

Marek Szydło

Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych na rynku wewnętrznym w Unii Europejskiej

I. Prawne problemy transgranicznego łączenia się spółek

Łączenie się spółek (fuzja) jest jednym z procesów transformacyjnych, jakiemu mogą zostać poddane spółki kapitałowe¹. W ujęciu modelowym łączenie się spółek występuje w dwóch podstawowych wariantach (odmianach). Wariant pierwszy polega na tym, że cały majątek jednej spółki (spółki przejmowanej) zostaje przeniesiony na inną spółkę (spółkę przejmującą), w zamian za udziały lub akcje, jakie ta druga spółka (spółka przejmująca) wydaje wspólnikom pierwszej (tj. przejmowanej) spółki, jest to tzw. łączenie się przez przejęcie. Drugi wariant łączenia się spółek polega na tym, że zostaje zawiązana nowa spółka, na którą przechodzi majątek co najmniej dwóch łączących się spółek, w zamian za udziały lub akcje, jakie spółka nowo zawiązana wydaje wspólnikom spółek łączących się. Istotne jest przy tym to, że spółki łączące się – po przeniesieniu swoich majątków na spółkę nowo zawiązaną – ulegają rozwiązaniu, jest to tzw. łączenie się przez zawiązanie nowej spółki².

Ponieważ zasadniczym przedmiotem niniejszego opracowania mają być łączenia się (fuzje) „transgraniczne”, w pierwszym rzędzie należałoby zastanowić się nad tym, czym są połączenia „transgraniczne” i czym w swojej istocie różnią się one od łączeń czysto „krajowych”. W tym kontekście można się czasem spotkać z poglądem, iż z fuzją transgraniczną mamy do czynienia wówczas, gdy w danym stanie faktycznym występuje „element przeniesienia masy majątkowej »przez granicę«”, a więc z jednego państwa do drugiego³. Oznaczałoby to zatem, że w przypadku tego rodzaju (transgranicznej) fuzji majątek spółki przejmowanej zostaje przeniesiony przez granicę do mającej swoją siedzibę w innym państwie spółki przejmującej, względnie też majątek dwóch lub więcej łączących się spółek zostaje przetransferowany przez granicę i trafia do mającej siedzibę w jakimś innym państwie spółki nowo zawiązanej.

Nie wydaje się jednak, aby takie zdefiniowanie fuzji transgranicznych było w pełni trafne i adekwatne dla każdego przypadku. Prawdą jest oczywiście, że w przypadku przeważającej liczby fuzji transgranicznych rzeczywiście dochodzi w ich trakcie do przetransferowania masy majątkowej jednej lub kilku z łączących się spółek przez granicę. Niemniej jednak dla uznania, iż w danym przypadku mamy do czynienia z fuzją transgraniczną, takie przeniesienie masy majątkowej przez granicę bynajmniej nie jest bezwzględnie konieczne i nie stanowi wcale istoty omawianej tutaj fuzji. Rozstrzygające jest raczej to, czy w przypadku danej fuzji dochodzi do zetknięcia się ze sobą dwóch lub więcej różnych systemów (porządków) prawnych, którym – między innymi w zakresie kwestii związanych z łączeniem się – podlegają łączące się spółki. Trzeba bowiem w tym miejscu przypomnieć, że w zakresie swojej zdolności prawnej oraz w zakresie innych elementów swojego

statusu osobowego (a kwestie związane z łączeniem się spółek należą właśnie do zakresu statusu osobowego spółek) każda spółka podlega prawu jakiegoś określonego państwa (które to prawo jest miarodajnym dla danej spółki statutem personalnym), a konkretnie – albo prawu państwa swojej rzeczywistej siedziby (tak jest w państwach, których prawo prywatne międzynarodowe przyjęło tzw. teorię siedziby), albo prawu państwa, zgodnie z ustawodawstwem którego dana spółka powstała (tak jest z kolei w państwach, których prawo prywatne międzynarodowe przyjęło tzw. teorię założenia)⁴. Może się zatem zdarzyć, że w danym przypadku każda z łączących się spółek będzie podlegała w zakresie swojego statusu osobowego prawu innego państwa i w rezultacie prawo dwóch (lub więcej) różnych państw będzie właściwe (miarodajne), jeśli chodzi o kwestie związane z ich łączeniem się. Takie właśnie łączenia się należałoby uznawać za łączenia się (fuzje) transgraniczne.

W doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego dość zgodnie uznaje się, że jeżeli dana fuzja ma charakter transgraniczny, a więc jeżeli każda z łączących się spółek podlega w zakresie swojego statusu osobowego prawu innego państwa, to wówczas warunki (przesłanki), procedura (przebieg) oraz skutki takiej fuzji powinny być regulowane przez wszystkie wchodzące w dany przypadek w grę porządki prawne, czyli przez wszystkie statuty personalne⁵. W rezultacie, w takiej sytuacji powinny być zasadniczo respektowane postanowienia dotyczące fuzji zawarte we wszystkich poszczególnych – a miarodajnych dla każdej z łączących się spółek – statutach personalnych. Przy tym w praktyce oznacza to, że jeśli chodzi o warunki (przesłanki) oraz o procedurę (przebieg) fuzji transgranicznej, to każda z łączących się spółek (tzn. spółka przejmująca i spółka przejmowana, jak też każda ze spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki) musi stosować postanowienia miarodajnego dla niej statutu personalnego⁶. Z kolei, jeśli chodzi o skutki fuzji transgranicznej (takie jak przejście majątku spółki przejmowanej lub spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki na spółkę przejmującą lub też na spółkę nowo zawiązaną, uzyskanie przez wspólników spółki przejmowanej lub spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki statusu wspólników spółki przejmującej lub też spółki nowo zawiązanej, zmiana sposobu ponoszenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki przejmowanej lub spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki), to w tym zakresie wszystkie miarodajne statuty personalne (każdej z uczestniczących w łączeniu spółek) powinny być stosowane w sposób kumulatywny, a więc łączny.

Z pozoru wydawać by się mogło, że wskazana powyżej reguła jest stosunkowo prosta, gdyż dosyć jednoznacznie wskazuje na prawa właściwe i rządzące daną transgraniczną fuzją. Okazuje się jednak, że stosowanie w praktyce tejże reguły prowadzi do licznych i skomplikowanych problemów prawnych, które niekiedy bardzo trudno jest w sposób zadowalający rozwiązać. Wystarczy wspomnieć chociażby o tym, że bynajmniej nie każdy porządek prawny dopuszcza możliwość dokonywania fuzji transgranicznych, a więc łączenia się spółek podlegających danemu porządkowi ze spółką lub spółkami podlegającymi innym systemom prawnym – jeżeli zaś tego nie dopuszcza, to wówczas dokonywanie fuzji transgranicznych zasadniczo nie będzie możliwe. Ponadto pozostaje bezspornym faktem, że takie skutki transgranicznej fuzji, jak przejście majątku łączących się spółek na spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną albo też zmiana sposobu ponoszenia odpowiedzialności wobec wierzycieli za zobowiązania spółki przejmowanej lub spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki, mogą być bardzo różnie uregulowane w poszczególnych systemach prawnych (np. przejście majątku może nastąpić albo w drodze sukcesji uniwersalnej albo w drodze nabycia łącznego *uno actu* albo też w drodze sukcesji szczególnej; z kolei zmiana sposobu ponoszenia odpowiedzialności za zobowiązania może nastąpić poprzez automatyczne przejście długów, poprzez dalszą odpowiedzialność z majątku spółki przejętej, poprzez współodpowiedzialność spółki

przejmującej lub nowo zawiązanej lub też poprzez uprzednie zaspokojenie lub zabezpieczenie). Powyższe sprawia, że łączne (kumulatywne) zastosowanie – do skutków fuzji transgranicznej – wszystkich miarodajnych w danym przypadku porządków prawnych (statutów personalnych) może niekiedy prowadzić do sprzecznych rezultatów i w efekcie trzeba wówczas będzie podjąć bardzo uciążliwe zabiegi polegające na dostosowywaniu do siebie (Anpassung) wszystkich wchodzących w grę systemów prawnych, np. poprzez sformułowanie specjalnej normy merytorycznej mającej w swoim założeniu upodobnić do siebie sprzeczne normy zawarte w poszczególnych – kumulatywnie stosowanych – statutach personalnych⁷. Stąd też bez żadnej wątpliwości najbardziej optymalna sytuacja byłaby wówczas, gdyby fuzje transgraniczne były regulowane określonym aktem prawa międzynarodowego, który zawierałby nie tylko pewne normy kolizyjne (wskazujące prawo właściwe do oceny poszczególnych aspektów transgranicznej fuzji), ale także jednolite normy merytoryczne, w jednoznaczny sposób regulujące określone zagadnienia związane z transgranicznym łączeniem się.

Nie ulega wątpliwości, że w ramach takiego organizmu integracyjnego, jakim jest Unia Europejska istnieją sprzyjające warunki oraz pełne prawne możliwości ku temu, aby ustanowić takie właśnie, jak wyżej wspomniano, wspólne dla wszystkich państw członkowskich regulacje prawne, które by jednoznacznie rozstrzygały rozmaite kwestie związane z transgranicznym łączeniem się spółek. Jak przy tym będzie o tym mowa w dalszych rozważaniach, regulacje takie rzeczywiście zostały na szczeblu wspólnotowym wykreowane. Zanim jednak zostaną one bliżej przedstawione, warto byłoby najpierw zastanowić się, w jakim zakresie prawo pierwotne Unii Europejskiej (zawarte w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską) dopuszcza oraz ułatwia przeprowadzanie omawianych tutaj transgranicznych fuzji.

II. Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych a pierwotna swoboda prowadzenia działalności gospodarczej w Unii Europejskiej

1. Ogólne uwagi na temat pierwotnej swobody prowadzenia działalności gospodarczej

W tym miejscu należałoby zauważyć, że przeprowadzanie przez spółki kapitałowe fuzji transgranicznych jest przejawem korzystania przez nie z tzw. pierwotnej swobody prowadzenia działalności gospodarczej, unormowanej w art. 43 i nast. TWE. Generalnie rzecz biorąc, pierwotna swoboda prowadzenia działalności gospodarczej polega na tym, że dany podmiot (beneficjent swobody) przenosi się do innego państwa członkowskiego (tj. na grunt innego systemu normatywnego) i rozpoczyna tam prowadzenie zupełnie nowej (gospodarczej) działalności, tracąc jakkolwiek związek ze swoim dotychczasowym (macierzystym) systemem prawnym⁸. Transgraniczna fuzja spółek w powyższej definicji z całą pewnością się mieści, gdyż trzeba pamiętać, że w przypadku wzmiankowanej fuzji dochodzi do tego, że:

- 1) spółka przejmowana traci swój byt prawny na gruncie swojego dotychczasowego (macierzystego) systemu prawnego, zaś jej majątek zostaje przejęty przez spółkę, która podlega porządkowi prawnemu zupełnie innego państwa członkowskiego albo też
- 2) spółki łączące się tracą swój byt prawny na gruncie swoich dotychczasowych (macierzystych) porządków prawnych, zaś ich majątek zostaje przetransferowany na rzecz zupełnie nowej spółki, utworzonej zgodnie z porządkiem prawnym któregoś z państw członkowskich, przy czym

przynajmniej dla jednej spośród łączących się spółek będzie to porządek prawny inny niż ten, któremu dana spółka dotychczas, tj. przed swoim rozwiązaniem, podlegała. Wszystkie te opisane wyżej elementy są z całą pewnością charakterystyczne dla swobody pierwotnej, a nie wtórnej⁹.

Spółki kapitałowe mogą być uznane za beneficjentów (adresatów) zarówno pierwotnej, jak i wtórnej swobody prowadzenia działalności gospodarczej jedynie wówczas, gdy kumulatywnie spełniają dwa następujące – wyspecyfikowane w art. 48 TWE – warunki. Po pierwsze, muszą one zostać założone zgodnie z ustawodawstwem któregoś z państw członkowskich. Po drugie zaś, muszą one posiadać na terytorium któregoś z państw członkowskich albo swoją siedzibę statutową, albo siedzibę zarządu (siedzibę rzeczywistą), albo też główne miejsce prowadzenia swojej działalności (główne przedsiębiorstwo)¹⁰.

2. Transgraniczne łączenie się spółek a orzeczenie ETS w sprawie Daily Mail

Do niedawna było kwestią niezwykle sporną, w jakim zakresie i w jaki konkretnie sposób spółki w rozumieniu art. 48 TWE mogą korzystać z omawianej tutaj pierwotnej swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Dominowało przekonanie, że w dziedzinie swobody pierwotnej (w przeciwieństwie do swobody wtórnej) zakres gwarantowanych spółkom przez Traktat uprawnień jest raczej niewielki, skoro w myśl orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Daily Mail (wydanego w 1988 roku) art. 43 i 48 TWE nie mogą być interpretowane w taki sposób, że przyznają one spółce założonej zgodnie z ustawodawstwem jednego z państw członkowskich prawo do przeniesienia swojej siedziby rzeczywistej (siedziby centralnego zarządu) do innego państwa członkowskiego, przy zachowaniu przez taki podmiot statusu spółki założonej zgodnie z prawem tego pierwszego państwa¹¹. W praktyce oznaczało to, że warunki oraz zasady przenoszenia przez spółki swoich siedzib (siedzib rzeczywistych, ale także i statutowych) do innych państw członkowskich wszystkie poszczególne państwa mogą ustalać swobodnie (tj. we własnym zakresie) i nie muszą bynajmniej akceptować (dopuszczać) w swoim ustawodawstwie przeprowadzania przez spółki tego rodzaju migracji. Mogą natomiast obwarowywać przeprowadzenie przez daną spółkę wzmiankowanej migracji sankcją w postaci jej rozwiązania. Wyjątkiem byłaby jedynie sytuacja – co zresztą wyraźnie zaznaczył ETS w powołanym orzeczeniu Daily Mail – w której państwa członkowskie zawarłyby między sobą stosowną, przewidzianą przez art. 293 TWE (ex art. 220 TWE), konwencję o wzajemnym uznawaniu spółek¹².

