

ARIEL MUCHA*

TRANSGRANICZNE PRZEKSZTAŁCENIE
POLSKIEJ SPÓŁKI KAPITAŁOWEJ —
UWAGI NA TEMAT NIEZGODNOŚCI ART. 270 PKT 2
ORAZ ART. 459 PKT 2 K.S.H. Z PRAWEM EUROPEJSKIM

I. WPROWADZENIE

Ponad sześć lat od wyroku TSUE¹ w sprawie węgierskiej spółki Cartesio² polski ustawodawca wciąż nie zdecydował się na wprowadzenie zmian w prawie, które w pełni realizowałyby uwagi Trybunału³ w zakresie problematyki transgranicznego przekształcania spółek⁴. Zgodnie z postanowieniami Traktatu o funkcjo-

* Autor jest doktorantem w Katedrze Polityki Gospodarczej, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, oraz członkiem Sekcji Prawa Spółek i Rynku Kapitałowego Instytutu Allerhanda w Krakowie.

¹ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej; nazwa ta w niniejszym artykule używana jest również zamiennie dla oznaczenia przedmiotowego organu sprzed wejścia w życie Traktatu lizbońskiego, tj. Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

² Wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-210/06, Zb. Orz. 2008, s. I-09641; dalej jako sprawa *Cartesio*.

³ Należy jednak zauważyć, że stanowisko Trybunału w tej sprawie w odniesieniu do transgranicznego przekształcania spółki miało charakter opinii dodatkowej (*obiter dictum*), która w szczególności w krajach systemu *common law* ma charakter niewiążący. Zob. P. Kindler: *Ende der Diskussion über die genannte Wegzugsfreiheit*, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (dalej: NZG) 2009, s. 131.

⁴ Szerzej na temat charakterystyki transgranicznego przekształcania zob. poniżej oraz w literaturze: K. Oplustil: *Transgraniczne przekształcenie i podział spółki w świetle prawa europejskiego i polskiego*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* (dalej: KPP) 2014, z. 1, s. 73–76; J. Napierała: *Transgraniczne przekształcenie spółki (w:) Problemy polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa Profesora Mariana Kępińskiego*, pod red. K. Klafkowskiej-Waśniowskiej, M. Mataczyńskiego, R. Sikorskiego, M. Sokołowskiego, Warszawa 2012, s. 85–91; A. Dorabalska: *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej spółki w świetle wybranych regulacji krajowych państw europejskich*, *Przegląd Prawa Handlowego* (dalej: PPH) 2010, nr 5, s. 52; oraz M. Myszkę-Nowakowska: *Transfer siedziby spółki w Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 105 i n.

nowaniu Unii Europejskiej⁵ (art. 54 w zw. z art. 49 TFUE) spółka⁶ założona w jednym z krajów członkowskich i związana w określony sposób z obszarem europejskim⁷ alternatywnie poprzez posiadanie tam siedziby statutowej, miejsca sprawowania zarządu lub głównego przedsiębiorstwa, traktowana jest tak jak obywatel państw członkowskich (podmiot unijny⁸). Oznacza to, że spółki „posiadające obywatelstwo europejskie” mogą korzystać ze swobody przedsiębiorczości. Przedmiotowa swoboda stanowi szczególnie przypadek zakazu dyskryminacji podmiotów związanych z obszarem jednego państwa członkowskiego, które na terytorium innego państwa członkowskiego podejmują i wykonują działalność prowadzoną na własny rachunek oraz zakładają i zarządzają przedsiębiorstwami⁹. Tego rodzaju podmioty powinny być traktowane na równi z obywatelami państwa przyjmującego, a porządek traktatowy uniemożliwia państwom członkowskim wprowadzanie jakichkolwiek ograniczeń zmniejszających atrakcyjność swobody przedsiębiorczości¹⁰. Precyzując, każde ograniczenie, nawet to o charakterze niedyskryminującym, powinno być uzasadnione w świetle tzw. testu proporcjonalności¹¹, który obejmuje badanie zasadności, adekwatności i niezbędności środków ograniczających rzeczoną swobodę.

Jednym z podstawowych uprawnień wywodzonych z traktatowej swobody przedsiębiorczości jest możliwość przekształcenia¹² spółki obecnej w jednym pań-

⁵ Wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010 r., s. 1; dalej jako TFUE lub traktat.

⁶ Definicja spółki na gruncie traktatu ma charakter autonomiczny i obejmuje wszelkie spółki prawa cywilnego, handlowego, spółdzielnie oraz inne osoby prawa publicznego lub prywatnego, których działalność nastawiona jest na osiągnięcie zysków.

⁷ Dotyczy to obszaru Unii Europejskiej oraz Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG).

⁸ *Union entity*, za: M. Szydło: *The Right of Companies to Cross-Border conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment*, *European Company and Financial Law Review* (dalej: ECFR) 2010, nr 3, s. 429.

⁹ Zob. M. Szwarc-Kuczer (w:) *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2012, s. 855; w literaturze zagranicznej w odniesieniu do prawa spółek zob. Ch. Teichmann: *Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit*, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (dalej: ZGR) 2011, s. 658–668.

¹⁰ Zob. wyrok z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-442/02 *CaixaBank France*, Zb. Orz. 2004, s. I-8961, pkt 11 i przywołane tam orzecznictwo.

¹¹ Zwanego również formułą wyroku *Gebhard* z uwagi na jego przedstawienie w wyroku Trybunału z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb. Orz. 1995, s. I-04165; oraz w zakresie orzecznictwa dotyczącego transgranicznego przenoszenia siedziby spółki w wyroku z dnia 30 września 2003 r. w sprawie *Inspire Art.*, Zb. Orz. 2003, s. I-10155; w literaturze na temat zasady proporcjonalności w prawie unijnym zob. D. Miąsik (w:) *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2005, s. 205–311.

¹² Należy nadmienić, że transgraniczne przekształcenia spółek w sensie szerokim (transformacje, restrukturyzacje), obejmujące łączenia, podziały i przekształcenia w sensie węższym, są objęte swobodą przedsiębiorczości, co zostało wyraźnie zaznaczone przez Trybunał (Wielka Izba) w wyroku z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-411/03 *SEVIC Systems AG.*, Zb. Orz. 2005, s. I-10805, pkt 19. Ponadto transgraniczne przekształcenia *sensu largo* stanowią element ogółu instrumentów i procesów zapewniających mobilność spółek (*company mobility*) w wymiarze transgranicznym, która polegać może na rozszerzeniu lub zmianie miejsca prowadzenia działalności, np. przeniesienie centrum zarządzania, głównego zakładu spółki itd., a także na zmianie reguł funkcjonowania spółki poprzez „połączenie” jej z innym porządkiem prawnym, np. poprzez przeniesienie siedziby spółki, które z uwagi na treść norm prawnych państw zaangażowanych w tego rodzaju operację pociągnie za sobą odpowiednie skutki prawne dla spółki. Zob. W. Schön: *Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach*

stwie członkowskim w spółkę uregulowaną w porządku prawnym innego kraju członkowskiego (tzw. zmiana „szaty prawnej”), o ile ten ostatni kraj przewiduje tego rodzaju przekształcenia w ramach własnego systemu prawa spółek (*cross-border conversion; grenzüberschreitende statutenwechselnde Sitzverlegung*¹³)¹⁴. Uprawnienie to wyprowadzane jest bezpośrednio z traktatu i dla jego skuteczności nie jest wymagane przyjęcie norm prawa pochodnego¹⁵. Jednocześnie brak norm prawa wtórnego nie może usprawiedliwiać odmiennego traktowania przekształcenia o charakterze krajowym oraz transgranicznym¹⁶. Z tego powodu wszelkie normy ograniczające w sposób niedozwolony prawo do przekształcenia transgranicznego, a które miałyby zastosowanie w danej sprawie, powinny zostać pominięte przez właściwy organ państwa członkowskiego¹⁷.

Celem niniejszego opracowania jest analiza art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h.¹⁸, formułujących konieczność przeprowadzenia likwidacji i rozwiązania spółki w razie podjęcia przez zgromadzenie wspólników¹⁹ uchwały o przeniesieniu

VALE, ZGR 2013, nr 3, s. 354–364; O. Mörsdorf: *The legal mobility of companies within the European Union through cross-border conversion*, Common Market Law Review 2012, nr 2, s. 629 i n. Warto zaznaczyć, że zapewnienie mobilności spółce wymagać będzie w niektórych przypadkach połączenia kilku procesów, co obecnie w ramach EOG ma miejsce m.in. w odniesieniu do transgranicznych przekształceń *sensu stricto*, które łączą w sobie zmianę formy prawnej (przekształcenie) oraz przeniesienie siedziby spółki. Por. M. Schönhaus, M. Müller: *Grenzüberschreitender Formwechsel aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht*, iStR — Internationales Steuerrecht 2013, s. 175 i n.; C. Behme: *Grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach Cartesio und Vale*, NZG 2012, s. 936.

¹³ Na temat wątpliwości terminologicznych związanych z oznaczeniem tego procesu w doktrynie niemieckiej zob. m.in. P.W. Bayer, J. Schmidt: *Das Vale-Urteil des EuGH: Die entgeltliche Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit“*, Zeitschrift für Wirtschaft 2012, z. 31, s. 1485.

¹⁴ Zob. wyrok w sprawie *Cartesio*, pkt 111–112. Co do ostatniego warunku, tj. istnienia odpowiednich przepisów w prawie krajowym, odmiennie od wyroku w sprawie *Cartesio* W. Schön (w:) *Das System...*, *op. cit.*, s. 345–346, który w ocenie autora słusznie wskazuje, że istotą europejskiego jednolitego rynku jest dopuszczenie osiedlania się jednostek gospodarczych we wszystkich krajach Unii bez względu na stopień liberalizacji prawa wewnętrznego poszczególnych krajów członkowskich. Niemniej z uwagi na treść orzeczeń TSUE pogląd ten nie został zastosowany w dalszej części niniejszego opracowania. Zob. również odmiennie w stosunku do W. Schöna: M. Schaper: *Grenzüberschreitender Formwechsel und Sitzverlegung: Die Umsetzung der Vale-Rechtsprechung des EuGH*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2014, nr 17, s. 811 i wskazana tam literatura; R. Ege, S. Klett: *Praxisfragen der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften*, Deutsches Steuerrecht 2012, s. 2442.

¹⁵ W związku z tym, że problematyka przekształceń podmiotów paneuropejskich nie jest przedmiotem niniejszego opracowania, należy wyłącznie wspomnieć, że możliwość wskazanej formy przekształceń została przewidziana w rozporządzeniu Rady (WE) nr 2157/2001 z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE) (Dz. Urz. UE L 294, s. 1); rozporządzeniu Rady (EWG) nr 2137/85 z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie europejskiego ugrupowania interesów gospodarczych (EUIG) (Dz. Urz. UE L 199, s. 1, s. 83); rozporządzeniu Rady (WE) nr 1435/2003 z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie statutu spółdzielni europejskiej (SCE) (Dz. Urz. UE L 207, s. 1).

¹⁶ Wyrok Trybunału z dnia 12 lipca 2012 r. w sprawie C-378/10 *VALE Építési kft.*, ECLI:EU:C:2012:440, pkt 38 zd. 1; dalej jako sprawa *VALE*. Zob. H.T. Wöhlert: *Die neue Mobilität von Gesellschaften in Europa nach 'Vale' und 'National Grid Indus'*, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2012, s. 434.

¹⁷ Szeroko na temat podstawy prawnej odmowy zastosowania prawa krajowego na przykładzie jego niezgodności z treścią dyrektywy, a zatem z prawem wtórnym UE, zob. P. Brzeziński: *Unijny obowiązek odmowy zastosowania przez sąd krajowy ustawy niezgodnej z dyrektywą Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 252–258.

¹⁸ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. — Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 ze zm.).

¹⁹ Chociaż wskazane przepisy dotyczą odpowiednio likwidacji i rozwiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki akcyjnej, to w dalszej części artykułu używana będzie terminologia oraz przywołane zosta-

siedziby spółki za granicę, z punktu widzenia zgodności z prawem europejskim. Sprzeczność tych przepisów z normami traktatowymi w zakresie, w jakim ograniczają możliwość przekształcenia się polskich spółek kapitałowych w spółki innych państw EOG, była wielokrotnie podnoszona w polskiej doktrynie²⁰. Polski ustawodawca wraz z wprowadzeniem do systemu prawnego procedury transgranicznych łączy spółek nie zdecydował się na kompleksowe podejście do problemu transgranicznych transformacji i umożliwienie polskim spółkom przekształceń w obszarze europejskim, błędnie wskazując, że takie uprawnienie nie wynika z prawa unijnego, a ewentualne zmiany może przynieść dopiero uchwalenie tzw. czternastej dyrektywy o transgranicznym przeniesieniu siedziby statutowej spółki²¹. Ponadto w ostatnim czasie podjęta została przez M. Mataczyńskiego próba wykazania zgodności wymienionych powyżej przepisów kodeksu spółek handlowych z porządkiem unijnym²². Swoją argumentację M. Mataczyński rozpoczyna od przypomnienia głównej tezy wyroku TSUE w sprawie *Cartesio*, a mianowicie stwierdzenia, że obowiązek rozwiązania i likwidacji spółki nie może towarzyszyć przeniesieniu siedziby spółki do innego państwa, połączonemu z chęcią zmiany formy prawnej oraz podleganiu od chwili przeniesienia prawu państwa przyjmującego. Wyjątkiem od tak wyrażonej zasady jest sytuacja zastosowania wobec spółki środków, w tym wymogu rozwiązania i likwidacji spółki, ograniczających możliwość przekształcenia, o ile ich wprowadzenie jest „uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego”. To ostatnie zastrzeżenie stanowi dla M. Mataczyńskiego podstawę do rozważań o możliwości uznania norm wynikających z art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. wprawdzie za ograniczające unijną swobodę przedsiębiorczości, lecz w sposób dający się usprawiedliwić. Wykorzystując dorobek orzecznictwa TSUE, autor wskazuje, że rzeczony regulacje kodeksu spółek handlowych realizują cele, które są zgodne z wartościami uznanymi w prawie unijnym, a ponadto są one odpowiednie, czyli adekwatne i niezbędne, do osiągnięcia tych celów. Ograniczenie możliwości przeniesienia spółki za granicę służyć ma przede wszystkim ochronie wierzycieli, dla których dochodzenie roszczeń przed sądem innego państwa stanowić ma istotne utrudnienie. W dalszej kolejności ochrony wymagają interesy akcjonariuszy mniej-

nią przepisy właściwe dla tej pierwszej spółki, chyba że ze względu na specyfikę spółki akcyjnej konieczne będzie wykorzystanie określeń i przepisów właściwych tylko dla tej formy prawnej. Uproszczenie to jest uprawnione z uwagi na podobne brzmienie rzeczonych przepisów oraz kapitałowy charakter spółek.

²⁰ Tak M. Szydło: *Przeniesienie siedziby statutowej spółki kapitałowej za granicę*, Rejent 2008, nr 7–8, s. 133–146; K. Oplustil: *Łącznik siedziby spółki w nowym prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi na tle prawa europejskiego*, KPP 2011, z. 3, s. 674; *idem*: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 85–88; J. Napierała: *Europejskie prawo spółek. Prawo spółek Unii Europejskiej z perspektywy prawa polskiego*, Warszawa 2013, s. 422; A. Opalski: *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 93 i 131–133; A. Guzewicz: *Transgraniczne połączenia oraz przekształcenia spółek w świetle *acquis communautaire** (w:) *Kodeks spółek handlowych po dziesięciu latach*, pod red. J. Frąckowiaka, Wrocław 2013, s. 634.

²¹ Tak uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks spółek handlowych z dnia 8 listopada 2007 r., druk sejmowy nr 68/VI kadencja, s. 59–60.

²² Zob. M. Mataczyński: *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki handlowej za granicę*, *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* 2013, t. 13, s. 43–54.

zościowych, pracowników spółki oraz państwa w zakresie efektywnego sprawowania nadzoru podatkowego. Mataczyński wskazuje również na inne środki, które służyć mogą wymienionym interesom, takie jak: zabezpieczenie wiarygodności, jawność procedury przekształcenia, obowiązki informacyjne spółki przekształcanej, ograniczenie podmiotowe zdolności opuszczenia kraju do spółek o stabilnej sytuacji finansowej, czy, w przypadku ochrony akcjonariuszy mniejszościowych — wprowadzenie wymogu kwalifikowanej większości przy głosowaniu nad stosowną uchwałą, możliwość zaskarżenia takiej uchwały oraz obowiązek wykupu akcji. Środki te, jego zdaniem, albo nie zapewniają dostatecznej ochrony, albo w ogóle nie chronią interesariuszy, gdyż nie zostały wprowadzone do polskiego porządku prawnego przez ustawodawcę. Argumentem przesądzającym za pełnym stosowaniem przepisów kodeksu spółek handlowych w razie podjęcia uchwały o przeniesieniu siedziby statutowej przez spółkę ma być okoliczność, że obecnie w prawie polskim oraz unijnym brak jest stosownych norm proceduralnych poświęconych transgranicznemu przekształceniu, co zdaniem autora uniemożliwia przeprowadzenie takiego procesu i powoduje, że *de lege lata* konieczne staje się stosowanie przepisów o rozwiązaniu i likwidacji spółki, ponieważ tylko w ten sposób można zabezpieczyć słusze interesy podmiotów związanych ze spółką.

Stanowisko M. Mataczyńskiego należy jednak uznać za bezzasadne, na dowód czego w drugiej części artykułu przedstawione zostaną argumenty, które w pierwszej kolejności potwierdzą, że wymóg dokonania likwidacji spółki na wypadek przeniesienia siedziby spółki jest *a limine* niedopuszczalny na gruncie unijnej swobody przedsiębiorczości²³. Dzieje się tak z uwagi na to, że likwidacja i rozwiązanie spółki prowadzą do całkowitego zaprzeczenia uprawnienia do przekształcenia transgranicznego, a nie do ograniczenia jego wykonywania. Akceptacja tego stanowiska prowadziłaby więc do wniosku, że normy art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. nie podlegają ocenie z punktu widzenia testu proporcjonalności, ponieważ kryteria tego testu mają zastosowanie wyłącznie do ograniczeń swobód traktatowych. Z drugiej jednak strony skoro tak daleka ingerencja w postanowienia traktatu stanowi w istocie ich zaprzeczenie, to bez większego trudu będzie możliwe wykazanie niespełnienia przez wskazane normy warunków testu proporcjonalności²⁴. Ponadto porównanie konsekwencji, jakie niosą za sobą likwidacja i rozwiązanie spółki z jednej strony, a przekształcenie transgraniczne z drugiej, pozwoli wykazać, że zezwolenie spółce na przeniesienie swojej siedziby wraz ze zmianą statutu personalnego do innego kraju nie jest procesem znacząco zwiększającym ryzyko pokrzywdzenia osób

²³ Tak też C. Behme: *Grenzüberschreitende...*, *op. cit.*, s. 938; Ch. Teichmann: *Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der Rs. Vale*, *Der Betrieb* 2012, nr 37, s. 2089; P.W. Bayer, J. Schmidt: *Das Vale-Urteil...*, *op. cit.*, s. 1490.

²⁴ Takie podejście przyjął również Trybunał w wyroku w sprawie *VALE*, pkt 40, tj. wskazał, że przepisy kraju członkowskiego odrzucają co do zasady możliwość dokonywania transgranicznych przekształceń i z tego powodu nie podlegają usprawiedliwieniu, a nawet gdyby przejąć odmiennie, to i tak nie są adekwatne do osiągnięcia założonego celu.

zainteresowanych dotychczasową działalnością spółki, a więc obawy wyrażane między innymi przez polskiego ustawodawcę i M. Mataczyńskiego w przedmiotowym zakresie są nieuzasadnione.

Istnienie mechanizmu likwidacji i rozwiązania spółki na gruncie kodeksu spółek handlowych oznacza przyjęcie *a priori*, że transgraniczne przekształcenie prowadzić będzie do realnego zagrożenia interesów osób powiązanych ze spółką, co w wielu przypadkach nie będzie odpowiadało rzeczywistości. Przekształcenie transgraniczne spółki umożliwia jej nie tylko wybór najkorzystniejszych norm regulujących strukturę osoby prawnej, relacje pomiędzy poszczególnymi udziałowcami oraz innymi interesariuszami spółki (wierzyciele, pracownicy, społeczności lokalne), obciążenie podatkowe, ale również pozwala spółce na funkcjonowanie w obszarze instytucjonalnym, który służy obniżaniu kosztów działalności, na przykład poprzez sprawne sądownictwo i administrację publiczną, przyjazne otoczenie polityczne lub zmniejszenie negatywnych wpływów określonych grup interesów w państwie prowadzenia rzeczywistej działalności²⁵. Stąd należy podejmować starania ustawodawcze i interpretacyjne służące dopuszczeniu w jak najszerszym zakresie przeprowadzania efektywnych przekształceń transgranicznych, przy jednoczesnym ograniczeniu bodźców skłaniających do przeniesienia siedziby w celach niezgodnych z prawem.

Jak to zostanie przedstawione poniżej, prawo europejskie i poszczególne regulacje krajowe obecnie są zharmonizowane w stopniu, który pozwala zagwarantować jednostkom zainteresowanym należyłą ochronę w przypadku transgranicznego przekształcenia. Niemniej w prawie polskim oraz europejskim²⁶ nadal brakuje norm najistotniejszych z punktu widzenia samego procesu przekształcenia, a więc regulacji z zakresu prawa spółek, które w sposób szczegółowy określałyby procedurę przeniesienia siedziby wraz ze zmianą statutu personalnego spółki²⁷. Nie oznacza to jednak, że państwo członkowskie, które nie wprowadziło szczegółowych regulacji w prawie krajowym, może uchylić się od przestrzegania postanowień traktatu. System prawa europejskiego wymaga w takiej sytuacji w pierwszej kolejności dokonania prounijnej wykładni regulacji krajowej, a gdy to zawiedzie, organy orzekające w konkretnej sprawie zobowiązane są do zastosowania instytucji prawnych nieznanymi porządkowi prawnemu danego kraju²⁸. Dla polskich organów, a w szczególności sądów rejestrowych, oznaczać to będzie konieczność wyboru regulacji

²⁵ Zob. W. Schön: *Das System...*, *op. cit.*, s. 353 i n.

²⁶ Stan ten pozostaje aktualny pomimo prawie 18 lat działań nakierowanych na uchwalenie tzw. czternastej dyrektywy dotyczącej transgranicznego przeniesienia siedziby spółki; zob. bliżej A. Opalski: *Europejskie...*, *op. cit.*, s. 140–145; *idem*: *Stan i perspektywy europejskiego prawa spółek a rozwój polskiego prawa spółek*, *Studia Prawa Prywatnego* 2008, nr 1, s. 94; P. Błaszczuk: *Transgraniczne przekształcenie spółki — najnowsze tendencje w prawie europejskim*, *PPH* 2012, nr 12, s. 36; O. Mörsdorf: *The legal mobility...*, *op. cit.*, s. 656–658.

²⁷ Zob. P. Błaszczuk: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 39.

²⁸ Zob. wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 1990 r. w sprawie C-213/89 *Factortame I*, *Zb. Orz.* 1990, s. I-02433, pkt 21; dalej jako sprawa *Factortame I*.

najbardziej zbliżonych problematyce transgranicznego przekształcenia spółki kapitałowej. *De lege lata* za takie uznać należy przepisy dotyczące krajowych przekształceń (art. 551–580 k.s.h.), transgranicznych łączeń (art. 516¹–516¹⁸ k.s.h.) oraz zasady przeniesienia siedziby statutowej spółki europejskiej (art. 8 rozporządzenia nr 2157/2001).

