

## I. ARTYKUŁY

JACEK NAPIERAŁA

### PRZEKSZTAŁCENIE SPÓŁKI ZAGRANICZNEJ W SPÓŁKĘ KRAJOWĄ W ŚWIETLE WYROKU TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ W SPRAWIE VALE\*

#### I. WPROWADZENIE

1. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>1</sup> z 12 lipca 2012 r. w sprawie C-378/10 (*VALE Építési Kft*)<sup>2</sup> został wydany na wniosek złożony przez rozpatrujący kasację węgierski Sąd Najwyższy. Sąd ten podzielił ocenę węgierskiego sądu apelacyjnego, że „przeniesienie siedziby spółki podlegającej prawu innego państwa członkowskiego [...], wiążące się z ponownym utworzeniem spółki według prawa węgierskiego i wskazaniem jej włoskiego poprzednika [...], nie może zostać uznane według prawa węgierskiego za przekształcenie, ponieważ krajowe przepisy o przekształceniu mają zastosowanie do sytuacji czysto wewnętrznych”<sup>3</sup>. Zarazem jednak Sąd Najwyższy wyraził wątpliwość co do zgodności ze swobodą przedsiębiorczości przepisów krajowych, na mocy których węgierski sąd rejestrowy odmówił wpisu VALE Építési Kft, jako spółki z o.o. prawa węgierskiego, ze wzmianką, że jej poprzedniczką prawną (spółką przekształcaną) była spółka z o.o. prawa włoskiego (VALE Costruzioni Srl).

2. Cztery pytania prejudycjalne TSUE zredukował do dwóch, dotyczących interpretacji art. 49 TfUE i 54 TfUE: 1) czy przepisy te stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które – przewidując możliwość przekształcenia w odniesieniu do spółek prawa krajowego – nie przewiduje możliwości przekształcenia spółki utworzonej na podstawie prawa innego państwa członkowskiego w spółkę prawa krajowego poprzez ponowne jej utworzenie?<sup>4</sup>;

---

\* Niniejsze opracowanie zostało przygotowane w ramach realizacji projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki (nr 0012/B/H03/2011/40).

<sup>1</sup> Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – art. 251 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Wersja skonsolidowana TfUE, Dz. Urz. UE C 2008.115.47 (dalej jako: TfUE).

<sup>2</sup> Wszystkie uwzględniane w niniejszym opracowaniu wyroki TSUE dostępne są na: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pl&jur=C,T,F&td=ALL>.

<sup>3</sup> Teza 15 zd. 1 wyroku TSUE z 12 lipca 2012 r. w sprawie C-378/10 (*Vale*). (Wyrok dalej cytowany jako: wyrok TSUE w sprawie *Vale*). Na temat tego wyroku P. Błaszczuk, *Transgraniczne przekształcenie spółki jako sposób korzystania ze swobody przedsiębiorczości – glosa do wyroku TS z 12.07.2012 r. w sprawie C-378/10 VALE Építési Kft*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, z. 11, s. 40-44; K. Oplustil, *Transgraniczne przekształcenie spółki*, „Monitor Prawa Handlowego” 2012, z. 4, s. 50-59.

<sup>4</sup> Teza 23 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

2) czy państwo przyjmujące jest uprawnione do stosowania przepisów swojego prawa krajowego, dotyczących przekształceń wewnętrznych, a w szczególności, czy w przypadku transgranicznego przekształcenia państwo przyjmujące może odmówić umieszczenia w swoim rejestrze spółek wzmianki „poprzednik prawny”, skoro umieszczenie takiej wzmianki możliwe jest w przypadku przekształceń wewnętrznych?, a także czy w toku postępowania w sprawie rejestracji spółki państwo to ma obowiązek uwzględnić dokumenty wydane przez organy państwa członkowskiego pochodzenia spółki, a jeśli tak, to w jakim zakresie?<sup>5</sup>

3. Odnośnie do dopuszczalności skierowania do TSUE tego typu pytań prejudycjalnych wątpliwości wyrażali zarówno przedstawiciele doktryny prawa<sup>6</sup>, jak i uczestniczący w postępowaniu przedstawiciele rządu Zjednoczonego Królestwa oraz Urzędu Nadzoru EFTA<sup>7</sup>. Podnosili oni, że: po pierwsze – pytania mają charakter hipotetyczny, ponieważ dotyczą przekształcenia transgranicznego, a stan faktyczny nie wskazuje na to, że tego typu transgraniczna restrukturyzacja miała miejsce; po drugie – postawione pytania są zbyt ogólne, aby TSUE mógł na nie udzielić użytecznej odpowiedzi<sup>8</sup>.

Trybunał przypomniał, że odmowa wydania przezeń orzeczenia w trybie prejudycjalnym, o które wnioskował sąd krajowy, jest możliwa tylko wtedy, gdy: a) jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, b) problem jest natury hipotetycznej bądź c) Trybunał nie dysponuje informacjami w zakresie stanu faktycznego lub prawnego niezbędnymi do udzielenia przydatnej odpowiedzi na pytania, które zostały mu postawione<sup>9</sup>.

Zwrócił także uwagę, że – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem – pytania dotyczące wykładni prawa Unii korzystają z domniemania, iż mają one znaczenie dla sprawy, oraz że prawidłowość ustalenia stanu faktycznego i prawnego przedstawionego przez sąd nie podlega ocenie TSUE<sup>10</sup>. Postawione przez sąd węgierski pytania dotyczą wykładni art. 49 i 54 TfUE i zostały postawione w ramach rzeczywistego sporu dotyczącego wpisu VALE Építési do węgierskiego rejestru spółek<sup>11</sup>. Poza tym TSUE ma możliwość zrozumienia znaczenia i zakresu pytań prejudycjalnych, a tym samym udzielenia na nie użytecznej odpowiedzi, ponieważ sąd krajowy wystarczająco jasno opisał zarówno okoliczności toczącego się przed nim sporu, jak i właściwe ustawodawstwo krajowe. Również dokonana przez sąd węgierski kwalifikacja przeprowadzanej restrukturyzacji jako transgranicznego przekształcenia nie wydaje się pozbawiona znaczenia ze względu na to, że „jak wynika z akt sprawy, rzymski organ rejestrowy dokonał wykreślenia wpisu VALE Costru-

<sup>5</sup> Teza 43 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>6</sup> P. Behrens, *Kommt der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften?*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaft” 2012, z. 4, s. 122.

<sup>7</sup> European Free Trade Association (Europejskie Stowarzyszenie Wolnego Handlu).

<sup>8</sup> Teza 17 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>9</sup> Teza 18 zd. 2 wyroku TSUE w sprawie *Vale*, w której przywołana została teza 27 wyroku TSUE z 22 czerwca 2010 r. w sprawach połączonych C-188/10 i C-189/10 (*Melki i Abdeli*).

<sup>10</sup> Teza 18 zd. 1 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>11</sup> Teza 19 zd. 1 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

zioni z rejestru spółek, zaznaczając w rubryce »Wykreślenie wpisu i przeniesienie siedziby«, że »spółka przeniosła się na Węgry«<sup>12</sup>. Decyzja w sprawie tej kwalifikacji i łączącym się z nią ustaleniem „istnienia VALE Costruzioni ze względu na wykreślenie jej wpisu z rzymskiego rejestru spółek” należy do sądu węgierskiego, a nie do TSUE. Biorąc powyższe pod uwagę, TSUE nie podzielił stanowiska, że pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni art. 49 i 54 TfUE: „nie ma żadnego związku z rzeczywistością lub z przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym”<sup>13</sup>, i uznał za dopuszczalny wniosek sądu węgierskiego o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym<sup>14</sup>.

Z kolei – odpowiadając na pytania w sprawie uwzględniania przepisów krajowych przy transgranicznym przekształceniu – TSUE nawiązał do wcześniejszych wyroków, w których dokonywał wykładni zasady równoważności (regulacje krajowe chroniące prawa przyznane jednostkom z mocy prawa unijnego nie mogą być mniej korzystne niż regulacje – znajdujące zastosowanie w podobnych sytuacjach – służące ochronie praw przyznanych jednostkom na podstawie prawa krajowego) oraz zasady skuteczności (regulacje krajowe nie powinny uniemożliwiać ani nadmiernie utrudniać korzystania jednostkom z praw na mocy prawa unijnego)<sup>15</sup>. Rzeczywiście, w tego typu pytania prejudycjalne wpisane jest ryzyko zarzutu oczekiwania na odpowiedź – do udzielenia której TSUE nie jest właściwy – w sprawie zgodności prawa krajowego z prawem Unii. Wypowiadając się wielokrotnie wcześniej w tej sprawie, TSUE podkreślał jednak, że jest właściwy do udzielania sądowi krajowemu wskazówek na temat wykładni prawa unijnego, umożliwiającej sądowi krajowemu ocenę co do zgodności z prawem unijnym stosowanego prawa krajowego<sup>16</sup>. To sąd krajowy przesądza o celowości postawienia pytania prejudycjalnego i uwzględnia wskazówki udzielone przez TSUE przy rozstrzygnięciu konkretnej sprawy. Jeżeli natomiast pytania prejudycjalne dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał ma co do zasady obowiązek wydania orzeczenia<sup>17</sup>.

Należy przyjąć, że również w sprawie *Vale* TSUE uznał, że u podstaw pytania o możliwość stosowania węgierskich regulacji krajowych do transgranicznego przekształcenia leży pytanie o interpretację unijnej zasady równoważności oraz zasady skuteczności. Podobnie jak we wcześniejszych sprawach, także w niniejszej nie chodzi o „dokonanie wykładni prawa krajowego lub krajowego wyroku sądowego, lecz udzielenie sądowi krajowemu wskazówek co do wykładni zasad skuteczności i równoważności, by umożliwić

<sup>12</sup> Teza 19 zd. 2 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>13</sup> Teza 20 zd. 2 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>14</sup> Teza 22 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>15</sup> Teza 48 wyroku TSUE w sprawie *Vale* i cytowane tam poprzednie wyroki dotyczące: zwrotu nienależnego świadczenia, prawa administracyjnego, odpowiedzialności pozaumownej państwa członkowskiego oraz wymogu zaświadczenia w celu skorzystania z korzyści podatkowej.

<sup>16</sup> Na przykład teza 23 wyroku TSUE z 26 stycznia 2010 r. w sprawie C-118/08 (*Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*). Sprawa dotyczyła wykładni zasad skuteczności i równowagi w odniesieniu do unormowań mających w hiszpańskim porządku prawnym zastosowanie do wnoszonych przeciwko państwu skarg o stwierdzenie odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu naruszenia prawa Unii.

<sup>17</sup> Teza 25 wyroku TSUE z 26 stycznia 2010 r. w sprawie C-118/08 (*Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*) i cytowane tam wcześniejsze wyroki TSUE.

mu przeprowadzenie oceny”<sup>18</sup>; w sprawie *Vale* chodzi o wskazówkę dotyczącą stosowania prawa krajowego przy przekształceniu spółki zagranicznej w spółkę krajową.