Wprawdzie w orzeczeniu w sprawie Daily Mail Trybunał nie ustosunkował się wprost do kwestii transgranicznego łączenia się spółek, ale można zasadnie przypuszczać, że jego stanowisko w tej kwestii byłoby wówczas zdecydowanie negatywne, skoro w myśl powołanego już wyżej art. 293 TWE zagadnienia związane z dopuszczalnością przeprowadzania transgranicznych łączeń powinny zostać – jeśli taka będzie wola państw członkowskich – uregulowane w drodze odrębnej konwencji. Skoro zatem Trybunał nie zinterpretował art. 43 i 48 TWE jako nakazujących państwom członkowskim uznawać podmiotowość prawną spółek przenoszących swoją rzeczywistą siedzibę z innego państwa członkowskiego, argumentując to brakiem stosownej konwencji, to również podobnie negatywne stanowisko wyraziłby z pewnością w odniesieniu do transgranicznych fuzji, skoro także i w tym przypadku państwa członkowskie żadnej konwencji nie zawarły. W takiej sytuacji, biorąc pod uwagę ówczesny stan oraz rozwój prawa wspólnotowego, można było zasadnie stwierdzić, że art. 43 i 48 TWE nie dają spółkom prawa do dokonywania łączeń transgranicznych, zaś dopuszczalność takich

operacji zależy w całości od miarodajnych w tym zakresie regulacji (przepisów) wewnętrznych państw członkowskich.

3. Transgraniczne łączenie się spółek a orzeczenie ETS w sprawie Überseering

Z czasem jednak to dość ostrożne i defensywne nastawienie Trybunału względem możliwości powoływania się przez spółki (w rozumieniu art. 48 TWE) na uprawnienia wynikające z pierwotnej swobody prowadzenia działalności gospodarczej zaczęło ulegać zmianie. W tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje orzeczenie Trybunału w sprawie Überseering, w którym zostało jasno stwierdzone, iż jakkolwiek konwencje przewidziane w art. 293 TWE mogą istotnie „ułatwić” urzeczywistnianie traktatowej swobody prowadzenia działalności gospodarczej, to jednak wykonywanie wynikających z tej swobody uprawnień w żadnym razie nie może być „uzależnione” od uprzedniego zawarcia przez państwa członkowskie wzmiankowanych konwencji¹³. W rezultacie Trybunał stwierdził, iż jeżeli spółka założona zgodnie z prawem określonego państwa członkowskiego i mająca w tym państwie swoją statutową siedzibę przenosi swoją siedzibę rzeczywistą (siedzibę zarządu) do innego państwa członkowskiego, to wówczas to drugie państwo członkowskie jest w świetle art. 43 i 48 TWE zobowiązane uznać jej zdolność prawną oraz zdolność sądową, które to zdolności wzmiankowana spółka nabyła oraz posiada zgodnie z ustawodawstwem tego pierwszego państwa członkowskiego, czyli zgodnie z ustawodawstwem państwa inkorporacji¹⁴. W doktrynie powyższa (wypowiedziana przez Trybunał) teza została zinterpretowana w ten sposób, że każda spółka w rozumieniu art. 48 TWE może swobodnie przenieść swoją rzeczywistą siedzibę do innego państwa członkowskiego, przy czym to ostatnie państwo powinno wówczas nie tylko uznać jej podmiotowość (zdolność) prawną jako taką, ale powinno także – co do zasady – oceniać tę jej zdolność prawną oraz wszystkie inne elementy jej statusu osobowego zgodnie z prawem państwa inkorporacji, a więc powinno w istocie traktować taką spółkę jako spółkę zagraniczną, podlegającą zasadniczo prawu państwa inkorporacji¹⁵.

Dla omawianej w niniejszym opracowaniu kwestii transgranicznego łączenia się spółek wyrok Trybunału w sprawie Überseering jest istotny z co najmniej dwóch względów. Po pierwsze, Trybunał jasno stwierdził, że dla korzystania przez spółki (w rozumieniu art. 48 TWE) z pierwotnej swobody prowadzenia działalności gospodarczej bynajmniej nie jest konieczne uprzednie zawarcie przez państwa członkowskie specjalnych konwencji, o których jest mowa w art. 293 TWE. Nawet zatem, jeżeli owe konwencje nie zostały jeszcze zawarte, to fakt ten nie jest w stanie pozbawić spółek tych uprawnień, które dają im bezpośrednio skuteczne przepisy Traktatu o swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej. Teoretycznie zatem orzeczenie w sprawie Überseering otworzyło drogę do uznania, że, mimo iż konwencja o transgranicznym łączeniu się spółek (o której jest mowa w art. 293 TWE) nie została przez państwa członkowskie zawarta, to jednak dokonywanie przez spółki tego rodzaju operacji jest w pełni dopuszczalne bezpośrednio w oparciu o art. 43 i 48 TWE.