Układ niniejszego opracowania przedstawia się następująco. W pierwszej kolejności omówiony zostanie zakres zastosowania norm wynikających z art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. Następnie wyjaśnione będzie pojęcie transgranicznego przekształcenia z przywołaniem podstawowych cech tej instytucji prawnej wynikających z orzecznictwa TSUE. Drugą część artykułu poświęcono analizie zgodności polskich regulacji z porządkiem unijnym, w tym wskazaniu i analizie tych przepisów, które powinny zostać zastosowane przez polski sąd na wypadek emigracji polskiej spółki²⁹. Z uwagi na zakres podmiotowy omawianych przepisów i ich ocenę na tle prawa europejskiego, artykuł został ograniczony do problemu przeniesienia siedziby polskiej spółki kapitałowej do innego kraju EOG. Z racji tego, że przedmiotem artykułu jest analiza przepisów materialnoprawnych, autor przyjął, że na gruncie ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe³⁰ pojęcie siedziby należy rozumieć jako siedzibę statutową, tj. miejscowość określoną w akcie erekcyjnym spółki i ujawnioną w publicznym rejestrze (art. 17 ust. 1 p.p.m.)³¹.

²⁹ Na temat imigracji zagranicznej spółki do Polski zob. M. Mataczyński, M. Saczywko: *Transgraniczne przeniesienie siedziby zagranicznej spółki handlowej do Polski*, PPH 2015, nr 1, s. 24–33.

³⁰ Dz. U. Nr 80 poz. 432 ze zm.; dalej: p.p.m.

³¹ Kwestia to pozostaje kontrowersyjna głównie z uwagi na treść przepisów prawa prywatnego międzynarodowego, które nie dają jednoznacznej odpowiedzi w tym aspekcie kolizyjnoprawnym. Niemniej w doktrynie przeważa stanowisko, takie jak założone w tym miejscu. Zob. A. Opalski: *Wybrane problemy ustalania prawa właściwego dla osób prawnych w świetle nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe (w:) Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, pod red. J. Poczobuta, Warszawa 2013, s. 214–225; K. Oplustil: *Łącznik..., op. cit.*, s. 668–675; E. Skibińska: *Pojęcie siedziby spółki handlowej — wybrane zagadnienia (w:) Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, pod red. T. Mróz, M. Steca, Warszawa 2012, s. 705 i wskazana tam literatura. Zob. również uwagi A. W. Wiśniewskiego: *Uznanie zagranicznej osoby prawnej w cieniu art. 17 nowego prawa prywatnego międzynarodowego (w:) Współczesne wyzwania..., op. cit.*, s. 346–349. Z kolei M. Pazdan uważa, że ustawodawca nie porzucił całkowicie koncepcji siedziby rzeczywistej i powinna mieć ona zastosowanie w szczególności w odniesieniu do struktur fikcyjnych, tj. określenia siedziby statutowej spółki bez jakiegokolwiek związku z działaniami organu zarządzającego. Zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2011, s. 110–111; podobnie M. Świerczyński: *Łączniki*, *Studia Prawa Prywatnego* 2014, nr 1, s. 44. Odmienne A. Wowerka, który optuje za siedzibą rzeczywistą rozumianą jako siedziba zarządu. Zob. A. Wowerka (w:) *System prawa prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, pod red. M. Pazdana, Warszawa 2014, s. 634; oraz *Wskazanie statutu personalnego spółek w kontekście unijnej swobody przedsiębiorczości. Jednolity „unijny” łącznik w zakresie krajowego międzynarodowego prawa spółek? (w:) Współczesne wyzwania..., op. cit.*, s. 366–68. Zgodnie z tym ostatnim poglądem wypowiedział się w ostatnim czasie SN w postanowieniu z dnia 12 marca 2015 r., I CSK 452/14, LEX nr 1660657.

II. POJĘCIE PRZENIESIENIA SIEDZIBY SPÓŁKI KAPITAŁOWEJ ZA GRANICĘ W ŚWIETLE REGULACJI KODEKSU SPÓŁEK HANDLOWYCH

Polskie prawo spółek przewiduje, że jedną z przyczyn rozwiązania spółki kapitałowej jest podjęcie uchwały organu właścicielskiego o przeniesieniu siedziby spółki za granicę (art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h.). W chwili podjęcia uchwały dochodzi z mocy prawa do otwarcia likwidacji spółki. Kluczowe z punktu widzenia przedmiotu artykułu jest wyjaśnienie sformułowania „przeniesienie siedziby spółki za granicę”.

Przez pojęcie „siedziba spółki” na gruncie kodeksu spółek handlowych należy rozumieć miejscowość na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oznaczoną w umowie albo statucie spółki³². Takie rozumienie pojęcia siedziby jest zgodne ze znaczeniem, jakie nadane zostało siedzibie w poszczególnych przepisach kodeksu spółek handlowych³³. Przepisy art. 157 § 1 oraz art. 304 § 1 k.s.h. wskazują z jednej strony istotną treść umowy i statutu spółki, a z drugiej stanowią upoważnienie dla założycieli lub udziałowców spółki do określenia elementów konstrukcyjnych zakładanej przez nich osoby prawnej w akcie erekcyjnym. Wykonanie tego upoważnienia i jednocześnie obowiązku opartego na ustawie prowadzi do ustalenia miejsca sie-

³² Podobnie i trafnie R. Potrzeszcz za kryterium podstawowe dla ustalenia siedziby spółki uznaje treść umowy spółki oraz wskazuje, że art. 41 k.c. (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.) w zw. z art. 2 zd. 2 k.s.h. nie znajduje zastosowania do określenia siedziby spółki; R. Potrzeszcz (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł III. Spółki kapitałowe. Dział I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, t. 2, pod red. R. Potrzeszcza, T. Siemiątkowskiego, Warszawa 2011, s. 35–36, teza 3. Odmienne z powołaniem się na art. 41 k.c. R. Czerniawski: *Kodeks spółek handlowych. Przepisy o spółce akcyjnej*, Warszawa 2004, s. 99, teza 5. Z kolei A. Kidyba stwierdza, że siedziba spółki znajduje się w miejscu sprawowania zarządu, ale może być zmieniona w ramach umowy spółki. Pogląd ten wydaje się nietrafny, gdyż zakłada, że założyciele spółki mogliby nie określić w umowie spółki siedziby i traktować domyślnie jako siedzibę miejsce sprawowania zarządu. Przedstawione założenie nie może się zaś ostać, ponieważ dyspozycja art. 41 *in fine* k.c. w ogóle nie ma zastosowania do spółek uregulowanych w kodeksie spółek handlowych. Por. A. Kidyba: *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 83–84, pkt 13. Podobnie do A. Kidyby W. Pyziół (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. W. Pyziola, Warszawa 2008, s. 331, teza 4; M. Rodzyńkiewicz: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 254, teza 3. Natomiast K. Oplustil zauważa, że z uwagi na treść art. 41 k.c. statutowa regulacja ma pierwszeństwo dla ustalenia siedziby spółki, a sam przepis ma charakter dyspozytywny; to ostatnie sprostowanie należy podać w wątpliwość, gdyż art. 41 k.c. ma charakter *ius cogens* ze względu na istotność siedziby dla konstrukcji osoby prawnej; natomiast upoważnienie do określenia w statucie siedziby spółki ma charakter wyłączny i nie oznacza przyznania podmiotom prawa prywatnego uprawnienia do odstąpienia od regulacji ustawowej, co jest cechą przepisów dyspozytywnych; mówiąc inaczej, wskazany przepis jest adresowany do osób ustalających siedzibę spółki (reguła interpretacyjna), a nie do wyznaczających siedzibę. Zob. K. Oplustil: *Łącznik...*, *op. cit.*, s. 670–671.

³³ Chociaż ustawodawca nie zawarł legalnej definicji siedziby w ramach art. 4 k.s.h., to jednak używa tego pojęcia w poszczególnych przepisach kodeksu spółek handlowych, jak np. w art. 130 pkt 1, art. 157 pkt 1, art. 298, art. 304 pkt 1, art. 403. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca posługuje się również pojęciem siedziby statutowej, m.in. w przepisach dotyczących transgranicznego łączenia spółek — art. 491 § 1¹, art. 516¹ pkt 1. Takie rozróżnienie wydaje się całkowicie niepotrzebne z uwagi na to, że na gruncie kodeksu spółek handlowych mowa jest wyłącznie o siedzibie określonej w statucie, a nie chociażby siedzibie rzeczywistej. W konsekwencji rezygnacja z przymiotnika „statutowa” nie stanowiłaby przeszkody do precyzyjnego ustalenia, o jaką siedzibę chodzi.

dziby spółki, niezależnego od miejsca sprawowania faktycznego zarządu przez właściwy organ czy ulokowania głównego zakładu przedsiębiorstwa spółki. Oparcie ustalenia siedziby spółki na postanowieniach statutu pozwala na jednoznaczne wyznaczenie tego miejsca, co jest szczególnie ważne dla uczestników obrotu handlowego i prawidłowego funkcjonowania porządku prawnego. Miejsce siedziby spółki decyduje między innymi o ogólnej właściwości miejscowej sądu w procesowym postępowaniu cywilnym (art. 29 i 30 k.p.c.), sądu rejestrowego (art. 694² k.p.c.), organu administracji w postępowaniu administracyjnym (art. 21 § 1 pkt 3 k.p.a.³⁴) i podatkowym (art. 17 § 1 ordynacji podatkowej³⁵). Z praktycznego punktu widzenia trudno przyjąć, aby ustalanie tak podstawowych kwestii, jak właściwość sądu lub organów, było uzależnione każdorazowo od odnalezienia miejsca sprawowania faktycznego zarządu lub głównego zakładu spółki. Prowadziłoby to wyłącznie do niepotrzebnego przedłużania postępowań. Stąd również z celowościowego punktu widzenia miejsce siedziby spółki powinno opierać się na postanowieniach aktów konstytuujących daną osobę prawną, zwłaszcza że ewentualna zmiana umowy lub statutu spółki wymaga podjęcia szczególnych działań³⁶, co dodatkowo wpływa na „pewność” ustalenia miejsca siedziby.

Warto w tym miejscu przybliżyć zakres upoważnienia do ustalenia miejsca siedziby spółki. Konsekwentnie należy uznać, że zakres ten nie jest ograniczony poprzez związanie siedziby rejestrowej z miejscem sprawowania zarządu lub funkcjonowania głównego zakładu³⁷. Podstawy do odmiennego wniosku nie dają przede wszystkim powołane powyżej przepisy kodeksu spółek handlowych. Również ograniczając się w tym miejscu wyłącznie do obszaru Rzeczypospolitej, stwierdzić należy, że nie istnieją ważne powody do ograniczenia kompetencji właścicieli spółki lub osób nią zarządzających do swobodnego decydowania o miejscach, w których będą koncentrowały się obszary funkcjonowania spółki (rejestrowa, za-

³⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. — Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 267 ze zm.).

³⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. — Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 613 ze zm.); dalej: o.p.

³⁶ Składają się na nie: zwołanie organu właścicielskiego spółki (art. 235–238 k.s.h.), podjęcie uchwały kwalifikowaną większością głosów (art. 246 § 1 k.s.h.) oraz zgłoszenie zmian do rejestru sądowego (art. 22 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1142 ze zm.; dalej: u.KRS) pod rygorem niedopuszczalności powoływania się wobec osób trzecich na dane niewpisane do Rejestru (art. 14 u.KRS).

³⁷ Podobnie A. Szajkowski, M. Tarska (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 151–300*, t. II, pod red. S. Sołtyńskiego, A. Szajkowskiego, A. Szumańskiego, J. Szwai, Warszawa 2005, s. 84, teza 42; R. Rodzyńkiewicz: *Kodeks spółek...*, op. cit., s. 254, teza 3. Tak też w odniesieniu do sytuacji transgranicznej K. Oplustil: *Łącznik...*, op. cit., s. 662–663; R. Potrzeszcz (w:) *Kodeks...*, op. cit., s. 35–36, teza 3. Odmiennie W. Pyziół, który dopuszcza jednak sprawowanie przez zarząd swoich funkcji w innej miejscowości, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że osoby trzecie mogą wówczas działać w zaufaniu do zasady określonej w art. 41 k.c., np. w kwestii składania oświadczeń woli; zob. W. Pyziół (red.): *Kodeks...*, op. cit., s. 331, teza 4. W orzecznictwie w odniesieniu do art. 309 § 1 k.h. wypowiedział się SN w wyroku z dnia 14 listopada 1936 r. (III CZ 1060/36, PPH 1937, poz. 1623), w którym uznał, że nie można określić siedziby w statucie spółki niezależnie od miejsca położenia zakładu przemysłowego spółki oraz sprawowania zarządu sprawami spółki. Orzeczenie to z uwagi na obecny rozwój stosunków gospodarczych i społecznych uznać należy za nieaktualne.

rządca, produkcyjna i usługowa). Interferencja poszczególnych miejsc działalności ułatwiałaby kontakt osób trzecich ze spółką, ale tylko pod warunkiem niewielkich rozmiarów działalności. Szczególnie dla konsumentów ważne okazuje się rozproszenie działalności spółki w postaci oddziałów przedsiębiorstwa spółki. Z kolei jednym z zagrożeń wynikających z oddzielenia siedziby rejestrowej spółki od miejsca położenia głównych składników majątkowych³⁸ jest utrudnienie egzekucji roszczeń przez wierzycieli. Niemniej w systemie prawa istnieją instrumenty, które pozwalają w należyty sposób chronić jednostki w takich sytuacjach³⁹.

Drugie z ograniczeń umownego (statutowego) określania siedziby polskiej spółki obejmuje pozbawienie organu zarządzającego bądź właścicielskiego możliwości wyboru miejscowości położonej poza granicami Polski. Jest ono powszechnie akceptowane w doktrynie prawniczej, w której jako podstawę przedstawionego obostrzenia powołuje się głównie obowiązek przeprowadzenia likwidacji i rozwiązania spółki na wypadek przeniesienia siedziby za granicę⁴⁰. Przywołane uzasadnienie jest jednak niepoprawne z uwagi na to, że wskazane przepisy nie mają zastosowania chociażby w chwili pierwszego ustalenia siedziby spółki. Stąd nie wynika z nich ogólny zakaz ustalenia siedziby polskiej spółki za granicą. Ograniczenie terytorialne można wyprowadzić natomiast z wielu przepisów, w tym z niemożliwości wykonania obowiązków rejestrowych przez założycieli oraz samą spółkę w związku z brakiem określenia w przepisach kodeksu postępowania cywilnego sądu właściwego dla podmiotów z siedzibą za granicą (art. 694² w zw. z art. 508 § 1 k.p.c.). Dodatkowo w obecnym stanie prawnym zezwolenie na ulokowanie siedziby spółki poza Rzeczpospolitą prowadziłoby do absurdalnych skutków między innymi w zakresie ustalania miejsca zwoływania zgromadzeń wspólników (art. 234 i 403 k.s.h.)⁴¹. Zakaz lokowania siedziby statutowej za granicą wynika zatem z uwarunkowań polskiego systemu prawa handlowego i nie został wprost wyrażony w regulacjach kodeksowych⁴². Nie zmienia to jednak faktu, że ewentualne postanowienia umowy lub statutu spółki określające siedzibę spółki poza granicami

³⁸ Sytuacja szczególnie często występująca w odniesieniu do spółek posiadających siedzibę rejestrową wyłącznie w postaci skrzynki pocztowej (*letterbox company*).

³⁹ Wystarczy w tym miejscu wymienić instytucję wyboru komornika (art. 8 ust. 5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji o komornikach, t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 231 poz. 1376) czy poszukiwania majątku dłużnika (art. 797¹ k.p.c.).

⁴⁰ Zamiast wielu zob. Z. Świdorski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, pod red. P. Księżaka, M. Pyziak-Szafnickiej, Warszawa 2014, s. 433; W. Pyziół (red.): *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 331, teza 4.

⁴¹ Jeżeli ustawodawca zakłada, że zgromadzenia wspólników mają odbywać się na obszarze Polski, to umożliwienie ustanowienia siedziby poza granicami Polski stałoby w sprzeczności z tym założeniem; mówiąc inaczej, z podanych przepisów wynika, że ustawodawca nie brał w ogóle pod uwagę istnienia siedziby polskiej spółki poza granicami kraju; zob. K. Kruczałak (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. K. Kruczałaka, Warszawa 2001, s. 427, teza 4.

⁴² Tak jak miało to miejsce m.in. w przepisach węgierskiej ustawy o spółkach handlowych z 2006 r. (art. 1 ust. 1 a gazdasági társaságokról 2006. évi IV. törvény); szerzej V. Korom, P. Metzinger: *Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06*, ECFR 2009, nr 1, s. 141–144.

Rzeczypospolitej będą nieważne z mocy prawa (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 157 § 1 k.s.h.)⁴³.

Powyższe spostrzeżenia prowadzą do wniosku, że czynność przeniesienia siedziby na gruncie art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. polegać będzie na rozwiązaniu spółki krajowej i założeniu nowej spółki w innym państwie wraz z ulokowaniem tam jej siedziby statutowej⁴⁴. Natomiast sama uchwała o przeniesieniu siedziby stanowi oświadczenie spółki przejawiającej wolę rozwiązania spółki w celu zmiany siedziby statutowej spółki na miejscowość położoną poza granicami Rzeczypospolitej oraz modyfikacji formy prawnej wykonywanej działalności. Wola ta wyrażana jest przez organ właścicielski. Uchwała stwierdzona zostaje protokołem sporządzonym przez notariusza. Skutkiem jej podjęcia jest otwarcie likwidacji spółki⁴⁵, czyli transformacja spółki w specjalną formę ustrojową⁴⁶, której główny cel stanowi spieniężenie majątku i zakończenie działalności. Samo zaś ustanie bytu prawnego spółki nastąpi z chwilą wykreślenia jej z rejestru przedsiębiorców.

Tego rodzaju uchwała nie wywołuje innych istotnych konsekwencji prawnych poza otwarciem likwidacji spółki⁴⁷. Po pierwsze, nie powoduje ona utraty podmiotowości prawnej spółki ani tym bardziej nie prowadzi do powstania odrębnej struktury organizacyjnej z siedzibą położoną poza granicami kraju. Po drugie, uchwała nie wprowadza zmian w treści aktu założycielskiego spółki⁴⁸. Siedzibą spółki pozostaje nadal dotychczasowa miejscowość określona w umowie spółki albo w statucie. Stąd też między innymi właściwość organów sądowych i administracyjnych będzie w dalszym ciągu ustalana w oparciu o aktualną krajową siedzibę spółki. W szczególności uwaga ta dotyczy sądu rejestrowego właściwego dla likwidacji spółki, który w razie przyjęcia odmiennego stanowiska, tj. uwzględnienia wpływu przedmiotowej uchwały na treść statutu, ustalając właściwość sądu na podstawie zagranicznej siedziby oznaczonej w uchwale, nie znalazłby jednostki, do której powinny zostać przekazane akta rejestrowe według właściwości. Równocześnie kodeks spółek handlowych nie wymaga, aby w chwili przeniesienia siedziby powstała nowa zagraniczna spółka, a nawet jeżeli taki podmiot powstanie, będzie to

⁴³ Analogicznie rzecz się ma z uchwałą zmieniającą treść umowy albo statutu spółki.

⁴⁴ Niewykluczone jest jednak, że siedziba statutowa spółki będzie położona w innym kraju, o ile porządek prawny regulujący statut personalny takiej spółki na to zezwala.

⁴⁵ Wyjątkiem w tym zakresie jest jednak dokonywanie przez spółkę transgranicznego przekształcenia w ramach EOG, gdzie z uwagi na odmienną procedurę przenoszenia siedziby spółki za granicę podjęcie takiej uchwały byłoby całkowicie niecelowe, o czym szerzej poniżej.

⁴⁶ Do elementów charakterystycznych spółki w likwidacji zaliczyć należy przede wszystkim używanie w ramach firmy spółki dodatku „w likwidacji”, zmianę celu funkcjonowania spółki, modyfikację wewnętrznej struktury i zmianę sposobu reprezentacji; szerzej P. Antoszek: *Cywilnoprawny charakter uchwał wspólników spółek kapitałowych*, Warszawa 2009, s. 242–244.

⁴⁷ Zob. M. Szydło: *Przeniesienie siedziby...*, *op. cit.*, s. 125–128.

⁴⁸ Por. M. Michalski (w.): *System prawa prywatnego*, t. 17B, *Prawo spółek kapitałowych*, pod red. S. Sołtysińskiego, Warszawa 2010, s. 863; odmiennie J. Frąckowiak, który stwierdza, że uchwała o przeniesieniu siedziby spółki za granicę prowadzi do zmiany treści statutu, gdyż siedziba spółki jest określona w statucie; J. Frąckowiak (w.): *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. W. Pyziola, s. 971, teza 6.

całkowicie inna spółka, niepodlegająca w chwili założenia polskim regulacjom prawnym.

Uchwała o przeniesieniu siedziby za granicę jest szczególnym rodzajem uchwały dotyczącej rozwiązania spółki⁴⁹ i tak jak uchwała o rozwiązaniu spółki wymaga dla swojej skuteczności uzyskania w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością większości 2/3 głosów (art. 246 § 1 k.s.h.), zaś przy spółce akcyjnej większości 3/4 głosów (art. 415 § 1 k.s.h.). Potrzeba zaliczenia uchwał o rozwiązaniu spółki i przeniesieniu siedziby za granicę do jednej kategorii uchwał dotyczących rozwiązania spółki wynika z tożsamości skutków, jakie niosą one dla bytu prawnego spółki oraz osób związanych z działalnością spółki. Są one wynikiem działań ekonomicznych właścicieli spółki, które nie zostały przewidziane w ramach aktu założycielskiego spółki, stąd też w kodeksie spółek handlowych wymienione zostały łącznie w ramach przyczyn rozwiązania spółki.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że posługiwanie się przez ustawodawcę określeniem „przeniesienie siedziby” może wywoływać pewne wątpliwości co do zakresu czynności, jakie mogą być przedmiotem uchwały zgromadzenia wspólników. Wynika to z faktu, że ustawodawca w ramach kodeksu spółek handlowych posługuje się pojęciem „przeniesienie” na oznaczenie czynności prawnych lub zdarzeń mających za przedmiot: prawa i obowiązki wspólników (art. 10 § 1 k.s.h.), wkłady wspólników (art. 48 § 2 k.s.h.), kwoty mające swoje źródło w utworzonych z zysku kapitałach zapasowych i rezerwowych (art. 192 k.s.h.), akcje (art. 339 k.s.h.), a w końcu cały majątek spółki (art. 492 § 1 pkt 1, art. 529 § 1 k.s.h.). Zasadniczo zatem przeniesienie na gruncie kodeksu spółek handlowych wiąże się z określonym przesunięciem majątku pomiędzy podmiotami prawa lub w ramach pozycji księgowych. Przy takim rozumieniu „przeniesienia” uregulowanego w art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h. można by dojść do wniosku, że przeniesienie za granicę majątku spółki, obejmującego elementy tworzące rzeczywistą siedzibę spółki, na przykład składniki głównego zakładu, dokonane na mocy uchwały, powodowałoby rozwiązanie spółki⁵⁰. Przedstawiona interpretacja wymagałaby jednak uwzględnienia tezy, że ustawodawca używa specjalnego znaczenia terminu „siedziba spółki” w ramach

⁴⁹ Por. J.P. Naworski, który wskazuje na wymóg podjęcia uchwały o przeniesieniu siedziby za granicę kwalifikowaną większością głosów, z uwagi na jej ostateczny skutek w postaci rozwiązania spółki. Zob. J.P. Naworski (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł III. Spółki kapitałowe. Dział I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, t. 2, pod red. R. Potrzeusza, T. Siemiątkowskiego, Warszawa 2011, s. 578, teza 11; podobnie R. Pabis (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. J. Bieniaka i in., Warszawa 2012, s. 962, teza 4. Odmienne M. Bieniak, który uchwałę w sprawie przeniesienia siedziby traktuje jako uchwałę zmieniającą statut (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. J. Bieniaka i in., Warszawa 2012, s. 1324, teza 7. Z kolei M. Michalski uznaje, że uchwałę o przeniesieniu należy zaliczyć do kategorii zwykłych uchwał, a w konsekwencji nie jest wymagana do jej podjęcia kwalifikowana większość. Zob. M. Michalski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 17B, *Prawo spółek kapitałowych*, pod red. S. Sołtyśńskiego, Warszawa 2010, s. 863–864; podobnie M. Litwińska-Werner: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 704, teza 4.

