

# Aleksandra Zabłocka

---

## Uprawnieni drugiej kategorii? Możliwość realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki w rozumieniu Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską

---

Kwartalnik Prawa Publicznego 2/1/2, 113-137

---

2002

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Aleksandra Zabłocka\**

## UPRAWNIENI DRUGIEJ KATEGORII?

### MOŻLIWOŚĆ REALIZACJI WOLNOŚCI PRZEDSIĘBIORCZOŚCI PRZEZ SPÓŁKI W ROZUMIENIU TRAKTATU USTANAWIAJĄCEGO WSPÓLNOTĘ EUROPEJSKĄ\*\*

#### 1. WPROWADZENIE

Wolność przedsiębiorczości<sup>1</sup> należy obok swobody świadczenia usług, swobody przepływu towarów, swobody przepływu pracowników, swobody przepływu kapitału oraz swobody przepływu płatności do pod-

---

\* Mgr Aleksandra Zabłocka – asystent w Katedrze Prawa Gospodarczego Prywatnego, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Warszawa

\*\* Referat wygłoszony na VII Ogólnopolskiej Konferencji Prawniczej nt. Unii Europejskiej pt. Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI w., 15–16.11.2001 r.

<sup>1</sup> W pracy używam zamiennie terminów wolność przedsiębiorczości i swoboda prowadzenia działalności gospodarczej dla określenia ang. *freedom of establishment*, fr. *la liberte d'establissement*, niem. *Niederlassungsfreiheit*. W literaturze polskiej pojawiają się przeróżne tłumaczenia tego terminu: prawo/swoboda prowadzenia działalności gospodarczej/działania gospodarczych (A. Ahlt, *Prawo europejskie*, Warszawa 1998; D. Lasok, *Zarys prawa Unii Europejskiej. Część druga: prawo gospodarcze*, Toruń 1998; G. Druessne, *Prawo materialne i polityki Wspólnot i Unii Europejskiej*, Warszawa 1996; F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa–Wrocław 2000; *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej* pod red. M. A. Dausesa, Warszawa 1999); wolność przedsiębiorczości (J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu*, Toruń 1996); swoboda zakładania przedsiębiorstw (N. Półtorak, *Świadczenie usług a zakładanie przedsiębiorstw według prawa Wspólnot Europejskich*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 2, s. 52–67; A. Wróbel, *Zakres podmiotowy i przedmiotowy prawa do zakładania przedsiębiorstw w świetle art. 52–58 Traktatu Rzymskiego*, „Rejent” 1994, nr 10, s. 62–70). Ten ostatni termin (tzn. swoboda zakładania przedsiębiorstw) został też użyty w polskiej wersji Układu Europejskiego (Dz.U. z 1994 r., Nr 11, poz. 38, z póź. zm., art. 44 i n.)

stawowych wolności konstytuujących wspólny rynek w rozumieniu art. 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej: TWE). Koncepcja wspólnego rynku pociąga zaś za sobą eliminację wszystkich przeszkód w handlu wewnątrzspółnotowym w celu połączenia rynków krajowych w rynek jednolity o warunkach możliwie najbliższych do rynku wewnętrznego<sup>2</sup>. Dlatego też dla rozwoju wspólnego rynku jest niezbędne, by przedsiębiorstwa miały możliwość prowadzić działalność i formować się tak jak na rynku wewnętrznym. Wolność przedsiębiorczości jest też nazywana *Magna Charta* europejskiego prawa spółek<sup>3</sup>.

W niniejszym opracowaniu przedstawiam zagadnienie realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki. Jest to zagadnienie złożone, obejmujące regulacje nie tylko prawa wspólnotowego, ale również związane z postanowieniami poszczególnych porządków prawnych (w szczególności prawa prywatnego międzynarodowego). Na początku omawiam postanowienia TWE dotyczące wolności przedsiębiorczości ze szczególnym podkreśleniem uregulowań odnoszących się do spółek. Jednakże sam tekst TWE nie jest jedynym wyznacznikiem możliwości realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki. Dlatego też następną część pracy poświęcam wybranym sprawom dotyczącym realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki, które pojawiły się przed TS w latach 80. i 90. w szczególności wyrokowi TS w sprawie *Królowa v. Skarb JKM oraz Poborcy Podatków Wewnętrznych, ex parte Daily Mail* (dalej: *Daily Mail*)<sup>4</sup> oraz wyrokowi TS w sprawie *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selbskabsstyrelsen* (dalej: *Centros*)<sup>5</sup>. Kolejną część opracowania dotyczy aktów mających na celu ułatwienie spółkom korzystanie z wolności przedsiębiorczości (a właściwie ich projektów, bowiem żaden z nich nie wszedł w życie), tj. porozumienia o wzajemnym uznawaniu spółek i osób prawnych z 1968, projektu 10. dyrektywy dotyczącej fuzji transgranicznej<sup>6</sup>, projektu 14. dyrektywy dotyczącej przenoszenia siedziby rejestrowej spółki z jednego państwa członkowskiego do innego pań-

---

<sup>2</sup> Wyrok TS z 5.5.1982 w sprawie 15/81 *Gaston Schul Douance Expediter B.V. v. Inspecteur des Invoerrechten en Accijnzen* [1982] ECR 1409.

<sup>3</sup> Por. M. Lutter, *Europaisches Unternehmensrecht: Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung*, Berlin-New York 1996, s. 36.

<sup>4</sup> Wyrok TS z 27.9.1988 r. w sprawie 81/87 *Królowa v. Skarb JKM oraz Poborcy Podatków Wewnętrznych, ex parte Daily Mail* [1988] ECR 5483.

<sup>5</sup> Wyrok TS z 9.3.1999 r. w sprawie C-212/97 *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selbskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1459

<sup>6</sup> *Proposal For A Tenth Directive Of The Council Based On Article 54 (3) (G) Of The Treaty Concerning Cross-Border Mergers Of Public Limited Companies* (Com/84/727final – Syn 38).

stwa członkowskiego łączącego się ze zmianą prawa właściwego<sup>7</sup>. Pracę kończy podsumowanie.

## 2. WOLNOŚĆ PRZEDSIĘBIORCZOŚCI A SPÓŁKI W ŚWIETLE TWE

### 2.1. PODSTAWY PRAWNE W TWE

Wolności przedsiębiorczości poświęcony jest przede wszystkim rozdział 2 tytułu 3 TWE. W art. 43–48 (d. art. 52–58) ujęte zostały podstawowe zasady. Dla niniejszego opracowania najważniejsza jest treść art. 43, art. 44 ust. 2 lit. g oraz art. 48:

Art. 43 (d. art. 52)

*W ramach poniższych przepisów ograniczenia w wolności przedsiębiorczości przynależnych jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane. Zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez przynależnych jednego państwa członkowskiego ustanowionych na terytorium innego państwa członkowskiego.*

*Wolność przedsiębiorczości obejmuje dostęp do działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 48 ustęp 2, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa miejsca korzystania z wolności przedsiębiorczości dla własnych obywateli z zastrzeżeniem przepisów rozdziału dotyczącego kapitałów.*

Art. 44 (d. art. 54)

*ust. 2 Rada i Komisja wykonują funkcje, które są im powierzone na podstawie powyższych przepisów, a zwłaszcza:*

*(...)*

*g) koordynując w niezbędnym zakresie i w celu zapewnienia ich równoważności, gwarancje, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu artykułu 48 ustęp 2 dla ochrony interesów współników i osób trzecich*

---

<sup>7</sup> *Proposal for a Fourteenth European Parliament and Council Directive on the Transfer of the Registered Office of a Company from one Member State to another with a Change of Applicable Law, doc. XV/D2/6002/97-EN.REV.2.*

Art. 48 (d. art. 58)

*Spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające swą statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty dla stosowania przepisów niniejszego rozdziału są traktowane jak osoby fizyczne przynależne do państw członkowskich.*

*Przez spółki rozumie się spółki założone na podstawie przepisów prawa cywilnego lub handlowego, w tym spółdzielnie, oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, które nie zmagają się do osiągnięcia zysku.*

Ponadto wolności przedsiębiorczości dotyczy art. 293 (d. art. 220), który stanowi, że:

*Państwa członkowskie, w miarę potrzeby, rozpoczną między sobą rokowania w celu zapewnienia swym przynależnym (...) wzajemnego uznania spółek w rozumieniu art. 48 ust. 2, utrzymania osobowości prawnej w przypadku przeniesienia siedziby z kraju do kraju oraz możliwości fuzji spółek podlegających ustawodawstwu różnych państw ...*

## 2.2. DEFINICJA WOLNOŚCI PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

W TWE nie odnajdujemy definicji pojęcia wolności przedsiębiorczości. W szczególności nie stanowi takiej pełnej definicji art. 43 ust. 2. Jednakże w literaturze przedmiotu przyjęło się zgodnie rozumieć pod tym pojęciem możliwość ustanawiania stałych gospodarczych lub zawodowych centrów przez przynależnych jednego państwa członkowskiego poza tym państwem, a na terytorium innego państwa członkowskiego, bądź w formie całkowitego przeniesienia, bądź też w formie zakładania agencji, oddziałów i filii, w celu podjęcia lub prowadzenia działalności gospodarczej<sup>8</sup>.

