

JACEK NAPIERAŁA

ZAKŁADANIE ODDZIAŁU PRZEZ SPÓŁKĘ ZAGRANICZNĄ W ŚWIELE WYROKU TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI W SPRAWIE INSPIRE ART

I. WPROWADZENIE

Trybunał Sprawiedliwości (ETS) 30 września 2003 r. wydał wyrok w sprawie *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* przeciwko spółce Inspire Art Ltd.¹, w którym orzekł, że 1) przepisy holenderskie o spółkach formalnie zagranicznych (WFBV)² – znajdujące zastosowanie w stosunku do spółek założonych w innym państwie, a prowadzących działalność gospodarczą w Holandii – nie są zgodne z postanowieniami jedenastej dyrektywy Rady WE z 21 grudnia 1989 r. w sprawie ogłaszania danych o oddziałach spółek zagranicznych³; 2) przepisy WFBV ograniczają swobodę zakładania przedsiębiorstw (*freedom of establishment; Niederlassungsfreiheit*) przyznaną spółkom na mocy art. 43 oraz 48 TWE⁴. W kwestii przesłanek i zakresu swobody zakładania przedsiębiorstw wyrok w sprawie Inspire Art stanowi kontynuację linii orzecznictwa ETS przyjętej w wyrokach w sprawach Segers⁵, Centros⁶ oraz Überseering⁷.

¹ C-167/01; GmbH-Rundschau 2003, nr 21, s. 1260-1271.

² Ustawa z 12 grudnia 1997 r. o spółkach formalnie zagranicznych (Wep op de formeel buitenlandse vennootschappen), Staatsblad 1997, Nr 697.

³ Dz. Urz. WE z 30 grudnia 1989 r., nr L 395, s. 36.

⁴ Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską, przeł. A. Przyborska-Klimczak, E. Skrzydło-Tefelska, w: *Dokumenty europejskie*, t. III, Lublin 1999. Ostatnia ujednolicona wersja TWE została opublikowana w Dz. Urz. WE z 24 grudnia 2002 r., nr C 325/51.

⁵ Wyrok ETS z 10 lipca 1986 r. w sprawie 79/85 (Segers), Zb. Orz. ETS 1986, s. 2375. W wyroku w sprawie Inspire Art ETS przywołuje wyrok w sprawie Segers w tezach nr 87, 91, 95, 96, 97 oraz 139. Wyrok w sprawie Segers został wydany na podstawie następującego stanu faktycznego: obywatel Holandii (D. H. M. Segers) prowadzący jednoosobowe przedsiębiorstwo z siedzibą w Holandii, utworzył wraz z małżonką spółkę z o.o. z siedzibą w Londynie. Jednoosobowe przedsiębiorstwo przekształcone zostało w oddział spółki angielskiej na terenie Holandii. W oddziale tym koncentrowała się cała działalność gospodarcza angielskiej spółki. Segers, jako prowadzący oddział, wystąpił z wnioskiem o wypłatę stosownego świadczenia na podstawie holenderskiej ustawy o ubezpieczeniach chorobowych. Przedsiębiorstwo ubezpieczeniowe odmówiło wypłaty, a w uzasadnieniu swej decyzji powołało się na przepisy, na mocy których prowadzący spółkę i właściciel większościowy mogliby być traktowani jako pracobiorca, jeżeli spółka miałaby swoją siedzibę w Holandii. Zdaniem ETS krajowe przepisy, różniące sytuację personelu spółki z uwagi na jej przynależność, ograniczają swobodę zakładania przedsiębiorstw.

⁶ Wyrok z 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 (Centros); Zb. Orz. ETS 1999, I-1459. W wyroku w sprawie Inspire Art ETS przywołuje wyrok w sprawie Centros w tezach nr 76, 86, 87, 91, 94, 95, 96, 97, 98, 120, 121, 122, 130, 133, 135, 136, 137, 138 oraz 139. Wyrok w sprawie Centros został wydany na podstawie następującego stanu faktycznego: małżonkowie zamieszkali w Danii założyli spółkę „Centros” ze statutową siedzibą w Wielkiej Brytanii, a następnie – bez podjęcia działalności gospodarczej przez tę spółkę – wystąpili z wnioskiem o zarejestrowanie jej oddziału w Danii. Nie ukrywali przy tym, że celem ich postępowania jest uniknięcie wymaganego przez prawo duńskie wniesienia określonej wartości wkładów na pokrycie kapitału zakładowego spółki. Duński organ rejestrowy odmówił rejestracji, uznając, że w rzeczywistości nie chodzi o utworzenie oddziału, lecz o utworzenie spółki z siedzibą w Danii, do czego konieczne jest wnie-

II. STAN FAKTYCZNY

Spółka Inspire Art Ltd. została założona 28 lipca 2000 r. w Wielkiej Brytanii jako *private company limited by shares* (odpowiednik kontynentalnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością). 17 sierpnia 2000 r. spółka utworzyła oddział z siedzibą w Amsterdamie. Zdaniem Izby Handlowej, 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. W związku z tym 30 października 2000 r. Izba Handlowa wystąpiła do sądu (*Kantongerecht*) z wnioskiem o nakazanie uzupełnienia wpisu o dodatek „spółka formalnie zagraniczna” zgodnie z art. 1 WFBV. Zdaniem spółki Inspire Art, przepisy WFBV naruszają prawo wspólnotowe, a w szczególności art. 43 oraz 48 TWE. Sąd holenderski stwierdził natomiast, że Inspire Art jest spółką formalnie zagraniczną w rozumieniu art. 1 WFBV oraz wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem o zgodność art. 2-5 WFBV z art. 43 i 48 TWE.

Zgodnie z art. 1 WFBV, spółka „formalnie zagraniczna” to spółka kapitałowa założona poza Holandią, która swą działalność całkowicie lub prawie całkowicie prowadzi w Holandii i którą nie łączą żadne związki z państwem jej inkorporacji. Spółki takie podlegają szczególnemu reżimowi prawnemu. Po pierwsze – spółki „formalnie zagraniczne” zobowiązane są do ogłaszania dokumentów i danych, wśród których znajdują się takie, które zostały wymienione w art. 2 jedenastej dyrektywy (jako obligatoryjne bądź fakultatywne) oraz takie, których jedenasta dyrektywa nie przewiduje. Zdaniem ETS, państwo Wspólnoty nie może nakładać na spółkę obowiązków publikacyjnych, które nie są przewidziane w jedenastej dyrektywie. Po drugie – przepisy WFBV wprowadzają wymóg posiadania przez spółkę „formalnie zagraniczną” minimalnego kapitału zakładowego w takiej wysokości, jaka wymagana jest w stosunku do spółek krajowych (18 000 euro). Minimalny kapitał spółka zagraniczna powinna posiadać zarówno w momencie wpisu do rejestru holenderskiego, jak i w czasie swego funkcjonowania. W wypadku naruszenia tego obowiązku za zobowiązania spółki odpowiadają osobiście i solidarnie członkowie organu zarządzającego (art. 4 ust. 1 i ust. 2 WFBV)⁸. Zdaniem ETS, przepisy nakładające na spółkę zagraniczną obo-

szenie wkładów w wysokości co najmniej 200 tys. koron. Szerzej na temat tego orzeczenia w polskiej literaturze: M. Maciąg, P. Tereszkiewicz, *Uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w sprawie Centros*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2001, nr 2, s. 93-107.

⁷ Wyrok z 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00 (*Überseering*), Zb. Orz. ETS 2002, I-9919. W wyroku w sprawie Inspire Art ETS przywołuje wyrok w sprawie *Überseering* w tezie nr 103. Wyrok w sprawie *Überseering* został wydany na podstawie następującego stanu faktycznego: założona w Holandii powodowa spółka *Überseering B.V.* (odpowiednik spółki z o.o.) przeniosła swoją siedzibą do Niemiec, gdzie przed sądem niemieckim dochodziła stosownej kwoty od niemieckiej spółki z o.o. tytułem odszkodowania za wadliwe wykonanie umowy o roboty budowlane. Sąd odmówił uznania spółki, powołując się na założenia obowiązujące w prawie niemieckim tzw. teorii siedziby. Zdaniem ETS, spółka założona zgodnie z prawem jednego państwa członkowskiego powinna być uznana w innym państwie członkowskim, a zmiana jej siedziby faktycznej nie prowadzi do zmiany jej dotychczasowego statutu personalnego. Szerzej na temat tego wyroku: J. Napierała, *Teoria siedziby a swoboda zakładania przedsiębiorstw w świetle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Überseering*, „Studia Prawnicze” 2003, z. 1, s. 89-105.