⁵⁰ Do podobnych wniosków dochodzi M. Spyra: *Konsekwencje faktycznego przeniesienia siedziby spółki kapitałowej za granicę* (w:) *Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga prof. Ireneusza Weissa*, pod red. A. Całusa, Kraków 2003, s. 285–298. Odmienne W. Popiołek, zdaniem którego przeniesienie siedziby nie obej-

art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h., co trudno zaakceptować z uwagi na brak szczególnych względów o charakterze normatywnym i aksjologicznym przemawiających za takim rozumieniem wskazanego pojęcia. Przyjęcie przywołanej powyżej wykładni byłoby niekompatybilne z przepisami kodeksu dotyczącymi struktury spółki kapitałowej oraz kompetencji w zakresie podejmowania decyzji dotyczących dysponowania majątkiem spółki, do czego uprawnienie posiada zasadniczo zarząd spółki⁵¹. Związanie skutku w postaci otwarcia likwidacji z przeniesieniem rzeczywistej siedziby spółki niosłoby za sobą poważne implikacje dla pewności obrotu dokonywanego z udziałem takiej spółki. Z kolei patrząc z perspektywy polskich spółek kapitałowych, ograniczenie w kwestii przenoszenia istotnych elementów majątkowych „zamykałoby” praktycznie działalność spółek w obszarze Rzeczypospolitej, co wobec funkcjonowania tych spółek między innymi w obszarze europejskim wpływałoby na zmniejszenie ich konkurencyjności na wspólnotowym rynku. Trzeba jednak dodać, że uniemożliwienie spółce przenoszenia głównych składników majątkowych byłoby korzystne w krótkim okresie z punktu widzenia interesów wierzycieli. Niemniej istnieją inne środki, które skuteczniej wpływają na zabezpieczenie interesów wierzycieli, jak chociażby wspomniane poniżej żądanie zabezpieczenia wierzytelności przed dokonaniem przeniesienia majątku za granicę.

Z dotychczasowych uwag wynika, że przeniesienie siedziby spółki za granicę w rozumieniu przepisów kodeksu spółek handlowych dotyczy transformacji transgranicznych odbywających się w ramach „jednego organizmu” gospodarczego, prowadzących do zakończenia bytu prawnego polskiej spółki kapitałowej i kontynuowania działalności poprzez założenie i zarejestrowanie spółki w państwie imigracji. Zatem tego rodzaju przeniesienie spółki ma wymiar jedynie hipotetyczny⁵². Z założenia bowiem mobilność transgraniczna polskiej spółki obejmować będzie unicestwienie spółki jeszcze na etapie przed przyjęciem nowego płaszcza korporacyjnego spółki zagranicznej, a więc bez zachowania ciągłości prawnej. Pomiedzy uchwałą podjętą przez zgromadzenie wspólników a założeniem nowej organizacji gospodarczej w innym kraju, na gruncie prawa polskiego nie istnieje żaden związek o charakterze prawnym. Uchwała jest w istocie formą deklaracji zakończenia swojej działalności w Polsce i rozpoczęcia na nowo działalności na terenie innego kraju, z wyłączeniem kontynuacji prawnej.

Rekapitulując, polski ustawodawca zrównuje decyzję udziałowców spółek kapitałowych o przeniesieniu siedziby za granicę z decyzją o rozwiązaniu spółki i zakończeniu działalności gospodarczej przynajmniej w dotychczasowej formie prawnej. Jeżeli uznać, że elementem istotnym transgranicznego przekształcenia

muje przeniesienia zakładu głównego (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. J.A. Strzępki, Warszawa 2012, s. 1163, teza 4.

⁵¹ Zgromadzenie wspólników może jedynie wyrazić zgodę na przeniesienie określonych składników majątkowych w ograniczonym przez kodeks spółek handlowych oraz treść umowy spółki zakresie (art. 228 pkt 3 i 4 k.s.h. i odpowiednio dla spółki akcyjnej — art. 393 pkt 3 i 4 k.s.h.).

⁵² Abstrahując w tym miejscu od wpływu prawa europejskiego na regulację kodeksu spółek handlowych.

spółki jest zapewnienie kontynuacji prawnej, to należy dojść do wniosku, że polskiemu prawu nie jest znana taka instytucja. W konsekwencji obowiązek likwidacji i rozwiązania spółki będzie stał na przeszkodzie dokonaniu transgranicznego przekształcenia spółki, i to zarówno w przypadku obejmującym przeniesienie statutowej siedziby spółki wraz z rzeczywistą siedzibą, jak i zmianę wyłącznie siedziby statutowej (przekształcenie izolowane; ang. *isolated cross-border conversion*, niem. *isolierte Sitzverlegung*)⁵³.

Godzi się zauważyć, że art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h. nie przewidują negatywnych skutków względem innych działań, które prowadzić będą do faktycznego przeniesienia działalności za granicę. W szczególności dotyczy to transferu majątku spółki za granicę, a zatem również prowadzenia całej działalności poza Polską. Ponadto nic nie stoi na przeszkodzie, aby zarząd spółki wykonywał swoje czynności w innym kraju.

III. TRANSGRANICZNE PRZEKSZTAŁCENIA SPÓŁKI NA TLE PRAWA EUROPEJSKIEGO

1. ELEMENTY ISTOTNE TRANSGRANICZNEGO PRZEKSZTAŁCENIA

Dalsze rozważania ograniczone zostaną do możliwości zastosowania art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h. do przypadków transgranicznego przeniesienia siedziby polskiej spółki do dowolnego kraju EOG, a więc sytuacji objętej porządkiem unijnym (tzw. *outbound cases*). Uprawnienie do transgranicznego przekształcenia spółki wchodzi w zakres swobody przedsiębiorczości, a zatem mogą z niego korzystać spółki spełniające wymogi wskazane w art. 54 TFUE⁵⁴. Warto zaznaczyć, że realizacja tego prawa jest jednocześnie istotą swobody przedsiębiorczości, dlatego też bezpodstawne uniemożliwienie dokonania przekształcenia spółki będzie w konsekwencji równoznaczne z naruszeniem swobody przedsiębiorczości. Z uwagi na okoliczność, że samo pojęcie transgranicznego przekształcenia nie zostało zdefiniowane w prawie unijnym, należy mu nadać charakter autonomiczny, opierając się w znacznej mierze na celu, jaki spełniać ma swoboda przedsiębiorczości dla urzeczywistnienia rynku wewnętrznego UE. Stąd do elementów charakterystycznych

⁵³ Pojęcie wyizolowanego transgranicznego przeniesienia siedziby spółki dotyczy sytuacji przeniesienia siedziby statutowej spółki wraz ze zmianą statutu personalnego, któremu nie towarzyszy ulokowanie w państwie imigracji siedziby zarządu lub centrum działalności gospodarczej spółki. Zob. O. Mörsdorf: *The legal...*, *op. cit.*, s. 630; K. Oplustil: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 83–85 wraz z przywołaną tam literaturą.

⁵⁴ Uprawnienie do transgranicznego przekształcenia ma charakter uprawnienia unijnego, czyli powoływać się na nie mogą jednostki, którym to prawo zostało przyznane, zgodnie z zasadą bezpośredniości i pierwszeństwa prawa UE. Zob. wyrok z dnia 5 lutego 1963 r. w sprawie C-26/62 *van Gend & Loos*, Zb. Orz. 1963, s. 1. W zakresie definicji uprawnienia unijnego zob. N. Półtorak: *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 31.

instytucji transgranicznego przekształcenia i również takich, które umożliwiają jego przeprowadzenie na podstawie swobody przedsiębiorczości, zaliczyć należy⁵⁵: kontynuację bytu prawnego i zmianę statutu personalnego. Ponadto omówiona zostanie przesłanka faktycznego wykonywania działalności gospodarczej w państwie imigracji (*effective economic activity*), która wprawdzie jest właściwa dla wszystkich form realizacji swobody przedsiębiorczości, ale wpływa istotnie na zakres wykonywania transgranicznego przekształcenia w oparciu o porządek unijny, w szczególności patrząc z perspektywy dopuszczalności przekształceń izolowanych.

2. KONTYNUACJA BYTU PRAWNEGO SPÓŁKI

Podstawowym założeniem omawianej formy restrukturyzacji spółki jest kontynuacja jej bytu prawnego, czyli zachowanie ciągłości pomiędzy dotychczasowymi a nowymi ramami prawnymi zarządzania spłotem kontraktów, jakie występują na płaszczyźnie zinstytucjonalizowanej formy prowadzenia działalności gospodarczej, tj. spółki. Przekształcenie powinno w jak najmniejszym stopniu ingerować w prawa i obowiązki, które powstały z udziałem danej spółki. Stąd proces ten staje się najprostszym i podstawowym narzędziem dokonywania istotnych zmian w strukturze spółki, niewymagającym udziału dodatkowych podmiotów, wstrzymania działalności czy przeprowadzania dodatkowych transferów majątkowych, a w konsekwencji neutralnym podatkowo. W tym ujęciu za trafne należy uznać spostrzeżenie, że proces przekształcenia obejmuje „fikcję tego samego podmiotu”⁵⁶, co oznacza, że ma on wyłącznie charakter wewnętrzny i powinien ograniczać się do zmian w strukturze spółki („szacie prawnej”).

Wyraźnie na ten aspekt transgranicznego przekształcenia zwrócił uwagę Trybunał w wyroku w sprawie *Daily Mail*⁵⁷, potwierdzając następnie zaprezentowane

⁵⁵ J. Napierała do elementów charakterystycznych transgranicznego przekształcenia uznanego na gruncie swobody przedsiębiorczości zalicza również uregulowanie skutków (ustawowe umocowanie) oraz procedury przekształcenia. Elementy te, chociaż kluczowe z punktu widzenia dopuszczalności skorzystania ze swobody przedsiębiorczości, wynikają jednak z istoty rzeczowej swobody, która nie „tworzy” określonych instytucji prawnych, ale zakazuje warunkowania dopuszczalności skorzystania z instytucji krajowych od określonego pochodzenia danego podmiotu (zakaz dyskryminacji). Natomiast wymóg istnienia szczególnej procedury transgranicznego przekształcenia nie stanowi warunku skorzystania z transgranicznego przekształcenia, lecz współtworzy tę instytucję w oparciu o nałożony na kraje członkowskie obowiązek jej wprowadzenia. Zatem brak procedury w ustawodawstwie krajowym sam w sobie nie oznacza, że spółka nie będzie mogła skorzystać z prawa do transgranicznego przekształcenia będącego przejawem korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Por. J. Napierała: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 85–91.

⁵⁶ A. Kidyba: *Sukcesja, kontynuacja, a może coś innego?*, *Monitor Prawa Handlowego* 2011, nr 1, s. 37; zob. również obszernie opracowanie istoty przekształcenia spółki w ujęciu prawnym i filozoficznym: Ł. Karczyński: *Opodatkowanie przekształceń spółek*, Warszawa 2011, s. 25–98.

⁵⁷ Zob. wyrok Trybunału z dnia 27 września 1988 r. w sprawie C-81/87 *The Queen vs. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, *Zb. Orz.* 1988, s. 05483, pkt 16; dalej jako sprawa *Daily Mail*.

stanowisko w sprawie *Cartesio*⁵⁸. Również Parlament Europejski w zaleceniach dla Komisji w sprawie czternastej dyrektywy dotyczącej transgranicznego przeniesienia siedziby spółki zaznacza, że zachowanie ciągłości prawnej spółki powinno stanowić podstawowy element przyszłej regulacji przekształceń w krajach Unii⁵⁹. Ostatecznie trzeba stanowczo podkreślić, że instytucja przekształcenia bez elementu kontynuacji bytu prawnego traci swój sens gospodarczy, ponieważ po pierwsze, istnieją obecnie inne instrumenty prawne umożliwiające transgraniczną restrukturyzację pomiędzy wieloma podmiotami (tzw. dziesiąta dyrektywa)⁶⁰, a po drugie — „pozorne” przekształcenie połączone z likwidacją i rozwiązaniem spółki w kraju pochodzenia nie różni się zasadniczo od zwykłego zakończenia działalności w jednym kraju i stworzenia nowych struktur w innym kraju, co jednak całkowicie odrywa się od wyznaczonych w traktacie celów w postaci stworzenia wspólnego rynku wewnętrznego⁶¹.

Zasada kontynuacji wywiera także istotny wpływ na korzystanie przez spółki ze swobody przedsiębiorczości. Spółka pozbawiona osobowości prawnej nie może bowiem korzystać z usprawnień w funkcjonowaniu na wspólnym rynku oferowanych przez prawo unijne⁶². Natomiast powstanie i utrzymywanie podmiotowości prawnej zależy od regulacji państw członkowskich, a więc nie wynika z prawa europejskiego. Konsekwencją takiego stanu jest potrzeba określenia linii demarkacyjnej dla

⁵⁸ Zob. pkt 111–113 wyroku, w szczególności w tej ostatniej tezie Trybunał określa przekształcenie jako takie, które odbywa się bez rozwiązania lub likwidacji spółki.

⁵⁹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 10 marca 2009 r. z zaleceniami dla Komisji w sprawie transgranicznego przenoszenia siedziby spółek, P6_TA(2009)0086 (Dz. Urz. UE C 87 E z 1.04.2010 r., s. 5); rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 2 lutego 2012 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie 14. dyrektywy o prawie spółek dotyczącej transgranicznego przeniesienia siedziby spółki (2011/2046(INI)), P7_TA(2012) 0019 (Dz. Urz. UE C 239 z 2013 r., s. 23).

⁶⁰ Dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (Dz. Urz. UE L 310 z 2005 r.).

⁶¹ Zasada kontynuacji ma również istotne znaczenie dla osób bezpośrednio zaangażowanych w funkcjonowanie spółek, na co wskazują badania przeprowadzone przez Komisję w 2012 r., w których większość uczestników (70%) uznała, że przeniesienie siedziby statutowej powinno odbywać się bez konieczności rozwiązywania spółki lub przeprowadzenia likwidacji. Zob. *Summary of responses to the public consultation on Cross-border transfers of registered offices of companies*, 9.2013 r., http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/index_en.htm [dostęp: 9.12.2014].

⁶² Uwaga ta może budzić pewne wątpliwości ze względu na układ zdarzeń, jaki miał miejsce w sprawie *Vale*, w której spółka włoska została rozwiązana i wykreślona z rejestru handlowego i po dziewięciu miesiącach złożyła wniosek o założenie spółki na Węgrzech, co w ujęciu teoretycznym oznaczałoby utratę przez spółkę osobowości prawnej i to, że w stanie faktycznym wystąpiły w istocie dwa odrębne podmioty prawne. Zob. P. Kindler: *Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (dalej: EuZW) 2012, s. 889 i n.; Ch. Teichmann: *Der grenzüberschreitende...*, op. cit., s. 2087. Uznanie przez Trybunał, że przedmiotem orzeczenia w sprawie *Vale* jest proces transgranicznego przekształcenia spółki, można wyjaśnić, poza innymi argumentami przedstawionymi w piśmiennictwie, w następujący sposób. Po pierwsze, transgraniczne przekształcenie i wynikająca z niego zasada kontynuacji funkcjonowania spółki powinny być interpretowane szeroko i obejmować nie tylko kontynuację w sensie prawnym, ale również gospodarczym. Po drugie, stanowisko Trybunału można uznać za pragmatyczne ze względu na to, że w prawie europejskim brak jest przepisów harmonizujących współpracę pomiędzy organami rejestrowymi krajów członkowskich, co uniemożliwia w niektórych przypadkach „płynne” wykreślenie spółki w jednym kraju oraz dokonanie wpisu w rejestrze innego kraju członkowskiego. Zob. P.W. Bayer, J. Schmidt: *Das Vale-Urteil...*, op. cit., s. 1484 i n.

kompetencji poszczególnych państw w kwestii decydowania o „życiu lub śmierci” spółki. Państwa przyjmujące wiąże zasada, zgodnie z którą nie mogą one decydować o istnieniu spółki wywodzącej swoją osobowość prawną z porządku prawnego innego kraju członkowskiego⁶³. Znacznie bardziej skomplikowana sytuacja występuje na gruncie spółek emigrujących i ich państwa pochodzenia. Wynika to z faktu, że spółka, która chce powołać się na przedmiotową swobodę, powinna wykazać swój związek z terytorium unijnym w postaci jednej z form aktywności określonej w art. 54 TFUE (siedziba statutowa lub rzeczywista). Z orzecznictwa TSUE wynika, że krajem właściwym dla zdefiniowania tej aktywności i miejsca jej prowadzenia jest państwo, z którego spółka wywodzi swoją podmiotowość prawną⁶⁴. W tym zakresie działania państw członkowskich nie podlegają ocenie z punktu widzenia zgodności z traktatem⁶⁵, gdyż sam traktat zawiera stosowne upoważnienie dla krajów członkowskich. Warto zaznaczyć, że wskazane upoważnienie ma przedmiotowo wąski charakter, ponieważ z możliwości decydowania o powiązaniu spółki z obszarem unijnym nie wynika pośrednio kompetencja krajów członkowskich do decydowania o innych uprawnieniach wyłączających lub ograniczających w mniejszym stopniu swobodę osiedlania się. Każde działanie wykraczające poza to, co niezbędne do określenia jednego z rodzajów aktywności wyszczególnionych w art. 54 TFUE, podlega już bowiem ocenie zgodności z prawem unijnym⁶⁶.

Spółka inkorporowana w danym państwie członkowskim nie może całkowicie swobodnie, tj. bez uwzględnienia porządku prawnego, z którego wywodzi swoją osobowość prawną, przenosić siedziby statutowej lub rzeczywistej. Powstanie i posiadanie siedziby wskazanej w art. 54 TFUE nie odrywa spółki od porządku krajowego, co stanowi naturalną konsekwencję faktu, że spółka jest tworem normatywnym. Poza tym uznanie, że każda spółka po spełnieniu warunków wymienionych w traktacie korzysta bez ograniczeń z możliwości osiedlania się na terytorium unijnym, skutkowałoby pozbawieniem krajów członkowskich skutecznego nadzoru nad „własnymi” spółkami, na co w dotychczasowym stanie integracji europejskiej nie ma zgody.

Istnienie siedziby spółki na terenie Unii jest punktem węzłowym dla ustalenia uprawnień spółki wynikających ze swobody osiedlania się. Dzieje się tak, ponieważ istnienie spółki nie wynika z rzeczowej swobody, ale jest warunkiem powołania się na nią. Jednakże uprawnienie państwa członkowskiego nie ma charakteru bezwzględnego i ulega ograniczeniu w sytuacji, gdy zaistnieją podstawy uznania, że spółka zamierza zmienić miejsce swojej przynależności do obszaru wspólnotowego w wy-

⁶³ Zob. wyrok Trybunału z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00 *Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Zb. Orz. 2002, s. I-09919, pkt 82, dalej jako sprawa *Überseering*.

⁶⁴ Zob. wyrok w sprawie *Daily Mail*, pkt 19; oraz w sprawie *Cartesio*, pkt 104.

⁶⁵ Zob. wyrok w sprawie *Cartesio*, pkt 109.

⁶⁶ Zob. wyrok Trybunału z dnia 29 listopada 2011 r. w sprawie C-371/10 *National Grid Indus BV vs. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, Zb. Orz. 2011, s. I-12273, pkt 29–33, dalej jako sprawa *National Grid Indus*. W literaturze zob. w szczególności W. Schön: *Das System...*, *op. cit.*, s. 347–349.

niku przeniesienia swojej siedziby do innego państwa członkowskiego, które jednocześnie będzie nowym miejscem inkorporacji spółki. W takiej sytuacji i w oparciu o zasadę kontynuacji na gruncie instytucji transgranicznego przekształcenia spółka nie traci powiązania z obszarem europejskim, jeżeli zostanie reinkorporowana na terenie innego państwa UE, które „przejmuje” kompetencje do dookreślenia przesłanek z art. 54 TFUE⁶⁷. Jednocześnie, wobec braku unijnej regulacji problematyki przekształceń, niezbędne dla skuteczności tego procesu jest istnienie norm materialnoprawnych⁶⁸ w państwach zaangażowanych w proces, które pozwalają na uskutecznienie przekształcenia⁶⁹. W przeciwnym wypadku spółka może utracić związek z krajem swojej dotychczasowej siedziby, a w konsekwencji — podlegać rygorom przewidzianym w prawie tego kraju, w tym obowiązкови likwidacji działalności.

Podsumowując, spółka istniejąca w danym państwie członkowskim, powstała tam i spełniająca właściwe dla tego porządku prawnego kryterium powiązania, może w każdej chwili powołać się na swobodę przedsiębiorczości, w tym wynikającą z niej prawo do transgranicznego przekształcenia, o ile instytucja przekształcenia podmiotowego (tj. zmiany formy korporacyjnej) znana jest państwu emigracji i imigracji spółki. Z instytucji przekształcenia wynika z kolei, że jeżeli proces ten przebiegnie w pełni skutecznie, to spółka nie utraci swojej przynależności do wspólnoty, a zatem działania ograniczające przebieg tego procesu podlegają zawsze ocenie z punktu widzenia swobody przedsiębiorczości⁷⁰. Stąd, jeżeli dopuszczalność przeprowadzenia transgranicznego przekształcenia wynika ze swobody przedsiębiorczości, to równocześnie tego rodzaju przekształcenie gwarantuje spółce korzystanie z pewnego zakresu tej swobody (sprzężenie zwrotne między swobodą przedsiębiorczości a transgranicznym przekształceniem).

3. ZMIANA STATUTU PERSONALNEGO SPÓŁKI

Drugą ważną cechą transgranicznego przekształcenia stanowi zmiana statutu personalnego, tj. transformacja spółki na skutek procesu przekształcenia w spółkę podlegającą prawu państwa-celu osiedlenia⁷¹. Zarówno w sprawie *Daily Mail*, jak

⁶⁷ Zob. C. Behme: *Grenzüberschreitende...*, *op. cit.*, s. 938; M. Schaper: *Grenzüberschreitender...*, *op. cit.*, s. 816.

⁶⁸ Od norm materialnoprawnych wprowadzających daną instytucję do porządku krajowego trzeba odróżnić normy proceduralne. Przez normy proceduralne należy rozumieć wszelkie środki służące realizacji uprawnień, a więc nie chodzi tu tylko o normy o charakterze procesowym (regulujące działanie organów państwowych i występujących w danym postępowaniu stron, uczestników), lecz także normy materialnoprawne dotyczące postępowania stron i wynikających z niego dodatkowych uprawnień, które prowadzą do osiągnięcia celu określonego w pierwotnym uprawnieniu, np. roszczenia odszkodowawcze, procedury przekształcania spółek. Zob. N. Półtorak: *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 26.

⁶⁹ Wymóg ten sformułowany został przez Trybunał w wyroku w sprawie *Cartesio*, pkt 112.

