

8. „MIGRACYJNY” WYMIAR SWOBODY PRZEDSIĘBIORCZOŚCI DLA SPÓŁEK

Magdalena Dąbrowska

Uniwersytet Warszawski

Wstęp

Wymiar „migracyjny” swobody przedsiębiorczości dla spółki oznacza możliwość tak transgranicznej jej restrukturyzacji, jak i przeniesienia siedziby, a także zakładanie oddziałów lub spółki zależnej w innym państwie członkowskim. Na tym tle, w braku pełnej harmonizacji przepisów, wciąż pozostaje wiele wątpliwości wynikających głównie z różnic pomiędzy systemami prawnymi państw członkowskich, które mogą stanowić dla spółek utrudnienie w realizacji przyznanych im traktatowo praw. Dla potwierdzenia można wskazać opinie akcentujące konieczność przyjęcia regulacji dotyczących możliwości transgranicznego przeniesienia siedziby spółki.²¹⁰ Ustawodawca unijny również dostrzega potrzebę dalszej integracji na poziomie rozwiązań prawnych odnoszących się do spółek.²¹¹ Rynek wewnętrzny, działający w oparciu o mechanizm wzajemnego zaufania oraz równoważności systemów regulacyjnych²¹², dokonuje się etapami. Z uwagi na zmieniające się okoliczności, w tym koniunkturę gospodarczą, uwarunkowania polityczne i wyzwania społeczne, tworzenie rynku wewnętrznego jest procesem ciągłym, pozostającym wciąż w fazie realizacji.

Celem artykułu jest omówienie problematyki uprawnień przyznanych spółkom w ramach swobody przedsiębiorczości, na mocy przepisów traktatowych (art. 49 i art.

²¹⁰ Przykładowo: O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki kapitałowej — potrzeba działania unijnego i polskiego prawodawcy*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2015, nr 3, s.73-106;

M. Banaszekiewicz, *Transgraniczne przekształcenie spółki a potrzeba przyjęcia Czwartej Dyrektywy – uwagi na tle orzecznictwa TSUE*, *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ* 2016, nr 8, s. 7–24; artykuł również dostępny elektronicznie pod adresem:

http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/documents/4137545/135212838/1_Banaszkiewicz_8_2016.pdf/b97f140e-72ea-477f-9f4c-f5894c4daa7b (21.09.2017). J. Napierała, *Przeniesienie siedziby polskiej spółki kapitałowej za granicę jako przyczyna jej rozwiązania w świetle Kodeksu spółek handlowych i swobody przedsiębiorczości*, *RPEiS* 2016, nr 2, s. 59; *tenże*, *Uwagi na temat kształtu planowanej dyrektywy w sprawie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki*, *RPEiS* 2014, nr 4, s. 105-121.

²¹¹ Vide: kwestionariusz KE w sprawie modernizacji europejskiego prawa spółek: przepisów dotyczących rozwiązań cyfrowych i efektywnej transgranicznej działalności spółek (*ang. EU Company law upgraded Package: making the best of digital solutions, providing efficient rules for cross-border operations of companies*); dokument dostępny elektronicznie pod adresem: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-2377472_en#initiative-details (11.10.2017).

²¹² K. Tomaszewski, *Rynek wewnętrzny Unii Europejskiej – szansą i wyzwaniem dla obywateli*, „*Studia Europejskie*” 2003, nr 2, s. 107.

56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej²¹³ [dalej: TFUE]). Omówione zostają formy realizacji pierwotnej i wtórnej swobody przedsiębiorczości, w świetle dotychczasowego dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak i wypowiedzi przedstawicieli doktryny. Poza zakresem pogłębionej analizy pozostawiono jednak szczegółowe zagadnienia natury kolizyjnoprawnej²¹⁴, które związane są z transgranicznym aspektem działalności spółek na rynku wewnętrznym.

8.1. Uwagi wprowadzające. Wspólny rynek i jego swobody

Wspólny rynek uznaje się za największe osiągnięcie integracji europejskiej. Oznacza on „stworzenie lepszych warunków dla (...) funkcjonowania mechanizmów wolnej konkurencji”²¹⁵. Wspólny rynek powstał na mocy Jednolitego Aktu Europejskiego (JAE)²¹⁶, dzięki zniesieniu granic wewnętrznych i przyjęciu, jako jego prawnych filarów, czterech podstawowych swobód: przepływu kapitału, usług, towarów i osób. Obecnie swobody te wymienia art. 26 TFUE, który za ich pomocą definiuje rynek wewnętrzny²¹⁷, podkreślając przy tym znaczenie integracji

²¹³ Zob.: wersja Traktatu opublikowana w Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47; wersja skonsolidowana opublikowana w Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 47, dostępna również pod adresem: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC> (11.10.2017 r.).

²¹⁴ Kwestie te zostały pokrótce omówione w pkt. IV. Więcej o kolizyjnoprawnym charakterze swobody przedsiębiorczości zob. np.: A. Wowerka, *Traktatowa swoboda przedsiębiorczości a autonomiczne międzynarodowe prawo spółek*, PWPMEiP 2011, nr 1, s. 7-34.

²¹⁵ K. Tomaszewski, *Rynek wewnętrzny (...)*, op. cit., s. 108.

²¹⁶ Dz. Urz. EWG L 169 z 29.6.1987 r.; Jednolity Akt Europejski wszedł w życie w dniu 1 lipca 1987 r. Miał stanowić odpowiedź na skutki kryzysu z lat 70-tych oraz spowolnienie integracji w ramach Wspólnot Europejskich; reformował traktaty założycielskie, a główne zmiany, które wprowadził dotyczyły m.in.: zwiększenia roli Parlamentu Europejskiego, powołania Sądu Pierwszej Instancji, wprowadzenia czterech swobód jednolitego rynku czy też ogólne przyjęcie zasady wzajemnego uznawania w oparciu o stanowisko wypracowane w orzeczeniu Trybunału w sprawie C-120/78 *Cassis de Dijon*. JAE wzywał do spójności gospodarczej, jak również wyznaczał termin zakończenia budowy rynku wewnętrznego na dzień 31 grudnia 1992 r. JAE poprzedzony był analizą sytuacji oraz opracowaniem nowej koncepcji integracji, której programowe ramy Komisja Europejska określiła w *Białej Księdze w sprawie osiągnięcia rynku wewnętrznego* (*Completing the Internal Market*, COM (1985) 310); dostępna pod adresem: <http://aei.pitt.edu/1113/> (11.10.2017 r.). Więcej na temat JAE i etapów budowy rynku wewnętrznego zob. np.: Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego: „*Ku obywatelskiej i humanistycznej perspektywie polityki rynku wewnętrznego*” (opinia z inicjatywy własnej) Dz. Urz. UE C 143 z 22.5.2012, s.17-22.

²¹⁷ Warto zwrócić uwagę na opinię sformułowaną przez prof. M. Romanowskiego, zgodnie z którą: „znamienny jest fakt, że Traktat z Lizbony odszedł od pojęcia „*common market*” (wspólny rynek) na rzecz pojęcia „*internal market*” (rynek wewnętrzny). Nie jest to zmiana o charakterze wyłącznie językowym. Jest to rozpoczęcie nowego etapu w „życiu” Unii Europejskiej przez podkreślenie jej integralności i jedności. Pojęcie „*common market*” zakłada dążenie do poszukiwania wspólnoty celów rynków autonomicznych w drodze zabiegu harmonizacji. Pojęcie „*internal market*” zakłada zjednoczenie (pełną unifikację) celów. Wiele celów połączonych pewnym kryterium wspólnym („*common market*”) ulega swoistemu przekształceniu w jeden cel („rynek wewnętrzny”), który odrzuca pojęcie rynków autonomicznych”. Tym samym, zdaniem Autora, także to świadczy o tym, że „wraz z wejściem w życie Traktatu z Lizbony podwaliny, cele i główne założenia istnienia organizacji, jaką jest UE, nie tylko nie

gospodarczej państw członkowskich.²¹⁸ Zgodnie z treścią ust. 2 tego przepisu, *rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniami Traktatów*. Dalej, przepis ten, w ust. 3, określa kompetencje Rady, która (stanowiąc na wniosek Komisji) została upoważniona do ustalania wytycznych oraz określania warunków, jakie są niezbędne dla zapewnienia zrównoważonego postępu we wszystkich odpowiednich dziedzinach gospodarek. Z przepisu tego wynika, że pojęcie rynku wewnętrznego obejmuje dwie składowe: po pierwsze, obszar bez granic, a po drugie – zapewnienie swobód traktatowych.²¹⁹ Pierwszą składową należy rozpatrywać w kontekście terytorium państw członkowskich. Wspomniane „zniesienie granic” na tym obszarze nie jest jednak pełne, skoro dotyczy urzeczywistnienia między państwami członkowskimi tylko określonych wolności gospodarczych (swobód).²²⁰ Stan, w którym na rynku wewnętrznym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału można natomiast odczytywać jako postulat, dążenie do uzyskania równowagi idealnej, która - z uwagi na wciąż zmieniające się okoliczności, dominujące trendy gospodarcze i uwarunkowania polityczno-społeczne - jest procesem ciągłym. Niemniej, budowa rynku wewnętrznego i jego utrzymanie jest zadaniem wspólnym, w tym znaczeniu, że wyznacza zobowiązania zarówno dla organów Unii, jak i dla państw członkowskich. Ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego jest jednym z kluczowych celów Unii, który został wyartykułowany w początkowych przepisach Traktatu o Unii Europejskiej (art. 3 ust. 3).²²¹ Rynek ten został wyodrębniony ze wspólnego rynku, utworzonego między państwami członkowskimi Wspólnot Europejskich²²², zaś swobody gospodarcze rynku wewnętrznego, tak w perspektywie historycznej, jak i obecnie pełnią znaczącą rolę dla zapewnienia sprawności jego działania. Ich podstawowa rola sprowadza się przy tym do eliminowania przeszkód w handlu wewnątrzunijnym, które mogą przybrać różną postać w tym np. bariery o charakterze fiskalnym (np. podatkowych), prawnych (wynikających ze zróżnicowania przepisów krajowych państw członkowskich, w tym określających niejednolite standardy prawne czy zakazy stanowiące ograniczenia w dostępie do rynku) czy też fizycznych (np. związanych z inspekcją celną lub kontrolą osób na granicy).²²³ Ze względu na ich rangę oraz odgrywane znaczenie

uległy zasadniczej zmianie, ale uległy wzmocnieniu”. Vide: M. Romanowski, *W sprawie przyszłości europejskiego prawa spółek*, SSTP 2011, nr 2, s. 5.

²¹⁸ D. Miąsik, [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz LEX*, t. I, Warszawa 2012, s. 504.

²¹⁹ Tamże, s. 508.

²²⁰ Tamże.

²²¹ Wersja Traktatu opublikowana w Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 13; wersja skonsolidowana opublikowana w Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 13 dostępna również pod adresem: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC> (11.10.2017 r.).

²²² T. Gadkowski, *Ograniczenia swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Studia Oeconomica Posnaniensia” 2015 nr 3, s. 80; autor zwraca uwagę, że pojęcie rynku wewnętrznego jest jednym uprawnionym pojęciem w kontekście postanowień Traktatu z Lizbony, a zwłaszcza postanowień tytułu I i IV w ramach cz. trzeciej TFUE.

²²³ Można odnotować, że *Biała Księga KE w sprawie osiągnięcia rynku wewnętrznego* (COM (1985) 310) wskazywała na bariery, które klasyfikowała jako mające charakter fizyczny, techniczny i podatkowy.

swobody rynku wewnętrznego (obok reguł konkurencji) „tworzą rdzeń (jądro) tego, co w literaturze określa się niekiedy mianem „konstytucji gospodarczej” Unii Europejskiej.²²⁴

Artykuł 26 TFUE jest przepisem definicyjnym, a zarazem ma on charakter ramowy; dookreślenie zakresu poszczególnych swobód, które składają się na pojęcie rynku wewnętrznego wymaga odwołania się do innych przepisów Traktatu.²²⁵ W przypadku **swobody przepływu towarów** podstawowe znaczenie mają przepisy tytułu II TFUE (art. 28–37). Treść tej swobody obejmuje zakaz stosowania ceł, przywozowych i wywozowych, między państwami członkowskimi oraz wszelkich opłat o skutku równoważnym, a także zakaz wprowadzania ograniczeń ilościowych lub innych tego typu środków w imporcie i eksporcie towarów między państwami członkowskimi, jak również zakaz dyskryminacji w zakresie opodatkowania towarów pochodzących z innych państw. Rolą tej regulacji jest zatem zapewnienie, w ramach unii celnej, swobodnej cyrkulacji towarów tj. możliwości ich przemieszczania bez przeszkód na obszarze UE. Z kolei **swoboda przepływu osób**²²⁶, traktowana obecnie jako jedna z fundamentalnych wolności przysługujących obywatelom UE²²⁷, ewoluowała wraz z postępowaniem integracji. Pierwotnie na jej treść składały się bowiem regulacje dotyczące swobodnego przepływu pracowników, w tym w ramach swobody przedsiębiorczości; dotyczyły przede wszystkim osób traktowanych jako pracownicy lub usługodawcy, a więc osób „rozwijających” rynek pracy i usług. Koncepcja obywatelstwa unijnego, która została zaimplementowana do porządku wspólnotowego Traktatem z Maastricht²²⁸, dała podstawę dla objęcia swobodą przemieszczania się i podróżowania w ramach Unii wszystkich jej obywateli. Swoboda ta obejmuje zatem możliwość „nieskrępowanego przekraczania granic pomiędzy państwami członkowskimi (...). Jest to przede wszystkim zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo niezależnie od miejsca pobytu osoby zainteresowanej, jak również możliwość korzystania z uprawnień gwarantowanych prawem unijnym w innym państwie członkowskim, niż kraj ojczysty”.²²⁹ **Swoboda przepływu usług**, uregulowana w art. 56-62 TFUE, charakteryzuje się zaś dużym zróżnicowaniem działalności nią objętych, jak również „pomocniczym czy raczej uzupełniającym

²²⁴ R. Hauser (red.), Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *Publiczne prawo gospodarcze, System Prawa Administracyjnego tom 8A.*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2013., s. 74.

²²⁵ D. Miąsik [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 507.

²²⁶ Jako prawne podstawy tej swobody wskazuje się na artykuł 3 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE), art. 21 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), tytuł IV i tytuł V TFUE, art. 45 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.

²²⁷ L. Mitrus [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz LEX*, t. I, Warszawa 2012, s. 766.

²²⁸ Traktat z Maastricht - Traktat o Unii Europejskiej (TUE) – umowa międzynarodowa parafowana 11 grudnia 1991 r., podpisana 7 lutego 1992 r. w Maastricht, w Holandii. TUE wszedł w życie 1.11.1993 r., po dopełnieniu procedur ratyfikacyjnych w państwach członkowskich ówczesnych Wspólnot. Traktatem tym została ustanowiona Unia Europejska, oparta na trzech filarach: dotychczasowych trzech Wspólnotach, wspólnej polityce zagranicznej i bezpieczeństwa oraz dziedzinie współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych.