Wolność przedsiębiorczości różni się od swobodnego przepływu usług przede wszystkim stałością wykonywania działalności ekonomicznej czy też inaczej mówiąc sposobem i okresem prowadzenia działalności gospodarczej oraz punktem ciężkości i terytorialnym zakresem tej działalności<sup>9</sup>. Natomiast od swobodnego przepływu pracowników różni

---

<sup>8</sup> Por. G. Ch. Schwarz, *Europäisches Gesellschaftsrecht: ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, Baden-Baden 2000, s. 79.

<sup>9</sup> Por. wyrok TS z 30.11.1995 w sprawie C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165, Nb 25-27; a także N. Półtorak, op. cit., s. 52-67, A. Wróbel, op. cit., s. 66.

się wolność przedsiębiorczości samodzielnością podejmowanych działań (tj. prowadzeniem ich na własny rachunek).

### 2.3. FORMY WOLNOŚCI PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

Wyróżnić można dwie formy/aspekty wolności przedsiębiorczości: pierwotną i wtórną wolność przedsiębiorczości. Pierwotna wolność prowadzenia działalności (art. 43 ust. 1 zdanie pierwsze) obejmuje transgraniczne przeniesienie przedsiębiorstwa z jednego państwa członkowskiego do innego. Natomiast wtórna wolność prowadzenia działalności (art. 43 ust. 1 zdanie drugie) stwarza możliwość przeniesienia i założenia na nowo części przedsiębiorstwa bez konieczności zaprzestania działalności podstawowej. Może się to odbywać w drodze utworzenia prawnie samodzielnych jednostek (przedsiębiorstw zależnych), ale także poprzez tworzenie przedsiębiorstw prawnie niesamodzielnych. Traktat określa je mianem agencji i oddziałów. Kwestia precyzyjnego rozgraniczenia nie ma przy tym decydującego znaczenia. Regulacja ta obejmuje zatem wszelkiego rodzaju zakłady lub części zakładów niezależnie od ich funkcji<sup>10</sup>.

### 2.4. PODMIOT UPRAWNIONY

Pierwotna i wtórna wolność przedsiębiorczości obejmuje obywateli państw członkowskich i członków ich rodzin<sup>11</sup> oraz spółki w rozumieniu art. 48 TWE.

Art. 48 ust. 1 reguluje zastosowanie rozdziału o wolności przedsiębiorczości do „spółek”, które są pod pewnymi warunkami zrównane z osobami fizycznymi, przynależącymi do państwa członkowskiego. Dlatego też trzeba zająć się problemem wykładni pojęcia „spółka” w rozumieniu tego artykułu oraz zastanowić się jakie kryteria muszą zostać spełnione, aby spółka była zrównana z osobami fizycznymi.

#### 2.4.1 POJĘCIE SPÓŁKI

Spółki, zgodnie z TWE, to wszystkie jednostki, które prowadzą działalność gospodarczą w celu osiągnięcia zysku (art. 48 ust. 2).

---

<sup>10</sup> Por. W.-H. Roth [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, pod red. M. A. Dauses, Warszawa 1999, s. 424.

<sup>11</sup> Por. co do szczegółów W.-H. Roth, op. cit., s. 428.

Forma prawna jest przy tym, wbrew literalnemu brzmieniu przepisu, bez znaczenia: mogą to być osoby prawne (np. spółki kapitałowe), jak również jednostki nie posiadające osobowości prawnej. W kontekście jednostek nie posiadających osobowości prawnej pojawia się jedynie wątpliwość, czy muszą się one charakteryzować pewną prawną niezależnością w stosunku do wspólników. Przyjmuje się, że za spółki w rozumieniu tego artykułu można uznać osobowe spółki handlowe i spółkę cywilną (o ile ta ostatnia nie jest czysto wewnętrzną spółką)<sup>12</sup>.

Pod pojęciem spółki mieszczą się także osoby prawne podlegające prawu publicznemu<sup>13</sup>.

Art. 48 ust. 2 nakłada wymóg prowadzenia działalności gospodarczej w celu osiągnięcia zysku. Problematyczne jest, czy jest to tylko powtórzenie wymogu prowadzenia działalności na własny rachunek z art. 43 ust. 2, czy też dodatkowe ograniczenie<sup>14</sup>. Wymóg ten jest bez wątplenia spełniony w przypadku spółek handlowych. Problemy mogą pojawić się w przypadku spółek cywilnych, stowarzyszeń i fundacji. Pod pojęciem działalności gospodarczej zmierzającej do osiągnięcia zysku należy rozumieć taką działalność, która zwykle jest odpłatna. Decydujące jest przy tym ukierunkowanie działalności. Wynika to z gospodarczej funkcji wolności przedsiębiorczości i gospodarczych celów TWE. Zapłata nie musi przy tym być ani zabezpieczeniem podstaw egzystencji, ani pokrywać kosztów. Działalność nie musi osiągać określonej wielkości. Nie jest w szczególności wymagane, aby cel osiągnięcia zysku był głównym celem spółki w rozumieniu art. 48 ust. 2. W przeciwnym razie nie zostałyby tam wymienione spółdzielnie<sup>15</sup>. Natomiast z całą pewnością pod pojęciem spółki nie będą się mieścić organizacje prowadzące działalność jedynie charytatywną<sup>16</sup>.

#### 2.4.2. WYMOGI RÓWNOUPRAWNIENIA

Spółki nie mają przynależności państwowej w tym samym sensie, co osoby fizyczne. Dlatego art. 48 ust. 1 TWE tworzy ekwiwalent dla kryterium obywatelstwa *sensu stricto*, tak aby podmioty go spełniające

---

<sup>12</sup> Por. G. Ch. Schwarz, op. cit., s. 98, który wskazuje, że spółkami w rozumieniu TWE są niemieckie spółki OHG (spółka jawna), KG (spółka komandytowa), niemiecka spółka cywilna, ale nie już nie spółka cicha.

<sup>13</sup> Por. W.-H. Roth, op. cit., s. 429.

<sup>14</sup> Za tym, że jest to tylko powtórzenie wymogu z art. 43 ust. 2 optuje G. Ch. Schwarz. Por. G. Ch. Schwarz, op. cit., s. 98.

<sup>15</sup> Por. *ibidem*, s. 99.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

mogły być zrównane z osobami fizycznymi będącymi obywatelami państw członkowskich. Aby cieszyć się takimi samymi prawami jak obywatele państw członkowskich, spółki muszą spełniać łącznie dwa wymogi:

- 1) muszą zostać założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego,
- 2) mieć swą statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty.

Na samym początku analizy tego uregulowania, zauważyć trzeba, że nie uzależnia ono przyznania wolności przedsiębiorczości spółce od obywatelstwa jej wspólników. Odrzucona została w ten sposób „teoria kontroli” łącząca statut spółki z obywatelstwem wspólników<sup>17</sup>.

Jeśli chodzi o warunek założenia spółki zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego, to rozumieć pod nim należy konieczność spełnienia wymogów państwa członkowskiego, w którym spółka jest założona odnośnie treści i formy aktu założycielskiego/umowy/statutu spółki, wpisu do odpowiedniego rejestru, etc. Istotna jest przy tym sytuacja spółki w chwili, w której zamierza ona skorzystać z wolności przedsiębiorczości. Sytuacja, w której założona w państwie członkowskim spółka przenosi się do państwa nieczłonkowskiego, powoduje utratę możliwości korzystania z wolności przedsiębiorczości, pod warunkiem, że umowy z państwami trzecimi nie stanowią inaczej.