## II. TRANSGRANICZNE PRZEKSZTAŁCENIE SPÓŁKI JAKO POSTAĆ SWOBODY PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

### 1. Wprowadzenie

1. Swoboda przedsiębiorczości wyznacza spółkom sferę możliwości dokonywania ekspansji gospodarczej do innego państwa członkowskiego. Ekspansja ta może przybrać postać transgranicznej restrukturyzacji między innymi w formie transgranicznej fuzji, podziału bądź transgranicznego przekształcenia. W ten sposób TSUE interpretuje art. 49 TfUE w wyroku zarówno w sprawie C-411/03 (*Sevic Systems*)<sup>19</sup>, jak i w sprawie C-210/06 (*Cartesio*)<sup>20</sup>. Utraciła zatem aktualność teza, w myśl której prawo krajowe może uniemożliwiać spółce przeniesienie siedziby niezależnie od tego, czy to przeniesienie łączy się ze zmianą statutu personalnego (przekształceniem spółki w spółkę zagraniczną), czy też nie<sup>21</sup>. Zbędna staje się także droga pośrednia poprzez założenie przez spółkę krajową w innym państwie członkowskim swej spółki córki, wniesienie do niej całego swego majątku, a następnie rozwiązanie się.

2. Korzystanie ze swobody przedsiębiorczości (w sposób pierwotny) zakłada dalsze trwanie emigrującej spółki w państwie imigracji w jednej z dwóch<sup>22</sup> wchodzących w grę postaci:

a) Jako spółka funkcjonująca w państwie imigracji w swej dotychczasowej postaci. Jest to możliwe tylko wówczas, gdy państwo emigracji się temu nie sprzeciwia. Znajduje to wyraz w głównej tezie wyroku TSUE w sprawie C-210/06 (*Cartesio*), którą należy interpretować w ten sposób, że państwo pochodzenia „jest zasadniczo zobowiązane dopuścić emigrację spółek założonych na podstawie swego prawa. Może swobodnie decydować jedynie o tym,

<sup>18</sup> Teza 26 wyroku TSUE z 26 stycznia 2010 r. w sprawie C-118/08 (*Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*).

<sup>19</sup> Wyrok z 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-411/03 (*Sevic Systems*).

<sup>20</sup> Wyrok TSUE z 16 grudnia 2006 r. w sprawie C-210/06 (*Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*). Szerzej na temat tego wyroku J. Napierała, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Cartesio*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, z. 2, s. 405-436; M. Szydło, *Emigracja spółek na rynku wewnętrznym w ocenie TSUE*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 8, s. 46-58; A. Opalski, *Swoboda osiedlania się spółek w świetle wyroku w sprawie Cartesio*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 9, s. 59-71; A. W. Wiśniewski, A. Opalski, *Companies' Freedom of Establishment after the ECJ Cartesio Judgment*, „European Business Organization Law Review” 2009, nr 4, s. 595-625.

<sup>21</sup> Z uzasadnienia orzeczenia OLG München z 4 października 2007 r. (31 Wx 36/07), „Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht” 2007, z. 23, s. 915: „To obowiązuje niezależnie od tego, czy chce się utrzymać formę prawną GmbH niemieckiego prawa, czy też – czego przykładem jest tu wnioskodawca – chce się przyjąć formę prawną państwa przyjmującego (*Zuzuglandes*)”.

<sup>22</sup> Ch. Thiermann, „*Grenzüberschreitende Neugründung einer Gesellschaft*” – ein neues Rechtsinstitut innerhalb der Europäischen Union?, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaft” 2012, z. 6, s. 213.

czy dopuszcza także zachowanie statusu [spółki emigrującej – uzup. J.N.] jako spółki prawa krajowego”<sup>23</sup>.

Zachowanie spółce takiego dotychczasowego statusu umożliwia państwo, którego prawo kolizyjne hołduje teorii inkorporacji. Potwierdza to precedensowy wyrok TSUE w sprawie C-371 (*National Grid Indus BV*)<sup>24</sup>. Jest to pierwszy wyrok dotyczący ograniczenia spółce możliwości emigracji poprzez obciążenie podatkowe z tytułu niezrealizowanych zysków („ukrytych rezerw”), wynikających z różnic kursu walut; poprzednie wyroki TSUE w podobnych sprawach – C-9/02 (*de Lasteyrie du Saillant*)<sup>25</sup> oraz C-470/04 (*N*)<sup>26</sup> – dotyczyły bowiem „tylko” osób fizycznych. W wyroku w sprawie C-371/10 (*National Grid Indus BV*) TSUE: po pierwsze – potwierdził główne tezy swoich wcześniejszych wyroków w sprawach 81/87 (*Daily Mail*)<sup>27</sup>, C-208/00 (*Überseering*)<sup>28</sup> oraz C-210/06 (*Cartesio*), dotyczących wpływu krajowego prawa spółek na podmiotowy zakres swobody przedsiębiorczości (tzw. kwestia wstępna<sup>29</sup>); po drugie – nie podzielił poglądu uczestniczących w postępowaniu przedstawicieli siedmiu rządów państw członkowskich co do jeszcze szerszego wpływu krajowego prawa spółek na podmiotowy zakres swobody przedsiębiorczości<sup>30</sup>; po trzecie – potwierdził, że państwo członkowskie może stosować środki utrudniające spółce emigrację (tu: obowiązek podatkowy) tylko wówczas, gdy są one usprawiedliwione<sup>31</sup>.

b) Jako spółka przekształcona w formę (postać) spółki państwa imigracji – o ile prawo tego państwa „na to pozwala”. Formułą tą posłużył się TSUE

<sup>23</sup> Teza 35 zd. 2 opinii Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z 8 września 2011 r. w sprawie C-371/10 (*National Grid Indus BV*). „Jest więc bezsporne, że przeniesienie spółki za granicę nie jest procesem, który *per se* wypada z zakresu stosowania swobody przedsiębiorczości” (teza 35 zd. 1, *ibidem*).

<sup>24</sup> Wyrok z 29 listopada 2011 r. w sprawie C-371/10, *National Grid Indus BV przeciwko Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*.

<sup>25</sup> Wyrok TSUE w sprawie C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*.

<sup>26</sup> Wyrok TSUE z 7 września 2006 r. w sprawie C-470/04, *N przeciwko Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*.

<sup>27</sup> Wyrok TSUE z 27 września 1988 r. w sprawie 81/87, *The Queen przeciwko H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*.

<sup>28</sup> Wyrok TSUE z 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00, *Überseering BV, Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*.

<sup>29</sup> Pogląd TSUE, że państwa członkowskie mają możliwość decydowania o tym, czy spółka może korzystać ze swobody przedsiębiorczości, spotkał się z krytyką. Por. np. M. Szydło, *Emigracja spółek na rynku wewnętrznym w ocenie TSUE*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 8, s. 52-53; A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 90, przyp. 7.

<sup>30</sup> Rządy niderlandzki, niemiecki, włoski, portugalski, fiński, szwedzki i Zjednoczonego Królestwa twierdzą, że jeśli państwo członkowskie ma kompetencję do wymagania rozwiązania i likwidacji emigrującej spółki, to państwo to powinno być również umocowane do nałożenia zobowiązań podatkowych, skoro umożliwia ono – co sprzyja rynkowi wewnętrznemu – przeniesienie siedziby z zachowaniem osobowości prawnej. Teza 29 wyroku TSUE w sprawie C-371/10 (*National Grid Indus BV*). Natomiast zgodnie z pkt 1 sentencji tego wyroku: „Spółka utworzona zgodnie z prawem jednego państwa członkowskiego, która przenosi siedzibę faktycznego zarządu do innego państwa członkowskiego – przy czym to przeniesienie siedziby nie narusza jej statusu spółki pierwszego państwa członkowskiego – może powołać się na art. 49 TFUE w celu zakwestionowania zgodności z prawem opodatkowania nałożonego na nią przez pierwsze państwo członkowskie z tytułu tego przeniesienia siedziby”.

<sup>31</sup> Teza 37 wyroku z 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (Gebhard)*, w której TSUE przywołuje tezę 32 wyroku z 31 marca 1993 r. w sprawie C19/92 (*Kraus*).

w *obiter dictum* wyroku w sprawie *Cartesio*, formułując doniosłą praktycznie tezę, zgodnie z którą przeniesienie samej siedziby faktycznej „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”<sup>32</sup>. W tej sytuacji państwo członkowskie nie może bowiem – poprzez wymóg rozwiązania i likwidacji spółki – uniemożliwić „jej przekształcenie się w spółkę prawa krajowego tego drugiego państwa członkowskiego, o ile jego prawo na to pozwala”<sup>33</sup>. Do tej formuły wyroku w sprawie *Cartesio* odniósł się TSUE również w analizowanym wyroku w sprawie *Vale*.

## 2. Treść formuły wyroku *Cartesio*: o ile prawo państwa imigracji „na to pozwala”

1. Znamienne jest, że w sprawie *Vale* węgierski Sąd Najwyższy – mimo że transgraniczne przekształcenie spółki potraktował jako jedną z postaci korzystania ze swobody przedsiębiorczości – nie odniósł się *expressis verbis* do wspomnianej wyżej tezy *obiter dictum* wyroku w sprawie *Cartesio*. Stwierdzenie, że transgraniczne przekształcenie „nie może zostać uznane według prawa węgierskiego za przekształcenie, ponieważ krajowe przepisy o przekształceniu mają zastosowanie do sytuacji czysto wewnętrznych”, może świadczyć, że formułę wyroku TSUE w sprawie *Cartesio* (o ile państwo imigracji „na to pozwala”) węgierski Sąd Najwyższy rozumie w ten sposób, iż dla skutecznego transgranicznego przekształcenia nie wystarcza, że w państwie imigracji przepisy o przekształceniu znajdują zastosowanie tylko do spółek krajowych. Z drugiej jednak strony istnieją podstawy do wniosku, że to właśnie w tej kwestii Sąd Najwyższy powziął wątpliwość uzasadniającą postawienie pytania prejudycjalnego<sup>34</sup>. Tak też istotę rozpatrywanych łącznie pierwszych dwóch pytań prejudycjalnych odczytał TSUE<sup>35</sup>.

2. Trybunał słusznie zwraca uwagę, że formuły wyroku *Cartesio* (o ile prawo „na to pozwala”) nie należy w każdym razie rozumieć w ten sposób, „że co do zasady prowadzi ono do wyłączenia ustawodawstwa przyjmującego państwa członkowskiego dotyczącego przekształceń spółek spod zakresu zastosowania postanowień TFUE regulujących swobodę przedsiębiorczości”<sup>36</sup>. Innymi słowy, możliwość dokonania transgranicznego przekształcenia, o ile prawo państwa imigracji „na to pozwala”, nie oznacza, że państwo to może transgraniczne przekształcenie uniemożliwić<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Teza 111 wyroku TSUE w sprawie C-210/06 (*Cartesio*).

<sup>33</sup> Teza 112 *in fine* wyroku TSUE w sprawie C-210/06 (*Cartesio*).

