitraż objąć zakresem analizowanego przepisu, kwestię tę uregulowałby wprost. Z tego też względu, mając na uwadze dyrektywy wykładni systemowej, rodzą się wątpliwości, czy może wchodzić on w zakres art. 4 ust. 2 pkt e RPU⁵⁵. Ponadto należy pamiętać, że w odniesieniu do arbitrażu inwestycyjnego przepis ten traciłby na znaczeniu, ponieważ podstawą prowadzenia postępowania przed sądem polubownym nie jest zapis na sąd polubowny, lecz postanowienie umowy międzynarodowej⁵⁶. Wydaje się, że nawet przyjęcie materialnoprawnego charakteru zapisu na sąd polubowny, wobec wcześniej wskazanych argumentów, jak i tego, że skutki zapisu na sąd polubowny przejawiają się jedynie na płaszczyźnie procesowej, nie pozwala na uznanie, że wchodzi on w zakres art. 4 ust. 2 pkt e RPU. Niemniej jednak angielski sąd w sprawie *Józef Syska (zarządca Elektrim S.A. w upadłości) vs. Vivendi Universal S.A. i inni*⁵⁷ wyraził pogląd, że przepis ten ma zastosowanie do umowy o arbitraż dopóki nie zostanie wszczęte postępowanie przed sądem arbitrażowym, a co za tym idzie — prawem właściwym do oceny wpływu ogłoszenia upadłości na zapis na sąd polubowny będzie *lex fori concursus*. Natomiast z chwilą wszczęcia postępowania relewantny dla wskazania prawa właściwego dla skutków ogłoszenia upadłości staje się art. 15 RPU. Co więcej — jak wskazał sąd — fakt, że konwencja rzymska nie ma zastosowania do umowy o arbitraż nie przesądza o tym, że zastosowania do sądownictwa polubownego nie może mieć art. 4 ust. 2 pkt e RPU. Przytoczony pogląd wydaje się nie do końca trafny w świetle wskazanych argumentów, a w szczególności dyrektyw wykładni systemowej.

⁵⁴ M. Wojewoda: *Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych*. Warszawa 2007, s. 85.

⁵⁵ Por. S. Kaźmierczak: *Prawo właściwe...*, s. 112.

⁵⁶ Ł. Błaszczak, M. Ludwik: *Sądownictwo...*, s. 5.

⁵⁷ Zarówno sąd I instancji [2008] EWHC 2155(Comm.), jak i sąd II instancji [2009] EWCA Civ 677.

4.

W odniesieniu do międzynarodowego prawa upadłościowego brak jest aktów prawa międzynarodowego, które wprowadzałyby jednolite normy kolizyjne oraz dotyczące uznania zagranicznych postępowań upadłościowych, mimo podejmowania przez różne instytucje inicjatyw zmierzających przynajmniej do harmonizacji przytoczonych norm. Jako przykład można wskazać projekt ustawy modelowej *Model International Insolvency Cooperations Act*, przygotowany pod auspicjami *American Bar Association* (Amerykańskie Stowarzyszenie Adwokatów). Jednakże żadne państwo nie wprowadziło tych rozwiązań do swojego porządku prawnego⁵⁸. Oczywiście, instrumentem takim jest omawiane rozporządzenie, niemniej jednak ma ono zasięg ograniczony jedynie do państw członkowskich UE. Inicjatywą w dziedzinie zbliżania regulacji prawnych z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego, która przyniosła umiarkowane rezultaty, było stworzenie *UNCITRAL Model Law on Cross — Border Insolvency* (ustawa modelowa w zakresie transgranicznej upadłości), jednakże akt ten przyjęty 15 grudnia 1997 r. przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych⁵⁹ ma charakter tzw. *soft law* i nie jest wiążący dla państw. Obecnie 17 państw dostosowało swoje krajowe porządki prawne do *UNCITRAL Model Law*, w tym Polska w 2003 r.⁶⁰.

Wobec braku jednolitych reguł wskazujących prawo właściwe dla skutków ogłoszenia transgranicznej upadłości oraz norm dotyczących uznania zagranicznych postępowań upadłościowych (poza RPU) odpowiedzi na pytanie o wpływ ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie upadłościowe należy poszukiwać w przepisach krajowych z zakresu międzynarodowego prawa upadłościowego poszczególnych państw. Z tego też względu, jeśli chodzi o ocenę wpływu ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe toczące się w państwie niebędącym państwem członkowskim UE, należy odwołać się do regulacji krajowych państwa, w którym toczy się to postępowanie.

W istocie odpowiedź na zadane pytanie uzależniona jest od zasady, zgodnie z którą ukształtowane są przepisy dotyczące międzynarodowego postępowania upadłościowego obowiązujące w państwie, w którym toczy się postępowanie arbitrażowe. Gdy wskazane przepisy opierają się na za-

⁵⁸ J. Gołaczyński: *Współpraca...*, s. 253 i cytowana tam literatura.

⁵⁹ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ A/RES/52/158.

⁶⁰ Informacja dostępna w Internecie: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

sadzie uniwersalizmu, również w jego zmodyfikowanej wersji, ogłoszenie upadłości w Polsce będzie miało wpływ na zagraniczne postępowanie upadłościowe, jednak aby ustalić, jaki będzie to wpływ, a raczej, zgodnie z jakim prawem ma być oceniany, należy sięgnąć do norm kolizyjnych obowiązujących w państwie, w którym toczy się postępowanie arbitrażowe. Ponadto to, czy i jaki wpływ wywrze ogłoszenie upadłości w Polsce, uzależnione jest od tego, czy ewentualne uznanie ma nastąpić automatycznie (*ipso iure*), czy też po przeprowadzeniu w przedmiocie uznania odpowiedniego postępowania delibacyjnego, oraz od tego, do jakiej teorii uznania w odniesieniu do jego skutków nawiązują przepisy państwa uznania. Mając to na uwadze, należy wskazać, że w państwach, w których przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego oparte są na zasadzie terytorializmu i nie przewidują możliwości uznania upadłości ogłoszonej w Polsce, takie postępowanie upadłościowe nie będzie miało wpływu na toczące się za granicą postępowanie arbitrażowe.

Warto bliżej przyjrzeć się szwajcarskim przepisom dotyczącym międzynarodowego postępowania upadłościowego zawartym w *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987*⁶¹ (szwajcarskie prawo prywatne międzynarodowe)⁶², w szczególności z uwagi na fakt, że Szwajcaria często wybierana jest jako forum arbitrażu międzynarodowych⁶³. Przepisy te w pewnym stopniu nawiązują do zasady uniwersalizmu, zgodnie bowiem z art. 166 IPRG, zagraniczne postępowania upadłościowe podlegają uznaniu w przewidzianym w tym celu postępowaniu, natomiast w rezultacie uznania w stosunku do majątku upadłego położonego w Szwajcarii powstają skutki przewidziane w szwajcarskim prawie upadłościowym. Rozwiązanie to w istocie w zakresie skutków zagranicznej upadłości nawiązuje do teorii asymilacji, gdyż uznanie wywołuje skutki przewidziane w prawie szwajcarskim, a nie skutki przewidziane w *lex fori concursus*. W kontekście przepisów dotyczących międzynarodowego postępowania upadłościowego obowiązujących w Szwajcarii interesujące wydaje się również rozwiązanie przyjęte przez *Schweizerisches Bundesgericht* (Sąd Najwyższy Konfederacji Szwajcarii) w wyroku z dnia 31 marca 2009 r. w sprawie 4A_428/2008⁶⁴,

⁶¹ Dalej: IPRG.

⁶² Tekst w angielskim tłumaczeniu oraz oficjalnej wersji niemieckiej i francuskiej wersji językowej dostępny w Internecie: <http://www.umbricht.com/eng/frameset4.asp?status=1&id=358&user=guest>.

⁶³ D. Paczoska: *Zdatność arbitrażowa w prawie niemieckim i szwajcarskim. Analiza prawnoporównawcza*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”. T. 7. Red. M. Pazdan. Katowice 2010, s. 81.

⁶⁴ Orzeczenie dostępne w języku niemieckim, francuskim i włoskim w Internecie: *Schweizerisches Bundesgericht* — <http://www.bger.ch/de/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-%20recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.

głównie z punktu widzenia międzynarodowego arbitrażu, który odbywa się na terytorium Konfederacji Szwajcarskiej, ponieważ w niemalże identycznym stanie faktycznym, jaki występował w opisywanej wcześniej sprawie rozstrzyganej przez sądy angielskie, sąd szwajcarski doszedł do zupełnie innych wniosków.

W sprawie tej sąd arbitrażowy rozstrzygał spór korporacyjny dotyczący własności i kontroli nad *P. sp. z o.o.*, polską spółką działającą na rynku telefonii komórkowej, powstały między *V. U. S.A.* wraz ze spółkami powiązаныmi, a także *D. T. AG* wraz ze spółkami powiązаныmi oraz *E. S.A.* — spółką inkorporowaną według prawa polskiego — i inni. Arbitraż odbywał się zgodnie z regulaminem *International Chamber of Commerce* — ICC (Międzynarodowej Izby Handlowej) i miał swoją siedzibę w Genewie. Stan faktyczny przedstawiał się tak, że w kwietniu 2006 r. *V.* wystąpiło przeciwko spółkom *E.* i *D. T.* z żądaniem przeprowadzenia arbitrażu. Dnia 21 sierpnia 2007 r. Sąd Rejonowy w Warszawie ogłosił upadłość spółki *E. S.A.*, o czym został poinformowany sąd arbitrażowy. *E. S.A.*, powołując się na art. 142 PrUpNapU, w odniesieniu do niego wystąpił o umorzenie postępowania przed sądem polubownym. 21 lipca 2008 r. sąd arbitrażowy w wyroku wstępnym (*interim award*) umorzył postępowanie w stosunku do polskiej spółki, powołując się na przepisy szwajcarskiego prawa prywatnego międzynarodowego, w myśl których w przypadku osób prawnych zdolność arbitrażowa podlega prawu państwa, według którego osoba prawna jest utworzona, tym samym zastosował przepis art. 142 PrUpNapU. *V.* zaskarżyło powyższe orzeczenie do *Schweizerisches Bundesgericht*, który jednak utrzymał w mocy wyrok sądu arbitrażowego. Sąd szwajcarski wskazał, że poza art. 177 § 2 IPRG, który reguluje zdolność arbitrażową państw, a także przedsiębiorstw i organizacji kontrolowanych przez państwo, brak jest przepisów odnoszących się do zdolności arbitrażowej innych podmiotów. W braku regulacji prawnej odnoszącej się wprost do zdolności arbitrażowej sąd odwołał się do ogólnej regulacji szwajcarskiego prawa prywatnego międzynarodowego dotyczącej statutu personalnego osób prawnych. Tym samym najpierw rozstrzygnął kwestię wstępną w postaci ustalenia prawa właściwego dla zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych osoby prawnej, a następnie ustalił prawo właściwe dla oceny zdolności (*Schiedsfähigkeit*) do bycia stroną w postępowaniu arbitrażowym⁶⁵. Zgodnie z art. 154 § 1 IRPG, statutem personalnym osób prawnych jest prawo państwa, według którego zostały one zorganizowane, jeżeli zostały spełnione wy-

⁶⁵ V. Lazic: *Cross-border Insolvency: Effects of Insolvency Proceedings on Arbitration*. Dostępny w Internecie: http://www.abanet.org/intlaw/fall09/materials/Lazik_Vesna_Law%20Unification.pdf.

mogi publikacyjne lub rejestracyjne przewidziane przez to państwo, albo gdy takich wymogów nie ma, gdy są utworzone zgodnie z prawem tego państwa. Zakres statutu personalnego osób prawnych regulowany jest przez art. 155 IRPG. W myśl punktu c wymienionego artykułu, zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych osób prawnych podlega prawu państwa, w którym została utworzona osoba prawna. Ponadto sąd szwajcarski zwrócił uwagę, że regulacje dotyczące prawa właściwego dla umowy o arbitraż zawarte w art. 178 § 2 IRPG nie regulują kwestii zdolności arbitrażowej stron, tym samym wyłączona jest ona ze statutu umowy o arbitraż. Z tego względu sąd doszedł do przekonania, że zdolność arbitrażową osób prawnych należy oceniać przez pryzmat prawa, zgodnie z którym zostały one inkorporowane, tym samym zastosowanie powinny mieć art. 154 i 155 IRPG. W przedmiotowej sprawie uznał, że prawem właściwym dla oceny zdolności arbitrażowej spółki *E. S.A.* jest prawo polskie. Dlatego też zastosowanie powinien mieć art. 142 PrUpNapU, który według sądu, wchodzi w skład statutu personalnego osoby prawnej, na podstawie którego sąd przyjął, że *E. S.A.* z powodu ogłoszenia wobec niego upadłości pozbawiony jest zdolności arbitrażowej⁶⁶.

W kontekście przytoczonego orzeczenia kilku uwag wymaga kwestia zdatości arbitrażowej sporu, zdolności arbitrażowej stron i ewentualny wpływ na nie przepisów art. 142 i art. 147 PrUpNapU. Zgodnie ze wskazanymi przepisami, z chwilą ogłoszenia upadłości zapis na sąd polubowny traci moc, a toczące się postępowanie arbitrażowe podlega umorzeniu. Jednakże wskazane przepisy nie pozbawiają sporu dotyczącego przedmiotu lub prawa wchodzącego w skład masy upadłości zdatości arbitrażowej, a strony postępowania — zdolności prawnej⁶⁷. Należy bowiem pamiętać, że na podstawie art. 206 ust. 1 pkt 6 PrUpNapU za zgodą rady wierzycieli syndyk może zawrzeć zapis na sąd polubowny. Ponadto wymóg zgody na zawarcie zapisu na sąd polubowny dotyczy postępowania likwidacyjnego; wymóg taki nie został przewidziany w odniesieniu do postępowania z możliwością zawarcia układu, które to *notabene* dotyczyło spółki *E. S.A.* w przedstawionej sprawie. Z chwilą ogłoszenia upadłości traci moc zapis na sąd polubowny, natomiast spór nie zostaje pozbawiony zdatości arbitrażowej, co oznacza, że może być rozstrzygnięty w drodze arbitrażu, o czym świadczy wskazany przepis. Podobnie z chwilą ogłoszenia upadłości strona może zostać lub też zostaje pozbawiona zarządu nad majątkiem, niemniej jednak nie ozna-

⁶⁶ M. Bate, M. Stepek: *Switzerland*. „The European & Middle Eastern Arbitration Review” 2010. Dostępny w Internecie: <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/22/sections/82/chapters/845/switzerland/>.

⁶⁷ W. Sadowski: *Wpływ postępowania...*, s. 18. Dostępny w Internecie: <http://www.sadarbitrazowy.org.pl/eczaspisma;id-7>.

cza to, że traci ona zdolność prawną. W takiej sytuacji może ona występować w postępowaniu przed sądem polubownym, jednak na rzecz upadłego w postępowaniu działa syndyk lub zarządca. Jak wskazuje orzecznictwo, syndyk jest stroną w znaczeniu formalnym (procesowym), tzn. działa w postępowaniu we własnym imieniu, jednak stroną w znaczeniu materialnym, mimo ogłoszenia upadłości, pozostaje upadły⁶⁸. Z tego też względu interpretacja przytoczonych przepisów dokonana przez sąd szwajcarski we wskazanej sprawie wydaje się za daleko idąca. Na marginesie rozważań należy dodać, że uzasadniona zdaje się krytyka rozwiązań polskiego postępowania upadłościowego jako zbyt restrykcyjnych⁶⁹. Jeśli chodzi natomiast o kwestię ewentualnego wpływu uznania zagranicznego postępowania upadłościowego na zdatność arbitrażową sporu toczącego się za granicą, to ocena taka powinna zostać dokonana na podstawie właściwej normy kolizyjnej państwa uznania. Należy przy tym pamiętać, że zdatność arbitrażowa jest kwestią procesową (choć jako kryterium generalnej kwalifikacji zdatności arbitrażowej może występować kryterium o charakterze materialnoprawnym, jak np. zdatność ugodowa)⁷⁰, przez którą należy rozumieć dopuszczalność rozstrzygnięcia określonego typu i rodzaju sporów w drodze postępowania przed sądem polubownym.

Orzeczenie to jest również o tyle ciekawe, że w odniesieniu do zagranicznych postępowań upadłościowych w Szwajcarii przyjmowana jest zasada pasywnego terytorializmu, wobec czego otwarte za granicą postępowanie upadłościowe nie wywołuje w tym kraju żadnych skutków⁷¹. Należy podkreślić, że z orzeczenia sądu szwajcarskiego wynika, że polskie prawo upadłościowe nie ma bezpośredniego wpływu na zagraniczne postępowanie arbitrażowe, które toczy się w Szwajcarii. Niemniej jednak oddziałuje ono na postępowanie w sposób pośredni, ponieważ wedle zaopatrywania sądu szwajcarskiego, przepisy PrUpNapU wchodzi w skład statutu personalnego polskiej osoby prawnej, przez pryzmat którego w świetle norm szwajcarskiego prawa prywatnego międzynarodowego należy oceniać zdolność arbitrażową osób prawnych w przypadku postępowań arbitrażowych, dla których *lex loci arbitrii* jest prawo szwajcarskie. O ile rozwiązanie kwestii kolizyjnoprawnych przez sąd jest w omawianej

⁶⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach w sprawie o sygn. III SA/GI 1171/08. LEX nr 497528.

⁶⁹ W. Sadowski: *Ogłoszenie upadłości a zapis na sąd polubowny — uwagi krytyczne na tle ustawy — Prawo upadłościowe i naprawcze*. ADR 2008, nr 4, s. 155 i nast.; M. Porzycki: *Upadłość...*, s. 208.

⁷⁰ Zob. A.W. Wiśniewski: *Zdolność i zdatność arbitrażowa*. W: *Arbitraż handlowy*. „System Prawa Handlowego”. T. 8..., s. 231.

⁷¹ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 68 i nast.

sprawie trafne, o tyle na aprobatę z wcześniej przytoczonych względów nie zasługuje sposób zastosowania przepisów polskiego prawa upadłościowego, który wydaje się wadliwy⁷².

Zaprezentowane studium przypadku odnosiło się do postępowania arbitrażowego prowadzonego w Szwajcarii. Jak już podkreślałem, z uwagi na brak zarówno jednolitych norm kolizyjnych, jak i norm dotyczących uznania postępowań upadłościowych o charakterze międzynarodowym wpływ ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe może się kształtować różnie, w zależności od tego, jakie prawo będzie właściwe dla jego oceny. To z kolei uzależnione jest od zastosowania norm kolizyjnych obowiązujących w miejscu postępowania przed sądem arbitrażowym.

5.

Kwestią wymagającą odrębnego omówienia, związaną z problematyką wpływu ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe, jest to, czy sąd arbitrażowy jest zobligowany do uznania zagranicznego postępowania upadłościowego, jeśli przepisy miejsca postępowania przed sądem polubownym przewidują uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych. Należy bowiem pamiętać, że sąd arbitrażowy jest sądem prywatnym, powołanym na podstawie woli stron opartej na przyznanej stronom kompetencji przewidzianej w przepisach prawa pozytywnego⁷³. Wobec tego powstaje pytanie, czy powinien on uwzględniać przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego, obowiązujące w miejscu, w którym toczy się postępowanie, mając przy tym na względzie bardzo szeroki charakter autonomii woli stron w ramach postępowania przed sądem arbitrażowym, dotyczącej między innymi możliwości wyboru prawa właściwego dla przedmiotu sporu, prawa właściwego dla postępowania oraz miejsca postępowania przed sądem polubownym, którego wybór pośrednio będzie implikował zastosowanie przepisów bezwzględnie obowiązujących *lex loci arbitri*. W odniesieniu do powyższego wydaje się, że nie zasługuje na aprobatę pogląd, zgodnie z którym sąd arbitrażowy nie będzie stosował norm kolizyjnych wska-

⁷² Por. W. Sadowski: *Wpływ postępowania...*, s. 17.

⁷³ Por. A. Szumański: *Pojęcie, rodzaje i charakter prawny arbitrażu handlowego*. W: *Arbitraż handlowy*. „System Prawa Handlowego”. T. 8..., s. 6 i nast.; T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy...*, s. 17.

zujących prawo właściwe dla skutków ogłoszenia upadłości⁷⁴. Należy bowiem zauważyć, że zakresem wskazanej szerokiej autonomii woli stron w postępowaniu przed sądem polubownym została objęta możliwość wyboru przez strony lub sąd arbitrażowy prawa właściwego dla przedmiotu sporu⁷⁵, a prawo właściwe dla skutków ogłoszenia upadłości jest odrębną sytuacją życiową, dla której zachodzi potrzeba odrębnego ustalenia prawa właściwego. Ewentualnej możliwości odmowy zastosowania norm kolizyjnych determinujących prawo właściwe dla skutków ogłoszenia upadłości można by się dopatrywać w prawie właściwym dla postępowania przed sądem polubownym, które strony mogą również wybrać. Jednakże w większości porządków prawnych mimo możliwości dokonania wyboru prawa właściwego dla postępowania przed sądem polubownym — *lex arbitri* — muszą być również przestrzegane bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa miejsca arbitrażu — *lex loci arbitri*⁷⁶. Prowadzi to w istocie do sytuacji, w której na prawo właściwe dla postępowania przed sądem polubownym będzie się składała swoista mozaika przepisów, złożona z prawa wybranego przez strony i prawa miejsca arbitrażu w zakresie norm imperatywnych. W związku z tym powstaje pytanie, czy jeśli zgodnie z przepisami prawa miejsca arbitrażu zagraniczne postępowanie upadłościowe podlega automatycznemu uznaniu, sąd arbitrażowy nie powinien respektować takiego postępowania i jego skutków na podstawie przepisów *lex loci arbitri*. Wydaje się, że należy udzielić odpowiedzi twierdzącej i jednocześnie uznać, że na podstawie *lex loci arbitri* sąd polubowny powinien wziąć pod uwagę postępowanie upadłościowe podlegające uznaniu. Jak się wskazuje, mimo szerokiego zakresu swobody, sąd polubowny jest związany ograniczeniami, między innymi wymogami późniejszego uznania wyroku wydanego przez ten sąd i w zakresie skutków ogłoszenia upadłości dla postępowania przed sądem polubownym powinien uwzględnić zarówno uznanie postępowania upadłościowego, jak i prawo właściwe dla jego skutków, tak jak to czynią sądy państwowe⁷⁷. Odwołując się natomiast to wcześniej przedstawionej regulacji unijnej z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego, należy zauważyć, że norma zawarta w art. 15 RPU ma niejednoznaczny charakter, wskazuje bowiem nie prawo materialne właściwe dla danej sytuacji życiowej, ale prawo właściwe dla postępowania, nawiązując wprost do zasady *lex fori procesualis*. Przepis art. 15 RPU wskazuje prawo właściwe dla

⁷⁴ Zob. S. Kaźmierczak: *Prawo właściwe...*, s. 124 i cytowaną tam literaturę.

⁷⁵ J. Poczubut: *Zagadnienia kolizyjnoprawne w międzynarodowym arbitrażu handlowym*. W: *Arbitraż handlowy*. „System Prawa Handlowego”. T. 8..., s. 186 i nast.

⁷⁶ Zob. T. Ereciński, K. Weitz: *Sąd arbitrażowy...*, s. 273, 470.

⁷⁷ P.K. Wagner: *When International Insolvency Law Meets International Arbitration*. „Dispute Resolution International” March 2009, Vol. 3, No. 1, s. 67.

kwestii *stricte* proceduralnych. Tym bardziej przemawia to za przyjęciem, że jeśli prawem miejsca arbitrażu jest jedno z państw członkowskich UE (oprócz Danii), to przepisy rozporządzenia RPU będą miały zastosowanie jako *lex loci arbitri*⁷⁸, a tym samym powinien je zastosować sąd arbitrażowy. W związku z tym na aprobatę zasługuje pogląd, zgodnie z którym postępowanie upadłościowe powinno być uznane poza państwem jego wszczęcia, a arbitrzy, mając to na uwadze, winni je uwzględnić w trakcie postępowania przed sądem polubownym⁷⁹. Należy bowiem pamiętać, że arbitrzy powinni dążyć do rozstrzygnięcia sporu i wydania orzeczenia, które nie będzie obarczone wadami i będzie podlegało późniejszemu uznaniu, dlatego też nieuwzględnienie przepisów z zakresu międzynarodowego postępowania upadłościowego mogłoby prowadzić do naruszenia porządku publicznego państwa wydania wyroku arbitrażowego, a w konsekwencji do późniejszego jego nieuznania⁸⁰.