Po drugie, orzeczenie Trybunału w sprawie Überseering dało w istocie spółkom (w rozumieniu art. 48 TWE) pewną teoretyczną możliwość dokonywania swego rodzaju transgranicznych fuzji „dwustopniowych”. Chociaż w samym tym orzeczeniu Trybunał o fuzjach transgranicznych w ogóle nie wspomniał, to jednak, biorąc pod uwagę generalną, wypowiedzianą przez ETS w tymże orzeczeniu tezę, można by stwierdzić, iż każda spółka w rozumieniu art. 48 TWE może przenieść swoją rzeczywistą siedzibę do innego państwa członkowskiego, po czym, uwzględniając fakt, że państwo to musi uznać jej podmiotowość prawną uzyskaną w państwie inkorporacji (a tym samym jej

zdolność do zawierania różnego rodzaju transakcji), spółka ta może połączyć się ze spółką krajową. W powyższy sposób dokonywałaby się więc swego rodzaju fuzja dwustopniowa (dwuetapowa): najpierw następowaloby przeniesienie siedziby rzeczywistej danej spółki do innego państwa członkowskiego, a następnie spółka ta łączyłaby się z określoną spółką krajową¹⁶.

Od razu jednak trzeba zauważyć, że powyższy sposób dokonywania fuzji transgranicznych, jakkolwiek rzeczywiście w świetle orzeczenia *Überseering* możliwy do przeprowadzenia, nie rozwiązywałby automatycznie wszystkich prawnych problemów związanych z transgranicznymi łączeniami się. Trzeba bowiem pamiętać, że – zgodnie z tym co zostało już powiedziane – każda spółka po przeniesieniu swojej rzeczywistej siedziby do innego państwa członkowskiego zachowuje nie tylko swoją podmiotowość (zdolność) prawną, ale ponadto w zakresie oceny tej zdolności (oraz innych elementów jej statusu osobowego) nadal podlega prawu państwa swojej inkorporacji. W praktyce oznacza to, że przesłanki (warunki), procedura oraz skutki połączenia się takiej spółki z inną spółką (także ze spółką podlegającą prawu innego państwa) nadal są regulowane prawem państwa jej inkorporacji, wciąż przecież będącym miarodajnym dla danej spółki statutem personalnym, z tym oczywiście zastrzeżeniem, że do tego rodzaju transgranicznej fuzji muszą być równolegle stosowane także statuty personalne innych spółek uczestniczących w łączeniu się. Z kolei prawo wspomnianego państwa nie zawsze musi przecież dopuszczać możliwość przeprowadzania fuzji transgranicznych, podobnie zresztą, jak może tego nie dopuszczać statut personalny każdej innej spółki uczestniczącej w łączeniu. Nadal zatem, także po wydaniu orzeczenia w sprawie *Überseering*, istniało wyraźne zapotrzebowanie na to, by kwestia dopuszczalności – w świetle art. 43 i 48 TWE – dokonywania przez spółki transgranicznych łączeń została przez ETS jednoznacznie rozstrzygnięta, a więc, by stwierdził on, czy prawo wewnętrzne będące miarodajnym dla uczestników transgranicznej fuzji statutem personalnym może zakazywać przeprowadzania tego rodzaju operacji¹⁷. Równocześnie chodziło przy tym o to, by Trybunał wypowiedział się na temat dopuszczalności dokonywania (właśnie w oparciu o art. 43 TWE) transgranicznych fuzji *uno actu* (a nie w sposób dwustopniowy), a więc bez konieczności uprzedniego przenoszenia przez daną spółkę swojej rzeczywistej siedziby do innego państwa członkowskiego.

4. Transgraniczne łączenie się spółek a orzeczenie ETS w sprawie *Sevic*

Przez długie lata Trybunał nie zajmował we wspomnianej wyżej kwestii żadnego jednoznacznego stanowiska i do problemu tego odniósł się dopiero w wydanym w dniu 13 grudnia 2005 r. orzeczeniu w sprawie *Sevic*¹⁸. Sprawa ta dotyczyła transgranicznego połączenia się dwóch spółek akcyjnych, które posiadały swoje siedziby (statutowe oraz rejestrowe) w dwóch różnych państwach członkowskich. Mianowicie, spółka *SEVIC Systems AG*, będąca w tym przypadku spółką przejmującą, posiadała swoją siedzibę w Niemczech, natomiast spółka *Security Vision Concept SA*, będąca spółką przejmowaną, posiadała swoją siedzibę w Luksemburgu. Sprawa wspomnianej fuzji trafiła do Trybunału dlatego, że sąd powiatowy (*Amtsgericht*) w *Neuwied* (Niemcy) odmówił wpisania tegoż połączenia do krajowego rejestru handlowego, motywując to tym, iż § 1 niemieckiej ustawy w sprawie przekształceń spółek przewiduje wyłącznie możliwość łączenia się takich spółek, które mają swoje siedziby w Niemczech. Od postanowienia sądu odmawiającego dokonania wpisu połączenia do rejestru spółka *SEVIC System AG* odwołała się do sądu krajowego w *Koblencji*, zaś ten zdecydował się wystąpić z pytaniem do Trybunału Sprawiedliwości (w trybie wniosku o wydanie orzeczenia wstępnego), zapytując, czy odmowa wpisania do niemieckiego rejestru handlowego planowanego połączenia zagranicznej spółki europejskiej ze spółką niemiecką, z tego powodu, że §1 niemieckiej