Literalne odczytanie przepisu art. 48 TWE może powodować wątpliwości, czy obejmuje on swym zakresem ponadnarodowe formy spółek takie jak istniejące już Europejskie Zgrupowanie Interesów Gospodarczych (dalej: EZIG)<sup>18</sup> a w przyszłości Spółkę Europejską (SE)<sup>19</sup>. Precyzyjnie rzecz ujmując EZIG oraz SE tworzone są nie na podstawie prawa państwa członkowskiego, lecz zgodnie z jednolitym prawem wspólnotowym. Dosłowna interpretacja art. 48 TWE doprowadzić musiałaby do wniosku, że nie obejmuje on swym zakresem takich form organizacyjnych. Jednakże dokonanie interpretacji celowościowej prowadzi do odmiennego rezultatu: jeśli wolność przedsiębiorczości przy-

---

<sup>17</sup> Por. A. Scheuer w: *EGV-Kommentar*, pod red. C. O. Lenza, Köln 1999, s. 500.

<sup>18</sup> Ang. *European Economic Interest Grouping*, podstawę prawną tworzenia tych podmiotów stanowi rozporządzenie Rady 2137/85 z 25.7.1985 o utworzeniu Europejskiego Zgrupowania Interesów Gospodarczych (O.J. 1985, L 199/1) wydane na podstawie ówczesnego art. 235 (obecnie 308) TWE.

<sup>19</sup> Po wieloletnich pracach w październiku 2001 przyjęto wreszcie akty prawne dotyczące tej instytucji: rozporządzenie Rady 2157/2001 z 8.10.2001 r. o Statucie dla Spółki Europejskiej (SE), O.J. 2001, L 294/1 oraz dyrektywę Rady 2001/86/WE z 8.10.2001 r. uzupełniającą Statut Spółki Europejskiej w zakresie zaangażowania pracowników, O.J. 2001, L 294/22. Rozporządzenie ma wejść w życie 8.10.2004 r., do tego czasu państwa członkowskie powinny też implementować dyrektywę.



sługuje spółkom utworzonym zgodnie z prawem poszczególnych państw członkowskich, to tym bardziej winna przysługiwać podmiotom utworzonym zgodnie z bezpośrednio obowiązującym we wszystkich państwach członkowskich prawem wspólnotowym<sup>20</sup>.

Jeśli zaś chodzi o warunek posiadania przez spółkę statutowej siedziby, zarządu lub głównego przedsiębiorstwa wewnątrz Wspólnoty, to podkreślić trzeba, że wystarczy, aby tylko jeden z wymienionych tam czynników znajdował się na terenie Wspólnoty. Miarodajny łącznik nie musi wskazywać na państwo członkowskie, zgodnie z ustawodawstwem którego spółka została utworzona. Jako główne przedsiębiorstwo należy traktować punkt ciężkości działalności gospodarczej, natomiast jako główny organ zarządzający – miejscowość, w której podejmowane są istotne decyzje w ramach zarządzania spółką. Możliwe jest stosowanie przepisów dotyczących wolności przedsiębiorczości do spółek, których zarząd i główne przedsiębiorstwo znajdują się poza terenem Wspólnoty, gdy statutowa siedziba znajduje się w Państwie Członkowskim.

W tym miejscu dla porządku wspomnieć jedynie należy, że dla korzystania z wtórnej wolności przedsiębiorczości spółki, podobnie jak i osoby fizyczne muszą mieć swą siedzibę na terenie Wspólnoty. Wymóg ten wynika z art. 43 ust.1 zd. 2 TWE.

## 2.5. BEZPOŚREDNIA SKUTECZNOŚĆ

Wolność przedsiębiorczości jest bezpośrednio skuteczna w tym sensie, że sądy i urzędy państw członkowskich są obowiązane do jej przestrzegania i nie stosowania przepisów prawa wewnętrznego, które są z nią sprzeczne<sup>21</sup>. Tak jest zawsze w przypadku osób fizycznych, a w przypadku spółek w odniesieniu do wtórnej wolności przedsiębiorczości. Wyprzedzając nieco tok niniejszego opracowania, należy stwierdzić, że w odniesieniu do możliwości realizacji pierwotnej wolności przedsiębiorczości przez spółki, TS zajął stanowisko odwrotne<sup>22</sup>.

## 2.6. ZAKRES PRZEDMIOTOWY WOLNOŚCI PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje zgodnie z art. 43 TWE wszystkie czynności związane bezpośrednio lub po-

---

<sup>20</sup> Por. G. Ch. Schwarz, op. cit., s. 110.

<sup>21</sup> Por. W.-H. Roth, op. cit., s. 416.

<sup>22</sup> *Daily Mail* Nb 24.

średnio ze zmianą siedziby przedsiębiorstwa lub z utworzeniem wtórnej formy prowadzenia działalności gospodarczej. Warunkuje ona swobodny przepływ pracowników i odnosi się do wszystkich zdarzeń i czynności, które dotyczą utworzenia organizacji i utrzymania określonej formy prowadzenia działalności gospodarczej.

Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje podejmowanie i wykonywanie samodzielnej działalności zarobkowej przez przedsiębiorcę lub jednostkę organizacyjną. Jak już wspomniałam, działalnością zarobkową jest każdy rodzaj działalności gospodarczej, przy czym jej celem nie musi być osiągnięcie zysku. Wystarczającym warunkiem jest sam fakt odpłatności za wykonaną czynność.

Pojęcie działalności zarobkowej obejmuje wykonywanie wolnych zawodów oraz działalność wytwórczą (przemysł, handel, rzemiosło), dziedzinę produkcji towarowej oraz zbytu, rolnictwo i inne formy użytkowania produktów naturalnych.

Zakres zastosowania swobody prowadzenia działalności gospodarczej odnosi się nie tylko do regulacji dotyczących bezpośrednio działalności zarobkowej, lecz także do wszystkich podejmowanych przez państwo działań, które mają jedynie pośredni wpływ na podejmowanie i wykonywanie działalności zarobkowej: są to przepisy o nabywaniu nieruchomości, wynajmie lokali, udzielaniu pożyczek, przepisy o warunkach produkcji i zbytu oraz zatrudnianiu pracowników<sup>23</sup>.

Odnoszący się do spółek art. 48 TWE zawiera jedynie wymagania dotyczące zrównania spółek z osobami fizycznymi będącymi obywatelami państwa członkowskiego, a więc porusza kwestię kręgu podmiotów uprawnionych do korzystania z wolności przedsiębiorczości, a nie zakresu przedmiotowego wolności przedsiębiorczości. Dlatego też zakres przedmiotowy wolności przedsiębiorczości jest w odniesieniu do spółek całkowicie określony w art. 43 TWE.

Wypunktuję teraz i omówię pokrótce konkretne formy wykonywania wolności przedsiębiorczości przez spółki<sup>24</sup>.

#### 2.6.1. TRANSGRANICZNE PRZENIESIENIE SIEDZIBY STATUTOWEJ/ /REJESTROWEJ<sup>25</sup> SPÓŁKI (*TRANSFER OF REGISTER OFFICE PROPER*)

Przeniesienie siedziby statutowej łączy się z wykreśleniem spółki z rejestru jednego państwa członkowskiego, w którym była ona dotych-

---

<sup>23</sup> Por. W.-H. Roth, op. cit., s. 427.

<sup>24</sup> Por. M. Lutter, op. cit.

<sup>25</sup> Ponieważ spółka musi zostać zarejestrowana w państwie, zgodnie z prawem którego powstała, a wpisanie do rejestru następuje, gdy spółka ma statutową siedzibę

czas zarejestrowana i wpisaniem do rejestru innego państwa członkowskiego bez konieczności przeprowadzenia likwidacji w pierwszym z tych państw. Przeniesienie statutowej siedziby spółki następuje wówczas, gdy ta sama osoba prawna/jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej zostaje zarejestrowana w innym państwie członkowskim.

W wyroku *Daily Mail* TS odmówił możliwości bezpośredniego zastosowania wolności przedsiębiorczości w odniesieniu do przeniesienia statutowej siedziby spółki.

Tylko niektóre państwa członkowskie przewidują możliwość przeniesienia statutowej siedziby spółki. Należą do nich Włochy, które wymagają wzajemności i Portugalia, zgodnie z której prawem operacja taka jest dopuszczalna, gdy możliwa jest także w innym zainteresowanym państwie członkowskim. Prawo francuskie uzależnia przeniesienie statutowej siedziby spółki od zawarcia porozumień międzynarodowych w tej materii, a te jak dotąd nie zostały przyjęte. Prawo niemieckie wyklucza z gruntu możliwość przeniesienia statutowej siedziby spółki. Natomiast w prawodawstwie innych państw członkowskich problematyka ta w ogóle nie została poruszona<sup>26</sup>.