⁸ Teza 73 wyroku w sprawie Inspire Art.

wiązek posiadania minimalnego kapitału zakładowego oraz przewidujące sankcje za naruszenie tego obowiązku ograniczają swobodę zakładania przedsiębiorstw (art. 43 oraz 48 TWE).

III. OGŁASZANIE DANYCH I DOKUMENTÓW ODDZIAŁU SPÓŁKI UTWORZONEJ W PAŃSTWIE WSPÓLNOTY

1. Wprowadzenie

Zgodnie z art. 1 ust. 1 jedenastej dyrektywy, dokumenty i dane dotyczące oddziałów utworzonych w państwie członkowskim przez spółki podlegające prawu innego państwa członkowskiego, do których ma zastosowanie pierwsza dyrektywa, są ogłaszane zgodnie z prawem państwa, w którym oddział ma siedzibę⁹. ETS, oceniając zgodność postanowień WFBV z prawem europejskim, wyróżnia dwa rodzaje obowiązków nałożonych na spółkę „formalnie zagraniczną”: a) obowiązek ogłaszania dokumentów i danych przewidzianych w jedenastej dyrektywie; b) obowiązek ogłaszania dokumentów i danych, których jedenasta dyrektywa nie przewiduje. Odpowiedź na pytanie, czy zwiększenie wymagań publikacyjnych jest zgodne z europejskim prawem spółek, zależy od ustalenia, jakim standardem ochrony interesów uczestników obrotu gospodarczego (między innymi wierzycieli) posługuje się jedenasta dyrektywa.

2. Obowiązki ogłaszania zgodne z jedenastą dyrektywą

Zgodnie z art. 10 ust. 1 TWE, państwa Wspólnoty mają obowiązek podejmowania wszelkich właściwych środków o charakterze ogólnym lub specjalnym w celu zapewnienia realizacji zobowiązań wynikających z Traktatu lub z działań podejmowanych przez instytucje Wspólnoty. Realizacja celów dyrektywy dokonuje się poprzez jej implementację. „Wybór form i metod” implementacji dyrektywy pozostawiony został samym państwom członkowskim (art. 249, akapit 3 TWE). Wybór ten może ograniczać sama dyrektywa, regulując daną instytucję prawną w sposób mniej lub bardziej szczegółowy¹⁰. Poza tym użyte „formy i metody” powinny być „właściwe” (art. 10 TWE) z uwagi na cel, który dyrektywa wyznacza i który dla państw członkowskich jest wiążący (art. 249, akapit 3 TWE)¹¹.

Jedenasta dyrektywa wskazuje, które dokumenty i dane oddziału spółki zagranicznej – na mocy ustawodawstwa krajowego – muszą być ogłoszo-

⁹ I. Hykawy, *Komentarz do jedenastej dyrektywy Rady dotyczącej ogłaszania danych o oddziałach*, w: *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. Prawo gospodarcze*, pod red. M. Sajfana i I. Hykawy, Warszawa 2002, s. 220-231.

¹⁰ G. Ch. Schwarz, *Europäisches Gesellschaftsrecht. Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, Baden-Baden 2000, s. 137 (nb 213).

¹¹ J. Wölk, *Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, der französischen Republik und Vereinigten Königreichs*, Baden-Baden 2001, s. 78; J. Napierała, *Dyrektywa jako instrument integracji prawa spółek*, w: *Europejskie prawo spółek. I. Instytucje prawne drugiej dyrektywy (dyrektywy kapitałowej)*, pod red. M. Cejmera, J. Napierały i T. Sójki, Kraków-Zakamycze 2004, s. 66.

ne (art. 2 ust. 1; art. 3), a które mogą zostać ogłoszone (art. 2 ust. 2). Do podziału tego nawiązuje ETS, wymieniając następujące obowiązki publikacyjne uregulowane w WFBV, które są zgodne z postanowieniami jedenastej dyrektywy¹²:

- 1) podanie rejestru zagranicznego, w którym przechowywane są akta rejestrowe i numeru, pod którym spółka w tym rejestrze została wpisana (art. 2 ust. 1 WFBV; art. 2 ust. 1 lit. c dyrektywy),
- 2) złożenie uwierzytelnionego odpisu aktu założenia i statutu w języku niderlandzkim, francuskim, angielskim oraz niemieckim (art. 2 ust. 1 WFBV; art. 2 ust. 2 lit b oraz art. 4 dyrektywy),
- 3) coroczne składanie w rejestrze państwa „przyjmującego” poświadczenia o wpisie w zagranicznym rejestrze (art. 5 ust. 4 WFBV; art. 2 ust. 2 lit. c dyrektywy: „zaświadczenie z rejestru, o którym mowa w ust. 1 lit. c niniejszego artykułu, potwierdzające istnienie spółki”).

Zdaniem ETS, przepisy WFBV, których zgodność z postanowieniami jedenastej dyrektywy nie jest kwestionowana, nie mogą być traktowane jako ograniczające swobodę zakładania przedsiębiorstw¹³.

3. Sankcje z tytułu braku ogłoszenia

Na mocy art. 12 jedenastej dyrektywy państwa członkowskie powinny same określić sankcje za zaniechanie obowiązku ogłaszania i umieszczania danych na dokumentach. Korzystając z tego umocowania ustawodawca holenderski, postanowił m.in., że tak długo, dopóki obowiązek ogłoszenia nie zostanie wykonany, prowadzący spółkę odpowiadają osobiście i solidarnie ze spółką za dokonane czynności prawne (art. 4 ust. 4 WFBV)¹⁴. Pojawia się wątpliwość, czy tego typu sankcja jest zgodna z europejskim prawem spółek. Do udzielenia odpowiedzi na takie pytanie – jako pytanie o wykładnię prawa krajowego – nie jest jednak właściwy ETS, lecz sąd stosujący art. 4 ust. 4 WFBV. W związku z tym Trybunał zwrócił „tylko” uwagę na następujące kwestie:

po pierwsze – okoliczność, że konkretne przepisy WFBV o ogłaszaniu dokumentów i danych są zgodne z jedenastą dyrektywą, nie przesądza automatycznie, że z dyrektywą tą zgodne są przepisy WFBV, regulujące sankcje za zaniechanie obowiązku ogłoszenia¹⁵,

po drugie – jeżeli prawo wspólnotowe milczy na temat sankcji z tytułu naruszenia określonych obowiązków lub – jak w art. 12 jedenastej dyrektywy – pozostawia uregulowanie sankcji prawu krajowemu, to przy wyznaczaniu takich sankcji państwo Wspólnoty powinno mieć na względzie zabezpieczenie skuteczności prawa wspólnotowego (art. 10 TWE). W orzecznictwie

¹² Teza 57 wyroku w sprawie Inspire Art.

¹³ Teza 58 wyroku Inspire Art. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że teza ta jest słuszna pod warunkiem, że sama dyrektywa nie jest sprzeczna z pierwotnym prawem europejskim; P. Kindler, „Inspire Art.” – *Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht*, „Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht” 2003, z. 23, s. 1087 oraz przypis 12.

¹⁴ Teza 60 wyroku w sprawie Inspire Art.

¹⁵ Teza 59 wyroku w sprawie Inspire Art.

ETS wypracowane zostały kryteria, którymi państwo powinno się kierować przy określaniu takich sankcji:

- sankcje powinny być skuteczne, proporcjonalne w stosunku do naruszonego obowiązku oraz pełnić funkcję prewencyjną (być odstraszające);
- sankcje z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego muszą być porównywalne z sankcjami z tytułu naruszenia tego samego rodzaju naruszenia prawa krajowego;
- sankcje w stosunku do spółek zagranicznych powinny być tego samego rodzaju, jak w stosunku do spółek krajowych¹⁶;

po trzecie – jeżeli sąd dojdzie do wniosku, że na podstawie art. 4 ust. 4 WFBV spółki formalnie zagraniczne są inaczej traktowane niż spółki krajowe, będzie to oznaczało, że przepis ten nie jest zgodny z prawem wspólnotowym¹⁷.

4. Obowiązek ogłaszania oraz umieszczania na pismach i zamówieniach handlowych danych nie przewidzianych w jedenastej dyrektywie

Wśród wymogów publikacyjnych przewidzianych w WFBV znajdują się także takie, których jedenasta dyrektywa nie przewiduje ani w art. 2 (ogłaszanie dokumentów i danych), ani w art. 6 (informacje na pismach i zamówieniach handlowych):

- 1) umieszczenie wzmianki, że wpisany do rejestru został oddział spółki „formalnie zagranicznej”;
- 2) podanie daty pierwszego wpisu w zagranicznym rejestrze oraz informacji o jedynym wspólniku w rejestrze handlowym „państwa przyjmującego”;
- 3) złożenie oświadczenia przez rewidentów (audytorów), że zostały spełnione przesłanki dotyczące kapitału zakładowego spółki;
- 4) zamieszczanie informacji o „formalnie zagranicznej” spółce w pismach i zamówieniach handlowych oddziału.