6.

Podsumowując rozważania na temat wpływu ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe, należy stwierdzić, że jest on zróżnicowany i można go rozpatrywać w dwóch perspektywach. Po pierwsze, w perspektywie wpływu na zagraniczne postępowanie arbitrażowe, które toczy się w państwie członkowskim UE. Wtedy zastosowanie będą miały normy kolizyjne zawarte w rozporządzeniu o postępowaniu upadłościowym, zgodnie z którymi prawem właściwym dla oceny skutków ogłoszenia upadłości na toczące się postępowanie arbitrażowe właściwe jest *lex loci arbitrii*. Natomiast gdy postępowanie przed sądem polubownym nie jest jeszcze wszczęte, ewentualna możliwość jego przeprowadzenia musi być oceniana przez pryzmat *lex fori cocursus*. Ponadto w odniesieniu do norm kolizyjnych zawartych w regulacji unijnej należy sceptycznie wypowiedzieć się co do możliwości objęcia zakresem art. 4

⁷⁸ Por. S. Kröll: *Arbitration and Insolvency — Selected conflict of laws problems*. In: *Conflict of Laws in International Arbitration*. Eds. F. Ferrari, S. Kröll. München 2010, s. 234.

⁷⁹ Por. V. Lazic: *Cross-Border Insolvency and Arbitration: Which Consequences of Insolvency Proceedings Should be Given Effect in Arbitration?* In: *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy Convergence and Evolution*. Eds. S. Kröll, L.A. Mistelis, P.P. Viscasillas, V. Rogers. Alphen aan den Rijn 2011, s. 362.

⁸⁰ Zob. S. Kröll: *Arbitration...*, s. 222.

ust. 2 pkt e RPU umowy o arbitraż, a to ze względu na racje wynikające z zastosowania dyrektyw wykładni systemowej.

Po drugie, w perspektywie wpływu ogłoszenia upadłości w Polsce na zagraniczne postępowanie arbitrażowe prowadzone w państwie niebędącym członkiem UE, a także w przypadku postępowania będącego poza zakresem regulacji rozporządzenia, jednak prowadzonego na terytorium państwa członkowskiego UE, np. w przypadku ogłoszenia w Polsce upadłości oddziału przedsiębiorcy, którego główny ośrodek podstawowej działalności znajduje się poza UE. Wówczas dla oceny wpływu upadłości ogłoszonej w Polsce należy poszukiwać prawa właściwego przez odwołanie się do przepisów z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego w znaczeniu szerokim, tj. międzynarodowego prawa upadłościowego⁸¹, które obowiązują w porządku prawnym miejsca postępowania, czyli *lex loci arbitri*.

Przytoczone rozważania wskazują także, że mimo iż arbitraż nie jest przedmiotem bezpośredniej regulacji przez wtórne akty prawa unijnego, jednak prawo to jest czynnikiem w coraz większym stopniu oddziałującym na przebieg postępowania arbitrażowego prowadzonego na terytorium UE⁸². Niewykluczone, że będzie prowadziło do konieczności przyjrzenia się dalszemu funkcjonowaniu w obecnym kształcie regulacji dotyczącej międzynarodowego postępowania upadłościowego pod kątem wprowadzenia ewentualnych zmian⁸³.

⁸¹ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 24.

⁸² J. Barratt, D. Foster: *European Law and International Arbitration*. „The European & Middle Eastern Arbitration Review” 2010. Dostępny w Internecie: <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/22/sections/81/chapters/828/european-law-international-arbitration/>.

⁸³ I. Fletcher: *The EU Insolvency Regulation and Pending Arbitration Proceedings: The Court of Appeal Ruling on Article 15*. „Insolvency Intelligence” 2009, Vol. 22, No. 10, s. 157.

Maksymilian Pazdan

Perypetie projektu ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym na końcowym etapie procesu legislacyjnego

Abstract: On 31 October 2008, the Polish Prime Minister has sent the draft of the new Act on Private International Law to the Parliament. The first debate on the draft (so called “First Reading”) was held on 21 November 2008. All of the parliamentary groups have taken a favourable approach towards the draft. It was then sent to the Justice and Human Rights Commission, which has created an extraordinary subcommittee to further proceed with the work on the draft. After 16 hard-working and occasionally heated sessions, the subcommittee has finalized its work on 9th August 2010.

Relying on the report from the subcommittee, the Justice and Human Rights Commission has adopted the draft on 2 December 2010.

During the Second Reading, one of the parliamentary groups has proposed 21 amendments to the draft.

In the present article, the author critically discussed these propositions and argues that it was right to reject them.

On 18th January 2011, the Justice and Human Rights Commission has decided to reject all of the proposed amendments but for one, which was to be made in article 54a. This amendment read: “A marriage in the understanding of the present act is only a relationship between a man and a woman. The rules of the foreign law relating to partnerships of persons of the same sex shall not be applied.”

On 4th February 2011, the Parliament has enacted the Act without any amendments to the draft.

There were some propositions for amendments during the deliberation in Senate. Finally however, on 3rd March 2011 the Senate has adopted the Act without any amendments.

The Act has entered into force on 16th May 2011.

Keywords: draft of the new Act on Private International Law, legislation procedure

1. Uwagi wstępne

Projekt ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym, po przebyciu całej procedury uzgodnieniowej, przesłany został przez Prezesa Rady Ministrów do Sejmu w dniu 31 października 2008 r.¹ Pierwsze czytanie — w nastroju przyjaznym projektowi — odbyło się 21 listopada 2008 r. Następnie projekt został skierowany do Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka. Komisja wyłoniła podkomisję nadzwyczajną, której od drugiego posiedzenia przewodniczył poseł Jerzy Kozdroń. Podkomisja pracowała twórczo nad projektem do 9 sierpnia 2010 r. Na podstawie sprawozdania podkomisji z tej daty Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka na posiedzeniu w dniu 2 grudnia 2010 r. projekt przyjęła. Został on skierowany do drugiego czytania, do którego doszło 15 grudnia 2010 r.

Podczas drugiego czytania posłanka Beata Kempa w imieniu Klubu Parlamentarnego „Prawo i Sprawiedliwość” zgłosiła do projektu ustawy następujące poprawki²:

„1) Po art. 54 dodaje się art. 54a w brzmieniu:

Art. 54a. Małżeństwem w rozumieniu niniejszej ustawy jest tylko związek kobiety i mężczyzny. Nie stosuje się przepisów prawa obcego regulujących związki osób tej samej płci;

2) W art. 11 skreśla się ust. 3;

3) Po art. 16 dodaje się art. 16a w brzmieniu:

Art. 16a. 1. Status prawny dziecka poczętego podlega ochronie prawnej prawu ojczystemu matki dziecka z zastrzeżeniem ust. 2.

2. W przypadku gdy prawo matki dziecka jest mniej korzystne dla dziecka poczętego, stosuje się prawo polskie;

4) W art. 3 ust. 1 utrzymuje brzmienie:

1. Jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego, a obywatelstwa danej osoby ustalić nie można, osoba ta nie ma obywatelstwa żadnego państwa albo nie można ustalić treści prawa ojczystego, stosuje się prawo państwa, w którym znajduje się jej miejsce zamieszkania;

5) W art. 3 skreśla się ust. 2;

6) W art. 4 skreśla się ust. 1;

7) W art. 5 w ust. 2 skreśla się pkt 2;

8) W art. 8 skreśla się ust. 1;

9) W art. 8 skreśla się ust. 2;

10) W art. 12 skreśla się ust. 2;

¹ Sejm VI kadencji, druk nr 1277.

² Pismo Klubu Parlamentarnego Prawo i Sprawiedliwość z dnia 14 grudnia 2010 r.

- 11) Skreśla się art. 13 i 14;
- 12) W art. 15 skreśla się ust. 2;
- 13) Art. 22 otrzymuje brzmienie:

Art. 22. Przedstawicielstwo podlega prawu właściwemu dla stosunku prawnego, z którego wynika umocowanie do reprezentowania;

- 14) W art. 25 skreśla się ust. 2;
- 15) Art. 27 skreśla się;
- 16) Art. 35 otrzymuje brzmienie:

Art. 35. Odpowiedzialność cywilna za działania i zaniechanie organów wykonujących władzę publiczną podlega prawu państwa w imieniu, którego działa;

- 17) Art. 36 skreśla się;
- 18) W art. 46 skreśla się ust. 3;
- 19) W art. 49 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

2. Jeżeli małżeństwo zawierane jest poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, wystarczy zachowanie formy wymaganej przez prawo ojczyste małżonków z chwili zawarcia małżeństwa;

- 20) Art. 54 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

2. W razie braku wspólnego prawa ojczystego małżonków, właściwe jest prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa miejsce zamieszkania, a jeżeli małżonkowie nie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa wspólnego miejsca zamieszkania — prawo państwa, w którym mają miejsce zwykłego pobytu;

- 21) Art. 81 otrzymuje brzmienie:

Art. 81. Ustawa wchodzi w życie po upływie 6 miesięcy od dnia ogłoszenia”.

2. Uwagi do poszczególnych poprawek

1. Poprawka 1.³ składa się z dwóch członów: definicji małżeństwa sformułowanej na użytek ustawy oraz szczególnej klauzuli porządku publicznego, wykluczającej stosowanie przepisów prawa obcego regulujących związku osób tej samej płci.

³ Numeracja poprawek uległa później zmianie. Poprawka 1. została oznaczona jako poprawka 19., odpowiednio przesunięto numerację pozostałych poprawek.

Ta ostatnia propozycja nawiązywała do wcześniejszych wypowiedzi profesora A. Mączyńskiego⁴. Znalazła też wsparcie w opiniach tego autora sporządzanych dla Sejmu i Senatu⁵.

Do propozycji zawartych w poprawce 1. nawiązywali niektórzy senatorzy na posiedzeniach komisji senackich i na plenarnym posiedzeniu Senatu. Odnieśli się do nich autorzy opinii przygotowanych na prośbę Senatu (będzie o tym jeszcze mowa).

Miałem już okazję odnieść się do tej poprawki⁶. Jestem zdania, że wprowadzenie do ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym definicji małżeństwa byłoby zabiegiem nie tylko zbędnym, ale również szkodliwym. Szkodliwe byłoby też globalne wyłączenie stosowania przepisów prawa obcego regulujących związki osób tej samej płci. Dla ochrony podstawowych zasad naszego porządku prawnego i chronionych przez te zasady wartości wystarczająca jest ogólna klauzula porządku publicznego ustanowiona w art. 7 ustawy.

Nie wolno ignorować „skutków odbaskowych” w Polsce stosunków prawnych dopuszczalnych za granicą, a niedopuszczalnych u nas. Nie można z góry wykluczać stosowania w Polsce obcych przepisów dotyczących na przykład rozliczeń majątkowych między stronami związków partnerskich czy też rozstrzygania na podstawie takich przepisów spraw spadkowych. Istnienie związku partnerskiego stanowi wówczas kwestię wstępną⁷ dla sprawy rozliczeń majątkowych dwóch podmiotów czy też dla sprawy spadkowej. Aby rozstrzygnąć tę kwestię, należy odszukać prawo dla niej właściwe. Od tego sąd polski (jeśli istnieje jego jurysdykcja) uchylić się nie może.

2. Poprawka 2. zmierzała do usunięcia z projektu ustawy przepisu art. 11 ust. 3. Była ona zgodna ze stanowiskiem zajęтым przez profesora A. Mączyńskiego w opinii z 16 grudnia 2008 r. wykonanej na zamówienie Biura Analiz Sejmu. Niechęć do tego przepisu autor ten wyraził także

⁴ A. Mączyński: *Przeciwko potrzebie uchwalenia nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*. „Zeszyty Prawnicze” (Biuro Analiz Sejmowych) 2009, nr 1, s. 21; Idem: *Stosunki rodzinne w projekcie nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Z zagadnień prawa rodzinnego i rejestracji stanu cywilnego*. Red. H. Cioch, P. Kasprzyk. Lublin 2007, s. 103; Idem: *Europejski kontekst rekodyfikacji polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *„Finis legis Christus”. (Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji 70. rocznicy urodzin)*. Red. Ks. J. Wroceński, ks. J. Krawczyński. T. 2. Warszawa 2009, s. 1191.

⁵ Opinia z dnia 15 grudnia 2010 r., s. 5 sporządzona dla Sejmu oraz pkt II 3c opinii sporządzonej dla Senatu.

⁶ Por. M. Pazdan: *Nowa polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym*. „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 2011, z. 6, s. 27—29.

⁷ Por. M. Pilich: *Związki „quasi”-małżeńskie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. PiP 2011, z. 2, s. 92.

w opinii przygotowanej dla Senatu, domagając się jego skreślenia z następującym uzasadnieniem: „[...] przepis dotyczy kwestii drobiazgowej, jego treść jest niejasna, a przy tym może być podstawą do stosowania prawa obcego, w razie gdyby obywatel polski chciał za granicą dokonać czynności zakazanej przez prawo polskie”.

Jestem innego zdania. Omawiany przepis dotyczy tzw. szczególnej zdolności (niezdolności) do czynności prawnych⁸. Pojęciem tym należy objąć szczególne wymagania w zakresie zdolności w odniesieniu do określonych rodzajów czynności prawnych. Nie są to przypadki rzadkie. Chodzić może na przykład: o zawarcie małżeństwa, uznanie ojcostwa lub zgodę na uznanie ojcostwa, żądanie przysposobienia, zgodę przysposobianego na przysposobienie lub zgodę małżonka na przysposobienie przez współmałżonka, sporządzenie testamentu lub (w obcych systemach prawnych) zawarcie umowy o dziedziczenie.

Nie wyłączając postanowień statutu personalnego osoby fizycznej, ustalonego na podstawie art. 11 ust. 1 projektu, przepis art. 11 ust. 3 nakazuje — co do szczególnych wymagań dotyczących zdolności do dokonania określonej czynności prawnej — stosować postanowienia statutu miarodajnego dla tej czynności prawnej. Przyznaje pierwszeństwo tym przepisom. Wskazówka ta będzie pomocna przy odgraniczaniu zakresu zastosowania statutu personalnego osoby fizycznej od statutów miarodajnych dla poszczególnych czynności prawnych.

Przepis podobny do art. 11 ust. 3 znajduje się w ustawie włoskiej o prawie prywatnym międzynarodowym z 1995 r. (art. 23 ust. 1 zd. 2).

Z tych względów opowiedziałem się za odrzuceniem poprawki nr 2.

3. Poprawka 3. zmierzała do wyraźnego uregulowania właściwości prawa do oceny pozycji prawnej dziecka poczętego, lecz jeszcze nienarodzonego. Pojawiła się ponownie w nieco zmienionej postaci w czasie ob-

⁸ W literaturze obcej na temat szczególnej zdolności por.: H. Batiffol: *L'influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*. Paris 1929, s. 214 i nast.; F. Capotorti: *La capacité en droit international privé*. „Recueil des Cours” 1963, T. 3 (110), s. 157 i nast.; J. Guinand: *Les conflits de lois en matière de capacité*. Neuchâtel 1970, s. 10; P. Glenn: *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*. Paris 1975, s. 179 i nast., 218 i nast.; J. Kropholler: *Internationales Privatrecht*. Tübingen 2004, s. 313 i nast.; F. Mosconi, C. Campiglio: *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*. Torino 2006, s. 9 i nast.; B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales Privatrecht*. München 2007, s. 279; G. Hohloch, in: *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*. Hrsg. H.P. Westermann. Köln 2008, s. 5977—5978; R. Birk, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 10: *Internationales Privatrecht*. Hrsg. H.J. Sonnenberger. München 2010, s. 1566 i nast. (Nb 40 i nast.); R. Hausmann, in: *Internationales Vertragsrecht*. Hrsg. Ch. Reithmann, D. Martiny. Köln 2010, s. 1885 i nast.; K. Thorn, in: *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*. München 2011, s. 2531 (Nb3). W polskim piśmiennictwie por. W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Warszawa 1990, s. 118.

rad senackiej Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji w dniu 24 lutego 2011 r. oraz na plenarnym posiedzeniu Senatu w dniu 2 marca 2011 r. (o czym będzie jeszcze mowa).

Ustawa z 1965 r. (podobnie zresztą jak ustawa z 1926 r.) nie zawierała ogólnego unormowania właściwości prawa do oceny sytuacji prawnej dziecka poczętego. W doktrynie przyjmowano, że o tym, czy dziecko poczęte może stać się podmiotem praw i obowiązków wynikłych ze zdarzeń mających miejsce przed jego urodzeniem, rozstrzyga prawo właściwe dla tych zdarzeń i ich skutków⁹. O możliwości dziedziczenia lub otrzymania zapisu testamentowego rozstrzygał więc statut spadkowy (art. 34), o nabyciu roszczeń w związku ze szkodą wyrządzoną mu czynem niedozwolonym — statut deliktowy (wskazywany dawniej przez art. 31 ustawy z 1965 r., od rozpoczęcia stosowania rozporządzenia Rzym II, przez przepisy tego rozporządzenia).

Wyjątek od tego wprowadzał w art. 19 § 2 zd. 3 ustawy z 1965 r. W myśl tego przepisu, uznanie dziecka poczętego podlegało prawu ojczystemu matki. Przepis ten należało stosować wyłącznie do sytuacji w nim określonych. Nie nadawał się do rozciągnięcia na inne sytuacje, o których była wcześniej mowa.

Z podobną sytuacją mieliśmy do czynienia na tle projektu nowej ustawy. Brak w nim było również ogólnego unormowania dotyczącego dziecka poczętego. Natomiast przepis szczególny, odnoszący się do uznania dziecka poczętego, lecz nienarodzonego, poddawał to uznanie prawu ojczystemu matki z chwili uznania (art. 55 ust. 4).

W poprawce 3. zaproponowano dodanie do projektu nowego art. 16a, którego celem było wprowadzenie do naszego prawa ogólnego kolizyjnoprawnego unormowania sytuacji prawnej dziecka poczętego, lecz nienarodzonego. Propozycja ta nie zasługuje na przyjęcie z następujących powodów:

Po pierwsze — ust. 1 art. 16a zredagowany jest niestarannie. Dowodzi tego użyty w nim zwrot: „[...] podlega ochronie prawnej prawu ojczystemu matki [...]”.

Po drugie — wnioskodawcy nie bardzo wiedzieli, co chcą poddać prawu ojczystemu matki: status prawny dziecka poczętego czy też ochronę dziecka poczętego.

Po trzecie — przepis art. 16a ust. 2, przewidujący właściwość prawa polskiego, odnosi się także do sytuacji w żaden sposób niepowiązanych z Polską. Jego zasięg ujęty został zdecydowanie zbyt szeroko.

⁹ Por. B. Walaszek, w: B. Walaszek, M. Sośniak: *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*. Warszawa 1973, s. 139; W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo...*, s. 118; M. Sośniak: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Katowice 1991, s. 99; J. Gołaczyński: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2008, s. 127; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2009, s. 90—91.

Po czwarte — proponowane rozwiązanie doprowadzi do niepotrzebnych napięć między statutem dziecka poczętego, wynikającym z proponowanego art. 16a ust. 1, a statutem personalnym tego samego dziecka określonym w art. 11 ust. 1 projektu we wszystkich tych przypadkach, gdy statutami tymi będą prawa różnych państw (na przykład w sytuacji, gdy prawem ojczystym matki jest prawo hiszpańskie a prawem ojczystym dziecka po jego urodzeniu — prawo polskie lub niemieckie) i gdy odmiennie określają one przesłanki nabycia przez noworodka zdolności prawnej (jedne zadowolają się żywym urodzeniem, inne wymagają od noworodka zdolności do życia, a jeszcze inne — życia przez czas określony).

Jeszcze większe napięcia mogą wystąpić między statutem dziecka poczętego a statutami obejmującymi zdarzenia, do których doszło w okresie prenatalnym i z których wynikły skutki prawne dla dziecka poczętego.

Na tle przepisu zaproponowanego w poprawce 3. nasuwa się pytanie, czy o dziedziczeniu dziecka poczętego ma rozstrzygnąć statut spadkowy (prawo wybrane przez spadkodawcę lub prawo ojczyste spadkodawcy), czy też statut wyznaczony przez art. 16a ust. 1 (prawo ojczyste matki), oraz w jakich warunkach i z jakimi skutkami dojdzie do zastosowania prawa polskiego (na podstawie art. 16a ust. 2).

Rozwiązanie zaproponowane w poprawce 3. nie polepszy sytuacji prawnej dziecka poczętego w porównaniu z sytuacją wynikającą z projektu ustawy. Wprowadza instrumenty o niejasnych konturach, którymi niezwykle trudno będzie posługiwać się w praktyce obrotu. Poprawka 3. powinna być odrzucona.

4. Poprawka 4. zmierzała do usunięcia z art. 3 ust. 1 łącznika miejsca zwykłego pobytu, pozostawienia zaś w tym przepisie wyłącznie łącznika miejsca zamieszkania. Poprawkę tę należało odrzucić z następujących powodów:

Wprawdzie ustawa z 1965 r. nie posługiwała się łącznikiem miejsca zwykłego pobytu (zadowolając się łącznikiem miejsca zamieszkania), jednakże łącznik ten od dawna występuje w przepisach obowiązujących w Polsce, niekiedy obok łącznika miejsca zamieszkania (np. w konwencji haskiej z 1961 r. dotyczącej kolizji praw w przedmiocie formy rozrządzeń testamentowych). Posługują się nim akty kolizyjnego prawa europejskiego (np. rozporządzenie Rzym I i rozporządzenie Rzym II). Oba łączniki personalne (miejsce zamieszkania i miejsce zwykłego pobytu) zostały wprowadzone do kodeksu postępowania cywilnego w ramach jego nowelizacji obejmującej międzynarodowe postępowanie cywilne.

Należy z całą mocą podkreślić, że oba pojęcia (tj. miejsce zamieszkania i miejsce zwykłego pobytu) są sobie bliskie, nie są jednak tożsame. Różnica między nimi dotyczy stopnia nasilenia związków danej osoby z określonym państwem. Pobyt zwykły oznacza słabsze powiązanie niż

to, z którym mamy do czynienia w przypadku miejsca zamieszkania. Pobytowi zwyklemu nie musi towarzyszyć zamiar osiedlenia się w jakimś państwie na stałe, wystarczający jest zamiar osiedlenia się na jakiś czas.

Na mocy art. 3 ust. 1 projektu statutem personalnym dla bezpaństwowca jest prawo jego miejsca zamieszkania, a w braku miejsca zamieszkania — prawo jego miejsca zwykłego pobytu.

Brak powodów, by rezygnować z tego ostatniego łącznika nie tylko przy ustalaniu statutu personalnego osoby fizycznej, lecz również we wszystkich innych przypadkach, gdy projekt posługuje się łącznikiem obywatelstwa, nie reguluje zaś w sposób szczególny sytuacji, gdy osoba, o którą chodzi, jest bezpaństwowcem (np. art. 64 ust. 2).

5. Poprawka 5. zmierzała do usunięcia art. 3 ust. 2 projektu, który wyłącza stosowanie prawa ojczystego w stosunku do szeroko rozumianych uchodźców. W jego miejsce nakazuje stosować prawo miejsca zamieszkania uchodźcy, a w braku miejsca zamieszkania — prawo miejsca jego zwykłego pobytu.

W ten sposób krajowe prawo kolizyjne umożliwi w szerszym zakresie, niż to wynika z art. 12 ust. 1 konwencji genewskiej z 1951 r. dotyczącej uchodźców, do której w 1991 r. przystąpiła także Polska (Dz.U. 1991, nr 119, poz. 515 ze zm., Protokół uzupełniający z 1967 r. Dz.U. 1991, nr 119, poz. 517), realizację celu, któremu przepis ten służy. Dotyczy on bowiem jedynie uchodźców w rozumieniu konwencji i protokołu uzupełniającego (zasięg tego pojęcia według tych aktów jest dość wąski) oraz obejmuje jedynie „status osoby uchodźcy”. Nie dotyczy zaś przypadków wykraczających poza ów status uregulowanych w innych przepisach projektu, posługujących się łącznikiem obywatelstwa (np. w sprawach spadkowych i rodzinnych). Szersze wyłączenie stosowania prawa ojczystego niż nastąpiło to na podstawie art. 12 konwencji genewskiej jest ze wszech miar uzasadnione i pożądane. Przewiduje to art. 3 ust. 2 projektu. Powinien on pozostać w ustawie¹⁰.