²²⁹ L. Mitrus [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 766.

w stosunku do pozostałych swobód charakterem”.²³⁰ W literaturze akcentuje się przedmiotowy charakter tej swobody; dotyczy ona zasadniczo tych wszystkich usług, które nie są objęte swobodą przepływu towarów, kapitału i osób.²³¹ Jej istota sprowadza się do zapewnienia możliwości świadczenia usług obywatelom państw członkowskich, prowadzącym działalność w państwie innym niż to, w którym świadczona jest usługa.²³² Zauważa się również, że jej trzon stanowi mobilność usług, nie zaś równe, niedyskryminujące traktowanie obywateli własnego państwa i innych państw członkowskich²³³, choć ten ostatni aspekt jest z pewnością również istotny. Niemniej, „zakres przedmiotowy swobody obejmuje obowiązki państw członkowskich UE sprowadzające się do niepodejmowania (...) działań (...), które utrudniałyby usługodawcom pochodzącym z innych państw członkowskich czasowe prowadzenie działalności usługowej na ich terytorium”²³⁴. Natomiast **swoboda przepływu kapitału i płatności**, o której mowa w art. 63-66 TFUE, obejmuje zakaz wszelkich ograniczeń w przepływie kapitału oraz w przepływie płatności pomiędzy państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi²³⁵. Liberalizacja przepływu kapitału, a także płatności przebiegała etapami. Pierwsze działania w tym zakresie podejmowane przez Wspólnoty to lata 60-te i 70-te XX w., jeszcze przed wprowadzeniem koncepcji jednolitego rynku²³⁶. W braku traktatowej definicji zarówno pojęcia przepływu kapitału, jak i płatności, dla określenia ich istoty można posiłkować się wytycznymi Trybunału Sprawiedliwości UE. W sprawach połączonych *Luisi i Carbone v. Ministero del Tesoro* Trybunał wyjaśnił, że przepływ kapitału stanowi operację finansową, która ma na celu lokatę lub inwestycję kapitałową, nie zaś wynagrodzenie za usługę.²³⁷ W sprawach tych Trybunał dokonał także rozróżnienia pomiędzy przepływem kapitału a płatnościami uznając, że płatności bieżące obejmują transfer obcej waluty będący świadczeniem wzajemnym wynikającym z umowy będącej jego podstawą (...).²³⁸ Do płatności bieżących

²³⁰ E. Skrzydło-Tefelska [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz LEX*, t. I, Warszawa 2012, s. 944.

²³¹ W. Postulski [w:] Wróbel A. (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2005, s. 904.

²³² Tamże.

²³³ Tamże, s. 883.

²³⁴ E. Skrzydło-Tefelska [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 947.

²³⁵ M. Mataczyński [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz LEX*, t. I, Warszawa 2012, s. 976.

²³⁶ Zob.: pierwsza dyrektywa w sprawie wykonania art. 67 Traktatu (Dz. Urz. EWG 43 z 12.7.1960, s. 921) oraz dyrektywa Rady 72/156/EWG z dnia 21 marca 1972 r. w sprawie uregulowania napływu kapitału międzynarodowego i neutralizacji jego niepożądanych skutków na płynność wewnętrzną (Dz. Urz. L 91 z 18.4.1972, s. 13), a także późniejsza dyrektywa Rady 88/361/EWG z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 traktatu [artykuł uchylony przez traktat z Amsterdamu] (Dz. Urz. L 178, s. 5). Na mocy art. 1 ust. 1 tej ostatniej dyrektywy przepływy kapitału podlegały klasyfikacji zgodnie z nomenklaturą, zawartą w załączniku I do dyrektywy.

²³⁷ W. Postulski [w:] A. Wróbel (red.), *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich*, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2002, s. 385; zob. także: pkt 20-23 orzeczenia w sprawach C-286/82 i C-26/83, dostępne pod adresem: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:1984:35> (31.10.2017).

²³⁸ Tamże, s. 993.

Trybunał zaliczył przy tym m.in. przewożenie pieniędzy w związku z pobytem turystycznym, działalnością gospodarczą, naukową, podjęciem studiów lub leczenia za granicą.²³⁹ Swoboda przepływu kapitału, na tle pozostałych opisanych swobód, ma najszerszy zakres, skoro Traktat wyraźnie rozciąga jej działanie także na relacje pomiędzy państwami członkowskimi i państwami trzecimi. Wskazuje się przy tym, że przepływ kapitału obejmuje m.in. inwestycje bezpośrednie (a w tym np. utworzenie lub powiększenie oddziału przedsiębiorstwa należącego do osoby wnoszącej kapitał, udział w nowym lub istniejącym przedsiębiorstwie, jak również reinwestowanie zysków w celu ustanowienia lub utrzymania powiązań gospodarczych o trwałym charakterze²⁴⁰), w papiery wartościowe²⁴¹, kredyty, jak i pożyczki.²⁴² Przepływy kapitału obejmują również czynności, poprzez które nierezydenci dokonują inwestycji w nieruchomości na terytorium państwa członkowskiego.²⁴³ Swoboda ta ma niewątpliwie kapitalne znaczenie dla zapewnienia prawidłowości funkcjonowania trzech pozostałych swobód.²⁴⁴ Liberalizacja zasad w obrębie kapitału i płatności pozostaje bowiem w bezpośrednim związku z możliwością urzeczywistnienia przez podmioty uprawnione wolności przyznanych w ramach swobody przepływu osób, towarów, jak i usług.

Jak można zauważyć, opisane swobody rynkowe uzupełniają się i wzajemnie przenikają, niekiedy tak ściśle, że precyzyjne ich rozróżnienie bywa trudne. Także w tym aspekcie ocena ich wzajemnych relacji, na tle konkretnych stanów faktycznych, opiera się o judykaty Trybunału Sprawiedliwości. Przykładowo, w wyroku w sprawie *Gebhard*²⁴⁵ Trybunał wyjaśnił, że „swoboda przedsiębiorczości różni się od swobodnego przepływu usług przede wszystkim stałością wykonywania działalności ekonomicznej, (...) sposobem i okresem prowadzenia działalności gospodarczej oraz punktem ciężkości i terytorialnym zakresem (...)”.²⁴⁶ Okoliczność, że świadczenie usług ma charakter przejściowy, nie oznacza, że usługodawca, w rozumieniu Traktatu nie może korzystać z (...) infrastruktury w państwie członkowskim goszczącym w zakresie, w jakim jest to konieczne do świadczenia danych usług.²⁴⁷ Z kolei w sprawie *Fidium Finanz AG*²⁴⁸, w której Trybunał ocenił działalność polegającą na zawodowym udzielaniu kredytów, rozróżnienia wymagały zakresy zastosowania

²³⁹ M. Mataczyński [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 979.

²⁴⁰ Tamże, s. 987.

²⁴¹ Przykładowo: w sprawie C-35/98 *Verkooyen* Trybunał objął zakresem swobody przepływu kapitału również pobieranie przez akcjonariusza dywidendy uznając, iż jest to działanie, które ze swej istoty zakłada udział akcjonariusza w nowym lub istniejącym już przedsiębiorstwie (vide: pkt 21, 28-29 wyroku). Więcej: zob. też np.: M. Mataczyński [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 989.

²⁴² Tamże, s. 986.

²⁴³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 października 2010 r. w sprawie C-72/09 *Rimbaud SA* (patrz: pkt 17 wyroku).

²⁴⁴ Tamże, s. 976.

²⁴⁵ Zob.: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94; Trybunał orzekł podobnie w wyroku z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie C-2/74 *Reyners* (vide: pkt 21 wyroku).

²⁴⁶ Pkt 25-27 orzeczenia.

²⁴⁷ Pkt 25-27 orzeczenia.

²⁴⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 października 2006 r. w sprawie C-452/04 *Fidium Finanz AG przeciwko Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*.

swobody świadczenia usług oraz swobody przepływu kapitału. Na tle tej sprawy Trybunał wyraził pogląd, że w przypadku, gdy dany środek ogranicza zarówno swobodę przepływu kapitału, jak i inną jeszcze swobodę oraz, gdy jedna ze swobód ma drugorzędne znaczenie, wówczas analizowany środek powinien podlegać ocenie przede wszystkim z punktu widzenia tej swobody, z którą pozostaje on w najściślejszym związku²⁴⁹. Trybunał zajmował się również kwestią określenia kryteriów determinujących możliwość przyznania pierwszeństwa danej swobodzie. Na tle relacji pomiędzy swobodą przedsiębiorczości a swobodą przepływu kapitału, w sprawie *Baars*²⁵⁰, Trybunał stwierdził m.in., że kryterium przeważające na rzecz swobody przedsiębiorczości stanowi konkretny, znaczący, (zdecydowany) wpływ²⁵¹, jaki obywatel państwa członkowskiego, który posiada udział w kapitale spółki z siedzibą w innym państwie członkowskim, wywiera na decyzje spółki i, który pozwala mu na określenie jej działalności.²⁵² Niejednokrotnie również Trybunał podkreślał, że w celu ustalenia czy dany przepis krajowy należy do zakresu swobody przedsiębiorczości, czy też do swobody przepływu kapitału, należy uwzględnić cel tego przepisu.²⁵³

8.2. Istota swobody przedsiębiorczości

Dla rozwoju koncepcji rynku wewnętrznego, a przede wszystkim do wcielenia jej w życie niezbędne jest, aby przedsiębiorstwa miały możliwość „prowadzenia działalności i formowania się tak, jak na rynku wewnętrznym”.²⁵⁴ Swoboda przedsiębiorczości lub inaczej swoboda zakładania przedsiębiorstw (ang. *the freedom of establishment*), określana niekiedy także jako wolność przedsiębiorczości²⁵⁵ nie została jednak wymieniona wprost we wskazanym art. 26 Traktatu. Traktat poświęca jej bowiem osobne postanowienia.²⁵⁶ Zgodnie z art. 49 TFUE (dawny art. 43 TWE) swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie

²⁴⁹ R. van Eldonk, S. den Boer, *Freedom of establishment versus free movement of capital: continuing uncertainty*, s. 1-11; artykuł dostępny elektronicznie pod adresem:

[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-505-4969?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-505-4969?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) (11.10.2017).

²⁵⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-251/98 *Baars* (vide: pkt. 22 orzeczenia).

²⁵¹ W wersji anglojęzycznej jako *definite influence*; więcej zob. np.: R. van Eldonk, S. den Boer, *Freedom of establishment* (...), s. 3; doktryna *Baars*, oparta na zasadzie *definite influence* była analizowana przez Trybunał w szeregu innych sprawach, m. in. w sprawie C-282/07 *Truck Center*, C-377/07 *STEKO* oraz C-284/06 *BURDA*.

²⁵² Pkt 22 orzeczenia w sprawie *Baars*.

²⁵³ Przykładowo: postanowienie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 maja 2007 r. w sprawie C-492/04 *Lasertec* (vide: pkt 19 orzeczenia i przywołane tam orzecznictwo).

²⁵⁴ A. Zabłocka, *Uprawnieni drugiej kategorii? Możliwość realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki w rozumieniu Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 1-2, s. 114.

²⁵⁵ T. Gadkowski, *Ograniczenia* (...), op. cit., s. 81.

²⁵⁶ Mowa o art. 49-55 TFUE, tj. tytuł czwarty *Swobodny przepływ osób, usług i kapitału*, rozdział drugi *Prawo przedsiębiorczości*.

przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 54 akapit drugi, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli. Przepis ten nie definiuje swobody przedsiębiorczości, a jedynie wskazuje jakiego rodzaju uprawnienia mieszczą się w jej zakresie, a więc jakiego rodzaju aktywność o charakterze gospodarczym korzysta z ochrony w traktatowych granicach. W braku legalnej definicji, jak również wobec braku odpowiednich aktów prawa wtórnego²⁵⁷, treść swobody przedsiębiorczości dookreślają orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE. W ocenie Trybunału, korzystanie ze swobody przedsiębiorczości oznacza samodzielne wykonywanie działalności gospodarczej za pomocą stałego (trwałego) przedsiębiorstwa w innym państwie członkowskim przez czas nieokreślony.²⁵⁸

W literaturze wskazuje się, że - w ujęciu klasycznym - esencją tej swobody jest zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność spółki lub obywatelstwo osoby fizycznej.²⁵⁹ W tym znaczeniu, przepis art. 49 TFUE stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 18 TFUE²⁶⁰, który ustanawia ogólny zakaz dyskryminacji z uwagi na przynależność państwową.²⁶¹ Początkowo, zakaz ten, również w kontekście swobody przedsiębiorczości, odnoszono do dyskryminacji bezpośredniej (jawnej), następnie

²⁵⁷ Projekt XIV dyrektywy o przeniesieniu siedziby rejestrowej lub rzeczywistej spółki z jednego państwa członkowskiego do innego ze zmianą obowiązującego prawa nie znalazł finału w postaci przyjęcia aktu legislacyjnego. KE dwukrotnie informowała o planach rozpoczęcia prac nad projektem w sprawie dyrektywy, po raz pierwszy w 1997 r. (DOC NO XV/D2/6002/97), a ponownie w 2004 r. W obu przypadkach prace nad projektem zostały ostatecznie porzucone. W 2011 r. Grupa Refleksji nad Przyszłością Europejskiego Prawa Spółek zapowiedziała powrót do idei harmonizacji przepisów w zakresie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki; ponadto, również na potrzebę takiej harmonizacji konsekwentnie w swoich rezolucjach wskazuje Parlament Europejski [zob. np.: rezolucja PE z 2 lutego 2012 r. (2011/2046 INI) i wskazane w niej wcześniejsze dokumenty PE, dostępna elektronicznie pod adresem:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2012-0019+0+DOC+PDF+V0//PL> (11.10.2017 r.). Więcej na temat prac nad projektem XIV dyrektywy zob.

np.: O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie siedziby (...)*, op. cit., s. 82-86; M. Banaszkiwicz, *Transgraniczne przekształcenie (...)*, op. cit., s. 7-24 ; J. Napierała, *Uwagi na temat kształtu planowanej dyrektywy (...)*, op. cit., s. 105-121. Należy także zauważyć, że w 2013 r. KE przeprowadziła konsultacje dedykowane transgranicznemu przeniesieniu siedziby spółki (informacje na temat kwestionariusza KE i udzielonych odpowiedzi dostępne pod adresem:

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/index_en.htm) (10.11.2017); również konsultacje, prowadzone przez KE w okresie od maja do sierpnia 2017 r. zatytułowane: *Modernizacja unijnego prawa spółek: przepisy dotyczące rozwiązań cyfrowych i efektywnej transgranicznej działalności spółek*, zawierały pytania odnoszące się do tego zagadnienia (na potrzeby przedmiotowego kwestionariusza przyjęto szeroki zakres przekształcenia transgranicznego tj. obejmujący również przeniesienie siedziby spółki do innego państwa członkowskiego).

²⁵⁸ E. Skibińska, *Prawo spółek Unii Europejskiej*, „Edukacja Prawnicza” 2010, nr 12 (dodatek specjalny), s. 101; wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-221/89 *Factortame II* (vide: pkt 20-23 orzeczenia).

²⁵⁹ M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 855; E. Skibińska, *Prawo (...)*, op. cit., s. 116.

²⁶⁰ E. Skibińska, *Prawo (...)*, op. cit., s. 116.

²⁶¹ Art. 18 TFUE (dawny art. 12 TWE) stanowi, że „w zakresie zastosowania traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą przyjąć wszelkie przepisy w celu zakazania takiej dyskryminacji.”