Celem dyrektyw europejskiego prawa spółek jest wyznaczenie określonego standardu ochrony interesów wspólników i osób trzecich (art. 44 ust. 2 lit. g TWE). Nie budzi wątpliwości, że – poza przypadkami wskazanymi w dyrektywie – przepisy krajowe nie mogą obniżać przyjętego w dyrektywie standardu ochrony tych interesów. Wątpliwości natomiast powstają przy odpowiedzi na pytanie: czy prawo krajowe może zawierać reguły surowsze w stosunku do standardu wyznaczonego dyrektywą? Innymi słowy: czy art. 2 i 6 jedenastej dyrektywy wyznacza minimalny standard ochrony interesów wspólników i osób trzecich (*Mindestregelung*), od którego ustawodawca krajowy może odstąpić, wydając przepisy bardziej rygorystyczne, czy wyznacza standard maksymalny, od którego ustawodawcy kra-

¹⁶ Teza 62 wyroku w sprawie Inspire Art, w której przywołane zostało dotychczasowe orzecznictwo ETS. T. Wachter, *Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art Ltd. auf Beratungspraxis und Gesetzgebung Deutsche GmbH v. Englische private limited company*, „GmbH-Rundschau” 2004, nr 2, s. 90.

¹⁷ Teza 64 wyroku w sprawie Inspire Art.

jowemu nie wolno odstąpić? Zdaniem ETS, postanowienia art. 2 i 6 jedenastej dyrektywy wyznaczają maksymalny standard co do treści ogłoszeń oraz pism handlowych¹⁸. Za taką tezę przemawiają następujące argumenty:

Po pierwsze – dyrektywy wydawane są w celu **harmonizacji** prawa krajowego. Istniejące w państwach Wspólnoty różnice przepisów adresowanych do oddziałów spółek, a w szczególności co do ogłoszeń: „mogą naruszać swobodę zakładania przedsiębiorstw i dlatego powinny być usunięte”¹⁹. W uzasadnieniu tej tezy przywoływane są dwa postanowienia preambuły jedenastej dyrektywy, z których wynika, że wydanie dyrektywy było uzasadnione: 1) ponieważ „brak harmonizacji w odniesieniu do oddziałów, zwłaszcza w zakresie ogłaszania danych, przyczynia się do pewnego zróżnicowania w zakresie ochrony współników i osób trzecich pomiędzy spółkami, które działają w innych państwach członkowskich, otwierając oddziały i tymi, które działają w nich tworząc spółki filialne”; 2) ponieważ „różnice w przepisach prawnych państw członkowskich w tej dziedzinie mogą stanowić przeszkodę w realizacji prawa podejmowania działalności gospodarczej i że zatem niezbędne jest ich wyeliminowanie, aby zabezpieczyć między innymi wykonywanie tego prawa”²⁰. Przewidziana w jedenastej dyrektywie harmonizacja przepisów krajowych o ogłoszeniach dotyczących oddziałów jest wyczerpująca, „ponieważ tylko w ten sposób może ona spełnić swój cel”²¹.

Po drugie – przedmiotem art. 2 ust. 1 jedenastej dyrektywy są dokumenty i dane, które muszą zostać ogłoszone obligatoryjnie. Natomiast dane i dokumenty wymienione w art. 2 ust. 2 dyrektywy mają charakter fakultatywny w tym sensie, że państwo Wspólnoty może o nie – ale tylko o nie – rozszerzyć obowiązek ogłaszania. Państwo Wspólnoty nie może zatem wprowadzać wymogu ogłaszania dokumentów i danych innych niż wymienione w art. 2 ust. 1 i 2 jedenastej dyrektywy. Za powyższą tezę przemawia także okoliczność, że w art. 2 jedenasta dyrektywa nie posługuje się formułą użytą w art. 8 tej dyrektywy, zgodnie z którą obowiązek ogłaszania danych dotyczących oddziałów spółek z państw trzecich „obejmuje co najmniej następujące dokumenty i dane” (podkr. – J.N.).

Zdaniem ETS, standard ochrony wskazany w konkretnym postanowieniu dyrektywy, należy ustalać w drodze jego interpretacji, a nie kierując się zasadą standardu minimalnego²². Państwa Wspólnoty nie mogą rozszerzać fakultatywnego katalogu obowiązków przewidzianych w postanowieniu dyrektywy. Obciążenie spółki zagranicznej szerszym zakresem obowiązków w porównaniu z wymogami dyrektywy potraktowane zostało przez ETS per se jako naruszenie swobody zakładania przedsiębiorstw: „przepisy WFBV o ogłaszaniu, które naruszają jedenastą dyrektywę [...] nie mogą być usprawiedliwione”²³.

¹⁸ Teza 71 i 72 wyroku w sprawie Inspire Art.

¹⁹ Teza 68 wyroku w sprawie Inspire Art.

²⁰ Przekład w: *Prawo Wspólnot...*, s. 212.

²¹ Teza 69 in fine wyroku w sprawie Inspire Art.

²² Dotychczas przyjmowano, że dyrektywy wydawane na podstawie art. 44 lit. g TWE wyznaczają standard minimalny; H. Ziemons, *Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2003, z. 42, s. 1915; W. Melicke, *Der GmbH-Kommentar*, „GmbH-Rundschau” 2003, nr 21, s. 1273. Szerzej na temat drugiej dyrektywy. H. Drinkuth, *Die Kapitalrichtlinie – Mindest- oder Höchstnorm?*, Köln 1998.

²³ Teza 106 zd. 1 wyroku w sprawie Inspire Art.

IV. ZAKŁADANIE ODDZIAŁU SPÓŁKI ZAGRANICZNEJ JAKO POSTAĆ KORZYSTANIA ZE SWOBODY ZAKŁADANIA PRZEDSIĘBIORSTW

1. Swoboda zakładania przedsiębiorstw

1.1. Postaci swobody zakładania przedsiębiorstw

Ekspansja gospodarcza spółki do innego kraju Wspólnoty – w ramach swobody zakładania przedsiębiorstw – może dokonywać się albo pierwotnie albo wtórnie (następczo)²⁴.

Korzystanie ze swobody zakładania przedsiębiorstw w sposób pierwotny przybiera postać tworzenia od podstaw centrum gospodarczego w innym kraju członkowskim (zakładanie spółki) albo przeniesienia dotychczasowego centrum z jednego państwa do drugiego. Z obu tych (pierwotnych) wariantów ekspansji gospodarczej mogą korzystać osoby fizyczne. Natomiast w stosunku do spółek nie znajduje zastosowania wariant pierwszy: po pierwsze – ponieważ spółka jest podmiotem, który już prowadzi działalność gospodarczą; w wypadku założenia nowej spółki za granicą, po rozwiązaniu dotychczasowej, podmiotami korzystającymi (pierwotnie) ze swobody zakładania przedsiębiorstw byłiby wspólnicy, a nie spółka; po drugie – jeżeli spółka uczestniczy jako wspólnik spółki w innym państwie członkowskim, to albo korzysta ze swobody przepływu kapitału, albo – zakładając bądź uczestnicząc w zakładaniu spółki-córki (art. 43, akapit 1, zd. 2 TWE) – ze swobody zakładania przedsiębiorstw korzysta wtórnie.

Pierwotne korzystanie ze swobody zakładania przedsiębiorstw przez spółki przybiera więc postać przeniesienia własnego centrum decyzyjnego na terytorium innego państwa członkowskiego (transgraniczne przeniesienie siedziby spółki). 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 zależną²⁵.

Wtórne (następcze) korzystanie przez spółkę ze swobody zakładania przedsiębiorstw przybiera postać ekspansji spółki za granicę poprzez zależne od niej gospodarczo jednostki. Utworzone w innym kraju członkowskim jednostki mogą być podmiotami prawnie samodzielnymi (spółki-córki) bądź strukturami niesamodzielnymi (oddziały, agencje, biura). Spółka może tworzyć oddziały (inne struktury), nie zaprzestając prowadzenia głównej działalności w państwie dotychczasowej siedziby. Może także założyć oddział w innym państwie, nie podejmując działalności gospodarczej w państwie

²⁴ P. Troberg w: *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, pod red. H. Von der Groebena, J. Thisinga i C.-D. Ehlermanna, Baden-Baden 1997, s. 1/1307 (nb. 2); D. Schnichels, *Reichweite der Niederlassungsfreiheit. Dargestellt am Beispiel des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts*, Baden-Baden 1995, s. 40-42; W. Klyta, *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków-Zakamycze 2002, s. 125; I. Hykawy, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej przez spółki w rozumieniu art. 43 Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej*, w: *Prawo Wspólnot...*, s. 34-35.