Wypada dodać, że wiele państw, będących stronami konwencji genewskiej, w ustawach krajowych — z użyciem norm kolizyjnych o szerszym zasięgu niż art. 12 konwencji genewskiej — wyłączyło w stosunku do uchodźców stosowanie prawa ojczystego (por. art. 19 ust. 1 ustawy włoskiej z 1995 r., art. 3 § 3 ustawy belgijskiej z 2004 r., art. 48 ust. 5 ustawy bułgarskiej z 2005 r.).

¹⁰ Więcej na ten temat M. Pazdan: *Uchodźcy w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin*. Red. M. Mikołajczyk, J. Ciągwa, P. Fiedorczyk, A. Stawarska-Rippel, T. Adamczyk, A. Drogoń, W. Organiściak, K. Kuźmich. *Księga 2*. Białystok—Katowice 2010, s. 1089 i nast.

6. Poprawka 6. zmierzała do usunięcia art. 4 ust. 1 projektu. Jej echo pojawiło się również w opinii profesora A. Mączyńskiego dla Senatu z wnioskiem dalej idącym, sugerującym skreślenie całego art. 4.

Przepis art. 4 ust. 1 projektu wyraża zasadę, której dotychczas nikt nie kwestionował. Stanowi też punkt wyjścia następnych ustępów i zamieszczonych w nich postanowień. Znalazło się w nich ogólne unormowanie wyboru prawa właściwego. Jest ono pożądane ze względu na wagę przypisaną w projekcie tej instytucji. Proponowane przepisy są zharmonizowane z unormowaniem wyboru prawa w rozporządzeniu Rzym I.

Przepis art. 4 będzie przydatny dla praktyki. Poprawka 6. nie zasługuje na uwzględnienie.

7. Poprawka 7. zmierzała do wykreślenia z art. 5 ust. 2 punktu dotyczącego formy czynności prawnej. Jej przyjęcie otwierałoby drogę odesłaniu z prawa właściwego dla formy. Po odszukaniu prawa wskazanego dla formy przez normy kolizyjne z art. 25 projektu sędzia (lub inny organ) byłby zmuszony do ustalenia treści norm kolizyjnych dotyczących formy, obowiązujących w państwie, którego prawo zostało wskazane, i rozważenia konieczności zastosowania odesłania zwrotnego (na podstawie art. 5 ust. 1 projektu). Zabieg ten, wobec alternatywnej właściwości różnych systemów prawnych, wynikającej z art. 25 ust. 1 projektu, byłby co najmniej wysoce utrudniony, jeśli w ogóle możliwy.

Wyłączenie odesłania w zakresie formy przewiduje między innymi art. 13 ust. 2 pkt b) ustawy włoskiej z 1995 r., art. 40 ust. 2 ustawy bułgarskiej z 2005 r. Poprawka 7. powinna więc być odrzucona.

8. Poprawki 8. i 9. zmierzały do usunięcia z projektu art. 8 ust. 1 i 2. Jej teoretyczne oparcie stanowią wypowiedzi A. Mączyńskiego¹¹.

Artykuł 8 projektu jest normatywnym wyrazem koncepcji przepisów wymuszających swoje zastosowanie, od dawna przyjętej w polskiej¹² i zagranicznej doktrynie.

¹¹ Por. A. Mączyński: *Europejski kontekst...*, s. 1188—1189; Idem: *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana Andrzejowi Całusowi*. Red. A. Janik. Warszawa 2009, s. 434—437.

¹² Por. W. Popiołek: *Znaczenie przepisów o „bezpośrednim działaniu” w zakresie eksportu kompletnego obiektu*. W: *Zagadnienia prawne eksportu kompletnych obiektów przemysłowych*. Red. M. Pazdan, A. Tynel. Katowice 1980, s. 117 i nast.; Idem: *Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania. Zagadnienia kolizyjnoprawne*. Katowice 1989, s. 55 i nast.; J. Pazdan: *Znaczenie przepisów „wymuszających swoją właściwość” przy wykonaniu umowy o budowę zakładu górniczego za granicą*. W: *„Problemy Prawne Górnictwa”*. T. 7. Red. A. Agopszowicz. Katowice, 1984, s. 55 i nast.; B. Fuchs: *Przepisy wymuszające swoją właściwość w przyszłej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 2000, z. 3, s. 653—677; Eadem: *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowa-*

Przepis art. 8 jest wzorowany na art. 7 konwencji rzymskiej z 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Ten ostatni przepis ukształtował europejskie myślenie o przepisach wymuszających swoje zastosowanie. Powszechnie uważa się go za najlepszy, choć niepozbawiony słabych stron wzór regulacji prawnej w tej dziedzinie¹³. Z wzoru tego skorzystało wielu ustawodawców kolizyjnych przy okazji tworzenia krajowych ustaw o prawie prywatnym międzynarodowym¹⁴.

Propozycja skreślenia obu ustępów art. 8 wynika z niezrozumienia istoty przepisów wymuszających. W żadnym wypadku nie chodzi tu o powinność stosowania określonych norm merytorycznych, którym ustawodawca nadaje raz na zawsze szczególny „status ochronny” przez dodanie do nich specjalnej jednostronnej normy kolizyjnej. Chodzi raczej o wskazówki, jakiego typu przepisy mogą mieć potencjalnie wymuszający charakter, i jakie przesłanki muszą być spełnione, aby można je było wziąć pod uwagę.

Prawidłowy rozwój orzecznictwa nie jest jednak możliwy bez odpowiedniej podstawy normatywnej, określającej kryteria oceny sędziowskiej. Stworzenie takiej podstawy (art. 8 projektu) dla indywidualnych decyzji dotyczących wpływu konkretnych przepisów na dany stosunek cywilnoprawny jest pożądane. Temu celowi służy art. 8 projektu.

Artykuł 8 ust. 2 dotyczy możliwości uwzględniania przepisów wymuszających państwa trzeciego. Zwiększa to szansę na międzynarodową harmonię rozstrzygnięć i zapewnia ewentualne wykonanie orzeczenia w państwie trzecim, którego przepisy wymuszające będą wzięte pod uwagę.

Praktyka sądowa w krajach, które przyjęły konwencję rzymską, nie potwierdziła obaw, że instrument ten może być nadużywany¹⁵. Przepisy państwa trzeciego uwzględniano z umiarem.

W toku prac nad rozporządzeniem Rzym I znaczna większość delegacji (w tym niemiecka) opowiedziała się za przyjęciem przepisu wzorowanego na art. 7 ust. 1. Wprowadzenie zmian (niezbyt zresztą istotnych)

nie. Katowice 2003, s. 159 i nast.; M. Mataczyński: *Obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie. Rozważania na tle art. 7 ust. 1 konwencji rzymskiej oraz orzecznictwa sądów niemieckich*. KPP 2001, z. 2, s. 375—413; Idem: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w polskim prawie konsumenckim*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2003, nr 3, s. 41—54; Idem: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, s. 150, 181, 189.

¹³ Por. A.M. Zachariasiewicz: *O potrzebie wskazania w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym podstawy stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” [dalej: PPPM]. T. 7. Red. M. Pazdan. Katowice 2010, s. 11 i nast.

¹⁴ Liczne przykłady podaje A.M. Zachariasiewicz. Ibidem, s. 10 i nast. oraz s. 26.

¹⁵ Por. ibidem, s. 28.

wymusił upór rządu Wielkiej Brytanii. Nowy kształt przepisu art. 9 (3) rozporządzenia (odpowiednika art. 7 ust. 1 konwencji rzymskiej) jest jednak powszechnie krytykowany¹⁶. Krytycy proponują taką jego „twórczą” wykładnię, która pozwoliłaby zniwelować różnice między tym przepisem a art. 7 ust. 1 konwencji.

Nie jest zatem prawdziwe twierdzenie o odrzuceniu omawianej konstrukcji w prawie europejskim. Konstrukcję tę (choć nieco inaczej zapisaną) przyjęto również w art. 22 projektu rozporządzenia o jurysdykcji, prawie właściwym i uznawaniu decyzji w sprawach spadkowych.

Wniosek: propozycja skreślenia art. 8 ust. 1 i 2 projektu jest nieuzasadniona.

10. Poprawka 10. zmierzała do wykreślenia art. 12 ust. 2 projektu, wprowadzającego wyjątek od zasady właściwości prawa ojczyznego na rzecz właściwości prawa miejsca dokonania czynności do oceny zdolności do dokonania przez osobę fizyczną jednostronnej czynności prawnej ze względu na potrzebę ochrony dobrej wiary osób, wobec których czynność prawna została dokonana. Nie wzbudziło zastrzeżeń podobne rozwiązanie dotyczące zdolności do zawarcia umowy przewidziane w art. 12 ust. 1 projektu.

Te same argumenty, które uzasadniają rozwiązanie z art. 12 ust. 1, przemawiają też za rozwiązaniem z art. 12 ust. 2¹⁷. Dobra wiara występująca po stronie osób, wobec których osoba fizyczna dokonuje jednostronnej czynności prawnej, zasługuje na podobną ochronę, jak dobra wiara kontrahenta osoby fizycznej niemającej zdolności według prawa ojczyznego, lecz zdolnej do dokonania czynności prawnej według prawa miejsca jej dokonania.

Podobne uregulowanie do art. 12 ust. 2 projektu znaleźć można w ustawie włoskiej z 1995 r. (art. 23 ust. 3).

Poprawka 10. powinna być odrzucona.

11. Poprawka 11. zmierzała do skreślenia art. 13 i art. 14 projektu. Pierwszy z nich wskazuje prawo właściwe dla ubezwłasnowolnienia, drugi zaś — prawo właściwe dla uznania za zmarłego albo stwierdzenia zgonu. W obu przypadkach przewidziano zasadniczo właściwość prawa ojczyznego osoby, o którą chodzi (art. 13 ust. 1 i art. 14 ust. 1), jednocześnie zastrzeżono, że jeśli o ubezwłasnowolnieniu (art. 13 ust. 2) albo o uznaniu za zmarłego lub stwierdzeniu zgonu (art. 14 ust. 2) orzeka sąd polski, to stosuje prawo polskie. O zakresie zastosowania prawa polskiego decyduje więc zasięg jurysdykcji sądów polskich we wspomnianych

¹⁶ Więcej na ten temat ibidem, s. 33.

¹⁷ Odmienne A. Maczyński, który w opinii dla Senatu wniosek o skreślenie art. 12 ust. 2 uzasadnił krótko: „Taki wyjątek od zasady wyrażonej w art. 12 ust. 1 jest nieuzasadniony”.

sprawach. Tę zaś przewidziano w przepisach k.p.c. dla sytuacji dość mocno powiązanych z polskim obszarem prawnym.

Przepisy art. 13 ust. 1 i art. 14 ust. 1 mają zapobiegać odesłaniu zwrotnemu, gdy o ubezwłasnowolnieniu albo o uznaniu za zmarłego (stwierdzeniu zgonu) obywatela polskiego orzeka sąd obcego państwa, w którym obowiązują normy kolizyjne obejmujące omawiane tu zagadnienia, posługujące się wyłącznie łącznikiem obywatelstwa.

Przepisy art. 13 i 14 powinny pozostać w ustawie.

W większości obcych ustaw kolizyjnych napotkać można oddzielne przepisy określające prawo właściwe dla ubezwłasnowolnienia oraz uznania za zmarłego i stwierdzenia zgonu.

Warto zauważyć, że na posiedzeniu Sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka wnioskodawcy wycofali poprawkę nr 11. Mimo to w opinii dla Senatu profesor A. Mączyński wniósł o skreślenie z projektu art. 13 i 14 z następującym uzasadnieniem: „Ustęp 1 obu artykułów jest zbędny jako powtórzenie zasady wyrażonej w art. 13 ust. 1 ustawy, natomiast ustępy 2 obu artykułów wprowadzają nieuzasadniony wyjątek od tej zasady”.

12. Poprawka 12. dotyczy imienia i nazwiska osoby fizycznej. Zawarty w niej wniosek o skreślenie art. 15 ust. 2 projektu zmierzał do objęcia normą z art. 15 ust. 1 także zagadnień, dla których prawo właściwe wskazuje norma z art. 15 ust. 2.

Nie jest to propozycja uzasadniona.

W myśl art. 15 ust. 1 projektu, „imię i nazwisko osoby fizycznej podlegają jej prawu ojczystemu”. Z kolei według art. 15 ust. 2 projektu, „do nabycia albo zmiany imienia lub nazwiska stosuje się prawo właściwe do oceny skutków zdarzenia, które prowadzi do nabycia albo zmiany imienia lub nazwiska. Jednakże wybór nazwiska przy zawarciu lub rozwiązaniu małżeństwa podlega prawu ojczystemu każdego z małżonków”.

Wskazane przez art. 15 ust. 1 prawo właściwe do oceny imienia i nazwiska (tzw. statut imienia i nazwiska) rozstrzyga o tym, czy w rozważanym zakresie mamy do czynienia z prawem podmiotowym (tak jest w większości państw na świecie), czy też jedynie ze zjawiskiem społecznym z prawnego punktu widzenia obojętnym (jest tak w nielicznych państwach na świecie). Jeżeli statut imienia i nazwiska kreuje prawo podmiotowe, to określa zarazem uprawnienia, które na to prawo się składają, decyduje o ich cechach i innych tego następstwach prawnych (w szczególności o przysługującej ochronie prawnej).

Natomiast prawo ustalone na podstawie art. 15 ust. 2 zd. 1 określa wpływ na imię i nazwisko osoby różnych zdarzeń rodzinnoprawnych. Przepis ten odwołuje się więc do tych przepisów ustawy, które wskazują prawo właściwe dla skutków poszczególnych zdarzeń rodzinnoprawnych.

Jest to odwołanie do: a) art. 51 — gdy chodzi o wpływ zawarcia małżeństwa na nazwisko nupturientów, b) art. 54 — co do wpływu rozwodu na nazwisko byłych małżonków, c) art. 55 — co do wpływu ustalenia stosunku filiacyjnego na nazwisko dziecka, d) art. 57 — co do wpływu przysposobienia na imię i nazwisko dziecka.

Uzupełnienie rozwiązania przewidzianego w art. 15 ust. 2 zd. 1 ustanawia art. 15 ust. 2 zd. 2. Dotyczy ono wyboru nazwiska przy zawarciu lub rozwiązaniu małżeństwa, jeśli taki przewiduje prawo ojczyste nupturienta lub małżonka. Może on odnosić się tylko do nazwiska nupturienta bądź małżonka.

Przepis art. 15 ust. 2 zd. 2 nie wyłącza oceny wpływu zawarcia małżeństwa i rozwodu na nazwisko spod zakresu zastosowania statutu stosunków osobistych małżonków albo statutu rozwodowego. Zastrzega jednak uzupełnienie zastosowania tych przepisów, jeżeli prawo ojczyste któregośkolwiek z nupturientów lub małżonków przyznaje uprawnienie do wyboru nazwiska. Wówczas ten nupturient lub małżonek może wykonać przysługujące mu prawo wyboru, jeśli nawet postanowienia statutu stosunków osobistych małżonków albo statutu rozwodowego wyboru nazwiska nie przewidują. Rozwiązanie to stanowi wyraz poszanowania wzrastającej współcześnie roli autonomii woli w zakresie nazwiska.

Za unormowaniem przyjętym w art. 15 ust. 2 zd. 1 przemawia ścisły związek między kształtem poszczególnych instytucji prawa rodzinnego a nazwiskiem. Niejednokrotnie zdarzeniu rodzinnoprawnemu towarzyszą zmiany w zakresie nazwiska następujące *ex lege*. Poddanie tych zmian innemu prawu niż prawo właściwe dla skutków zdarzenia, np. prawu ojczystemu lub prawu miejsca zamieszkania osoby, o którą chodzi, prowadziłoby do niepotrzebnych napięć między obu wchodzącymi w grę statutami, jeżeli są one systemami prawnymi różnych państw.

Mocnego argumentu na rzecz proponowanego rozwiązania dostarcza przykład przysposobienia. Uregulowania dotyczące imienia i nazwiska w prawie merytorycznym poszczególnych państw są bowiem ściśle powiązane z charakterem (typem) przysposobienia, o jakie w danym przypadku chodzi (przysposobienie niepełne, pełne rozwiązalne, pełne nierozwiązalne, przysposobienie dziecka małoletniego lub — co dopuszczalne jest w niektórych państwach — osoby pełnoletniej).

O charakterze przysposobienia rozstrzyga, oczywiście, prawo właściwe dla przysposobienia (statut przysposobienia). Temu samemu prawu powinna więc podlegać ocena wpływu przysposobienia (lub jego rozwiązania) na imię i nazwisko przysposobionego.

Także sposób unormowania w prawie poszczególnych państw skutków w zakresie nazwiska dziecka takich zdarzeń, jak ustalenie ojcostwa (w drodze uznania lub orzeczenia sądowego) lub macierzyństwa jest moc-

no powiązane z ukształtowaniem tych instytucji w danym prawie. To samo można też powiedzieć o rozwodzie.

Rozwiązanie zaproponowane w art. 15 ust. 2 zd. 1, które jest zgodne z dotychczasowym orzecznictwem Sądu Najwyższego (por. orz. SN z dnia 8 sierpnia 2003 r., V CK 5/02)¹⁸ oraz znaczną częścią wypowiedzi w doktrynie¹⁹, spotkało się ze zdecydowaną opozycją ze strony profesora A. Maczyńskiego²⁰.

Nie jest prawdziwa wypowiedziana przez niektórych teza, że powszechnie przyjętą na całym świecie zasadą jest poddanie imienia i nazwiska prawu ojczystemu danej osoby²¹. Właściwość prawa miejsca zamieszkania przewiduje w tym zakresie np. prawo duńskie (informacja o tym znajduje się między innymi w uzasadnieniu wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Grunkin²²). Łącznikiem miejsca zamieszkania posługuje się też ustawodawca szwajcarski (art. 37 ust. 1 ustawy z 1987 r.). Respektuje jednak odesłanie do innego prawa przez normy kolizyjne obowiązujące w państwie, w którym dana osoba ma miejsce zamieszkania (art. 37 ust. 1 zd. 2), oraz wybór prawa ojczystego (art. 37 ust. 2) dokonany przez zainteresowaną osobę.

Nie jest też prawdą, że wszędzie na świecie przyjmuje się, że wpływ zdarzeń rodzinnoprawnych na nazwisko osoby oceniany jest według jej prawa ojczystego²³.

¹⁸ OSN 2004, z. 7—8, poz. 131. Por. też J. Pazdan: *Nazwisko mężatki w prawie prywatnym międzynarodowym*. PPPM 2010, T. 7, s. 119—126.

¹⁹ Por. B. Walaszek, w: B. Walaszek, M. Sośniak: *Zarys...*, s. 141; M. Sośniak, w: M. Sośniak, B. Walaszek, E. Wierzbowski: *Międzynarodowe prawo rodzinne*. Wrocław—Warszawa 1969, s. 155—156; Idem: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Katowice 1991, s. 169—170; J. Gołaczyński: *Prawo...*, s. 162 (Nb 223); M. Pazdan: *Prawo...*, s. 107 (Nb 165). Odmienne A. Maczyński: *Rozwód w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 1983, s. 113 i nast.

²⁰ A. Maczyński: *Status personalny osób fizycznych. Refleksje „de lege lata” i „de lege ferenda”*. W: „*Leges sapere*”. *Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*. Red. W. Uruszcak, P. Święcicka, A. Kremer. Kraków 2008, s. 309 i nast.; Idem: *Program haski a polskie prace kodyfikacyjne w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego*. KPP 2009, z. 1, s. 239 i nast.; Idem: *Przeciwko potrzebie...*, s. 19. Za skreśleniem art. 15 ust. 2 autor ten opowiedział się również w opinii sporządzonej dla Senatu, podnosząc, że „przepis ten prowadzi do tego, że ta sama osoba w tym samym czasie w różnych państwach będzie oznaczana za pomocą odmiennych nazwisk”.

²¹ Argumentem tym prof. A. Maczyński posłużył się w opinii dla Senatu.

²² Sprawa C-353/06.

²³ Por. szerzej M. Pazdan: *Nazwisko w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*. Red. P. Machnikowski, J. Gołaczyński. Warszawa 2010, s. 447 i nast.

Rozwiązanie podobne do zaproponowanego w art. 15 ust. 2 zd. 1 projektu przyjęte jest między innymi w judykaturze i doktrynie francuskiej oraz w prawie Quebec. Zbliżone rozwiązanie występuje w prawie węgierskim.

Wniosek: poprawkę 12. należało odrzucić.

13. Poprawka 13. zawierała propozycję opuszczenia w przepisie art. 22 przymiotnika „ustawowe”. Wnioskodawcom chodziło zapewne o objęcie zakresem zastosowania normy kolizyjnej z art. 22 wszystkich rodzajów przedstawicielstwa, a więc zarówno przedstawicielstwa ustawowego, jak i pełnomocnictwa. Nie zaproponowali jednak skreślenia art. 23 projektu dotyczącego pełnomocnictwa. Przyjęcie poprawki 13. doprowadziłoby do powstania wewnętrznie sprzecznej regulacji pełnomocnictwa. Już choćby z tych względów poprawka 13. nie nadawała się do przyjęcia.

Sprzeciw budzi także wynikająca z zaproponowanego brzmienia art. 22 sugestia, by pełnomocnictwo podlegało prawu właściwemu dla jego stosunku podstawowego. Jest to pomysł archaiczny, pochodzący z czasów, gdy pełnomocnictwo było zespolone ze stosunkiem podstawowym (np. w Kodeksie Napoleona).

Tymczasem od końca XIX w. koncepcja pełnomocnictwa oderwanego od stosunku podstawowego wypierała stopniowo koncepcję pełnomocnictwa zespolonego ze stosunkiem podstawowym. Dziś jest koncepcją dominującą na świecie. Przyjął ją też polski ustawodawca zarówno przedwojenny, jak i powojenny.

Pojawienie się pełnomocnictwa oderwanego od stosunku podstawowego zmusza do samodzielnego (odrębnego) traktowania pełnomocnictwa także na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej. Współcześnie odróżnia się więc statut pełnomocnictwa od statutu stosunku podstawowego oraz od statutu miarodajnego dla czynności prawnej dokonanej przez pełnomocnika i wynikającego z niej stosunku prawnego.

Dość często w praktyce obrotu udzielenie pełnomocnictwa wyprzedza powstanie stosunku podstawowego tegoż pełnomocnictwa. Rozwiązanie przewidziane w poprawce 13. w tych przypadkach zawodzi. Rzadko kiedy osoba trzecia, z którą pełnomocnik dokonuje czynności prawnej, zna nie tylko treść, ale nawet jedynie rodzaj (charakter) stosunku podstawowego. Wobec osoby trzeciej pełnomocnik legitymuje się zwykle dokumentem pełnomocnictwa, w którym nie jest ujawniony stosunek podstawowy.

Jeżeli nawet zachodzi stosunek podstawowy pełnomocnictwa, to pełnomocnik oraz osoba trzecia, z którą pełnomocnik zawiera umowę lub której składa oświadczenie woli, mogą mieć (usprawiedliwiony) interes, by pełnomocnictwo podlegało innemu prawu niż prawo właściwe dla stosunku podstawowego.

Na rzecz kolizyjnoprawnej samodzielności pełnomocnictwa przemawia też fakt wyraźnego wyłączenia kompetencji przedstawiciela do dzia-

łania wobec osoby trzeciej w imieniu osoby reprezentowanej z zakresu zastosowania rozporządzenia Rzym I.

Koncepcja, w myśl której dla pełnomocnictwa należy poszukiwać samodzielnych rozwiązań kolizyjnoprawnych, od dawna dominuje w naszej doktrynie²⁴.

Rozwiązanie przewidziane w art. 23 projektu jest zbieżne z rozwiązaniami przyjętymi w wielu innych państwach (w wyraźnych przepisach, a w braku przepisów — w doktrynie i judykaturze), w których — tak jak w Polsce — w prawie cywilnym dopuszcza się istnienie pełnomocnictwa oddzielnego od stosunku podstawowego²⁵.

Przepis art. 23 powinien więc pozostać w ustawie, a brzmienia art. 22 projektu nie należy zmieniać.

14. Poprawka 14. przewidywała skreślenie art. 25 ust. 2 projektu, który wyłącza stosowanie zdania drugiego i trzeciego art. 25 ust. 1 w odniesieniu do rozporządzeń dotyczących nieruchomości oraz czynności prawnych, których przedmiotem jest powstanie, łączenie, podział, przekształcenie lub ustanie osoby prawnej (albo podmiotu bez osobowości prawnej)²⁶.