Trybunał poszerzył jego zakres także na działania stanowiące przejaw dyskryminacji pośredniej (ukrytej).²⁶² Za dyskryminujące należy zatem uznać takie sytuacje, w których obowiązujące przepisy lub praktyka w zakresie ich stosowania przewiduje różne traktowanie podmiotów ze względu na ich odmienną przynależność państwową. Surowsze wymogi dla „obcych” spółek, w porównaniu z warunkami obowiązującymi rodzime podmioty znajdujące się w takiej samej sytuacji prawnej czy dodatkowe utrudnienia lub nieuzasadnione wymagania nakładane na spółki z innych państw członkowskich byłyby zasadniczo kwalifikowane jako dyskryminujące.²⁶³ Obecne szerokie rozumienie swobody przedsiębiorczości, wypracowane przez Trybunał pod wpływem formuły *Cassis de Dijon*²⁶⁴, obejmuje, oprócz zakazu dyskryminacji, również zakaz stosowania środków, które nie mają wprawdzie charakteru dyskryminującego, ale które mogą utrudnić lub uczynić mniej atrakcyjnym korzystanie z podstawowych wolności zagwarantowanych w Traktacie.²⁶⁵ Swoboda przedsiębiorczości nakłada na państwa członkowskie obowiązek znoszenia wszelkich ograniczeń, w zakresie podejmowania i prowadzenia działalności na własny rachunek przez obywateli innych państw członkowskich, których nie można usprawiedliwić ze względu na istotny interes publiczny.²⁶⁶

Cytowany powyżej art. 49 TFUE wskazuje, że swoboda przedsiębiorczości obejmuje działalność gospodarczą, która ma charakter samodzielny, a dodatkowo podkreśla się jej cel zarobkowy, trwałość oraz występowanie elementu transgranicznego.²⁶⁷ Pojęcie działalności gospodarczej, na gruncie traktatowym,

²⁶² E. Skibińska, *Prawo (...)*, op. cit., s. 116.

²⁶³ Jak wskazuje E. Skibińska, ukryta (pośrednia) dyskryminacja występuje np. w sytuacji, gdy państwo członkowskie zezwala na udział w zamówieniach publicznych tylko takim spółkom, w których większość udziałów jest własnością publiczną (E. Skibińska, *Prawo (...)*, op. cit., s. 116).

²⁶⁴ Tamże, s. 117; Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 lutego 1979 r. C-120/78 *Cassis de Dijon*. W sprawie tej Trybunał musiał ocenić odmowę wprowadzenia na rynek niemiecki francuskiego likieru *Cassis de Dijon* o zawartości alkoholu na poziomie 15 a 20%. Właściwe organy w Niemczech nie zgodziły się na import tego produktu oraz reklamowania go w Niemczech jako „likieru”, albowiem prawo niemieckie przewidywało, iż tylko likiery owocowe o zawartości alkoholu powyżej 25% mogły być sprzedawane na terenie Niemiec. Trybunał uznał, że brak jest przesłanek, dla których napoje alkoholowe nie mogłyby być wprowadzane do innego państwa członkowskiego UE, jeśli są one legalnie wyprodukowane i sprzedawane w innym państwie członkowskim. Wyrok ten ustanowił zasadę wzajemnego uznawania, która, w ramach swobodnego przepływu, zasadniczo oznaczała nakaz dopuszczenia do obrotu w innych państwach członkowskich towarów wyprodukowanych zgodnie z przepisami obowiązującymi w państwie członkowskim ich pochodzenia. Formuła *Cassis de Dijon* została potem zmodyfikowana pod wpływem orzeczenia Trybunału wydanego w sprawach połączonych C-267/91 i C-268/91 *Keck-Mithouard*. Co do adaptacji tej ostatniej formuły w europejskim prawie spółek zob. np.: J. Napierała [w:] S. Włodyka (red.), *System Prawa Handlowego Tom 2B, Prawo Spółek Handlowych*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 1035.

²⁶⁵ Wyrok Trybunału C-55/94 *Gebhard*, w którym Trybunał podkreślił, że przepisy krajowe mogące utrudniać lub zniechęcać do korzystania z podstawowych swobód chronionych na mocy traktatu muszą spełniać cztery warunki: muszą być stosowane w sposób niedyskryminacyjny, muszą być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, muszą prowadzić do realizacji celu, jakiemu służą, i nie mogą wykroczyć poza to, co konieczne do jego osiągnięcia; A. Wowerka, *Traktatowa (...)*, op. cit., s. 26.

²⁶⁶ M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 855-856.

²⁶⁷ E. Skibińska, *Prawo (...)*, op. cit., s. 112; E. Skibińska, *Swoboda zakładania przedsiębiorstw przez osoby prawne (art. 43-48 TWE)*, wyd. C. H. Beck, Warszawa 2008, s. 3-10; A. Borkowski, *Swoboda*

powinno być ujmowane szeroko, co Trybunał podkreślił w cytowanym już orzeczeniu w sprawie *Gebhard* wskazując, że chodzi w tym przypadku o działalność umożliwiającą podmiotom wspólnotowym stały i ciągły udział w życiu gospodarczym państwa członkowskiego innego, niż państwo pochodzenia oraz uzyskiwanie tam dochodu (...).²⁶⁸ Samodzielność wykonywanej działalności, w ramach swobody przedsiębiorczości, wiązana jest z uprawnieniem do samozatrudnienia, prowadzenia działalności we własnym imieniu i na własny rachunek oraz z prawem założenia i prowadzenia przedsiębiorstwa, w tym w formie spółki albo jej oddziału.²⁶⁹ Chodzi zatem o działalność wykonywaną poza stosunkiem podległości służbowej, pracowniczego podporządkowania, a więc o sytuację, gdy to osoba prowadząca określoną działalność przyjmuje za nią pełną odpowiedzialność i ponosi całe ryzyko z nią związane.²⁷⁰ Z kolei charakter zarobkowy wskazuje, że objęta swobodą działalności aktywność gospodarcza musi być ukierunkowana na osiąganie zysków. Kryterium „zysku” jest szczególnie istotne w przypadku spółek, albowiem sama definicja „spółki”, zawarta w art. 54 TFUE, wyklucza z jej zakresu podmiotowego jednostki organizacyjne, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysków.²⁷¹ Stałość (trwałość) wiązana jest natomiast z zamiarem osoby prowadzącej działalność gospodarczą zintegrowania się z życiem gospodarczym państwa przyjmującego²⁷², wymaganiem, aby działanie w państwie przyjmującym odbywało się w ramach stałego przedsiębiorstwa, jak i z celowością prowadzenia działalności, wykonywanej jako stałe źródło dochodu.²⁷³ Element transgraniczny również ma istotne znaczenie dla możliwości powołania się przez jednostkę na swobodę przedsiębiorczości. Zasadniczo bowiem mowa jest o prowadzeniu działalności pozostającej w związku z terytorium różnych, co najmniej dwóch, państw członkowskich; chodzi zatem o wykonywanie działalności w różnych państwach członkowskich, o przekraczanie granic tych państw.²⁷⁴ Chociaż wyklucza się z zakresu zastosowania art. 49 TFUE sytuacje pozbawione elementu transgranicznego, tj. wyłącznie krajowe, ograniczone do terytorium jednego państwa członkowskiego, to jednak należy zauważyć, że Trybunał nie przekreśla możliwości powołania się na swobodę przedsiębiorczości przez podmioty przynależne do danego państwa członkowskiego wobec organów ich państwa pochodzenia. Podstawowe znaczenie w tego typu sytuacji (tj. w razie tzw. dyskryminacji odwrotnej, oznaczającej stworzenie dla własnych obywateli sytuacji mniej korzystnej niż dla obywateli innego państwa

przedsiębiorczości w kontekście realizacji interesu ogólnego Unii Europejskiej, s. 35-36; artykuł dostępny elektronicznie pod adresem: http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79084/03_Borkowski-A.pdf (30.10.2017); T. Gadkowski, *Ograniczenia (...)*, op. cit., s. 84.

²⁶⁸ Pkt 25 wyroku w sprawie C-55/94; Trybunał orzekł podobnie np. w wyroku z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 *Reyners* (vide: pkt 21 orzeczenia), a także w sprawie C-384/08 *Attanasio* (vide: pkt 36 orzeczenia).

²⁶⁹ E. Skibińska, *Prawo (...)*, s. 112.

²⁷⁰ M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, s. 861.

²⁷¹ Tamże.

²⁷² Tamże.

²⁷³ E. Skibińska, *Prawo (...)*, s. 112.

²⁷⁴ Tamże, M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, s. 862.

członkowskiego)²⁷⁵ ma jednak wykazanie powiązania z prawem UE.²⁷⁶ Przepisy Traktatu nie znajdują bowiem zastosowania w przypadku, gdy nie można wskazać na istnienie jakiegokolwiek czynnika związanego z materią regulowaną przez prawo unijne.²⁷⁷

Bez wątpienia, swoboda przedsiębiorczości ma istotne znaczenie dla realizacji aktywności ekonomicznej obywateli i przedsiębiorców unijnych.²⁷⁸ Zaliczenie zaś swobody przedsiębiorczości do swobód o fundamentalnym znaczeniu dla rynku wewnętrznego powoduje, że przepisy krajowe niezgodne z przepisami Traktatu regulującymi tę swobodę nie mogą być stosowane.²⁷⁹

8.3. Pierwotny i wtórny wymiar swobody przedsiębiorczości

Wskazuje się, w kontekście swobody przedsiębiorczości, na jej **pierwotny** oraz **wtórny** wymiar.²⁸⁰ Prawo unijne nie zawiera normatywnej definicji tych pojęć. W piśmiennictwie wskazuje się, że pierwotny wymiar omawianej swobody nawiązuje do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej (inaczej: możliwości założenia i prowadzenia przedsiębiorstwa - tzw. *primary establishment*) w dowolnie obranym państwie członkowskim, na zasadzie samozatrudnienia, z zachowaniem warunków ustalonych w ustawodawstwie kraju, w którym działalność jest podejmowana.²⁸¹ W odniesieniu do osób fizycznych pierwotna swoboda przedsiębiorczości uprawnia zatem do emigracji z państwa pochodzenia do innego, przyjmującego państwa członkowskiego w celu rozpoczęcia tam działalności gospodarczej na własny rachunek. Pierwotne korzystanie ze swobody przedsiębiorczości w przypadku osób fizycznych obejmuje zarówno tworzenie od podstaw centrum gospodarczego (zakładanie spółki) w innym państwie członkowskim, jak i jego przeniesienie z terytorium jednego państwa członkowskiego na terytorium innego - drugiego państwa członkowskiego.²⁸² Osoba fizyczna może bowiem zmieniać miejsce wykonywania działalności bez konieczności uprzedniej zmiany swego

²⁷⁵ Więcej zob. np.: M. Szwarz-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, s. 862–863; E. Skibińska, *Prawo (...)*, s. 119 oraz przywołane tam orzecznictwo Trybunału.

²⁷⁶ Przykładowo może chodzić o sytuację, w której obywatel danego państwa członkowskiego ma trudności w podjęciu działalności, czy uzyskaniu zezwolenia w sytuacji nabycia kwalifikacji zawodowych w innym państwie członkowskim. Więcej, zob. np.: A. Gawrysiak-Zabłocka, *Swoboda przedsiębiorczości na tle innych swobód traktatowych* [w:] M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka (red.), *Europejskie Prawo Spółek tom IV. Spółki zagraniczne w Polsce*, wyd. Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o., Warszawa 2008.

²⁷⁷ E. Skibińska, *Prawo (...)*, s. 120.

²⁷⁸ A. Borkowski, *Swoboda przedsiębiorczości (...)*, s. 35.

²⁷⁹ E. Skibińska, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki - glosa – C-208/00, MOP 2004/9*, s. 426; A. Zabłocka, *Uprawnieni (...)*, s. 120.

²⁸⁰ J. Napierała [w:] S. Włodyka (red.), *System (...)*, s. 1021; E. Skibińska, *Prawo (...)*, s. 103; E. Skibińska, *Swoboda zakładania przedsiębiorstw (...)* s. 13-16; M. Szwarz-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, s. 861; P. Wierzbicki, „*Inspire Art*” - prawo właściwe dla spółek a swobody traktatowe, „*Przeгляд Prawa Handlowego*” 2004, nr 8, s. 47; A. Zabłocka, *Uprawnieni (...)*, s. 117.

²⁸¹ E. Skibińska, *Swoboda (...)*, s. 3.

²⁸² J. Napierała [w:] S. Włodyka (red.), *System Prawa Handlowego (...)*, s. 1021.

obywatelstwa.²⁸³ Z kolei, w przypadku osób prawnych, wskazuje się, że swoboda pierwotna przedsiębiorczości obejmuje uprawnienie do założenia spółki zgodnie z ustawodawstwem państw członkowskich.²⁸⁴ Niemniej jednak, należy się zgodzić z poglądem, że w przypadku spółek nie wchodzi w grę tworzenie spółki od podstaw w innym państwie członkowskim, zaś pierwotne korzystanie ze swobody przedsiębiorczości przybiera postać transgranicznego przeniesienia siedziby (centrum decyzyjnego) do innego państwa członkowskiego.²⁸⁵ Korzystając z tej swobody, spółka może przenieść swą siedzibę za granicę, rezygnując z prowadzenia działalności gospodarczej w państwie pochodzenia lub pozostawiając w państwie pochodzenia tylko jednostkę zależną.²⁸⁶ Na tle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości wydanego w sprawie *Daily Mail*²⁸⁷ pojawiły się wątpliwości czy spółkom w ogóle przysługuje prawo do realizacji pierwotnej formy swobody przedsiębiorczości, zwłaszcza w państwach hołdujących teorii siedziby spółki w zakresie ustalania statutu personalnego osoby prawnej²⁸⁸, w których brak jest możliwości przeniesienia przez spółkę siedziby do innego państwa członkowskiego bez utraty osobowości prawnej.²⁸⁹ W sprawie tej bowiem Trybunał podkreślił bezpośrednią zależność pomiędzy powstaniem i funkcjonowaniem spółki w obrocie, a obowiązującymi w tym względzie przepisami państw członkowskich. Spółki jako twory prawa krajowego istnieją wyłącznie z woli i na mocy tych przepisów, zaś państwa członkowskie mają pełne prawo do nakładania ograniczeń co do prawa do emigracji spółek.²⁹⁰ Jednocześnie, w orzeczeniu tym Trybunał potwierdził pełne prawo spółek do korzystania z wtórnej swobody przedsiębiorczości. Swoboda wtórna (tzw. *secondary establishment*) oznacza prawo do prowadzenia działalności poza głównym zakładem w formie agencji, filii lub oddziału.²⁹¹ Charakteryzuje ją zatem możliwość utworzenia w innym państwie członkowskim struktur o charakterze niesamoistnym (zależnym), pomocniczych centrów działalności, które mają charakter podporządkowany wobec ośrodka głównego, zlokalizowanego w dotychczasowym państwie wykonywania działalności.

²⁸³ A. Sobiech, *Ograniczanie mobilności spółek w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Oeconomica Posnaniensia” 2015, vol. 3, no. 3, s. 97.

²⁸⁴ M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, s. 860.

²⁸⁵ J. Napierała [w:] Włodyka S. (red.), *System Prawa Handlowego (...)*, s.1021. Autor ten podkreśla, że w odniesieniu do spółek nie znajduje zastosowania wariant korzystania z pierwotnej swobody przedsiębiorczości, obejmujący tworzenie od podstaw centrum gospodarczego w innym kraju, ponieważ spółka jest podmiotem, która już prowadzi działalność gospodarczą; w razie zaś założenia nowej spółki za granicą po rozwiązaniu dotychczasowej, podmiotami korzystającymi, w wymiarze pierwotnym, ze swobody przedsiębiorczości będą wspólnicy, a nie sama spółka.

²⁸⁶ J. Napierała, *op.cit.*, s.1021-1022.

²⁸⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 września 1988 r. w sprawie C-81/87; zob. również: E. Skibińska, *Transgraniczne (...)*, *op. cit.*, s. 423; A. Sobiech, *Ograniczanie (...)*, *op. cit.*, s. 98.