<sup>34</sup> Teza Vorlageabschluss des Obersten Gerichts Ungarn vom 17.6.2010, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2010, z. 40, s. 1956-1959.

<sup>35</sup> Teza 23 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>36</sup> Teza 32 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>37</sup> Inaczej D. Gebert, J. Fingerhuth, *Die Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung ins Ausland – Steuerliche Fallstricke im Licht aktueller gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen*, „Internationales

3. Pozostał do rozstrzygnięcia dylemat: czy prawo państwa przyjmującego „na to pozwala” już wówczas, gdy reguluje przekształcenie spółek krajowych, czy dopiero wtedy, gdy przewiduje szczególną regulację dla transgranicznych przekształceń? Wydawałoby się, że zgodnie z wyrokiem w sprawie *Sevic Systems* państwo członkowskie, w którym uregulowana została określona postać restrukturyzacji spółki (także zmiana formy prawnej spółki), powinno taką regulację pozostawić do dyspozycji również spółkom zagranicznym, korzystającym ze swobody przedsiębiorczości. Należałoby zatem przyjąć, że transgraniczne przekształcenie będzie możliwe już wówczas, gdy imigrująca spółka zrealizuje wszystkie kroki i spełni przesłanki, które są wymagane do wewnętrznego przekształcenia (w państwie imigracji)<sup>38</sup>. Inna sprawa, że również państwo emigracji może wymagać podjęcia stosownych kroków (np. w celu ochrony wierzycieli) jako przesłanki wykreślenia z rejestru spółki „przekształcanej”<sup>39</sup>.

4. Do podobnego wniosku dochodzi TSUE w wyroku sprawie *Vale* – nieco inaczej jednak rozkłada akcenty:

Po pierwsze – punktem wyjścia stał się brak regulacji umożliwiającej dokonanie transgranicznego przekształcenia; zdaniem TSUE „uregulowanie krajowe, które przewidując możliwość przekształcenia w odniesieniu do spółek prawa krajowego, nie przewiduje możliwości przekształcenia spółki utworzonej na podstawie prawa innego państwa członkowskiego w spółkę prawa krajowego, objęte jest zakresem zastosowania art. 49 TFUE i 54 TFUE”<sup>40</sup>.

Po drugie – sformułowanie, o ile prawo „na to pozwala”, zdaniem TSUE stanowi „jedynie odbicie stwierdzenia, iż spółka utworzona na podstawie przepisów prawa krajowego istnieje wyłącznie za pośrednictwem ustawodawstwa krajowego, które w przypadku spełnienia przewidzianych w nim warunków zezwala na jej utworzenie”. TSUE podkreśla więc rolę prawa państwa imigracji przy transgranicznym przekształceniu. Jeżeli – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem – „spółka utworzona na mocy porządku prawnego danego państwa istnieje wyłącznie za pośrednictwem prawa krajowego, regulującego jej tworzenie i działanie”<sup>41</sup>, to spółka przekształcona (reinkorporowana) w drodze transgranicznego przekształcenia istnieje wyłącznie „za pośrednictwem” prawa państwa imigracji.

Po trzecie – TSUE nie wyklucza także rozumienia omawianej formuły wyroku *Cartesio* w ten sposób, że jeżeli w państwie przyjmującym zostało

Sreuerrecht” 2009, z. 13, s. 446; R. Sethe, K. Winzer, *Der Umzug von Gesellschaften in Europa nach dem Cartesio-Urteil*, „Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht” 2009, z. 12, s. 538.

<sup>38</sup> M. Jaensch, *Der grenzüberschreitende Formwechsel vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH*, „Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht” 2007, z. 3, s. 99; Ch. Teichmann, P. Ptak, *Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus deutsch-polnischer Perspektive*, „Recht der Internationalen Wirtschaft” 2010, z. 12, s. 820; S. Hußlein, *Der grenzüberschreitende Rechtsformwechsel im Europäischen Wirtschaftsraum*, GRIN Verlag 2010, Dokument nr V157214, München 2010, s. 52; Ch. Thiermann, op. cit., s. 209 i literatura w przyp. 11.

<sup>39</sup> Ch. Teichmann, P. Ptak, op. cit., s. 820.

<sup>40</sup> Teza 33 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>41</sup> Teza 27 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

uregulowane przekształcenie spółek (zmiana formy prawnej), to państwo to ma obowiązek uznawania (wpisania do rejestru) przekształcenia z udziałem spółki zagranicznej jako przekształcaniej. Trybunał zastrzega zarazem, że obowiązek ten nie narusza kompetencji państwa przyjmującego „do określania zasad tworzenia i działania spółki powstałej wskutek transgranicznego przekształcenia”<sup>42</sup>.

Po czwarte – nawiązując do stanowiska wyrażonego wcześniej w tezie 19 wyroku *Sevic Systems*, TSUE potwierdził, że „co do zasady operacje przekształcenia spółek należą do zakresu działalności gospodarczej, w odniesieniu do której państwa członkowskie mają obowiązek respektować swobodę przedsiębiorczości”<sup>43</sup>.

5. Odmienną – niezgodną z wyrokiem w sprawie *Vale* – interpretacją posłużył się natomiast OLG Nürnberg w wyroku z 13 lutego 2012 r. (12 W 2361/11)<sup>44</sup>. W sprawie tej chodziło o przeniesienie statutowej i rzeczywistej siedziby spółki prawa luksemburskiego do Niemiec (zauważalna jest zbieżność konfiguracji transgranicznej z tą, która stanowiła podstawę wyroku w sprawie *Sevic Systems*) i przekształcenie jej w spółkę kapitałową prawa niemieckiego („unter Identitätswahrendem Formwechsel”) w odpowiednik spółki kapitałowej prawa niemieckiego (GmbH). Zdaniem OLG Nürnberg takie przekształcenie na gruncie materialnego prawa niemieckiego nie jest dopuszczalne. Uzasadnienie wyroku wskazuje, że formułę *Cartesio* (o ile prawo państwa imigracji „na to pozwala”) OLG Nürnberg interpretuje wąsko. Chociaż w tej konkretnej sprawie – nawet przy uwzględnieniu właściwego rozumienia formuły *Cartesio* – istotnie braki wniosku o wpis przekształcenia do rejestru i tak uniemożliwiałyby wpis tego transgranicznego przekształcenia do niemieckiego rejestru.

### 3. Podmiotowy i przedmiotowy zakres swobody przedsiębiorczości

Korzystanie przez spółki ze swobody przedsiębiorczości obejmuje wszystkie działania, które umożliwiają spółce „rzeczywiste wykonywanie przez nieograniczony czas działalności gospodarczej za pomocą trwałej organizacji

<sup>42</sup> Teza 30 wyroku TSUE w sprawie *Vale*. Myśl ta została rozwinięta w tezie drugiej sentencji wyroku w sprawie *Vale*: „Artykuły 49 TFUE i 56 TFUE, w kontekście transgranicznych przekształceń spółek, należy interpretować w ten sposób, że przyjmujące państwo członkowskie jest uprawnione do stanowienia norm prawa wewnętrznego mających zastosowanie do przeprowadzania takich przekształceń, a tym samym do stosowania przepisów swojego prawa krajowego dotyczących przekształceń wewnętrznych, regulujących sposób tworzenia i działania spółek, takich jak wymogi w zakresie przygotowywania bilansu i wykazu składników majątku”.

<sup>43</sup> Teza 24 wyroku TSUE w sprawie *Vale*. TSUE nie podzielił stanowiska Niemiec, Węgier, Irlandii oraz Zjednoczonego Królestwa, że „tego rodzaju uregulowanie nie jest objęte art. 49 TFUE i 54 TFUE, gdyż transgraniczne przekształcenia spółek, w odróżnieniu od transgranicznych połączeń spółek, które były przedmiotem ww. wyroku w sprawie *SEVIC Systems*, prowadzą do utworzenia spółki w przyjmującym państwie członkowskim”. Teza 25 wyroku TSUE w sprawie *Vale*. Por. także pierwsza teza sentencji wyroku w sprawie *Vale* TSUE: „Artykuły 49 TFUE i 54 TFUE należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które przewidując możliwość przekształcenia w odniesieniu do spółek prawa krajowego, zakazuje co do zasady przekształcenia spółki utworzonej na podstawie prawa innego państwa członkowskiego w spółkę prawa krajowego poprzez ponowne jej utworzenie”.

<sup>44</sup> „Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht” 2012, z. 9, s. 395 i n.



w innym państwie członkowskim”<sup>45</sup>, a więc działalności, którą wyróżniają trzy cechy kryteria: a) samodzielne prowadzenie działalności zarobkowej, b) trwała obecność w innym państwie członkowskim oraz c) transgraniczność.

Dwie kontrowersyjne kwestie poruszone przez TSUE w wyroku w sprawie *Vale* – dotyczące zakresu przedmiotowego i podmiotowego swobody przedsiębiorczości – wymagają bliższego wyjaśnienia: 1) wymóg przeniesienia siedziby faktycznej oraz 2) spółka przekształcana jako podmiot swobody przedsiębiorczości.

### 3.1. Transgraniczne przekształcenie a przeniesienie siedziby faktycznej

1. Trybunał wyraźnie wyeksponował rolę faktycznej ekspansji spółki do innego państwa członkowskiego przy kwalifikacji transgranicznego przekształcenia jako postaci swobody przedsiębiorczości. Uzasadniając swe stanowisko, sięgnął do korzeni: odwołał się mianowicie do tezy wyroku w sprawie C-196/04 (*Cadbury Schweppes*)<sup>46</sup>, w której z kolei została przywołana między innymi – cytowana wyżej – teza wyroku z 1991 r. w sprawie C-221/89 (*Factortame*)<sup>47</sup>, zawierająca „klasyczną” definicję przedmiotowego zakresu swobody przedsiębiorczości. Przypomnijmy, że w wyroku w sprawie *Cadbury Schweppes* TSUE podkreślił, że „pojęcie przedsiębiorczości w rozumieniu postanowień traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości zakłada faktyczne wykonywanie działalności gospodarczej poprzez stały zakład w tym państwie na czas nieokreślony [...]. Zakłada ona zatem rzeczywiste utworzenie danej spółki w przyjmującym państwie członkowskim i faktyczne wykonywanie w nim działalności gospodarczej”<sup>48</sup>.

O ile jednak w sprawie *Cadbury Schweppes* chodziło o korzystanie ze swobody przedsiębiorczości poprzez zakładanie spółki córki, a wymóg prowadzenia działalności gospodarczej został podniesiony w kontekście zwalczania praktyk stanowiących nadużycie tej swobody, o tyle w wypadku sprawy *Vale* chodzi o przekształcenie spółki zagranicznej w spółkę krajową (transgraniczne przekształcenie).