²⁵ G. Ch. Schwarz, op. cit., s. 83 (nb 125).

dotychczasowym. Dla utworzenia oddziału (filii) w rozumieniu art. 43, akapit 1, zd. 2 TWE wystarczające jest bowiem posiadanie siedziby statutowej na terenie Wspólnoty przez założoną w jednym z państw członkowskich „spółkę-centralę”. W opisywanej sprawie spółka Inspire Art, zakładając oddział w Holandii, korzystała ze swobody zakładania przedsiębiorstw w sposób następujący.

1.2. Inspire Art Ltd. jako spółka w rozumieniu art. 48 TWE

Definicję spółki jako podmiotu swobody zakładania przedsiębiorstw zawiera art. 48, akapit 2 TWE. Spółki te – przy stosowaniu przepisów o swobodzie zakładania przedsiębiorstw – traktowane są jak osoby fizyczne, będące obywatelami państw członkowskich (art. 48, akapit 1 TWE). Odpowiednikiem „obywatelstwa” osoby fizycznej jest „przynależność” spółki do Wspólnoty²⁶, o której decydują dwojakiego rodzaju związki, łączące spółkę ze Wspólnotą: po pierwsze – inkorporacja spółki na podstawie prawa jednego z państw Wspólnoty; po drugie – obecność spółki na terenie Wspólnoty, wyrażająca się posiadaniem przez nią w którymś z państw członkowskich (niekoniecznie w państwie inkorporacji²⁷) przynajmniej jednej z trzech „siedzib” wymienionych w art. 48 ust. 1 TWE:

- siedzibę statutową (*registered office, Satzungsitz*), a więc siedzibę wskazaną w statucie spółki,
- siedzibę organu zarządzającego (*central administration, Hauptverwaltung*), a więc miejsce, w którym podejmowane są bieżące decyzje dotyczące działalności spółki,
- siedzibę głównego przedsiębiorstwa (*principal place of business, Hauptniederlassung*) w rozumieniu przedmiotowym.

O przynależności spółki do Wspólnoty decydują względy formalne, a nie to, czy spółkę łączy ze Wspólnotą związek gospodarczy. Istnienie takiego związku jest natomiast dodatkową przesłanką następczego (wtórnego) korzystania ze swobody zakładania przedsiębiorstw. Wynika to z art. 43, akapit 1, zd. 2 TWE, zgodnie z którym oddziały, filie i przedstawicielstwa mogą zakładać tylko osoby „osiadłe” (*established, ansässig*) na terytorium Wspólnoty, a więc takie, które ze Wspólnotą są gospodarczo związane²⁸. Warunek ten spełnia niewątpliwie spółka Inspire Art, która została założona w Wielkiej Brytanii, a na terenie Holandii prowadzi swą działalność gospodarczą.

²⁶ Zdaniem ETS, siedziba statutowa, siedziba organu zarządzającego albo siedziba głównego przedsiębiorstwa przesądza o przynależności do prawa określonego państwa Wspólnoty (*Zugehörigkeit zur Rechtsordnung*); por. tezę 97 wyroku Inspire Art, w którym ETS przywołuje tezę 13 wyroku w sprawie Segers oraz tezę 20 wyroku w sprawie Centros. W literaturze przedmiotu zwraca się jednak uwagę, że ustalanie „obywatelstwa” spółki na podstawie wymienionych w art. 48 ust. 1 TWE siedzib nie zawsze prowadzi do zadowalającego rezultatu. Do jakiego porządku prawnego przynależy na przykład spółka Inspire Art, która ma swoją siedzibę statutową w Wielkiej Brytanii, a faktyczną w Holandii? P. Kindler, „Inspire Art.” – *Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht*, „Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht” 2003, nr 23, s. 1088, przypis 17.

²⁷ Prawo spółek poszczególnych państw Wspólnoty wymaga określenia siedziby statutowej w państwie inkorporacji. Przepisy państwa inkorporacji mogą wprowadzać także wymóg zgodności siedziby faktycznej z siedzibą statutową. Szerzej na temat spółki w rozumieniu art. 48 TWE; A. Gawrysiak-Zablocka, *Pojęcie spółki w prawie europejskim*, „Studia Prawnicze” 2003, z. 4, s. 5-41.

²⁸ J. Barcz, *Swoboda przedsiębiorczości*, w: *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, pod red. J. Barcza, Warszawa 2003, s. 88.

2. Zakaz ograniczania swobody zakładania przedsiębiorstw

Na mocy art. 43 i art. 48 TWE spółki korzystające ze swobody zakładania przedsiębiorstw mogą przenosić swą siedzibę oraz zakładać oddziały w innych państwach Wspólnoty. Korelatem swobody zakładania przedsiębiorstw jest zakaz jej ograniczania, a więc zakaz stosowania przez państwa Wspólnoty środków (na przykład wydania przepisów), które korzystanie ze swobody zakładania przedsiębiorstw mogą „utrudniać albo czynić mniej atrakcyjnym”²⁹.

2.1. Uznawanie statutu personalnego państwa inkorporacji

Zdaniem ETS, zakaz ograniczania swobody zakładania przedsiębiorstw został naruszony przez przepisy holenderskie (WFBV) wprowadzające wymóg posiadania przez spółkę zagraniczną zakładającą w Holandii oddział kapitału zakładowego w wysokości wymaganej dla spółek krajowych oraz wprowadzających odpowiedzialność osobistą osób prowadzących tę spółkę w czasie, gdy spółka nie posiada minimalnego kapitału zakładowego³⁰. Jest to zgodne z dotychczasową linią orzecznictwa ETS, zgodnie z nim państwo, do którego spółka zagraniczna przenosi swą siedzibę lub w którym zakłada swój oddział, musi uznawać zarówno istnienie spółki, jak i respektować dotychczasowy statut personalny spółki zagranicznej, a więc przepisy państwa, w którym spółka została założona³¹. Uznawanie regulacji prawnych innego państwa zostało wykształcone w praktyce ETS na tle wykładni przepisów regulujących swobodę przepływu towarów (art. 28-31 TWE). Przełomowy w tym względzie był wyrok ETS z 20 lutego 1979 r. w sprawie Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)³², w którym dotychczasowa „reguła kraju przeznaczenia została zastąpiona regułą kraju pochodzenia towaru”³³.

2.2. Uznawanie statutu personalnego a teoria siedziby

Uznawanie statutu personalnego kraju pochodzenia spółki może pozostawać w konflikcie z krajowymi przepisami kolizyjnymi, na mocy których statut personalny wyznacza siedziba rzeczywista spółki. Powstaje pytanie: na jakiej podstawie ETS „wymusza” stosowanie przepisów kraju, w którym spółka została założona? Nie wydaje się właściwe założenie, że z art. 43 TWE wynika norma kolizyjna, mająca pierwszeństwo przed krajową normą kolizyjną. Art. 43 ani nie wskazuje jako właściwego prawa państwa pochodzenia, ani nie wyłącza stosowania krajowych norm kolizyjnych, przedmiotem bada-

²⁹ Wyrok ETS z 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 (Kraus), Zb. Orz. ETS 1993, s. I-1663.

³⁰ Teza 104 wyroku w sprawie Inspire Art.

³¹ Teza 99 wyroku w sprawie Inspire Art: Nie jest poprawny wniosek, że WFBV w żaden sposób nie narusza swobody zakładania przedsiębiorstw, ponieważ spółka zagraniczna została uznana i nie odmówiono wpisu do rejestru, a WFBV wprowadza tylko kilka dodatkowych obowiązków administracyjnych. Zdaniem ETS, przepisy krajowe, które uzależniają założenie przez spółkę zagraniczną oddziału od poddania się reżimowi prawnemu obowiązującemu dla spółek krajowych ograniczają swobodę zakładania przedsiębiorstw (teza 104 oraz teza 105 zd. 1 wyroku w sprawie Inspire Art).

³² Zb. Orz. ETS 1979, s. 649 (Cassis de Dijon).

³³ A. Wróbel, *Znaczenie orzecznictwa „Cassis de Dijon” Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich a rozwój europejskiego prawa żywnościowego*, „Rejent” 1995, nr 10, s. 29.

nia ETS są bowiem normy prawa spółek uprzednio już wskazanego przez krajowe prawo kolizyjne³⁴. Stwierdzenie przez ETS naruszenia prawa wspólnotowego nie prowadzi ani do nieważności krajowej normy prawa kolizyjnego, ani do narzucenia ustawodawcy krajowemu określonego rozwiązania. Oznacza „tylko”, że regulacja prawna sprzeczna z prawem wspólnotowym nie może być w konkretnej sytuacji zastosowana. Zasada pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego (*Anwendungsvorgang des Gemeinschaftsrechts*) odnosi się zarówno do prawa materialnego, jak i kolizyjnego³⁵.