²⁸⁸ Więcej na temat ustalania statutu personalnego osoby prawnej zob. np.: P. Błaszczuk, *Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 11, s. 84.

²⁸⁹ E. Skibińska, *Transgraniczne (...)*, *op. cit.*, s. 423.

²⁹⁰ A. Sobiech, *Ograniczanie (...)*, *op. cit.*, s. 98.

²⁹¹ Zob.: E. Kosiński, *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 4, s. 31, także: P. Wierzbiński, „*Inspire Art*” - *prawo właściwe (...)*, *op. cit.*, s. 47; A. Zabłocka, *Uprawnieni (...)*, *op. cit.*, s. 117, 126.

W tym przypadku chodzi zatem o ekspansję podmiotu uprawnionego na nowe rynki, poza terytorium dotychczasowego państwa członkowskiego, poprzez zależne od niego gospodarczo jednostki²⁹², bez jednoczesnej likwidacji działalności w państwie członkowskim pochodzenia.²⁹³

8.4. Migracyjny kontekst swobody przedsiębiorczości

Migracyjny wymiar swobody przedsiębiorczości - w przypadku osób fizycznych - oznacza możliwość obrania, w sposób dowolny, centrum (ośrodka) gospodarczego zlokalizowanego w państwie członkowskim innym, niż państwo pochodzenia. Kryterium powiązania stanowi w tym wypadku obywatelstwo osoby fizycznej. Wystarczającym jest posiadanie obywatelstwa jednego państw członkowskich, gdyż z tego faktu następczo wynika obywatelstwo Unii Europejskiej.²⁹⁴ Jak już wskazano, osoba fizyczna - obywatel państwa członkowskiego nie musi zmieniać swego obywatelstwa w sytuacji emigracji do innego państwa członkowskiego, w którym zamierza prowadzić określoną działalność gospodarczą. W przypadku korzystających ze swobody przedsiębiorczości spółek pełne odzwierciedlenie tej zasady napotyka na istotne ograniczenia.²⁹⁵ W miejsce „obywatelstwa” wskazuje się na „przynależność” spółki do jednego z państw członkowskich.²⁹⁶ Owa przynależność determinuje więź prawną, jaka powstaje pomiędzy spółką, a państwem jej założenia, a tym samym Unią Europejską.²⁹⁷ Prawo państwa członkowskiego właściwe dla powstania spółki decyduje również o warunkach jej egzystencji, o dopuszczalności i zasadach jej funkcjonowania w obrocie w przewidzianej przez to prawo formie, a także o jej strukturze organizacyjnej. Przy zrównaniu pozycji osób fizycznych oraz spółek w rozumieniu art. 54 TFUE mobilność tych ostatnich podmiotów wyraża się w swobodzie dokonania transformacji (restrukturyzacji) o charakterze transgranicznym np. w formie fuzji, podziału lub przekształcenia, możliwości założenia jednostki zależnej, jak również w możliwości swobodnego wyboru miejsca jej siedziby, czy także jej przeniesienia na terytorium innego państwa członkowskiego.²⁹⁸ Chodzi przy tym o „mobilność ponad granicami państw, z zachowaniem osobowości prawnej i ciągłości ekonomicznej”.²⁹⁹ Należy jednak zauważyć, że zwłaszcza w przypadku transgranicznego przeniesienia siedziby spółki, pojawiają się nie tylko bariery wynikające z norm materialno-prawnych państw członkowskich, ale również z ich reguł prawa kolizyjnego.³⁰⁰ Prawo kolizyjne stanowi zespół norm wskazujących

²⁹² J. Napierała [w:] S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego (...)*, s. 1022.

²⁹³ M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, s. 860.

²⁹⁴ E. Skibińska [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 909; A. Radwan, *Prawo spółek a la européenne – cz. II*, EP 2004, nr 12, s. 3.

²⁹⁵ A. Sobiech, *Ograniczanie mobilności spółek (...)*, op. cit., s. 96-97.

²⁹⁶ E. Skibińska [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 909; A. Zabłocka, op. cit., s. 118.

²⁹⁷ E. Skibińska [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 909.

²⁹⁸ A. Sobiech, *Ograniczanie (...)*, op. cit., s. 96.

²⁹⁹ O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie (...)*, op. cit., s. 75.

³⁰⁰ E. Skibińska [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 909; O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie (...)*, op. cit., s. 75.

jakiemu statutowi personalnemu spółka podlega³⁰¹, a więc który porządek prawny będzie właściwy dla ustalenia jej zdolności prawnej oraz pozostałych elementów jej statutu.³⁰² Z powodu nieuregulowania tego aspektu swobody przedsiębiorczości na poziomie UE zwraca się uwagę na poważne utrudnienia w zakresie możliwości swobodnego „osiedlania się” spółek, w ramach realizacji przyznanych uprawnień traktatowych.³⁰³ W braku aktów legislacji unijnej kwestie te, w tym kolizyjne, pozostają w gestii państw członkowskich. Natomiast, w systemach prawnych poszczególnych państw członkowskich zasadniczo można wskazać na dwa modele podstawowe w zakresie ustalania prawa właściwego dla osób prawnych: teorię siedziby i teorię powstania (inkorporacji).³⁰⁴ Teoria siedziby opiera się o łącznik siedziby osoby prawnej – jej statut personalny wyznaczany jest przez prawo państwa, w którym ma ona swoją siedzibę. W przypadku drugiej teorii zaś, status osobowy spółki określa się na podstawie prawa państwa, w którym spółka ta powstała. Teoria siedziby budzi w doktrynie kontrowersje, nie tylko z uwagi na orzeczenia TSUE, ale przede wszystkim ze względu na fakt, że samo pojęcie siedziby nie jest jednoznaczne.³⁰⁵ Przepisy Traktatu w tym względzie również nie są kategoryczne, albowiem wskazując, w art. 54, na elementy świadczące o związku spółki z obszarem UE, Traktat równorzędnie traktuje statutową siedzibę, zarząd oraz główne przedsiębiorstwo. Pojęcia siedziby statutowej (rejestrowej) i siedziby faktycznej (a więc najczęściej miejsca, w którym znajduje się centrum zarządu osoby prawnej) zawierają różne zakresy pojęciowe, odmienne są również skutki zastosowania każdego z tych łączników.³⁰⁶ Zwłaszcza łącznik siedziby rzeczywistej determinuje silne powiązanie spółki z prawem państwa, w którym znajduje się jej zarząd, w związku

z tym przeniesienie centrum zarządzania i kontroli spółki za granicę powoduje zerwanie więzi prawnej z państwem pochodzenia, którego system prawny przestaje taką emigrującą spółkę rozpoznawać jako „własną”. Tym samym, status osobowy takiej spółki przestaje być określany przez dotychczasowy macierzysty system prawny, a zatem prawo to nie jest już właściwe dla oceny zdolności prawnej takiej spółki,³⁰⁷ zaś fakt emigracji powiązany zostaje z wymogiem likwidacji spółki i zakończeniem jej bytu prawnego³⁰⁸, a następnie koniecznością ponownej jej rejestracji w państwie jej nowego statutu.³⁰⁹ Teoria ta zakłada zatem małą elastyczność, co *de facto* może w znacznym stopniu utrudniać spółce (jej założycielom) wybór najbardziej dogodnego

³⁰¹ J. Napierała [w:] Włodyka S. (red.), *System prawa handlowego (...)*, op. cit., s. 1029.

³⁰² Zob. np.: A. Wowerka, *Traktatowa (...)*, op. cit., s. 23.

³⁰³ Zob. np.: A. Sobiech, *Ograniczanie (...)*, op. cit., s. 96.

³⁰⁴ O. Sachanbińska, op. cit., s. 75; P. Błaszczuk, *Pojęcie siedziby (...)*, op. cit., s. 85; A. Radwan, *Prawo spółek a la européenne – cz. II*, EP 2004, nr 12, s. 3; A. Wowerka, *Traktatowa (...)*, op. cit., s. 8.

³⁰⁵ P. Wierzbicki, „*Inspire Art*” - *prawo właściwe (...)*, s. 48; Z. Jara, J. Schlichte, *Przenoszenie siedzib polskich i niemieckich spółek do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej*, PPH 2006, nr 2, s. 25; P. Błaszczuk, *Pojęcie siedziby (...)*, op. cit., s. 85.

³⁰⁶ P. Błaszczuk, *Pojęcie siedziby (...)*, op. cit., s. 86.

³⁰⁷ Tamże.

³⁰⁸ Zob. np.: art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 polskiego kodeksu spółek handlowych, a także np.:

J. Napierała, *System (...)*, op. cit., s. 1029-1031 oraz Z. Jara, J. Schlichte, *Przeniesienie (...)*, op. cit., s. 29.

³⁰⁹ P. Błaszczuk, *Pojęcie siedziby (...)*, op. cit., s. 86; A. Guzewicz, *Przeniesienie siedziby spółki do innego państwa członkowskiego niż państwo utworzenia spółki - glosa-C-210/06*, MOP 2010, nr 4, s. 236.

dla niej systemu prawnego. Wskazuje się, że teoria siedziby statutowej powoduje nieco mniejsze komplikacje praktyczne.³¹⁰ Należy jednak mieć na uwadze, że jak się wydaje, przeniesienie siedziby statutowej spółki może świadczyć o jej dążeniach do zmiany dotychczasowego statusu osobowego i chęci podania się, od określonego momentu, „nowemu” prawu państwa przyjmującego. W przypadku teorii inkorporacji, zagadnienie prawa właściwego dla spółek ujmowane jest nieco odmiennie. Teoria ta zakłada bowiem, że statut personalny spółki wyznacza prawo państwa, zgodnie z którym spółka ta powstała, a „więc któremu zawdzięcza ona swoje istnienie”.³¹¹ A zatem, w ramach tej teorii mieści się również założenie o dopuszczalności swobody spółki w zakresie wyboru systemu prawa krajowego, który będzie właściwy dla oceny jej stosunków,³¹² co powoduje dalsze implikacje w postaci dopuszczenia konkurencji regulacyjnej pomiędzy systemami prawa spółek różnych państw.³¹³ Dodatkowo, należy zauważyć, że transgraniczne przeniesienie siedziby spółki, które prowadzi do zderzenia dwóch różnych reżimów prawnych państw członkowskich, wymaga uwzględnienia zarówno perspektywy państwa emigracji, jak i imigracji, na co zwraca również uwagę Trybunał w swoich orzeczeniach.³¹⁴

8.5. Zakaz ograniczeń swobody przedsiębiorczości. Dozwolone wyjątki

W piśmiennictwie wskazuje się, że „gwarancyjna treść swobody przedsiębiorczości ujmowana jest (...) przede wszystkim jako zakaz ograniczeń”.³¹⁵ Zakres swobody przedsiębiorczości jest zatem szeroki, zaś ograniczenie tego zakresu należy uważać za usprawiedliwione tylko w wyjątkowych sytuacjach. Zakazane są bowiem takie ograniczenia swobody, które nie są uzasadnione z punktu widzenia „ważniejszych” interesów wymagających co najmniej równej ochrony ze strony krajowego ustawodawcy. Z drugiej strony, środki krajowe ograniczające swobodę przedsiębiorczości można uznać za uzasadnione, jeżeli są stosowane w sposób niedyskryminujący, są uzasadnione względami interesu ogólnego (bezpieczeństwo publiczne, potrzeba ochrony zdrowia publicznego), są odpowiednie dla zrealizowania celu, do którego zmierzają oraz są proporcjonalne.³¹⁶ Mówi o tym wprost art. 52 TFUE, który formułuje katalog wyłączeń z uwagi na uzasadnione wymagania

³¹⁰ P. Błaszczyk, *Pojęcie siedziby (...)*, op. cit., s. 87.

³¹¹ P. Wierzbicki, *„Inspire Art”- prawo właściwe (...)*, op. cit., s. 48.

³¹² Tamże.

³¹³ Tamże.

³¹⁴ Zob. np.: orzeczenie Trybunału w sprawie C-210/06 *Cartesio* oraz w sprawie C-378/10 *VALE*; ponadto też np.: A. Guzewicz, *Przeniesienie siedziby (...)*, s. 232-239; O. Sachanbińska, *Transgraniczne (...)*, op. cit., s. 77-82.

³¹⁵ A. Wowerka, *Traktatowa swoboda (...)*, op. cit., s. 26.

³¹⁶ G. Cern, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki, komentarz praktyczny*, LEX ABC nr 115491; T. Gadkowski, *Ograniczenia (...)*, op. cit., s. 90; w wyroku w sprawie *Centros* (vide: pkt 30 orzeczenia) Trybunał przypomniał (zasady wcześniej skonstruowane w sprawie *Gebhard*), że przepisy krajowe mogą utrudniać lub zniechęcać do korzystania z podstawowych swobód traktatowych tylko pod następującymi warunkami: 1) muszą być one stosowane w sposób niedyskryminacyjny, 2) muszą być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, 3) muszą prowadzić do realizacji celu, jakiemu służą, oraz 4) nie mogą wykraczać poza zakres konieczny do osiągnięcia założonego celu.

porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego oraz zdrowia publicznego. Definicje tych pojęć nie zostały ujednoczone na poziomie UE, nie wynikają z traktatów ani z przepisów prawa pochodnego, a zatem wypełnienie ich treścią znaczeniową pozostawione jest państwu członkowskim. Granice zastosowanych wyjątków podlegają jednak kontroli Trybunału Sprawiedliwości³¹⁷, który w ten sposób wyznacza również kierunki pożądaných w prawie krajowym reform.³¹⁸

Dalsze ograniczenia swobody przedsiębiorczości wynikające z przepisów traktatowych zawarte są w art. 51 TFUE. Przepis ten stanowi, że postanowienia rozdziału 2 (prawo przedsiębiorczości) nie znajdują zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej. Ponadto, przepis ten wprowadza dalej normę kompetencyjną, zgodnie z którą Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą wyłączyć niektóre rodzaje działalności ze stosowania postanowień wskazanego rozdziału. Wskazuje się, że cytowany przepis pozostaje w ścisłym związku z art. 49 TFUE konstytuującym swobodę przedsiębiorczości, gdyż wprowadza możliwość „odmowy dopuszczenia do wykonywania działalności z uwagi na brak obywatelstwa państwa przyjmującego”.³¹⁹ Trybunał podkreśla, że wyjątek objęty ww. przepisem należy interpretować wąsko, w sposób, który nie będzie wykraczać poza zakres tego, co jest ściśle konieczne dla ochrony interesów, których ochronę umożliwia ten przepis.³²⁰ W ocenie Trybunału w zakresie omawianego wyjątku nie mieści się przykładowo działalność, która sprowadza się do tworzenia i zarządzania systemami informatycznymi na potrzeby administracji publicznej,³²¹ czy zadania wykonywane przez przedsiębiorcę w ramach prowadzonej działalności ochrony osób i mienia.³²² Działalność, która związana jest z wykonywaniem władzy publicznej może dotyczyć tylko czynności, które „same w sobie stanowią bezpośredni i rzeczywisty udział w wykonywaniu władzy publicznej”³²³.

8.6. Spółki jako podmioty swobody przedsiębiorczości

Warto zwrócić uwagę, że swoboda przedsiębiorczości, oparta na zasadzie równego traktowania, pod względem podmiotowym, obejmuje nie tylko osoby fizyczne, lecz również należy odnosić ją do spółek w rozumieniu artykułu 54 TFUE.

³¹⁷ G. Cern, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki, komentarz praktyczny*, LEX ABC nr 115491; M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, s. 890; T. Gadkowski, *Ograniczenia (...)*, op. cit., s. 88.