2. W wyroku w sprawie *Vale* – podobnie jak w wyroku *Cadbury Schweppes* – TSUE podkreśla, że istotnym elementem korzystania ze swobody przedsiębiorczości jest faktyczne wykonywanie działalności gospodarczej<sup>49</sup>. Trybunał dodaje zarazem: „W niniejszym przypadku nic w postępowaniu przed Trybunałem nie sugeruje, że *VALE Épitési* będzie prowadzić działalność tylko na terytorium Włoch, zaś rzeczywistym celem tej spółki nie jest realne

<sup>45</sup> Wyrok TSUE z 25 lipca 1991 r. w sprawie C-221/89, *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex Factortame Ltd* oraz inni.

<sup>46</sup> Wyrok z 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd, przeciwko Commissioners of Inland Revenue*.

<sup>47</sup> Wyrok TSUE z 25 lipca 1991 r. w sprawie C-221/89, *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex Factortame Ltd* oraz inni.

<sup>48</sup> Teza 54 wyroku TSUE w sprawie C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

<sup>49</sup> Teza 34 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

przeniesienie siedziby na Węgry, choć ustalenie tej kwestii leży w gestii sądu odsyłającego”<sup>50</sup>. Ergo, jeżeli sąd węgierski stwierdzi, że spółka włoska nie zamierza prowadzić działalności gospodarczej na Węgrzech – a więc jej celem nie jest przeniesienie działalności gospodarczej do tego kraju – to nie może ona powoływać się na swobodę przedsiębiorczości (art. 49 i art. 54 TfUE).

Wypowiedź ta osłabia argument, że za przyznaniem spółkom krajowym możliwości przekształcania się w spółkę zagraniczną z zachowaniem w państwie emigracji swej dotychczasowej siedziby faktycznej<sup>51</sup> przemawiać może wtórne prawo unijne, które nie wyklucza możliwości przekształcenia spółki krajowej w spółkę zagraniczną z pozostawieniem „głównego ośrodka podstawowej działalności” (miejsce głównego zarządzania spółką) w dotychczasowym państwie. Wskazanie takiego miejsca pozwala na obalenie domniemania wynikającego z art. 3 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego<sup>52</sup>, zgodnie z którym ośrodek ten znajduje się w miejscu siedziby statutowej spółki. W wyroku w sprawie *Vale TSUE* wyraźnie bowiem postawił na realny element transgranicznego przekształcenia<sup>53</sup>. Na swobodę przedsiębiorczości nie może zatem powoływać się spółka, która – poprzez zmianę statutu personalnego w wyniku zmiany siedziby statutowej i rejestrowej – zmierza „tylko” do zainstalowania w państwie imigracji swojej skrzynki pocztowej<sup>54</sup>. Inna sprawa, że tego typu transgraniczna restrukturyzacja może się dokonać, jeżeli państwo imigracji umożliwia krajowym spółkom inkorporację bez wymogu lokalizacji siedziby faktycznej na swoim terytorium.

3. Nie jest do końca jasne, co należy rozumieć przez wymóg faktycznego wykonywania (prowadzenia) działalności gospodarczej w państwie reinkorporacji spółki. W szczególności, czy chodzi o miejsce podejmowania głównych decyzji, czy o miejsce, w którym decyzje te są wykonywane?

Można przyjąć, że faktyczne prowadzenie działalności gospodarczej odpowiada głównemu ośrodkowi podstawowej działalności (dłużnika) w rozumieniu art. 3 ust. 1 cytowanego wyżej rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000, zgodnie z którym dla wszczęcia postępowania upadłościowego właściwy jest sąd tego państwa członkowskiego, na terytorium którego taki „główny ośrodek” się znajduje. Z kolei – zgodnie z tezą 13 preambuły tego rozporządzenia – „główny

<sup>50</sup> Teza 35 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>51</sup> Choć nie kończy dyskusji; TSUE pozwala bowiem na zakładanie spółki, której cała działalność prowadzona była w innym kraju – por. wyroki TSUE z 9 marca 1999 w sprawie C-212/97 (*Centros*) oraz z 3 września 2003 r. w sprawie C-167/01 (*Inspire Art*); zakładanie spółki zagranicznej po to tylko, by pełniła rolę spółki przejmującej przyłączeniu się ze spółką matką, traktowane jest także jako sposób transgranicznego przekształcenia. C. Behme, *Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach Cartesio und Vale*, „Zeitschrift für Gesellschaftsrecht” 2012, z. 24, s. 939 i literatura w przyp. 31.

<sup>52</sup> Dz. Urz. WE L 160 z 30 czerwca 2000 r., s. 1.

<sup>53</sup> S. Leible, *Warten auf die Sitzverlegungsrichtlinie*, w: H. Altmepfen, H. Fitz, H. Honsell (red.), *Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag*, München 2011, s. 455.

<sup>54</sup> M. Szydło, *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Warszawa 2008, s. 234; W. Bayer, J. Schmidt, *Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn*, „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” 2009, z. 6, s. 753.

ośrodek podstawowej działalności powinien oznaczać miejsce, w którym dłużnik zazwyczaj zarządza swoją działalnością i jako takie jest rozpoznawalne przez osoby trzecie<sup>55</sup>. Brak natomiast podstaw, aby przy kwalifikacji transgranicznego przekształcenia jako postaci korzystania ze swobody przedsiębiorczości kierować się wzruszalnym domniemaniem art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1346/2000, w myśl którego głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest siedziba określona w statucie spółki.

Prowadzenie działalności gospodarczej może więc polegać na zarządzaniu – poprzez stałą strukturę organizacyjną zlokalizowaną na Węgrzech – działalnością gospodarczą spółki wykonywaną *de facto* w innym państwie członkowskim (korzystaniu ze swobody świadczenia usług bądź prowadzenie działalności poprzez oddział). Idąc tym tropem, można przyjąć, że tak jak VALE Costruzioni Srl mogłaby z Włoch zarządzać działalnością na Węgrzech, tak i przekształcona węgierska spółka VALE Építési będzie mogła nadal prowadzić działalność gospodarczą na terytorium Włoch.

## 3.2. Spółka jako podmiot swobody przedsiębiorczości

### 3.2.1. Wprowadzenie

Zgodnie z art. 54 akapit 1 TfUE ze swobody przedsiębiorczości może korzystać spółka założona „zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego”. Krajowe prawo spółek stanowiące podstawę inkorporacji spółki ma charakter autonomiczny: spółka krajowa jest tworem prawa państwa inkorporacji i tylko ono przesądza o przesłankach jej powstania i jej istnienia.

Teza ta – sformułowana wcześniej w wyrokach w sprawach *Daily Mail*, *Cartesio* i *National Grid Indus BV*<sup>56</sup> – została uwzględniona w wyroku w sprawie *Vale*. Zdaniem TSUE: po pierwsze – „kwestia, czy art. 49 TfUE ma zastosowanie do spółki powołującej się na ustanowioną tym postanowieniem podstawową swobodę, stanowi kwestię wstępną, na którą w obecnym stanie prawa Unii odpowiedź można znaleźć jedynie w mającym zastosowanie prawie krajowym”<sup>57</sup> (wyróż. – J.N.); po drugie – TSUE państwo członkowskie posiada prawo określenia: a) 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” oraz b) kryterium wymaganego „do utrzymania tego statusu w przyszłości”<sup>58</sup>. Państwo inkorporacji spółki może „decydować o tym, czy dopuszcza zachowanie statusu emigrującej spółki jako spółki prawa krajowego”<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Zarządzanie swoją działalnością po przeniesieniu siedziby do innego państwa członkowskiego może polegać także na prowadzeniu czynności likwidacyjnych. Teza 71 opinii Rzecznika Generalnego (Juliane Kokott) z 10 marca 2011 r. w sprawie C-396/09 (*Interedil Srl, w likwidacji*).

<sup>56</sup> Wyrok TSUE z 20 listopada 2011 r. w sprawie C-371/10 (*National Grid Indus BV*).

<sup>57</sup> Teza 28 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>58</sup> Teza 29 wyroku TSUE w sprawie *Vale*; teza 110 wyroku TSUE w sprawie C-210/06 (*Cartesio*); teza 27 wyroku w sprawie C-371/10 (*National Grid Indus BV*).

<sup>59</sup> Teza 35 zd. 2 opinii Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z 8 września 2011 r. w sprawie C-371/10 (*National Grid Indus BV*).

### 3.2.2. Spółka „założona” zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego

1. Ze swobody przedsiębiorczości może korzystać spółka „założona” zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego (art. 54 akapit 1 TfUE). Chodzi o prawo tego państwa członkowskiego, zgodnie z którym została ona skutecznie inkorporowana, a więc o prawo, które – zgodnie z wyborem założycieli – ma stanowić statut personalny spółki.

2. Jeżeli założyciele chcą założyć spółkę w państwie hołdującym „teorii” siedziby rzeczywistej, to siedziba ta nie może znajdować się w innym państwie. Natomiast lokalizacja siedziby rzeczywistej nie będzie miała znaczenia, jeżeli spółka zostanie założona w państwie, w którym – zgodnie z prawem kolizyjnym tego państwa – statut personalny wyznacza łącznik miejsca inkorporacji spółki. Spółka zostanie założona zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego, jeżeli spełnione zostaną wymogi (przesłanki) prawa materialnego wskazanego przez kolizyjny łącznik państwa inkorporacji.

Miarodajne są normy kolizyjne oraz normy prawa materialnego państwa inkorporacji spółki, a nie normy tego państwa, „wobec którego spółka powołuje się na swobodę przedsiębiorczości”<sup>60</sup>. Prawidłowo założona spółka w jednym państwie członkowskim może powołać się na swobodę przedsiębiorczości w państwie, do którego imigruje, bez względu na to, jakiej teorii hołduje prawo kolizyjne tego drugiego państwa. W wypadku przeniesienia siedziby faktycznej państwo imigracji powinno nie tylko uznać podmiotowość (istnienie) spółki zagranicznej, lecz także akceptować („szanować”) jej statut personalny, jeżeli w ocenie prawa państwa inkorporacji nadal ona egzystuje (*Überseering*<sup>61</sup>, *Inspire Art*)<sup>62</sup>. Natomiast państwo emigracji może uniemożliwić funkcjonowanie spółki w innym państwie członkowskim bez zmiany dotychczasowego statutu personalnego (*Cartesio*, *Indus*, *Vale*). Przy transgranicznym przekształceniu spółka może powołać się na swobodę przedsiębiorczości zarówno w państwie emigracji (*Cartesio*), jak i imigracji, jeżeli przewiduje ono tylko „możliwość przekształcenia w odniesieniu do spółek prawa krajowego” (*Vale*).

3. Założenie (inkorporacja) spółki w rozumieniu art. 54 akapit 1 TfUE może przybrać także postać „reinkorporacji”. Ze swobody przedsiębiorczości może więc korzystać spółka inkorporowana w państwie spoza Unii a następnie przekształcona w spółkę państwa członkowskiego. Spółka „reinkorporowana” w państwie członkowskim staje się spółką „założoną zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego” w rozumieniu art. 54 TfUE i może korzystać ze

<sup>60</sup> M. Szydło, *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007, s. 200-201.