Nie jest to propozycja uzasadniona.

Przepis art. 25 ust. 2 projektu utrzymuje w zakresie formy czynności prawnych rozporządzających dotyczących nieruchomości właściwość prawa państwa, któremu czynność prawna podlega (właściwość *legis causae*). Wynika ona z art. 25 ust. 1 zd. 1 projektu. W powiązaniu z art. 41 projektu prowadzi to do poddania formy czynności prawnych rozporządzających dotyczących nieruchomości prawu państwa miejsca położenia nieruchomości (*legi rei sitae*).

Z art. 25 ust. 2 projektu wynika norma kolizyjna zupełna. Obejmuje ona rozporządzenia dotyczące zarówno nieruchomości położonych w Pol-

²⁴ Por. omówienie ogłódów dokonane przez J. Pazdan: *Pełnomocnictwo w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2003, s. 74 i nast.

²⁵ Na temat obszernego przeglądu rozwiązań przyjmowanych w obcych systemach prawnych por. ibidem, s. 31 i nast.

²⁶ Rozwiązanie przewidziane w art. 25 ust. 2 ocenił pozytywnie J. Poczobut: *Oso- by, pełnomocnictwo, czynności prawne i dawność w projekcie ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z września 2004 r. — wprowadzenie do dyskusji*. W: *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*. Red. A. Łazowski, R. Ostrihansky. Kraków 2005, s. 703—704. Aplauz dla tego rozwiązania — już po uchwaleniu nowej ustawy — wyraził P. Czubik: *Artykuł 25 nowej ustawy prawo prywatne międzynarodowe — przełom dla notariatu RP?* „Nowy Przegląd Notarialny” 2011, nr 1, s. 29 i nast.; Krytyczne uwagi do art. 25 ust. 2 projektu zgłosili: K. Zawada: *O projekcie nowej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*. KPP 2006, z. 4, s. 1090; A. Mączyński: *Forma oświadczenia woli w polskim i europejskim prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Rozprawy i studia. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Aleksandrowi Lichorowiczowi*. Red. E. Kremer, Z. Truszkiewicz. Kraków 2009, s. 167.

sce, jak i za granicą. Trzeba podkreślić, że norma z art. 25 ust. 2 odnosi się tylko do czynności prawnych rozporządzających, a nie do czynności prawnych zobowiązujących. Forma czynności prawnych zobowiązujących, których przedmiotem jest prawo rzeczowe na nieruchomości (np. sprzedaż, zamiana lub darowizna nieruchomości) lub prawo do korzystania z nieruchomości, uregulowana jest w art. 11 ust. 5 rozporządzenia Rzym I, natomiast prawo właściwe do oceny formy zobowiązujących czynności prawnych jednostronnych, dotyczących nieruchomości, wskazuje art. 25 ust. 1 zd. 1 i 2 projektu ustawy.

Za właściwością wyłącznie *legis causae* (co prowadzi do stosowania w rozważanym zakresie *legis rei sitae*) oraz za wyłączeniem norm kolizyjnych subsydiarnych z art. 25 ust. 1 zd. 2 i 3 projektu w odniesieniu do rozporządzeń nieruchomościami przemawiają liczne argumenty²⁷.

Łącznik miejsca położenia rzeczy jest zwykle wykorzystywany przy wyznaczaniu statutu rzeczowego.

Wobec powszechnego przyjmowania na świecie właściwości *legis rei sitae* jako statutu rzeczowego prawo jednego państwa jest miarodajne do oceny wszystkich (z wyjątkiem zdolności) kwestii związanych z umową rozporządzającą nieruchomością.

Omawiane rozwiązanie zapewnia więc pożądaną w odniesieniu do czynności prawnych dotyczących nieruchomości koincydencję statutu formy i statutu rzeczowego.

W państwie położenia nieruchomości z reguły prowadzony jest dla niej odpowiedni rejestr. Często wpis do rejestru odgrywa istotną rolę przy nabyciu i utracie prawa rzeczowego na nieruchomości. Materialnoprawne skutki wpisu do rejestru objęte są zakresem zastosowania statutu rzeczowego, z kolei zasady prowadzenia rejestru określa prawo państwa, w którym rejestr jest prowadzony (*lex fori processualis*). W obu przypadkach jest to prawo państwa, w którym nieruchomość się znajduje. Jest więc wysoce pożądane, aby forma czynności prawnej stanowiącej podstawę wpisu podlegała także temu samemu prawu (tj. *legi rei sitae*). Pozwala to unikać stanów napięcia, mogących pojawić się w razie zetknięcia się przy ocenie różnych elementów tego samego stanu faktycznego odmiennych i różniących się (niekiedy znacznie) systemów prawnych. Chodzi zwłaszcza o unikanie trudności wynikających z odmienności prawa

²⁷ Por. J. Górecki: *Forma umów obligacyjnych i rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym*. Katowice 2007, s. 227 i nast.; J. Pazdan: *Forma rozporządzeń dotyczących nieruchomości w końcowej fazie dyskusji nad projektem ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*. „Rejent” 2009, nr 4, s. 15–16; M. Pazdan: *O projektowanym unormowaniu właściwości prawa dla formy czynności prawnej*. W: *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*. Red. M. Modrzejewska. Warszawa 2010, s. 763.

miejsca dokonania czynności prawnej i prawa obowiązującego w miejscu prowadzenia rejestru. Zasada właściwości dla formy *legis rei sitae*, w sytuacji gdy w państwie położenia nieruchomości wymaga się zachowania formy notarialnej (lub podobnej), umożliwia organom państwa miejsca położenia nieruchomości wypełnianie funkcji kontrolnych nad obrotem nieruchomościami. Ujawnianie w rejestrach prowadzonych dla nieruchomości ich stanu prawnego zwiększa bezpieczeństwo obrotu. Chroni nabywców przed przykrymi niespodziankami.

Utrudnienia wynikające z przyjęcia wyłącznej właściwości *legis rei sitae* w omawianym zakresie nie są dotkliwe. Wymagania odnośnie do formy przewidziane przez prawo miejsca położenia nieruchomości dopełnić można także poza państwem jej miejsca położenia, jeśli nawet jest to forma aktu notarialnego. Wymaganie zachowania formy aktu notarialnego, wynikające z prawa polskiego, może być dopełnione za granicą w państwach, w których istnieje notariat podobny do notariatu polskiego (przesłanka ta jest spełniona w kręgu tzw. notariatu łacińskiego). W ramach tzw. substytucji formy dopuszcza się dopełnienie wymagań formalnych w innym państwie, jeśli spełnione są przesłanki niezbędne do uznania ekwiwalentności formy²⁸. Obecnie brak jest ograniczeń w swobodnym przepływie osób z zagranicy do Polski, w każdym razie nie ma przeszkód politycznych, które w przeszłości odgrywały istotną rolę.

Przepis art. 25 ust. 2 projektu nie obejmuje formy wymaganej dla pełnomocnictwa do zawarcia umowy o przeniesienie własności nieruchomości położonej w Polsce. W tym zakresie znajdzie zastosowanie art. 25 ust. 1 (a więc także zdanie 2 tego przepisu). Można też skorzystać za granicą z usług polskiego konsula.

I w końcu wypada zauważyć, że właściwość *legis rei sitae* dla rozporządzeń dotyczących nieruchomości przewidziano w wielu obcych ustawach kolizyjnych²⁹.

W pełni uzasadnione jest również wyłączenie stosowania zdania 2 i 3 art. 25 ust. 1 w odniesieniu do wymagań w zakresie formy czynności prawnych prowadzących do utworzenia, zmiany statusu prawnego lub ustania osoby prawnej (lub podmiotu bez osobowości prawnej).

W myśl art. 17 ust. 3 pkt 1 projektu, powstanie, połączenie, podział, przekształcenie lub ustanie osoby prawnej objęte jest zakresem zasto-

²⁸ Por. J. Górecki: *Forma umów...*, s. 168 i nast.; Idem: *Forma aktu notarialnego w obrocie międzynarodowym*. W: *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*. Red. R. Sztyk. Warszawa—Kluczbork 2006, s. 129; M. Pazdan: *O projektowanym unormowaniu...*, s. 764.

²⁹ Przykłady podają: J. Górecki: *Forma umów...*, s. 61 i nast.; M. Pazdan: *O projektowanym unormowaniu...*, s. 765, przyp. 24.

sowania statutu personalnego osoby prawnej. Wedle jego postanowień, należy ustalać materialnoprawne przesłanki ważności i skuteczności aktów prowadzących do tego rodzaju skutków prawnych. Dotyczy to także aktów będących czynnościami prawnymi.

Szczególne właściwości czynności prawnych, o które chodzi, oraz ich rola w prawie regulującym poszczególne rodzaje osób prawnych (zwłaszcza w prawie spółek handlowych) przemawiają za tym, aby wymagania w zakresie formy tych czynności prawnych w całości przyporządkować do zakresu zastosowania statutu personalnego osoby prawnej. Należy więc wyłączyć w tym zakresie stosowanie prawa miejsca dokonania czynności prawnej.

Uniknięcie rozbieżności między statutem formy a statutem personalnym ułatwia wpis osoby prawnej do prowadzonego dla niej rejestru lub ujmowanie w rejestrze zmian, które jej dotyczą.

To, co powiedziano o osobach prawnych, odnosi się także do jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej.

Rozwiązania idące w podobnym kierunku napotkać można w obcym ustawodawstwie.

15. Poprawka 15. zmierzała do skreślenia art. 27 projektu nakazującego odpowiednie stosowanie przepisu dotyczącego przedawnienia (art. 26) do innych instytucji związanych z upływem czasu. Chodzi tu o rozmaite instytucje, spotykane w prawie innych państw, różnie ukształtowane (procesowo lub materialnoprawnie), będące wyrazem wpływu upływu czasu na losy roszczeń, uprawnień czy zarzutów lub losy samego stosunku prawnego.

Wskazówka znajdująca się w art. 27 może być użyteczna przy ocenie wielu skomplikowanych stanów faktycznych. Bez wątpienia jej zamieszczenie w ustawie będzie sprzyjać materialnoprawnej kwalifikacji różnych odmian „dawności”.

Poprawkę 15. należy więc odrzucić.

16. Poprawka 16. zawierała propozycję nadania art. 35 projektu nowego brzmienia. Nie jest ona sformułowana starannie (końcowy fragment tej propozycji miał zapewne brzmieć: „[...] prawu państwa, w imieniu którego organ działa”). Zgodnie z tą propozycją, odpowiedzialność za szkody wyrządzone działaniami lub zaniechaniami organów wykonujących władzę publiczną podlega prawu państwa, w imieniu którego organ działa. Takie brzmienie proponowanego przepisu może utrudnić negocjacje międzypaństwowe dotyczące zasad stacjonowania w Polsce obcych wojsk lub utworzenia baz o przeznaczeniu wojskowym, skoro deklarujemy w nim gotowość stosowania prawa państwa wysyłającego.

Nie jest obciążone taką słabością rozwiązanie przewidziane w art. 35 projektu. Pozostawia odpowiedzialność za szkody wyrządzone działania-

mi *iure imperii* poza granicami danego państwa porozumieniem międzynarodowym.

17. Poprawka 17. zawierała propozycję skreślenia art. 36 projektu, który wskazuje prawo właściwe do oceny skutków przelewu wierzytelności wobec osób trzecich. Uzupełnia on regulację przelewu wierzytelności znajdującą się w art. 14 rozporządzenia Rzym I.

Przepis art. 14 rozporządzenia Rzym I nie reguluje przelewu wierzytelności w sposób wyczerpujący. W ust. 1 unormowano stosunek między cedentem a cesjonariuszem, w ust. 2 wymieniono niektóre kwestie objęte zakresem zastosowania prawa właściwego dla przelewanej wierzytelności (czyli tzw. statutu wierzytelności), brak jest natomiast w omawianym przepisie normy kolizyjnej wskazującej prawo właściwe do oceny skutków przelewu w stosunku do osób trzecich (osób innych niż dłużnik).

Przyczyną pominięcia tej kwestii w rozporządzeniu Rzym I była rozbieżność poglądów w czasie prac nad projektem rozporządzenia co do sposobu jej rozwiązania. Warto podkreślić, że w pierwotnym projekcie rozporządzenia z 2005 r. omawiana kwestia była uregulowana. Przepis art. 13 tego projektu poddawał ją prawu państwa, w którym cedent ma siedzibę w chwili dokonania cesji. Propozycja ta spotkała się jednak ze zdecydowanym sprzeciwem, w szczególności Wielkiej Brytanii, której przedstawiciele opowiadali się za właściwością statutu wierzytelności. Wobec tak głębokich rozbieżności nie zdecydowano się na uregulowanie w rozporządzeniu omawianego zagadnienia, a art. 13 projektu skreślono³⁰.

Na tej podstawie można twierdzić, że rozporządzenie Rzym I nie reguluje właściwości prawa do oceny skutków przelewu wobec osób trzecich, pozostawiając to zagadnienie ustawodawcy krajowemu. Za takim poglądem przemawia też wykładnia językowa i systemowa przepisów rozporządzenia Rzym I (por. zamieszczoną w art. 27 ust. 2 rozporządzenia klauzulę przeglądową, która w przypadku odmiennego stanowiska nie miałyby sensu).

Za uregulowaniem omawianego zagadnienia w ustawie przemawia jego doniosłość praktyczna. Warto bowiem zapewnić uczestnikom obrotu wierzytelnościami pewność prawną także w obszarze skutków przelewu wobec osób trzecich (osób innych niż dłużnik).

Jeżeli trwające w Unii dyskusje doprowadzą w końcu do uzupełnienia rozporządzenia Rzym I o kwestię skutków przelewu wobec osób trzecich, to krajowa regulacja tego zagadnienia straci rację bytu. Trudno przewidzieć, czy i kiedy to nastąpi.

³⁰ Por. A. Wowerka: *Przelew wierzytelności w świetle rozporządzenia Rzym I*. PPPM 2011, T. 9, s. 35—61.

Za zaproponowanym w art. 36 rozwiązaniem przemawia potrzeba zapewnienia w maksymalnym stopniu ochrony osoby trzeciej (na przykład kolejnych wierzycieli, syndyka masy upadłości) oraz jego prostota, co ułatwia posługiwanie się nim w praktyce obrotu.

Wniosek: poprawkę nr 17 należy odrzucić.

18. Poprawka 18. przewidywała skreślenie art. 46 ust. 3 projektu, wskazującego prawo właściwe dla ochrony praw własności intelektualnej.

Jej motywy są niezrozumiałe. Przepis art. 46 ust. 3 stanowić będzie tamę dla pojawiających się niekiedy zakusów, by w zakresie ochrony praw własności intelektualnej stosować prawo obowiązujące w siedzibie sądu (*lex fori*).

Rozwiązanie przewidziane w art. 46 ust. 3 nie wynika wprost z art. 46 ust. 1, jest jednak z nim zharmonizowane.

Poprawkę nr 18 należy odrzucić.

19. Poprawka 19., przewidująca skrócenie przepisu art. 49 ust. 2 projektu, zmierza do ograniczenia możliwości dopełnienia wymagań w zakresie formy przy zawarciu małżeństwa.

W razie przyjęcia tej poprawki, w sytuacji gdy małżeństwo zawierane jest poza Polską, nupturienti będą mieli do wyboru bądź formę przewidzianą w prawie państwa, w którym zawierają małżeństwo, bądź formę przewidzianą w prawie ojczystym obojga małżonków. Projekt, oprócz tych dwóch możliwości, dodaje jeszcze dwie dalsze: ponadto wystarczy, by nupturienti dochowali wymagań co do formy przewidzianych przez wspólne prawo miejsca zamieszkania lub przez wspólne prawo miejsca zwykłego pobytu nupturientów w chwili zawarcia małżeństwa.

Rozwiązanie przewidziane w projekcie zmniejsza możliwość kwestionowania istnienia lub ważności małżeństwa z powodu uchybień w zakresie formy zawarcia małżeństwa (a więc dotyczących ceremoniału, sposobu zawarcia małżeństwa, wcześniejszych zapowiedzi, wymagań dotyczących przedkładanych i sporządzanych dokumentów, posłużenia się pełnomocnikiem przy zawarciu małżeństwa). Jest więc rozwiązaniem przyjaznym trwaniu i ważności zawartego małżeństwa.

Jest ono zgodne z panującą obecnie na świecie tendencją (por. np. art. 28 ustawy włoskiej z 1995 r., art. 3088 ust. 2 k.c. Quebec obowiązującego od 1 stycznia 1994 r.).

Przepis art. 49 ust. 2 projektu nie powinien ulec zmianie. Poprawkę nr 19 należy odrzucić.

20. Poprawka 20. przewiduje skreślenie w art. 54 ust. 2 końcowej wskazówki przy poszukiwaniu prawa właściwego dla rozwiązania małżeństwa (rozvodu). Zgodnie z tą wskazówką, „jeżeli małżonkowie nie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa wspólnego miejsca zamieszkania, stosować należy prawo państwa, w którym oboje małżon-

kowie mieli ostatnio miejsce wspólnego zwykłego pobytu, jeżeli jedno z nich ma w nim nadal miejsce zwykłego pobytu”. W miejsce tej wskazówki w poprawce 20. zaproponowano, by w sytuacji, gdy małżonkowie nie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa wspólnego miejsca zamieszkania, stosować prawo państwa, w którym mają (w chwili żądania) miejsce zwykłego pobytu.

Poprawka 20. z jednej strony zmierza do poszerzenia łączników przewidzianych w art. 54 ust. 2 o miejsce zwykłego pobytu małżonków z chwili żądania rozwiązania małżeństwa, z drugiej strony — przewiduje skreślenie łącznika ostatniego wspólnego miejsca zwykłego pobytu małżonków (sprzed wystąpienia z żądaniem rozwiązania małżeństwa).

Warto tę ostatnią możliwość zachować w ustawie i w tym zakresie poprawkę odrzucić. Ostatnie wspólne miejsce zwykłego pobytu dla małżonków o różnym obywatelstwie oznacza ostatnie ich wspólne powiązanie z tym samym państwem. Najczęściej nie jest to powiązanie przypadkowe lub przejściowe (przelotne). Przemawia to za wykorzystaniem tego powiązania w charakterze łącznika przy określaniu prawa właściwego w rozważanym zakresie, z zastrzeżeniem jednak, że przynajmniej jedno z małżonków ma w tym państwie nadal miejsce zwykłego pobytu.

Można by (ewentualnie) przyjąć sugestię, by łączniki przewidziane w art. 54 ust. 2 uzupełnić o łącznik miejsca zwykłego pobytu małżonków z chwili wystąpienia z żądaniem rozwiązania małżeństwa, pozostawiając w proponowanym zakresie także łącznik ostatniego wspólnego zwykłego pobytu. Wówczas art. 54 ust. 2 uzyskałby następujące brzmienie: „W razie braku wspólnego prawa ojczystego małżonków właściwe jest prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa miejsce zamieszkania, a jeżeli małżonkowie nie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa wspólnego miejsca zamieszkania — prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają miejsce wspólnego zwykłego pobytu. Jeżeli małżonkowie nie mają miejsca zwykłego pobytu w tym samym państwie w chwili żądania rozwiązania małżeństwa, stosuje się prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mieli ostatnio miejsce wspólnego zwykłego pobytu, jeżeli jedno z nich ma w nim nadal miejsce zwykłego pobytu”.

Byłoby to równoznaczne z częściowym przyjęciem poprawki 20. Wobec tego jednak, że obecne brzmienie art. 54 ust. 2 projektu prowadzi w istocie rzeczy do podobnego wyniku i jest nieco krótsze, proponowaną poprawkę należy odrzucić w całości.

21. Poprawka 21. zmierzała do wydłużenia okresu *vacatio legis* z miesiąca do sześciu miesięcy.

Uwzględniając charakter norm zamieszczonych w ustawie (to, że one jedynie wskazują prawo właściwe, nie kształtują zaś wprost stosunków

prawnych) oraz ich głównych adresatów, miesięczny okres *vacatio legis* można uznać za wystarczający.

3. Dalsze losy projektu

Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka na posiedzeniu w dniu 18 stycznia 2011 r. opowiedziała się za przyjęciem tylko jednej poprawki o brzmieniu: „Art. 54a. Małżeństwem w rozumieniu niniejszej ustawy jest tylko związek kobiety i mężczyzny. Nie stosuje się przepisów prawa obcego regulujących związek osób tej samej płci”. Otrzymała ona numer 19. Komisja wniosła o odrzucenie pozostałych poprawek.

Jako pierwszy głosowany był wniosek o odrzucenie projektu ustawy w całości. W tym głosowaniu wzięło udział 422 posłów, 152 było za, 270 — przeciw.

Następnie głosowano kolejno wszystkie poprawki. Zostały one odrzucone zdecydowaną większością głosów. Wyjątek stanowiła poprawka 19., dotycząca dodania do ustawy art. 54a. W głosowaniu nad nią wzięło udział 422 posłów: 209 było za, 210 — przeciw, 3 osoby wstrzymały się od głosu.

Przed głosowaniem nad przyjęciem w całości projektu ustawy Pani poseł B. Kempa zwróciła się z apelem o głosowanie przeciw przyjęciu ustawy. Uzasadniała to następująco: „Jeśli chodzi o przyjęcie przez nas w całości tej zbędnej zupełnie ustawy, bo tak naprawdę przyjmowane są kolejne akty prawa Unii Europejskiej, które w zasadzie czynią to prawo bezprzedmiotowe [...]. Jednak to, co się stało przed chwilą, to tak naprawdę wpuszczenie tylną furtką legalizacji małżeństw tej samej płci”³¹.

W głosowaniu nad całością projektu ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, w brzmieniu proponowanym przez Komisję Sprawiedliwości i Praw Człowieka, udział wzięło 425 posłów, 245 było za, przeciw — 177, 3 osoby się wstrzymały.

Ustawa została więc 4 lutego 2011 r. przez Sejm uchwalona.

Na potrzeby Senatu opinie o ustawie przygotowali: prof. A. Mączyński, prof. L. Wiśniewski, prof. T. Sokołowski, dr R. Piotrowski, dr hab. K. Bagan-Kurluta, dr M. Pilich i prof. A. Nowicka.

Opinie koncentrowały się wokół poprawki zgłoszonej w Sejmie w czasie drugiego czytania, popartej przez sejmową Komisję Sprawiedliwości i Praw Człowieka, ostatecznie jednak przez Sejm odrzuconej, przewidu-

³¹ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. Kadencja VI. Sprawozdanie stenograficzne z 84. posiedzenia Sejmu w dniu 4 lutego 2011 r., s. 375.

jącej wprowadzenie do ustawy art. 54a, definiującego małżeństwo i ustanawiającego szczególną klauzulę porządku publicznego, wyłączającą stosowanie w Polsce obcych przepisów regulujących związki osób tej samej płci. Jedynie opinia profesora A. Mączyńskiego poświęcona była wielu przepisom ustawy.

Przeciwko wspomnianej poprawce zdecydowanie opowiedzieli się w swych opiniach dr M. Pilich (konkluzje w pkt. XX—XXII, s. 13—15) i dr hab. K. Bagan-Kurluta.

W opinii profesora L. Wiśniewskiego (s. 1) znalazła się następująca wypowiedź: „Aby konstytucyjne pojęcie małżeństwa jako związku kobiety z mężczyzną nie było w Polsce podważane na podstawie art. 48 prawa prywatnego międzynarodowego, to art. 48 powinien zostać uzupełniony przepisem mówiącym, że na terytorium Polski za małżeństwo uznaje się wyłącznie zalegalizowany zgodnie z prawem ojczystym małżonków związek jednej kobiety pełnoletniej z jednym pełnoletnim mężczyzną za obojną zgodą małżonków”.

Profesor T. Sokołowski proponował (s. 4) nadanie art. 48 projektu następującego brzmienia: „O możliwości zawarcia małżeństwa przez kobietę i mężczyznę rozstrzyga w stosunku do każdej z tych osób jej prawo ojczyste z chwili zawarcia małżeństwa”.

Według doktora R. Piotrowskiego, „uszczegółowienie klauzuli porządku publicznego zmieniłoby jej charakter, prowadząc w istocie do zawężenia znaczenia klauzuli przez stworzenie możliwości interpretacji *a contrario*” (s. 2, pkt 2), jednakże — jego zdaniem — dla ułatwienia osiągnięcia kompromisu „należałoby zatem rozważyć możliwość wprowadzenia do ustawy preambuły identyfikującej podstawowe wartości wytyczające kierunek interpretacji jej postanowień, a więc w szczególności wskazującej na znaczenie podstawowego w Europie prawa do regulowania korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa i do założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi, ponadto podkreślającej, że Rzeczpospolita zapewnia ochronę i opiekę małżeństwu jako związkowi kobiety i mężczyzny” (s. 4, pkt 4).