³¹⁸ A. Sobiech, *Ograniczenie (...)*, op. cit., s. 98.

³¹⁹ M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 890; T. Gadkowski, *Ograniczenia (...)*, op. cit., s. 87.

³²⁰ Tamże, s. 886, T. Gadkowski, *Ograniczenia (...)*, op. cit., s. 87; zob. także: sprawa C-114/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 34 orzeczenia.

³²¹ M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 886, zob. także: sprawa C-3/88 Komisja przeciwko Włochom.

³²² M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 886, zob. także: sprawa C-114/97 Komisja przeciwko Hiszpanii.

³²³ M. Szwarc-Kuczer [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat (...)*, op. cit., s. 886.

Przepis ten stanowi bowiem, że *na potrzeby stosowania postanowień niniejszego rozdziału*³²⁴ *spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii są traktowane jak osoby fizyczne mające przynależność państwa członkowskiego.*

Przepis ten statuuje przesłanki warunkujące możliwość powołania się przez dany podmiot na gwarancje traktatowe w zakresie swobody przedsiębiorczości. Konieczne jest bowiem, dla uznania spółki za spółkę „unijną”, aby została ona utworzona zgodnie z prawem państwa członkowskiego (tzw. łącznik prawa krajowego³²⁵) oraz aby jej siedziba statutowa lub główny zarząd albo przedsiębiorstwo znajdowało się wewnątrz UE (mowa o tzw. kryterium powiązania³²⁶ lub łączniku prawa unijnego³²⁷). Definicja spółki zawarta w przepisach Traktatu ma charakter autonomiczny, a jego interpretacja pozostaje niezależna względem kontekstu narodowego. Także bez znaczenia jest w tym przypadku obywatelstwo osób fizycznych - współników spółki. Pojęcie spółki z art. 54 TFUE należy interpretować szeroko, gdyż obejmuje ono zarówno spółki prawa cywilnego, jak i handlowe, a także spółdzielnie i inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego. Wyjątek stanowią jedynie te podmioty, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysków. Nie budzi także obecnie wątpliwości³²⁸, że ze swobody przedsiębiorczości mogą również korzystać ponadnarodowe formy prowadzenia działalności gospodarczej regulowane na mocy aktów wtórnego prawa UE³²⁹, tj. spółka europejska, europejskie zrępowanie interesów gospodarczych, jak i spółdzielnia europejska.

8.7. Formy korzystania przez spółki ze swobody przedsiębiorczości na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE

Jak już wskazywano wyżej, pozycja spółek, na gruncie przepisów rozdziału II tytułu IV traktatu jest zrównana z pozycją osób fizycznych. Osoby prawne, w tym spółki, mogą korzystać z przyznanej swobody w formie pierwotnej, jak i wtórnej. Granice uprawnień przyznanych w tym zakresie spółkom, zwłaszcza w sytuacji braku pełnej harmonizacji przepisów na poziomie UE, wyznaczają orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości. Brak legislacji unijnej implikuje bowiem konieczność oparcia się na metodzie tzw. harmonizacji judykacyjnej, której realizacja sprowadza się do eliminowania poszczególnych barier w drodze orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE. „Trybunał bada *in concreto* oddziaływanie przyjętych przez państwa regulacji, zarówno materialnoprawnych, jak i kolizyjnoprawnych, na możliwość korzystania

³²⁴ Mowa o rozdziale 2 tytułu IV dotyczącego swobodnego przepływu osób, usług i kapitału.

³²⁵ O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie (...)*, op. cit., s. 74.

³²⁶ Zob.: pkt 105 orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 grudnia 2008 r., w sprawie C-210/06 *Cartesio*.

³²⁷ O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie (...)*, op. cit., s. 74.

³²⁸ J. Napierała, *System (...)*, op. cit., s. 1017.

³²⁹ Zob.: rozporządzenie Rady (WE) nr 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu Spółki Europejskiej, rozporządzenie Rady (EWG) nr 2137/85 z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie europejskiego zrępowania interesów gospodarczych (EZIG) oraz rozporządzenie Rady (WE) nr 1435/2003 z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie statutu spółdzielni europejskiej (SCE).

przez spółkę ze swobody przedsiębiorczości”³³⁰ dając zarazem wskazówki interpretacyjne, pomocne na etapie stosowania prawa UE przez sądy, jak i stanowiąc dla państw członkowskich asumpt do zmian legislacyjnych w krajowych porządkach prawnych. Za sprzeczne z zakazem ograniczania swobody przedsiębiorczości Trybunał uznał m.in. przepisy krajowe, które nakładały na spółkę wymóg posiadania siedziby w kraju, w którym przedsiębiorca zamierza prowadzić działalność czy wymóg posiadania statusu osoby prawnej przez przedsiębiorcę zagranicznego.³³¹

W ramach interpretacji swobody przedsiębiorczości Trybunał znacząco przyczynił się do wzmocnienia pozycji spółek w sytuacjach transgranicznych, albowiem dziś nie ma już wątpliwości, że spółki, tak jak i inne podmioty uprawnione mogą bezpośrednio powoływać się na gwarancje przyznane im w Traktacie.³³² Analiza dorobku orzeczniczego Trybunału w sprawach dotyczących swobody przedsiębiorczości dla spółek uzasadnia wnioski o wzrastających tendencjach do zawężania przez TS UE zakresu dopuszczalnych krajowych ograniczeń tejże swobody. Stosując szeroką interpretację art. 49 TFUE Trybunał wskazał m.in. na prawo spółki do transgranicznego przeniesienia jej faktycznej siedziby, założenia oddziału, przeniesienia aktywów, założenia spółki-córki, przejęcia kontroli nad spółką, przeprowadzenia w ramach restrukturyzacji transgranicznej fuzji, przekształcenia lub nawet podziału spółki. Poniżej zaprezentowane zostały niektóre, istotne z punktu widzenia omawianej materii, judykaty.

8.7.1. Transgraniczne przeniesienie siedziby głównego zarządu i kontroli (rzeczywistej) spółki holdingowej

Pierwsza sprawa, która miała istotne znaczenie dla przedmiotowej problematyki została rozstrzygnięta przez Trybunał w latach osiemdziesiątych XX w. Mowa tutaj o sprawie **Daily Mail**³³³, w której angielski High Court wystąpił do Trybunału, w trybie prejudycjalnym, w kwestii wykładni art. 52 i art. 58 Traktatu i dyrektywy Rady 73/148 z dnia 21 maja 1973 r. w sprawie *zniesienia ograniczeń w zakresie przemieszczania się i pobytu obywateli państw członkowskich na terytorium Wspólnoty, które dotyczą przedsiębiorczości i świadczenia usług*.³³⁴ Pozwana spółka - Daily Mail będąca inwestycyjną spółką holdingową, z siedzibą rejestrową w Londynie, w oparciu o przepisy angielskiej ustawy podatkowej (*Income and Corporation Taxes Act z 1970 r.*) wystąpiła do Ministerstwa Skarbu o zgodę na przeniesienie siedziby głównego zarządu i kontroli nad spółką z Wielkiej Brytanii do Holandii. Decyzja spółki o transgranicznym przeniesieniu siedziby zarządu była podyktowana względami optymalizacji podatkowej - przeniesienie siedziby do Holandii spowodowałoby, że tym samym spółka angielska, podlegająca prawu

³³⁰ O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie (...)*, op. cit., s. 76.

³³¹ J. Napierała, *System (...)*, op. cit., s. 1029.

³³² Zob. przykładowo choćby pkt 108 orzeczenia w sprawie C-81/87 Daily Mail; także np.: E. Skibińska, *Swoboda (...)*, op. cit., s. 28.

³³³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 września 1988 r., sprawa C-81/87 The Queen przeciwko H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.

³³⁴ Dz. Urz. EWG L 172 z 1973, s. 14.

angielskiemu (z uwagi na łącznik siedziby statutowej) przestałaby podlegać obowiązkowi podatkowemu w zakresie opodatkowania zysków kapitałowych w Wielkiej Brytanii, zyskując status rezydenta podatkowego w Holandii. Zgodnie z prawem spółek obowiązującym w Wielkiej Brytanii, spółka powstała zgodnie z tym prawem, która ma siedzibę statutową w Wielkiej Brytanii może dokonać przeniesienia swojej siedziby (rzeczywistej) zarządu i kontroli, a także głównego miejsca prowadzenia działalności poza granice tego kraju z możliwością utrzymania statusu spółki prawa angielskiego (tj. bez utraty podmiotowości prawnej).³³⁵ Jednakże brytyjskie przepisy prawa podatkowego stanowią, że tylko spółki, które mają swoją siedzibę dla celów podatkowych w Wielkiej Brytanii, z zasady podlegają podatkowi dochodowemu od firm w tym kraju. Dana spółka ma zaś swoją siedzibę dla celów podatkowych w miejscu, w którym znajduje się jej główny zarząd i kontrola nad spółką, czyli miejsce siedziby rzeczywistej dla celów prawa podatkowego, która w omawianej sprawie miała zostać przeniesiona do Holandii. Zgodnie z wymogami prawa brytyjskiego takie przeniesienie „podatkowe” wymagało uzyskania zgody właściwych władz. Po wystąpieniu do Ministerstwa Skarbu spółka Daily Mail, powołując się na przepisy Traktatu³³⁶ uznała, że jej prawo do przeniesienia siedziby centralnego zarządu i kontroli poza granice Wielkiej Brytanii bez zezwolenia właściwych władz objęte jest zakresem swobody przedsiębiorczości. Rząd Wielkiej Brytanii nie podzielił takiej interpretacji wskazując, że postanowienia Traktatu nie dają spółkom ogólnego prawa do przenoszenia głównego zarządu i kontroli z jednego państwa członkowskiego do drugiego.

W wydanym orzeczeniu Trybunał potwierdził, że swoboda przedsiębiorczości stanowi jedną z podstawowych zasad (...), zaś postanowienia Traktatu, które ją gwarantują, są bezpośrednio stosowane³³⁷ (...), a także zapewniają prawo przedsiębiorczości w innym państwie członkowskim nie tylko obywatelom (osobom fizycznym), ale również spółkom (...). Chociaż postanowienia te mają głównie na celu zapewnienie, aby cudzoziemcy i spółki byli traktowani w przyjmującym państwie członkowskim w taki sam sposób, jak obywatele tego państwa, to również zakazują one państwu członkowskiemu pochodzenia utrudniania swobody przedsiębiorczości

³³⁵ Pkt 3 wyroku.

³³⁶ Art. 52 i art. 58 Traktatu EWG.

³³⁷ Skutek bezpośredni przepisów traktatowych oznacza możliwość bezpośredniego powołania się na nie w postępowaniu przed sądem krajowym. W postanowieniu z dnia 9.05.2007 r. (II CSK 25/07, OSN 2008/5, poz. 52, s. 87) Sąd Najwyższy stwierdził, że Konstytucja RP z 1997 r. tworzy korzystny klimat dla urzeczywistnienia zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego. (...) interpretacja i stosowanie prawa polskiego powinno następować z uwzględnieniem jego harmonizacji z prawem wspólnotowym. W takim wypadku w pierwszej kolejności sąd powinien dokonać prowsólnotowej wykładni przepisu prawa wewnętrznego. Dopiero w braku usunięcia sprzeczności między normą polską, a wspólnotową w ten sposób, zachodzi potrzeba rozważenia odmowy zastosowania prawa krajowego. Wykładnia (...) przepisu ustawy, w sytuacji gdy zastosowane techniki interpretacji mogą prowadzić do różnych wyników, powinna przyjąć, kierunek zapewniający pełną zgodność z prawem unijnym.

w innym państwie członkowskim jednemu ze swoich obywateli lub spółce zarejestrowanej zgodnie z jego prawem.

Niemniej, jak Trybunał stwierdził dalej, spółki powstają i istnieją na mocy prawodawstwa krajowego, które określa ich zakładanie i funkcjonowanie. Z kolei, przepisy państw członkowskich różnią się między sobą co do czynnika zapewniającego związek spółki z jego terytorium, zaś przepisy Traktatu nie przyznają spółkom zarejestrowanym zgodnie z prawem państwa członkowskiego prawa do przeniesienia siedziby ich zarządu i kontroli oraz administracji centralnej do innego państwa członkowskiego, przy jednoczesnym zachowaniu statusu spółek zarejestrowanych zgodnie z ustawodawstwem pierwszego państwa członkowskiego. W orzeczeniu tym Trybunał wyłączył zatem spod badania z punktu widzenia swobody osiedlania się spółek takie ograniczenia emigracyjne, których źródłem jest dla spółki jej rodzime prawo.³³⁸

8.7.2. Rejestracja oddziału spółki kapitałowej założonej w innym państwie członkowskim

Z kolei w sprawie **Centros**³³⁹ Trybunał badał wtórną postać swobody przedsiębiorczości, na tle przepisów prawa duńskiego dotyczących warunków rejestracji oddziału spółki założonej i zarejestrowanej w Wielkiej Brytanii. Spółka Centros Ltd³⁴⁰, jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, od chwili założenia przez obywateli duńskich nie prowadziła żadnej działalności. Z uwagi na to, że przepisy brytyjskie nie stawiają spółkom z ograniczoną odpowiedzialnością (*private limited company*) żadnych wymagań ani co do ustanowienia, ani co do wniesienia minimalnego kapitału zakładowego, kapitał zakładowy spółki Centros Ltd, który został określony na poziomie 100 GBP, nigdy nie został faktycznie wniesiony ani oddany do dyspozycji spółki.³⁴¹ Zgodnie z prawem duńskim spółka taka jak Centros Ltd, której siedziba znajduje się w jednym z państw członkowskich jest uznawana za spółkę zagraniczną (lub spółkę o podobnej formie prawnej), w stosunku do której wymogi co do minimalnego kapitału zakładowego określone zostały na poziomie 200 000 koron duńskich. Duński organ rejestracyjny (*Erhvervs og Selskabsstyrelsen - główny urząd ds. handlu i spółek*) w trakcie rozpatrywania wniosku spółki brytyjskiej o rejestrację jej oddziału w Danii powziął wątpliwości co do intencji wnioskującej spółki. Zdaniem organu, z uwagi na fakt nieprowadzenia dotychczas przez spółkę na terenie Wielkiej Brytanii żadnej działalności, uzasadnione jest podejrzenie, że jej rejestracja według prawa brytyjskiego miała w istocie na celu ominięcie duńskich przepisów dotyczących wymagań w zakresie wniesienia kapitału zakładowego. Odmowa rejestracji oddziału została usprawiedliwiona przede wszystkim koniecznością ochrony wierzycieli

³³⁸ M. Banaszek, *Transgraniczne przekształcenie (...)*, op. cit., s.11.

³³⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 marca 1999 r., sprawa C212/97 w ramach sporu między spółką Centros Ltd., a Erhvervs og Selskabsstyrelsen (głównym urzędem ds. handlu i spółek w Danii).

³⁴⁰ Wspólnikami w tej spółce byli wyłącznie małżonkowie Bryde, obywatele duńscy. Kapitał spółki podzielony był na dwa udziały objęte przez pana i panią Bryde (vide: część wstępna orzeczenia).