<sup>61</sup> Odpowiedź TSUE na drugie pytanie prejudycjalne: „W przypadku gdy spółka utworzona zgodnie z ustawodawstwem jednego państwa członkowskiego, na terytorium którego posiada swoją siedzibę statutową, korzysta ze swobody działalności gospodarczej w innym państwie członkowskim, art. 43 WE i 48 WE [obecnie art. 59 i 54 TfUE – uzup. J.N.] nakładają na to państwo wymóg uznania zdolności prawnej, a w konsekwencji zdolności sądowej, jaką spółka ta posiada na mocy prawa państwa, w którym została utworzona”.

<sup>62</sup> A. Wowerka, *Traktatowa swoboda przedsiębiorczości a autonomiczne międzynarodowe prawo spółek*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2011, nr 1, s. 16-17.

swobody przedsiębiorczości jako spółka państwa, do którego wyemigrowała: „Spółka taka nieuchronnie podlega jedynie prawu krajowemu przyjmującego państwa członkowskiego, które reguluje stopień wymaganych więzi, jak i sposób jej tworzenia i działania”<sup>63</sup>. I odwrotnie: na swobodę przedsiębiorczości nie może powołać się spółka założona w państwie członkowskim i następnie przekształcona w spółkę państwa nieczłonkowskiego<sup>64</sup>.

Z drugiej strony ze swobody przedsiębiorczości może korzystać spółka „istniejąca”. Powstaje w związku z tym pytanie: od kiedy do kiedy „istnieje” spółka w rozumieniu art. 54 TfUE? Czy ze swobody przedsiębiorczości może skorzystać: a) spółka kapitałowa w organizacji albo b) spółka, która została rozwiązana (wykreślona z rejestru), jeżeli prawo przewiduje możliwość przywrócenia jej dotychczasowego statusu?

### 3.2.3. Spółka w organizacji jako podmiot swobody przedsiębiorczości?

1. Odpowiadając na postawione pytanie, można rozważyć dwa warianty. W wariantcie pierwszym – który nie dotyczy stanu faktycznego wyroku w sprawie *Vale* – chodzi o problem, czy krajowa (np. włoska) spółka kapitałowa w organizacji mogłaby przekształcić się w zagraniczną (np. węgierską) spółkę w organizacji. Odpowiedź negatywną wspiera treść art. 54 w zw. z art. 49 TfUE, z którego wynika, że ze swobody może korzystać spółka skutecznie założona na podstawie przepisów prawa krajowego, a nie w stadium organizacji<sup>65</sup>. Poza tym przekształcić się mogą tylko spółki, którym prawo krajowe przyznaje tak zwaną zdolność przekształceniową (może występować w roli spółki przekształcanej albo przekształconej); takiej zdolności spółkom kapitałowym w organizacji nie przyznają także zgłaszane propozycje dotyczące treści czternastej dyrektywy.

2. Wariant drugi uwzględniony został w opinii Rzecznika Generalnego, którego zdaniem odmowa wpisu do rejestru dotyczyła węgierskiej spółki VALE Építési Kft zawiązanej poprzez zawarcie umowy („zatwierdzenie” w Rzymie statutu tej spółki) i objęcie udziałów w kapitale zakładowym w wysokości zgodnej z prawem węgierskim<sup>66</sup>, pokrytym z „uwolnionego kapitału” wykreślonej spółki włoskiej<sup>67</sup>. Rzecznik Generalny stawia pytanie: kto zatem korzysta ze swobody przedsiębiorczości, jeżeli spółka włoska VALE Costruzioni już nie istnieje, a spółka węgierska VALE Építési jeszcze nie została założona?<sup>68</sup> Na postawione pytanie udziela następującej odpowiedzi: „należy przyjąć, że ze swobody przedsiębiorczości korzystała nie spółka włoska, lecz jej dotychczasowi wspólnicy oraz zawiązana przez nich węgierska spółka VALE Építési

<sup>63</sup> Teza 31 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>64</sup> M. Szydło, *Krajowe prawo spółek...*, s. 205.

<sup>65</sup> Ch. Thiermann, op. cit., s. 209-213.

<sup>66</sup> Teza 10 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>67</sup> Teza 44 zd. 2 opinii Rzecznika Generalnego z 15 grudnia 2011 r. w sprawie C-378 (*Vale*); dalej jako: opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*). Teza 10 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>68</sup> Teza 44 i 45 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*.

w organizacji<sup>69</sup>, która „posiadała niezbędną zdolność prawną do występowania jako strona przed sądem krajowym oraz przed Trybunałem”<sup>70</sup>.

Zawiązana krajowa (węgierska) spółka z o.o. w organizacji nie może jednak powoływać się na swobodę przedsiębiorczości z tego tytułu, że nie została wpisana do rejestru jako kontynuatorka spółki zagranicznej. Przejście krajowej (tu: węgierskiej) spółki w organizacji w stadium „dojrzałej” spółki z o.o. nie jest bowiem przekształceniem: spółka w organizacji nie przekształca się w spółkę dojrzałą, lecz jest fazą (etapem przejściowym<sup>71</sup>) kształtowania się spółki kapitałowej. W procesie przekształcenia spółka w organizacji nie występuje<sup>72</sup>; poza tym kwalifikację jako transgranicznego przekształcenia wyklucza brak elementu transgraniczności.

Rzecznik Generalny dostrzega ten problem, abstrahuje jednak od tego, czy w tej konkretnej sytuacji podejmowane działania zmierzające do uzyskania przez spółkę włoską statusu spółki węgierskiej należy kwalifikować jako transgraniczne przekształcenie, czy też nie. Innymi słowy, zakłada, że teza wyroku w sprawie *Cartesio*, dotycząca umożliwienia spółce emigracji ze zmianą dotychczasowego statutu personalnego, nie odnosi tylko do transgranicznego przekształcenia w znaczeniu prawnym (*sensu stricto*). Zdaniem Rzecznika Generalnego: „w kwestii zastosowania swobody przedsiębiorczości niewielkie znaczenie ma to, czy spółka VALE Costruzioni nadal istniała po lutym 2006 r., czy też przedwcześnie przestała istnieć w związku z ewentualnie błędnym wpisem dokonany w rejestrze spółek w Rzymie. W każdym razie istnieją osoby fizyczne, obywatele państwa członkowskiego, które korzystały ze swobody przedsiębiorczości w tym państwie członkowskim i nadal mają zamiar korzystać z niej w innym państwie”<sup>73</sup>. Założenie przez te osoby nowej spółki podlegającej prawu innego państwa członkowskiego (*grenzüberschreitende Neugründung einer Gesellschaft*<sup>74</sup>) jest – jego zdaniem – postacią swobody przedsiębiorczości porównywalną z transgraniczną fuzją<sup>75</sup>.

Do powyższej argumentacji Rzecznika Generalnego nie odniósł się TSUE, wychodząc z założenia, że przy transgranicznym przekształceniu krajowa spółka kapitałowa jest kontynuatorem spółki zagranicznej (przekształcanej),

<sup>69</sup> Teza 49 zd. 2 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*.

<sup>70</sup> Teza 45 zd. 2 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*. „Należy podkreślić, że w ramach procedury rejestracyjnej na Węgrzech skarżącą jest spółka węgierska w organizacji (tj. VALE Épitési), która, jak się wydaje, posiada ograniczoną zdolność do czynności procesowych, chociaż nie jest zarejestrowana. Ponadto zgodnie z informacjami przekazanymi na rozprawie przez przedstawiciela VALE Épitési rzeczona spółka węgierska posiada aktywa odpowiadające części kapitału zakładowego wymaganego do rejestracji, a także zarząd i wspólników, choć nie są to ci sami wspólnicy co w spółce włoskiej”. Teza 37 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*.

<sup>71</sup> S. Włodyka, w: *System prawa handlowego*, t. 2: *Prawo spółek handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2012, s. 1324. „Spółka w organizacji, spółka po rejestracji oraz spółka w likwidacji stanowią różne postaci tego samego podmiotu na kolejnych etapach jego bytu prawnego”. A. Barczak-Oplustil, K. Oplustil, *Spółki kapitałowe w stadium organizacji*, Warszawa 2002, s. 68.

<sup>72</sup> S. Włodyka, w: *System prawa handlowego*, t. 2, s. 1326.

<sup>73</sup> Teza 50 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*.

<sup>74</sup> Teza 34 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*.

<sup>75</sup> Teza 68 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*.

a nie krajowej spółki w organizacji. Założenie to leży także u podstaw tezy wyroku TSUE, że odmowa dokonania w rejestrze węgierskim wzmianki o tym, że „poprzednikiem prawnym” przekształconej spółki węgierskiej jest spółka włoska jest niezgodna z zasadą skuteczności<sup>76</sup>.

### 3.2.4. Status prawny spółki wykreślonej z rejestru

1. TSUE wyraźnie odmówił ustosunkowania się do kwestii statusu wykreślonej z rejestru włoskiej spółki, ponieważ uznał, że rozstrzygnięcie tej kwestii leży wyłącznie w gestii sądu krajowego: „to nie do Trybunału należy wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie końca istnienia VALE Costruzioni ze względu na wykreślenie jej wpisu z rzymskiego rejestru spółek”<sup>77</sup>. Rozstrzygnięcie tego problemu jest istotne z kilku względów:

Po pierwsze – udzielenie odpowiedzi na pytanie dotyczące zgodności ze swobodą przedsiębiorczości odmowy wpisu spółki do rejestru węgierskiego jako przekształconej spółki włoskiej nabiera praktycznego znaczenia dopiero po rozstrzygnięciu kwestii, czy w ogóle mogło dojść do transgranicznego przekształcenia wykreślonej z rejestru włoskiej spółki VALE Costruzioni.

Po drugie – wyrok TSUE w sprawie *Vale* oparty jest na założeniu, że włoska VALE Costruzioni „istniała” jako spółka przekształcana; podstawę do przyjęcia tego założenia TSUE czerpie ze stanowiska węgierskiego Sądu Najwyższego: „uznanie przez sąd odsyłający operacji będącej przedmiotem toczącego się przed nim postępowania za transgraniczne przekształcenie spółki nie wydaje się pozbawione znaczenia ze względu na to, że jak wynika z akt sprawy, rzymski organ rejestrowy dokonał wykreślenia wpisu VALE Costruzioni z rejestru spółek, zaznaczając w rubryce »Wykreślenie wpisu i przeniesienie siedziby«, że »spółka przeniosła się na Węgry«”<sup>78</sup>.