ustawy w sprawie przekształceń spółek przewiduje wyłącznie łączenie podmiotów prawa mających siedzibę w Niemczech, nie jest przypadkiem sprzeczna z traktatową swobodą prowadzenia działalności gospodarczej.

W postępowaniu przed Trybunałem rządy niemiecki i holenderski stwierdziły, że połączenia krajowe poddane są specjalnym wymogom mającym na celu w szczególności ochronę interesów wierzycieli, akcjonariuszy mniejszościowych i pracowników oraz zagwarantowanie skuteczności kontroli podatkowej oraz uczciwości transakcji handlowych. Wszystkie te wymienione interesy (tzn. interesy wierzycieli, akcjonariuszy mniejszościowych i pracowników) muszą być również odpowiednio chronione w przypadku połączeń transgranicznych, tym bardziej, że dochodzi wówczas do stosowania przepisów kilku krajowych systemów prawnych w ramach jednego procesu prawnego. Zdaniem rządów niemieckiego i holenderskiego, wymienione interesy będą należycie chronione jedynie wtedy, gdy na poziomie wspólnotowym zostaną przyjęte specjalne regulacje prawne dotyczące łączeń transgranicznych. Dopóki to nie nastąpi, prawo krajowe państw członkowskich nie musi bynajmniej zezwalać na przeprowadzanie tego rodzaju transgranicznych operacji (pkt 24 orzeczenia).

Trybunał nie zgodził się jednak z takim stanowiskiem i uznał, że jakkolwiek wspólnotowe regulacje dotyczące łączeń transgranicznych z całą pewnością znacznie ułatwiłyby przeprowadzanie tego rodzaju operacji, to jednak ich ustanowienie w żadnym razie nie może stanowić przesłanki (tj. warunku wstępnego) dopuszczalności takich łączeń. Prawdą jest przy tym, że nadrzędne wymogi interesu ogólnego, takie jak ochrona interesów wierzycieli, akcjonariuszy mniejszościowych i pracowników oraz zachowanie skuteczności kontroli podatkowej i uczciwości transakcji handlowych, mogą w pewnych okolicznościach usprawiedliwiać podejmowanie przez państwa członkowskie środków ograniczających traktatową swobodę prowadzenia działalności gospodarczej¹⁹. Niemniej jednak, aby było to dopuszczalne, środki takie muszą być właściwe dla zapewnienia realizacji przyjętego celu i nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędnie konieczne dla jego osiągnięcia. Tymczasem okoliczność, że dane państwo członkowskie w sposób generalny (frontalny) odmawia wpisywania do krajowego rejestru handlowego łączeń transgranicznych, sprawia, iż łączenia takie nie mogą być dokonywane nawet wówczas, gdy wskazane powyżej interesy nie są zagrożone. Nawet zaś wtedy, gdy interesy te są rzeczywiście zagrożone, to odmowa wpisywania do rejestru łączeń transgranicznych wykracza poza to, co jest niezbędne dla ochrony tychże interesów. W rezultacie Trybunał zdecydowanie stwierdził, iż art. 43 i 48 TWE sprzeciwiają się temu, by państwo członkowskie odmawiało wpisywania do krajowego rejestru handlowego połączeń, w których uczestniczą spółka mająca siedzibę w tymże państwie oraz spółka mająca siedzibę w innym państwie członkowskim, podczas gdy wpis taki byłby możliwy, gdyby obie spółki miały siedzibę w tym samym państwie członkowskim (pkt 26-31 orzeczenia). Trybunał uznał zatem, że przewidziany w prawie krajowym zakaz dokonywania fuzji transgranicznych stanowi nieproporcjonalne ograniczenie traktatowej swobody prowadzenia działalności gospodarczej i w świetle art. 43 i 48 TWE nie może być dłużej utrzymywany.