³⁴¹ Pkt 3 orzeczenia.

publicznych lub prywatnych oraz kontrahentów spółki, jak również koniecznością zwalczania oszukańczych bankructw.³⁴² Spółka powołująca się na przysługujące jej prawo swobodnego podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, wynikające z Traktatu³⁴³, wskazywała, że fakt nieprowadzenia przez nią jakiegokolwiek działalności od chwili jej założenia w Wielkiej Brytanii pozostaje bez wpływu na zakres przyznanej swobody. Z kolei rząd duński dowodził, iż przepisy traktatowe w niniejszej sprawie nie powinny w ogóle znaleźć zastosowania. Chodzi bowiem o sytuację o charakterze wyłącznie wewnętrznym, przy braku elementu zewnętrznego niezbędnego w świetle prawa wspólnotowego, a w szczególności swobody przedsiębiorczości. Istota zagadnienia sprowadza się do tego, że obywatele duńscy zawiązali spółkę w Wielkiej Brytanii, gdzie nie prowadziła ona faktycznej działalności; wyłącznym celem założenia takiej spółki była natomiast możliwość podjęcia rzeczywistej aktywności gospodarczej w Danii, za pośrednictwem oddziału, po to, aby uniknąć zastosowania duńskich przepisów dotyczących zakładania spółek z ograniczoną odpowiedzialnością.³⁴⁴

Trybunał na tle wskazanego stanu faktycznego potwierdził, że utworzenie przez brytyjską spółkę oddziału w Danii wynika wprost ze swobody przedsiębiorczości określonej w Traktacie.³⁴⁵ Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że spółka została założona w jednym państwie członkowskim wyłącznie w celu ustanowienia jej oddziału w innym państwie.³⁴⁶ Jeśli obywatel państwa członkowskiego, chcący utworzyć spółkę, zawiązuje ją w państwie członkowskim, którego przepisy są, w jego ocenie, najmniej surowe, i tworzy oddziały w innych państwach członkowskich, to takie działanie, samo w sobie, zdaniem Trybunału, nie jest nadużyciem prawa przedsiębiorczości.³⁴⁷ Również, w ocenie Trybunału, nie jest wystarczającym dla stwierdzenia takiego nadużycia okoliczność nieprowadzenia przez spółkę działalności w państwie jej siedziby, a wykonywanie jej wyłącznie w państwie, w którym zlokalizowany jest oddział.³⁴⁸ Z tych też względów Trybunał uznał, iż odmowa rejestracji w Danii oddziału spółki Centros z powodów wskazanych przez rząd duński stoi w sprzeczności z zasadą przedsiębiorczości wyrażoną w Traktacie.³⁴⁹ Obowiązujące w Danii rozwiązania Trybunał zanalizował także przez pryzmat dopuszczalnych, w jego ocenie, ograniczeń swobody przedsiębiorczości. Trybunał przypomniał, że przepisy krajowe mogą utrudniać lub zniechęcać do korzystania z podstawowych swobód traktatowych tylko pod następującymi warunkami: 1) muszą być one stosowane w sposób niedyskryminacyjny, 2) muszą być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, 3) muszą prowadzić do realizacji celu, jakiemu służą, oraz 4) nie mogą wykroczać poza zakres konieczny do osiągnięcia

³⁴² Pkt 12 orzeczenia.

³⁴³ Pkt 11 orzeczenia; spółka Centros Ltd. twierdziła, że ma prawo utworzenia oddziału w Danii na mocy art. 52 w związku z art. 58 Traktatu WE.

³⁴⁴ Pkt 16 orzeczenia.

³⁴⁵ Pkt 18 orzeczenia.

³⁴⁶ Pkt 17 orzeczenia.

³⁴⁷ Pkt 27 orzeczenia.

³⁴⁸ Pkt 29 orzeczenia.

³⁴⁹ Pkt 30 orzeczenia.

założonego celu.³⁵⁰ Zdaniem Trybunału zwalczenie przez państwa członkowskie oszustw nie może usprawiedliwiać praktyki odmawiania rejestracji oddziału spółki, której siedziba znajduje się w innym państwie członkowskim.³⁵¹

8.7.3. Uznanie podmiotowości prawnej spółki założonej w innym państwie członkowskim

Z kolei sprawa **Überseering BV**³⁵² dotyczyła uznania zdolności prawnej i zdolności sądowej spółki prawa niderlandzkiego przez sąd niemiecki w toku rozpoznawania sporu cywilnego, wytoczonego z jej powództwa przeciwko kontrahentowi - spółce niemieckiej NCC z siedzibą w Niemczech. W sprawie tej Trybunał potwierdził uprawnienie spółki do utrzymania dotychczasowego statutu personalnego w razie przeniesienia siedziby faktycznej do innego państwa członkowskiego.

Pytanie prejudycjalne przedłożone Trybunałowi zawierało wątpliwość co do możliwości dokonania oceny podmiotowości prawnej spółki według prawa państwa członkowskiego, do którego spółka ta przeniosła swoją siedzibę rzeczywistą, w sytuacji, gdy spółka ta została utworzona zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego, jeżeli z przepisów prawa państwa siedziby rzeczywistej wynika, iż nie może ona już korzystać ze zdolności sądowej w państwie jej utworzenia, aby dochodzić praw wynikłych z umowy.

Trybunał podkreślił, że w sytuacji, kiedy spółka utworzona zgodnie z prawem w jednym państwie członkowskim, gdzie posiada swoją siedzibę statutową, jest uważana, w świetle prawa drugiego państwa członkowskiego, za spółkę, która przeniosła swoją siedzibę rzeczywistą do tego państwa w następstwie transferu wszystkich swoich udziałów na zamieszkujących tam obywateli tego państwa, to przepisy prawne, które stosuje to drugie państwo członkowskie do tej spółki, w obecnym stanie prawa wspólnotowego nie leżą poza zakresem zastosowania postanowień prawa wspólnotowego odnoszących się do swobody działalności gospodarczej.³⁵³

Ponadto, zgodnie z art. 48 WE (art. 54 TfUE) „na potrzeby stosowania postanowień [traktatu odnoszących się do prawa działalności gospodarczej] spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty są traktowane jako osoby fizyczne mające przynależność państwa członkowskiego”. Wynika z tego bezpośrednio, iż spółki te posiadają prawo prowadzenia działalności

³⁵⁰ Zob. wyroki: z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 *Kraus*, pkt 32 i z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 *Gebhard*, pkt 37.

³⁵¹ Pkt 38 orzeczenia.

³⁵² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 listopada 2002 r., sprawa C-208/2000, pytania prejudycjalne w zakresie wykładni art. 43 i 48 TWE zostały skierowane przez Bundesgerichtshof na kanwie sporu cywilnego zawisłego przed sądem pomiędzy spółką prawa niderlandzkiego *Überseering BV* a spółką niemiecką *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*.

³⁵³ Pkt 52 orzeczenia.

w innym państwie członkowskim, przy czym lokalizacja ich statutowej siedziby, zarządu lub głównego przedsiębiorstwa służy, podobnie jak obywatelstwo osób fizycznych, do ustalenia ich łącznika z porządkiem prawnym państwa członkowskiego.³⁵⁴ Zatem korzystanie ze swobody działalności gospodarczej zakłada z konieczności uznanie wyżej wymienionych spółek przez każde państwo członkowskie, w którym pragną one założyć swoją działalność.³⁵⁵

Badając sprawę pod kątem ograniczenia swobody przedsiębiorczości, Trybunał przyjął, że odmowa uznania przez państwo członkowskie zdolności prawnej spółki utworzonej zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego, w którym posiada ona swą siedzibą statutową, w szczególności z powodu, iż ta spółka przeniosła swą siedzibę rzeczywistą na jego terytorium w wyniku nabycia całości udziałów przez obywateli tego państwa członkowskiego, którzy w nim zamieszkują, z takim rezultatem, iż spółka ta nie ma w przyjmującym państwie członkowskim zdolności sądowej w celu obrony swych praw wynikających z umowy, chyba że nastąpi jej ponowne utworzenie zgodnie z prawem tego państwa, stanowi ograniczenie swobody działalności gospodarczej³⁵⁶, które nie znajduje uzasadnienia i nie może być usprawiedliwione nadrzędnymi względami interesu ogólnego.

8.7.4. Dopuszczalność fuzji transgranicznej. Zakres swobody przedsiębiorczości dla spółek

Przedmiotem kolejnej sprawy **Sevic Systems AG**³⁵⁷ była kwestia transgranicznej fuzji spółek, oceniana w świetle niemieckich przepisów dotyczących połączeń. W sprawie tej niemiecka spółka SEVIC Systems AG kwestionowała, w postępowaniu sądowym, orzeczenia oddalające jej wniosek o dokonanie wpisu do krajowego rejestru handlowego połączenia ze spółką luksemburską Security Vision Concept.³⁵⁸

W sprawie tej Trybunał podkreślił, iż swoboda przedsiębiorczości w odniesieniu do spółek, (...), obejmuje w szczególności zakładanie i zarządzanie spółkami na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla podmiotów krajowych.³⁵⁹ Stwierdził także, że zakres stosowania swobody przedsiębiorczości obejmuje wszelkie środki, które umożliwiają lub choćby ułatwiają dostęp do państwa członkowskiego innego niż państwo siedziby i prowadzenie działalności gospodarczej w tym państwie, czyniąc możliwym faktyczny udział zainteresowanych przedsiębiorców w życiu gospodarczym tego państwa na takich samych warunkach, jak przewidziane dla podmiotów krajowych.³⁶⁰

³⁵⁴ Pkt 56-57 orzeczenia.

³⁵⁵ Pkt 59 orzeczenia.

³⁵⁶ Pkt 82 orzeczenia.

³⁵⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-411/03.

³⁵⁸ Pkt 2 orzeczenia.

³⁵⁹ Pkt 17 orzeczenia.

³⁶⁰ Pkt. 18 orzeczenia.

Dlatego też przepisy Traktatu stoją na przeszkodzie temu, aby w państwie członkowskim odmawiano, co do zasady, wpisu do krajowego rejestru handlowego połączenia poprzez rozwiązanie spółki bez przeprowadzenia likwidacji i przeniesienie całego jej majątku na inną spółkę, gdy jedna z tych spółek ma siedzibę w innym państwie członkowskim, podczas gdy po spełnieniu pewnych warunków wpis taki jest możliwy, jeżeli obydwie spółki biorące udział w połączeniu mają siedziby w pierwszym państwie członkowskim. W takim zakresie prawo niemieckie wprowadza odmienne traktowanie spółek w zależności od tego, czy połączenie ma charakter krajowy czy transgraniczny, które może zniechęcać do korzystania ze swobody przedsiębiorczości ustanowionej przez Traktat. Tego rodzaju odmienne traktowanie stanowi ograniczenie sprzeczne ze swobodą przedsiębiorczości i jest dopuszczalne wyłącznie, jeżeli służy realizacji słusznego celu zgodnego z Traktatem i jeżeli uzasadniają je nadrzędne wymogi interesu ogólnego.³⁶¹ W ocenie Trybunału w omawianym przypadku brak było uzasadnienia dla przyjęcia takiego ograniczenia.

8.7.5. Problem spółki „formalnie zagranicznej”

W sprawie *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam przeciwko spółce Inspire Art Ltd*³⁶² Trybunał wypowiadał się o zgodności z prawem wspólnotowym przepisów holenderskiej ustawy o spółkach formalnie zagranicznych, które działały na terenie Holandii. Ustawa ta z działalnością takich spółek, utworzonych zgodnie z prawem innego niż Holandia, państwa wiązała dodatkowe wymagania i obowiązki, w tym informacyjne. Spółki takie zobowiązane zostały m.in. do ogłaszania dokumentów i danych, zarówno wymienionych, jak i nie wskazanych w art. 2 jedenastej dyrektywy.³⁶³ W braku zaś spełnienia takich wymagań ustawa przewidywała solidarną odpowiedzialność osób zarządzających spółką. Spółka *Inspire Art Ltd.* została założona 28 lipca 2000 r. w Wielkiej Brytanii jako *private company limited by shares* i następnie utworzyła oddział w Amsterdamie. Zdaniem holenderskiego organu rejestrowego rejestracja oddziału wymagała zamieszczenia dodatkowej wzmianki wskazującej na to, że jest to oddział spółki „formalnie zagranicznej”, ponieważ *Inspire Art* swoją działalność prowadzi wyłącznie na terenie Holandii.³⁶⁴ Trybunał Sprawiedliwości, rozpatrując sprawę w ramach pytania prejudycjalnego, zwrócił uwagę na niezgodność przepisów holenderskich w przepisami jedenastej dyrektywy w zakresie, w jakim nakładają one na spółkę utworzoną zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego obowiązki nie wymienione w dyrektywie.

8.7.6. Przeniesienie siedziby rzeczywistej spółki z jednoczesnym utrzymaniem dotychczasowego statutu personalnego. Prawo do skutecznej reinkorporacji

³⁶¹ Pkt 20-23 orzeczenia.

³⁶² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 września 2003 r., sprawa C-167/01.

³⁶³ Dyrektywa Rady WE z 21 grudnia 1989 r. w sprawie ogłaszania danych o oddziałach spółek zagranicznych Dz. Urz. WE L 395 z 30 grudnia 1989 r., s. 36.

³⁶⁴ J. Napierała, *Zakładanie oddziału przez spółkę zagraniczną w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Inspire Art*, RPEiS 2004, nr 2, s. 57.

W sprawie **Cartesio**³⁶⁵ spółka komandytowa prawa węgierskiego (Cartesio Oktató és Szolgáltató bt) z siedzibą w Bai, w której komandytariuszem oraz komplementariuszem były osoby fizyczne, obywatele węgierscy, w dniu 11 listopada 2005 r. wystąpiła do sądu rejestrowego z wnioskiem o ujawnienie wpisu zmiany (przeniesienia) jej siedziby do Włoch (Gallarate). Wniosek spółki został odrzucony z uwagi na to, że przepisy prawa węgierskiego nie przewidują możliwości przeniesienia za granicę siedziby spółki utworzonej na Węgrzech, z jednoczesnym zachowaniem statutu personalnego.³⁶⁶ Powołując się na przepisy traktatowe w zakresie swobody przedsiębiorczości spółka wskazywała na niezgodność z nimi przepisów prawa węgierskiego w zakresie, w jakim przepisy krajowe traktują w sposób odmienny spółki handlowe w zależności od państwa członkowskiego, w którym znajduje się ich siedziba. Ponadto, zdaniem spółki Cartesio, prawo węgierskie nie może wymagać od węgierskich spółek, aby na swoją siedzibę obierały Włochy.³⁶⁷ Z kolei sąd krajowy stał na stanowisku, że swoboda przedsiębiorczości ustanowiona nie uprawnia spółki utworzonej zgodnie z prawem jednego z państw członkowskich i w nim zarejestrowanej do tego, by przeniosła ona swój zarząd, a zatem główną siedzibę, do innego państwa członkowskiego, zachowując jednocześnie osobowość prawną i pierwotną przynależność państwową, jeżeli właściwe władze nie wyrażają na to zgody.³⁶⁸ Analizując dotychczasową linię orzeczniczą Trybunału, sąd ten zauważył, że - zgodnie z ugruntowaną już zasadą - prawo krajowe nie może czynić rozróżnienia między spółkami w zależności od przynależności państwowej osoby występującej z wnioskiem o wpisanie ich do rejestru handlowego.³⁶⁹ Wreszcie, sąd węgierski zwrócił uwagę na fakt obowiązywania rozporządzeń dotyczących ponadnarodowych form prowadzenia działalności³⁷⁰, które zawierają bardziej elastyczne i mniej kosztowne przepisy dla ustanowionych w nich postaci spółek europejskich, umożliwiające im przeniesienie siedziby do innego państwa członkowskiego bez przeprowadzania likwidacji.³⁷¹ Tymczasem, w prawie węgierskim spółka utworzona na Węgrzech nie może jednocześnie przenieść swojej siedziby za granicę i wciąż podlegać węgierskiemu prawu, jako prawu właściwemu w odniesieniu do jej statutu.³⁷²

³⁶⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 grudnia 2008 r., sprawa C-210/06, wniosek złożony przez sąd węgierski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w zakresie wykładni art.43, 48 i 234 TWE

³⁶⁶ Pkt 21-24 orzeczenia; przepisy węgierskiej ustawy nr CXLV o rejestrze handlowym, jawności rejestru i postępowaniu sądowym w sprawach dotyczących rejestracji spółek z 1997 r., wymagały, ażeby każdorazowe przeniesienie siedziby spółki w miejsce podlegające właściwości innego sądu rejestrowego zostało ujawnione w rejestrze (jako zmiana w rejestrze handlowym prowadzonym przez sąd właściwy ze względu na miejsce poprzedniej siedziby, vide; pkt. 19 orzeczenia).