Po pierwsze – państwo przyjmujące musi uznać spółkę tylko wówczas, gdy uznaje ją również prawo państwa, z którego spółka przenosi swą siedzibę³⁶. Jeżeli zatem – zgodnie z praktyką niemiecką, powołującą się na założenia teorii siedziby – przeniesienie siedziby spółki jest przyczyną jej rozwiązania, powinno to być także respektowane w państwie, do którego spółka swą rzeczywistą siedzibę przeniosła³⁷.

Po drugie – ETS nie wyklucza stosowania prawa krajowego, w którym spółka ma rzeczywistą siedzibę, jeżeli byłoby to usprawiedliwione. ETS stwierdza natomiast, że krajowe przepisy prawa spółek nie mogą być stosowane tylko z tego powodu, że zostały wskazane przez krajową normę kolizyjną³⁸.

Po trzecie – sprawdzaniu (testowi) na okoliczność, czy ich stosowanie jest usprawiedliwione, podlegają nie tylko przepisy prawa spółek³⁹. Państwo „przyjmujące” nie powinno bowiem mieć możliwości uniknięcia tego badania poprzez podporządkowanie określonej instytucji prawnej innemu statutowi niż statut personalny, na przykład poprzez poddanie ochrony interesów wierzycieli przepisom o czynach niedozwolonych. Chodzi o doniosłe z praktycznego punktu widzenia – postrzegane zarazem jako „ratunek dla teorii siedziby”⁴⁰ –

³⁴ M. Szpunar, *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Kraków-Zakamycze 2002, s. 247.

³⁵ E. Schanze, A. Jüttner, *Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften – Rechtslage und Perspektiven nach Überseering-Entscheidung des EuGH*, „Aktiengesellschaft” 2003, nr 1, s. 31; M. Schulz, P. Sester, *Höchststrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering”*, „Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht” 2002, nr 12, s. 549.

³⁶ S. Leibe, J. Hoffmann, „Überseering” und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2003, z 21, 929-930.

³⁷ Teza 70 wyroku w sprawie Überseering.

³⁸ P. Behrens, *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art*, „Praxis der Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2004, z. 1, s. 25.

³⁹ G. Spindler, O. Brener, *Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art*, „Recht der internationalen Wirtschaft” 2004, z. 1, s. 11. G. Paefgen, *Auslandsgesellschaften und Durchsetzung deutscher Schutzinteressen nach „Überseering”*, „Der Betrieb” 2003, z. 9, s. 492, którego zdaniem powołanie się na normy statutu deliktowego wchodzi w grę, o ile prawo państwa inkorporacji spółki „keine vergleichbaren Schutzinstrumente vorsieht”. Inaczej J. Wilhelm, *Umgehungsverbote im Recht der Kapitalaufbringung*, „Zeitschrift für gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht” 2003, nr 167, s. 545, którego zdaniem próżnia powstała po wyparciu teorii siedziby powinna być wypełniona za pomocą ogólnych zasad służących ochronie interesów wierzycieli i wspólników: „Diese Satzprinzipien gelten aufgrund des Rechtsgedankens allgemein und sind deshalb nicht unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit angreifbar”. Z kolei E. Schanze, A. Jüttner, *Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art”*, „Aktiengesellschaft” 2003, z 12, s. 670, zaliczają przepisy deliktowe znajdujące zastosowanie przy „Existenzvernichtungshaftung” do przepisów prawa obrotu gospodarczego, które nie stanowią ograniczenia swobody zakładania przedsiębiorstw.

⁴⁰ G. Spindler, O. Berner, *Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet*, „Recht der Internationalen Wirtschaft” 2003, z. 12, s. 951; W. Bayer, *Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art” und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen*, Betriebs-Berater 2003, z. 45, s. 2364-2365; M.-P. Weller, *Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2003, z. 3, s. 209.

konstrukcje prawne, uzasadniające osobistą odpowiedzialność wspólników lub członków władz spółki z o.o. (*Durchgriffshaftung*) z tytułu wyprowadzania majątku (*Existenzvernichtungshaftung*⁴¹), zwlekania z ogłoszeniem upadłości spółki (*Insolvenzverschleppungshaftung*⁴²) czy z tytułu naruszenia reguł obowiązujących przy zawieraniu umowy (*culpa in contrahendo; venire contra factum proprium*⁴³).

Po czwarte – przedmiotem analizowanych orzeczeń są krajowe przepisy adresowane do spółek imigrujących; natomiast przepisy krajowe utrudniające spółkom emigrację do innych państw Wspólnoty – na razie – ETS nie traktuje jako ograniczenia swobody zakładania przedsiębiorstw (spółka jest bowiem tworem danego prawa krajowego, które może określać przesłanki przeniesienia siedziby)⁴⁴.

Formalnie rzecz ujmując, ETS orzeka o tym, czy stosowane przez państwa Wspólnoty środki (w tym obowiązujące przepisy prawne) ograniczają swobodę zakładania przedsiębiorstw. ETS nie wskazuje, jak państwo Wspólnoty powinno postąpić, by tego ograniczenia uniknąć. Ujmując natomiast rzecz praktycznie, należy podkreślić, że przydatność głównych założeń teorii siedziby w obrębie Wspólnoty została poprzez orzecznictwo ETS wyłączona. Z jednej bowiem strony państwo Wspólnoty, hołdujące teorii siedziby, nie może odwoływać się do jej założeń w stosunku do spółek imigrujących z innych państw Wspólnoty, z drugiej natomiast państwo takie nie powinno korzystać z założeń „teorii siedziby” w stosunku do własnych spółek emigrujących do innych państw Wspólnoty, ponieważ:

- a) nie jest to racjonalne, spółki krajowe byłyby w gorszej sytuacji niż spółki zagraniczne⁴⁵;
- b) nie jest to konieczne; zezwolenie na emigrację spółki z państwa „teorii siedziby” nie łączy się ze zmianą jej statutu personalnego: kontynuację statutu personalnego w wypadku przeniesienia siedziby gwarantuje orzecznictwo ETS⁴⁶; poza tym w wypadku przeniesienia siedziby do państwa „teorii inkorporacji” podleganie dotychczasowemu statutowi personalnemu jest skutkiem odesłania zwrotnego (*Rückverweisung*)⁴⁷;
- c) nie jest to zgodne z duchem TWE, który gwarantuje spółkom swobodę zakładania przedsiębiorstw: „podobnie jak przy swobodzie przepływu towarów, również w wypadku swobody zakładania przedsiębiorstw emigracja i imigracja powinny być traktowane w ten sam sposób”⁴⁸;

⁴¹ Związanie majątku spółki z o.o. w taki sposób, aby w pierwszym rzędzie zaspokojone zostały interesy wierzycieli, traktuje się jako korelat ograniczonej odpowiedzialności wspólników. Nieprzestrzeganie tej zasady uznaje się za nadużycie formy spółki z o.o., które uzasadnia osobistą odpowiedzialność wspólników. Szerzej M. Lutter, N. R. Banerjee, *Die Haftung wegen Existenzvernichtung*, „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” 2003, z. 3, s. 402 i n.

⁴² T. Drygała, *Ewolucja, stan obecny i perspektywy rozwoju europejskiego prawa spółek*, w: *Europejskie Prawo Spółek...*, s. 56.

⁴³ W. G. Paefgen, op. cit., s. 488.

⁴⁴ Teza 108 wyroku w sprawie Inspire Art, w której ETS przywołuje swój wyrok z 27 września 1988 r. w sprawie C 81/87 (Daily Mail), Zb. Orz. ETS 1988, s. 5505. Wyrok w sprawie Daily Mail został przywołany także w tezie 83 oraz 102 wyroku w sprawie Inspire Art.

⁴⁵ M. Lutter, „Überseering” und die Folgen, *Betrieb-Berater* 2003, z. 1, s. 10.

⁴⁶ V. Triebel, *Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach „Überseering” und „Inspire Art”*, „Betriebs-Berater” 2003, z. 46, s. 2412.

⁴⁷ Wyrok OLG z 1 lutego 2001 r.; „Neue Juristische Wochenschrift” 2001, s. 2183.

⁴⁸ H. Ziemons, op. cit., s. 1919; S. Maul, Ch. Schmidt, *Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?*, „Betriebs-Berater” 2003, z. 44, s. 2300; T. Drygała, op. cit., s. 39.

w szczególności jako niezgodne z swobodą zakładania przedsiębiorstw może być traktowane kwalifikowanie przeniesienia rzeczywistej siedziby do innego państwa Wspólnoty jako przyczyny rozwiązania spółki⁴⁹.