Właśnie operacji przeniesienia statutowej siedziby spółki poświęcony jest projekt 14. dyrektywy omówiony w pkt. 4.

#### 2.6.2. TRANSGRANICZNE PRZENIESIENIE SIEDZIBY ZARZĄDU SPÓŁKI (TRANSFER OF CENTRAL ADMINISTRATION)

Pod pojęciem przeniesienia siedziby zarządu spółki rozumie się operację polegającą tylko na przeniesieniu siedziby zarządu spółki z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego, podczas gdy spółka pozostaje nadal zarejestrowana (i ma statutową siedzibę) w państwie członkowskim, w którym została założona. Takie przeniesienie uważa się za istotniejsze z punktu widzenia wolności przedsiębiorczości niż przeniesienie statutowej siedziby spółki.

Tak jak w przypadku przeniesienia statutowej siedziby spółki i w tej sytuacji w wyniku orzeczenia *Daily Mail* postanowienia TWE dotyczące wolność przedsiębiorczości nie mają bezpośredniego zastosowania.

---

w obszarze sądu uprawnione jest zamienne używanie tych pojęć. Por. G. Ch. Schwarz, op. cit., s. 105.

<sup>26</sup> Por. *Explanatory memorandum on the Proposal for a Fourteenth European Parliament and Council Directive on the Transfer of the Registered Office of a Company from one Member State to another with a Change of Applicable Law*, doc. XV/D2/6002/97, s. 3.

Możliwość przeniesienia siedziby zarządu spółki jest ściśle powiązana z problematyką ogólnego statutu spółki i przyjęciem przez poszczególne państwa członkowskie w ich prawie prywatnym międzynarodowym<sup>27</sup> jednej z dwóch głównych koncepcji określenia statutu spółki:

- 1) teorii założenia (*register office theory*);
- 2) teorii siedziby (*real head office theory*).

Teoria założenia łączy ogólny statut spółki nie z siedzibą zarządu lecz z miejscem założenia spółki, tj. miejscem rejestracji spółki, która jest praktycznie zawsze siedzibą statutową spółki.

Natomiast według teorii siedziby, siedziba zarządu (administracyjna) spółki jest decydującą cechą zależnościową, czyli łącznikiem dla określenia ogólnego statutu spółki.

Teorię założenia przyjęły następujące państwa członkowskie: Dania, Irlandia, Holandia, Wielka Brytania, Szwecja. Teoria siedziby obowiązuje zaś w Belgii, Niemczech, Francji, Grecji, Luksemburgu, Austrii i Hiszpanii. We Włoszech i Portugalii obowiązują przepisy tworzące mieszkankę obu wyżej opisanych teorii<sup>28</sup>.

Z punktu widzenia teorii założenia przeniesienie siedziby zarządu spółki nie narusza w żaden sposób tożsamości i egzystencji spółki według jej dotychczasowego statutu. Natomiast według teorii siedziby przeniesienie siedziby zarządu spółki z jednego państwa do innego państwa członkowskiego prowadzi do zmiany statutu spółki.

Gdyby więc wszystkie państwa członkowskie „wyznawały” teorię założenia, spółki mogłyby cieszyć się niczym nie ograniczoną swobodą przenoszenia siedziby zarządu z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego. Odwrotnie, gdyby wszystkie państwa członkowskie przyjęły teorię siedziby, spółki nie mogłyby nigdy bez zmiany formy prawnej przenieść siedziby zarządu do innego państwa, zawsze musiałyby dojść do przyjęcia przez takie spółki nowej formy prawnej w państwie dojścia.

Ponieważ, jak wskazałam powyżej, poszczególne państwa członkowskie przyjmują różne teorie, rozważyć należałoby kolejno następujące sytuacje:

- 1) przeniesienie siedziby zarządu z państwa teorii siedziby do państwa teorii założenia

---

<sup>27</sup> Problematyka ta nie jest (choć mogła by być) uregulowana ani na poziomie europejskim w drodze rozporządzenia, ani przez multilateralne umowy międzynarodowe pomiędzy państwami członkowskimi. Istnieją jedynie bilateralne umowy. Por. G. Ch. Schwarz, op. cit., s. 105.

<sup>28</sup> Por. G. Ch. Schwarz, op. cit., s. 108.

- 2) przeniesienie siedziby zarządu z państwa teorii siedziby do państwa teorii założenia
- 3) przeniesienie siedziby zarządu z państwa teorii założenia do państwa teorii siedziby
- 4) przeniesienie siedziby zarządu z państwa teorii założenia do państwa teorii siedziby.

W niniejszym opracowaniu brak miejsca na dokładne rozważanie poszczególnych sytuacji, ograniczę się tylko do przedstawienia w postaci tabeli wyników analizy tej problematyki<sup>29</sup>.

przeniesienie siedziby zarządu	do państwa teorii siedziby	do państwa teorii założenia
z państwa teorii siedziby	zarówno z punktu widzenia państwa wyjścia, jak i państwa dojścia dochodzi do zmiany statutu	zarówno z punktu widzenia państwa wyjścia, jak i państwa dojścia dochodzi do zmiany statutu, bowiem państwo dojścia przyjmuje odesłanie państwa wyjścia do prawa państwa nowej siedziby
z państwa teorii założenia	zgodnie z prawem państwa wyjścia brak zmiany statutu, zgodnie z prawem państwa dojścia zmiana statutu	brak zmiany statutu

Gdy zachodzi konieczność zmiany statutu spółki, wiąże się to z potrzebą spełnienia szeregu wymagań stawianych przez państwo wyjścia i państwo dojścia. Zazwyczaj trzeba spółkę rozwiązać w państwie wyjścia i potem założyć na nowo w państwie dojścia. Taka skomplikowana procedura odstrasza spółki od podejmowania przeniesienia siedziby zarządu spółki, a przez to ograniczona zostaje wolność przedsiębiorczości.

Problem, czy teoria siedziby powodująca wyżej przedstawione problemy w realizacji przez spółki wolności przedsiębiorczości jest w ogóle zgodna z postanowieniami TWE (art. 43 w związku z art. 48) był stawiany teoretycznie<sup>30</sup>. Nie dotyczyło go jednak żadne orzeczenie TS<sup>31</sup>.

Przeniesieniu siedziby zarządu spółki nie jest poświęcony projekt 14. dyrektywy omawiany w pkt. 4.

<sup>29</sup> Dokładnie omawia te przypadki Schwarzw, op. cit., s. 108-114. Z tego też opracowania zaczerpnęłam tabelkę.

<sup>30</sup> Por. G. Ch. Schwarzw, op. cit., s. 115.

<sup>31</sup> W szczególności kwestia ta nie była przedmiotem orzeczenia *Daily Mail*, bowiem zarówno Wielka Brytania jak i Dania reprezentują teorię założenia. Natomiast losy spraw późniejszych zostały przedstawione w pkt. 3.4. niniejszego opracowania.

### 2.6.3. ŁĄCZENIE (FUZJA ) TRANSGRANICZNA

Przez łączenie (fuzję) należy rozumieć dwie sytuacje:

- 1) przeniesienie całego majątku spółki (przejmowanej) na inną spółkę (przejmującą) w zamian za udziały lub akcje, które spółka przejmująca wydaje wspólnikom spółki przejmowanej (łączenie przez przejęcie);
- 2) zawiązanie nowej spółki, na którą przechodzi majątek co najmniej dwóch łączących się spółek w zamian za udziały lub akcje nowej spółki (łączenie się przez zawiązanie nowej spółki).

Przy fuzji transgranicznej musi wystąpić element przeniesienia masy majątkowej „przez granicę”. tzn. z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego.

Fuzja transgraniczna jest pierwotną wolnością przedsiębiorczości. Choć nie dotyczyło jej bezpośrednio orzeczenie *Daily Mail*, wątpliwe jest, czy możliwe jest bezpośrednie stosowanie w stosunku do niej przepisów TWE o wolności przedsiębiorczości.