Po trzecie – o tym, czy spółka włoska (VALE Costruzioni) „przestała istnieć w prawie włoskim, zgodnie z przewidzianymi w nim warunkami, jednocześnie zachowując osobowość prawną umożliwiającą jej przekształcenie się w spółkę prawa węgierskiego”<sup>79</sup>, powinien rozstrzygnąć sąd węgierski na podstawie statutu personalnego tej spółki, czyli prawa włoskiego. W związku z tym – mając na uwadze konieczność sprecyzowania pewnych elementów prawa krajowego (włoskiego) – TSUE zwrócił się do rządu włoskiego o udzielenie odpowiedzi na dwa dodatkowe pytania:

---

<sup>76</sup> Teza 57 wyroku TSUE w sprawie *Vale*. Zdaniem K. Oplustila: „TSUE milcząco podzielił pogląd rzecznika generalnego, iż w takim przypadku węgierska spółka w organizacji [...] lub jej wspólnicy powinni mieć możliwość powołania się na swobodę przedsiębiorczości na Węgrzech w celu kontynuowania tam działalności [...]”; idem, *Transgraniczne przekształcenie spółki*, s. 54. W tym przekształceniu – o czym wyżej – TSUE przyjmuje założenie, że włoska VALE Costruzioni w chwili przekształcenia „istniała” jako spółka przekształcana. Por. także Ch. Teichmann, *Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der Rs. Vale*, „Der Betrieb” 2012, z. 37, s. 2087: „Aus Sicht des EuGH besteht eine Vermutung dafür, dass die aufgeworfene Frage des Unionsrecht für das konkrete Verfahren tatsächlich entscheidungserheblich ist”.

<sup>77</sup> Teza 20 zd. 1 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>78</sup> Teza 19 zd. 2 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>79</sup> Teza 58 zd. 2 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

a) Pierwsze pytanie dotyczyło warunków (przesłanek), które musi spełnić spółka włoska zamierzająca się przekształcić w spółkę podlegającą prawu innego państwa członkowskiego. W odpowiedzi rząd włoski potwierdził, że prawo włoskie dopuszcza przeniesienie siedziby statutowej spółki utworzonej we Włoszech do innego państwa, a przeniesienie to jest skuteczne tylko wtedy, gdy zostaje przeprowadzone zgodnie z przepisami dwóch zainteresowanych państw członkowskich. Rząd włoski podkreślił także, że spółka nadal istnieje jako osoba prawna prawa włoskiego tylko wtedy, gdy państwa – między którymi następuje przeniesienie – porozumieją się co do konsekwencji takiej operacji. Jeżeli wraz z przeniesieniem siedziby spółka nie chce dłużej podlegać prawu włoskiemu, wykreślenie z rejestru może nastąpić dopiero po zarejestrowaniu spółki za granicą<sup>80</sup>.

b) Pytanie drugie dotyczyło skutków wykreślenia spółki z rejestru w prawie włoskim<sup>81</sup>. Według rządu włoskiego wykreślenie spółki kapitałowej powoduje jej rozwiązanie („wygaśnięcie”). Możliwe jest jednak cofnięcie wykreślenia spółki kapitałowej, w wyniku czego spółka ta jest nadal uważana za aktywną do czasu przedstawienia dowodu przeciwnego. Zdaniem rządu włoskiego aktualny wpis w rejestrze handlowym, że spółka „została przeniesiona na Węgry”, mógłby zostać cofnięty z mocą wsteczną w drodze skargi o cofnięcie wniesionej przez współników, jeżeli wykreślenie spółki z rejestru opierało się na niezgodnej z prawem decyzji<sup>82</sup>.

2. Status majątku ujawnionego po wykreśleniu spółki z rejestru oraz sposób jej „wskrzeszenia” nie jest jednolicie określony w poszczególnych państwach członkowskich<sup>83</sup>. Dotyczy to także wykreślonej z rejestru spółki polskiej<sup>84</sup>. Odrębną kwestią jest natomiast „zdolność przekształceniowa” spółki znajdującej się w stadium likwidacji<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> Teza 40 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*.

<sup>81</sup> Teza 39 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*.

<sup>82</sup> Teza 41 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Vale*.

<sup>83</sup> Na temat losu „bezpiecznego majątku” (*bona vacantia*) po likwidacji angielskiej spółki z siedzibą w Niemczech – J. Napierała, *Likwidacja majątku spółki zagranicznej w świetle pytania prejudycjalnego w sprawie C-497/08 (Amiraike Berlin GmbH)*, w: *Księga Pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 559-572. W kwestii prowadzenia postępowania upadłościowego spółki wykreślonej z rejestru por. na przykład tezę 25 zd. 3 wyroku w sprawie C-396/09 (*Interedil Srl, w likwidacji*): „Nie można bowiem wykluczyć, że prawo krajowe przewiduje możliwość wszczęcia takiego postępowania celem uregulowania spłaty dłużników spółki rozwiązanej”. Z opublikowanego podsumowania konsultacji przeprowadzonej przez Komisję Europejską (Dyrekcję Generalną do spraw Rynku Wewnętrznego i Usług) wynika, że większość respondentów opowiedziała się za ułatwieniem przeniesienia siedziby statutowej spółki poprzez wydanie dyrektywy, w myśl której transgraniczne przeniesienie siedziby powinno być jednak wykluczone w przypadku wszczęcia przeciwko spółce postępowania likwidacyjnego, złożenia wniosku o ogłoszenie niewypłacalności, zaprzestania spłacania długów lub podobnego postępowania. Dokument zatytułowany *Summary of Responses to the Public Consultation on the Future of European Company Law, July 2012*, s. 9. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback\\_statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf).

<sup>84</sup> Por. T. Klepacz, *Ujawnienie składników majątkowych spółki kapitałowej po wykreśleniu z rejestru*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, z. 6, s. 36-44 i cytowana tam literatura.

<sup>85</sup> Na przykład zgodnie z art. 551 § 4 k.s.h. nie może być przekształcona spółka w likwidacji, która rozpoczęła podział majątku, ani spółka w upadłości.



### III. UWZGLĘDNIANIE PRZEPISÓW KRAJOWYCH PRZY TRANSGRANICZNYM PRZEKSZTAŁCENIU

#### 1. Wprowadzenie

1. Możliwość transgranicznego przekształcenia przysługuje spółce bezpośrednio na mocy TfUE. W braku unijnych przepisów harmonizujących transgraniczne przekształcenie jego przeprowadzenie wymaga jednak zastosowania krajowych przepisów należących do dwóch odrębnych porządków prawnych<sup>86</sup>. Stosowne wymogi – w imię ochrony podmiotów, których interes przy tego typu restrukturyzacji może być naruszony – może stawiać zarówno państwo emigracji (spółki przekształcanej), jak i państwo imigracji spółki (spółki przekształconej)<sup>87</sup>. Użyteczna i zgodna ze swobodą przedsiębiorczości<sup>88</sup> jest koncepcja, w myśl której przy transgranicznym przekształceniu uwzględnić należy – podobnie jak przy transgranicznej fuzji i transgranicznym podziale – zarówno statut personalny spółki przekształcanej, jak i spółki przekształconej (*Vereinigungstheorie*)<sup>89</sup>.

Pytanie prejudycjalne dotyczyło jednak tylko możliwych wymogów ze strony państwa imigracji, a mianowicie: „stosowania przepisów swojego prawa krajowego dotyczących przekształceń wewnętrznych regulujących sposób tworzenia i działania spółek”<sup>90</sup>. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej podkreśla, że przekształcenie transgraniczne prowadzi do utworzenia nowej spółki w oparciu o prawo państwa imigracji. Nie można zatem kwestionować stosowania przez Węgry przepisów ich prawa krajowego dotyczących przekształceń wewnętrznych, regulujących tworzenie i działanie spółek, takich jak przepisy regulujące przygotowywanie bilansu i wykazu składników majątku<sup>91</sup>.

Tytułem ilustracji można dodać, że złożenie wniosku o wpis niezgodnie z prawem niemieckim uniemożliwił wpis do rejestru przekształcenie spółki luksemburskiej w spółkę prawa niemieckiego: do wniosku o wpis przekształcenia nie zostało bowiem dołączone ani sprawozdanie uzasadniające przekształcenie, ani sprawozdanie z kontroli, ani bilans przekształcenia<sup>92</sup>.

---

<sup>86</sup> Ł. Karczyński, *Transgraniczne przekształcenie spółki*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, z. 12, s. 43 i n.; J. Napierała, *Transgraniczne przekształcenie spółki*, w: K. Klafkowska-Waśniowska et al. (red.), *Problemy polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa Profesora Mariana Kepińskiego*, Warszawa 2012, s. 91 i n.; P. Błaszczuk, *Transgraniczne przekształcenie spółki...*, s. 43.

<sup>87</sup> Tezy 43 i 44 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>88</sup> M. Jaensch, op. cit., 100.

<sup>89</sup> S. Hußlein, op. cit., s. 58 i n.; K. Oplustil, *Łącznik siedziby spółki w nowym prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi na tle prawa europejskiego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2011, z. 3, s. 678-679. TSUE zwraca uwagę, że transgraniczne przekształcenie wymaga kolejnego zastosowania norm należących do dwóch porządków prawnych (teza 44 wyroku w sprawie *Vale*). Por. P. Błaszczuk, *Transgraniczne przekształcenie...*, s. 40; K. Oplustil, *Transgraniczne przekształcenie...*, s. 57. *De lege lata* nie uniknie się jednak ani częściowego kumulatywnego stosowania prawa państwa spółki przekształcanej i spółki przekształconej, ani odpowiednich zabiegów adaptacyjnych (substytucja, dopasowanie, transpozycja). Natomiast teza art. 44 wyroku w sprawie *Vale* może służyć jako wskazówka dla prounijnej wykładni prawa krajowego stosowanego przy transgranicznym przekształceniu; skorygowania wymaga zatem moja wcześniejsza uwaga w: *Transgraniczne przekształcenie spółki...*, s. 91-92.

<sup>90</sup> Teza 42 zd. 1 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>91</sup> Tezy 51 i 52 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>92</sup> Wyrok OLG Nürnberg w z 13 lutego 2012 r. (12 W 2361/11), „Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht” 2012, z. 9, s. 395 i n.

2. Udzielona przez TSUE odpowiedź w sprawie stosowania przepisów krajowych dotyczy obu wchodzących w grę systemów prawa i zawiera dwa wątki: Po pierwsze – ocenie z punktu widzenia zakazu ograniczania swobody przedsiębiorczości (art. 49 i 54 TfUE) podlegają nie tylko odmowa wpisu transgranicznego przekształcenia, lecz także wymogi stawiane przez państwa członkowskie, które to przekształcenia mają umożliwić<sup>93</sup>. Po drugie – stosowane przez państwa członkowskie środki powinny być zgodne z zasadą równoważności oraz z zasadą skuteczności<sup>94</sup>.

## 2. Zakaz ograniczania transgranicznego przekształcenia

### 2.1. Wprowadzenie

1. Uwieńczeniem szerokiej interpretacji swobody przedsiębiorczości jest przyjęta przez TSUE formuła o zakazie stosowania przez państwa członkowskie środków (w tym wydawania przepisów), które korzystanie ze swobody przedsiębiorczości mogą „utrudniać albo czynić mniej atrakcyjnym”<sup>95</sup>. Do tego sformułowania nawiązuje TSUE w sprawie *Vale*, wyrażając opinię, że umożliwienie przekształcenia tylko spółkom krajowym „może zniechęcać spółki” zagraniczne do korzystania ze swobody przedsiębiorczości, „stanowiąc tym samym ograniczenie w rozumieniu art. 49 TFUE i 54 TFUE”<sup>96</sup>.