⁷⁰ Zob. M. Szydło: *The Right...*, *op. cit.*, s. 430.

⁷¹ Zob. w wyrok w sprawie *Cartesio*, pkt 111.

i *Cartesio* Trybunał dokonał rozróżnienia na przeniesienie siedziby bez zmiany statutu personalnego oraz przeniesienie siedziby związane ze zmianą prawa krajowego mającego zastosowanie do spółki. Wyłącznie w tym drugim przypadku przekształcenie transgraniczne mogło być uznane za objęte traktatową swobodą przedsiębiorczości. Zmiana siedziby nie powinna ograniczać się do przeniesienia działalności na teren innego kraju członkowskiego (gospodarczy aspekt osiedlenia się), ale powinna obejmować również zmianę „szat prawnych” spółki (prawny aspekt osiedlenia się). Stąd konieczne staje się wykreślenie spółki z rejestru kraju-wyjścia oraz wpisanie jej do rejestru w kraju-celu. Ze specyfiki przekształcenia w wymiarze transgranicznym wynika możliwość wyboru w kraju emigracji formy prawnej analogicznej do tej, w jakiej spółka funkcjonowała dotychczas (przekształcenie kongruentne, ekwiwalentne)⁷². Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *VALE*, gdzie celem wspólników było zakończenie działalności we Włoszech w ramach tamtejszego odpowiednika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (*Società a Responsabilità Limitata*), aby już na Węgrzech przyjąć „płaszcz” węgierskiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (*korlátolt felelősségű társaság*).

4. KONIECZNOŚĆ PRZENIESIENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ SPÓŁKI (DOPUSZCZALNOŚĆ TZW. WYIZOLOWANEGO TRANSGRANICZNEGO PRZENIESIENIA SIEDZIBY STATUTOWEJ SPÓŁKI)

Trzecim elementem transgranicznego przekształcenia objętego swobodą przedsiębiorczości jest doprowadzenie do wykonywania przez spółkę przekształcaną działalności gospodarczej przez stały zakład w kraju imigracji przez czas nieokreślony⁷³

⁷² Tak K. Oplustil, przywołując w tym zakresie doktrynę niemiecką. Zob. K. Oplustil: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 75–76.

⁷³ Tak na podstawie analizy orzecznictwa Trybunału O. Mörsdorf: *The legal...*, *op. cit.*, s. 637–649. Stanowisko to podziela również K. Oplustil: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 82–83; J. Napierała: *Przekształcenie...*, *op. cit.*, s. 14–15. Odmienne M. Szydło z odwołaniem się do stanowiska Trybunału wyrażonego w wyroku z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 *Centros Ltd vs. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Zb. Orz. 1999, s. I–01459 (dalej jako sprawa *Centros*) i w wyroku z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs. Inspire Art Ltd*, Zb. Orz. 2003, s. I–10155; zob. M. Szydło: *The Right...*, *op. cit.*, s. 423–424. Temu ostatniemu stanowisku należy jednak odmówić racji z co najmniej dwóch względów: po pierwsze, we wskazanych wyrokach Trybunał odniósł się wyłącznie do sytuacji państwa przyjmującego, tymczasem niewykonywanie działalności miało miejsce w państwie inkorporacji spółek. W chwili powołania się na swobodę przedsiębiorczości spółki miały zamiar prowadzenia działalności gospodarczej na terenie państwa przyjmującego, samo zaś niewykonywanie działalności w państwie inkorporacji, o ile prawo tego państwa nie stanowi inaczej, nie ma wpływu na byt prawny spółki i zastosowanie przepisów traktatu. Byłby to zresztą wymóg irracjonalny zwłaszcza w sytuacji, gdy zmiana miejsca prowadzenia działalności gospodarczej została podyktowana jej nierentownością w kraju pierwotnej inkorporacji. Po drugie, nie jest wystarczające, aby spółka wykazała związek gospodarczy z którymkolwiek z krajów członkowskich, jak to stwierdza M. Szydło. Należy podkreślić, że związek ten ma charakter

(teleologiczny aspekt swobody przedsiębiorczości)⁷⁴. Wynika on z celu, dla którego ustanowiona została omawiana w tym miejscu swoboda traktatowa i należy go odróżnić od możliwości określenia przez kraje członkowskie powiązania pomiędzy spółką a obszarem danego kraju (art. 54 TFUE)⁷⁵. Osiedlenie się spółki w innym kraju członkowskim powinno polegać na uczestniczeniu „przez podmiot pochodzący z jednego z państw Unii, w sposób trwały i nieprzerwany, w życiu gospodarczym państwa członkowskiego innego niż jego państwo pochodzenia i czerpania z tego tytułu korzyści”⁷⁶. Obecność w kraju imigracji ma mieć charakter rzeczywisty, przez co rozumie się trwałe urządzenie działalności gospodarczej w innym państwie na czas nieokreślony⁷⁷. Analizując omawiane zagadnienie, Trybunał w sprawie *Cadbury Schweppes* odwołał się do „wewnętrznych” elementów przedsiębiorstwa, za pomocą których wykonywana jest działalność, czyli takich jak: odpowiednie pomieszczenia, pracownicy oraz inne czynniki produkcji⁷⁸. Korzystanie ze swobody przedsiębiorczości nie jest natomiast

dynamiczny, a nie statyczny, tj. istotna jest korelacja pomiędzy wykonaniem prawa przedsiębiorczości a efektem w postaci prowadzenia działalności gospodarczej w państwie-celu spółki. Jednorazowa integracja o charakterze gospodarczym w jakimkolwiek państwie członkowskim nie zezwala na rozszerzenie działalności na terenie Unii poprzez zakładanie „sztucznych” struktur w innych państwach członkowskich. Czyniłoby to bowiem wymóg związku gospodarczego fikcyjnym. Wyraźnie na konieczność integracji w państwie przyjmującym wskazał Trybunał w wyroku z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04 *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas*, Zb. Orz. 2006, s. I-7995 (dalej jako sprawa *Cadbury Schweppes*), pkt 54: „W świetle tego celu integracji w **przyjmującym państwie członkowskim** 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**” [podkr. aut.]; na ograniczony wpływ wyroku w sprawie *Centros* na mobilność spółek zwraca również uwagę W.G. Ringe: *Corporate Mobility in the European Union — a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition*, ECFR 2013, nr 2, s. 232–236.

⁷⁴ Ekonomiczny wymiar transgranicznego przekształcenia dostrzegł ostatnio Trybunał w wyroku w sprawie *VALE*, pkt 34, odwołując się jednocześnie do kluczowego dla tej problematyki wyroku w sprawie *Cadbury Schweppes*; zob. również wyrok z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-221/89 *Factortame i in.*, Zb. Orz. 1991, s. I-3905, pkt 20; w literaturze zob. T. Drygala: *Europäische Niederlassungsfreiheit vor der Rolle rückwärts?*, EuZW 2013, s. 570; J.L. Hansen: *The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies*, ECFR 2013, nr 1, s. 13; E. Skibińska (w.): *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2012, s. 912.

⁷⁵ W. Schön: *Das System...*, *op. cit.*, s. 350 i n.

⁷⁶ Zob. wyrok z dnia 11 marca 2010 r. w sprawie C-384/08 *Atanasio Group Srl vs. Comune di Carbognano*, Zb. Orz. 2010, s. I-02055, pkt 36 i przywołane tam orzecznictwo.

⁷⁷ Wyrok z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-221/89 *Factortame i in.*, Zb. Orz. 1991, s. I-3905, pkt 20.

⁷⁸ Zob. wyrok w sprawie *Cadbury Schweppes*, pkt 67. Warto zauważyć, że Trybunał poprzez zwrócenie uwagi na elementy przedsiębiorstwa służące wykonywaniu działalności zamiast na obowiązek dostarczania dóbr i usług na terenie państwa przyjmującego ułatwił spółkom tworzenie „sztucznych” konstrukcji prawnych w miejscach niezwiązanych z faktycznie wykonywaną działalnością gospodarczą; zob. A. Sayde: *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Hart Publishing, Oxford 2014, s. 132–133. Ponadto, samo pojęcie czynników produkcji wymienionych przez Trybunał może stwarzać poważne problemy interpretacyjne i zwiększać niepewność w zakresie odnoszenia ich do konkretnych stanów faktycznych, do czego krytycznie odnosi się m.in. P. Schammo: *Arbitrage and Abuse of Rights in the EC Legal System*, *European Law Journal* 2008, nr 3, s. 375–376; T. Drygala: *Europäische...*, *op. cit.*, s. 571, oraz R. Ege, S. Klett: *Praxisfragen...*, *op. cit.*, s. 2448. Odmienne w kwestii pojęcia faktycznego wykonywania działalności gospodarczej J. Napierała, który proponuje, bez uzasadnienia, odwołanie się do regulacji art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz. Urz. UE L 160, s. 1), zawierającego termin: „główny ośrodek podstawowej

uzależnione od prowadzenia przez spółkę przenoszącą się działalności w kraju emigracji⁷⁹. Konsekwentnie należy uznać, że ewentualne późniejsze zaprzestanie działalności gospodarczej w kraju przyjmującym nie będzie miało zasadniczo wpływu na skuteczność transgranicznego przekształcenia. Wyjątkiem może jednak okazać się sytuacja, w której taka migrująca spółka zmienia swoją siedzibę i przynależność państwową w celu stworzenia sztucznej struktury w państwie nowej inkorporacji i uzyskania uprawnień o charakterze unijnym w państwie pierwotnej inkorporacji⁸⁰.

W rezultacie, zarówno w pierwotnym⁸¹, jak i wtórnym⁸² aspekcie korzystania ze swobody przedsiębiorczości od spółki wymagane jest wykazanie rzeczywistego wymiaru osiedlenia się w drugim lub kolejnym kraju członkowskim, do którego spółka zamierza się przenieść⁸³. Stąd niewystarczające byłoby przedstawienie przez spółkę jakiegokolwiek związku gospodarczego z Unią Europejską w dowolnym państwie członkowskim, ponieważ związek ten powinien każdorazowo stanowić efekt skorzystania ze swobody przedsiębiorczości. Z kolei badanie okoliczności potwierdzających istnienie przedmiotowego związku należy do kompetencji zarówno właściwych organów kraju emigracji⁸⁴, jak i imigracji spółki⁸⁵.

działalności dłużnika” (*centre of main interests* — COMI). Zgodnie z rozporządzeniem główny ośrodek spółki mieści się co do zasady tam, gdzie znajduje się jej siedziba statutowa, chyba że zarząd działalnością prowadzony jest w innym miejscu i tak jest to postrzegane przez osoby trzecie (motyw 13 rozporządzenia). Zob. J. Napierała: *Przekształcenie spółki zagranicznej w spółkę krajową w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie VALE*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2013, z. 1, s. 14–15. Należy jednak zauważyć, że COMI ustalone jest dla określenia jurysdykcji sądu krajowego w sprawach upadłościowych i powinno być ono jednolite w całym obszarze unijnym. Z tego już powodu odwoływanie się do rozporządzenia w zakresie doprecyzowania pojęcia „osiedlenia się” na gruncie traktatu jest nieadekwatne i prowadzi do wniosków sprzecznych z istotą swobody przedsiębiorczości. Żadną miarą bowiem porządek traktatowy nie nakazuje spółkom korzystającym z przedmiotowej swobody utrzymywania w jednym państwie, i to w państwie inkorporacji, centrum swojej działalności. Pojęcie ustanowienia stałego zakładu na gruncie art. 49 TFUE posiada szerszy zakres znaczeniowy od pojęcia głównego ośrodka ustalonego w rozporządzeniu. Co do pojęcia „COMI” zob. F.M. Mucciarelli: *The Transfer of the Registered Office and Forum Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy*, *ECFR* 2005, nr 4, s. 524–527.

⁷⁹ Wniosek ten wynika ze stanowiska Trybunału w wyroku w sprawie *Centros*, pkt 24–30.

⁸⁰ Tak w oparciu o podobne zachowanie osoby fizycznej Trybunał w wyroku z dnia 7 lutego 1979 r. w sprawie C-115/78 *J. Knoors przeciwko Sekretarzowi stanu ds. gospodarczych*, *Zb. Orz.* 1979, s. 399, pkt 25.

⁸¹ Przez co należy rozumieć zarówno założenie nowej spółki w innym państwie członkowskim po rozwiązaniu spółki w dotychczasowym państwie osiedlenia się, jak i przeniesienie siedziby spółki w ramach EOG.

⁸² Zasadniczo aspekt wtórny korzystania ze swobody przedsiębiorczości dotyczy rozszerzenia dotychczasowej działalności gospodarczej spółki prowadzonej w jednym kraju członkowskim o obszar innych krajów członkowskich poprzez założenie spółki zależnej lub utworzenie oddziału albo agencji.

⁸³ Z tego powodu w sprawach *Centros* i *Inspire Art* krajem uprawnionym do badania gospodarczego aspektu korzystania ze swobody przedsiębiorczości poprzez inkorporowanie spółki na terenie Wielkiej Brytanii była właśnie Wielka Brytania, a nie odpowiednio Dania i Holandia. Tak też W. Schön: *Das System...*, *op. cit.*, s. 351.

⁸⁴ W literaturze podnosi się jednocześnie, że w przypadku, gdy państwa „wyjścia” spółki umożliwiają spółkom założonym na swoim terenie posiadanie siedziby rzeczywistej na terenie innych państw członkowskich, to państwo „wyjścia” nie może odmówić spółce skorzystania ze swobody przedsiębiorczości w związku z brakiem przeniesienia działalności gospodarczej. Zob. P.W. Bayer, J. Schmidt: *Das Vale-Urteil...*, *op. cit.*, s. 1486 i wskazana tam literatura. Poglądowi temu nie sposób przypisać zasadności. Państwo „wyjścia” bada spełnienie obiektywnej przesłanki swobody przedsiębiorczości, z kolei prawo państwa członkowskiego do wyznaczenia powiązania spółki ze swoim terytorium ma charakter subiektywny i zależy od decyzji danego państwa członkowskiego.

⁸⁵ Zob. wyrok w sprawie *Cadbury Schweppes*, pkt 72, oraz wyrok w sprawie *VALE*, pkt 35.

W tym miejscu za konieczne uznać należy omówienie z perspektywy państwa emigracji konsekwencji, jakie wystąpią w sytuacji braku rzeczywistej integracji z państwem przyjmującym. Paradoksalnie kwestia ta budzi wiele wątpliwości. Wiąże się to z faktem powiązania przez Trybunał aspektu ekonomicznego swobody przedsiębiorczości z instytucją nadużycia prawa unijnego⁸⁶, co prowadzić będzie do zawężenia możliwości pozbawiania spółki korzystania z uprawnień unijnych na wypadek niespełnienia przez nią wymogu integracji gospodarczej z państwem przyjmującym. Rozwiązanie to można tłumaczyć formalnym podejściem Trybunału do brzmienia przepisów art. 49 i 54 TFUE⁸⁷, formułujących zasadniczo dwa warunki, które spółka powinna spełnić, aby mogła korzystać z uprawnień przyznanych jej na gruncie prawa europejskiego: 1) inkorporacja spółki na terenie EOG oraz 2) istnienie związku z państwem, z którego spółka wywodzi swój byt prawny. Podejście to sprzyja zapewnieniu jednolitości stosowania prawa unijnego oraz jego skuteczności.

Zastosowanie prawa unijnego w konkretnej sprawie powinno obejmować zbadanie zgodności z celami, dla których prawo to zostało ustanowione. Nawiązując w tym miejscu do wyroku w sprawie *Cadbury Schweppes*, ograniczenie swobody przedsiębiorczości jest uzasadnione⁸⁸, gdy: 1) zastosowanie przepisów europejskich w danym stanie faktycznym prowadziłyby do rezultatów sprzecznych z celem, dla którego zostały one ustanowione (element obiektywny), oraz 2) jedyny lub główny⁸⁹ cel podmiotu uprawnionego na podstawie przepisów europejskich stanowi obejście przepisów krajowych przy wykorzystaniu norm unijnych (element subiektywny)⁹⁰. Rozpoznanie elementów subiektywnych może opierać się na obiektywnych okolicznościach sprawy. Szczególnym przypadkiem, który w ocenie Trybunału spełnia warunek testu nadużycia prawa, jest stworzenie całkowicie sztucznej struktury korporacyjnej⁹¹, pozbawionej ekonomicznego uzasadnienia, która ma na celu obejście przepisów podatkowych kraju siedziby spółki⁹². Jednocześnie środki krajowe, które stanowić będą reakcję na praktykę nadużywania prawa europejskiego, powin-

⁸⁶ Zob. wyrok w sprawie *Cadbury Schweppes*, pkt 55; szeroko na temat nadużycia prawa unijnego zob. M. Godlewska: *Pojęcie nadużycia prawa w prawie UE*, cz. I, Europejski Przegląd Sądowy 2011, nr 6, s. 24–30, cz. II, nr 7, s. 4–13; I. Andrzejewska-Czernek (w.): *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach podatkowych*, pod red. W. Nykiela, A. Zalaśńskiego, Warszawa 2014, s. 661–669; P. Schammo: *Arbitrage...*, *op. cit.*, s. 351–376; A. Lenaerts: *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, *European Review of Private Law* 2010, nr 6, s. 1121–1154.

⁸⁷ W odniesieniu do wyroku w sprawie *Centros* zob. O. Mörsdorf: *The legal...*, *op. cit.*, s. 647.

⁸⁸ Ograniczenie to ma charakter obligatoryjny w przeciwieństwie do ograniczeń wynikających z powołania się przez państwo członkowskie na naruszenie nadrzędnych interesów uznanych na gruncie prawa i orzecznictwa UE; zob. M. Godlewska: *Pojęcie nadużycia...*, cz. II, *op. cit.*, s. 11.

⁸⁹ Zob. wyrok Trybunału z dnia 21 lutego 2006 r. w sprawie C-255/02 *Halifax plc i in.*, pkt 75 i 81; dalej jako wyrok w sprawie *Halifax*.

⁹⁰ Zob. T. Drygala: *Europäische...*, *op. cit.*, s. 570.

⁹¹ „Miałoby to miejsce w szczególności w przypadku spółki zależnej o charakterze »spółki adresowej« lub »firmy-krzak«”; zob. wyrok w sprawie *Cadbury Schweppes*, pkt 68.

⁹² Zob. wyrok w sprawie *Cadbury Schweppes*, pkt 55.

ny być proporcjonalne, co oznacza, że państwa członkowskie nie są uprawnione do stosowania dowolnych środków, ale tylko takich, które w adekwatnym i niezbędnym zakresie doprowadzą do pozbawienia jednostki korzyści, jakie uzyskała w związku ze swoim działaniem. Mówiąc inaczej, państwa członkowskie zostały w ten sposób zobligowane do stworzenia mechanizmów zapewniających przywrócenie stanu, jaki istniałby, gdyby do naruszenia prawa europejskiego nie doszło⁹³. Przykładowo zatem, jeżeli spółka nie doprowadziła do ziszczenia się celu swobody przedsiębiorczości, organy krajowe będą mogły w konkretnej sytuacji przyjąć fikcję, że spółka nigdy nie przekształciła się w spółkę zagraniczną.

Z powyższego wynika, że nie każde transgraniczne przekształcenie, pozbawione wymiaru gospodarczego w państwie przyjmującym, będzie sprzeczne z porządkiem unijnym⁹⁴. Sytuacja taka zajdzie zwłaszcza wtedy, gdy spółka nie rozpocznie działalności w nowym państwie z przyczyn od niej niezależnych. Nawet jeżeli cel, dla którego ustanowiona została swoboda przedsiębiorczości, nie zostanie zrealizowany, co spowoduje, że spółka nie będzie mogła powoływać się na uprawnienia wynikające z art. 49 w zw. z art. 54 TFUE, państwo członkowskie nie uzyska kompetencji do całkowitego pozbawienia spółki możliwości transgranicznego przekształcenia, na przykład poprzez wprowadzenie wymogu wcześniejszej likwidacji i rozwiązania⁹⁵. Środek ten bowiem nie spełni wymogu proporcjonalności (niezbędności), ponieważ będzie równoznaczny z zakazaniem spółce wykonywania jakiegokolwiek działalności w państwie imigracji. Dotyczy to także tak skrajnego przypadku, jak dokonanie transgranicznego przekształcenia w celu likwidacji spółki w innym państwie członkowskim (tj. w państwie imigracji), w którym spółka nigdy nie prowadziła działalności gospodarczej, co może dla spółki przekształcanej i związanych z nią osób (np. członków zarządu, wspólników) przynieść określone korzyści, mające swoje źródło w liberalnych regulacjach korporacyjnych tego państwa, przykładowo w zakresie odpowiedzialności likwidatorów czy ograniczenia uprawnień wierzycieli do majątku likwidowanej spółki⁹⁶. Trzeba wyraźnie podkreślić, że istnieją środki, które w przedstawionych okolicznościach pozwalają ograniczyć swobodę przedsiębiorczości (np. poprzez ustanowienie odpowiednich zabezpieczeń w kraju-wyjścia), a nie ją całkowicie wyłączyć.

Nawiązując w tym miejscu jeszcze do tzw. wyizolowanego transgranicznego przeniesienia siedziby spółki, należy zaznaczyć, że problematyka ta jest niezależna od perspektywy państwa pochodzenia i przyjmującego⁹⁷, na co wskazują wyroki

⁹³ Zob. wyrok w sprawie *Halifax*, pkt 94.

⁹⁴ Por. W. Bayer, J. Schmidt: *Das Vale-Urteil...*, *op. cit.*, s. 1486 i przywołana tam literatura.

⁹⁵ Zob. T. Drygala: *Europäische...*, *op. cit.*, s. 570. Autor za dopuszczalne uznaje wprowadzenie obowiązku likwidacji spółki, jeżeli ta w „odpowiednim okresie” nie podejmie działalności gospodarczej w państwie imigracji.

⁹⁶ Na dopuszczalność dokonania przekształcenia celem dokonania likwidacji działalności w państwie-wyjścia wskazała Rzecznik Generalny J. Kokott w opinii z 10 marca 2011 r. do sprawy C-396/09 *Interedil Srl*, w *likwidacji*, Zb. Orz. 2011, s. I-09915, pkt 71.

⁹⁷ Odmienne K. Oplustil: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 83–84 i przywołana tam literatura.

w sprawach *Cadbury Schweppes*⁹⁸ i *Vale*⁹⁹. Za nieprzekonujące należy również uznać utożsamianie obowiązku organów krajowych w zakresie badania zgodności powołania się przez jednostkę na przepisy unijne z celem tych przepisów z jednej strony a uprawnieniem państw członkowskich do wskazania kryterium powiązania spółki z obszarem europejskim na mocy art. 54 TFUE — z drugiej strony¹⁰⁰. Oczywiście jest, że rzeczony uprawnienie nie może być wykonywane w sposób dyskryminujący, a więc w zależności od pochodzenia spółki. Natomiast odmiennej oceny wymaga sytuacja, w której spółka przenosząca wyłącznie siedzibę statutową na teren danego państwa czyni to w sposób sprzeczny z celem swobody przedsiębiorczości i w zamiarze naruszenia interesów osób trzecich. W tym ostatnim przypadku spółka nie może powołać się na przepisy traktatowe i za dopuszczalne trzeba uznać zastosowanie wobec niej odpowiednich środków, nawet tych o charakterze dyskryminującym¹⁰¹. Ta ostatnia okoliczność nie pozbawia skuteczności takich działań państwa członkowskiego, chociaż z perspektywy porządku traktatowego powinno ono w ten sam sposób zwalczać przypadki nadużycia uprawnień unijnych. Ostatecznie jednak godzi się zauważyć, że w praktyce przekształcenia izolowane stanowiąc będą dopuszczalną formę korzystania ze swobody przedsiębiorczości, gdyż możliwość ich ograniczenia, a w szczególności zakazania, wymaga spełnienia restrykcyjnego testu składającego się z dwóch części¹⁰². Po pierwsze, muszą istnieć podstawy do postawienia zarzutu spółce (konkretnie osobom działającym w jej imieniu) nieprawidłowego i nagannego skorzystania z uprawnień unijnych, a po drugie, konieczne jest zachowanie proporcjonalności w ramach środków przeciwdziałających, podjętych przez kraje członkowskie. Do momentu spełnienia warunków tego testu działania spółki należy uznawać za w pełni korzystające z ochrony porządku unijnego.