Warto przy tym zauważyć, że jakkolwiek w omawianym tutaj orzeczeniu Trybunał ocenił jedynie – pod kątem zgodności z pierwotną swobodą prowadzenia działalności gospodarczej – ten system (porządek) prawny, który jest statutem personalnym miarodajnym dla spółki przejmującej (i stwierdził, że system ten nie może zakazywać dokonywania fuzji transgranicznych), to jednak wypowiedzianą w tymże orzeczeniu tezę należałoby przez analogię odnieść również do tego

porządku (systemu) prawnego (państwa członkowskiego), który jest statutem personalnym miarodajnym dla spółki nowo zawiązanej (w przypadku gdy spółki łączą się nie przez przejęcie, lecz przez zawiązanie nowej spółki). Również zatem i ten system prawny, który stanowi statut personalny spółki nowo zawiązanej, nie może przewidywać zakazu dokonywania fuzji transgranicznych i to bez względu na to, czy któraś ze spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki podlega temu porządkowi prawnemu (jako swojemu macierzystemu statutowi personalnemu), czy też wszystkie łączące się w ten sposób spółki podlegają prawu innych państw członkowskich.

Co więcej, w świetle tezy wypowiedzianej w orzeczeniu w sprawie *Sevic* należałoby przyjąć, że zakazu przeprowadzania łączy transgranicznych nie może także zawierać ten porządek prawny państwa członkowskiego, który jest statutem personalnym miarodajnym dla spółki przejmowanej lub też dla spółki (spółek) łączącej się przez zawiązanie nowej spółki. Wprawdzie w powołanym orzeczeniu Trybunał nie odniósł się w ogóle do tych dwóch wzmiankowanych tutaj porządków prawnych i nie oceniał ich pod kątem zgodności z przepisami TWE, tym niemniej wydaje się logiczne, że zakaz taki (tj. zakaz przeprowadzania fuzji transgranicznych zawarty w statucie personalnym miarodajnym dla spółki przejmowanej lub też dla spółki łączącej się przez zawiązanie nowej spółki) byłby całkowicie sprzeczny z traktatową swobodą prowadzenia działalności gospodarczej i stanowiłby jej nieproporcjonalne ograniczenie. Zakaz taki bowiem w praktyce całkowicie uniemożliwiłby przeprowadzenie fuzji w układzie transgranicznym i to nawet wówczas, gdyby fuzja taka była dopuszczalna w porządku prawnym, któremu podlega spółka przejmująca lub też spółka nowo zawiązana. Skoro zatem – w świetle przepisów TWE o swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej – fuzje transgraniczne musi dopuszczać prawo właściwe dla spółki przejmującej (co *expressis verbis* stwierdził Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Sevic*), jak też prawo właściwe dla spółki nowo zawiązanej, to tym samym fuzje takie musi dopuszczać też prawo właściwe dla spółki przejmowanej oraz prawo właściwe dla spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki, gdyż dopuszczalność taka jest przecież niezbędną przesłanką efektywnego przeprowadzenia całej tej transgranicznej operacji (bez tego cała fuzja w ogóle nie doszłaby do skutku)²⁰. Inaczej mówiąc, skoro w świetle przepisów TWE o swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej prawo państwa członkowskiego nie może zakazywać przeprowadzania tzw. transgranicznych fuzji imigracyjnych (polegających na tym, że spółka podlegająca prawu danego państwa przejmuje spółkę podlegającą prawu innego państwa albo też podlegającą prawu tegoż państwa spółka nowo zawiązana powstaje z połączenia się spółek podlegających prawu innego państwa), to tym samym porządek prawny państwa członkowskiego nie może też zakazywać dokonywania tzw. transgranicznych fuzji emigracyjnych (polegających na tym, że spółka podlegająca prawu określonego państwa zostaje przejęta przez spółkę podlegającą prawu innego państwa albo też spółka podlegająca prawu tegoż państwa łączy się z innymi spółkami przez zawiązanie nowej spółki podlegającej prawu innego państwa). Jest bowiem oczywiste, że zarówno transgraniczna fuzja imigracyjna, jak też transgraniczna fuzja emigracyjna stanowią dwa nierozdzielne aspekty jednego i tego samego procesu prawnego, są to zatem dwa sprzęgnięte ze sobą aspekty jednej i tej samej transgranicznej fuzji.

III. Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych w świetle przepisów dyrektywy Nr 2005/56/WE

Fakt, że Trybunał Sprawiedliwości dopuszcza obecnie możliwość transgranicznego łączenia się spółek bezpośrednio w oparciu o przepisy TWE, uznając, że zawarty w prawie krajowym zakaz dokonywania transgranicznych fuzji stanowi nieproporcjonalne ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej, nie rozwiązuje jeszcze automatycznie wszystkich prawnych problemów, jakie powstają w związku z omawianymi tutaj operacjami. Nadal bowiem możliwe jest powstawanie tych wszystkich niekorzystnych następstw, które wiążą się z koniecznością stosowania wobec jednej i tej samej fuzji przepisów zawartych w dwóch różnych (a czasem nawet w kilku różnych) porządkach prawnych, zwłaszcza jeżeli dochodzi do kumulatywnego (łącnego) stosowania tychże przepisów, a posiadają one przy tym różną treść. Dlatego też w omawianym tutaj zakresie istnieje niekwestionowana potrzeba przyjęcia pewnych regulacji wspólnych dla wszystkich państw członkowskich, które to regulacje w jednoznaczny sposób rozstrzygałyby wszystkie kwestie sporne.