Fuzji transgranicznej nie stoją na przeszkodzie trudności, które biorą się ze zmiany ogólnego statutu spółki w przypadku przeniesienia siedziby zarządu. W tym przypadku bowiem spółka przejęta/spółka łącząca się nie podporządkowuje się nowemu ogólnemu statutowi spółki, lecz zostaje rozwiązana, a jej wspólnicy stają się członkami spółki przejmującej/nowo zawiązanej. Ocenianie fuzji z punktu widzenia prawa kolizyjnego nie natrafia zazwyczaj na poważniejsze przeszkody. Warunki i przebieg fuzji w odniesieniu do każdej ze spółek uczestniczących w fuzji podlegają ogólnemu statutowi tych spółek. W odniesieniu do skutków fuzji, w szczególności do kwestii przejścia majątku i zabezpieczenia wierzycieli, należy połączyć ogólne statuty spółek uczestniczących w fuzji. Sposób przejścia majątku rozmaicie uregulowany w porządkach prawnych poszczególnych państw członkowskich, wiąże się nierozzerwalnie z każdorazowym systemem zabezpieczenia wierzycieli. Dlatego też fuzja transgraniczna jest możliwa tylko wtedy, kiedy dopuszczają ją wchodzące w grę porządki prawne, kiedy zgadzają się wzajemnie normy kolizyjne oraz kiedy odpowiadają sobie lub pokrywają się dotyczące fuzji przepisy różnych państw członkowskich. Dlatego niezbędność środków zbliżania prawa jest tutaj wyraźnie widoczna<sup>32</sup>.

Kwestii fuzji transgranicznej dotyczy projekt 10. dyrektywy omawiany w pkt. 4.

---

<sup>32</sup> Por. W.-H. Roth, op. cit., s. 551–552.

#### 2.6.4. TRANSGRANICZNE WNIESIENIE AKTYWÓW

Dla realizacji wolności przedsiębiorczości istotna jest także możliwość wnoszenia aktywów ze spółki istniejącej w jednym państwie członkowskim do istniejącej albo dopiero zakładanej w innym państwie członkowskim spółki w zamian za udziały lub odpłatnie. Takie działanie nie napotyka na żaden ograniczenia: zgodnie z dyrektywą dotyczącą opodatkowania fuzji<sup>33</sup> jest obojętne z punktu widzenia podatkowego.

#### 2.6.5. ZAKŁADANIE SPÓŁEK-CÓREK

Spółki mogą też korzystać z wolności przedsiębiorczości w ten sposób, że zakładać będą spółki-córki w innych państwach członkowskich. Muszą być zachowane przy tym przepisy wewnątrzpaństwowe. Te jednak nie mogą być dyskryminujące albo ograniczające swobodę prowadzenia działalności gospodarczej. Sprzeczne z TWE byłyby na przykład wymóg uczestnictwa w zakładanej spółce podmiotu krajowego (tj. obywatela danego państwa członkowskiego albo spółki podlegającej prawu tego państwa). Zgodnie z 12. dyrektywą istnieje możliwość zakładania jednoosobowych spółek-córek w innym państwie członkowskim<sup>34</sup>.

#### 2.6.6. UDZIAŁ W ZAGRANICZNYCH SPÓŁKACH

Wolność przedsiębiorczości obejmuje także możliwość stawiania się współnikiem spółek istniejących w innych państwach członkowskich. Aby spółka stała się współnikiem innej spółki musi spełnić wymagania stawiane przez ustawodawstwo państwowe (umowa musi zostać zawarta w odpowiedniej formie, ewentualnie pozostali współnicy muszą wyrazić zgodę, musi nastąpić zgłoszenie do rejestru).

#### 2.6.7. ZAKŁADANIE AGENCJI, ODDZIAŁÓW I FILII

Zakładanie agencji, oddziałów i filii wchodzi oczywiście w zakres wolności przedsiębiorczości. Publikacji ogłoszeń przez oddziały spółek poświęcona została 11. dyrektywa z 1989 r.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Dyrektywa Rady 90/434 z 23.7.1990 r. o wspólnym systemie opodatkowania fuzji, podziałów, przeniesienia i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich, O.J. 1990, L 225/1.

<sup>34</sup> Dyrektywa Rady 89/667 z 21.12.1989 r. dotycząca jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, O.J. 1989, L 395/40. Wyjątki zawiera art. 2 ust. 2 tej dyrektywy.

<sup>35</sup> Dyrektywa Rady 89/666 z 22.12.1989 r. o przewidzianej przez prawo handlowe publikacji ogłoszeń przez oddziały spółek, O.J. 1989, L 395/36.

## 2.7. OGRANICZENIA WOLNOŚCI PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

Bez względu na to, jak zasadnicze znaczenie dla porządku prawnego Wspólnoty ma swoboda prowadzenia działalności gospodarczej, nie może ona mieć charakteru absolutnego. Autorzy TWE byli w wystarczającym stopniu realistami, aby przyznać, że w pewnych sytuacjach i pod pewnymi warunkami państwa mogą od niej odejść<sup>36</sup>. Nie wnikając w tym miejscu w szczegóły, należy pamiętać, że wolność przedsiębiorczości może ulec ograniczeniu, tak w stosunku do osób fizycznych jak i spółek, na podstawie art. 45 TWE oraz ze względu na interes ogółu.

## 3. WYBRANE ORZECZENIA ETS DOTYCZĄCE REALIZACJI WOLNOŚCI PRZEDSIĘBIORCZOŚCI PRZEZ SPÓŁKI

### 3.1. *DAILY MAIL*

Sprawa ta pojawiła się przed TS w ramach odesłania wstępnego dokonanego przez angielski *High Court of Justice, Queen's Bench Division* na podstawie ówczesnego art. 177 (obecnie 234 TWE). Wnosił on o interpretację ówczesnych art. 52 i 58 TWE oraz dyrektywy 73/148 z 21.5.1973 r. dotyczącej zniesienia ograniczeń w poruszaniu i osiedlaniu się na terenie wspólnoty dla przynależnych państw członkowskich w kontekście przedsiębiorczości i postanowień o usługach<sup>37</sup>.

Stan faktyczny był następujący: brytyjska *Daily Mail and General Trust plc* zamierzała przenieść siedzibę zarządu spółki do Holandii. Powodem tej decyzji były kwestie podatkowe. Według prawa brytyjskiego, osoba prawna (korporacja) posiada miejsce rejestracji i siedzibę, które zazwyczaj pokrywają się. Dla celów podatkowych istotna jest siedziba. Podatek od korporacji składa się z kilku części, przy czym przedsiębiorstwa mające siedzibę za granicą płacą tylko część podatku

---

<sup>36</sup> Por. G. Druesne, op. cit., s. 154.

<sup>37</sup> O.J. 1973, L 172/14.



(podatek dochodowy). Przeniesienie siedziby byłoby więc korzystne dla Daily Mail. Według prawa angielskiego było to możliwe bez likwidacji firmy, za zgodą ministra finansów. Początkowo spółka podjęła negocjacje z ministrem, ale po jakimś czasie wniosła sprawę do sądu twierdząc, że przysługuje jej prawo przeniesienia siedziby do Holandii również bez zgody władz, na podstawie TWE.

Argumentowała ona następująco: art. 52–58 dają osobom fizycznym i prawnym prawo przeniesienia się do innego państwa członkowskiego w celu prowadzenia tam działalności. Obowiązek zniesienia przepisów ograniczających emigrację i imigrację osób prawnych powinien być identyczny, jak w stosunku do osób fizycznych. Przeniesienie siedziby firmy stanowi w istocie „osiedlenie się” w innym państwie członkowskim, zwłaszcza jeżeli towarzyszy mu otwarcie biura i bieżące zarządzanie działalnością firmy. Motywy powodujące przeniesienie firmy są pozbawione znaczenia, podobnie jak ma to miejsce w odniesieniu do osób fizycznych. Wszelkie ograniczenia swobody przeniesienia siedziby, a zwłaszcza uzależnienie jej od zgody administracji państwowej, jest niezgodne z art. 52–58 TWE (co w przypadku osób fizycznych jest nielegalne). Fakt uszczuplenia dochodów podatkowych państwa nie może usprawiedliwiać zakazu przeniesienia siedziby osoby prawnej. Wreszcie Daily Mail podkreślała, że o ile nawet w niektórych przypadkach zakaz taki byłby usprawiedliwiony, to jego ogólny i bezwzględny zakaz narusza wymóg proporcjonalności.

Natomiast zdaniem interweniującego rządu brytyjskiego celem przeniesienia siedziby firmy nie było włączenie się do gospodarki holenderskiej, zmiana charakteru działalności lub ograniczenie transakcji giełdowych, a jedynie uniknięcie opłacania podatków. Zmiana siedziby nie oznacza „prowadzenia działalności gospodarczej” w rozumieniu art. 52 TWE (który to przepis ma na celu wspieranie integracji gospodarczej Wspólnoty). Działalność taka – podobnie jak w przypadku osób fizycznych – powinna być rzeczywista i efektywna. Przepisy prawa wtórnego nie przewidują transferu siedziby przedsiębiorstw i nie mogą być stosowane przez analogię. Ponadto rząd brytyjski wskazał, że możliwe są ograniczenia korzystania ze swobód wspólnotowych przez osoby fizyczne, jeżeli miałyby to prowadzić do naruszenia lub obejścia przepisów prawa krajowego.