Podsumowując, transgraniczne przekształcenie charakteryzujące się zaprezentowanymi wyżej cechami stanowi formę korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Jeżeli dane państwo przewiduje dla spółek krajowych możliwość przekształcenia, to staje się zobowiązane do uznania analogicznej dopuszczalności przekształceń transgranicznych. Ponadto obowiązek ten obejmuje uregulowanie przez państwo członkowskie procedury przekształcenia, czyli ustanowienie norm przewidujących kolejne etapy prowadzące do wykreślenia spółki w kraju-wyjścia oraz wpisania jej w kraju-celu, zgodnie z zasadami równoważności i skuteczności.

⁹⁸ Sprawa ta dotyczyła oceny działań państwa pochodzenia spółki.

⁹⁹ Z kolei w tej sprawie Trybunał badał działania państwa przyjmującego.

¹⁰⁰ Tak K. Oplustil: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 84.

¹⁰¹ Zob. W. Schön: *Das System...*, *op. cit.*, s. 351. Odmienne M. Schaper: *Grenzüberschreitender...*, *op. cit.*, s. 816.

¹⁰² Odmienne P. Kindler: *Ende...*, *op. cit.*, s. 130, który stwierdza, że skorzystanie ze swobody przedsiębiorczości „za pomocą” tzw. spółki „skrzynki pocztowej” jest *per se* przejawem nadużycia prawa (*rechtsmissbrauch*).

IV. MOŻLIWOŚĆ OGRANICZENIA SWOBODY PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

1. TEST PROPORCJONALNOŚCI — UWAGI OGÓLNE

Szeroki zakres swobody przedsiębiorczości nie tylko stwarza możliwości osiągnięcia celu, jakim jest wspólny rynek wewnętrzny, lecz także prowadzi do pojawienia się zjawisk, które byłyby nie do zaakceptowania dla poszczególnych krajów członkowskich. Stąd w systemie prawa unijnego oraz w orzecznictwie Trybunału wypracowane zostały mechanizmy korekcyjne pozwalające państwom na wprowadzenie utrudnień w korzystaniu ze swobody w celu zabezpieczenia ich interesów. Jednym z takich mechanizmów, poza wymienionym powyżej zwalczaniem praktyk prowadzących do nadużycia prawa unijnego, jest kompetencja państw członkowskich do powołania się na „nadrzędne względy interesu ogólnego”, usprawiedliwiające ograniczenie norm unijnych¹⁰³ (tzw. test proporcjonalności¹⁰⁴). Tego rodzaju środek obrony państwa członkowskiego opiera się zasadniczo na regule, zgodnie z którą korzyści wynikające z wprowadzenia instrumentów wspólnotowych nie mogą powodować negatywnych skutków, przewyższających w końcowym bilansie korzyści¹⁰⁵. Wskazana zasada znalazła odzwierciedlenie w formule testu proporcjonalności, sformułowanego ostatecznie przez Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Gebhard*¹⁰⁶, a polegającego na zbadaniu, czy środki stosowane przez państwo: 1) nie mają charakteru dyskryminacyjnego; 2) służą ochronie słusznym interesów (cel); 3) prowadzą do osiągnięcia określonego celu oraz 3) nie wykraczają poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia. Ponadto ich stosowanie powinno mieć miejsce w sytuacji rzeczywistego i wystarczająco poważnego zagrożenia słusznym interesów¹⁰⁷ oraz nie może być uzasadnione wyłącznie względami ochrony interesów fiskalnych państwa członkowskiego. Przede wszystkim jednak i jak słusznie zauważa M. Godlewska, odwołując się do tezy zawartej w wyroku w sprawie *Centros*¹⁰⁸, państwa członkowskie nie mogą w ramach mechanizmu wymogów koniecznych całkowicie zakazać jednostkom powoływania się na prawo unijne, co oznacza w odniesieniu do art. 49 i n. TFUE, że „dozwolone jest ograniczenie wykonywania

¹⁰³ Mechanizm ten został wprowadzony do porządku traktatowego przez Trybunał w wyroku z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78 *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (tzw. orzeczenie *Cassis de Dijon*), Zb. Orz. 1979, s. 649, pkt 8.

¹⁰⁴ Zwany także testem wymogów koniecznych.

¹⁰⁵ Zob. opinia Rzecznika Generalnego Ruiz-Jarabo Colomera z dnia 4 grudnia 2001 r. w sprawie *Überseering*, Zb. Orz. 2002, s. I-9922, pkt 61.

¹⁰⁶ Zob. wyrok Trybunału z dnia 20 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 *Gebhard*, Zb. Orz. 1995, s. I-4165, pkt 37.

¹⁰⁷ Zob. wyrok z dnia 27 października 1977 r. w sprawie C-30/77 *Régina vs. Pierre Bouchereau*, Zb. Orz. 1977, s. 1999, pkt 35.

¹⁰⁸ Zob. wyrok w sprawie *Centros*, pkt 26.

swobody przedsiębiorczości, a nie jej obowiązywania¹⁰⁹. To ostatnie może nastąpić tylko w sytuacji niespełnienia przesłanek ochrony lub nadużycia uprawnień unijnych (por. wyżej).

2. NIEDOPUSZCZALNOŚĆ USPRAWIEDLIWIENIA OBOWIĄZKU LIKWIDACJI I ROZWIĄZANIA SPÓŁKI PRZENOSZĄCEJ SIEDZIBĘ ZA GRANICĘ W ŚWIETLE SWOBODY PRZEDSIĘBIORCZOŚCI

Wspomniany M. Mataczyński zauważa, że ograniczenie swobody należy odróżnić od jej wyłączenia, czyli wprowadzenia takiego środka, który nie może podlegać usprawiedliwieniu, gdyż ingeruje w istotę uprawnień przyznanych na mocy prawa unijnego¹¹⁰. Zdaniem wskazanego autora wymóg rozwiązania i likwidacji stanowi wprawdzie istotną ingerencję w strukturę spółki, jednak w pkt 113 wyroku w sprawie *Cartesio* można doszukać się wyraźnego zezwolenia na zastosowanie tego ograniczenia¹¹¹. Przedstawiony powyżej wniosek uznać trzeba za niepoprawny jako nieodpowiadający treści przedmiotowego orzeczenia. Wywód Trybunału w części dotyczącej oceny środków mogących ograniczać swobodę przedsiębiorczości przebiega w sposób następujący: TSUE stwierdza, że warunkiem wstępnym możliwości powołania się na swobodę przedsiębiorczości jest spełnienie przez spółkę warunków określonych w art. 54 TFUE. Jedną z zawartych tam przesłanek jest powiązanie spółki z obszarem europejskim („narodowość” spółki), badane na podstawie przepisów prawa krajowego. W oparciu o powyższe Trybunał wysnuwa wnioski o uprawnieniu państwa członkowskiego do określenia kryterium powiązania oraz przysługującej mu swobodzie zakazania spółce opuszczenia państwa, jeżeli zdarzenie takie prowadziłoby do utraty „narodowości” przez spółkę. Sytuacja ulega zmianie w razie przenoszenia przez spółkę siedziby wraz ze zmianą przynależności państwowej (statutu personalnego). W tym ostatnim przypadku spółka nie ma możliwości utraty powiązania z obszarem wspólnotowym. Środki podejmowane przez państwo-wyjścia stają się przedmiotem oceny w zakresie zgodności ze swobodą przedsiębiorczości, a zatem państwo traci uprawnienie do decydowania o „życiu i śmierci spółki”, przez co Trybunał rozumie w szczególności wymóg rozwiązania i likwidacji spółki, określane jako niepodlegający usprawiedliwieniu.

¹⁰⁹ Zob. M. Godlewska: *Pojęcia nadużycia...*, cz. II, *op. cit.*, s. 7.

¹¹⁰ Koncepcja niedopuszczalności naruszenia istoty uprawnień unijnych pojawiła się w wyroku Trybunału w sprawie *Überseering*, pkt 81, 82 i 93. Trybunał stwierdził tam, że odmowa uznania spółki istniejącej na gruncie prawa jednego z krajów członkowskich przez państwo, do którego spółka przeniosła swoją siedzibę rzeczywistą, stanowi naruszenie swobody przedsiębiorczości niepodlegające usprawiedliwieniu nadrzędnymi wymogami interesu ogólnego.

¹¹¹ Tak też P. Kindler (w.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 11, *Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Hrsg. F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, Aufl. 6, München 2015, nb 831.

Ostatecznie Trybunał w pkt 113, na który powołuje się M. Mataczyński, wskazuje, że tworzenie przeszkód w przeprowadzeniu skutecznego przekształcenia, czyli takiego, które odbywa się bez wcześniejszego rozwiązania i likwidacji, jest zakazane, chyba że można je uzasadnić nadrzędnymi względami interesu ogólnego.

Z pewnością z powyższego nie można wyprowadzić tezy, że Trybunał zakwalifikował wprost przypadek rozwiązania i likwidacji do kategorii środków krajowych podlegających testowi proporcjonalności, a zatem takich, które w ogóle mogą zostać poddane ocenie z punktu widzenia kryteriów tego testu. Należy opowiedzieć się za odmiennym rozumieniem stanowiska TSUE, tj. przyjmując, że obowiązek likwidacji i rozwiązania może być stosowany jedynie na etapie, w którym państwo członkowskie posiada zdolność do wyznaczania kryteriów powiązania spółki z obszarem UE i ewentualnego wyciągania konsekwencji, w przypadku braku uzyskania lub utraty statutu personalnego przez spółkę. Dodatkowo Trybunał zaznacza, że wymóg rozwiązania lub likwidacji spółki nie podlega uzasadnieniu¹¹² oraz jego brak stanowi istotny element procesu przekształcenia¹¹³. Wątpliwości wzbudza co najwyżej to, jakie znaczenie należy nadać pojęciu „takiej przeszkody”¹¹⁴, zawartemu w pkt 113. Trzeba jednak zdecydowanie odrzucić interpretację, zgodnie z którą w omawianym fragmencie „przeszkoda” stanowi synonim rozwiązania i likwidacji spółki, na co wskazuje dalsza część zdania, w której z procesu przekształcenia wykreślony został ten element¹¹⁵. W konsekwencji uznać należy, że Trybunał, mówiąc w pkt 113 o „przeszkodach”, ma na myśli wszystkie przewidziane w prawie krajowym środki utrudniające (ograniczające) transgraniczne przekształcenie spółki inne niż rozwiązanie i likwidacja spółki¹¹⁶.

Niezależnie od treści wyroku w sprawie *Cartesio* warto zauważyć, że wymóg rozwiązania i likwidacji spółki stanowi istotne naruszenie zasady kontynuacji transgranicznego przekształcenia. Konieczność zakończenia działalności i tworzenia jej na nowo prowadzi nie tyle do ograniczenia, ile w istocie do zaprzeczenia sensu gospodarczego analizowanej instytucji. W konsekwencji przedmiotowy wymóg jest równoznaczny z uniemożliwieniem spółkom dokonywania transgranicznych przekształceń, a więc ingeruje w jedno z podstawowych uprawnień wynikających ze swobody przedsiębiorczości, wyłączając w tym zakresie możliwość korzystania z tej swobody przez spółki na terenie Unii¹¹⁷. Stąd też środek ten wykracza poza kategorię ograniczeń podlegających testowi proporcjonalności.

¹¹² Odmienne w tym zakresie Rzecznik Generalny M. Darmon w opinii z dnia 7 czerwca 1988 r. do sprawy *Daily Mail*, pkt 13. Pogląd ten nie został jednak jednoznacznie potwierdzony w samym wyroku.

¹¹³ Do podobnych wniosków zdaje się dochodzić M. Szydło: *The Right...*, *op. cit.*, s. 433.

¹¹⁴ W wersji ang.: *Such a barrier*.

¹¹⁵ „Taka przeszkoda w skutecznym przekształceniu bez uprzedniego rozwiązania i likwidacji tego rodzaju spółki w spółkę prawa krajowego państwa członkowskiego, do którego zamierza się ona przenieść, stanowiłaby ograniczenie swobody przedsiębiorczości danej spółki [...]”.

¹¹⁶ Zob. J. Napierała: *Europejskie...*, *op. cit.*, s. 148.

¹¹⁷ Zgodnie z poglądem Rzecznika Generalnego J. Kokott w sprawie *National Grid Indus*: „Prawo Unii nie dopuszcza mianowicie, aby państwo członkowskie zakazało emigracji jako takiej”. Zob. opinia z dnia 8 września

V. ZASADNOŚĆ DOPUSZCZENIA TRANSGRANICZNEGO PRZEKSZTAŁCENIA SPÓŁEK KAPITAŁOWYCH W PRAWIE POLSKIM

1. OPARCIE ANALIZY NA KRYTERIACH TESTU PROPORCJONALNOŚCI

Dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku, że art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h. wprowadzają niedające się usprawiedliwić ograniczenia swobody przedsiębiorczości i w ten sposób naruszają przepisy traktatu¹¹⁸. Już wyłącznie z tej przyczyny wskazane przepisy podlegają obowiązkowi odmowy ich stosowania przez sądy polskie. Jednakże nic nie stoi na przeszkodzie, aby dla potwierdzenia celowości przyjęcia zaprezentowanego wyżej stanowiska w ramach artykułu poddać wymóg rozwiązania i likwidacji spółki testowi proporcjonalności¹¹⁹, a w szczególności odnieść się do argumentów przedstawionych przez M. Mataczyńskiego. Wykorzystanie rzeczoności testu uzasadnione jest także występowaniem na gruncie polskiego systemu prawa zasady proporcjonalności, która obliuguje ustawodawcę na etapie tworzenia oraz odpowiednie organy na etapie stosowania prawa i podejmowania innych działań do dobierania środków, które prowadzą bezpośrednio do celu (kryterium przydatności), są niezbędne do osiągnięcia tego celu (kryterium konieczności) i są współmierne w stosunku do tego celu (kryterium proporcjonalności *sensu stricto*)¹²⁰. Celem tych przepisów jest zabezpieczenie interesów wierzycieli, akcjonariuszy mniejszościowych, pracowników spółki oraz państwa w zakresie kompetencji organów podatkowych i ściągłości wierzycielności podatkowych. Zgodzić się trzeba, że tak określone cele potencjalnie stanowią „nadrzędne względy interesu ogólnego”, co wielokrotnie było podkreślane w orzecznictwie Trybunału¹²¹. Stąd

2011 r. do sprawy *National Grid*, ECLI:EU:C:2011:563. W odniesieniu do niemożności usprawiedliwienia środków udaremniających generalnie przekształcenie z perspektywy państwa-celu, zob. J. Napierała: *Przekształcenie spółki zagranicznej...*, *op. cit.*, s. 24.

¹¹⁸ Zob. M. Szydło: *The Right...*, *op. cit.*, s. 431–432; O. Mörsdorf: *The legal...*, *op. cit.*, s. 650; oraz opinia z dnia 22 maja 2008 r. Rzecznika Generalnego P. Maduro do sprawy *Cartesio*, *Zb. Orz.* 2008, s. I–09641, pkt 45.

¹¹⁹ W ocenie K. Oplustila oraz T. Włudyki środek w postaci obowiązku przeprowadzenia likwidacji oraz rozwiązania spółki nie spełnia testu proporcjonalności z uwagi na jego nieadekwatność (obejmuje przypadki, które nie naruszają „nadrzędnych względów interesu ogólnego”). Z czego należy wnioskować, że przywołani autorzy dopuszczają przeprowadzenie testu wyroku w sprawie *Gebhard*. Zob. K. Oplustil, T. Włudyka: *Grenzüberschreitender Herausformwechsel einer polnischen Kapitalgesellschaft im Lichte der neuesten Rechtsprechung des EuGH (w:) Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht. Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration*, Hrsg. C. Stumpf, F. Kainer, Ch. Baldus, Nomos 2015, s. 302 i n.

¹²⁰ Zob. w szczególności wyrok TK (pełny skład) z dnia 15 lipca 2009 r., K 64/07, OTK-A 2009, nr 7, poz. 110, oraz orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, cz. I, poz. 12, s. 133. W literaturze K. Wojtyczek: *Zasada proporcjonalności (w:) Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, pod red. B. Banaszaka i A. Preisnera, Warszawa 2002, s. 678–679; B. Banaszak: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 224–225; L. Bosek, M. Wild: *Kontrola konstytucyjności prawa*, Warszawa 2014, s. 276–277.

¹²¹ Na marginesie należy jednak wskazać, że Trybunał niezwykle rzadko orzeka o niezgodności praktyk krajowych z porządkiem europejskim na podstawie pierwszego warunku testu proporcjonalności, gdyż szeroko inte-

kolejnym etapem analizy staje się zbadanie, czy wymóg rozwiązania i likwidacji jest środkiem adekwatnym i niezbędnym dla ochrony interesów wymienionych interesariuszy. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że naruszenie któregośkolwiek z przywołanych wymogów powoduje, że ograniczenie wprowadzone w państwie członkowskim jest niedopuszczalne.

2. UWARUNKOWANIA PRAWNE PROCEDURY TRANSGRANICZNEGO PRZEKSZTAŁCENIA POLSKIEJ SPÓŁKI KAPITAŁOWEJ

Za chybiony trzeba uznać argument, że naruszenie traktatowej swobody przedsiębiorczości może być uzasadnione inercją ustawodawcy w kwestii wprowadzenia stosownych regulacji prawa materialnego, odnoszących się do procedury transgranicznego przekształcenia. Wskazane zaniechanie zdaniem M. Mataczyńskiego stanowi usprawiedliwienie dla stosowania przepisów o rozwiązaniu i likwidacji spółki, które mają być jedynymi normami chroniącymi interesy wierzycieli. W pierwszej kolejności konieczne staje się zaznaczenie, że bierność ustawodawcy w zakresie realizacji swobód przyznanych na mocy traktatów stanowi naruszenie zasady lojalności określonej w art. 4 ust. 3 zd. 2 TUE¹²². Mówiąc inaczej, państwo członkowskie nie może skutecznie usprawiedliwić swoich działań, prowadzących do pozbawienia krajowych spółek uprawnienia przyznanego im na mocy swobody przedsiębiorczości, powołując się na własne zaniechanie legislacyjne. Zasada lojalnej współpracy obejmuje zarówno obowiązek podjęcia wszelkich środków zapewnających wykonanie zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji Unii, jak i powinność powstrzymania się od zachowań, które utrudniałyby osiągnięcie tego celu. Możliwość uchylecia się przez państwo członkowskie od spełnienia wskazanych obowiązków ze względu na jego wewnętrzne uwarunkowania prawne godziłaby w integralność i właściwe funkcjonowanie UE. Jednocześnie twierdzenie, że ze względu na nieuregulowanie w danym prawie krajowym szczególnych instrumentów służących ochronie interesariuszy transgranicznie przekształcanych spółek (pomimo że ich ochrona jest możliwa dzięki analogicznemu zastosowaniu odpowiednich regulacji dotyczących innych typów krajowych i transgranicznych restrukturyzacji podmiotowych spółek, o czym poniżej) dopuszczalne jest całkowite pozbawienie polskiej spółki możliwości takiego przekształcenia, stoi

pretuje pojęcie „nadrzędnych względów interesu ogólnego”. Wyjątkiem w tym zakresie jest cel w postaci zachowania odpowiednich dochodów przez państwo członkowskie.

¹²² Zob. w szczególności N. Półtorak: *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 74–79; J.T. Lang: *The Development by the Court of Justice of the Duties of Cooperation of National Authorities and Community Institutions Under Article 10 EC*, *Fordham International Law Journal* 2007, nr 5, s. 1490.

w rażącej sprzeczności z aksjologią leżącą u podstaw swobód traktatowych i w istocie stanowi ich zaprzeczenie.

Po drugie, Trybunał wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślał, że obowiązkiem państw jest stworzenie procedur umożliwiających wykonanie postanowień traktatu¹²³. Prawo Unii Europejskiej jest bowiem systemem prawa, który w większości przypadków nie normuje kwestii procedury realizacji uprawnień i mechanizmów ochronnych. Taka prawidłowość dotyczy także przekształceń transgranicznych, które do dzisiaj nie zostały uregulowane w ramach prawa wtórnego UE, a zatem w tym zakresie konieczne staje się stosowanie przepisów krajowych (również w drodze analogii, jeżeli dotyczą one przekształceń krajowych lub innych typów transgranicznych restrukturyzacji, przede wszystkim transgranicznego łączenia) w zgodzie z zasadą równoważności i skuteczności. Dobitnie i jednoznacznie stwierdził to Trybunał w wyroku w sprawie *Vale*¹²⁴.

Po trzecie, odpowiednie organy państw członkowskich stosujące prawo zobowiązane są do dokonywania wykładni przepisów wewnętrznych w zgodzie z postanowieniami traktatów oraz w oparciu o uznane w kraju metody wykładni¹²⁵.

Po czwarte, w razie uznania, że w systemie prawa danemu podmiotowi przyznane zostało określone uprawnienie, tj. między innymi możliwość dokonania transgranicznego przekształcenia, a w prawie wewnętrznym nie przewidziano trybu realizacji tego uprawnienia, mamy do czynienia z luką w prawie¹²⁶, która w związku z obowiązkiem proeuropejskiej wykładni powinna zostać usunięta, w drodze analogii z ustawy (*analogia legis*)¹²⁷. W tym celu należy odszukać w systemie prawa przepisy¹²⁸, które regulują sytuacje najbardziej podobne do kwestii nieuregulowanej. Z uwagi na transgraniczny charakter przekształcenia konieczne stanie się zastosowanie nie tylko niektórych krajowych norm dotyczących

¹²³ Zob. w szczególności wyroki z dnia 16 grudnia 1976 r. w sprawie 33/76 *Rewe-Zentralfinanz i Rewe-Zentral*, Zb. Orz. 1976, s. 1989, pkt 5, oraz z dnia 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-312/93 *Peterbroeck*, Zb. Orz. 1993, s. I-4599, pkt 12.

¹²⁴ Tak też Trybunał w sprawie *VALE*, pkt 48–49: „W tym względzie należy przypomnieć, 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)”.¹²⁵

¹²⁵ Zob. wyrok Trybunału z dnia 9 marca 1978 r. w sprawie C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato vs. Simmenthal SpA*, pkt 18, 20 i 22; oraz wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06 *Impact vs. Minister for Agriculture and Food i in.*, pkt 99 i przywołane tam orzecznictwo.

¹²⁶ Taka luka określana jest jako luka konstrukcyjna. Zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński: *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 185.

¹²⁷ Na temat wnioskowania przez analogię zob. J. Wróblewski: *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 280–284.