2. Państwa członkowskie nie mogą uniemożliwiać spółce dokonania transgranicznego przekształcenia: państwo emigracji nie może krajowej spółce uniemożliwić przekształcenia, o ile państwo imigracji „na to zezwala” (*Cartesio*), natomiast państwo imigracji nie może – bez narażenia się na zarzut dyskryminacji<sup>97</sup> – odmówić wpisu do rejestru zagranicznej spółki „przekształconej” zgodnie z wymogami przewidzianymi dla przekształceń spółek krajowych<sup>98</sup>. Nieusprawiedliwione ograniczenie spółce dostępu do rynku innego państwa członkowskiego stanowi naruszenie swobody przedsiębiorczości. Utрудnienia w dostępie do rynku powinny być poddane wypracowanemu przez TSUE testowi sprawdzającemu na okoliczność, czy dadzą się one usprawiedliwić<sup>99</sup>.

3. Zgodnie z testem sformułowanym w wyroku TSUE w sprawie *Gebhard* usprawiedliwione mogą być tylko te środki, które ograniczają spółkom

<sup>93</sup> Tezy 44-47 i 50 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>94</sup> Teza 53 wyroku TSUE w sprawie *Vale*: „Po trzecie należy wyraźnie podkreślić, w związku z pytaniami sądu odsyłającego dotyczącymi przeprowadzenia operacji przekształcenia spółki będącej przedmiotem postępowania przed tym sądem, obowiązki wynikające z zasad równoważności i skuteczności, którym podlega stosowanie prawa krajowego”.

<sup>95</sup> Wyrok TSUE z 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 (*Kraus*).

<sup>96</sup> Teza 36 wyroku TSUE w sprawie *Vale* (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Sevic Systems*, pkt 22, 23).

<sup>97</sup> M. Jaensch, op. cit., s. 102; W. Bayer, J. Schmidt, op. cit., s. 760.

<sup>98</sup> S. Leible, J. Hoffmann, *Cartesio – fortgeltende Sitztheorie grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugbeschränkungen*, Betriebs-Berater 2009, z. 3, s. 60.

<sup>99</sup> W. Bayer, J. Schmidt, op. cit., s. 757-759.

korzystanie ze swobody przedsiębiorczości: a) w imię godnych ochrony interesów wymienionych *expressis verbis* w art. 52 TfUE, b) w celu przeciwstawienia się nadużyciu swobody przedsiębiorczości bądź c) niedyskryminujące środki podejmowane w celu realizacji ważnych potrzeb interesu ogólnego; powinny być one proporcjonalne, a więc odpowiednie (adekwatne) do realizacji zamierzonego celu, oraz konieczne, a więc niewykraczające poza to, co jest niezbędne, aby ten cel osiągnąć<sup>100</sup>. Na temat usprawiedliwienia ograniczenia transgranicznego przekształcenia wypowiada się TSUE również w sprawie *Vale*.

Po pierwsze – zdaniem TSUE „odmienne traktowanie w zależności od tego, czy przekształcenie ma charakter krajowy czy transgraniczny, nie może być uzasadnione brakiem norm prawa wtórnego Unii”. O ile bowiem „wspólnotowe przepisy harmonizujące są z pewnością przydatne dla ułatwienia przekształceń transgranicznych”, o tyle „istnienie tych przepisów nie stanowi wstępnego warunku wykonywania swobody przedsiębiorczości przewidzianej w art. 49 TFUE i 54 TfUE”<sup>101</sup>.

Po drugie – TSUE nawiązuje również do wspomnianej wyżej formuły wyroku w sprawie *Gebhard*, podkreślając, że „nadrzędne wymogi interesu ogólnego, takie jak ochrona interesów wierzycieli, akcjonariuszy mniejszościowych i pracowników [...] mogą uzasadniać środek stanowiący ograniczenie swobody przedsiębiorczości, pod warunkiem by taki środek ograniczający był właściwy dla zapewnienia realizacji przyjętego celu i nie wykraczał poza to, co niezbędne dla jego osiągnięcia”<sup>102</sup>.

## 2.2. Odmowa wpisu transgranicznego przekształcenia jako środek dyskryminujący

1. Już w wyroku w sprawie C-411/03 (*Sevic Systems*) TSUE stwierdził, że odmienne traktowanie spółek w zależności od tego, czy połączenie ma charakter krajowy, czy transgraniczny stanowi ograniczenie w rozumieniu art. 43 WE i 48 WE (obecnie art. 49 i 54 TfUE), które jest sprzeczne ze swobodą przedsiębiorczości i jest dopuszczalne wyłącznie, jeżeli służy realizacji słusznego celu zgodnego z Traktatem i jeżeli uzasadniają je nadrzędne wymogi interesu ogólnego; ponadto w takim przypadku konieczne jest, aby jego stosowanie było właściwe do zapewnienia realizacji przyjętego celu i nie wykraczało poza to, co niezbędne do jego osiągnięcia<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> „Zgodnie z orzecznictwem Trybunału regulacja krajowa nie jest już konieczna, jeżeli dane interesy mogą być chronione przy pomocy środków mniej ograniczających swobody, nawet jeśli środki te nie gwarantują ochrony w tym samym stopniu. W odniesieniu do szczególnie doniosłej w omawianym kontekście problematyki ochrony interesów wierzycieli spółki wystarczy zatem, że łagodniejsze środki zapewnią porównywalną ochronę w tym względzie”. A. Wowerka, *Traktatowa swoboda przedsiębiorczości a autonomiczne międzynarodowe prawo spółek*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2011, nr 1, s. 20.

<sup>101</sup> Teza 38 wyroku TSUE w sprawie *Vale*. (Zob. w odniesieniu do transgranicznych połączeń spółek ww. wyrok w sprawie *Sevic Systems*, pkt 26).

<sup>102</sup> Teza 39 wyroku TSUE w sprawie *Vale*. Tezy 28 i 29 wyroku w sprawie *Sevic Systems*.

<sup>103</sup> Teza 22 i 23 wyroku TSUE w sprawie *Sevic Systems*.

Do tej tezy wyroku w sprawie *Sevic Systems* nawiązał TSUE również w wyroku w sprawie *Vale*: odmienne traktowanie spółek w zależności od tego, czy przekształcenie ma charakter krajowy, czy transgraniczny, stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości (art. 49 TfUE i 54 TfUE)<sup>104</sup>.

2. Podobnie jak w sprawie *Sevic Systems*, tak i w sprawie *Vale* widoczna jest jednak niekonsekwencja TSUE co do możliwości poddawania krajowych środków bezpośrednio dyskryminujących testowi sprawdzającemu, czy środki te są usprawiedliwione (test sformułowany w wyroku w sprawie *Gebhard*<sup>105</sup>). Z jednej bowiem strony TSUE podkreśla, że – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem – tylko „ograniczenia, które są stosowane bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, mogą być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego”<sup>106</sup>. Z drugiej strony sięga po test wyroku w sprawie *Gebhard* i sprawdza proporcjonalność środków dyskryminujących stosowanych bądź na podstawie art. 52 TfUE<sup>107</sup>, bądź – jak w sprawie *Sevic Systems* i w sprawie *Vale* – w imię nadrzędnych względów interesu ogólnego<sup>108</sup>.

Niekonsekwentne stanowisko TSUE jest w doktrynie prawa krytykowane również z perspektywy wyroku w sprawie *Vale*. Proponuje się rezygnację z kwalifikacji odmowy wpisu do rejestru węgierskiego przekształcenia spółki włoskiej jako środka dyskryminującego (ponieważ prawo węgierskie również spółce krajowej nie zezwala na przekształcenie się w spółkę zagraniczną). Wystarczająca byłaby kwalifikacja generalnej odmowy wpisu przekształcenia spółki zagranicznej jako środka nieproporcjonalnego; wówczas TSEU mogłby ująć to krótko: tego nie da się usprawiedliwić<sup>109</sup>.

### 2.3. Odmowa wpisu jako środek nieproporcjonalny

1. Przypomnijmy: stosowany środek może usprawiedliwiać ograniczenie swobody przedsiębiorczości ze względu na ważne potrzeby interesu ogólnego, o ile jest właściwy dla zapewnienia realizacji przyjętego celu i nie wykracza poza to, co niezbędne do jego osiągnięcia<sup>110</sup>. Tymczasem – co podkreśla TSUE – w sprawie *Vale* „brak tego rodzaju uzasadnienia. Prawo węgierskie co do zasady odrzuca bowiem możliwość dokonywania przekształceń transgranicznych, co uniemożliwia przeprowadzanie takich operacji, nawet gdy interesy wskazane w punkcie poprzednim nie są zagrożone. W każdym razie uregulowanie tego rodzaju wykracza poza to, co niezbędne dla osiągnięcia celu

<sup>104</sup> Teza 36 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>105</sup> Teza 37 wyroku z 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (Gebhard)*.

<sup>106</sup> Teza 50 wyroku TSUE z 16 grudnia 2010 r. w sprawie C-89/09 (*Komisja/Francja*).

<sup>107</sup> Teza 39 zd. 2 wyroku TSUE z 15 grudnia 2005 r. w sprawie C-152/04 (*Nadin-Lux SA*). Co do odpowiednika na gruncie swobody przepływu kapitału teza 18 wyroku z 14 marca 2000 r. w sprawie C-54/99 (*Scientology International Reserves Trust*).

<sup>108</sup> Por M. Szydło, *Krajowe prawo spółek...*, s. 408-409.

<sup>109</sup> Ch. Teichmann, op. cit., s. 2089: „Eine Rechtfertigung gibt es im vorliegenden Fall nicht”.

<sup>110</sup> Teza 39 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

określonego jako ochrona tych interesów”<sup>111</sup>. Zakaz przekształcenia spółki zagranicznej w spółkę krajową stanowi nieusprawiedliwione naruszenie swobody przedsiębiorczości<sup>112</sup>.

2. Powstaje jednak pytanie, w jakim zakresie przy transgranicznym przekształceniu państwa członkowskie mogą sięgać po nieograniczające swobody przedsiębiorczości przepisy krajowe.

### 3. Stosowane środki krajowe w świetle zasady równoważności i skuteczności

1. TSUE przypomina, że „zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dotyczącym wielu dziedzin, wobec braku stosownych uregulowań Unii właściwymi przepisami służącymi ochronie wynikających z prawa Unii praw jednostek są wewnętrzne przepisy każdego państwa członkowskiego, pod warunkiem jednak, że nie są one mniej korzystne od uregulowań dotyczących podobnych sytuacji zaistniałych pod rządami prawa wewnętrznego (zasada równoważności) i że nie czynią one praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym wykonywania praw nadanych w porządku prawnym Unii (zasada skuteczności)”<sup>113</sup>.