I wreszcie profesor A. Nowicka stwierdziła, że dodanie przepisu konkretyzującego i egzemplifikującego klauzulę porządku publicznego nie jest samo w sobie zabiegiem niespotykanym, czego przykład stanowi art. 6 przep. wprowadz. k.c.n., który stanowi: „Normy prawnej innego państwa nie stosuje się, jeżeli jej stosowanie prowadzi do skutku, który jest w sposób oczywisty niezgodny z podstawowymi zasadami prawa niemieckiego, w szczególności nie stosuje się jej wówczas, gdy stosowanie jest niezgodne z prawami podstawowymi”.

Komisje senackie obradowały nad ustawą dnia 24 lutego 2011 r. Zająłły rozbieżne stanowiska.

Komisja Ustawodawcza opowiedziała się za przyjęciem ustawy bez poprawek, natomiast Komisja Praw Człowieka, Praworządności i Petycji była zdania, że do ustawy należy wprowadzić kilka poprawek, między innymi poprawkę polegającą na dodaniu do art. 7 ustawy, regulującego klauzulę porządku publicznego, następujących słów: „[...] w szczególności nie stosuje się przepisów prawa obcego regulujących związki osób tej samej płci”.

Burzliwa dyskusja nad ustawą odbyła się w czasie 71. posiedzenia Senatu w dniu 2 marca 2011 r.

W czasie dyskusji padały też pytania. Niektóre z nich warto odnotować:

1) Jaka norma, stanowiąca o podstawowym porządku prawnym, może być wyższa niż norma konstytucyjna?³²

2) Czy art. 48 stanowi *lex specialis* wobec klauzuli porządku publicznego z art. 7?³³

3) Czy art. 48 ustawy jest również oceniany przez tę klauzulę generalną z art. 7?³⁴

4) Jaka relacja zachodzi między proponowaną poprawką w postaci dodatku do art. 7 a art. 18 Konstytucji (czy nie jest tak, że poprawka wkracza w obszar, którego nie dotyczy art. 18)?³⁵

Przypomnijmy, że art. 48 wskazuje prawo właściwe do oceny możliwości zawarcia małżeństwa.

Przywołano też pytanie, które znalazło się w tytule artykułu opublikowanego w „Rzeczpospolitej”: „Czy Sejm stworzył przyczólek dla związków partnerskich?”.

Kilkakrotnie pojawił się wątek negatywnej opinii Sądu Najwyższego o projekcie, do którego warto wrócić przy innej okazji.

I wreszcie zaproponowano nowe poprawki do ustawy.

Senator Z. Cichoń zgłosił, zapowiadaną już na posiedzeniu Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji, poprawkę dotyczącą *nasciturusa* o następującym brzmieniu: „O zdolności prawnej dziecka poczętego, lecz jeszcze nienarodzonego, rozstrzyga prawo, któremu czynność prawna podlega. Jeżeli prawo to przyznaje takiemu dziecku zdolność prawną w zakresie mniejszym niż wynikający z prawa polskiego, stosuje się prawo polskie”³⁶.

Poprawkę dotyczącą art. 16 w celu dodatkowej ochrony *nasciturusa* zgłosił senator P. Kaleta. Natomiast poprawka senatora T. Gruszki uzyskała następujące brzmienie: „O niemożności zawarcia małżeństwa

³² Sprawozdanie stenograficzne z 71. posiedzenia Senatu, s. 87.

³³ Ibidem, s. 93.

³⁴ Ibidem, s. 100.

³⁵ Ibidem, s. 94.

³⁶ Ibidem, s. 109.

przez kobietę i mężczyznę rozstrzyga w stosunku do każdej z tych osób prawo ojczyście z chwili zawarcia małżeństwa”³⁷.

Dnia 3 marca 2011 r. odbyło się posiedzenie połączonych komisji: Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji oraz Komisji Ustawodawczej. We wspólnym sprawozdaniu komisje te wniosły o przyjęcie 11 poprawek.

Przystąpiono do głosowania. W pierwszej kolejności poddano pod głosowanie wnioski o przyjęcie ustawy bez poprawek. Z 91 obecnych senatorów 48 głosowało za, 41 — przeciw, 2 senatorów wstrzymało się od głosu. W ten oto sposób dnia 3 marca 2011 r. Senat RP przyjął ustawę o prawie prywatnym międzynarodowym.

W Sprawozdaniu stenograficznym z obrad Senatu (s. 165) odnotowano, że po ogłoszeniu wyników głosowania na sali dało się zauważyć poruszenie oraz słychać było okrzyki: „Wstyd!”, „Hańba!”, „Czy to chrześcijańska postawa?”, „Ekskomunika!”, „Błazenada!”.

Pan Prezydent RP podpisał ustawę w dniu 30 marca 2011 r. Została ona ogłoszona w „Dzienniku Ustaw” nr 80, poz. 432, a weszła w życie 16 maja 2011 r. W taki oto sposób skończyły się perypetie legislacyjne projektu ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym.

³⁷ Ibidem, s. 165.

Materiały

Loi du 4 février 2011 — Droit international privé*

The Act on Private International Law dated 4 February 2011**

Chapitre 1 Dispositions générales

Art. 1. La présente loi régit la détermination du droit applicable aux rapports juridiques privés liés avec plus d'un Etat.

Art. 2. 1. Lorsque la loi prévoit l'application de la loi nationale, le ressortissant polonais est soumis à la loi polonaise même si le droit d'un autre Etat considère celui-ci comme le ressortissant de cet Etat.

2. Dans le cas d'un étranger qui a plusieurs nationalités, c'est le droit de l'Etat avec lequel celui-ci possède les liens les plus étroits qui s'applique, lorsque la présente loi prévoit l'application de la loi nationale.

Chapter 1 General Provisions

Article 1. This act governs the applicable law for private law relationships connected with more than one state.

Article 2. 1. If this act provides for the applicability of the law of nationality, a Polish citizen is subject to Polish law, even if the law of another state treats him or her as its citizen.

2. If a person is a citizen of two or more states, he or she is subject to the law of the state with which this person is most closely connected.

* Journal Officiel du 15 avril 2011 (N° 80, position 432). La traduction a été effectuée par Paulina Twardoch.

** Journal of Laws of 15 April 2011 (No. 80, item 432). Translated into English by: Maciej Zachariasiewicz. Consultation: M.-A. Zachariasiewicz, T. Pajor, M. Szpunar. Proofreading by: M. Faulkner.

3. Si la présente loi subordonne l'application d'une loi à la condition que les personnes déterminées aient la nationalité du même Etat, il suffit que le droit de cet Etat considère ces personnes comme ses ressortissants pour que l'on puisse admettre que cette condition est remplie.

Art. 3. 1. Lorsque la présente loi prévoit l'application de la loi nationale, mais il est impossible d'établir la nationalité d'une personne concernée, ou celle-ci n'en a aucune, ou le contenu de son droit national ne peut pas être établi, on applique le droit d'Etat dans lequel elle est domiciliée. À défaut de domicile, c'est le droit de l'Etat de sa résidence habituelle qui s'applique.

2. La disposition de l'alinéa 1^{er} s'applique par analogie à la personne qui a obtenu la protection dans un autre Etat que son Etat national en raison d'une rupture permanente de ses relations avec celui-ci causée par la violation des droits fondamentaux de l'homme dans cet Etat.

Art. 4. 1. Dans les cas prévus par la présente loi il est possible de choisir le droit applicable.

2. Le choix du droit applicable doit être exprès ou ressortir d'une façon certaine des circonstances de l'affaire, à moins que la règle admettant le choix en dispose autrement.

3. Le choix du droit applicable intervenu postérieurement à la création du rapport juridique ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

3. If, in order to establish the applicable law, this act requires that given persons are citizens of the same state, it suffices that the law of this state treats these persons as its citizens.

Article 3. 1. If this act provides for the applicability of the law of nationality and it is not possible to establish the nationality of a given person, or if he or she does not have the nationality of any state, or it is not possible to establish the content of the law of nationality, then the law of the state in which the given person is domiciled will be applied; if there is no domicile, the law of the state in which he or she has habitual residence will be applied.

2. Paragraph 1 applies *mutatis mutandis* with respect to a person who has been afforded protection in a state other than the state of his or her nationality, and whose links with that state have been permanently broken, as a result of a violation of human rights therein.

Article 4. 1. Where this act so provides, it is permissible to make a choice of the applicable law.

2. The choice of law shall be made expressly or clearly demonstrated by the circumstances of the case, unless the provision concerning the choice of law provides otherwise.

3. A choice of law made after the legal relationship has already been created shall not adversely affect the rights of third parties.

4. Le choix du droit applicable, intervenue postérieurement à l'accomplissement de l'acte juridique, n'affecte pas sa validité formelle résultant de la réalisation, lors de son accomplissement, de conditions de forme prévues par le droit applicable à la forme de cet acte.

5. L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 11, 17, 24 et 25.

6. Les dispositions des alinéas 2—5 s'appliquent à la modification ou à la dérogation du choix du droit.

Art. 5. 1. Si le droit étranger que la présente loi désigne en tant que loi applicable prévoit l'application du droit polonais à un rapport juridique, c'est le droit polonais qui s'applique.

2. La disposition de l'alinéa 1^{er} ne s'applique pas, si la désignation de la loi applicable:

- 1) a été effectuée par le choix du droit;
- 2) concerne la forme d'un acte juridique;
- 3) concerne les obligations contractuelles, non-contractuelles ou celles relevant d'actes juridiques unilatéraux, pour lesquelles le droit applicable est déterminé par la présente loi.

Art. 6. 1. Le droit applicable en vertu de la présente loi comprend aussi les dispositions de droit public dont l'application à un rapport juridique donné est prévue par ce droit.

4. If at the time of making the juridical act and before the law was chosen, the parties have complied with the formal requirements provided for in the law applicable to the form of the juridical act, its formal validity may not be questioned under the law chosen by the parties.

5. In determining whether the choice of law was made and whether it is valid, Articles 11, 17, 24 and 25 apply.

6. Paragraphs 2—5 determine the modification and revocation of the choice of law.

Article 5. 1. If the foreign law that is indicated as applicable law by this act, refers back to the Polish law, the Polish law applies.

2. Paragraph 1 does not apply if the applicable law:

- 1) was determined by the parties' choice of law;
- 2) concerns the formal validity of a juridical act;
- 3) relates to contractual or non-contractual obligations, or obligations arising out of a unilateral juridical act, which are governed by the law determined in accordance with the provisions of this act.

Article 6. 1. The applicable law, determined in accordance with the provisions of this act, encompasses the rules of public law, if they should be applied under the applicable law to a given legal relationship.

2. Si la loi applicable au rapport juridique en cause comprend des dispositions prévoyant à l'égard de ce rapport des présomptions juridiques ou d'autres règles déterminant la charge de preuve, ces dispositions doivent être appliquées.

Art. 7. L'application des dispositions du droit étranger est exclue, si elle conduit à un résultat incompatible avec les règles fondamentales de l'ordre public polonais.

Art. 8. 1. La désignation d'un droit étranger n'exclut pas l'application des dispositions du droit polonais dont le contenu et les objectifs indiquent d'une manière indubitable qu'elles régissent impérativement le rapport juridique en cause, quelle que soit la loi applicable à ce rapport.

2. Lors de l'application, en vertu de la présente loi, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel le rapport juridique en cause présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant ce rapport. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

Art. 9. S'il y a plusieurs systèmes de droit en vigueur dans l'Etat dont le droit est applicable, c'est le droit de cet Etat qui désigne lequel de ces systèmes doit être appliqué. À défaut d'une telle désignation, on applique le

2. If the applicable law for a given relationship determined under the provisions of this act contains rules that raise presumptions of law or allocate the burden of proof in relation to the given relationship, these rules apply.

Article 7. A foreign law shall not be applied, if its application would lead to consequences that are incompatible with the public policy of the Republic of Poland.

Article 8. 1. The determination of a foreign applicable law does not prevent the application of the rules of Polish law, if it clearly results from their content or purpose that they should be applied to a given legal relationship irrespective of the law otherwise applicable.

2. When applying the law determined under the provisions of this act, effect may be given to the mandatory rules of another state with which the considered legal relationship has a close connection, if under the law of that state the rules in question should be applied irrespective of the law otherwise applicable to that legal relationship. In considering whether to give effect to these provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

Article 9. If, in the state whose law is applicable, there are different legal systems in force, the law of that state determines which of the legal systems should apply. If there is no such determination, the legal system that has

système de droit lié le plus étroitement avec le rapport juridique en cause.

Art. 10. 1. S'il n'est pas possible d'établir les circonstances dont dépend la détermination du droit applicable, le rapport juridique est régi par le droit de l'Etat avec lequel il est lié le plus étroitement.

2. Lorsqu'il est impossible d'établir en temps utile le contenu du droit étranger désigné comme applicable, c'est le droit polonais qui s'applique.

Chapitre 2 Des personnes physiques

Art. 11. 1. La capacité juridique et la capacité d'exercice d'une personne physique sont régies par la loi nationale de cette personne.

2. Lorsque la personne physique effectue un acte juridique dans le cadre de l'entreprise qu'elle conduit, il suffit qu'elle ait la capacité d'accomplir cet acte au regard du droit de l'Etat dans lequel l'entreprise est conduite.

3. La disposition de l'alinéa 1^{er} n'exclut pas l'application de la loi qui régit un acte juridique dans le cas où cette loi prévoit des conditions particulières en matière de capacité d'accomplir cet acte juridique.

Art. 12. 1. Lorsque le contrat a été conclu par les personnes se trouvant dans le même Etat, la personne physique qui a la capacité de le conclure au regard du droit de cet Etat peut invoquer son incapacité résultant du droit désigné en vertu de la disposition de l'article 11 l'alinéa 1^{er} uniquement si

the closest connection with the legal relationship in question applies.

Article 10. 1. If it is not possible to establish the circumstances upon which the application of the foreign law depends, the law of the state with which the legal relationship has the closest connection applies.

2. If it is not possible to ascertain the content of the foreign law within a reasonable time, Polish law applies.

Chapter 2 Natural persons

Article 11. 1. A natural person's legal capacity and capacity to act is governed by the law of his or her nationality.

2. If a natural person makes a juridical act within the scope of his or her business, it suffices that he or she has the capacity to act under the law of the state in which the business is operated.

3. Paragraph 1 does not exclude the application of the law governing the juridical act, if it results from that law that there are specific requirements as to the capacity to make the juridical act in question.

Article 12. 1. If the contract was concluded between persons present in the same state, a natural person who would have capacity under the law of that state may invoke his or her incapacity resulting from the law specified in Article 11 paragraph 1, only if at the time of entering into the contract

au moment de la conclusion du contrat l'autre partie était consciente de cette incapacité ou si elle l'ignorait en raison d'une négligence de sa part.

2. La personne physique qui a effectué un acte juridique unilatéral en ayant la capacité de l'accomplir au regard du droit de l'Etat dans lequel cet acte a été passé, ne peut invoquer l'incapacité résultant du droit désigné en vertu de la disposition de l'article 11 l'alinéa 1^{er} que si cela ne porte pas préjudice aux personnes qui en respectant la due diligence agissaient par conviction que la personne qui a accompli cet acte juridique avait la capacité de le faire.

3. Lorsque la personne physique agit par l'intermédiaire du représentant, ce sont les circonstances concernant celui-ci qui doivent être prises en considération pour la détermination des conditions de l'application des dispositions des alinéas 1 et 2.

4. Les règles des alinéas 1 et 2 ne s'appliquent pas aux actes juridiques dans le domaine du droit de la famille, de la tutelle et des successions, ni aux actes de disposition concernant les immeubles situés dans un autre Etat que celui dans lequel cet acte a été passé.

Art. 13. 1. L'interdiction est régie par la loi nationale de la personne physique concernée.

2. Si c'est le tribunal polonais qui juge en matière d'interdiction à l'égard d'un étranger, on applique le droit polonais.

Art. 14. 1. La déclaration de décès ou la constatation de décès de la

the other party was aware of that incapacity, or was not aware thereof as a result of negligence.

2. A natural person making a unilateral juridical act who would have capacity under the law of the state in which the juridical act was made, may invoke his or her incapacity under the law specified in Article 11 paragraph 1 only if this does not adversely affect anyone who, despite having acted diligently, was convinced that the person making the juridical act had the capacity.

3. If a natural person acts through a representative, it is the circumstances on the part of the representative that decide about the prerequisites of the application of paragraphs 1 and 2.

4. The provisions contained in paragraphs 1 and 2 do not apply to juridical acts relating to family and succession law, or to transfers concerning immovable property located elsewhere than in the state in which the juridical act was made.

Article 13. 1. The legal incapacitation of a natural person is governed by the law of his or her nationality.

2. If the Polish court decides on the legal incapacitation of a foreign citizen, Polish law applies.

Article 14. 1. A presumption of death or a declaration of the death of a natu-

personne physique sont régies par la loi nationale de celle-ci.

2. Si c'est le tribunal polonais qui juge en matière de déclaration de décès ou de constatation de décès, on applique le droit polonais.

Art. 15. 1. Le prénom et le nom d'une personne physique sont régis par sa loi nationale.

2. L'acquisition et le changement de prénom ou de nom sont régis par la loi applicable aux effets du fait qui est à l'origine de l'acquisition ou du changement de prénom ou de nom. Néanmoins, le choix du nom à l'occasion de la conclusion ou de la dissolution du mariage est soumis à la loi nationale de chacun des époux.

Art. 16. 1. Les droits attachés à la personne sont régis par la loi nationale de la personne physique concernée.

2. La personne physique dont le bien personnel est mis en danger ou a été atteint peut revendiquer la protection, soit en vertu du droit de l'Etat sur le territoire duquel le fait générateur de cette mise en danger ou de cette atteinte a eu lieu, soit en vertu du droit de l'Etat sur le territoire duquel les effets de l'atteinte se sont produits.

3. Lorsque l'atteinte à un bien personnel d'une personne physique s'est produit par l'intermédiaire des massmédias, le droit de l'Etat dans lequel l'émetteur ou l'éditeur a son établissement ou sa résidence habituelle décide du droit de réponse, de la rectification ou de tout autre moyen similaire de protection.

ral person is governed by the law of his or her nationality.

2. If the Polish court decides on the presumption of death or declaration of death of a foreign citizen, Polish law applies.

Article 15. 1. The name and surname of a natural person is governed by the law of his or her nationality.

2. The acquisition or alteration of a name or surname is governed by the law applicable to the consequences of an event that leads to the acquisition or alteration of the name or surname. However, the choice of surname at the time of concluding or terminating marriage are governed by the law of the nationality of each of the spouses.

Article 16. 1. The personal rights of a natural person are governed by the law of his or her nationality.

2. A natural person whose personal rights were threatened or infringed may claim protection under the law of the state where the event giving rise to a threat or infringement has occurred, or under the law of the state where the consequences of the infringement occurred.

3. If the infringement of a natural person's personal rights occurs in the media, the law of the state in which the broadcaster or publisher has its seat or habitual residence determines the right to reply, rectify and similar protective measures.

Chapitre 3**Des personnes morales et d'autres unités d'organisation**

Art. 17. 1. La personne morale est régie par le droit de l'Etat dans lequel est situé son siège.

2. Toutefois, si le droit désigné en vertu de l'alinéa 1^{er} prévoit l'application du droit de l'Etat d'après lequel la personne morale a été constituée, on applique le droit de cet Etat.

3. Le droit désigné en vertu des alinéas 1^{er} et 2 détermine notamment:

- 1) la constitution, la fusion, le partage, la transformation ou la fin de la personne morale;
- 2) la nature juridique de la personne morale;
- 3) le nom ou la raison sociale;
- 4) la capacité de la personne morale;
- 5) les pouvoirs et les règles de fonctionnement, ainsi que la nomination et la révocation des membres des organes;
- 6) la représentation;
- 7) l'acquisition et la perte de la qualité d'associé ou de membre, ainsi que les droits et les obligations qui y sont liées;
- 8) la responsabilité des associés ou des membres pour les dettes de la personne morale;
- 9) les effets de la violation de la loi, de l'acte fondateur ou du statut par une personne représentant la personne morale.

Art. 18. 1. Lorsque la personne morale effectue un acte juridique dans le cadre de l'entreprise qu'elle conduit, il suffit qu'elle ait la capacité d'accomplir cet acte au regard du droit de l'Etat dans lequel l'entreprise est conduite.

Chapter 3**Legal persons and unincorporated entities**

Article 17. 1. A legal person is governed by the law of the state, in which it has its seat.

2. However, if the law determined under paragraph 1 refers to the law of the state according to which the legal person has been incorporated, that law applies.

3. The law determined under paragraphs 1 and 2 governs in particular:

- 1) the formation, merger, division, transformation and dissolution of a legal person;
- 2) the nature of a legal person;
- 3) the name and business name;
- 4) the capacity of a legal person;
- 5) the competences and rules of functioning, as well as appointment and dismissal of the members of the corporate bodies;
- 6) representation;
- 7) the acquisition and loss of the status of a shareholder or a membership and the rights and obligations pertaining thereto;
- 8) the liability of the shareholders or members for the obligations of the legal person;
- 9) the consequences of a breach of law, the act of incorporation or the articles of association by the representative of the legal person.

Article 18. 1. If a legal person makes a juridical act within the scope of its business, it suffices that it has the capacity to make such an act under the law of the state in which the business is operated.

2. La personne morale ne peut invoquer à l'encontre d'une autre partie les restrictions de la capacité ou du pouvoir de représentation résultant du droit qui est désigné en vertu de l'article 17 alinéas 1^{er} et 2 et non prévues par le droit de l'Etat dans lequel l'acte juridique a été passé que lorsque l'autre partie les connaissait ou lorsqu'elle les ignorait en raison d'une négligence de sa part. Cette règle ne s'applique pas aux dispositions concernant les immeubles situés dans un Etat autre que celui dans lequel l'acte juridique a été passé.

Art. 19. 1. En cas de transfert du siège sur le territoire d'un autre Etat, la personne morale est régie à partir du transfert par le droit de cet Etat. La personnalité morale acquise dans l'Etat où le siège se trouvait antérieurement est conservée, si cela est prévu par le droit de chacun des Etats intéressés. Le transfert du siège dans le cadre de l'Espace économique européen n'entraîne pas la perte de la personnalité.

2. La fusion de personnes morales dont les sièges se trouvent dans les Etats différents exige la réalisation des conditions que les droits de ces Etats prévoient pour celle-ci.

Art. 20. L'article 16 s'applique par analogie à la protection des biens personnels des personnes morales.

Art. 21. Les dispositions des articles 17—20 s'appliquent par analogie aux unités d'organisation n'ayant pas la personnalité.

2. A legal person may invoke limitations as to its capacity or representation resulting from the law indicated by Article 17, paragraphs 1 and 2 as against the other party, if such limitations are not known under the law of the state in which the juridical act has been made, only if the other party was aware of them or was not aware thereof as a result of its negligence. This does not apply to dispositions of immovable property located in a state other than a state in which the juridical act has been made.

Article 19. 1. Upon the transfer of the seat to another state, a legal person is governed by the law of that state. The legal personality acquired under the law of the state of the hitherto seat is preserved if the laws of each interested states so provides. The transfer of the seat within the European Economic Area does not result in the loss of legal personality.

2. A merger of legal persons having their seats in different states is completed if the requirements provided for in these states are satisfied.

Article 20. 1. Article 16 *mutatis mutandis* applies to the protection of the personal rights of legal persons.

Article 21. The provisions of Articles 17—20 *mutatis mutandis* apply to unincorporated entities without legal personality.

Chapitre 4 De la représentation

Art. 22. La représentation légale est régie par le droit applicable au rapport juridique donnant lieu à représentation.

Art. 23. 1. La procuration est régie par le droit choisi par le représenté. Toutefois, à l'égard du tiers avec lequel le fondé de procuration a accompli un acte juridique, on ne peut invoquer le droit choisi que si le tiers connaissait le choix ou pouvait le connaître aisément. Le représenté ne peut invoquer le droit choisi à l'égard du fondé de procuration que si celui-ci connaissait le choix, ou pouvait le connaître aisément.