¹²⁸ Dopuszczalne jest też poszukiwanie kompletnych regulacji tworzących podobne instytucje prawne, np. stosowanie przepisów dotyczących własności nieruchomości do użytkowania wieczystego. Zob. w tej kwestii J. Nowacki: *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 70.

przekształceń¹²⁹, ale przede wszystkim norm regulujących przypadki transgranicznych łączy spółek¹³⁰. Niezbędne okaże się także uwzględnienie specyfiki instytucji transgranicznego przekształcenia oraz różnic, jakie występują między wskazanymi rodzajami transgranicznej restrukturyzacji spółki¹³¹. Nie należy zapominać także o postanowieniach zawartych w art. 8 rozporządzenia 2157/2001 w sprawie statutu spółki europejskiej (SE), który zezwala na przeniesienie siedziby statutowej SE do innego państwa członkowskiego¹³². Z uwagi jednak na ogólny charakter wymienionego przepisu, zwłaszcza w zakresie regulacji mechanizmów ochrony akcjonariuszy mniejszościowych i wierzycieli, konieczne jest odwołanie się do polskich przepisów uszczegóławiających procedurę przeniesienia siedziby statutowej spółki europejskiej, zawartych w dziale 3 ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej¹³³.

Chociaż zapewnienie przez polskie organy — w tym sądy — możliwości realizacji unijnego uprawnienia do transgranicznego przekształcenia spółki polskiej w zagraniczną mogłoby wymagać dokonania złożonych zabiegów interpretacyjnych, to z pewnością nie można uznać go za niemożliwe. Należy jednak nadmienić, że obowiązek zachowania efektywności prawa unijnego (*effet utile*) nie obejmuje jedynie pronijnej wykładni prawa, ale w niektórych przypadkach rozciąga się na stosowanie środków prawnych nieznanymi w porządku krajowym¹³⁴. Nie ulega wątpliwości, że brak szczegółowych regulacji w prawie polskim i wymóg analogicznego stosowania przepisów w celu stworzenia całej procedury przekształcenia ze zbioru norm, które czasami pozostają ze sobą w stosunku sprzeczności lub przeciwieństwa, nie jest zabiegiem sprzyjającym wzmocnieniu zasady pewności prawa i promowania instytucji przekształcenia transgranicznego wśród podmiotów gospodarczych. Jednakże sądy polskie nie mogą odmówić spółce, która złoży odpowiedni wniosek, przeniesienia siedziby spółki wraz ze zmianą statutu personalnego. W takiej sytuacji powoływanie się na konieczność likwidacji spółki, co ma być rzekomo

¹²⁹ Trybunał, uznając obowiązek stosowania prawa krajowego właściwego dla podobnych sytuacji, nie ograniczył powinności organów krajowych do znalezienia konkretnej instytucji prawnej, ale wskazał na konieczność odnalezienia ogółu regulacji, które w sposób najbardziej zbliżony odnoszą się do problemu transgranicznego przekształcenia; zob. wyrok w sprawie *VALE*, pkt 48.

¹³⁰ Zob. J. Napierała: *Europejskie...*, *op. cit.*, s. 423–425.

¹³¹ W odniesieniu do uwzględniania specyfiki instytucji prawnych w procesie wnioskowania *per analogiam* zob. L. Morawski: *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 230–231.

¹³² Na powinność odpowiedniego stosowania uregulowań wspólnotowych w przypadku procedury przeniesienia siedziby spółki wskazuje Komisja w wyroku w sprawie *Cartesio*. Argument ten został odrzucony przez Trybunał wyłącznie ze względu na okoliczności rozpoznawanej sprawy, a konkretnie chęć zachowania przez *Cartesio* statusu spółki prawa węgierskiego po przeniesieniu siedziby do Włoch; zob. sprawa *Cartesio*, pkt 115–120. Odmienne P. Błaszczak, który przyjmuje, że w wyroku w sprawie *Cartesio* Trybunał wprost wskazał na regulację rozporządzenia 2157/2001 jako „właściwy model dla transgranicznego przekształcenia”. Stanowisko to jednak różni się z treścią uzasadnienia tego orzeczenia. Por. P. Błaszczak: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 39.

¹³³ Dz. U. Nr 62, poz. 551 ze zm.

¹³⁴ W wyroku w sprawie *Factortame I*, pkt 21, Trybunał nakazał zastosowanie przez sąd krajowy środka zabezpieczającego, który nie był znany prawu krajowemu; w literaturze na ten temat zob. N. Pótorak: *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 17 i 146–149.

usprawiedliwione brakiem szczególnych regulacji ochrony interesariuszy, który to brak stanowi w istocie rezultat zaniechania legislacyjnego polskiego ustawodawcy, skazane jest z góry na porażkę, gdyż jak zauważa Trybunał, państwa członkowskie nie mogą czerpać korzyści z niewykonania nałożonych na nie obowiązków¹³⁵.

Przeprowadzenie powyższych zabiegów interpretacyjnych rozwiązuje podstawowy problem związany w polskim prawie spółek z transgranicznym przekształceniem, który, zdaniem M. Mataczyńskiego, stanowi niezapewnienie odpowiedniego poziomu ochrony interesów podmiotów zagrożonych przeniesieniem siedziby za granicę¹³⁶. Zastosowanie przepisów kodeksu spółek handlowych¹³⁷ w drodze analogii do procedury transgranicznego przekształcenia pozwala w pierwszej kolejności na wyróżnienie w niej fazy informacyjnej (menadżerskiej, przygotowawczej), w której spółka przekształcana zobowiązana jest do sporządzenia i przedstawienia wspólnikom planu przekształcenia wraz z innymi dokumentami (art. 560 § 2 i 3 k.s.h.)¹³⁸. Niezbędne w tym przypadku staje się uzupełnienie zawartości planu określonego w art. 558 k.s.h. o niektóre informacje wskazane w art. 516³ k.s.h., właściwe dla łączenia się przez zawiązanie nowej spółki. Ponadto, wobec obowiązku zawiadomienia, zastosowanie powinien znaleźć art. 516⁴ § 1 zd. 2 k.s.h., który umożliwia spółce dokonanie zawiadomienia poprzez stronę internetową, tj. w formie wystarczającej do realizacji celu w postaci poinformowania ekonomicznych właścicieli spółki, a przy tym obciążonej niższymi kosztami. Ze względu na ochronę interesów wspólników, wierzycieli i pracowników oraz z uwagi na transgraniczny charakter tego procesu celowe jest zobowiązanie zarządu do przedłożenia pisemnego sprawozdania uzasadniającego przekształcenie (art. 516⁵ k.s.h.)¹³⁹. Wgląd do dokumentów sporządzonych na potrzeby procesu przekształcenia powinien przy tym zostać zapewniony też pracownikom spółki (art. 516⁷ § 2 k.s.h.). Przedstawione przepisy gwarantują w pełni odpowiednie zarówno co do treści, jak i czasu poinformowanie interesariuszy o planowanym przekształceniu.

W kwestii większości i kworum wymaganego do podjęcia uchwały o przekształceniu właściwe będą odpowiednio art. 575, 576 i 577 § 1 pkt 1 k.s.h. Ponadto zastosowanie powinien znaleźć art. 516⁸ k.s.h., uwzględniający interesy pracowników.

¹³⁵ Zob. wyrok Trybunału z dnia 5 kwietnia 1979 r. w sprawie karnej C-148/78 *Publicco Ministero vs. T. Ratti*, Zb. Orz. 1979, s. 01642, pkt 22; przywołane stanowisko dotyczy wprawdzie obowiązku implementacji dyrektywy, ale tym bardziej powinno mieć zastosowanie do niewykonania obowiązków wynikających bezpośrednio z prawa pierwotnego UE.

¹³⁶ Ten sam powód podawany był przy okazji implementacji przepisów o transgranicznym łączeniu; zob. uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy — Kodeks spółek handlowych z dnia 8 listopada 2007 r., druk nr 68, s. 60.

¹³⁷ Na temat procedury transgranicznego przekształcenia, aspektów kolizyjnoprawnych transgranicznych restrukturyzacji oraz motywów wprowadzenia ochrony interesariuszy spółki na wypadek transgranicznego przekształcenia zob. również K. Oplustil: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 96–105 i 116–124.

¹³⁸ Analogiczny obowiązek przewiduje art. 8 ust. 2 rozporządzenia 2157/2001.

¹³⁹ Zob. też art. 8 ust. 3 rozporządzenia 2157/2001.

Z punktu widzenia wspólników spółki istotna pozostaje kwestia zagwarantowania im opcji „wyjścia” na wypadek przekształcenia spółki w podmiot zagraniczny. Stąd odpowiednie rozwiązanie stanowi analogiczne zastosowanie art. 516¹¹ k.s.h. *mutatis mutandis*, tj. przepisu obligującego spółkę przekształcaną, a nie jak w przypadku art. 565 k.s.h. — przekształconą, do wykupu udziałów lub akcji od wspólników (akcjonariuszy), którzy zagłosowali przeciwko przekształceniu¹⁴⁰.

Wierzyciele spółki mogą z kolei żądać zabezpieczenia swoich roszczeń w terminie miesiąca od dnia ogłoszenia planu przekształcenia, o ile wykażą, że przekształcenie zagraża ich zaspokojeniu (art. 516 § 2 k.s.h.). Rozwiązanie to nie pozbawia wierzyciela uprawnienia do domagania się spełnienia świadczenia od spółki przekształconej¹⁴¹.

Celem transgranicznego postępowania przekształceniowego w kraju spółki przekształcanej jest wydanie przez sąd rejestrowy zaświadczenia o zgodności, które umożliwi sądowi w kraju-celu wpisanie przekształconej spółki do właściwego rejestru¹⁴². Przepisem przewidującym tego rodzaju zaświadczenie jest art. 516¹² k.s.h., który może być stosowany w drodze analogii wobec transgranicznego przekształcenia spółki. Jednocześnie warunek wydania zaświadczenia stanowi odpowiednie zabezpieczenie interesów osób posiadających roszczenia wobec spółki przekształcanej (art. 8 ust. 7 rozporządzenia 2157/2001).

Przedstawiony powyżej proces transgranicznego przekształcenia polskiej spółki kapitałowej składa się z elementów, które wprawdzie ograniczają swobodę przedsiębiorczości, ale czynią to w stopniu dopuszczalnym na gruncie orzecznictwa TSUE. Stanowią one mniejsze obciążenie dla przekształcanej spółki od wymogu rozwiązania i likwidacji oraz w szerszym zakresie uwzględniają interesy akcjonariuszy mniejszościowych, wierzycieli i pracowników.

3. OCHRONA INTERESARIUSZY SPÓŁKI PRZEKSZTAŁCANEJ

3.1. WIERZYCIELE SPÓŁKI

Obowiązek rozwiązania i przeprowadzenia likwidacji z założenia służyć ma zatrzymaniu majątku spółki w kraju i umożliwieniu wierzycielom w odpowiednim czasie zgłoszenia swoich roszczeń i zaspokojenia ich przed ostatecznym wykreśleniem spółki z rejestru. Cel ten zostanie spełniony oczywiście pod warunkiem posiadania przez spółkę stosownego majątku. Tymczasem art. 270 pkt 2 i art. 459

¹⁴⁰ Zob. J. Napierała: *Europejskie...*, *op. cit.*, s. 424; K. Oplustil: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 118–120.

¹⁴¹ Zob. A. Opalski: *Europejskie...*, *op. cit.*, s. 467; w odniesieniu do transgranicznych przekształceń zob. obszernie: K. Oplustil: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 120 i n.

¹⁴² Zob. też art. 8 ust. 8 rozporządzenia 2157/2001; przepis ten nie wskazuje jednak na konkretny organ uprawniony do wydania zaświadczenia.

pkt 2 k.s.h. nie zabraniają spółce przeniesienia rzeczywistej siedziby spółki, w tym transferu aktywów za granicę. Wymóg likwidacji i rozwiązania chroni zatem interesy wierzycieli wyłącznie pozornie, gdyż samo zgłoszenie wierzytelności w ramach procedury likwidacji nie jest równoznaczne ze spełnieniem należnych wierzycielom świadczeń. Dodatkowo zerwanie z zasadą kontynuacji wpływa negatywnie na sytuację wierzycieli, ponieważ zobowiązania ciężące na spółce krajowej nie przechodzą na podmiot utworzony w innym państwie członkowskim. W związku z powyższym wierzyciele będą mieli znacząco ograniczone możliwości zaspokojenia swoich roszczeń od wyłącznie ekonomicznego kontynuatora działalności gospodarczej spółki-dłużniczki, o ile w ogóle takowe będą im przysługiwały. W tym miejscu należy jedynie wspomnieć, gdyż nie jest to przedmiotem niniejszego opracowania, że ramy innych instytucji prawnych, pozwalających na osiągnięcie podobnych skutków prawnych do transgranicznego przekształcenia, umożliwiają ochronę wierzycieli poprzez przyznanie im uprawnień do domagania się spełnienia roszczenia od podmiotu z siedzibą za granicą. Taka sytuacja ma miejsce w razie zbycia przedsiębiorstwa polskiej spółki lub wniesienia go aportem do nowo utworzonej spółki zagranicznej. Zgodnie z art. 55¹ i 55² k.c. czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo nie obejmuje zobowiązań (długów) związanych z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa, natomiast odpowiedzialność za te zobowiązania spoczywa solidarnie na nabywcy i zbywcy (art. 55⁴ zd. 1 *in principio* k.c.). Tego rodzaju kumulatywne przystąpienie do długu powoduje, że od chwili dokonania transakcji dwa podmioty, tj. zbywająca polska spółka i nabywająca przedsiębiorstwo (np. jako aport) spółka zagraniczna, są solidarnie odpowiedzialne względem wierzyciela (por. np. wyrok SN z dnia 15 czerwca 2010 r., II CSK 2/10 oraz art. 55⁴ k.c.). Z kolei w przypadku transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, czyli innego mechanizmu skutkującego przeniesieniem siedziby spółki za granicę, odpowiedzialność spółki nowo związanej lub przejmującej za zobowiązania spółki przejmowanej lub spółek łączących się wynika z sukcesji generalnej przewidzianej w art. 494 § 1 k.s.h.

Ochrona wierzycieli w trakcie likwidacji polega na ogłoszeniu, a następnie wezwaniu wierzycieli do zgłaszania się z roszczeniami oraz zapewnieniu im zaspokojenia swoich roszczeń z majątku spółki przed współnikami. Ten sam efekt można uzyskać bez konieczności likwidowania spółki, poprzez analogiczne stosowanie przepisów służących ochronie wierzycieli polskiej spółki w przypadku transgranicznego łączenia emigracyjnego, a więc w przypadku, w którym spółka przejmująca lub nowo związana ma siedzibę w innym państwie członkowskim. Wierzyciele polskiej spółki, w razie dopuszczenia dokonywania przez polskie spółki transgranicznych przekształceń w ramach EOG, zyskują więc uprawnienie do żądania ustanowienia na ich rzecz zabezpieczenia roszczeń, o ile wykażą, że przekształcenie zagraża ich interesom (art. 516¹⁰ § 2 k.s.h. stosowany *per analogiam*). Na pierwszy rzut oka można mieć wrażenie, że takie rozwiązanie jest mniej korzystne od przewidzianego przy przeprowadzaniu likwidacji spółki. W tym ostatnim przypadku

bowiem zobowiązania zgłoszone przez wierzycieli powinny być spełnione w całości. Również termin na zgłoszenie wierzytelności wobec rozpoczęcia procedury likwidacji jest dłuższy i wynosi trzy miesiące (art. 279 k.s.h.), nie zaś miesiąc (art. 516¹⁰ § 2 k.s.h.). Niemniej sytuacja ulega radykalnej zmianie w przypadku, gdy wierzyciel poweźmie informacje o przysługujących mu roszczeniach po przeprowadzeniu likwidacji, a zwłaszcza przy jednoczesnym braku majątku likwidacyjnego umożliwiającego zaspokojenie roszczeń. Po zakończeniu likwidacji i wykreśleniu spółki z rejestru traci ona podmiotowość prawną, a spółka założona za granicą nie jest jej następcą prawnym.

Zasadniczym celem przeniesienia siedziby spółki i zmiany statutu personalnego na rozwiniętym rynku transgranicznych przekształceń jest obniżenie kosztów działalności i zwiększenie rentowności działalności spółki. Cel ten pośrednio pokrywa się z interesami wierzycieli, którzy korzystają z dobrej sytuacji finansowej, otrzymując należne im świadczenia. Warto przypomnieć, co zostało stwierdzone powyżej, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału przekształcenie transgraniczne musi mieć charakter realny, a zatem poza zmianą statutu personalnego wiązać się z prowadzeniem określonej działalności na terenie nowego państwa inkorporacji. Zerwanie więzi pomiędzy spółką krajową a jej ekonomiczną następczynią za granicą całkowicie pozbawia wierzycieli partycypacji w ewentualnych zyskach odnoszonych przez spółkę zagraniczną. Obecne brzmienie art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h. może mieć więc skutek odwrotny od zamierzonego przez ustawodawcę, tzn. skłaniać osoby zarządzające spółką oraz akcjonariuszy większościowych do podejmowania działań szkodzących jej wierzycielom, polegających na tzw. cichej likwidacji spółki poprzez wyzbywanie się składników jej majątku na rzecz innych podmiotów, z zastrzeżeniem, że docelowo mają one trafić do spółki zakładanej poza granicami Polski. W ten sposób można uniknąć „dzielenia się” majątkiem z interesariuszami spółki, co wynika z nakazu rozwiązania spółki krajowej oraz osiedlenia się jej „na nowo” w innym państwie członkowskim, czyli zerwania tożsamości (ciągłości) podmiotowej na skutek przeniesienia siedziby.

Za jedno z podstawowych utrudnień dla wierzycieli, związane z przeniesieniem siedziby rejestrowej spółki, uznaje się konieczność dochodzenia przez nich roszczeń za granicą. Biorąc pod uwagę obowiązujące normy kolizyjne, stwierdzić należy, że sytuacja wierzycieli w tym zakresie wcale nie musi ulegać pogorszeniu¹⁴³. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywa-

¹⁴³ Na marginesie należy jedynie podkreślić, że to przede wszystkim wierzyciel powinien dbać o swoje interesy, zaś prawo nie powinno go w tym zakresie całkowicie wyłączać. Stąd najprostszą metodą zabezpieczenia się przez wierzyciela przed ewentualnym przeniesieniem siedziby rejestrowej spółki-dłużniczki za granicę byłoby, w przypadku stosunków umownych, wprowadzenie odpowiedniej klauzuli jurysdykcyjnej do umowy. Autor dostrzega jednak, że wierzyciel niejednokrotnie dysponuje ograniczonymi możliwościami wpływania na treść umowy.

nia w sprawach cywilnych i handlowych (dalej jako rozporządzenie Bruksela I bis)¹⁴⁴ w art. 4 ust. 1 za regulę przyjmuje, że osoba mająca miejsce zamieszkania na terenie państwa członkowskiego może być pozwana przed sądami tego państwa (*actor sequitur forum rei*). Za miejsce zamieszkania osoby prawnej uważa się alternatywnie miejsce, w którym znajduje się jej siedziba statutowa, organ zarządzający lub główne przedsiębiorstwo (art. 63 ust. 1 rozporządzenia)¹⁴⁵. Wierzycielom spółki już zatem w oparciu o wskazaną podstawę prawną przysługuje możliwość pozwania spółki nie tylko przed sądem siedziby statutowej spółki, lecz także tam, gdzie spółka faktycznie wykonuje działalność lub właściwe organy podejmują kluczowe dla jej funkcjonowania decyzje¹⁴⁶. Uzupełnieniem analizowanej regulacji jest art. 7 pkt 5 rozporządzenia przewidujący dopuszczalność wytoczenia powództwa przed sądem państwa, w którym znajduje się filia, agencja lub inny oddział osoby zamieszkałej w drugim państwie. Zatem, aby spółka realnie utrudniła wierzycielowi pozwanie jej na terenie Polski, musiałaby zakończyć tu wszelką swoją trwałą obecność¹⁴⁷, a nawet w takiej sytuacji można zastanawiać się, czy ze względu na okoliczności danej sprawy nie znajdzie analogicznego zastosowania art. 8 ust. 16 rozporządzenia nr 2157/2001, umożliwiający wierzycielom wytoczenie powództwa w sądzie właściwym dla dotychczasowej siedziby spółki¹⁴⁸.

W rozporządzeniu Bruksela I bis znaleźć można ponadto wiele wyjątków od reguły zawartej w art. 4 ust. 1, którym poświęcona jest sekcja 2 — „Jurysdykcja szczególna”. Ta część rozporządzenia Bruksela I bis zawiera rozwiązania o charakterze alternatywnym, których wybór zależy od woli inicjatora postępowania sądowego. Szeroki zakres przepisów odrębnie kształtujących łącznik jurysdykcji oznaczać będzie w praktyce, że zasada ogólna z art. 4 ust. 1 rozporządzenia stanie się wyjątkiem. Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania szczególna uwaga poświęcona zostanie tylko niektórym przepisom omawianego rozporządzenia. W odniesieniu do umów wybór jurysdykcji opiera się na wyznaczeniu miejsca wykonania umowy, którym dla sprzedaży rzeczy ruchomych będzie miejsce ich dostarczenia, a dla świadczenia usług — miejsce świadczenia usługi (art. 7 pkt 1 lit. a i b)¹⁴⁹. Tak ustalone miejsce wykonania umowy pozostaje niezmiennie dla danej

¹⁴⁴ Dz. Urz. UE L 351 z 2012 r., s. 1–32. Rozporządzenie Bruksela I bis weszło w życie 10 stycznia 2013 r., a od dnia 10 stycznia 2015 r. zastąpiło obowiązujące wcześniej rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. (Dz. Urz. UE L 12 z 2001 r., s. 1–23); dalej jako rozporządzenie Bruksela I.

¹⁴⁵ Wskazane przepisy stanowią kontynuację dyspozycji odpowiednio art. 2 ust. 1 oraz art. 60 ust. 1 rozporządzenia Bruksela I.

¹⁴⁶ Zob. M. Pazdan: *Prawo...*, *op. cit.*, s. 112.

¹⁴⁷ Oczywiście wymogu tego nie można uznać za nadmiernie uciążliwy w przypadku spółek prowadzących działalność m.in. w branży internetowej lub realizujących swoje usługi wyłącznie przez Internet.

¹⁴⁸ Środek ten z uwagi na daleko idące ograniczenie skutków skorzystania z prawa unijnego przez spółkę należy jednak stosować, o ile przemawiają za tym szczególne okoliczności sprawy, np. „sztuczne” przeniesienie siedziby spółki w celu pokrzywdzenia wierzycieli.

¹⁴⁹ Odmienne reguły zostały przewidziane dla umów zawieranych z konsumentami, którzy zasadniczo będą uprawnieni do wytaczania powództwa w sądzie właściwym dla miejsca zamieszkania konsumenta (art. 18 ust. 1); w tym sądzie toczyć się będzie również sprawa z powództwa kontrahenta konsumenta (art. 18 ust. 2).

umowy, niezależnie od pozostałych świadczeń z niej wynikających, na przykład odszkodowawczych¹⁵⁰. Stąd w przypadkach, w których po przeniesieniu siedziby statutowej umowa zostanie rozwiązana lub nadal będzie wykonywana w dotychczasowym trybie na terenie Rzeczypospolitej, sądem właściwym pozostanie sąd polski. Zmiana jurysdykcji nastąpi zaś dopiero w sytuacji, gdy świadczenie charakterystyczne w umowie sprzedaży rzeczy lub świadczenia usług będzie ściśle związane z przeniesionym za granicę elementem przedsiębiorstwa spółki przekształcanej. Należy jednak przypuszczać, że wówczas najczęściej strony rozwiążą umowę z uwagi chociażby na faktyczną lub ekonomiczną niemożność świadczenia poza granicami kraju. W dalszej kolejności rozporządzenie wyznacza także jurysdykcję szczególną dla spraw, których przedmiotem są roszczenia o odszkodowanie lub przywrócenie stanu poprzedniego, wynikające z deliktów. Wymienione sprawy rozpoznawać może sąd właściwy dla miejsca zdarzenia wywołującego szkodę (art. 7 pkt 2), co wobec prowadzenia przez spółkę przekształcaną dotychczasowej działalności na terenie Rzeczypospolitej zazwyczaj przesądzać będzie o właściwości sądów polskich.