3. Odstępstwa od zakazu ograniczania

Stosowanie w stosunku do spółki zagranicznej przepisów krajowych nie stanowi naruszenia swobody zakładania przedsiębiorstw w następujących sytuacjach:

- 1) jeżeli ma miejsce nadużycie korzystania ze swobody zakładania przedsiębiorstw;
- 2) jeżeli krajowe przepisy wydane zostały na podstawie art. 46 TWE, a więc gdy wyznaczają specjalny status dla cudzoziemców;
- 3) jeżeli ograniczenie swobody zakładania przedsiębiorstw jest usprawiedliwione ważnymi potrzebami interesu publicznego (*imperative requirements in the public interest; Zwingende Gründe des Gemeinwohls*).

3.1. Nadużycie swobody zakładania przedsiębiorstw

Czy wspólnikowi, który zakłada spółkę w innym państwie tylko po to, by nie podlegać krajowym przepisom o tworzeniu i ochronie kapitału zakładowego, można zarzucić, że nadużywa swobody zakładania przedsiębiorstw? Działanie takie, jako sprzeczne z „prawidłowymi” regułami postępowania, nie byłoby wówczas kwalifikowane jako korzystanie z traktatowej swobody. W konsekwencji określania sytuacji prawnej takiej spółki na podstawie prawa krajowego, które wspólnik zamierzał obejść, nie można by traktować jako ograniczenie swobody zakładania przedsiębiorstw. Powołana w takim celu spółka zagraniczna nie mogłaby więc – powołując się na art. 43 TWE – zarzucać, że utrudnia się jej ekspansję do innego państwa Wspólnoty poprzez wymóg posiadania kapitału zakładowego w wysokości przewidzianej dla spółek krajowych⁵⁰.

Problem nadużycia swobody zakładania przedsiębiorstw podniesiony został przed ETS w oświadczeniach rządu holenderskiego, niemieckiego i włoskiego, w których – przywołując wyrok w sprawie Centros i wcześniejsze orzeczenia cytowane w uzasadnieniu tego wyroku – podkreśla się, że „państwo Wspólnoty jest umocowane do podejmowania środków, które powinny zapobiec temu, aby niektórzy jego obywatele wykorzystując w niewłaściwy sposób stworzone przez TWE możliwości mogli uchylać się od stosowania prawa krajowego oraz poprzez nadużycie albo oszukańczo powoływać się na prawo wspólnotowe”⁵¹.

⁴⁹ W. H. Roth, *Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering*, „Praxis der Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2003, z. 2, s. 122; P. Behrens, op. cit., s. 26; A. Kozakiewicz, W. Kurowski, *Co dalej z kodyfikacją prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce?*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 4, s. 930. Należy podkreślić, że zmiana siedziby faktycznej różni się od zmiany siedziby statutowej; ta ostatnia zgodnie z informacją Komisji z 26 lutego 2004 r. – IP/04/270 – (<http://europa.eu.int>) ma być przedmiotem regulacji czternastej dyrektywy.

⁵⁰ G. Spindler, O. Berner, op. cit., s. 8-9.

⁵¹ Teza 86 zd. 1 wyroku w sprawie Inspire Art.

Zadaniem ETS jest interpretacja postanowień Traktatu (art. 220 TWE); Trybunał nie może więc wskazywać właściwych środków, które mają przeciwdziałać nadużyciu tej swobody, może natomiast wyznaczać granice swobody zakładania przedsiębiorstw⁵². Granice swobody zakładania przedsiębiorstw zostały przez ETS określone poprzez wskazanie kryteriów, którymi należy się kierować przy kwalifikacji określonego postępowania jako nadużycie tej swobody.

Po pierwsze – należy brać pod uwagę cele, które swoboda zakładania przedsiębiorstw ma urzeczywistniać. Zgodnie z art. 43 TWE, podmioty korzystające ze swobody zakładania przedsiębiorstw same powinny decydować o tym, jakiemu prawu spółka będzie podlegała: „Każdemu obywatelowi Wspólnoty zamierzającemu założyć spółkę wolno wybrać prawo takiego Państwa Wspólnoty, które zgodnie z jego przekonaniem zagwarantuje jej największą swobodę”⁵³. Zdaniem ETS, wybór korzystniejszego reżimu prawnego spółki nie jest nadużyciem swobody zakładania przedsiębiorstw, lecz przejawem korzystania z tej swobody⁵⁴.

Założonej spółce zagranicznej nie można postawić zarzutu nadużycia swobody także z tego powodu, że jej działalność gospodarcza skoncentrowana jest w innym państwie Wspólnoty. Wielokrotnie już ETS zwracał uwagę, że dla stosowania przepisów o swobodzie zakładania przedsiębiorstw bez znaczenia jest, czy spółka w jednym państwie została założona tylko po to, aby „osiedlić się” i prowadzić działalność w innym państwie. Dla stosowania przepisów o swobodzie zakładania przedsiębiorstw nie są więc istotne – wyłączając przypadek oszustwa – powody, które były brane pod uwagę przy tworzeniu spółki Inspire Art⁵⁵. Spółka, która w jednym państwie Wspólnoty została założona tylko po to, by skorzystać z dogodnych przepisów o kapitale zakładowym, może w pełni korzystać ze swobody zakładania przedsiębiorstw, m.in. otwierając w innym państwie Wspólnoty oddział⁵⁶. Dotyczy to zresztą również nadużycia innych swobód zagwarantowanych TWE⁵⁷.

Po drugie – wydawane przez państwo Wspólnoty przepisy, mające przeciwdziałać nadużyciu swobody zakładania przedsiębiorstw, nie powinny znaleźć zastosowania tylko dlatego, że istnieje potencjalna możliwość nadużycia tej swobody. Innymi słowy, kwalifikacja określonego działania jako nadużycie swobody zakładania przedsiębiorstw powinna być dokonywana *in concreto*, a nie *in abstracto*⁵⁸. W wypadku stwierdzenia nadużycia swobody zakładania przedsiębiorstw miarodajne dla ochrony wierzycieli byłyby in-

⁵² Zwraca na to uwagę Rzecznik Generalny, S. Alber, w tezie 123 wniosków końcowych z 30 stycznia 2003 r.

⁵³ O. Sandrock, *Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie. Zu den zwingenden Vorschriften des deutschen Sitzrechts, die ein fremdes Gründungsstatut überlagern können*, „Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft” 2003, nr 102, s. 462.

⁵⁴ Teza 138 wyroku w sprawie Inspire Art.

⁵⁵ Teza 97 wyroku w sprawie Inspire Art.

⁵⁶ Teza 98 zd. 1 oraz teza 137 wyroku w sprawie Inspire Art.

⁵⁷ G. Spindler, O. Berner, op. cit., s. 9, przypis 16.

⁵⁸ Wyrok z 5 października 1994 r. w sprawie C-23/93 (TV 10), Zb. Orz. ETS 1994, s. I-4795, teza 15. Wyrok powoływany przez Rzecznika Generalnego, S. Albera, we wnioskach końcowych z 30 stycznia 2003 r. w sprawie Inspire Art Ltd. (teza 81, przypis 5).

stytucje znane w prawie państwa, w którym spółka prowadzi działalność gospodarczą i ma swoją faktyczną siedzibę⁵⁹.

3.2. Specjalny status cudzoziemców

Izba Handlowa oraz rząd holenderski, niemiecki i austriacki wyraziły opinię, że stosowanie przepisów WFBV w stosunku do spółki zagranicznej uzasadnia art. 46 TWE⁶⁰. Zgodnie z tym przepisem państwa Wspólnoty mogą wydać przepisy ustanawiające specjalny status dla cudzoziemców, jeżeli jest to uzasadnione ze względu na zdrowie, porządek publiczny oraz bezpieczeństwo publiczne. W imię tych interesów spółka zagraniczna może podlegać krajowym przepisom, w tym także o charakterze dyskryminującym (art. 46 TWE postrzegany jest jako wyjątek od wynikającego z art. 12 TWE ogólnego zakazu dyskryminacji⁶¹).

W opiniach Izby Handlowej, rządu holenderskiego, niemieckiego i austriackiego zwraca się uwagę na rolę instytucji kapitału zakładowego: „Doniosłość minimalnego kapitału została uznana wyraźnie w art. 6 drugiej dyrektywy. Celem przepisów o minimalnym kapitale zakładowym jest przede wszystkim wzmocnienie finansowej zdolności spółek i w ten sposób zabezpieczenie lepszej ochrony prywatnym i publicznym wierzycielom. Służą one ogólnie przede wszystkim temu, aby chronić wierzycieli przed niebezpieczeństwem nadużycia upadłości, która od początku nie jest wyposażona w wystarczający kapitał”⁶².