TS orzekł w tej sprawie, że traktat stoi na stanowisku, że różnice ustawodawstw dotyczące powiązań między spółkami założonymi na podstawie danego systemu prawa oraz – w razie potrzeby – sposobów przeniesienia siedziby, statutowej lub rzeczywistej, tej spółki do innego państwa członkowskiego, nie są regulowane przepisami o swobodzie przedsiębiorczości, lecz że powinny zostać uregulowane przez akty usta-

wowe lub konwencje, które dotąd nie zostały wydane. W tych warunkach art. 52 i 58 TWE powinny być interpretowane w taki sposób, że nie dają one na gruncie obowiązującego prawa wspólnotowego spółce założonej zgodnie z prawem jednego państwa członkowskiego żadnego prawa do przeniesienia siedziby władz do innego państwa członkowskiego. Natomiast dyrektywa 73/148 w sprawie zniesienia ograniczeń poruszania się i pobytu obywateli państw członkowskich wewnątrz Wspólnoty w celu wykonywania swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług dotyczy, zgodnie ze swą nazwą i tekstem, jedynie osób fizycznych, a jej przepisy - ze względu na ich zawartość - nie mogą być stosowane przez analogię do osób prawnych. Już z tego względu dyrektywa 73/148 powinna być interpretowana w ten sposób, że nie nadaje ona przedsiębiorstwu prawa przeniesienia siedziby władz do innego państwa członkowskiego.

Tak więc w sprawie *Daily Mail* TS odmówił w ówczesnie obowiązującym stanie prawnym bezpośredniego stosowania wolności przedsiębiorczości w odniesieniu do spółek.

### 3.2. CENTROS

W niespełna dziesięć lat później przed TS trafiło inne pytanie prawne dotyczące wolności przedsiębiorczości. Skierowane ono zostało przez duński Hojesteret, który wnosił o interpretację ówczesnych art. 52, 56 i 58 TWE.

Państwo Bryde, obywatele duńscy zamieszkujący w Danii, założyli w Wielkiej Brytanii spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (*private limited company*) pod nazwą Centros i zarejestrowali ją w Londynie. Ta forma według prawa angielskiego nie wymaga minimalnego kapitału zakładowego<sup>38</sup>, inaczej niż według prawa duńskiego<sup>39</sup>. Po kilku miesiącach pani Bryde, będąca dyrektorem spółki, zwróciła się do odpowiedniego organu duńskiego z wnioskiem o zarejestrowanie filii spółki w Danii. Organ odmówił rejestracji, twierdząc, że w istocie chodziło o zarejestrowanie głównej siedziby spółki, a nie filii – i że celem działania założycieli spółki było ominięcie przepisów prawa duńskiego.

---

<sup>38</sup> Prawo angielskie zawiera wymóg minimalnego kapitału zakładowego wysokości 50 000 funtów jedynie w odniesieniu do public limited company (*The Companies Act 1985*, s.118). Ponieważ *The Companies Act* nie zawiera takiego wymogu w odniesieniu do private limited company, wyciągnąć można wniosek, że wystarczy kapitał wysokości 1 funta. W praktyce ustala się minimalny kapitał na 100 funtów.

<sup>39</sup> Wymagane jest 20 000 duńskich koron, tj. ok. 28 000 Euro.

W tej sprawie TS orzekł, że jest naruszeniem art. 52 i 58 TWE takie działanie państwa członkowskiego, które polega na odmowie zarejestrowania filii spółki założonej zgodnie z przepisami innego państwa członkowskiego i mającej w tym państwie zarejestrowaną siedzibę, nawet jeżeli nie prowadzi w nim żadnej działalności, jeżeli zadaniem filii ma być umożliwienie danej spółce prowadzenia działalności w państwie, w którym filia ma być założona, a w którym nie spełnia warunków wymaganych dla utworzenia spółki, które są w tym państwie bardziej restryktywne w odniesieniu do wymogu minimalnego kapitału akcyjnego. Wykładnia ta, jednakże, nie zabrania władzom zainteresowanego państwa członkowskiego przyjęcia właściwych środków w celu ochrony przed oszustwem lub jego penalizacji, czy to w odniesieniu do samej spółki – we współpracy z państwem członkowskim, w którym została utworzona – czy to w stosunku do wspólników, jeżeli została nie ustalona, że w rzeczywistości próbują oni poprzez utworzenie spółki uniknąć wywiązania się ze zobowiązań wobec prywatnych lub publicznych wierzycieli, działających na terytorium zainteresowanego państwa członkowskiego.

### 3.3. INTERPRETACJA *DAILY MAIL* I *CENTROS*

Oba wyżej przedstawione wyroki spotkały się z żywym odzewem praktyków i teoretyków. Nazywane były przełomowymi decyzjami, glosowane, interpretowane, krytykowane a wreszcie i przede wszystkim porównywane<sup>40</sup>. Mimo, że dotyczą one dwóch całkiem różnych stanów faktycznych: w przypadku *Daily Mail* pierwotnej swobody przedsiębiorczości a w przypadku *Centros* wtórnej swobody przedsiębiorczości; w przypadku *Daily Mail* uprawnień państwa wyjścia, zaś w przypadku *Centros* uprawnień państwa dościa i wreszcie w obliczu faktu, że sam ETS nie miał intencji łączenia tych dwóch sprawach (w wyroku *Centros* nie odwołał się do *Daily Mail*), a tym bardziej zmiany swego orzecznictwa<sup>41</sup>, to jednak wyrok w sprawie *Centros* został powszechnie odczy-

---

<sup>40</sup> Jak wskazuje G. Jaeger, *Kapitalgesellschaften in der EU – dauerhaft Niederlassungsberechtigte zweiter Klasse? Kommentar zu den Vorlagebeschlüssen des BGH vom 30.3.2000 und das AG Heidelberg von 3.3.2000 sowie zur Rechtsprechung in den Niederlanden und Österreich als Antwort auf die Centros-Entscheidung des EuGH vom 9.3.1999*, NZG 2000, nr 18, s. 918, w samych tylko niemieckich czasopismach pojawiło się w ciągu roku od wydania wyroku w sprawie *Centros* ponad 50 artykułów-opinii dotyczących tego orzeczenia.

<sup>41</sup> Jak to było w sprawie *Keck*, gdzie TS wyraźnie podkreślił, że odchodzi od dotychczasowego orzecznictwa. Por. wyrok TS z 24.11.1993 r. w połączonych sprawach C-267/91 i C-268/91 *Keck i Mithouard* [1993] ECR I-6097, Nb 16.

tany jako pewien sygnał. Z jednej strony traktuje się go jako ostrzeżenie przed tym, że mimo wszystkich niebezpieczeństw wiążących się z bezpośrednim stosowaniem wolności przedsiębiorczości<sup>42</sup>, TS być może będzie skłonny przyznać jej prymat nad uregulowaniami wewnętrznymi poszczególnych państw, jeśli pytanie takie pojawi się przed nim ponownie<sup>43</sup>. Wyrażono pogląd, że jeśli nawet z *Centros* nie da się wyprowadzić pełnego i ostatecznego uznania za obowiązującą teorię założenia, to należy się liczyć z szybkim wyjaśnieniem definitywnym tej sprawy<sup>44</sup>. Z drugiej strony można go także odczytywać jako ponaglenie do prac nad aktami mającymi na celu ułatwienie spółkom korzystanie z wolności przedsiębiorczości<sup>45</sup>.

### 3.4. SPRAWY, KTÓRE WPLYNĘŁY DO TS PO WYROKU *CENTROS*

Dwie sprawy dotyczące realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki, które trafiły przed TS po wyroku *Centros* nie zostały rozpatrzone merytorycznie ze względów proceduralnych, trzecia cały czas czeka na rozpatrzenie. Każda z nich dotyczy niezmiernie istotnych zagadnień; swego czasu wiązano z nimi wszystkie nadzieje na wyjaśnienie przez TS spornych kwestii związanych z wolnością przedsiębiorczości i dlatego sprawy te zasługują na zaprezentowanie.