Powyższe pokazuje, że zmiana siedziby rejestrowej spółki nie jest jednoznaczna ze zmianą jurysdykcji na niekorzyść wierzycieli. Podobna prawidłowość zachodzi przy zmianie prawa właściwego dla oceny roszczeń wierzycieli wynikających ze stosunków umownych i z tytułu czynów niedozwolonych. Zgodnie z art. 4 rozporządzenia 593/2008 (dalej jako rozporządzenie Rzym I)¹⁵¹ prawem właściwym dla oceny umów sprzedaży towarów jest prawo miejsca zwykłego pobytu sprzedawcy, a w odniesieniu do umów o świadczenie usług — prawo państwa, gdzie usługodawca ma miejsce zwykłego pobytu. Za kluczowe w tym przypadku uznać należy ustalenie znaczenia pojęcia zwykłego pobytu osób prawnych, zdefiniowanego w art. 19 rozporządzenia Rzym I poprzez odwołanie się do łącznika głównego organu zarządzającego osoby prawnej. W przeciwieństwie zatem do norm rozporządzenia Bruksela I bis, prawo właściwe dla miejsca pobytu osób prawnych oceniane jest w oparciu o jedno kryterium¹⁵². Za miejsce siedziby głównego organu zarządzającego, traktowane jako pojęcie autonomiczne na gruncie rozporządzenia Rzym I, uznaje się miejsce, w którym podejmowane są istotne decyzje dotyczące spółki, odbywają się posiedzenia zarządu oraz wykonywane są centralne zadania administracyjne, takie jak przechowywanie dokumentów księgowych, zarządczych oraz dokonywanie operacji finansowych¹⁵³. Łącznik miejsca pobytu osoby prawnej

¹⁵⁰ Dzięki temu nie dochodzi do „rozszczenia” jurysdykcji na płaszczyźnie sporów z danej umowy; zob. K. Weitz (w:) *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2005, s. 504–505.

¹⁵¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz. Urz. UE L 177 z 2008 r., s. 6–16).

¹⁵² Przedstawione rozwiązanie i wybór tylko jednej z teorii siedziby spółki celem wyznaczenia prawa właściwego ma zwiększyć przewidywalność określania prawa właściwego dla oceny stosunku prawnego; tak pkt 39 preambuły do rozporządzenia Rzym I. Zob. M.A. Zachariasiewicz (w:) *Międzynarodowe prawo handlowe*, pod red. W. Popiołka, Warszawa 2013, s. 232.

¹⁵³ *Ibidem*.

jest uzupełniany o subokreślnik temporalny, zgodnie z którym właściwa dla wskazania łącznika jest chwila zawarcia umowy (art. 19 ust. 3). Raz ustalone w ten sposób prawo będzie właściwe, co do zasady¹⁵⁴, aż do wygaśnięcia stosunku prawnego¹⁵⁵. Powyższe przesądza jednocześnie, że przekształcenie spółki nie ma wpływu na określenie prawa właściwego dla umów sprzedaży i świadczenia usług zawartych przed dniem przekształcenia. Przekształcenie spółki będzie też zasadniczo irrelewantne dla odnalezienia prawa właściwego dla zobowiązania pozaumownego wynikającego z czynu niedozwolonego¹⁵⁶, gdzie łącznikiem jest miejsce wystąpienia szkody (art. 4 ust. 1 rozporządzenia Rzym II¹⁵⁷).

Trzeba także odnotować, że przekształcenie spółki i ewentualnie wiążąca się z tym zmiana reżimu prawnego dotyczącego wnoszenia i utrzymywania kapitału zakładowego nie stanowią okoliczności zagrażających wierzycielom. W przypadkach przekształcenia spółki kapitałowej w inną zagraniczną spółkę kapitałową zastosowanie znajdzie przepis art. 577 § 1 pkt 4 k.s.h., wymagający utrzymania w przekształconej spółce wysokości kapitału zakładowego na takim samym jak uprzednio lub wyższym poziomie¹⁵⁸. Wskazany obowiązek będzie dotyczyć wyłącznie emigracji do kraju, w którym znana jest instytucja kapitału zakładowego dla spółki przekształconej. Natomiast w pozostałych sytuacjach ochrona wierzycieli oprze się na wspomnianym już żądaniu ustanowienia zabezpieczenia, pod warunkiem wykazania, że kraj celu emigracji nie przewiduje innych instytucji zapewniających tożsamy poziom ochrony¹⁵⁹. Takie podejście zgodne jest z wyznaczoną przez Trybunał metodyką stosowania testu proporcjonalności, która powinna opierać się, o ile to możliwe, na ocenie konkretnych przypadków (*a casu ad casum, case-by-case*), gdyż indywidualne podejście do każdej sprawy pozwala w lepszy sposób uzasadnić stosowanie ograniczeń uprawnień unijnych¹⁶⁰.

W zakresie wyznaczania sądu właściwego dla wszczęcia i przeprowadzenia postępowania upadłościowego, co ma również istotne znaczenie dla wierzycieli spółki, zastosowanie znajduje rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia

¹⁵⁴ Zmiana prawa właściwego może nastąpić m.in. w wyniku działania reguły korekcyjnej określonej w art. 4 ust. 3 rozporządzenia Rzym I; szerzej na temat zmian statutu zob. M. Pazdan (w:) *System prawa prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, pod red. M. Pazdana, Warszawa 2014, s. 395–418.

¹⁵⁵ Zob. M.A. Zachariasiewicz (w:) *Międzynarodowe prawo handlowe, op. cit.*, s. 233.

¹⁵⁶ Warto zaznaczyć, że łącznik ten będzie aktualny dla szkód powstałych w środowisku naturalnym.

¹⁵⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 864/2007 z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II) (Dz. Urz. UE L 199 z 2007 r., s. 40–49).

¹⁵⁸ Tak też K. Oplustil: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 122.

¹⁵⁹ Analogiczna sytuacja może zaistnieć np. wówczas, gdy w prawie kraju imigracji obowiązuje wprowadzony system kapitału zakładowego, ale przepisy dotyczące jego utrzymania stawiają wierzycieli w gorszej sytuacji, niż ma to miejsce w Polsce.

¹⁶⁰ Zob. m.in. wyrok z dnia 3 lutego 1982 r. w sprawach połączonych C-62/81 i 63/81 *Seco*, Zb. Orz. 1982, s. I-223; wyrok z dnia 29 marca 2004 r. w sprawie C-387/99 *Komisja vs. RFN*, Zb. Orz. 2004, s. I-03751, pkt 73; w literaturze zob. D. Miąsik (w:) *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2005, s. 223.

29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego¹⁶¹. W akcie tym za właściwy uznano sąd państwa członkowskiego, w którym znajduje się główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika. Jednocześnie ustanowione zostało domniemanie, że przedmiotowy główny ośrodek znajduje się w miejscu wskazanym jako siedziba statutowa spółki (art. 3 ust. 1 rozporządzenia). Domniemanie to jednak ma charakter wrzuszalny, a ponadto miarodajną dla określenia jurysdykcji jest chwila złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przez osobę uprawnioną¹⁶². W rezultacie wierzyciele przy dołożeniu należytej staranności mają możliwość przeciwdziałania negatywnym skutkom przeniesienia siedziby statutowej w celu sztucznego zdeterminowania miejsca prowadzenia postępowania upadłościowego spółki (*forum shopping*).

Na koniec rozważań dotyczących instrumentów ochrony wierzycieli na wypadek transgranicznego przekształcenia należy zwrócić uwagę na ewentualne wykorzystywanie analizowanego procesu do wyprowadzenia majątku za granicę, a jednocześnie utrudnienie wierzycielom efektywnego zaspokojenia ich roszczeń. Zasadniczo, jeżeli celem działań osób zarządzających spółką jest ograniczenie lub pozabawienie innych podmiotów możliwości dochodzenia należnych im roszczeń, przenoszenie siedziby rejestrowej za granicę nie jest konieczne do jego osiągnięcia. Wystarczające w tym zakresie stanie się przeniesienie poszczególnych elementów majątku na założone uprzednio spółki zagraniczne¹⁶³. Natomiast spółka w upadłości lub w likwidacji po rozpoczęciu podziału majątku nie będzie mogła ulec transgranicznemu przekształceniu (art. 551 § 4 k.s.h.)¹⁶⁴.

3.2. AKCJONARIUSZE MNIEJSZOŚCIOWI

Należy uznać, że w obecnym stanie prawnym wspólnicy mniejszościowi mogą zdecydować, czy zmiana siedziby i statutu personalnego spółki, z czym wiążą się utrudnienia zarówno natury faktycznej¹⁶⁵, jak i prawnej¹⁶⁶, będzie przeszkodą unie-

¹⁶¹ Dz. Urz. UE L 160 z 2000 r., s. 1–33.

¹⁶² Zob. wyrok Trybunału z dnia 17 stycznia 2006 r. w sprawie C-1/06 *Susanne Staubitz-Schreiber*, Zb. Orz. 2006, s. I-00701, pkt 21–29; w literaturze szerzej na temat aspektów czasowych istnienia jurysdykcji krajowej w głównym postępowaniu upadłościowym zob. A. Hrycaj: *Jurysdykcja krajowa w sprawach o ogłoszenie upadłości: objętych zakresem zastosowania rozporządzenia rady (WE) nr 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego*, Warszawa 2011, s. 370–388.

¹⁶³ Wprawdzie w takiej sytuacji można rozważyć wykorzystanie skargi pauliańskiej (w polskim prawie — art. 527–534 k.c.) jako mechanizmu ochrony wierzyciela, lecz wymagać będzie ona wykazania przez wierzyciela dodatkowych przesłanek prawnych (m.in. wiadomość pokrzywdzenia wierzyciela i wiedza osoby trzeciej).

¹⁶⁴ Zob. też art. 8 ust. 15 rozporządzenia 2157/2001.

¹⁶⁵ Np. zmiana miejsca odbywania zgromadzenia organu właścicielskiego spółki, miejsca urzędowania zarządu, sposobu kontaktowania się z osobami zarządzającymi spółką, zmniejszenie możliwości zapoznawania się z dokumentami korporacyjnymi i wykonywania prawa indywidualnej kontroli.

¹⁶⁶ Utrudnienia te dotyczyć będą głównie poziomu szczególnej ochrony akcjonariuszy mniejszościowych w kraju-celu przekształcenia, ale również kwestii związanych z jurysdykcją sądów w sprawach ważności decyzji organów spółki, w tym zaskarżania uchwał, gdzie przepisy przewidują wyłączną właściwość sądu miejsca siedzi-

możliwiająca im dalsze uczestnictwo w spółce. W przypadku rezygnacji z uczestnictwa w tej inwestycji, wspólnicy powinni być uprawnieni do uzyskania ekwiwalentu pieniężnego za posiadane udziały w wysokości nie niższej od wartości udziałów przekształcanej spółki krajowej, ustalonej w celu obliczenia parytetu wymiany¹⁶⁷, co powinno zostać określone w planie transgranicznego przekształcenia (stosowany przez analogię art. 516¹¹ w zw. z art. 516³ pkt 3 k.s.h.)¹⁶⁸. Analogia do przepisów o ochronie udziałowców mniejszościowych w przypadku fuzji emigracyjnej uzasadniona jest ze względu na występującą w obydwu przypadkach (tzn. zarówno w przypadku tej fuzji, jak i w sytuacji transgranicznego przekształcenia) potrzebę ochrony ich interesów, a zarazem brak adekwatnej regulacji w odniesieniu do przekształcenia transgranicznego, co, zgodnie z orzecznictwem TSUE¹⁶⁹, czyni koniecznym odwołanie się do podobnych regulacji istniejących w prawie krajowym.

Powyższe uprawnienie jest wykonywane bez konieczności uprzedniego zaspokojenia roszczeń wierzycieli, co powoduje, w przeciwieństwie do sytuacji istniejącej w razie przeprowadzenia likwidacji spółki, że niektórzy wspólnicy uzyskują przypadającą na nich część majątku spółki z faktycznym pierwszeństwem przed wierzycielami spółki (por. art. 516¹⁰ § 2 k.s.h.).

Dla porównania warto nadmienić, że przy wymogu rozwiązania i likwidacji spółki, aktualnym na gruncie art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h., wspólnicy mniejszościowi pozbawieni są prawnych możliwości dalszego udziału w działalności spółki. Z chwilą wykreślenia spółki z rejestru tracą oni swój status, a ich uczestnictwo w spółce zagranicznej jest w istocie zależne od decyzji biznesowych udziałowców większościowych. Ponadto, jako uprawnieni z tytułu roszczeń rezydualnych (*residual claimants*)¹⁷⁰, przypada im ostatnie miejsce w kolejce do wyegzekwowania przysługujących im należności z majątku spółki (art. 286 § 1 i art. 474 § 1 k.s.h.). Zatem zaspokojenie roszczeń wspólników mniejszościowych na wypadek likwidacji krajowej działalności i przeniesienia majątku za granicę wydaje się bardzo wątpliwe.

3.3. PRACOWNICY

Powstaje pytanie, czy przeniesienie siedziby statutowej ma wpływ na bezpieczeństwo zatrudnienia w spółce. Nie ulega wątpliwości, że tak poważne zmiany jak przeniesienie istotnych elementów przedsiębiorstwa czy nawet miejsca zarządzania spółką stwarzają zagrożenie dla osób dotychczas pracujących w spółce. Jednakże

by spółki ustalonej na podstawie przepisów prawa prywatnego międzynarodowego (art. 24 pkt 2 rozporządzenia Bruksela I bis).

¹⁶⁷ Zob. M. Rodzynekiewicz: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 1152, teza 10.

¹⁶⁸ Zob. J. Napierała: *Europejskie...*, *op. cit.*, s. 424–425, oraz K. Oplustil: *Transgraniczne...*, *op. cit.*, s. 120.

¹⁶⁹ Zob. wyrok w sprawie *Vale*, pkt 48 i 49.

¹⁷⁰ K. Oplustil: *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, s. 37.

wskazane zdarzenia związane są z przeniesieniem rzeczywistej siedziby przedsiębiorstwa i likwidacją zakładu w Polsce, a więc nie wchodzą w zakres zastosowania art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h., chociaż w praktyce mogą często towarzyszyć transgranicznemu przekształceniu.

Z kolei zmiana siedziby rejestrowej nie ma samoistnego wpływu na prawo właściwe dla oceny prawnej stosunku pracy, gdzie decydujący jest łącznik miejsca świadczenia pracy albo przedsiębiorstwa, za pośrednictwem którego zatrudniono pracownika (art. 8 ust. 1–3 rozporządzenia Rzym I). Jednocześnie wymóg likwidacji i rozwiązania spółki wpływa negatywnie na sytuację pracowników, którzy pozabawiani są uprawnień wynikających z ochrony zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (art. 41¹ k.p.¹⁷¹). Na zasadzie przeciwieństwa proces transgranicznego przekształcenia prowadzi do zachowania ciągłości stosunku pracy¹⁷², którego ewentualne rozwiązanie lub wypowiedzenie przez pracodawcę wymaga przestrzegania gwarancji zatrudnienia albo przyznania stosownego odszkodowania zwalnianym pracownikom.

3.4. INTERES FISKALNY PAŃSTWA

Z przeniesieniem siedziby spółki wraz z pewnymi elementami jej majątku związane będzie często osiągnięcie określonych korzyści podatkowych. We wskazanych sytuacjach istnieje ryzyko obniżenia dochodów podatkowych po stronie państwa-emigracji spółki, dlatego w ramach ochrony interesów publicznych o charakterze finansowym konieczne jest określenie przedmiotu opodatkowania, jego wysokości oraz instrumentów zapewniających odzyskanie wierzytelności podatkowych na wypadek dokonania przekształcenia transgranicznego spółki. W tym ostatnim przypadku kluczowa okazuje się wzajemna współpraca pomiędzy zainteresowanymi państwami, która przyczynia się również do lepszego funkcjonowania rynku wewnętrznego w obszarze UE. Wzajemne zaufanie krajów członkowskich wpływa na ograniczenie praktyki wprowadzania środków protekcyjnych, tworzących bariery dla podmiotów prywatnych poprzez zwiększenie kosztów procesów transformacyjnych. Z tego powodu doszło do uchwalenia na szczeblu unijnym dwóch dyrektyw dotyczących wymiany informacji¹⁷³ oraz egzekucji świadczeń podatkowych¹⁷⁴.

¹⁷¹ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1502 ze zm.).

¹⁷² W analizowanej sytuacji zastosowania nie znajdzie art. 23¹ k.p., ponieważ w przypadku przekształcenia spółki nie dochodzi do zmiany podmiotu stosunku pracy, na rzecz którego świadczona jest praca. Pracownicy nadal wykonują pracę na rzecz tego samego pracodawcy co przed zmianą organizacyjno-prawną.

¹⁷³ Dyrektywa Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylająca dyrektywę 77/799/EWG (Dz. Urz. UE L 64 z 2011 r., s. 1–12).

¹⁷⁴ Dyrektywa Rady 2010/24/UE z dnia 16 marca 2010 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących podatków, cel i innych obciążeń (Dz. Urz. UE L 84 z 2010 r., s. 1–12).

Dodatkową ochronę interesów poszczególnych krajów zapewniają postanowienia umów i konwencji dotyczących unikania podwójnego opodatkowania. Wynika z nich, że samo przeniesienie siedziby statutowej oraz reinkorporacja spółki w innym państwie członkowskim nie będą miały wpływu na zakres obowiązku podatkowego w Polsce. Zasadniczo obciążenia podatkowe związane są z miejscem położenia majątku, zakładu lub przedsiębiorstwa spółki oraz osiąganymi tam dochodami. Dopiero wówczas, gdy w przedstawiony sposób ustalenie kompetencji organów podatkowych nie jest możliwe, wykorzystywane jest kryterium siedziby spółki. Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawarte z innymi państwami członkowskimi UE przewidują, że w razie obecności spółki w obu umawiających się państwach decydującym kryterium dla określenia położenia siedziby spółki jest miejsce faktycznego zarządu¹⁷⁵. Zatem w zdecydowanej większości przypadków ustalenie siedziby rejestrowej spółki okaże się irrelevantne w odniesieniu do oceny zdarzeń, które powodują powstanie obowiązku zapłaty podatku w państwie umawiającym właściwym ze względu na miejsce siedziby spółki. Zazwyczaj dopiero w momencie jednoczesnego przenoszenia faktycznego zarządu, spółka przestanie podlegać obowiązkowi podatkowemu w kraju swojego pochodzenia. Raz jeszcze należy zaznaczyć, że samo transgraniczne przekształcenie wcale nie musi oznaczać, że spółka całkowicie przenosi działalność i cały swój majątek za granicę, ponieważ położone w Polsce składniki majątku przekształcanej spółki (np. przedsiębiorstwo) mogą być po przekształceniu przypisane jej polskiemu oddziałowi, którego zyski podlegają opodatkowaniu w Polsce¹⁷⁶. Spółka po transgranicznym przekształceniu może więc kontynuować działalność gospodarczą w Polsce i generować tu dochody, które będą podlegały opodatkowaniu i zostaną pobrane przez polskie organy podatkowe.

Jedną z form ograniczenia swobody przedsiębiorczości jest wprowadzenie barier podatkowych. Stąd niezwykle istotne dla problematyki przekształceń transgranicznych staje się zachowanie dla tego rodzaju zdarzeń gospodarczych neutralności podatkowej, polegającej na odstąpieniu od obciążania obowiązkiem podatkowym spółki lub wspólników w momencie zaistnienia przekształcenia, co w szczególności dotyczy opodatkowania zysków kapitałowych ujawnionych w trakcie procesów transformacji transgranicznych¹⁷⁷. Niemniej zasada neutralności podatkowej nie podlega gwarancjom traktatowym, a zwłaszcza nie mieści się w ramach

¹⁷⁵ Zob. art. 13 ust. 5 w zw. z art. 4 ust. 3 Modelowej konwencji OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku, dostępnej na stronie: <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, której treść została powielona w większości umów zawartych między Polską a krajami europejskimi. Odmienne kryterium zostało przewidziane w ramach umów z Estonią (Dz. U. z 1995 r. Nr 77, poz. 388), Łotwą (Dz. U. z 1995 r. Nr 53, poz. 285) i Litwą (Dz. U. z 1995 r. Nr 51, poz. 277), w których zastrzeżono, że siedziba spółki znajduje się w państwie inkorporacji spółki.

¹⁷⁶ Ma to miejsce w szczególności, gdy spółka prowadzi działalność w Polsce poprzez położony tu zakład (ang. *permanent establishment*). Zob. art. 7 Modelowej konwencji OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku.

¹⁷⁷ W opisywanej sytuacji zysk powstaje w wyniku aktualizacji wyceny składników majątkowych do ich wartości rynkowej, która jest wyższa od wartości bilansowej, powstałej na skutek dokonywania amortyzacji zgodnie z przepisami rachunkowymi lub podatkowymi; zob. A. Helin i in.: *Fuzje i przejęcia spółek kapitałowych. Zagadnienia rachunkowe i podatkowe*, Warszawa 2014, s. 377, pkt 106 i 107.

art. 49 w zw. z art. 54 TFUE¹⁷⁸. Przedmiotowa zasada wprowadzona została w prawie wtórnym dyrektywą Rady nr 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r.¹⁷⁹, zastąpioną dyrektywą Rady nr 2009/133/WE z dnia 19 października 2009 r.¹⁸⁰, zgodnie z którą regulacje dotyczące przenoszenia siedziby statutowej mają zastosowanie wyłącznie do przekształcenia podmiotów europejskich — spółki europejskiej (SE) oraz spółdzielni europejskiej (SCE)¹⁸¹. W związku z tym, to do kompetencji państw członkowskich należy ustalenie reguł podatkowych związanych z przeniesieniem siedziby spółki za granicę. Jednocześnie, jeżeli przeniesieniu nie towarzyszy utrata osobowości prawnej spółki regulowanej w prawie państwa emigracji, a tak będzie zazwyczaj w sytuacji przeniesienia siedziby rejestrowej wraz ze zmianą statutu personalnego, ograniczenia podatkowe nakładane przez kraj pochodzenia podlegają ocenie zgodności z zasadami traktatowymi¹⁸².

W Polsce, w związku z koniecznością przeprowadzenia likwidacji i rozwiązania spółki, wynikającą z art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h., wspólnicy po otrzymaniu majątku polikwidacyjnego uzyskują przychód z tytułu udziału w zyskach osób prawnych¹⁸³ (art. 17 ust. 1 pkt 4 lit. c, art. 24 ust. 5 pkt 3 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz. U. Nr 80 poz. 350 ze zm.; dalej: u.p.d.o.f.¹⁸⁴). Normy materialnego prawa spółek, wymuszające likwidację działalności, prowadzą więc do realizacji i opodatkowania zysków z działalności, która w sensie ekonomicznym zgodnie z zamiarem wspólników nadal będzie prowadzona w formie spółki zagranicznej. Umożliwia to krajowym organom podatkowym ustalenie i pobranie wartości pieniężnych przed ewentualną utratą przez nie

¹⁷⁸ Zob. wyrok w sprawie *National Grid Indus*, pkt 62; odmiennie i nietrafnie na gruncie transgranicznych łączeń w oparciu o wyrok w sprawie *Sevic System* (przed wprowadzeniem odpowiednich regulacji w polskim prawie) zob. *ibidem*, s. 395, pkt 4.

¹⁷⁹ Dyrektywa Rady 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych Państw Członkowskich (Dz. Urz. UE L 225 z 1990 r., s. 1–5).