Zdaniem Rzecznika Generalnego przepisy o ochronie wierzycieli nie mogą być stosowane w imię porządku oraz bezpieczeństwa publicznego⁶³. Możliwość powoływania art. 46 TWE dla uzasadnienia stosowania krajowych regulacji chroniących interesy wierzycieli odrzucił także ETS w wyroku w sprawie Inspire Art Ltd.⁶⁴

3.3. Ochrona interesów wierzycieli spółki zagranicznej w imię ważnych potrzeb interesu publicznego

Ograniczenie swobody zakładania przedsiębiorstw może być usprawiedliwione ważnymi potrzebami interesu publicznego, do których ETS zalicza: ochronę interesów wspólników mniejszościowych, pracowników, fiskusa oraz – co przy analizie sprawy Inspire Art jest istotne – ochronę interesów wie-

⁵⁹ O. Sandrock, op. cit., s. 463. W cytowanym przez autora przykładzie nadużycie polegało nie na tym, że ze swobody korzysta założona w Anglii spółka, która działalność gospodarczą prowadzi w Niemczech, lecz na tym, że korzystanie ze swobody miało na celu pozbawienie spółki jej majątku (aktywów).

⁶⁰ Teza 108 wyroku w sprawie Inspire Art.

⁶¹ U. Forsthoff, *Die Tragweite des Rechtfertigungsgrundes aus Art. 46 Abs. 1 EG für Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und die Gesellschaften*, „Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht” 2001, s. 59 i n.

⁶² Teza 110 wyroku w sprawie Inspire Art.

⁶³ „[...] ochrona gospodarczych interesów nie podpada pod pojęcia publicznego porządku i bezpieczeństwa”. Teza 113 Rzecznika Generalnego, S. Albera, z 30 stycznia 2003 r.

⁶⁴ Teza 131 wyroku w sprawie Inspire Art.

rzycieli⁶⁵. Podjęte przez państwo Wspólnoty środki w celu ochrony wspomnianych interesów są usprawiedliwione, jeżeli: a) nie są dyskryminujące, b) są adekwatne, c) proporcjonalne.

3.3.1. Ochrona wierzycieli a zakaz dyskryminacji

Stosowane przez państwo Wspólnoty środki ochrony wierzycieli spółki zagranicznej – nawet jeżeli są usprawiedliwione ważnymi potrzebami interesu publicznego – nie mogą być dyskryminujące. Spółki zagraniczne, korzystające ze swobody zakładania przedsiębiorstw, nie mogą bowiem być traktowane inaczej niż spółki krajowe (art. 12 TWE).

Zdaniem Rzecznika Generalnego, zakaz dyskryminacji spółki zagranicznej został naruszony w art. 4 ust. 4 WFBV. Przewidziana w tym przepisie sankcja w postaci osobistej odpowiedzialności dotyczy w pewnym zakresie tylko osób prowadzących spółkę zagraniczną. Osoby prowadzące spółkę „formalnie zagraniczną” odpowiadają bowiem solidarnie i osobiście za czynności podjęte wówczas, gdy spółka nie posiadała minimalnego kapitału, nawet jeżeli brak minimalnego kapitału powstał po zarejestrowaniu spółki. Natomiast przepisy znajdujące zastosowanie w stosunku do spółek krajowych przewidują taką odpowiedzialność, ale tylko na wypadek braku minimalnego kapitału przed zarejestrowaniem spółki⁶⁶. Zróżnicowanie odpowiedzialności za zobowiązania spółki z uwagi na pochodzenie spółki ma charakter dyskryminujący, stanowi zatem nieuzasadnione ograniczenie swobody zakładania przedsiębiorstw⁶⁷.

3.3.2. Adekwatność przepisów chroniących interesy wierzycieli

3.3.2.1. Wprowadzenie

Użycie przez „państwo przyjmujące” określonego środka można uznać za adekwatne (odpowiednie), jeżeli przepisy kraju, w którym spółka została założona, nie chronią godnego ochrony interesu publicznego w sposób „funkcjonalnie ekwiwalentny”⁶⁸.

Na nieadekwatność przepisów chroniących interesy wierzycieli spółki zagranicznej zwrócił już uwagę Rzecznik Generalny, S. Alber, we wnioskach końcowych z 30 stycznia 2003 r.⁶⁹ Zakwestionował on zarówno doniosłość funkcji ochronnej kapitału zakładowego, jak i celowość wprowadzenia wymogu posiadania minimalnego kapitału zakładowego przez spółki zagraniczne, których aktywność gospodarcza skoncentrowana jest tylko w Holandii.

⁶⁵ Teza 132 wyroku w sprawie Inspire Art.; teza 92 wyroku w sprawie Überseering.

⁶⁶ Osoby prowadzące spółkę krajową odpowiadają z tego tytułu tylko do czasu rejestracji spółki (art. 2:180 ust. 2 BV); po rejestracji brak aktywów odpowiadających minimalnemu kapitałowi traktowany jest jako przyczyna rozwiązania spółki (2:185 BV).

⁶⁷ Stanowisko Inspire Art oraz Komisji. Tezy 128-139 oraz teza 128 wyroku w sprawie Inspire Art.

⁶⁸ M. Schulz, P. Sester, op. cit., s. 551.

⁶⁹ Tezy 141-146 wniosków Rzecznika Generalnego.

3.3.2.2. Funkcja ochronna kapitału zakładowego

Rzecznik Generalny, kwestionując rolę kapitału zakładowego spółki⁷⁰, odwołuje się do Raportu Grupy Ekspertów z 4 listopada 2002 r. (Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe), w którym rozwinięte zostały tezy raportu grupy SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market). Wnioski Grupy Ekspertów, dotyczące między innymi zmian Drugiej Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich (dyrektywy kapitałowej), zostały uwzględnione w Komunikacie Komisji z 21 maja 2003 r. dla Rady i Parlamentu Europejskiego zatytułowanym: „Modernizacja prawa spółek oraz polepszenie Corporate Governance Unii Europejskiej – plan działania”⁷¹.

Modernizacja europejskiego prawa spółek ma przebiegać w trzech etapach. W pierwszym etapie (do 2005 r.) mają zostać wprowadzone udogodnienia dotyczące funkcjonowania instytucji prawnych drugiej dyrektywy, w tym między innymi odpowiedzialność członków zarządu za prawdziwość sprawozdań oraz za niepodejmowanie działań, mimo dających się przewidzieć zagrożeń zdolności płatniczej spółki (*wrongful trading*), oraz odpowiedzialność tzw. szarych eminencji (*shadow directors*), czyli osób spoza grona członków władz, mających rzeczywisty wpływ na podejmowane przez spółkę decyzje. W drugim etapie (2006-2008) mają zostać przeprowadzone badania możliwości wydania – obok obowiązujących dotychczas przepisów o kapitale zakładowym – uregulowań dotyczących alternatywnego systemu ochrony interesów wierzycieli spółki wzorowanego na amerykańskim teście wypłacalności spółki (*solvency test*)⁷². Ewentualne wprowadzenie alternatywnego systemu ochrony wierzycieli przewidziane jest w trzecim etapie modernizacji europejskiego prawa spółek (od 2009 r.).

3.3.2.3. Wymóg posiadania minimalnego kapitału zakładowego a miejsce prowadzenia działalności gospodarczej przez spółkę „formalnie zagraniczną”

Zdaniem Rzecznika Generalnego, nie jest zasadne powiązanie obowiązku posiadania minimalnego kapitału z prowadzeniem przez spółki „formalnie zagraniczne” działalności gospodarczej w kraju inkorporacji. Przepis wprowadzający taki wymóg nie chroni wierzycieli w stopniu wystarczającym, nie znajduje bowiem zastosowania w sytuacji, gdyby założona w Wielkiej Brytanii spółka – mająca oddział w Holandii – prowadziła swą działalność w państwie trzecim (to znaczy ani w Wielkiej Brytanii, ani w Holandii) albo gdyby spółka Inspire Art prowadziła działalność nie tylko w Holandii, lecz także w Wielkiej Brytanii⁷³.

⁷⁰ Zdaniem Rzecznika Generalnego, rola minimalnego kapitału zakładowego sprowadza się do odstraszania przed zbyt pochopnym zakładaniem spółki (teza 142 wniosków końcowych).

⁷¹ KOM (2003) 284.

⁷² I. Komarnicki, i n. *Ograniczenia wypłat na rzecz akcjonariuszy w prawie europejskim*, w: *Europejskie Prawo Spółek...*, s. 103 i n.