³⁶⁷ Pkt 26 orzeczenia.

³⁶⁸ Pkt 34 orzeczenia.

³⁶⁹ Pkt 38 orzeczenia.

³⁷⁰ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2137/85 z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie europejskiego ugrupowania interesów gospodarczych (EUIG) (Dz. Urz. EWG L 199, s. 1) oraz rozporządzenie Rady (WE) nr 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE) (Dz. Urz. WE L 294, s. 1).

³⁷¹ Pkt 39 orzeczenia.

³⁷² Pkt 102 orzeczenia.

Takie przeniesienie wymaga, by spółka najpierw zakończyła swój byt, a następnie została ponownie utworzona zgodnie z prawem państwa, na którego terytorium zamierza ustanowić swą nową siedzibę.³⁷³

Trybunał Sprawiedliwości, analizując stan sprawy, podtrzymał tezę, że państwo członkowskie posiada prawo określenia zarówno kryterium powiązania, wymaganego od spółki po to, by mogła ona zostać uznana za spółkę utworzoną zgodnie z jego prawem krajowym i w związku z tym mogącą cieszyć się swobodą przedsiębiorczości, jak również kryterium wymaganego do utrzymania tego statusu w przyszłości. W ramach tego uprawnienia mieści się także niewyrażenie przez państwo członkowskie zgody na zachowanie tego statusu przez spółkę, która podlega jego prawu krajowemu, jeżeli zamierza ona zreorganizować się w innym państwie członkowskim w taki sposób, by przenieść swoją siedzibę na jego terytorium, zrywając powiązanie przewidziane w prawie krajowym państwa jej utworzenia.³⁷⁴ Jednakże, w ocenie Trybunału Sprawiedliwości, taki przypadek przeniesienia siedziby spółki utworzonej zgodnie z prawem jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego bez zmiany prawa, któremu ona podlega, należy odróżnić od przypadku przeniesienia spółki podlegającej jednemu państwu członkowskiemu do innego państwa członkowskiego ze zmianą mającego zastosowanie prawa krajowego, gdy spółka zmienia się w rodzaj spółki podlegający prawu krajowemu państwa członkowskiego, do którego się przenosi. W tym drugim bowiem przypadku brak jest uzasadnienia dla tego, by państwo członkowskie, w którym spółka powstała, poprzez wymóg rozwiązania i likwidacji tej spółki, uniemożliwiło jej przekształcenie się w spółkę prawa krajowego tego drugiego państwa członkowskiego, o ile jego prawo na to pozwala.³⁷⁵ Trybunał tym samym potwierdził, że w ramach swobody przedsiębiorczości dla spółek mieści się ich uprawnienie do skutecznej reinkorporacji. Ponadto, w ocenie Trybunału, przeszkoda w skutecznym przekształceniu bez uprzedniego rozwiązania i likwidacji tego rodzaju spółki w spółkę prawa krajowego państwa członkowskiego, do którego zamierza się ona przenieść, stanowiłaby ograniczenie swobody przedsiębiorczości danej spółki, które, pod warunkiem że nie byłoby uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, jest na mocy przepisów Traktatu zakazane.³⁷⁶

8.7.7. Przekształcenie spółki zagranicznej w spółkę krajową

W sprawie VALE³⁷⁷ włoska spółka Vale Costruzioni S.r.l., utworzona i wpisana do rejestru spółek w Rzymie w 2000 r. , kilka lat później (w 2006 r.) wniosła o wykreślenie jej wpisu z rejestru, wskazując na zamiar przeniesienia swojej siedziby

³⁷³ Pkt 103 orzeczenia.

³⁷⁴ Pkt 110 orzeczenia.

³⁷⁵ Pkt 112 orzeczenia.

³⁷⁶ Pkt 113 orzeczenia.

³⁷⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 2012 r., sprawa C-378/10, wniosek złożony przez sąd węgierski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w zakresie wykładni art. 49 TFUE i 54 TFUE. Komentarz do sprawy szerzej: J. Napierała, *Przekształcenie spółki zagranicznej w krajową w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie VALE*, RPEiS 2013, nr 1, s.5.

na Węgry, gdzie zamierzała dalej prowadzić działalność. Spółka stwierdziła, że zamierza w ogóle zaprzestać prowadzenia działalności we Włoszech. W dniu 13 lutego 2006 r. spółkę wykreślono z włoskiego rejestru, ze wskazaniem, że „spółka przeniosła się na Węgry”.³⁷⁸ Następnie, na terytorium Węgier dyrektor spółki Vale Costruzioni i inna osoba fizyczna utworzyli spółkę Vale Építési Kft. W złożonym do sądu rejestrowego wniosku o wpis spółki do węgierskiego rejestru spółek wskazana została - jako poprzedniczka prawna spółki Vale Építési Kft – spółka Vale Costruzioni. Wniosek o rejestrację oddalono z uwagi na fakt, że zgodnie z prawem węgierskim spółka utworzona i zarejestrowana we Włoszech nie może przenieść siedziby na Węgry i nie może ona następnie zostać ujawniona w węgierskim rejestrze spółek jako poprzednik prawny spółki węgierskiej. Zgodnie z przepisami węgierskimi nie ma możliwości wskazania jako poprzednika prawnego spółki innej niż spółka węgierska.³⁷⁹

Pytanie prejudycjalne dotyczyło kwestii, czy uregulowanie węgierskiego prawa umożliwiające przekształcenie spółek węgierskich, ale zakazujące jednocześnie przenoszenia na Węgry spółek utworzonych w innych państwach z jednoczesną konwersją w spółkę węgierską jest zgodne z zasadą swobody przedsiębiorczości.

Trybunał Sprawiedliwości, analizując okoliczności rozpatrywanego przypadku przypomniał (zgodnie m.in. z jedną z tez orzeczenia *Daily Mail*), że - w braku jednolitej definicji spółek w prawie Unii - mogą one istnieć wyłącznie za pośrednictwem prawa krajowego, regulującego ich tworzenie i działanie.³⁸⁰ Państwo członkowskie niezaprzeczalnie posiada więc prawo określenia zarówno kryterium powiązania wymaganego od spółki, by mogła ona zostać uznana za spółkę utworzoną zgodnie z jego prawem krajowym i w związku z tym mogła korzystać ze swobody przedsiębiorczości, jak również kryterium wymaganego do utrzymania tego statusu w przyszłości.³⁸¹ Uprawnienie to należy również odnieść do transgranicznej restrukturyzacji spółek. Przyjmujące państwo członkowskie jest zatem uprawnione do określenia prawa właściwego dla tego typu transakcji oraz stosowania przepisów prawa krajowego dotyczących krajowych przekształceń spółek regulujących sposób tworzenia i działania spółki.³⁸² Państwo to nie ma również obowiązku, w świetle zasady równoważności, traktowania transgranicznych przekształceń spółek bardziej korzystnie od przekształceń krajowych. Zasada ta narzuca jedynie wymóg, aby przepisy przewidziane w prawie krajowym służące ochronie wynikających z prawa Unii praw jednostek nie były mniej korzystne od przepisów regulujących podobne sytuacje o charakterze wewnętrznym.³⁸³

Trybunał podkreślił, że ustawodawstwo krajowe regulujące tę dziedzinę nie jest wyłączone spod zakresu zastosowania zasady swobody przedsiębiorczości.³⁸⁴

³⁷⁸ Pkt 9-11 orzeczenia.

³⁷⁹ Pkt 10, 12 orzeczenia.

³⁸⁰ Pkt 27 orzeczenia.

³⁸¹ Pkt 29 orzeczenia.

³⁸² Pkt 50- 52 orzeczenia.

³⁸³ Pkt 53-54 orzeczenia.

³⁸⁴ Pkt 50 orzeczenia.

W konsekwencji jego przepisy zakazujące konwersji spółki utworzonej w innym państwie członkowskim, które jednocześnie umożliwiają przekształcanie spółek krajowych, należy ocenić w świetle tej zasady.

Trybunał wyjaśnił następnie, że prawo węgierskie wprowadza odmienne traktowanie spółek w zależności od tego, czy przekształcenie ma charakter krajowy czy transgraniczny. To zaś może zniechęcać spółki mające siedzibę w innych państwach członkowskich do korzystania ze swobody przedsiębiorczości. W konsekwencji tego, regulacja prawa węgierskiego stanowi dla spółek nieuzasadnione ograniczenie wykonywania przyznanej im swobody przedsiębiorczości.

8.7.8. Przeniesienie statutowej siedziby, któremu nie towarzyszy przeniesienie rzeczywistej siedziby

W sprawie **Polbud - Wykonawstwo**³⁸⁵ walne zgromadzenie wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łącku (Polska), w dniu 30 września 2011 r. powzięło (zgodnie z art. 270 pkt 2 Kodeksu spółek handlowych) uchwałę o przeniesieniu siedziby spółki do Luksemburga. Na podstawie tej uchwały, w dniu 19 października 2011 r., Polbud złożył do właściwego sądu rejestrowego wniosek o wpis otwarcia likwidacji. W dniu 26 października 2011 r. w owym rejestrze dokonano wpisu o otwarciu likwidacji spółki i wyznaczono jej likwidatora. Następnie, w dniu 28 maja 2013 r. zgromadzenie wspólników spółki Consoil Geotechnik Sàrl, której siedziba znajduje się w Luksemburgu, podjęło uchwałę wykonującą między innymi uchwałę przenoszącą siedzibę Polbudu do Luksemburga w celu poddania tej spółki prawu luksemburskiemu bez utraty przez nią osobowości prawnej. Zgodnie z uchwałą z dnia 28 maja 2013 r. przeniesienie następowało ze skutkiem w owym dniu, a spółka Polbud-Wykonawstwo zmieniła firmę z „Polbud” na „Consoil Geotechnik”. W dniu 24 czerwca 2013 r. Polbud złożył do sądu rejestrowego wniosek o wykreślenie z Krajowego Rejestru Sądowego. Wniosek ten został uzasadniony przeniesieniem siedziby spółki do Luksemburga.³⁸⁶ Spółkę wezwano do przedłożenia niezbędnych dokumentów świadczących o zakończeniu jej likwidacji. Polbud wskazał, że w jego ocenie przedłożenie wymaganych dokumentów nie jest konieczne, ponieważ spółka nie uległa rozwiązaniu ani nie dokonano podziału majątku spółki pomiędzy wspólników, a przyczyną złożenia wniosku o wykreślenie z rejestru było przeniesienie siedziby spółki do Luksemburga, gdzie istnieje ona nadal jako spółka prawa luksemburskiego.³⁸⁷ Sąd Najwyższy, przed który wpłynęła sprawa ze skargi kasacyjnej spółki, zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału, z uwagi na wątpliwości jakie powziął co do zgodności polskiej regulacji ze swobodą przedsiębiorczości. Sąd ten wskazał, po pierwsze, że postępowanie likwidacyjne ukierunkowane jest na zakończenie bytu prawnego spółki i implikuje w tym zakresie pewne obowiązki. Tymczasem w niniejszej sprawie spółka kontynuuje swój byt prawny jako podmiot

³⁸⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 października 2017 r., sprawa C-106/16.

³⁸⁶ Pkt 8-11 orzeczenia.

³⁸⁷ Pkt 12 orzeczenia.

prawa państwa członkowskiego innego niż Rzeczpospolita Polska. Sąd zastanawiał się czy nałożenie na spółkę Polbud obowiązków analogicznych do tych, jakie są wymagane dla spowodowania ustania bytu prawnego spółki jako takiej, nie ogranicza nadmiernie przysługującej jej swobody przedsiębiorczości.³⁸⁸ Sąd ten zauważył ponadto, że jakkolwiek co do zasady niedopuszczalna jest odmowa uznania przez państwo członkowskie osobowości prawnej nabytej w innym państwie członkowskim oraz ocena prawidłowości czynności dokonanych przez organy tego państwa, to wykreślenie z dawnego rejestru handlowego podlega prawu państwa utworzenia, które musi zapewnić ochronę interesów wierzycieli, współników mniejszościowych i pracowników w ramach postępowania likwidacyjnego. Sąd ów uważa zatem, że sąd rejestrowy nie powinien odstąpić od kontynuowania tego postępowania.³⁸⁹ Trybunał podkreślił, że zgodnie z art. 49 akapit drugi TFUE w związku z art. 54 TFUE swoboda przedsiębiorczości – w odniesieniu do spółek – obejmuje w szczególności zakładanie tych spółek i zarządzanie nimi na warunkach określonych przez ustawodawstwo przyjmującego państwa członkowskiego dla własnych spółek. Obejmuje ona zatem prawo spółki utworzonej zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego do przekształcenia się w spółkę prawa innego państwa członkowskiego, o ile spełnione są warunki określone w ustawodawstwie tego drugiego państwa członkowskiego, a w szczególności kryterium przyjęte przez nie dla celów powiązania spółki z jego krajowym systemem prawnym.³⁹⁰ W tym względzie, wobec braku ujednoczenia tej kwestii w prawie Unii określenie kryterium powiązania determinującego prawo właściwe dla spółki należy do zakresu kompetencji każdego państwa członkowskiego, przy czym (...) statutowa siedziba, zarząd i główne przedsiębiorstwo mają równorzędny status jako kryteria powiązania.³⁹¹ Trybunał przypomniał również, że okoliczność ustanowienia statutowej lub rzeczywistej siedziby spółki w zgodzie z ustawodawstwem państwa członkowskiego w celu korzystania z korzystniejszych przepisów sama w sobie nie stanowi nadużycia, zaś w przedmiotowej sprawie okoliczność, iż do Luksemburga postanowiono przenieść jedynie statutową siedzibę Polbudu, bez przenoszenia rzeczywistej siedziby tej spółki, nie może sama w sobie skutkować wyłączeniem tego przeniesienia z zakresu stosowania art. 49 i 54 TFUE.³⁹² Artykuł 49 TFUE wymaga zniesienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem za ograniczenia swobody przedsiębiorczości należy również uznać wszelkie przepisy, które uniemożliwiają korzystanie z tej swobody, utrudniają je lub ograniczają jego atrakcyjność.³⁹³ Z drugiej strony, artykuły 49 i 54 TFUE zasadniczo nie stoją na przeszkodzie środkom państwa członkowskiego zmierzającym do tego, aby przeniesienie statutowej siedziby spółki utworzonej zgodnie z prawem tego państwa i nadal wykonującej działalność na terytorium kraju oraz jej przekształcenie w spółkę prawa innego państwa członkowskiego nie miały

³⁸⁸ Pkt 15,16 orzeczenia.

³⁸⁹ Pkt 17 orzeczenia.

³⁹⁰ Pkt 33 orzeczenia.

³⁹¹ Pkt 34 orzeczenia.

³⁹² Pkt 41 orzeczenia.