¹⁸⁰ Dyrektywa Rady 2009/133/WE z dnia 19 października 2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego (Dz. Urz. UE L 310 z 2009 r., s. 34–46).

¹⁸¹ Dodatkowo podnieść należy, że wskazana dyrektywa obejmuje wyłącznie kwestie opodatkowania zysków kapitałowych, a nie wszelkie konsekwencje podatkowe, wiążące się z transgranicznymi przekształceniami spółek; mechanizmem przewidzianym w dyrektywie i realizującym zasadę neutralności podatkowej jest metoda odroczenia opodatkowania, bez całkowitego zwolnienia z opodatkowania.

¹⁸² Zob. wyrok w sprawie *National Grid Indus*, pkt 30.

¹⁸³ Pomimo że przychód otrzymany w związku z likwidacją majątku spółki nie podlega pomniejszeniu o koszty jego uzyskania — art. 30a ust. 6 u.p.d.o.f., a to z uwagi na art. 21 ust. 1 pkt 50a u.p.d.o.f., efektywnie opodatkowana zostanie nadwyżka wartości otrzymanego majątku nad kosztami nabycia udziałów w spółce; zob. *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, pod red. H. Litwińczuk, Warszawa 2013, s. 283–284.

¹⁸⁴ W przypadku osób prawnych zob. art. 10 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. Nr 80, poz. 350 ze zm.); dalej: u.p.d.o.p.; oraz wyjątek od opodatkowania przychodów z tytułu udziału w zyskach osób prawnych związany ze zwolnieniem przewidzianym w art. 22 ust. 4 i 4a u.p.d.o.p.; zob. M. Bandzmer: *Opodatkowanie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki kapitałowej*, Kwartalnik Prawa Podatkowego 2010, nr 3–4, s. 107–108; W. Dmoch: *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Legalis 2015, komentarz do art. 24a, pkt III.

kompetencji administracyjnych. Należy przy tym raz jeszcze zaznaczyć, że wygaśnięcie wskazanych kompetencji nastąpi zazwyczaj z jednoczesnym przeniesieniem faktycznego zarządu, a nie tylko siedziby rejestrowej spółki.

Uzyskane przez wspólników przedmioty majątkowe traktowane są jako zrealizowany zysk, wobec którego stosowany jest natychmiastowy pobór podatku. Dzieje się tak, pomimo że substrat majątkowy zlikwidowanej i rozwiązanej spółki podlega następnie wniesieniu do zagranicznej spółki przez byłych wspólników, co traktować należy jako wyraz zachowania ciągłości ekonomicznej prowadzonego przez wspólników przedsięwzięcia gospodarczego i wykorzystania majątku w tym samym celu, a jednocześnie za przejaw korzystania przez nich ze swobody przedsiębiorczości¹⁸⁵. Nie ulega wątpliwości, co podkreślił TSUE w sprawie *National Grid Indus*¹⁸⁶, że tego rodzaju regulacja zniechęca wspólników do dokonywania transgranicznego przekształcenia spółki, które w porównaniu z krajowym przekształceniem obciążone jest dodatkowymi zobowiązaniami finansowymi, wynikającymi z przymuszenia wspólników do zrealizowania zysków z działalności osoby prawnej.

Opodatkowanie korzyści uzyskanych przez wspólników w związku z likwidacją majątku spółki jako środek ograniczający swobodę przedsiębiorczości powinno spełniać warunki testu proporcjonalności, aby mogło zostać uznane za zgodne z porządkiem unijnym. Celem tego podatku jest zabezpieczenie interesów fiskalnych państwa pochodzenia wynikających z rozdziału kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi¹⁸⁷. Mając na uwadze treść umów o unikaniu podwójnego opodatkowania, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, należy powtórnie podkreślić, że przeniesienie siedziby rejestrowej nie ma generalnie wpływu¹⁸⁸ na kompetencje organów polskich do nakładania obowiązków podatkowych na spółkę lub wspólników. Dlatego też analizowany środek jest niezgodny z celem, który ma zostać przez jego zastosowanie osiągnięty. Niezależnie od powyższego mechanizm ten można uznać za nadmiernie obciążający spółkę i jej wspólników. Instrumentem w mniejszym stopniu ograniczającym swobodę przedsiębiorczości mógłby być chociażby podatek od niezrealizowanych zysków kapitałowych (ciche rezerwy)¹⁸⁹, które obejmują wzrost wartości składników majątkowych ujawnionych w bilansie przekształcenia w okresie od chwili ich nabycia do chwili przeniesienia siedziby rejestrowej spółki¹⁹⁰. Z uwagi na obowiązujące w systemie polskiego prawa podat-

¹⁸⁵ Na możliwość powołania się na swobodę przedsiębiorczości przez wspólników rozwiązanej spółki wskazał N. Jääskinen w swojej opinii z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie *Vale*, pkt 48–50.

¹⁸⁶ Zob. wyrok w sprawie *National Grid Indus*, pkt 37.

¹⁸⁷ Zob. w szczególności wyrok Trybunału z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie *C-446/03 Marks & Spencer plc vs. David Halsey*, Zb. Orz. 2005, s. I-10837, pkt 46.

¹⁸⁸ Wyjątkiem w tym zakresie będą sytuacje objęte umowami z Litwą, Łotwą i Estonią.

¹⁸⁹ Na możliwość wprowadzenia wymienionego rodzaju opodatkowania wskazał Trybunał w wyroku w sprawie *National Grid Indus*, pkt 64. Zob. też S. Peeters: *Exit Taxation on Capital Gains in the European Union: A Necessary Consequence of Corporate Relocations?*, ECFR 2013, nr 4, s. 507–522.

¹⁹⁰ Szerzej Ł. Karczyński: *Opodatkowanie...*, *op. cit.*, s. 164; H. Litwińczuk: *Opodatkowanie cichych rezerw przy restrukturyzacji spółek*, Przegląd Podatkowy 2003, nr 7, s. 3.

kowego zasady opodatkowania przychodów faktycznie osiągniętych oraz kontynuacji wyceny składników majątkowych spółki, regulacje dotyczące podatku dochodowego nie przewidują opodatkowania cichych rezerw w przypadku przekształcenia spółki. Takie podejście odpowiada w pełni istocie przekształcenia, z którym związana jest kontynuacja podmiotowości spółki przekształcanej, co znalazło odzwierciedlenie w art. 93a o.p.¹⁹¹ Nie przekreśla to jednak możliwości wprowadzenia opisywanej formy opodatkowania wobec przekształceń transgranicznych, o ile doszłoby równocześnie do modyfikacji kompetencji organów podatkowych. Opodatkowanie niezrealizowanych zysków kapitałowych umożliwia krajowi pochodzenia zabezpieczenie interesów fiskalnych państwa przy jednoczesnym ograniczeniu w niezbędnym zakresie obciążeń podatkowych nałożonych na spółkę przekształcaną i przekształconą. Zagraniczna spółka przekształcona, podlegająca nadal opodatkowaniu ze względu na zasadę terytorialności, mogłaby korzystać z uprawnień przewidzianych dla krajowych spółek przekształconych, a dotyczących traktowania przez spółkę przekształconą przychodów, kosztów lub innych wydatków, ujętych na skutek określonych zdarzeń w ewidencji spółki przekształcanej tak, jakby do przekształcenia nie doszło. Dla przykładu warto wskazać, że przy podatku od towarów i usług możliwe byłoby pomniejszenie podatku należnego o podatek naliczony i zwrot różnicy podatku, co nie jest dopuszczalne po likwidacji spółki krajowej.

W wyroku w sprawie *National Grid Indus* Trybunał podkreślił, że poza kwestią naliczenia podatku w chwili przenoszenia spółki za granicę, odrębnej ocenie w ramach testu proporcjonalności powinna zostać poddana problematyka poboru podatku. Ostatecznie Trybunał wskazał, że pobór podatku już w chwili przenoszenia spółki może zostać uznany za nieproporcjonalny z uwagi na nadmierne obciążenie fiskalne spółki¹⁹². Ta ostatnia powinna mieć możliwość wyboru pomiędzy natychmiastową zapłatą podatku a odroczeniem zapłaty, przy nałożeniu na nią obowiązku informowania o przedmiotach majątkowych przeniesionych za granicę oraz powinności zapłaty odsetek¹⁹³. Z tego powodu także obowiązek zapłaty podatku od majątku polikwidacyjnego spółki przenoszącej siedzibę za granicę, obecny na gruncie prawa polskiego, może budzić wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym, przy założeniu, że likwidacja polskiej spółki i założenie, na bazie jej majątku, nowej spółki za granicą stanowi przejaw korzystania ze swobody przedsiębiorczości.

W dalszej kolejności, w zakresie ochrony interesów fiskalnych państwa, należy odnieść się do kwestii podniesionej przez M. Mataczyńskiego, tj. zagadnienia zmniejszenia efektywności nadzoru podatkowego przez organy krajowe w razie przeniesienia siedziby spółki za granicę. W porządku europejskim problematyka ta stała się przedmiotem dwóch dyrektyw. W tym miejscu warto w szczególności

¹⁹¹ Ł. Karczyński: *Opodatkowanie...*, op. cit., s. 165.

¹⁹² Zob. wyrok w sprawie *National Grid Indus*, pkt 85.

¹⁹³ *Ibidem*, pkt 78.

wspomnieć o dyrektywie 2010/24/UE¹⁹⁴, zastępującej dyrektywę Rady 2008/55/WE z dnia 26 maja 2008 r. w sprawie wzajemnej pomocy przy odzyskiwaniu wierzytelności dotyczących niektórych opłat, ceł, podatków i innych obciążeń¹⁹⁵. Wskazana dyrektywa miała na celu rozszerzenie współpracy państw członkowskich poprzez dostarczenie organom podatkowym odpowiednich instrumentów pozwalających w wyższym stopniu chronić interesy fiskalne państw¹⁹⁶. Do środków dostępnych dla organów za pośrednictwem centralnych biur łącznikowych należą: możliwość otrzymania wszelkich informacji potrzebnych do odzyskania wierzytelności podatkowych, w tym pozyskania nowych informacji na skutek przeprowadzenia specjalnego postępowania administracyjnego (art. 5 i 6 dyrektywy), prawo udziału w czynnościach i postępowaniach podejmowanych przez organ współpracujący (art. 7 dyrektywy), żądanie odzyskania wierzytelności w oparciu o jednolity tytuł wykonawczy przez organ na regulach egzekucji świadczeń właściwych dla kraju współpracującego (rozdział IV dyrektywy), jurysdykcja organów państwa wnioskującego w sprawach sporów dotyczących odzyskiwanych wierzytelności i wystawionych w związku z nimi tytułów wykonawczych (art. 14 dyrektywy), jak również ustanowienie środków zabezpieczających (art. 16 dyrektywy). Wiele środków koordynujących współpracę organów podatkowych służy zapewnieniu sprawności i skuteczności w odzyskiwaniu należności podatkowych poprzez uzyskanie informacji dotyczących podmiotu-dłużnika, zabezpieczenie i podjęcie czynności egzekucyjnych. Wszelkie działania mają być co do zasady równoważne tym, jakie podejmowane są przez organy państwa współpracującego w przypadku dochodzenia przez nie własnych roszczeń.

Już na gruncie poprzedniej dyrektywy w sprawie wzajemnej pomocy z 2008 r. Trybunał w sprawie *National Grid Indus* stwierdził, że środki tam przewidziane są wystarczające do zabezpieczenia interesów państw członkowskich w zakresie sprawowania efektywnego nadzoru podatkowego¹⁹⁷. Zatem tym bardziej nowa regulacja z 2010 r. nie pozwala krajom członkowskim na wprowadzanie środków ograniczających swobodę przedsiębiorczości, uzasadnianych interesem państwa w efektywnym dochodzeniu przez organy podatkowe należności podatkowych.

Godzi się również zaznaczyć, że wyłącznym celem stosowania instytucji transgranicznego przekształcenia nie może być utworzenie „sztucznych” struktur, których głównym zadaniem byłoby uzyskanie korzyści podatkowych. Podobnie jak to czyni ustawodawca w odniesieniu chociażby do zasad opodatkowania dochodów zagranicznej spółki kontrolowanej — art. 24a ust. 17 pkt 2 u.p.d.o.p.¹⁹⁸, korzyści

¹⁹⁴ Dyrektywa została implementowana do prawa polskiego ustawą z dnia 11 października 2013 r. o wzajemnej pomocy przy dochodzeniu podatków, należności celnych i innych należności pieniężnych (Dz. U. poz. 1289).

¹⁹⁵ Dz. Urz. UE L 150 z 2008 r., s. 28.

¹⁹⁶ Motywy 2–4 dyrektywy.

¹⁹⁷ Tak w odniesieniu do badania rzetelności deklaracji spółek w kwestii przeniesionych za granicę składników majątkowych, zob. wyrok w sprawie *National Grid Indus*, pkt 79.

¹⁹⁸ Przepis dodany został ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz. U. poz. 1328 ze zm.), która weszła w życie 1 stycznia 2015 r. Celem nowelizacji było przeciwdziałanie praktykom spółek, polegającym na unikaniu opodat-

związane z odroczeniem poboru podatku od cichych rezerw ujawnionych na skutek transgranicznego przekształcenia mogłyby zostać uzależnione od spełnienia kryterium celu dokonania transgranicznego przekształcenia w postaci prowadzenia rzeczywistej działalności w państwie przyjmującym¹⁹⁹. Rozwiązanie to dodatkowo chroni interesy fiskalne Polski i jednocześnie jest zgodne z prawem unijnym²⁰⁰.

VI. PODSUMOWANIE

Przedstawiona analiza problematyki przeniesienia siedziby statutowej polskiej spółki kapitałowej do innego kraju EOG wraz ze zmianą statutu personalnego (transgraniczne przekształcenie spółki) pozwala stwierdzić, że obawy związane z zagrożeniem interesów podmiotów zaangażowanych w działalność spółki, która zamierza się transgranicznie przekształcić, nie są uzasadnione z uwagi na to, że ochrona interesariuszy spółki jest możliwa już na gruncie *legis latae* bez konieczności odwoływania się do tak drastycznego, nieproporcjonalnego środka, jakim jest nakaz likwidacji spółki, a więc *de facto* jej „unicestwienie”. Przedstawiona sytuacja jest w dużej mierze efektem harmonizacji przepisów dotyczących jurysdykcji sądów i prawa właściwego dla oceny stosunków prawnych, w których łączniki lub mechanizmy korekcyjne pozostają zazwyczaj powiązane z miejscem wykonywania określonej działalności gospodarczej, a nie odnoszą się do miejsca wskazanego w dokumencie konstytuującym spółkę jako jej siedziba. Również na gruncie prawa podatkowego wykształcone zostały instrumenty, które wiążą co do zasady opodatkowanie dochodu ze źródłem jego uzyskania lub siedzibą spółki rozumianą jako miejsce sprawowania faktycznego zarządu i faktycznego prowadzenia przez nią działalności. Sam zaś pobór podatku i zastosowane w związku z tym środki przymusu mogą być przeprowadzane przy wykorzystaniu rozwiniętych środków współpracy międzynarodowej. Ponadto aktualnie obowiązujące prawo polskie zawiera regulacje, wprowadzone do niego pod wpływem prawa europejskiego (tj. przepisy o transgranicznych łączeniach i o spółce europejskiej), które mogą być wykorzystane jako podstawa do analogii mającej na celu zapewnienie odpowiedniej ochrony interesariuszy przekształcanej transgranicznie spółki bez potrzeby odwoływania się do nieproporcjonalnego rozwiązania, jakim jest nakaz rozwiązania i likwidacji takiej spółki. Naka-

kowania dochodu w Polsce poprzez „lokowanie” zysku w spółkach z siedzibą w krajach należących do tzw. rajów podatkowych. Zob. *Prezydent podpisał nowelę ustaw dot. rajów podatkowych*, Rzeczpospolita z 29 października 2014 r. [dostęp 18.03.2015], <http://prawo.rp.pl/arttykul/1152970.html>.

¹⁹⁹ Ustawodawca definiuje pojęcie prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej poprzez wskazanie przykładowych cech, które powinna spełniać działalność zagranicznej spółki kontrolowanej za granicą, np. ustanowienie i funkcjonowanie przedsiębiorstwa, uzasadnienie ekonomiczne dla istnienia spółki zagranicznej, samodzielność spółki zagranicznej. Szerzej na ten temat zob. W. Dmoch: *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2015, komentarz do art. 24a, pkt V i VI.

²⁰⁰ Por. powyżej wyrok w sprawie *Cadbury Schweppes*, pkt 66.

zu tego nie można traktować w kategorii ograniczenia swobody przedsiębiorczości, ponieważ stanowi on jej zaprzeczenie, całkowicie uniemożliwiając spółkom korzystanie z tej swobody, pomimo że realizacja celów, którym ma on służyć, a więc adekwatnej ochrony interesariuszy spółki, może być osiągnięta za pomocą innych instrumentów, nieprowadzących do pozbawienia spółek uprawnienia przyznanego im przez prawo europejskie. Rzeczone przepisy przeciwdziałają potencjalnym nadużyciom ze strony emigrującej spółki oraz pozwalają zrównoważyć przeciwstawne interesy zaistniałe na skutek przekształcenia.

Pozytywna ocena polskiego stanu prawnego odnoszącego się do problematyki transgranicznych przekształceń spółek kończy się z chwilą przystąpienia do analizy działań podjętych z wyłącznej inicjatywy polskiego ustawodawcy. Poza problematyką transgranicznych łączy, obowiązujące regulacje nie przystają nie tylko do aktualnych tendencji i też zawartych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, lecz także do rozwoju stosunków gospodarczych i rosnących potrzeb transgranicznej działalności inwestycyjnej spółek²⁰¹. Przepisy art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h., niezgodne z prawem unijnym jako stanowiące niedające się usprawiedliwić ograniczenie swobody przedsiębiorczości, sprzeczne ze stosowaną przez TSUE zasadą proporcjonalności (testem Gebharda), nie powinny być stosowane przez sądy w razie dokonywania przez spółkę reinkorporacji w państwie należącym do EOG. Niemniej istnienie wymienionych przepisów skutecznie zniechęca w praktyce polskie spółki do dokonywania tego typu restrukturyzacji, gdyż podmioty te muszą liczyć się z ryzykiem odmowy bezpośredniego zastosowania przepisów unijnych²⁰². W rezultacie polskie formy spółek kapitałowych stają się mniej atrakcyjne dla prowadzenia działalności gospodarczej zarówno przez polskich, jak i zagranicznych inwestorów.

W konsekwencji polski sąd w postępowaniu, w którym zaszyby podstawy do zastosowania normy wynikającej z art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 k.s.h., powinien odmówić zastosowania tych przepisów w sprawach unijnych. Ewentualnie sąd może

²⁰¹ Przegląd aktualnych tendencji występujących w prawie i w praktyce w zakresie mobilności spółek znalazł się w dokumencie Parlamentu Europejskiego z 2012 r. poświęconym czternastej dyrektywie; zob. B. Ballester, M. del Monte: *Directive on the cross-border transfer of a company's registered office 14th Company Law Directive. An assessment accompanying the European Parliament's Legislative own-Initiative Reports*, Bruksela 2013, dostępny na stronie: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/supporting-analyses-search.html> [dostęp 20.01.2015].

²⁰² Przedstawiona sytuacja miała miejsce w Danii, gdzie siedem spółek duńskich chciało dokonać reinkorporacji w Austrii; tamtejsze sądy odmówiły dokonania wskazanej operacji, pomimo powołania się przez spółki na orzecznictwo TSUE w sprawach *Cartesio* i *VALE*; opis sprawy zob. M. Krarup: *VALE: Determining the Need for Amended Regulation Regarding Free Movement of Companies within The EU*, *European Business Law Review* 2013, nr 5, s. 693–694; należy jednak dodać, że odmiennie do problemu transgranicznego przekształcenia podszedł Sąd Apelacyjny w Norymberdze (Oberlandesgericht Nürnberg), który, uchylając wyrok sądu I instancji, dopuścił przekształcenie luksemburskiej spółki z o.o. (*société à responsabilité limitée*) w niemiecki odpowiednik spółki z o.o. (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), powołując się na orzecznictwo Trybunału; zob. wyrok z dnia 19 czerwca 2013 r. w sprawie 12 W 520/13. Zob. na temat tej ostatniej sprawy M. Schaper: *Grenzüberschreitender...*, *op. cit.*, s. 810 i n.

wystąpić do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym, w celu usunięcia wątpliwości w zakresie ich zgodności z pierwotnym prawem unijnym.

Przed wszystkim jednak konieczna jest zmiana art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. przez wskazanie, że przeniesienie siedziby (statutowej) spółki w obszarze EOG nie wiąże się z obowiązkiem likwidacji i rozwiązania spółki²⁰³. Jednakże pełna dopuszczalność i skuteczność przeprowadzenia transgranicznego przekształcenia spółki zapewniona zostanie dopiero poprzez szczegółowe przepisy regulujące procedurę tego procesu, co wymaga między innymi wprowadzenia dodatkowych unormowań w kodeksie spółek handlowych. Natomiast możliwość emigracji spółki do innych krajów, tak jak ma to miejsce obecnie, powinna być każdorazowo przedmiotem odrębnej analizy, prowadzącej ewentualnie do zawarcia stosownych międzynarodowych porozumień. W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na ogólny problem mobilności polskich spółek i zastanowić się, czy niezależnie od prawa europejskiego, zasadne byłoby wyraźne dopuszczenie dokonywania przez spółki między innymi przekształceń izolowanych albo przenoszenia siedziby statutowej bez zmiany statutu personalnego, co doprowadziłoby do upowszechnienia w Europie polskich korporacyjnych form prawnych. Prace te powinny prowadzić do uchwalenia regulacji sprzyjającej mobilności spółek i chroniącej interesy innych jednostek zaangażowanych w funkcjonowanie tych podmiotów gospodarczych.

ARIEL MUCHA

THE CROSS-BORDER CONVERSION OF A POLISH CORPORATION
— REMARKS ON INCOMPATIBILITY OF ARTICLES 270(2)
AND 459(2) OF THE POLISH COMMERCIAL COMPANIES CODE
WITH THE EU LAW

S u m m a r y

The paper discusses the situation of a Polish corporation transferring its register office abroad. The Polish Commercial Companies Code provides that in order to transfer of the corporation's registered seat abroad it is necessary to adopt a resolution by the general meeting of shareholders and thereafter carry out the liquidation and dissolution of the corporation.

²⁰³ Analogiczna norma wprowadzona została do nowej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r. w art. 19 ust. 1; trudno jednak zrozumieć, jakie znaczenie i cel posiada ten przepis wobec unormowań kodeksu spółek handlowych, zwłaszcza że kwestia zachowania osobowości prawnej spółki w wyniku przeniesienia jej siedziby nie powinna być przedmiotem regulacji prawa kolizyjnego, ponieważ ta dziedzina prawa z założenia ogranicza się do wskazania prawa właściwego.

As result, the Polish law prohibits the cross-border conversion, i.e. the transfer of the registered seat abroad with a change of the national rules that apply to the statue of the corporation.

This situation is incompatible with the EU freedom of establishment. The European Court of Justice stated in the *Cartesio* judgement on 16 December 2008 (C-210/06) that the Member State of company's register seat may not prohibit the company from transferring its seat to another Member State, as long as it is connected with converting itself into a company governed by the law of another Member State. In addition, the prohibition of cross-border conversion in the Polish law is not fully justified by the protection of the company's stakeholders. Under current law, there are measures that adequately protect the interests of creditors, employees, minority shareholders and the fiscal interest of the state.

As a result, there is an urgent need to change the Polish law in order to enable Polish corporations to transfer their register seat to another EU member state.