2. À défaut de choix du droit, la procuration est régie successivement par:

- 1) le droit de l'Etat dans lequel le fondé de procuration a son siège, s'il y exerce constamment son activité, ou
- 2) le droit de l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'entreprise appartenant au représenté, si le fondé de procuration y exerce constamment son activité, ou
- 3) le droit de l'Etat dans lequel le fondé de procuration agissait en cette qualité ou dans lequel il devait agir d'après la volonté du représenté.

Chapitre 5 De l'accomplissement de l'acte juridique et de sa forme

Art. 24. 1. L'accomplissement de l'acte juridique est soumis à la loi applicable à cet acte.

Chapter 4 Representation

Article 22. The statutory representation is subject to the law applicable to the legal relationship resulting in the power to act on behalf of another.

Article 23. 1. The authority of an agent is governed by the law chosen by the principal. However, towards a third person, with whom the agent has made a juridical act, the chosen law can only be invoked if the third person was aware or could have easily learned about the choice of law. The principal may invoke the chosen law against the agent only if the latter was aware or could have easily learned about the choice of law.

2. In the absence of a choice, the authority of an agent is governed, as appropriate, by:

- 1) the law of the state in which the agent has a seat where he constantly operates, or
- 2) the law of the state in which the principal's business is located, if it also constitutes the place where the agent constantly operates, or
- 3) the law of the state in which the agent actually acted while representing the principal, or in which the agent should have acted according to the intention of the principal.

Chapter 5 Making a juridical act and its form

Article 24. 1. When determining whether the juridical act has been made, the law governing that juridical act applies.

2. Toutefois, pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi de l'Etat dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue à l'alinéa 1^{er}.

Art. 25. 1. La forme de l'acte juridique est régie par le droit applicable à cet acte lui-même. Il suffit cependant que la forme réponde aux conditions que pose le droit de l'Etat dans lequel l'acte est passé. Si le contrat est conclu par les personnes se trouvant au moment de la déclaration de volonté dans des Etats différents, il suffit de respecter les conditions de forme prévues pour cet acte par le droit de l'un de ces Etats.

2. Les règles de l'alinéa 1^{er} phrases 2 et 3 ne s'appliquent pas aux actes de disposition concernant les immeubles, ni aux actes juridiques ayant pour l'objet la constitution, la fusion, le partage, la transformation et la fin d'une personne morale ou d'une unité d'organisation n'ayant pas la personnalité.

3. Lorsque les règles de l'alinéa 1^{er} phrases 2 et 3 sont appliquées dans le cas où l'acte juridique a été effectué par le représentant, on tient compte des circonstances concernant le représentant.

2. A party claiming that he or she has not made a declaration of intent, may invoke the law of the state in which he or she has habitual residence, if it appears from the circumstances that it would not be justified to determine the effect of his or her conduct in accordance with the law specified in paragraph 1.

Article 25. 1. The form of a juridical act is governed by the law applicable to that juridical act. However, it suffices to satisfy the formal requirements provided in the law of the state in which the juridical act has been made. If a contract is concluded between persons who are in different states at the time when making the declarations of intent, it suffices to satisfy the formal requirements provided for such a contract in the law of either of these states.

2. The second and third sentences of paragraph 1 does not apply to dispositions of immovable property, or to juridical acts that relate to the formation, merger, division, transformation and dissolution of a legal person or an unincorporated entity without legal personality.

3. If the juridical act has been carried out by a representative, for the purposes of the second and third sentence of paragraph 1, the circumstances on the part of the representative are taken into consideration.

Chapitre 6**De la prescription des prétentions et d'autres institutions liées avec l'écoulement du temps**

Art. 26. La prescription d'une prétention est régie par le droit applicable à cette prétention.

Art. 27. La disposition de l'article 26 s'applique par analogie aux autres institutions liées à l'écoulement du temps.

Chapitre 7**Des obligations**

Art. 28. 1. Le droit applicable à l'obligation contractuelle est déterminé par le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (JO L 177 du 04.07.2008, p. 6).

2. Aux obligations contractuelles que ledit règlement exclut de son domaine d'application en vertu de son article 1^{er} alinéa 2 lettre j) on applique les dispositions de ce règlement qui correspondent à l'obligation en cause.

Art. 29. 1. Lorsque le droit polonais prévoit une obligation d'assurance, le contrat d'une telle assurance est régi par le droit polonais.

2. Lorsque le droit d'un Etat membre de l'Espace économique européen prévoit une obligation d'assurance et désigne son propre droit en tant que droit applicable au contrat d'une telle assurance, c'est ce droit qui s'y applique.

Chapter 6**Prescription of claims and the lapse of time**

Article 26. The prescription of a claim is subject to the law applicable to the claim in question.

Article 27. Article 26 *mutatis mutandis* applies to other legal institutions concerning the lapse of time.

Chapter 7**Obligations**

Article 28. 1. The law applicable to the contractual obligation is determined in accordance with Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (O.J. UE L 177 of 04.07.2008, p. 6).

2. The contractual obligations that, under Article 1(2)(j), are excluded from the scope of application of the Regulation referred to in paragraph 1, are subject to the rules of the Regulation laid down with respect to a given obligation.

Article 29. 1. If Polish law provides for compulsory insurance, the insurance contract is subject to Polish law.

2. If the law of a member state of the European Economic Area, which provides for compulsory insurance, determines its own law as applicable to the insurance contract, this law applies.

Art. 30. 1. Hors les cas prévus par le règlement mentionné à l'article 28, le choix du droit d'un Etat non membre de l'Espace économique européen, pour un contrat présentant un lien étroit avec le territoire d'au moins un Etat membre, ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection qui lui est accordée en vertu des dispositions du droit polonais transposant les directives suivantes:

- 1) directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95 du 21.04.1993, p. 29; JO UE édition spéciale polonaise: chapitre 15 tome 2 p. 288);
- 2) directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (JO L 144 du 04.06.1997 p. 19; JO UE édition spéciale polonaise: chapitre 15 tome 3 p. 319);
- 3) directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JO L 171 du 07.07.1999, p. 12; JO UE édition spéciale polonaise: chapitre 15 tome 4 p. 223);
- 4) directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE (JO L 271 du 09.10.2002, p. 16; JO UE édition spéciale polonaise: chapitre 6 tome 4 p. 321);
- 5) directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la

Article 30. 1. Irrespective of the cases covered by the regulation referred to in Article 28, the parties' choice of law of a state that is not a member of the European Economic Area for a contract that has a close connection with the territory of at least one member state, may not deprive the consumer of the protection afforded to him or her by provisions of Polish law that implement the following directives:

- 1) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (O.J. L 95 of 21.04.1993, p. 29; O.J. Polish special edition, ch. 15, vol. 2, p. 288);
- 2) Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts (O.J. L 144 of 04.06.1997, p. 19; O.J. Polish special edition, ch. 15, vol. 3, p. 319);
- 3) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (O.J. L 171 of 07.07.1999, p. 12; O.J. Polish special edition, ch. 15, vol. 4, p. 223);
- 4) Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directives 90/619/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (O.J. L 271 of 09.10.2002, p. 16; O.J. Polish special edition, ch. 6, vol. 4, p. 321);
- 5) Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council

directive 87/102/CEE du Conseil (JO L 133 du 22.05.2008, p. 66, avec les modifications postérieures).

2. Si le contrat compris dans le domaine d'application de la directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange (JO L 33 du 03.02.2009, p. 10) est régi par le droit d'un Etat non membre de l'Espace économique européen, le consommateur ne peut pas être privé de la protection qui lui est accordée en vertu des dispositions du droit polonais transposant cette directive:

- 1) si l'un des immeubles est situé sur le territoire d'un Etat membre, ou
- 2) dans le cas où le contrat ne présente pas un lien direct avec un immeuble — si l'entrepreneur exerce son activité économique ou professionnelle dans un Etat membre ou dirige une telle activité d'une manière quelconque vers un Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de cette activité.

Art. 31. L'obligation dérivant d'un instrument négociable autre qu'une lettre de change, un billet à ordre ou un chèque est régie par le droit de l'Etat dans lequel l'instrument négociable a été émis.

Art. 32. 1. L'obligation dérivant d'un acte juridique unilatéral est régie par la loi choisie par la personne qui accomplit cet acte. À partir du moment où les deux parties à une telle obligation

Directive 87/102/EEC (O.J. L 133 of 22.05.2008, p. 66, as amended);

2. If the law applicable to a contract that falls within the scope of Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of time-share, long-term holiday product, resale and exchange contracts (O.J. L 33 of 03.02.2009, p. 10) is the law of a state that is not a member of the European Economic Area, the consumer may not be deprived of the protection afforded to him or her by provisions of Polish law implementing that directive:

- 1) if any of the immovable properties are located in a member state, or
- 2) in the case of a contract not directly related to immovable property, if the business entity pursues commercial or professional activities in a member state or, by any means, directs such activities to a member state, and the contract falls within the scope of these activities.

Article 31. An obligation resulting out of the securities other than a bill of exchange or cheque are governed by the law of the state in which the security was issued.

Article 32. 1. An obligation resulting out of a unilateral juridical act is subject to the law chosen by the person making this act. From the time when both parties of the obligation are

sont individualisées, le choix du droit, le changement de ce choix ou la dérogation à celui-ci exigent l'accord des deux parties à cette relation.

2. À défaut de choix du droit, l'obligation dérivant d'un acte juridique unilatéral est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel la personne qui accomplit cet acte juridique a sa résidence habituelle ou son siège. Lorsque, d'après les circonstances, l'obligation présente un lien plus étroit avec le droit d'un autre Etat, c'est le droit de cet Etat qui s'applique.

Art. 33. Le droit applicable à l'obligation dérivant d'un fait autre qu'un acte juridique est désigné par le règlement (CE) No 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II») (JO L 199 du 31.07.2007, p. 40).

Art. 34. La loi applicable à la responsabilité civile résultant des accidents routiers est désignée par la Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, conclue à La Haye le 4 mai 1971 (JO du 2003 N° 63, position 585).

Art. 35. La responsabilité civile pour les actions ou les abstentions des organes qui exercent l'autorité publique dans un Etat donné est régie par le droit de cet Etat.

Art. 36. La loi applicable à la créance cédée régit les effets que la cession produit à l'égard des tiers.

specified, the choice of law, its modification or revocation, requires the consent of both parties.

2. In the absence of a choice of law, an obligation resulting out of a unilateral juridical act is subject to the law of the state, in which the person making this act has his or her habitual residence or seat. Where it results from the circumstances that the obligation is more closely connected with the law of a different state, the law of that state applies.

Article 33. The law applicable to an obligation resulting out of an event that is not a juridical act is determined in accordance with Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (O.J. L 199 of 31.07.2007, p. 40).

Article 34. The law applicable to civil non-contractual liability arising from traffic accidents is determined in accordance with the Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents, of 4 May 1971 (O.J. of 2003, No 63, item 585).

Article 35. Civil liability for acts and omissions of authorities exercising public power in a given state is governed by the law of that state.

Article 36. The law governing the assigned claim determines the effects of the assignment as against third parties.

Art. 37. La reprise de dette est régie par la loi applicable à la dette reprise.

Article 37. The assumption of a debt is subject to the law of the state that governs the assumed debt.

Art. 38. L'influence du changement de la valeur de la monnaie sur l'étendue d'une obligation est déterminée par la loi applicable à l'obligation.

Article 38. The impact of a change in the value of currency on the amount due under the obligation is governed by the law applicable to that obligation.

Chapitre 8

De la convention d'arbitrage

Chapter 8

Arbitration agreement

Art. 39. 1. La convention d'arbitrage est régie par le droit choisi par les parties.

Article 39. 1. Arbitration agreements are governed by the law chosen by the parties.

2. À défaut de choix, la convention d'arbitrage est régie par le droit de l'Etat du lieu d'arbitrage dont les parties sont convenues. À défaut d'un tel accord, la convention d'arbitrage est régie par le droit applicable au rapport juridique qui est l'objet du litige. Il suffit cependant que la convention soit valable au regard du droit de l'Etat dans lequel la procédure arbitrale se déroule ou dans lequel le tribunal arbitral a rendu la sentence arbitrale.

2. In the absence of a choice of law, an arbitration agreement is subject to the law of the state, in which the place of arbitration designated by the parties is located. If the parties have not made such a designation, the arbitration agreement is governed by the law applicable to the relationship constituting an object of the dispute; it suffices, however, if the agreement is valid according to the law of the state in which arbitration proceedings are held, or the award was rendered by the arbitration tribunal.

Art. 40. La forme de la convention d'arbitrage est régie par le droit de l'Etat du lieu de l'arbitrage. Il suffit cependant que la forme réponde aux conditions que pose la loi applicable à la convention d'arbitrage elle-même.

Article 40. The formal validity of an arbitration agreement is governed by the law of the state in which arbitration takes place. It suffices, however, if the formal requirements of the law of the state governing the arbitration agreement are satisfied.

Chapitre 9**De la propriété et d'autres droits réels. De la possession**

Art. 41. La propriété et les autres droits réels sont régis par le droit de l'Etat dans lequel leur objet est situé.

2. L'acquisition et la perte de la propriété, ainsi que l'acquisition, la perte et la modification du contenu ou de la priorité des autres droits réels sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'objet de ces droits était situé au moment de la survenance du fait entraînant lesdits effets juridiques.

Art. 42. Les droits réels sur l'aéronef, le navire et sur le véhicule sur rail sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel ce moyen de transport est inscrit dans un registre public. À défaut de registre ou d'inscription dans un registre, on applique le droit du port d'attache ou de la station d'attache ou d'un autre endroit pareil.

Art. 43. Les droits réels sur la chose transportée sont régis par le droit de l'Etat d'expédition. Lorsqu'il résulte des circonstances que ces droits présentent des liens plus étroits avec un autre Etat, c'est le droit de cet Etat qui s'applique.

Art. 44. Le droit dérivant de l'inscription d'un instrument négociable sur un compte titres tenu dans le cadre du système des comptes des titres est régi par le droit de l'Etat dans lequel ce compte est tenu.

Chapter 9**Ownership and other property rights. Possession**

Article 41. 1. Ownership and other property rights are governed by the law of the state in which their object is located.

2. The acquisition and loss of ownership, as well as the acquisition and loss or alteration of the content of other property rights, is governed by the law of the state in which their object was located at the time when the event causing these effects occurred.

Article 42. The property rights to an aircraft, ship or rail vehicle are subject to the law of the state in which they are registered; in the absence of a register or entry therein — to the law of the state in which the aircraft, ship or rail vehicle has its home port, station or a similar site.

Article 43. The property rights to goods in transit are governed by the law of the state from which the goods were dispatched. If it results from the circumstances that these rights are more closely connected with the law of a different state, the law of that state applies.

Article 44. The rights to securities entered in an account within the securities settlement system are subject to the law of the state in which the account is managed.

Art. 45. Les dispositions des articles 41—44 s'appliquent par analogie à la possession.

Article 45. Articles 41—44 *mutatis mutandis* apply to possession.

Chapitre 10 **De la propriété intellectuelle**

Chapter 10 **Intellectual property**

Art. 46. 1. La constitution, le contenu et l'extinction du droit de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat dans lequel on jouit de ce droit.

Article 46. 1. The creation, content and termination of rights to intellectual property are governed by the law of the state, in which they are exercised.

2. La règle de l'alinéa 1^{er} s'applique aussi aux actes de disposition du droit de propriété intellectuelle et à la détermination de causes de préférence de ces droits.

2. Paragraph 1 also applies to the dispositions of the rights to intellectual property and to the determination of the priority of these rights.

3. La protection de la propriété intellectuelle est régie par le droit de l'Etat en vertu duquel cette protection est revendiquée.

3. The protection of the rights to intellectual property is subject to the law of the state under which the protection is sought.

Art. 47. Les droits du travailleur envers son employeur au titre d'un droit de propriété intellectuelle lié à l'activité de ce travailleur dans le cadre de la relation de travail sont régis par le droit applicable à cette relation.

Article 47. An employee's rights against an employer, resulting out of intellectual property related to the employee's pursuit of the activities under an employment relationship, are governed by the law applicable to that relationship.

Chapitre 11 **Du mariage**

Chapter 11 **Matrimonial matters**

Art. 48. Les conditions de fond du mariage sont régies, à l'égard de chacune des parties, par le droit de l'Etat dont elle a la nationalité au moment de la célébration du mariage.

Article 48. The ability to conclude a marriage is determined towards each of the parties by the law of his or her nationality as of the day when the marriage is concluded.

Art. 49. 1. Les conditions de forme du mariage sont soumises au droit de l'Etat de sa célébration.

Article 49. 1. The formal validity of a marriage is governed by the law of the state in which it is concluded.

2. Si le mariage est célébré hors de la République de Pologne, il suffit que la forme de sa célébration réponde aux conditions prévues soit par le droit national commun des époux, soit par le droit de l'Etat sur le territoire duquel les deux époux ont leur domicile ou leur résidence habituelle au moment de la célébration du mariage.

Art. 50. Les conséquences du manquement aux conditions de fonds ou de forme du mariage sont soumises par analogie à l'article 48 et l'article 49.

Art. 51. 1. Les relations personnelles et patrimoniales entre époux sont régies par la loi nationale commune actuelle des époux.

2. À défaut de loi nationale commune, on applique le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés ou — à défaut de domicile dans le même Etat — le droit de l'Etat dans lequel les deux époux ont la résidence habituelle. Si les époux n'ont pas la résidence habituelle dans le même Etat, on applique le droit de l'Etat avec lequel les époux ont un autre lien commun le plus étroit.

Art. 52. 1. Les époux peuvent soumettre leurs relations patrimoniales au droit de l'Etat dont l'un d'eux a la nationalité ou au droit de l'Etat dans lequel l'un d'eux a son domicile ou sa résidence habituelle. Le choix peut être effectué aussi avant la célébration du mariage.

2. Le contrat de mariage est régi par le droit choisi par les époux conformément aux dispositions de

2. If a marriage is concluded outside of the Republic of Poland, it suffices to comply with formal requirements provided for by the law of nationality of both spouses, or by the law of the place of their common domicile or habitual residence as of the day when the marriage is concluded.

Article 50. The consequences of the ability to conclude a marriage or of a failure to comply with formal requirements of marriage are determined by the law specified in Articles 48 and 49, respectively.

Article 51. 1. The personal relations between spouses and the matrimonial property regime are governed by the law of the state of which both spouses are currently nationals.

2. In the absence of the common law of nationality, the law of the state in which both spouses are domiciled applies, and if spouses are not domiciled in the same state — the law of the state, in which both spouses have their habitual residence. If the spouses do not have their habitual residence in the same state, the law of the state with which both spouses are otherwise most closely connected applies.

Article 52. 1. As the law applicable to their matrimonial property regime, the spouses are free to choose the law of nationality of one of the spouses, or the law where one of the spouses is domiciled or has habitual residence. The choice may also be made before the marriage is concluded.

2. The matrimonial property agreement is governed by the law chosen by the spouses in accordance with

l'alinéa 1^{er}. À défaut de choix du droit, le contrat de mariage est soumis au droit applicable aux relations personnelles et patrimoniales entre époux au moment où l'acte a été passé.

3. Pour effectuer le choix de la loi applicable aux relations patrimoniales des époux ou au contrat de mariage, il suffit de remplir les conditions de forme prévues pour les contrats de mariage par la loi choisie ou par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le choix a été effectué.

Art. 53. 1. Lorsque l'époux et le tiers étant le créancier de cet époux avaient leur résidence habituelle dans un même Etat au moment de la naissance de l'obligation, l'opposabilité du régime matrimonial au tiers est régie par le droit de cet Etat, à moins que soit le tiers connût le caractère et le contenu de ce régime ou qu'il pût les connaître en respectant la due diligence, soit qu'aient été remplies les conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par le droit applicable au régime matrimonial ou, en ce qui concerne les droits réels immobiliers, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'immeuble est situé.

2. La disposition de l'alinéa 1^{er} s'applique par analogie à la responsabilité d'un époux pour les dettes contractées par l'autre époux afin de satisfaire aux besoins ordinaires de la famille.

Art. 54. 1. La dissolution du mariage est régie par la loi nationale commune

paragraph 1. In the absence of a choice of law, the matrimonial property agreement is governed by the law applicable to the spouses' personal relationships and the matrimonial property regime, as of the day the agreement was concluded.

3. In making the choice of law for the matrimonial property regime or matrimonial property agreement, it suffices to comply with the formal requirements established for the matrimonial property agreements in the chosen law, or in the law of the state in which the choice was made.

Article 53. 1. If, at the time when an obligation was created, the spouse and the third party creditor had their habitual residence in the same state, the law of that state determines the effectiveness of the matrimonial property regime against a third party, unless at the time when the obligation was created, the third party was aware of the character and content of the regime, or could have learnt of it, if he or she had exercised due care, or if requirements as to the publicity and registration under the law applicable to the matrimonial property regime, or — in the case of the property rights relating to immovable property — in the law of the state where the immovable property is located, were satisfied.

2. Paragraph 1 *mutatis mutandis* applies to the spouse's liability for the debts incurred by the other spouse in providing for ordinary family needs.

Article 54. 1. The termination of marriage is governed by the law of the

des époux lors de l'introduction de la demande.

2. À défaut de loi nationale commune des époux, on applique le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés au moment de l'introduction de la demande de dissolution du mariage, ou — lorsque les époux n'ont pas à ce moment de domicile commun — le droit de l'Etat dans lequel les deux époux ont eu leur dernière résidence habituelle commune, à condition que la résidence habituelle de l'un d'eux s'y trouve toujours.

3. À défaut de circonstances permettant d'appliquer les dispositions des alinéas 1^{er} et 2, la dissolution du mariage est régie par le droit polonais.

4. Les dispositions des alinéas 1—3 s'appliquent par analogie à la séparation de corps.

state of which both spouses are nationals at the time when the termination of marriage is requested.

2. In the absence of a common law of nationality, the law of the state in which both spouses are domiciled at the time when the termination of marriage is requested applies, and if spouses are not domiciled in the same state at that time — the law of the state in which both spouses had their last habitual residence applies, as long as one of them has still his or her habitual residence there.

3. If the circumstances do not allow the applicable law to be determined pursuant to paragraphs 1 and 2, the termination of marriage is governed by Polish law.

4. Paragraphs 1 through 3 *mutatis mutandis* apply to a separation.

Chapitre 12 Des relations entre parents et enfant

Art. 55. 1. L'établissement et la contestation de paternité ou de maternité sont régis par le droit de l'Etat dont l'enfant a la nationalité au moment de sa naissance.

2. Si le droit de l'Etat dont l'enfant a la nationalité au moment de sa naissance ne prévoit pas l'établissement judiciaire de la paternité, on applique le droit de l'Etat dont l'enfant a la nationalité au moment de l'établissement de la paternité.

Chapter 12 Parent-child relationships

Article 55. 1. The determination and challenge of the child's filiation is governed by the child's law of nationality as of the time of his or her birth.

2. If the child's law of nationality as of the time of his or her birth does not provide for the judicial determination of fatherhood, the judicial determination of fatherhood is subject to the child's law of nationality as of the time when filiation is determined.

3. La reconnaissance d'un enfant est régie par le droit de l'Etat dont l'enfant a la nationalité au moment de cette reconnaissance. Dans le cas où ce droit ne prévoit pas la reconnaissance de l'enfant, on applique le droit de l'Etat dont l'enfant a la nationalité au moment de sa naissance, à condition que ce droit prévoie la reconnaissance.

4. La reconnaissance d'un enfant conçu, mais pas né, est régie par le droit de l'Etat dont sa mère a la nationalité au moment de la reconnaissance.

Art. 56. 1. Le droit applicable à l'autorité parentale et aux contacts avec l'enfant est désigné par la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (JO L 151 du 11.06.2008, p. 39; JO du 2010 N° 172, position 1158).

2. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un Etat non partie à la convention mentionnée à l'alinéa 1^{er}, le droit de cet Etat détermine, à partir du moment où le changement est survenu, les conditions d'application des mesures prises dans l'Etat de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant.

Chapitre 13 De l'adoption

Art. 57. 1. L'adoption est régie par la loi nationale de l'adoptant.

3. The declaration of acknowledgment is governed by the child's law of nationality as of the time of acknowledgment. If that law does not provide for the declaration of acknowledgment, the child's law of nationality as of the time of birth applies, as long as that law provides for acknowledgment.

4. The declaration of acknowledgment of an unborn but already conceived child is subject to the mother's law of nationality as of the time of acknowledgment.

Article 56. 1. The law applicable to parental authority and access to children is determined in accordance with the Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, of 19 October 1996 (O.J. L 151 of 11.06.2008, p. 39; O.J. of 2010, No 172, item 1158).