⁷³ Teza 144 Rzecznika Generalnego; H. Ziemons, op. cit., s. 1916: Gdyby Inspire Art prowadziła działalność nie tylko w Holandii, lecz także w państwie założenia albo w innym państwie, nie znalazłoby zastosowania WFBV z tym skutkiem, że holenderscy wierzyciele Inspire Art nie korzystaliby z ochrony minimalnego kapitału.

Również w wyroku z 9 marca 1999 r. w sprawie Centros ETS uznał, że zastosowany przez władze duńskie środek (odmowa rejestracji oddziału spółki), mający na celu ochronę interesów wierzycieli, nie był konieczny. Odmowa wyrażenia przez władze duńskie zgody na założenie oddziału spółki brytyjskiej z tego powodu, że spółka nie prowadzi działalności w Wielkiej Brytanii, nie jest adekwatna do zamierzonego celu, jakim miała być (zgodnie ze stanowiskiem duńskim) ochrona wierzycieli. Gdyby Centros prowadził działalność na terenie Wielkiej Brytanii, interesy wierzycieli pozostałyby w takim samym stopniu zagrożone⁷⁴. Brak podjęcia działalności gospodarczej w kraju inkorporacji nie pogorszył więc sytuacji wierzycieli i tym samym nie usprawiedliwia odmowy rejestracji.

Również doktryna prawa z reguły⁷⁵ potwierdza, że różnice dotyczące ochrony wierzycieli w poszczególnych krajach Wspólnoty nie uzasadniają ograniczania swobody wyboru miejsca prowadzenia przedsiębiorstwa. Jako przykład wskazuje się angielskie instytucje prawne⁷⁶, znajdujące zastosowanie w stosunku do *private limited company* chroniące interesy wierzycieli w nie mniejszym stopniu, niż gwarantuje to – często iluzorycznie z uwagi chociażby na jego wysokość – wymóg stałego kapitału zakładowego w prawie niemieckim.

3.3.3. Proporcjonalność

Stosowanie krajowych przepisów o kapitale zakładowym w celu ochrony interesów wierzycieli spółek zagranicznych może być usprawiedliwione, jeżeli interesy wierzycieli nie są chronione za pomocą innych, łagodniejszych środków⁷⁷. Zdaniem Rzecznika Generalnego oraz ETS, istnieją dwójakiego rodzaju środki chroniące w wystarczającym stopniu interesy „dorosłych wierzycieli” (*mündige Gläubiger*) spółek zagranicznych:

- 1) dostęp do informacji o tym, że Inspire Art nie jest spółką holenderską, lecz angielską; „Inspire Art występuje nie jako spółka holenderska, lecz jako spółka prawa angielskiego. Jej potencjalni wierzyciele są wystarczająco poinformowani o tym, że ona podlega innym przepisom niż te, które w Holandii regulują założenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, co dotyczy między innymi przepisów o minimalnym kapitale zakładowym oraz odpowiedzialności prowadzących spółkę”⁷⁸;
- 2) możliwość zabezpieczenia wierzytelności: „wierzyciele są w pewnym stopniu za swoje działanie odpowiedzialni. Jeżeli im zabezpieczenie,

⁷⁴ Teza 35 wyroku w sprawie Centros.

⁷⁵ Inaczej na przykład W. H. Roth, „Centros”: Viel Lärm um Nichts?, „Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht” 2000, nr 2, s. 332, którego zdaniem w sprawie Centros ETS nie wykazał, iż przepisy państwa założenia spółki chronią interesy wierzycieli spółki w stopniu porównywalnym do tego, w jakim chronione są one w kraju, w którym urząd odmówił rejestracji jej oddziału.

⁷⁶ Na przykład odpowiedzialność członków władz z tytułu *wrongful trading* przy przewlekaniu postępowania upadłościowego czy prawo wierzycieli żądania rozwiązania spółki przy oczywiście niewystarczającym kapitale. P. Ulmer, *Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz*, „Juristenzeitung” 1999, nr 13, s. 664.

⁷⁷ Teza 147 Rzecznika Generalnego.

⁷⁸ Teza 135 wyroku w sprawie Inspire Art.

które ofiaruje prawo angielskie, nie wystarczy, mogą oni albo obstać przy dodatkowej gwarancji, albo od interesów ze spółką zagraniczną odstąpić⁷⁹.

W literaturze przedmiotu kwestionuje się jednak oparcie ochrony wierzycieli spółek zagranicznych na koncepcji „dorosłego wierzyciela” (na wzór „dorosłego konsumenta”). Po pierwsze – wierzyciele mają różny status: realne możliwości korzystania z informacji oraz zabezpieczeń przez banki są inne niż w przypadku pracowników albo małych wierzycieli⁸⁰; po drugie – dostęp do informacji o spółkach założonych w innych państwach Wspólnoty nie jest jeszcze obecnie powszechny.

V. PODSUMOWANIE

W kwestii przesłanek i zakresu swobody zakładania przedsiębiorstw wyrok w sprawie Inspire Art stanowi kontynuację dotychczasowej linii orzecznictwa ETS. Za nowatorską natomiast należy uznać tezę ETS, zgodnie z którą przy interpretacji postanowień dyrektywy nie należy kierować się zasadą standardu minimalnego.

W świetle orzecznictwa ETS wątpliwości mogą budzić niektóre polskie przepisy wyznaczające reżim prawny oddziałów spółek zagranicznych. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS oddział w innym państwie Wspólnoty może założyć spółka, która w państwie jej inkorporacji żadnej działalności gospodarczej nie prowadzi. Natomiast w myśl art. 4 pkt 6 ustawy – Prawo działalności gospodarczej⁸¹, oddział stanowi „wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej wykonywaną przez przedsiębiorcę poza głównym miejscem wykonywania działalności (zakiładem głównym)”. Z kolei, zgodnie z art. 36 Prawa działalności gospodarczej, przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział może prowadzić działalność gospodarczą wyłącznie w zakresie przedmiotu działalności gospodarczej. Przyjęcie, że czynności prawne podejmowane z naruszeniem art. 36 prawa działalności gospodarczej nie są ważne byłoby sprzeczne z orzecznictwem ETS, zgodnie z którym spółki korzystające ze swobody zakładania przedsiębiorstw podlegają prawu państwa ich inkorporacji (także w zakresie zdolności prawnej). Przyjęcie, że naruszenie art. 36 ustawy może natomiast prowadzić do wydania decyzji zakazującej wykonywania działalności gospodarczej w Polsce (art. 41)⁸², łączy się z ryzykiem zarzutu dyskryminacji. Takiemu reżimowi nie podlegają bowiem oddziały polskich spółek.

⁷⁹ Teza 125 wyroku w sprawie Inspire Art.

⁸⁰ G. Spindler, O. Berner, op. cit., s. 14; W. Bayer, op. cit., s. 2364.

⁸¹ Dz. U. 1999, Nr 101, poz. 1178. Podobnie w projekcie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (druk nr 2118 z 15 października 2003 r. oraz druk nr 2118-A z 6 lutego 2004 r.).

⁸² S. Soltyński, *Prawo właściwe dla spółek prawa handlowego*, „Rejent” 2001, z. 7-8, s. 292; J. Jacyzyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, *Działalność gospodarcza osoby zagranicznej w Polsce*, Warszawa 2002, s. 135.

ESTABLISHING A COMPANY DIVISION BY A FOREIGN COMPANY
IN THE LIGHT OF COURT OF JUSTICE'S DECISION IN THE INSPIRE ART CASE

S u m m a r y

The subject of this paper is the Court of Justice's decision in the Inspire Art case on 30th September 2003, in which the Court took position in three fundamental issues. First, the freedom of establishing a company benefits only those companies, which were established in one of the Community countries only with a view to establish a division in another Community country. Second, in the Court's view, the protection standard set by a relevant provision of a directive should be defined through the provision's interpretation, not by following the rule of minimal standard; imposing more duties on a foreign company than intended by the 11th directive was treated by the Court as an infringement of the freedom of establishing companies per se. Third, limitation of the freedom of establishing a company can be justified by urgent needs of public interest, such as: protection of the interests of minority shareholders, employees, inland revenues and, what is particularly important in Inspire Art case analysis – protection of creditors' interests. Measures taken by the Community to protect these interests are justified as long as they are not discriminatory, are adequate and proportional. The rules demanding from foreign companies a minimal venture capital equal to that of domestic companies do not meet these criteria.

The Court's decision affirms the line of rulings given so far, i.e. that a company that enjoys the freedom of establishing a company should be treated by the country to which it has moved its actual seat (or in which it has established a division) as a company of the law of its country of origin. Movement of the statutory seat of a company should be regulated in the 14th directive.

In the light of the Court of Justice rulings, a few regulations on divisions of foreign companies in Poland might raise doubts.