³⁹³ Pkt 46 orzeczenia.

niewłaściwego wpływu na interesy wierzycieli, wspólników mniejszościowych oraz pracowników tej spółki. Podlegające badaniu polskie przepisy ustanawiają obowiązek przeprowadzenia likwidacji spółki pragnącej przenieść swą statutową siedzibę do państwa członkowskiego innego niż Rzeczpospolita Polska. A zatem przepisy te przewidują ogólny obowiązek przeprowadzenia likwidacji bez względu na rzeczywiste ryzyko naruszenia interesów wierzycieli, wspólników mniejszościowych i pracowników oraz bez możliwości wyboru mniej restrykcyjnych środków mogących chronić te interesy. Zdaniem Trybunału, sama okoliczność, że spółka przenosi swą siedzibę z jednego państwa członkowskiego do drugiego, nie może uzasadniać ogólnego domniemania nadużycia i usprawiedliwiać środka naruszającego wykonywanie jednej ze swobód podstawowych. Jako że ogólny obowiązek przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego jest równoznaczny z przyjęciem ogólnego domniemania istnienia nadużycia, należy uznać, że ustanawiające taki obowiązek przepisy, takie jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, są nieproporcjonalne.

Zakończenie

Swoboda przedsiębiorczości dla spółek jest ściśle powiązana z elementem migracyjnym (mobilności), skoro z punktu widzenia ekonomicznego chodzi o zapewnienie spółkom dostępu, w ramach ekspansji gospodarczej lub transgranicznej restrukturyzacji, do „obcego” rynku. Wymiar transgraniczny, tj. związany z przekraczaniem granic państw członkowskich, stanowi warunek istotny dla możliwości powołania się na uprawnienia wynikające ze swobody przedsiębiorczości. Jak wskazano, zakres zastosowania swobody przedsiębiorczości, także dla spółek, jest szeroki i zasadniczo obejmuje środki umożliwiające gospodarcze zaistnienie w państwie członkowskim innym, niż państwo siedziby, a także ułatwiające realizację w nim gospodarczej aktywności. Nie powinno również budzić wątpliwości, że zapewnienie spółkom możliwości korzystania ze swobody przedsiębiorczości pozostaje w ścisłym związku z prawidłowym funkcjonowaniem rynku wewnętrznego.

Ze swobodą przedsiębiorczości gwarantowaną na rynku wewnętrznym ścierają się jednak dążenia ze strony państw członkowskich do zachowania kontroli nad ustalonym wewnątrz układem stosunków korporacyjnych, który stanowi jeden z wyznaczników pewności obrotu prawnego dla jego uczestników. Dodatkową kwestią jest także faktyczna gotowość państw członkowskich do zaakceptowania pełnej swobody dla spółek przemieszczających się na wewnętrznym rynku. Z drugiej jednak strony „uwięzienie” spółek w prawie krajowym nie znajduje ekonomicznego uzasadnienia. Istotą działalności gospodarczej, zwłaszcza w przypadku spółek kapitałowych jest zmiana, ekspansja i poszukiwanie rozwiązań optymalnych pod względem kosztów, akceptowalnych obciążeń administracyjnych, adekwatnej formy prawnej, usytuowania siedziby czy dostępu do źródeł finansowania (inwestorów).

Trybunał Sprawiedliwości odgrywa w tym obszarze istotną rolę poprzez definiowanie zarówno zakresu przyznanej spółkom swobody przedsiębiorczości, jak i granic jej akceptowalnych ograniczeń w prawie krajowym. W centrum

zainteresowania Trybunału pozostaje zawsze rynek wewnętrzny, w tym sensie Trybunał nie przesądza, które z krajowych porządków prawnych lepiej realizują założone cele. W ramach swobody przedsiębiorczości dla spółek dorobek orzecznicy Trybunału jest znaczący. Analiza rozstrzygnięć wydanych przez Trybunał w tym obszarze pozwala zauważyć tendencję zawężania zakresu ograniczeń dopuszczalnych w prawie krajowym. Rozstrzygnięcia Trybunału wydawane na tle poszczególnych spraw (w ramach tzw. pytań prejudycjalnych) pozwalają na wypełnienie konkretną treścią ogólnych norm traktatowych, a także wskazują na pożądane kierunki ich interpretacji. Bezpośredni skutek przepisów TFUE oznacza zaś, że podmioty mogą powołać się na zakres przyznanych im uprawnień w stosunkach z właściwymi organami władzy państwowej. Tym samym, w razie stwierdzenia przez Trybunał zarzucanego naruszenia swobód traktatowych, normy prawa krajowego w danej sprawie nie będą mogły znaleźć zastosowania. W szerszym zaś aspekcie, stwierdzona przez Trybunał sprzeczność określonej normy prawa krajowego z Traktatem, może i powinna stanowić impuls dla stosownej legislacyjnej zmiany. Działalność orzecznicza Trybunału traktowana jest jako specyficzna forma harmonizacji³⁹⁴, a z uwagi na eliminowanie barier prawnych na wewnętrznym rynku, nabiera ona znaczenia zwłaszcza w sytuacji niedostatku norm prawa wtórego. Może też stanowić swoisty wyznacznik dla ustawodawcy unijnego w zakresie obszarów, w których interwencja legislacyjna wydaje się nieodzowna bądź przeciwnie - byłaby zbędna. Choć, jak zauważył sam Trybunał na tle sprawy C-411/03 *Sevic Systems*, istnienie przepisów prawa wtórego nie stanowi wstępnego warunku wykonywania swobody przedsiębiorczości³⁹⁵, to wydaje się, iż obecnie spółki napotykają na rynku wewnętrznym problemy, których rozwiązanie w oparciu o metodę judykacyjną nie jest i, *de facto*, nie może być satysfakcjonujące. Prawo wtórne UE dość obszernie harmonizuje materię odnoszącą się do spółek³⁹⁶ (przede wszystkim kapitałowych), jednak w niewystarczającym stopniu, co jest zauważalne choćby w przypadku transgranicznego przeniesienia siedziby spółki. W sensie prawnym sytuacja taka rodzi dla spółki problemy i trudności, które niekiedy czynią taką operację zupełnie niemożliwą, zwłaszcza gdy w grę wchodzi konieczność uwzględniania wymogów zarówno prawa państwa emigracji, jak i państwa imigracji. Projekt czternastej dyrektywy dedykowany temu zagadnieniu, z uwagi na fiasko negocjacyjne, został ostatecznie przez Komisję porzucony. Niemniej, Parlament Europejski konsekwentnie opowiada się za wprowadzeniem w tym zakresie stosownych rozwiązań

³⁹⁴ Zob. np.: R. Król, *Dopuszczalność przeprowadzenia transgranicznego podziału spółki*, PPH 2017 nr 4, s. 41. Więcej o harmonizacji judykacyjnej zob.: J. Osiejewicz, *Harmonizacja prawa państw członkowskich Unii Europejskiej*, wyd. C. H. Beck, Warszawa 2016.

³⁹⁵ Pkt 18-19 orzeczenia.

³⁹⁶ Zob. np.: Pierwsza dyrektywa 68/151/EWG, Druga dyrektywa 77/91/EWG, Trzecia dyrektywa 78/855/EWG, Czwarta dyrektywa 78/660/EWG, Szósta dyrektywa 82/891/EWG, Siódma dyrektywa 83/349/EWG, Ósma dyrektywa 84/253/EWG, Dziesiąta dyrektywa 2005/56/WE, Jedenasta dyrektywa 89/666/EWG, Dwunasta dyrektywa 89/667/EWG, rozporządzenie nr 2137/85/EWG, dyrektywa 2001/86/WE, rozporządzenie nr 2157/2001/WE, decyzja 2004/706/WE, zalecenie 2004/913/WE, dyrektywa 2004/25/WE, decyzja 2005/380/WE, decyzja 2005/909/WE, dyrektywa 2005/56/WE oraz dyrektywa 2006/43/WE.

harmonizujących kwestie najbardziej problematyczne dla spółek zmuszonych do stosowania skomplikowanych i kosztownych konfiguracji przekształceniowych (przy czym w przypadku przeniesienia siedziby restrukturyzacja w formie fuzji transgranicznej, z uwagi na istnienie w tym względzie norm wtórnego prawa wspólnotowego³⁹⁷, wydaje się najmniej ryzykowna³⁹⁸). Potrzeba przyjęcia takich rozwiązań, które całościowo rozwiązywałyby problemy z wyznaczaniem statutu personalnego spółek w sytuacjach transgranicznych wydaje się być dominującą narracją³⁹⁹ również w piśmiennictwie. Ze względu na trudne do przewidzenia koszty, czasochłonność procedur wewnątrz krajowych, możliwe bariery natury prawnej czy administracyjnej, pełne korzystanie przez spółki ze swobody przedsiębiorczości, w braku stosownych rozwiązań, może okazać się utrudnione, lub w niektórych sytuacjach wręcz niemożliwe. Mimo niewątpliwie znaczącej roli, jaką odgrywa TS, w budowie rynku wewnętrznego, nie zastąpi on działania prawodawcy unijnego, zresztą nie taka jest jego rola. Jak zauważono we wstępie, budowa rynku wewnętrznego i jego utrzymanie w dobrej kondycji jest procesem ciągłym, a zatem wymagającym stałego zaangażowania sił i środków, w tym również w obszarze unijnego prawodawstwa. Potrzeba modernizacji europejskiego prawa spółek została również zauważona przez KE, która przygotowała i opublikowała w maju tego roku kwestionariusz⁴⁰⁰ poświęcony problemom stosowania rozwiązań cyfrowych i efektywnej transgranicznej działalności spółek. Wyniki przeprowadzonych w tym zakresie konsultacji mogą zatem wpłynąć na decyzję KE co do przedłożenia konkretnych propozycji legislacyjnych.

Literatura

Banaszkiewicz M., *Transgraniczne przekształcenie spółki a potrzeba przyjęcia Czternastej Dyrektywy - uwagi na tle orzecznictwa TSUE*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2016, nr 8, dostępny http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/documents/4137545/135212838/1_Banaszkiewicz_8_2016.pdf/b97f140e-72ea-477f-9f4c-f5894c4daa7b

Błaszczak P., *Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 11.

Borkowski A., *Swoboda przedsiębiorczości w kontekście realizacji interesu ogólnego Unii Europejskiej*, dostępny: http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79084/03_Borkowski-A.pdf

Cern G., *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki, komentarz praktyczny* LEX ABC nr 115491.

³⁹⁷ Zob.: dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych.

³⁹⁸ Zob. A. Sobiech, *Ograniczanie (...)*, op. cit., s. 96

³⁹⁹ A. Opalski, *Swoboda osiedlania się spółek w świetle wyroku w sprawie Cartesio*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 8, s.69.

⁴⁰⁰ Kwestionariusz KE w sprawie modernizacji europejskiego prawa spółek: przepisów dotyczących rozwiązań cyfrowych i efektywnej transgranicznej działalności spółek (ang. *EU Company law upgraded Package: making the best of digital solutions, providing efficient rules for cross-border operations of companies*) – dokument dostępny elektronicznie pod adresem: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-2377472_en#initiative-details (11.10.2017).

- Eldonk R., Boer S., *Freedom of establishment versus free movement of capital: continuing uncertainty*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-505-4969?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhpc=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-505-4969?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhpc=1)
- Gadkowski T., *Ograniczenia swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Studia Oeconomica Posnaniensia” 2015, nr 3.
- Gawrysiak-Zabłocka A., *Swoboda przedsiębiorczości na tle innych swobód traktatowych* [w:] M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka (red.), *Europejskie prawo spółek tom IV. Spółki zagraniczne w Polsce*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008.
- Guzewicz A., *Przeniesienie siedziby spółki do innego państwa członkowskiego niż państwo utworzenia spółki - glosa-C-210/06*, MOP 2010, nr 4.
- Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *Publiczne prawo gospodarcze, System prawa administracyjnego tom 8A.*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Jara Z., Schlichte J., *Przenoszenie siedzib polskich i niemieckich spółek do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej*, PPH 2006, nr 2.
- Kosiński E., *Aspekt prawny wolności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 4.
- Miąsik D. [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, T. I*, LEX, Warszawa 2012.
- Napierała J., *Przekształcenie spółki zagranicznej w krajową w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie VALE*, RPEiS 2013, nr 1.
- Napierała J., *Przeniesienie siedziby polskiej spółki kapitałowej za granicę jako przyczyna jej rozwiązania w świetle Kodeksu spółek handlowych i swobody przedsiębiorczości*, RPEiS 2016, nr 2.
- Napierała J., *Uwagi na temat kształtu planowanej dyrektywy w sprawie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki*, RPEiS 2014, nr 4.
- Napierała J., *Zakładanie oddziału przez spółkę zagraniczną w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Inspire Art*, RPEiS 2004, nr 2.
- Opalski A., *Swoboda osiedlania się spółek w świetle wyroku w sprawie Cartesio*, PiP 2009, nr 8.
- Romanowski M., *W sprawie przyszłości europejskiego prawa spółek*, SSTP 2011, nr 2.
- Sachanbińska O., *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki kapitałowej - potrzeba działania unijnego i polskiego prawodawcy*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2015, nr 3.
- Skibińska E., *Prawo spółek Unii Europejskiej*, „Edukacja Prawnicza” 2010, nr 12 (dodatek specjalny).
- Skibińska E., *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki - glosa – C-208/00*, MOP 2004, nr 9.
- Sobiech A., *Ograniczanie mobilności spółek w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Oeconomica Posnaniensia” 2015, vol. 3, no.3.
- Tomaszewski K., *Rynek wewnętrzny Unii Europejskiej – szansą i wyzwaniem dla obywateli*, „Studia Europejskie” 2003, nr 2.
- Wowerka A., *Traktatowa swoboda a autonomiczne międzynarodowe prawo spółek*, PWPMEiP 2011, nr 1.
- Wierzbicki P., *„Inspire Art ”- prawo właściwe dla spółek a swobody traktatowe*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 8.
- Zabłocka A., *Uprawnieni drugiej kategorii? Możliwość realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki w rozumieniu Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 1-2.

Inne dokumenty (wybór):

- Kwestionariusz KE w sprawie modernizacji europejskiego prawa spółek: przepisów dotyczących rozwiązań cyfrowych i efektywnej transgranicznej działalności spółek (*ang. EU Company law upgraded Package: making the best of digital solutions, providing efficient rules for cross-border operations of companies*) https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-2377472_en#initiative-details

Biała Księga w sprawie osiągnięcia rynku wewnętrznego (Completing the Internal Market, COM (1985) 310); <http://aei.pitt.edu/1113/>

Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego: „*Ku obywatelskiej i humanistycznej perspektywie polityki rynku wewnętrznego*” Dz. Urz. UE C 143 z 22.5.2012 r.

Orzecznictwo (wybór):

- 1) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 lipca 2012 r. w sprawie C-378/10 *VALE*.
- 2) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 października 2006 r. w sprawie C-452/04 *Fidium Finanz AG* przeciwko Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.
- 3) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 września 1988 r., sprawa C-81/87 *The Queen* przeciwko *H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail*.
- 4) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-210/06 *Cartesio*.
- 5) postanowienie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 maja 2007 r. w sprawie C-492/04 *Lasertec*.
- 6) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 października 2010 r. w sprawie C-72/09 *Rimbaud SA*.
- 7) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 *Gebhard*.
- 8) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-251/98 *Baars*.
- 9) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 5 listopada 2002 r., sprawa C-208/2000 *Überseering BV*.
- 10) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-411/03 *Sevic Systems AG*.
- 11) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 września 2003 r., sprawa C-167/01 *Inspire Art*.
- 12) wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 *Centros Ltd*.