2. If the habitual residence of a child is transferred to a state that is not a party to the convention mentioned in paragraph 1, the law of that state determines, from the time of the transfer, the conditions under which measures adopted in the state of previous habitual residence may be made use of.

Chapter 13 Adoption

Article 57. 1. Adoption is governed by the law of nationality of the adoptive parent.

2. L'adoption commune effectuée par les époux est régie par leur loi nationale commune. À défaut de droit national commun, on applique le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés, ou — à défaut de domicile dans le même Etat — le droit de l'Etat dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle. Lorsque les époux n'ont pas leur résidence habituelle dans le même Etat, on applique le droit de l'Etat avec lequel ils ont un autre lien le plus étroit.

2. Adoption by a married couple is subject to their common law of nationality. In the absence of the common law of nationality, the law of the state in which both spouses are domiciled applies, and if spouses are not domiciled in the same state — the law of the state in which both spouses have their habitual residence. If the spouses do not have their habitual residence in the same state, the law of a state with which both spouses are otherwise most closely connected applies.

Art. 58. L'adoption ne peut pas avoir lieu sans l'observation des dispositions du droit national de l'adopté qui concernent le consentement de l'adopté, le consentement de son représentant légal et la permission des autorités nationales compétentes, ni sans respecter les restrictions de l'adoption résultant du transfert du domicile de l'adopté d'un Etat dans un autre Etat.

Article 58. Adoption cannot, however, take place without satisfying the requirements of the law of nationality of the person who is to be adopted relating to his or her consent, the consent of his or her legal representative, the permission from the relevant public authority, and the limits to adoption relating to the transfer of the domicile to another state.

Chapitre 14 De la tutelle et de la curatelle

Chapter 14 Guardianship and curatorship

Art. 59. 1. Le droit applicable à la tutelle et à la curatelle à l'égard de l'enfant est déterminé par la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Article 59. 1. The law applicable to guardianship and curatorship is determined in accordance with the Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, of 19 October 1996 (O.J. L 151 of 11.06.2008, p. 39; O.J. of 2010, No 172, item 1158).

2. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un Etat non partie à la convention mentionnée à l'alinéa 1^{er}, le droit de cet Etat

2. If the habitual residence of a child is transferred to a state that is not a party to the convention mentioned in paragraph 1, the law of that state

idétérmine, à partir du moment où le changement est survenu, les conditions d'application des mesures prises dans l'Etat de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant.

Art. 60. 1. L'établissement de la tutelle ou de la curatelle ou d'autres mesures de protection à l'égard du majeur est régie par la loi nationale de celui-ci.

2. Si c'est le tribunal polonais qui prononce les mesures visées à l'alinéa 1^{er} à l'égard d'un étranger dont le domicile ou la résidence habituelle se trouve dans la République de Pologne, on applique le droit polonais.

3. L'exécution des mesures visées à l'alinéa 1^{er} est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel se trouve la résidence habituelle de la personne concernée.

4. Dans les cas prévus à l'art. 1107 § 2 et 3 de la loi du 17 novembre 1964 — Code de la procédure civile (JO N° 43, position 296 avec les modifications postérieures), on applique le droit polonais. La même règle concerne l'exécution des mesures prononcées.

Art. 61. La curatelle à l'égard d'une personne morale est régie par le droit de l'Etat auquel cette personne est soumise.

Art. 62. La curatelle établie pour l'accomplissement d'un acte singulier est régie par le droit auquel cet acte est soumis.

determines, from the moment of the transfer, the conditions under which measures adopted in the state of previous habitual residence may be made use of.

Article 60. 1. Establishing a guardianship, curatorship or other protective measures for an adult is governed by that person's law of nationality.

2. If the Polish court decides on the measures referred to in paragraph 1 with respect to a foreigner who is domiciled or has his or her habitual residence in the Republic of Poland, Polish law applies.

3. Exercising the measures referred to in paragraph 1 is subject to the law of the state in which the person affected by these measures has his or her habitual residence.

4. In cases referred to in Article 1107 paragraph 2 and 3 of the Code of Civil Procedure of 17 November 1964 (O.J. No 43, item 296), Polish law applies. The same relates to the exercise of the adjudicated measures.

Article 61. The curatorship of a legal person is subject to the law of the state that governs that legal person.

Article 62. The curatorship to perform a particular matter is subject to the law of the state governing that particular matter.

Chapitre 15**Des obligations alimentaires**

Art. 63. Le droit applicable aux obligations alimentaires est désigné par le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (JO L 7 du 10.01.2009, p. 1).

Chapitre 16**Des successions**

Art. 64. 1. Le *de cuius* peut, par testament ou par d'autres dispositions pour cause de mort, soumettre sa succession soit à sa loi nationale, soit au droit de l'Etat dans lequel il est domicilié, soit au droit de l'Etat sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle au moment où cet acte juridique est passé ou au moment de son décès.

2. À défaut de choix du droit, on applique le droit de l'Etat dont le *de cuius* avait la nationalité au moment de son décès.

Art. 65. Sous réserve de l'article 66, la validité du testament et des autres dispositions pour cause de mort est régie par le droit de l'Etat dont le *de cuius* avait la nationalité au moment où ces actes ont été passés.

Art. 66. 1. La forme du testament et de sa révocation est régie par la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires (JO du 1969 N° 34, position 284).

Chapter 15**Maintenance obligations**

Article 63. The law applicable to maintenance obligation is determined by the Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and co-operation in matters relating to maintenance obligations (O.J. L 7 of 10.01.2009, p. 1).

Chapter 16**Succession**

Article 64. 1. In a will or in another disposition upon death, a person may designate, as the law governing the succession, his or her law of nationality, the law of his or her domicile, or the law of his or her habitual residence as of the time of making the disposition, or as of the time of his or her death.

2. In the absence of the choice of law, succession is governed by the law of nationality of the deceased as of the time of his or her death.

Article 65. Subject to Article 66, the validity of a will or other disposition upon death is governed by the law of nationality of the deceased as of the time of making the disposition.

Article 66. 1. The formal validity of a will, or its revocation, is determined in accordance with the Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions (O.J. of 1969, No 34, item 284).

2. Le droit désigné en vertu de l'alinéa 1^{er} s'applique par analogie à la forme des autres dispositions pour cause de mort.

2. The law determined in accordance with paragraph 1, *mutatis mutandis* applies to the formal validity of other dispositions upon death.

Chapitre 17 Autres rapports juridiques

Chapter 17 Other legal relationships

Art. 67. À défaut de désignation de la loi applicable par la présente loi, par les dispositions particulières, par les conventions internationales ratifiées par la République de Pologne et y étant en vigueur ou par le droit de l'Union Européenne, le rapport juridique compris dans le domaine d'application de la présente loi est régi par le droit de l'État avec lequel ce rapport est lié le plus étroitement.

Article 67. If this act, or the specific rules of law, or the ratified international conventions to which the Republic of Poland is a party, or the European Union law, do not determine the applicable law for a relationship falling within the scope of this act, the law most closely connected with the relationship applies.

Art. 68. Les dispositions de l'article 3 alinéa 1^{er} et des articles 6 et 7 de la loi du 3 juillet 2002 — «Droit aérien» (JO de 2006, N° 100, position 696 avec les modifications postérieures) ne s'appliquent pas aux rapports juridiques compris dans le domaine d'application de la présente loi.

Article 68. Articles 3 paragraphs 1, 6 and 7 of the Aviation Law of 3 July 2002 (O.J. of 2006, No 100, item 696, as amended) do not apply to relationships falling within the scope of this act.

Chapitre 18 Abrogation et modification du droit en vigueur

Chapter 18 Amendments to the existing laws

Art. 69. Est abrogé l'article 449¹¹ de la loi du 23 avril 1974 — «Code civil» (JO N° 16, position 93, avec les modifications postérieures).

Article 69. In the Civil Code of 23rd April 1964 (O.J. No 16, item 93, as amended), Article 449¹¹ is repealed.

Art. 70. Est abrogé l'article 6 de la loi du 26 juin 1974 — «Le code du travail» (le texte intégral, JO de 1998, N° 21, position 94 avec les modifications postérieures).

Article 70. In the Labour Code of 26 June 1974 (O.J. of 1998, No 21, item 94, as amended), Article 6 is repealed.

Art. 71. Est abrogé l'article 2 de la loi du 23 mai 1991 sur le travail à bord des navires de commerce (JO N° 61, position 258, avec les modifications postérieures).

Art. 72. L'article 11b al. 1 de la loi du 29 août 1997 sur les services touristiques (JO du 2004 N° 223, position 2268, avec les modifications postérieures) est ainsi rédigé:

«1. Sous réserve des alinéas 2 et 3, la responsabilité prévue à l'article 11a ne peut pas être exclue ou limitée par voie de convention».

Art. 73. L'article 17 de la loi du 2 mars 2000 sur la protection de certains droits des consommateurs et la responsabilité pour un préjudice causé par un produit dangereux (JO N° 22, position 271, avec les modifications postérieures) est ainsi rédigé:

«L'art. 17. Les droits du consommateur prévus aux articles 1—16° ne peuvent pas être écartés ou limités par voie de convention».

Art. 74. L'article 17 de la loi du 20 juillet 2001 sur le crédit à la consommation (JO N° 100, position 1081, avec les modifications postérieures) est ainsi rédigé:

«Art. 17. Les dispositions du contrat ne peuvent pas écarter ou limiter les droits du consommateur prévus par la loi. Si tel est le cas, ce sont les dispositions de la loi qui s'appliquent».

Art. 75. À la loi du 18 septembre 2001 — «Code maritime» (JO du 2009 N° 217, position 1689 et du 2010 N° 127, position 857) sont apportées les modifications suivantes:

1) à l'article 355:

Article 71. In the Act on Work on Commercial Sea Ships of 23 May 1991 (O.J. of 1991, No 61, item 258, as amended), Article 2 is repealed.

Article 72. In the Act on Travel Services of 29 August 1997 (O.J. of 2004 No 61, item 258, as amended) Article 11b paragraph 1 takes the following wording:

“1. It is not permitted to exclude or limit by way of contract the liability provided for in Article 11a, subject to paragraphs 2 and 3”.

Article 73. In the Act on the Protection of Certain Rights of Consumers and the Defective Product Liability of 2 March 2000 (O.J. of 2000, No 22, item 271, as amended) Article 17 takes the following wording:

“Article 17. It is not permitted to exclude or limit by way of contract the rights of the consumers provided for in Articles 1—16°”.

Article 74. In the Act on Consumer Credit of 20 July 2001 (O.J. of 2001, No 100, item 1081, as amended) Article 17 takes the following wording:

“Article 17. The terms of the contract may not exclude or limit the rights of the consumers provided for in the act. In such a case, the rules of the act apply”.

Article 75. In the Sea Code of 18 September 2001 (O.J. of 2009, No 217, item 1689 and of 2010, No 127, item 857) the following amendments are introduced:

In Article 355:

- a) sont abrogés § 1 et § 3;
- b) le § 4 est ainsi rédigé: «§ 4. Les privilèges concernant le navire et la cargaison sont régis par le droit de l'Etat dans lequel la demande du recouvrement de la créance garantie par le privilège est portée devant un tribunal»;
- 2) l'article 356 est ainsi rédigé:

«Art. 356. Si l'application du droit dépend du lieu où le fait s'est produit, on considère comme un tel lieu l'Etat du pavillon du navire, lorsque le fait est survenu à bord du navire se trouvant hors du territoire de l'Etat littoral».

- 3) Les articles 358 et 359 sont abrogés.

Art. 76. Les modifications suivantes sont apportées à la loi du 3 juillet 2002 — «Droit aérien» (JO de 2006, N° 100, position 696 avec les modifications postérieures):

- 1) l'article 1 alinéa 4 est ainsi rédigé:

«À l'exclusion des dispositions de l'article 1 alinéa 6, l'article 2, les articles 3—9, l'article 14, l'article 33, l'article 35 alinéa 2, l'article 43, l'article 44, l'article 60, l'article 74, l'article 75, l'article 76 alinéa 2, l'article 89, l'article 92, les articles 119—125, article 128, l'article 130, l'article 133, l'article 140, l'article 149 et l'article 150 de la loi et sous réserve de l'alinéa 5, les dispositions du droit aérien ne s'appliquent pas à l'aviation d'Etat».

- 2) est abrogé l'article 10;
- 3) à l'article 11 est abrogé l'alinéa 1^{er};
- 4) sont abrogés les articles 12—13;
- 5) à l'article 15 est abrogé l'alinéa 2.

Paragraphs 1 and 3 are repealed;
Paragraph 4 takes the following wording:

“Paragraph 4. The privileges on the ship and the cargo are governed by the law of the state in which the claim relating to the receivable secured by a privilege is brought before the court”.

Article 356 takes the following wording:

“Article 356. If the determination of the applicable law depends on the place of an event, it is the state of its flag that is treated as the place of the event that occurred on the sea ship residing outside the territory of the coastal state”.

Articles 358 and 359 are repealed.

Article 76. In the Aviation Law of 3 July 2002 (O.J. of 2006, No 100, item 696, as amended) the following amendments are introduced:

Article 1 paragraph 4 takes the following wording:

“4. The rules of aviation law do not apply to state aviation, except for Articles 1 paragraph 6, Article 2, Articles 3—9, Article 14, Article 33, Article 35 paragraph 2, Article 43, Article 44, Article 60, Article 74, Article 75, Article 76 paragraph 2, Article 89, Article 92, Articles 119—125, Article 128, Article 130, Article 133, Article 140, Article 149 as well as Article 150 of the act, and subject to paragraph 5”;

Article 10 is repealed;
In Article 11, paragraph 1 is repealed;
Articles 12 and 13 are repealed;
In article 15, paragraph 2 is repealed.

Art. 77. 1) L'article 11 de la loi du 27 juillet 2002 sur les conditions spéciales de la vente des biens de consommation et sur la modification du Code civil (JO N° 141, position 1176, du 2004 N° 96, position 959 et du 2009 N° 115, position 960) est ainsi rédigé:

«Art. 11. Les droits prévus par la présente loi ne peuvent pas être écartés ou limités d'un accord commun conclu avant que le défaut de conformité du bien de consommation au contrat de vente ne soit porté à l'attention du vendeur. En particulier, cela ne peut résulter de la déclaration de l'acheteur qu'il connaît tous les défauts de conformité au contrat du bien de consommation».

Art. 78. À la loi du 22 mai 2003 sur l'activité d'assurance (JO du 2010 N° 11, position 66, avec les modifications postérieures) sont apportées les modifications suivantes:

- 1) à l'article 129 sont abrogés les alinéas 3—5;
- 2) est abrogé l'article 130.

Art. 79. Est abrogé l'article 3 l'alinéa 2 de la loi du 22 mai 2003 sur les assurances obligatoires, le Fonds de Garantie et l'Agence Polonaise des Assureurs de Communication (JO N° 124, position 1152 avec les modifications postérieures).

Chapitre 19 Dispositions finales

Art. 80. Est abrogée la loi du 12 novembre 1965 — «Droit international privé» (JO N° 46, position 290, avec les modifications postérieures), à l'exclusion des dispositions relatives

Article 77. In the act of 27 July 2002 on the particular terms of the consumer sale and the amendment of Civil Code (O.J. of 2002, No 141, item 1176; of 2004, No 96, item 959 and of 2009, No 115, item 960) article 11 takes the following wording:

“Article 11. The rights provided for in the present act cannot be excluded nor limited by way of contract concluded before the seller is notified of the nonconformity of consumer goods with the contract. In particular, this cannot be done by the buyer's declaration that he or she is aware of all of the nonconformities of the goods with the contract”.

Article 78. In the Act on the Insurance Industry of 22 May 2003 (O.J. of 2010, No 11, item 66, as amended) the following amendments are introduced:

In Article 129, paragraphs 3—5 are repealed;
Article 130 is repealed.

Article 79. In the Act on Compulsory Insurance, the Insurance Guarantee Fund and the Polish Motor Insurer's Bureau of 22 May 2003 (O.J. of 2003, No 124, item 1152, as amended), in its Article 3, paragraph 2 is repealed.

Chapter 18 Ending provisions

Article 80. The Private International Law of 12 November 1965 (O.J. of 1965, No 46, item 290 as amended) is repealed, with the exception of provisions relating to maintenance obli-

aux obligations alimentaires qui dans ces limites restent en vigueur jusqu'au 17 juin 2011.

Art. 81 La présente loi entre en vigueur 30 jours après sa publication*, à l'exclusion de l'article 63 qui entre en vigueur le 18 juin 2011.

gations, which remain in force until 17 June 2011.

Article 81. The act enters into force 30 days after its publication**, with the exception of Article 63, which enters into force on 18 June 2011.

* La loi a été publiée au Journal Officiel le 15 avril 2011 (JO du 2011 N° 80, position 432) et est entrée en vigueur le 16 mai 2011.

** The Act was published on 15 April 2011 (Journal of Laws 2011, No. 80, item 432), and came into force on 16 May 2011.

Jadwiga Pazdan

Forma testamentu według konwencji haskiej z 1961 roku Uwagi na tle postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2009 roku (III CSK 338/08)

Abstract: The Hague Convention of 1961 indicates the law applicable for the form of testament in the situation when the testament was made in 1966 and the heir died in 1980 even though it happened before the Convention came into force in Poland (the Convention came into force in Poland on 2nd of November 1969). The abovementioned opinion was expressed by the Supreme Court in judgement of 15th of May 2009. The Supreme Court rightly rejected the statement of the participant in legal proceeding which appealed for cassation. The participant stated that the testament that was made in UK and concerned the property which was placed in Poland it can not be valid because it do not fulfil the polish legal requirements (article 948 of polish civil code). The participant stated that the justification for the statement is provided in article 1 of the Hague Convention. In the participant's opinion the competence of the polish law provided in the article is exclusive. The statement is not right. The possibility provided in article 1 point e of the Hague Convention to fulfil the requirements concerning the form of the testament when the inheritance includes the property is additional. Also in that situation it is sufficient to fulfil the requirements of one of the legal system defined in article 1 point a, b, c, d.

The phrase testamentary disposition that determines the scope of the application of the Convention includes also codicil.

Keywords: the Hague Convention of 1961, the form of the testament, codicil

Pełna rekonstrukcja stanu faktycznego, którego dotyczy omawiane postanowienie Sądu Najwyższego, nie jest możliwa z powodu szczupłości informacji podanych w uzasadnieniu. Wiadomo tylko, że chodziło o stwierdzenie nabycia przez A.S. spadku po J.R. na podstawie testamentu sporządzonego w Wielkiej Brytanii 2 lutego 1966 r., zgodnie z wyma-

ganiami co do formy przewidzianymi dla testamentu przez prawo miejsca sporządzenia. Przy sporządzeniu testamentu nie dopełniono jednak wymagań wynikających z art. 948 polskiego k.c. Testatorka zmarła 19 sierpnia 1980 r.

W skardze kasacyjnej wniesionej przez uczestnika postępowania J.O. zarzucono naruszenie art. 1, 6 i 8 konwencji haskiej, dotyczącej kolizji praw w przedmiocie formy rozrządzeń testamentowych sporządzonej w Hadze 5.10.1961 r. (Dz.U. nr 34, poz. 284) oraz art. 948 i 961 k.c., nadto art. 233 k.p.c. Skarżący podniósł, że prawo właściwe dla formy rozrządzenia testamentowego dotyczącego nieruchomości wyznacza w sposób wyłączny art. 1 pkt e konwencji. Na tej podstawie — jego zdaniem — prawem wyłącznie właściwym dla formy testamentu w rozpatrywanym przypadku było prawo polskie, a więc między innymi art. 948 k.c. Wymagania wynikające z tego przepisu — co jest faktem bezspornym — nie zostały dopełnione.

Skarżący wyraził też pogląd, że „testament” sporządzony przez spadkobierczynię powinien być kwalifikowany nie jako testament, ale jako zapis (w domyśle: kodycył).

Na tle przedstawionego stanu faktycznego nie ulega wątpliwości, że forma testamentu sporządzonego w 1966 r., w sytuacji gdy testatorka zmarła w 1980 r., podlegała prawu wskazanemu przez konwencję haską z 1961 r. W myśl bowiem jej art. 8, „konwencję stosuje się do wszystkich wypadków, w których spadkodawca zmarł po jej wejściu w życie”. Konwencja w stosunku do Polski weszła w życie 2 listopada 1969 r. W chwili śmierci spadkodawczyni konwencja haska już w Polsce obowiązywała.

Do takiego też wniosku doszedł Sąd Najwyższy w uzasadnieniu omawianego postanowienia. Trafna, choć niepełna, jest też interpretacja art. 1 konwencji haskiej, prowadząca zasadniczo do wniosku, że w przepisie tym w zakresie formy testamentu przewidziano alternatywną właściwość kilku systemów prawnych¹. Przepis art. 1 pkt e konwencji, w sytuacji gdy testament dotyczy nieruchomości, dopuszcza dodatkowo możliwość dopełnienia przy sporządzeniu testamentu — w zakresie, w jakim dotyczy on nieruchomości — wymagań przewidzianych przez prawo miejsca położenia nieruchomości. Nie wyłącza to jednakże, również w sytuacji gdy do spadku wchodzi nieruchomość, możliwości dopełnienia wymagań przewidzianych przez prawo wskazane przez normy

¹ Por. A. Maczyński: *Wskazanie kilku praw przez normę kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Red. A. Maczyński, M. Pazdan, A. Szpunar. Kraków 1994, s. 236—237.

z art. 1 pkt a, b, c, d konwencji². Na tym polega istota alternatywnej właściwości, której przepis ten hołduje.

W pełni wystarczające było więc w rozpatrywanym przypadku dopełnienie wymagań przewidzianych przez prawo miejsca sporządzenia testamentu (art. 1 pkt a konwencji). Ta część uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego zasługuje na pozytywną ocenę.

Kolizyjnoprawnego tła zabrakło natomiast dalszym wywodom uzasadnienia. Brak jest bowiem określenia prawa właściwego do oceny treści i wykładni testamentu oraz wskazania kolizyjnoprawnej podstawy zastosowania art. 961 polskiego k.c. Nie są to kwestie podlegające prawu właściwemu dla formy testamentu (statutowi formy), lecz innemu prawu (innemu statutowi). Brać można pod uwagę bądź statut testamentowy, wyznaczony w okresie orzekania (we wszystkich instancjach) przez art. 35 ustawy z 1965 r. o prawie prywatnym międzynarodowym³, bądź statut spadkowy wyznaczony przez art. 34 tej ustawy.

Norma z art. 35 ustawy z 1965 r. dotyczyła ważności⁴ testamentu lub innych czynności prawnych na wypadek śmierci. Statut testamentowy obejmował więc ogół przesłanek ważności czynności prawnej *mortis causa*. W jego zakresie mieściła się kwestia dopuszczalności dokonania czynności prawnej na wypadek śmierci, określonego rodzaju wymagania dotyczące zdolności do dokonania danej czynności prawnej *mortis causa*, doniosłość wad oświadczeń woli, reguły wykładni oświadczeń woli wchodzących w skład takich czynności prawnych oraz wymagania dotyczące ich treści⁵.

Natomiast skutki w zakresie prawa spadkowego czynności prawnych *mortis causa* podlegały ogólnemu statutowi spadkowemu wskazanemu przez art. 34 ustawy z 1965 r.

Warto dodać, że odgraniczenie ogólnego statutu spadkowego (art. 64) od statutu testamentowego (art. 65) przebiega podobnie także na tle nowej Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 2011 r.⁶.

² Por. A. Mączyński (*Dziedziczenie testamentowe w prawie prywatnym międzynarodowym. Ustawowe i konwencyjne unormowanie problematyki formy*. Warszawa—Kraków 1976, s. 115), którego zdaniem, „oczywiście państwa-strony konwencji muszą uznać ważność testamentu sporządzonego zgodnie z którymkolwiek prawem merytorycznym właściwym według art. 1 al. 1 lit. a—d, bez względu na to, czy dotyczy on nieruchomości i to nawet położonych na ich własnym terytorium”.

³ Dz.U. nr 46, poz. 209 ze zm.

⁴ Jak zaznacza A. Mączyński (*Dziedziczenie testamentowe...*, s. 17), „trudności kwalifikacyjne związane z ustaleniem zakresu pojęcia »ważność« nie są zbyt wielkie”.

⁵ Por. M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 13. Warszawa 2010, s. 301—302.

⁶ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. (Dz.U. nr 80, poz. 432) weszła w życie 16 maja 2011 r.