Katalog cytowanych przez TSUE wyroków można uzupełnić o wyrok z 15 kwietnia 2010 r. w sprawie C-542/08 (*Friedrich G. Barth*)<sup>114</sup> oraz wyrok z 26 stycznia 2010 r. w sprawie C-118/08 (*Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*), dotyczący wykładni zasad skuteczności i równoważności, w odniesieniu do unormowań mających w hiszpańskim porządku prawnym zastosowanie do wnoszonych przeciwko państwu skarg o stwierdzenie odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu naruszenia prawa Unii. Również w sprawie *Vale* TSUE uznał za konieczne dokonanie wykładni unijnej zasady równoważności i skuteczności, ponieważ przysługujące spółce prawo do transgranicznego przekształcenia wynika wprost z prawa unijnego, a zarazem – z braku szczegółowych regulacji na szczeblu unijnym – korzystanie z tego prawa wymaga stosowania prawa krajowego<sup>115</sup>.

2. Państwo członkowskie nie ma obowiązku traktowania transgranicznych przekształceń spółek korzystniej od przekształceń krajowych. Natomiast – zgodnie z zasadą równoważności – stosowane przepisy krajowe chroniące prawa przysługujące na mocy prawa unijnego nie mogą być „mniej korzystne od

---

<sup>111</sup> Teza 40 wyroku TSUE w sprawie *Vale*; w odniesieniu do transgranicznych połączeń spółek por. teza 30 wyroku w sprawie *Sevic Systems*.

<sup>112</sup> Teza 41 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>113</sup> Teza 48 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>114</sup> Ocenie podlegał „krajowy” termin przedawnienia dotyczący stosowania środka prawnego mającego na celu ochronę praw, jakie osoba wywodzi z prawa Unii.

<sup>115</sup> Teza 49 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

przepisów regulujących podobne sytuacje o charakterze wewnętrznym”<sup>116</sup>. Na przykład, jeżeli ustawodawstwo państwa członkowskiego wymaga, w ramach przekształcenia wewnętrznego, zachowania ścisłej ciągłości prawnej i ekonomicznej między spółką poprzednikiem, która chce dokonać przekształcenia, a będącą jej następcą spółką przekształconą (zasada kontynuacji), to zachowanie tego rodzaju ciągłości może być wymagane również w przypadku przekształcenia transgranicznego<sup>117</sup>. Tego typu wymóg jest zgodny z zasadą równoważności.

Niezgodna z zasadą równoważności – zdaniem TSUE – jest natomiast odmowa dokonania w rejestrze węgierskim wzmianki o tym, że „poprzednikiem prawnym” przekształconej spółki węgierskiej jest spółka włoska, skoro możliwość uczynienia takiej wzmianki istnieje w przypadku przekształceń wewnętrznych. Poza tym „wskazanie w rejestrze spółek poprzednika prawnego może, niezależnie od tego, czy dane przekształcenie miało charakter krajowy czy transgraniczny, być szczególnie użyteczne do celów poinformowania wierzycieli spółki, która dokonała przekształcenia. Rząd węgierski nie przedstawił też żadnych argumentów przemawiających za tym, aby możliwość uczynienia takiej wzmianki była zastrzeżona tylko dla przekształceń wewnętrznych”<sup>118</sup>.

**3.** Stosowane przepisy krajowe nie powinny prowadzić do tego, że korzystanie z przyznanego prawem unijnym prawa do transgranicznego przekształcenia stanie się praktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności).

W sprawie *Vale* TSUE odniósł się do roli dokumentów wydanych przez organy państwa pochodzenia w toku postępowania rejestrowego w państwie przyjmującym. Zdaniem TSUE: „zgodnie z zasadą skuteczności organy przyjmującego państwa członkowskiego są zobowiązane do tego, aby w toku rozpatrywania wniosku o rejestrację spółki należycie uwzględniać dokumenty wydane przez organy państwa członkowskiego pochodzenia potwierdzające, że spółka ta faktycznie spełniła jego wymogi, o ile wymogi te są zgodne z prawem Unii”<sup>119</sup>.

Wiąże się to z obowiązkiem zbadania przez sąd węgierski, czy spółka VALE Costruzioni przestała istnieć, zachowując zarazem podmiotowość umożliwiającą jej przekształcenie się w spółkę prawa węgierskiego<sup>120</sup>. W braku norm unijnych procedurę związaną z rejestracją przekształconej spółki reguluje prawo państwa przyjmującego; na podstawie tego prawa należy ustalić: „jakie dowody musi przedstawić spółka wnioskująca o przekształcenie w celu potwierdzenia spełnienia przez nią warunków zgodnych z prawem Unii i wymaganych przez państwo członkowskie pochodzenia”<sup>121</sup>. W sprawie *Vale* sąd rejestrowy

<sup>116</sup> Teza 54 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>117</sup> Teza 55 wyroku TSUE w sprawie *Vale*. P. Behrens, *Anmerkung zum Vale-Urteil des EuGH*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2012, z. 16, s. 625.

<sup>118</sup> Teza 56 wyroku TSUE w sprawie *Vale*. „W konsekwencji odmowa wskazania w węgierskim rejestrze spółek VALE Costruzioni jako poprzednika prawnego jest niezgodna z zasadą równoważności” (teza 57).

<sup>119</sup> Teza 61 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>120</sup> Teza 58 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>121</sup> Teza 59 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

odmówił jednak uwzględniania w postępowaniu rejestracyjnym dokumentów wydanych przez organy państwa członkowskiego pochodzenia spółki. Spółka składająca wniosek nie mogła więc udowodnić, że spełniła wymogi państwa członkowskiego swego pochodzenia<sup>122</sup>.

#### IV. PODSUMOWANIE

1. Wydanie czternastej dyrektywy regulującej transgraniczne przeniesienie siedziby spółki nie jest konieczne do wykonywania tej postaci swobody przedsiębiorczości zagwarantowanej w art. 49 i 54 TfUE. Jeżeli w państwie przyjmującym zostało uregulowane przekształcenie spółek (zmiana formy prawnej), to państwo to ma obowiązek uznawania (wpisania do rejestru) przekształcenia z udziałem spółki zagranicznej jako przekształcaniej. Odmienne traktowanie spółek w zależności od tego, czy przekształcenie ma charakter krajowy, czy transgraniczny, stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości (art. 49 i 54 TfUE).

2. Ponieważ wtórne prawo Unii nie reguluje transgranicznego przekształcenia spółek, należy stosować normy krajowe państwa emigracji i państwa imigracji spółki, w tym w szczególności przepisy regulujące tworzenie spółki krajowej. Środki (przepisy) krajowe uwzględniane przy transgranicznym przekształceniu nie powinny naruszać zakazu ograniczania swobody przedsiębiorczości w sposób niedający się usprawiedliwić oraz nie powinny naruszać unijnej zasady równoważności i skuteczności.

3. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyraził *expressis verbis* stanowisko co do zasadności wydania czternastej dyrektywy. Podkreślił mianowicie, że unijne przepisy harmonizujące „są z pewnością przydatne dla ułatwienia przekształceń transgranicznych”<sup>123</sup>. To ważne stwierdzenie koresponduje z zaleceniem nr 2 (dotyczącym skutków transgranicznego przeniesienia siedziby) – stanowiącym załącznik do rezolucji Parlamentu Europejskiego z 2 lutego 2012 r. – w myśl którego: „dyrektywa powinna umożliwić spółkom korzystanie z prawa przedsiębiorczości, co miałyby polegać na zachowaniu ich osobowości prawnej przy przenoszeniu się do przyjmującego państwa członkowskiego i jednoczesnym przekształceniu w spółkę podlegającą prawu przyjmującego państwa członkowskiego bez konieczności likwidacji”<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> „[...] wskutek czego dokończenie transgranicznego przekształcenia, które spółka ta rozpoczęła, może okazać się niemożliwe”. Teza 60 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>123</sup> Teza 38 zd. 2 wyroku TSUE w sprawie *Vale*.

<sup>124</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie 14. Dyrektywy o prawie spółek dotyczącej transgranicznego przeniesienia siedziby spółki (2011/2046/(INI)). P7\_TA(2012)0019. Por. także Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 4 czerwca 2012 r. w sprawie przyszłości europejskiego prawa spółek (2012/2669(RSP)). P7\_TA(2012)0259.

4. Wyrok w sprawie *Vale* nie przesądza natomiast, czy przedmiotem czternastej dyrektywy miałyby być tylko harmonizacja transgranicznego przeniesienia siedziby statutowej, czy również przeniesienia siedziby faktycznej<sup>125</sup>.

*prof. dr hab. Jacek Napierała*  
*Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu*

CONVERSION OF A FOREIGN COMPANY INTO A NATIONAL COMPANY  
IN LIGHT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION'S DECISION  
IN THE VALE CASE

Summary

The CJEU's decision of 12 July 2012 in C-378/10 (*VALE Építési Kft*) case is of a precedent nature and concerns the scope of exercising the right to transform a company, which is one of the main rights under the principle of the freedom of establishment. A different treatment of companies depending on whether the conversion is of a national or a cross-border character constitutes a restriction of the freedom of establishment within the meaning of articles 49 and 54 TFEU. In the absence of secondary European law to regulate cross border conversions of companies, national legislation of both states: that of the company's origin and that of the host state to which the company is moved should be applied cumulatively, with a particular attention to the provisions governing the formation of a national company. National regulations that are taken into account when a cross-border conversion takes place must not unjustifiably infringe upon the prohibition to restrict freedom of establishment or the principle of equivalence and effectiveness.

The CJEU's position on directive 14 was articulated *expressis verbis* as the Court has emphasised that the EU provisions on harmonisation of laws 'have been certainly useful for facilitating cross-border conversions.' However, the ruling in *Vale* case still leaves open the question whether the subject of directive 14 was intended to be limited to the harmonisation of provisions governing a cross-border transfer of the company's seat only or whether it was to include the transfer of its actual residence as well.

---

<sup>125</sup> Zdaniem zwolennika harmonizacji obu postaci transgranicznego przeniesienia siedziby „lepszy wróbel w garści niż gołąb na dachu”. S. Leible, op. cit., s. 457. Natomiast wyniki konsultacji wskazują na rozbieżność stanowisk respondentów w sprawie konieczności powiązania w przyszłej dyrektywie przeniesienia siedziby statutowej z siedzibą faktyczną. *Feedback Statement – Summary of Responses to the Public Consultation on the Future of European Company Law*, July 2012, s. 9-10, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback\\_statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf). Z kolei w Komunikacie z grudnia 2012 r. w sprawie planu działania dotyczącego prawa spółek i *corporate governance*, COM (2012), 740/2 – Komisja zapowiada dalsze konsultacje i zbadanie w 2013 r. celowości wystąpienia z inicjatywą legislacyjną w sprawie czternastej dyrektywy.



Copyright of Journal of Law, Economics and Sociology is the property of Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University in Poznan and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.

Właścicielem praw autorskich do „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego” jest Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Zawartość czasopisma nie może być kopiowana, przesyłana do innych stron internetowych bądź zamieszczana na blogach bez pisemnej zgody wydawcy. Niemniej artykuły można drukować, kopiować lub przysłać w formie elektronicznej na własny użytek.