#### 3.4.1. *KAMER VAN KOOPHANDEL EN FABRIKEN VOOR GRONINGEN V. CHALLENGER TRADING COMPANY LTD*<sup>46</sup>

Sprawa ta pojawiła się przed TS w wyniku odesłania wstępnego dokonanego 19.10.1999 r. przez holenderski Kantonrechter de Gronin-

---

<sup>42</sup> Tj. uciekaniem przedsiębiorców do państw o najbardziej liberalnych przepisach, ciągłej pogoni za mniej wymagającymi rozwiązaniami, zwanym *race to the bottom* i identyfikowanym (choć jak wskazuje E. Wymeersch, *Centros: A landmark decision in European Company Law*, Working Paper Series 1999, nr 15, Universiteit Gent 1999, s. 18, jest to mylne) z „efektem stanu Delaware” w Stanach Zjednoczonych. Por. też C. Bernard, *Social dumping and race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware?*, „European Law Review” 2000, nr 1, s. 57-78.

<sup>43</sup> Por. D. Zimmer, *Mysterium „Centros”: von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes*, „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht” 2000, s. 42.

<sup>44</sup> Por. M. P. Wiesner, *Europäisches Unternehmensrecht: Stand und Entwicklung*, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis” 2000, nr 40, s. 1796.

<sup>45</sup> Por. D. Zimmer, op. cit., s. 42.

<sup>46</sup> Sprawa C-410/99, wykreślona z porządku obrad postanowieniem z 2.8.2000 r., O.J. 2001, C 118/22.

gen w związku z zawisłą przed nim sprawą *Kamer van Koophandel en Fabriken voor Groningen v. Challenger Trading Company Ltd.*

Pytanie brzmiało następująco: czy jest zgodne z art. 43 i 48 TWE stosowanie wobec spółek formalnie (pseudo-) zagranicznych w rozumieniu art. 1 Prawa o spółkach formalnie zagranicznych (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*) przepisów art. 2 i następnych tej ustawy, które to przepisy nakładają na takie spółki szereg obowiązków mających na celu ochronę osób trzecich (m.in. obowiązek rejestracji w Rejestrze Handlowym, wymóg minimalnego kapitału zakładowego, wymóg przygotowywania i publikacji rocznych sprawozdań finansowych).

Sprawa ta jednak nie doczekała się merytorycznego rozpoznania, albowiem została wykreślona z porządku obrad 2.8.2000 r. w skutek wycofania zapytania prawnego przez Kantongerecht te Groningen.

### 3.4.2. HSB-WOHNBAU GMBH<sup>47</sup>

Sprawa ta pojawiła się przed TS w ramach odesłania wstępnego dokonanego 3.3.2000 r. przez niemiecki Amtsgericht Heidelberg<sup>48</sup>. Wnosił on o interpretację art. 43 i 48 TWE w związku z wnioskiem HSB-Wohnbau GmbH o wpis do rejestru sądowego przeniesienia siedziby rejestrowej tej spółki do Hiszpanii przy zachowaniu tożsamości podmiotu<sup>49</sup>.

Stan faktyczny był następujący: HSB-Wohnbau była spółką utworzoną zgodnie z prawem niemieckim w roku 1988 i wpisaną do rejestru sądowego prowadzonego przez Amtsgericht Heidelberg. Jej siedzibą była niemiecka miejscowość Sinheim. W sierpniu 1999 roku wszystkie udziały w HSB-Wohnbau zostały przejęte przez hiszpańską spółkę Paradies-Sonne-Meer SL, która w ten sposób stała się jedynym wspólnikiem. Jednocześnie walne zgromadzenie HSB-Wohnbau podjęło decyzję o zaprzestaniu działalności na terenie Niemiec i przeniesieniu głównego przedsiębiorstwa oraz siedziby rejestrowej do hiszpańskiej miejscowości Orihuela Costa. W grudniu 1999 roku do Amtsgericht Heidelberg wpłynął tekst jednolity umowy spółki wraz z wnioskiem o dokonanie wpisu dotyczącego przeniesienia siedziby spółki do Hiszpanii. Sąd nie będąc pewnym, czy wpis taki może być dokonany skierował do

---

<sup>47</sup> Orzeczenie TS z 10.7.2001 r. w sprawie C-86/00 [2001] ECR I-5353.

<sup>48</sup> AG Heidelberg, *Beschluss vom 3.3.2000*, HRB 831-SNH, opublikowane w „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis” 2000, nr 37, s. 1616-20.

<sup>49</sup> Ang. *without changing the identity*, niem. *unter Wahrung der Identität*.

TS następujące pytania o zgodność obowiązującej w Niemczech teorii siedziby z prawem wspólnotowym:

- 1) czy prawa wynikające z art. 43 i 48 TWE obejmują możliwość przeniesienia siedziby niemieckiej GmbH (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością), która została utworzona zgodnie z niemieckimi przepisami i wpisana do niemieckiego rejestru a której jedynym wspólnikiem jest spółka hiszpańska, do Hiszpanii przy zachowaniu tożsamości podmiotu;
- 2) czy przepisy art. 43 i 48 TWE wykluczają możliwość stosowania przepisów zabraniających przeniesienie do Hiszpanii siedziby spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przy zachowaniu tożsamości tej spółki, która została utworzona zgodnie z niemieckimi przepisami i wpisana do niemieckiego rejestru a której jedynym wspólnikiem jest spółka hiszpańska.

TS nie zajął się przedstawionymi mu problemami i nie wydał wyroku merytorycznego, albowiem zgodnie z art. 92 (1) Regulaminu proceduralnego<sup>50</sup> uznał się za nie właściwy do rozpoznania tej sprawy. Motywy takiej decyzji były następujące: zgodnie z art. 234 TWE Trybunał Sprawiedliwości jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o wykładni TWE, gdy zażąda tego (w formie pytania) sąd państwa członkowskiego w związku z zawisłą przed nim sprawą, przy czym orzeczenie w tej kwestii jest niezbędne dla wydania przez sąd krajowy wyroku. Powołując się na swoje wcześniejsze orzecznictwo<sup>51</sup> TS przypomniał, że z art. 234 TWE wynika, że sprawa w której ma zapaść orzeczenie musi mieć charakter sądowy<sup>52</sup>. Sprawy dotyczące wpisu do rejestru takiego charakteru nie mają, sąd nie pełni w nich funkcji jurysdykcyjnej lecz administracyjną, w niektórych państwach członkowskich zadania takie są powierzone organom administracyjnym<sup>53</sup>. Nic nie wskazuje na to, że w sprawie, w związku z którą Amtsgericht Heildelberg skierował pytanie do TS, istniał jakikolwiek spór pomiędzy HSB-Wohnbau a jakimkolwiek innym podmiotem. Dlatego też w sprawie *HSB-Wohnbau* nie pełnił funkcji jurysdykcyjnej, a co za tym idzie TS nie jest kompetentny do odpowiedzi na zadane mu pytania.

W związku z powyższym orzeczenie TS w sprawie *HSB-Wohnbau GmbH* nie doprowadziło do rozwikłania narosłych problemów i nie przy-

---

<sup>50</sup> O.J. 1999, C 65/1.

<sup>51</sup> Sprawa 318/85 *Greis Unterweger* [1986] ECR 955, Nb. 4; sprawa C-111/94 *Job Centre* [1995] ECR I-3361, Nb. 9; sprawa C-134/97 *Victoria Film* [1998] ECR I-7023, Nb. 14; sprawa C-178/99 *Salzman* [2001] ECR I-4421 Nb. 14.

<sup>52</sup> Ang. *judicial nature*.

<sup>53</sup> *HSB-Wohnbau GmbH*, Nb. 12.

niosło żadnych nowych rozwiązań w sprawie możliwości realizacji wolności realizacji przedsiębiorczości przez spółki.

### 3.4.3. ÜBERSEERING

#### V. NCC NORDIC CONSTRUCTION COMPANY BAUMANAGEMENT GMBH<sup>54</sup>

Kolejna sprawa dotycząca możliwości realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki pojawiła się przed TS w ramach odesłania wstępnego dokonanego 30.03.2000 r. przez niemiecki Bundesgerichtshof<sup>55</sup>. Sprawa, na kanwie której zrodziły się pytania, dotyczyła holenderskiej spółki z ograniczoną (*Besloten Vennotschap met beperkte aansprakelijkheid*), która przeniosła swą siedzibę do Niemiec a następnie wytoczyła powództwo w związku z nienależycie wykonanym wobec niej zobowiązaniem.