W nawiązaniu do zarzutu skarżącego, że zakwestionowany testament powinien być kwalifikowany jako zapis, należy zauważyć, że ocena, jaki charakter ma dokonana przez spadkodawczynię czynność prawna *mortis causa*, należy do statutu testamentowego. Jeżeli miałyby nim być prawo polskie (czego nie wiemy), przytoczony zarzut nie miałby żadnego znaczenia. Statut testamentowy (na tle ustawy z 1965 r. oraz ustawy z 2011 r.) obejmuje zarówno rozrządzenia przewidujące ustanowienie spadkobiercy, jak i rozrządzenia przewidujące ustanowienie zapisu (tak zapisu zwykłego, jak i windykacyjnego). Na tle polskiego prawa spadkowego zawartość testamentu może być ograniczona jedynie do zapisu (lub innego rozrządzenia spadkowego).

Podstawę kolizyjnoprawną stosowania art. 961 k.c. stanowi — jak sądzę — statut testamentowy. Chodzi tu bowiem o regułę interpretacyjną treści testamentu. Przepis art. 961 k.c. w rozpatrywanej sprawie mógłby być stosowany tylko wtedy, gdy statuten testamentowym byłoby prawo polskie. Kwestia ta nie została jednak w uzasadnieniu omawianego postanowienia wyjaśniona.

Zakresem konwencji haskiej z 1961 r. zostały objęte „rozrządzenia testamentowe”. Zwrot ten należy rozumieć szeroko⁷. Za takim nastawieniem interpretacyjnym przemawia art. 12 konwencji, który zezwala na zgłoszenie przez każde państwo będące stroną konwencji zastrzeżenia wyłączającego stosowanie konwencji do postanowień testamentowych niemających charakteru spadkowego. Bez wątplenia więc konwencja obejmuje rozrządzenia, w których spadkodawca ustanawia jedynie zapis (kodycyl)⁸, choćby statut spadkowy odróżniał kodycyle od testamentów. Także kodycyl jest rozrządzeniem testamentowym w rozumieniu konwencji haskiej z 1961 r.

⁷ Por. M. Pazdan: *Prawo...*, s. 300.

⁸ Por. A. Mączyński: *Dziedziczenie testamentowe...*, s. 55.

Jan Ciszewski

Współpraca między sądami państw członkowskich przy przeprowadzaniu dowodów w sprawach cywilnych lub handlowych Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 lutego 2011 r. (C-283/09*)

Abstract: Commentary refers to the judgment of the Court of Justice EU relating to the interpretation of Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters.

This paper especially aims at interpretation Art 14 and Art 18 Regulation concern reimbursement of taxes and costs for the execution of the request performance of the taking of evidence.

The need to discuss these problems results from the fact that the most often kind of requests concern the examination of witnesses. The aim of the Regulation No 1206/2001 is to make the taking evidence in a cross — border context: simple, effective and rapid.

Keywords: Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters; Examination of a witness by the requested court upon application by the requesting court; Payment of witness expenses

Głosowany wyrok Trybunału Sprawiedliwości dotyczy wykładni art. 14 i 18 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1206/2001 z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie współpracy między sądami państw członkowskich przy przeprowadzaniu dowodów w sprawach cywilnych lub handlowych¹.

* Dz.Urz. UE 2011 C 103, s. 5.

¹ Dz.Urz. WE 2001 L 174, s. 1; sprostowany tekst w języku polskim. Dz.Urz UE 2009 L 351, s. 6 [dalej: rozporządzenie nr 1206/2001 lub rozporządzenie].

Wyrok ten zasługuje na uwagę chociażby z tego powodu, że jest pierwszym wyrokiem Trybunału dotyczącym wykładni tego rozporządzenia². Okoliczność, że poczynając od dnia 1 stycznia 2004 r. doszło do wydania tylko jednego wyroku na tle rozporządzenia³ świadczy o tym, że jego stosowanie nie wywołuje poważnych problemów interpretacyjnych. Tezę tę potwierdza sprawozdanie ze stosowania rozporządzenia, sporządzone na podstawie jego art. 23⁴, które w konkluzji zawiera ocenę, że nie zachodzi konieczność jego zmiany.

Zainteresowanie omawianym wyrokiem wynika ponadto z tego, że z pytaniem prejudycjalnym wystąpił sąd polski. W ramach prowadzonego postępowania Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie wystąpił na podstawie rozporządzenia do sądu irlandzkiego o przesłuchanie świadka. Sąd ten uzależnił jednak przeprowadzenie dowodu od uprzedniego wpłacenia przez sąd wzywający zaliczki na poczet zwrotu kosztów świadkowi. Z żądaniem tym nie zgodził się sąd wzywający, który wystąpił do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Zadane pytanie dotyczyło oceny, czy sąd wezwany ma prawo żądać od sądu wzywającego zaliczki na poczet należności świadka lub zwrotu należności wypłaconych świadkowi przesłuchiwanemu na podstawie rozporządzenia nr 1206/2001, czy też powinien pokryć je z własnych środków finansowych⁵.

Rozszerzenie pytania o kwestię istnienia podstaw do żądania zwrotu należności wypłaconych świadkowi wiązało się z tym, że sąd polski dokonał w kwietniu 2009 r. wpłaty zaliczki w żądanej wysokości, co doprowadziło do przesłuchania świadka, a w lipcu 2009 r. wystąpił z pytaniem prejudycjalnym⁶.

² Wzmianka dotycząca rozporządzenia nr 1206/2001 została wcześniej zawarta w pkt. 23 wyroku Trybunału z dnia 28 kwietnia 2005 r. w sprawie C-104/03 (St. Paul Dairy Industries NV- Unibel Exser BVBA).

³ Nie został dotychczas rozpoznany wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie C-175/06 (A. Tedesco — Tomasoni Fittings Srl), dotyczący rozstrzygnięcia, czy wniosek o zastosowanie środków zabezpieczenia dowodów przewidziany w prawie włoskim należy uznać za „przeprowadzenie dowodu”; por. opinię rzecznika generalnego w tej sprawie z dnia 18 lipca 2007 r. Ponadto w dniu 7 kwietnia 2011 r. sąd holenderski wystąpił z pytaniem, czy w świetle rozporządzenia sąd, który zamierza przesłuchać świadka zamieszkałego w innym państwie członkowskim, może wezwać go do stawienia się przed tym sądem (sprawa C-170/11).

⁴ Sprawozdanie Komisji dla Rady, Parlamentu Europejskiego i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego na temat stosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 1206/2001; COM/2007/0769 końcowy; 52007 DC0769.

⁵ Dz.Urz. UE C 2009 244, s. 2.

⁶ Oceniając w tym kontekście kwestię dopuszczalności wniosku prejudycjalnego, a w szczególności, czy jego rozstrzygnięcie jest „niezbędne do wydania wyroku” (art. 267 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), Trybunał uznał za uzasadnioną

Treść glosowanego wyroku potwierdza zasadność wystąpienia z wnioskiem prejudycjalnym, Trybunał bowiem orzekł, że art. 14 i art. 18 rozporządzenia nr 1206/2001 należy interpretować w ten sposób, że sąd wzywający nie ma obowiązku wpłaty na rzecz sądu wezwanego zaliczki na poczet należności świadka ani następczego dokonania zwrotu należności przesłuchanego świadka.

Rozstrzygnięcie Trybunału uznać należy za zgodne z rozporządzeniem. Uwagi poniższe mają na celu odniesienie się do argumentacji Trybunału. Przybliżenie omawianej problematyki jest uzasadnione także z uwagi na jej odmienne unormowanie w art. 1135 § 2 pkt 3 i art. 1135¹ § 3 k.p.c., które mają zastosowanie w przypadkach przeprowadzania dowodów przez sądy polskie na wniosek sądów i innych organów państw obcych niebędących państwami członkowskimi w rozumieniu rozporządzenia nr 1206/2001⁷.

Na podstawie art. 10 ust. 2 rozporządzenia sąd wezwany wykonuje wniosek zgodnie z własnym prawem⁸. Zasada wyrażona w tym przepisie, mającym charakter ogólny, oznacza, że w przypadku przeprowadzania dowodu przez sąd wezwany stosuje się prawo państwa wezwanego⁹. Prawo to zostało wskazane także w odniesieniu do oceny wielu szczegółowych zagadnień unormowanych w rozporządzeniu¹⁰.

Wyjątek od zasady stosowania prawa państwa wezwanego przewidziany jest w art. 10 ust. 3 zd. 1, zgodnie z którym sąd wzywający może

rozszerzając wykładnię tego sformułowania, podkreślając konieczność wyjaśnienia kwestii utrudniających współpracę, co przyczyni się do uproszczenia i przyspieszenia postępowań sądowych (pkt. 40—42 wyroku). W wyroku dokonana została również ocena właściwości Trybunału, gdyż wniosek sądu polskiego o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do Trybunału, gdy obowiązywał jeszcze Traktat o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej, którego art. 68 ust. 1 przewidywał, że pytania prejudycjalne mogły zadawać jedynie sądy, których orzeczenia nie podlegały zaskarżeniu. Ograniczenie to nie występuje zaś w art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, obowiązującym od dnia 1 grudnia 2009 r. Odnosząc się do tej kwestii, Trybunał uznał, że od tej daty jest on właściwy do rozpoznania wniosku przedstawionego przez sąd, którego orzeczenia podlegają zaskarżeniu, nawet jeżeli wniosek został złożony przed tym dniem (pkt. 30—32 wyroku).

⁷ Państwem członkowskim nie jest Dania (art. 1 ust. 3).

⁸ Tak również pkt 12 motywów rozporządzenia.

⁹ Podobnie art. 7 ust. 1 (*in princ*) Rozporządzenia nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczącego doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych oraz uchylającego Rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000 (Dz.Urz. UE L 2007 324, s. 79).

¹⁰ Por. np.: art. 10 ust. 3 zd. 2, art. 10 ust. 4 zd. 2, art. 10 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 3, art. 11 ust. 5, art. 10 ust. 2 w zw. z art. 12 ust. 4, art. 13, art. 14 ust. 1 lit. a, art. 14 ust. 2 lit. b, a w odniesieniu do bezpośredniego przeprowadzenia dowodu przez sąd wzywający — art. 17 ust. 5 lit. c.

zwrócić się o wykonanie wniosku zgodnie ze szczególną formą przewidzianą przez prawo państwa wzywającego¹¹. Prawo tego państwa stosuje się ponadto, gdy przewiduje to wyraźnie rozporządzenie¹².

W ocenie wezwanego sądu irlandzkiego i organu centralnego Irlandii, art. 10 ust. 2 rozporządzenia wskazujący na prawo państwa wezwanego, tj. prawo Irlandii, ma zastosowanie w odniesieniu do kwestii dopuszczalności żądania zwrotu należności świadków związanych z ich stawieniem¹³. Według przepisu prawa tego państwa, świadek ma obowiązek stawienia się w sądzie, jeżeli uprzednio otrzymał wyrównanie kosztów stawienia¹⁴. W ocenie polskiego sądu wzywającego przepis ten nie ma jednak zastosowania w sprawie, z uwagi na pierwszeństwo prawa europejskiego¹⁵.

Mimo że zarówno sąd wzywający, jak i sąd wezwany powoływały się na argumentację opartą na art. 10 ust. 2, Trybunał pominął ten przepis przy dokonywaniu oceny prawnej przedstawionego zagadnienia.

W mojej ocenie zachodziła podstawa do jednoznacznego wyrażenia poglądu, że art. 10 ust. 2 rozporządzenia nie ma zastosowania do zwrotu opłat lub kosztów (art. 18 ust. 2 zd 1), a także do wpłacenia kaucji lub zaliczki na pokrycie kosztów (art. 18 ust. 3 zd. 1). Celem tych przepisów było bowiem ujednolicenie rozwiązań w zakresie kosztów przeprowadzania dowodów, co uzasadnia twierdzenie, że stanowią one pełne unormowanie tych zagadnień. Prawo wskazane przez art. 10 ust. 2 nie może więc wyłączać zasad wynikających z powołanych przepisów.

Jeżeli chodzi o prawo państwa wzywającego, to zostało ono określone jako mające zastosowanie w odniesieniu do tego, czy strony są zobowiązane do ostatecznego poniesienia wynagrodzeń i kosztów (art. 18 ust. 2 zd. 2) oraz wpłacenia kaucji lub zaliczki (art. 18 ust. 3 zd. 3).

Dopuszczalność zaś stosowania prawa państwa wezwanego odnosiłaby się jedynie do kwestii „organizacyjnych”, takich jak: ustalenie stawek wynagrodzenia biegłych i tłumaczy (art. 18 ust. 2), określenie organów państwa wezwanego właściwych do tymczasowego poniesienia kosztów, o których mowa w art. 18 ust. 2, oraz określenie organów państwa wezwanego właściwych do ponoszenia kosztów niepodlegających zwrotowi od państwa wzywającego (np. koszty stawienia świadków, stron, biegłych i tłumaczy).

¹¹ Podobnie w odniesieniu do doręczania dokumentów — art. 7 ust. 1 *in fine* rozporządzenia wymienionego w przyp. 1.

¹² Tak np.: art. 11 ust. 1, art. 12 ust. 1, art. 14 ust. 1 lit. b. W zakresie objętym unormowaniem sekcji 4 zob. art. 17 ust. 6; „sprostowany” tekst rozporządzenia (w języku polskim) pomija oznaczenie tego przepisu jako odrębnego ustępu.

¹³ Pkt 18 wyroku.

¹⁴ Pkt 19 wyroku.

¹⁵ Pkt 20 wyroku.

Znaczenie art. 18 ust. 3 zd. 1 rozporządzenia polega na tym, że dopuszcza on możliwość uzależnienia wykonania wniosku o przeprowadzenie dowodu od wpłacenia kaucji lub zaliczki. Sąd wezwany może bowiem przed wykonaniem wniosku zwrócić się do sądu wzywającego o odpowiednią kaucję lub zaliczkę. Dotyczy to jednak tylko sytuacji, gdy przedmiotem wniosku jest sporządzenie opinii biegłego.

Wyjątkowość tego przepisu podkreśla zd. 2 art. 18 ust. 3, zgodnie z którym we wszystkich innych wypadkach wykonanie wniosku nie może być uzależnione od kaucji lub zaliczki¹⁶. Wprawdzie Trybunał powołał się na art. 18 ust. 3, stwierdzając, że przepis ten nie przewiduje możliwości żądania zaliczki na poczet przesłuchania świadka¹⁷, lecz uczynił to ogólnikowo, nie eksponując zasady wyrażonej w art. 18 ust. 3 zd. 2.

Przepisem ściśle związanym z art. 18 ust. 3 jest art. 14 ust. 2 lit. d, który przewiduje możliwość odmowy wykonania wniosku, jeżeli kaucja lub zaliczka (o które zwrócono się zgodnie z art. 18 ust. 3) nie zostały złożone bądź wpłacone w ciągu 60 dni. Jeżeli więc sąd wezwany zażądał wpłacenia kaucji lub zaliczki na koszty opinii biegłego, a ta nie została zapłacona w terminie, to sąd wezwany może odmówić przeprowadzenia dowodu.

Z uwagi na wyczerpujący charakter wyliczenia podstaw odmowy wykonania wniosku, co wynika wprost z art. 14 ust. 2 *in princ*¹⁸, nie jest możliwa odmowa wykonania wniosku z innych przyczyn niewymienionych w tym przepisie¹⁹, z przyczyn dotyczących kosztów odmowy wykonania wniosku, możliwa jest tylko na podstawie art. 14 ust. 2 lit. d.

Z tych względów uzasadnione jest twierdzenie Trybunału²⁰, że sąd wezwany nie ma prawa do uzależnienia przesłuchania świadka od uprzedniej wpłaty zaliczki na poczet należności tego świadka. W konsekwencji sąd wzywający nie ma obowiązku wpłaty zaliczki²¹.

¹⁶ J. Hein, in: T. Rauscher: *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar*. München 2004, s. 979; S. Huber, in: M. Gebauer, T. Wiedmann: *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*. Stuttgart 2005, s. 1413.

¹⁷ Pkt 51 wyroku.

¹⁸ Zob. także pkt 11 motywów rozporządzenia.

¹⁹ Pkt 53 wyroku; podobnie pkt 45 opinii rzecznika generalnego, z tym jednak zastrzeżeniem, że ten fragment opinii został powołany w zniekształconym brzmieniu w pkt. 52 wyroku.

²⁰ Pkt 54 wyroku.

²¹ W odniesieniu do uwag dotyczących wyczerpującego wyliczenia podstaw odmowy wykonania wniosku wspomnieć należy, że brak jest pełnej zgodności poglądów w zakresie możliwości odmowy wykonania wniosku na podstawie klauzuli porządku publicznego. K. Weitz (*Współpraca państw członkowskich UE w zakresie przeprowadzania dowodów w sprawach cywilnych lub handlowych*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 2, s. 475, 476, z uwzględnieniem cytowanej literatury) jednoznacznie opowiada się za tym, że nie jest możliwa odmowa wykonania wniosku na podstawie tej klauzuli. Możliwość

W tej sytuacji pozostaje jedynie konieczność oceny, czy sąd wezwany może żądać od sądu wzywającego zwrotu należności świadka.

Zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 18 ust. 1, nie jest możliwe żądanie zwrotu opłat lub kosztów za wykonanie wniosku zgodnie z art. 10. Zasada bezpłatnego wykonania wniosku o przeprowadzenie dowodu powoduje, że po jego wykonaniu brak jest podstaw do żądania zwrotu opłat lub kosztów.

Zasada ta ma zastosowanie zarówno wtedy, gdy sąd wezwany stosuje prawo swego państwa (art. 10 ust. 2), jak również gdy wykonanie wniosku odbywa się w określonym zakresie na podstawie prawa państwa wzywającego (art. 10 ust. 3), a także gdy następuje użycie technologii komunikacyjnej (art. 10 ust. 4).

Przepis art. 18 ust. 1 rozporządzenia jest zgodny z art. 14 ust. 1 Konwencji o przeprowadzaniu dowodów za granicą w sprawach cywilnych lub handlowych, sporządzonej w Hadze dnia 18 marca 1970 r.²².

Istota zagadnienia rozstrzyganego przez Trybunał dotyczyła tego, czy należności świadka są objęte unormowaniem art. 18 ust. 1 rozporządzenia. Zdaniem sądu wezwanego i organu centralnego Irlandii, zakaz pobierania opłat oparty na tym przepisie nie dotyczy należności świadków. Zgodnie bowiem z prawem Irlandii, koszty stawienia świadków ponoszą strony, a zatem koszty te nie są kosztami sądowymi²³.

Treść art. 18 ust. 1 rozporządzenia uzasadnia pogląd, że przepis ten obejmuje wszystkie opłaty i koszty, jakie mogą powstać przy wykonywaniu wniosku o przeprowadzenie dowodu. Obejmuje on wszystkie kwoty, jakie miałyby przypaść sądowi wezwanemu w związku z jego czynnościami, jak również kwoty, które miałyby przypaść innym podmiotom uczestniczącym w przeprowadzeniu dowodu. Do tych innych podmiotów należy zaliczyć np.: strony, świadków, biegłych, a także jednostki państwa wezwanego, mające przedstawić określone dokumenty lub informacje z nimi związane, które są objęte wnioskiem o przeprowadzenie dowodu.

Za wnioskiem tym przemawia konieczność stosowania do pojęć występujących w rozporządzeniu wykładni autonomicznej, tj. takiej, która jest niezależna od znaczenia tych pojęć w prawie wewnętrznym państw członkowskich²⁴. Argument ten został przywołany także w glosowanym

taką dopuszcza natomiast np. S. Huber, in: M. Gebauer, T. Wiedmann: *Zivilrecht...* (przyp. 16), s. 1401. Zob. także J. Ciszewski: *Przeprowadzanie dowodów w sprawach cywilnych i handlowych w państwach UE*. Warszawa 2005, s. 155.

²² Dz.U. 2000, nr 50, poz. 582 i 583; sprost.: Dz.U. 2000, nr 115, poz. 1215 [dalej: Konwencja haska z 1970 r.].

²³ Pkt 57 wyroku.

²⁴ Spośród wielu zob. K. Weitz: *Europejskie prawo procesowe cywilne*. W: *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*. Red. A. Wróbel. Kraków 2005, s. 483.

wyroku²⁵, który ponadto trafnie wskazuje na to, że gdyby art. 18 ust. 1 nie obejmował kwot należnych osobom trzecim, w tym świadkom, to brak byłoby podstaw do objęcia art. 18 ust. 2 wynagrodzeń biegłych.

Dodać należy, że okoliczność, że w art. 18 ust. 2 i 3 nie wymieniono należności świadków, co zdaniem sądu irlandzkiego miałyby przemawiać za stosowaniem art. 10 ust. 2, oznacza jedynie to, iż należności te są objęte art. 18 ust. 1.

W konsekwencji stwierdzić należy, że przyjęta w art. 18 ust. 1 zasada braku zwrotu opłat i kosztów za przeprowadzenie dowodu przez sąd wezwany oznacza, że sąd państwa członkowskiego nie jest obciążony kosztami i opłatami za wykonanie jego wniosku przez sąd innego państwa członkowskiego; na zasadzie równowagi sąd ten poniesie natomiast koszty i opłaty za wykonanie wniosków innego państwa członkowskiego²⁶.

Wyjątki od zasady przewidzianej w art. 18 ust. 1 są zawarte w art. 18 ust. 2. Pokrywają się zasadniczo z wyjątkami przewidzianymi w art. 14 ust. 2 konwencji haskiej z 1970 r.

Z art. 18 ust. 2 wynika, że sąd wezwany jest uprawniony, po wykonaniu wniosku, do żądania zwrotu wynagrodzeń biegłych i tłumaczy, a także kosztów powstałych wskutek zastosowania art. 10 ust. 3 i 4. Z uwagi na to, że przepis ten nie wymienia należności świadków nie jest możliwe żądanie ich zwrotu²⁷. Odmienny pogląd prowadziłby bowiem do nieuzasadnionego rozszerzenia wyjątków od zasady przewidzianej w art. 18 ust. 1.

Na koniec zwrócić należy uwagę na pewną różnicę między treścią pytania prejudycjalnego a rozstrzygnięciem Trybunału. Otóż pytanie prejudycjalne zadane przez sąd wzywający odnosiło się do kwestii, czy sąd wezwany ma prawo żądać od sądu wzywającego zaliczki na poczet należności świadka lub zwrotu należności jemu wypłaconych. Pytanie nawiązywało więc do konstrukcji art. 18 ust. 1 i 3. Rozstrzygnięcie Trybunału zostało natomiast ujęte z pozycji sądu wzywającego przez stwierdzenie, że sąd ten nie ma obowiązku wpłaty zaliczki ani zwrotu należności.

²⁵ Pkt 58 wyroku.

²⁶ Pkt 57 opinii rzecznika generalnego; por. także: S. Huber, in: M. Gebauer, T. Wiedmann: *Zivilrecht...* (przyp. 16), s. 1412.

²⁷ Pkt. 63 i 64 wyroku.

Noty o Autorach

Prof. dr hab. Maksymilian Pazdan, Uniwersytet Śląski.

Dr Jacek Wierciński, Uniwersytet Warszawski.

Dr Arkadiusz Wowerka, Uniwersytet Gdański.

Mgr Piotr Rodziewicz, Uniwersytet Wrocławski.

Mgr Paulina Twardoch, Uniwersytet Śląski.

Dr Maciej Zachariasiewicz, Akademia Leona Koźmińskiego.

Prof. dr hab. Jadwiga Pazdan, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego.

Dr Jan Ciszewski, Ministerstwo Sprawiedliwości.

Redaktor: Barbara Todos-Burny

Projektant okładki: Grzegorz Nowak

Redaktor techniczny: Małgorzata Pleśniar

Korektor: Magdalena Bialek

Skład i łamanie: Alicja Załęcka

Copyright © 2011 by
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
Wszelkie prawa zastrzeżone

ISSN 0208-6336

ISSN 1896-7604

Wydawca
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice
www.wydawnictwo.us.edu.pl
e-mail: wydawus@us.edu.pl

Wydanie I. Nakład: 150 + 50 egz. + 25 nadb. Ark. druk. 9,5. Ark. wyd.
10,0. Papier offset. kl. III, 90 g Cena 12 zł (+VAT)

Druk i oprawa: PPHU TOTEM s.c.
M. Rejnowski, J. Zamiara
ul. Jacewska 89, 88-100 Inowrocław

**Cena 12 zł
(+ VAT)**

**ISSN 0208-6336
ISSN 1896-7604**