Pytania zadane Trybunałowi Sprawiedliwości brzmiały następująco:

- 1) czy art. 43 i 48 TWE należy wyklądać w ten sposób, że są sprzeczne z wolnością przedsiębiorczości takie uregulowania, które zdolność prawną i zdolność procesową spółki założonej zgodnie z przepisami jednego państwa członkowskiego, oceniać nakazują według prawa państwa, do którego przeniesiona została siedziba zarządu tej spółki i (uregulowania) prowadzą do tego, że wynikające ze stosunków zobowiązaniowych roszczenia nie mogą być dochodzone w drodze postępowania sądowego;
- 2) jeśli odpowiedź na pierwsze pytanie będzie pozytywna, to czy z wolności przedsiębiorczości wynika, że zdolność prawna i procesowa spółki winna być oceniana według prawa obowiązującego w państwie, w którym ta spółka została założona?

Sprawa ta jak dotąd nie doczekała się rozpoznania przez Trybunał Sprawiedliwości. Przedstawiona została jak na razie tylko opinia Rzecznika Generalnego<sup>56</sup>, w której to Rzecznik udziela odpowiedzi pozytywnej na pytanie pierwsze, ale jednocześnie negatywnej na pytanie drugie.

---

<sup>54</sup> Sprawa C-208/00, O.J. 2000, C 233/16.

<sup>55</sup> BGH, orzeczenie z 30.3.2000 r. VII ZR 370/98, opublikowane w „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis” 2000, nr 22, s. 967–969.

<sup>56</sup> Wydana została ona 4.12.2001 r.

## 4. AKTY MAJĄCE NA CELU UŁATWIENIE SPÓŁKOM KORZYSTANIE Z WOLNOŚCI PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

Ułatwienie realizowania wolności przedsiębiorczości przez spółki może nastąpić w wyniku regulacji w postaci konwencji (w oparciu o art. 220 TWE) albo dyrektyw (w oparciu o art. 44 ust. 2 lit g TWE).

### 4.1. KONWENCJE

Prace nad porozumieniami dotyczącymi realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki były swego czasu dość intensywne. Powstało wiele różnych projektów, na omówienie których nie ma niestety miejsca w tym opracowaniu.

Pragnę jedynie zwrócić uwagę na to, że w 1968 r. doszło do uchwalenia konwencji o wzajemnym uznawaniu spółek i osób prawnych a protokół z 1971 r. miał zapewnić jednolitą wykładnię tego porozumienia przez TS. Treść porozumienia dotyczyła spółek w rozumieniu TWE i jako zasadę przyjęto wzajemne uznanie zdolności prawnej spółek, które zostały założone według prawa któregoś z państw członkowskich, i które mają na obszarze obowiązywania porozumienia swoją siedzibę statutową. Porozumienie miało wejść w życie z chwilą ratyfikacji przez wszystkie państwa-sygnatariuszy. Jako że do tego nie doszło, porozumienie to stało się praktycznie nieaktualne.

### 4.2. PROJEKTY DYREKTYW

#### 4.2.1. DYREKTYWA O FUZJI TRANSGRANICZNEJ

Dokonywaniu fuzji transgranicznej przez spółki poświęcony jest zaproponowany w 1985 r. projekt tzw. 10. dyrektywy.

Propozycja dyrektywy o fuzji transgranicznej reguluje związane z prawem spółek kwestie fuzji transgranicznej tylko w odniesieniu do spółek akcyjnych. W celu umożliwienia albo ułatwienia fuzji transgranicznych służy ona znajdowaniu rozwiązań w zakresie prawa kolizyjnego, wskazując w odniesieniu do warunków, procedur i skutków fuzji na krajowe systemy prawne, którym podlegają spółki uczestniczące w fuzji. Projekt ten zawiera też normy materialne, które biorą pod uwagę międzynarodowy charakter fuzji.



Jednakże w pracach nad tym projektem nie udało się osiągnąć porozumienia co do newralgicznego zagadnienia współdecydowania pracowników (*Mitbestimmung*) i w związku z tym prace zostały zahamowane.

#### 4.2.2. DYREKTYWA DOTYCZĄCA PRZENIESIENIA SIEDZIBY SPÓŁKI

Prace nad dyrektywą dotyczącą przeniesienia siedziby spółki z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego a nie łączącego się z rozwiązaniem i nowym założeniem spółki i powodującym zmianę prawa właściwego dla spółki (tj. 14. dyrektywy) zostały podjęte na początku lat 90. Na zlecenie Komisji Europejskiej firma doradczą KPMG przygotowała analizę sytuacji i zaproponowała dwa projekty dyrektywy dotyczącej przeniesienia siedziby: jeden oparty na teorii siedziby, drugi zaś na teorii założenia. Po przeprowadzeniu badań ankietowych i dalszych konsultacjach<sup>57</sup>, na początku 1997 r., komisja opracowała wstępny projekt dyrektywy<sup>58</sup> składający się z 15 artykułów. Z założenia miał on nie rozstrzygać sporu pomiędzy teoriami siedziby i założenia na korzyść którejś z nich, lecz znajdował jakby trzecią drogę.

Projekt ten ujrzał światło dzienne jednak tylko o tyle, że został opublikowany w niemieckich czasopismach prawnych<sup>59</sup> i stał się przedmiotem analizy naukowej<sup>60</sup>. Nie został on natomiast oficjalnie przez Komisję zgłoszony, mimo że upłynęły już ponad cztery lata. I tu, podobnie jak w przypadku projektu 10. dyrektywy, o niepowodzeniu zdecydował fakt, że projekt, mimo wszystkich swych zalet, nie dotykał i nie rozwiązywał newralgicznych kwestii związanych z prawem podatkowym i ochroną pracowników.

---

<sup>57</sup> *Commission consultation paper on company law*, doc. XV/D2/6016/96.

<sup>58</sup> *Proposal for a Fourteenth European Parliament and Council Directive on the Transfer of the Registered Office of a Company from one Member State to another with a Change of Applicable Law*, doc. XV/D2/6002/97.

<sup>59</sup> „*Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*” 1997, s. 1721 i n.; „*Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*” 1999, nr 1–2, s. 157 i n.

<sup>60</sup> Odbyło się między innymi w kwietniu 1998 r. sympozjum poświęcone temu projektowi: *10. Bonner Europa-Symposion – Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in Europa*, a referaty tam przedstawione zostały opublikowane w „*Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*” 1999, nr 1–2. Por. też R. R. Drury, *Migrating Companies*, „*European Law Review*” 1999, nr 4, s. 354–372.

#### 4.3. OCENA

Jak wynika z powyższego, prace nad aktami mającymi na celu ułatwienie spółkom korzystanie z wolności przedsiębiorczości nie są wcale zaawansowane i nie zanoszą się na to, by w najbliższym czasie zakończyły się sukcesem. Tajemnicą poliszynela jest, że Komisja oczekiwała z jednej strony na kolejne orzeczenia dotyczące realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki, z drugiej zaś strony na osiągnięcie kompromisu w problematycznych kwestiach w odniesieniu do *Societas Europaea*, tak aby osiągnięte na tamym polu rozwiązania zastosować analogicznie w przypadku transgranicznego przenoszenia siedziby przez spółki oraz fuzji transgranicznej<sup>61</sup>. Z racji przyjęcia w październiku 2001 roku dokumentów dotyczących SE istnieje pewna szansa, że i prace nad dyrektywami posuną się do przodu.

#### 5. PODSUMOWANIE

Wolność przedsiębiorczości jest podstawą rynku wewnętrznego. Głównymi (i największymi) podmiotami na tej scenie są bez wątpienia spółki. Tymczasem możliwość realizacji przez nie pierwotnej swobody przedsiębiorczości napotyka na przeszkody. W orzeczeniu *Daily Mail* TS odmówił bowiem, przy obecnym stanie prawnym, bezpośredniego stosowania pierwotnej wolności przedsiębiorczości w stosunku do tych podmiotów, wskazując na to, że konieczna jest harmonizacja przepisów wewnętrznych dotyczącej tej materii. Wyrok w sprawie *Centros* nie zmienił tego orzeczenia. Mimo upływu czasu nie wydane zostały akty mające na celu usunięcie barier, a co za tym idzie mobilność spółek jest cały czas ograniczona. Nie jest to bez wątpienia sytuacja korzystna dla rozwoju rynku wewnętrznego. Problem jest złożony: potrzeba bowiem uwzględnić prócz interesu samych spółek, tradycje prawne poszczególnych państw członkowskich, interesy wierzycieli i pracowników spółek oraz organów podatkowych. Jak i kiedy ten węzeł gordyjski zostanie rozwiązany – czas pokaże.

---

<sup>61</sup> Por. P. M. Wieser, op. cit., s. 1796.