Prace nad aktem prawnym regulującym we Wspólnocie Europejskiej problematykę fuzji transgranicznych rozpoczęły się jeszcze w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku²¹. W 1985 roku Komisja Europejska przedstawiła propozycję specjalnej dyrektywy dotyczącej łączeń transgranicznych²². Dyrektywa ta wszakże nigdy nie została przekazana do Rady w celu ostatecznego jej uchwalenia, lecz utknęła w toku prac nad pierwszym jej czytaniem w Parlamencie Europejskim²³. Przyczyną nieuchwalenia tej dyrektywy w ówczesnym kształcie były liczne kontrowersje, jakie zarysowały się pomiędzy państwami członkowskimi, zwłaszcza na tle kwestii związanych z udziałem pracowników w zarządzaniu spółką²⁴. Zważywszy na te kontrowersje, przez następnych kilkanaście lat wspomniana dyrektywa nie miała praktycznie żadnych szans na jej ostateczne przyjęcie.

Dopiero po uchwaleniu przez Wspólnotę w 2001 r. aktów prawnych dotyczących spółki europejskiej²⁵, gdzie kwestia pracowniczego współdecydowania została w określony sposób uregulowana, zaistniały warunki do ponownego zajęcia się dyrektywą o fuzji transgranicznej²⁶. W rezultacie, po kilku latach dalszych prac oraz publicznych konsultacji, dnia 26 października 2005 r. dyrektywa ta została ostatecznie uchwalona, jako dyrektywa Nr 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych²⁷.

W preambule do wspomnianej dyrektywy ustawodawca wspólnotowy wskazał na podstawowe powody oraz motywy przyjęcia tej regulacji. Stwierdzono tam, iż „Spółki kapitałowe z różnych Państw Członkowskich odczuwają potrzebę współpracy i konsolidacji. Jednakże w odniesieniu do transgranicznych połączeń spółek kapitałowych napotykają one wewnątrz Wspólnoty liczne trudności natury prawnej i administracyjnej. W związku z tym, w celu zakończenia tworzenia i umożliwienia funkcjonowania jednolitego rynku, niezbędne jest ustanowienie przepisów wspólnotowych, aby ułatwić transgraniczne połączenia różnych typów spółek kapitałowych, podlegających prawu różnych Państw Członkowskich”. Temu właśnie celowi ma służyć omawiana tutaj dyrektywa.

Określając swój zakres zastosowania, dyrektywa wyraźnie wskazuje, iż dotyczy jedynie łączenia spółek spełniających warunki z art. 48 TWE, jeżeli przy tym spółki te podlegają prawu różnych państw członkowskich (art. 1 dyrektywy). Tylko takie bowiem łączenia zasługują na miano łączeń transgranicznych.

Dyrektywa utrzymuje dwa podstawowe sposoby łączenia się spółek kapitałowych (tj. łączenie się przez przejęcie oraz łączenie się przez zawiązanie nowej spółki), znane zresztą większości ustawodawstw krajowych na świecie i uregulowane również przez trzecią dyrektywę prawa spółek. Równocześnie przewiduje ona jeszcze trzeci sposób łączenia się spółek, a mianowicie tzw. łączenie

koncernowe. Łączenie koncernowe – będące odmianą łączenia się przez przejęcie – polega na tym, że w jego trakcie spółka przejmowana ulega rozwiązaniu, zaś jej majątek zostaje przeniesiony na taką spółkę przejmującą, która posiada wszystkie udziały lub akcje spółki przejmowanej (art. 2 pkt 2 lit. c dyrektywy), a więc jest dla spółki przejmowanej spółką-matką. Łączenie koncernowe dotyczy zatem spółek, które są ze sobą w bardzo bliski sposób powiązane²⁸ i dlatego też w tym przypadku formalności towarzyszące takiemu łączeniu się są znacząco zredukowane (zob. art. 15 dyrektywy)²⁹.

Warto w tym miejscu powiedzieć, że każda regulacja prawna dotycząca łączenia się spółek (bez względu na to, czy dotyczy ona łącheń krajowych, czy też łącheń transgranicznych) musi się odnieść do takich podstawowych kwestii, jak przesłanki (warunki) dokonania fuzji, jej procedura (przebieg) oraz skutki³⁰. Kwestie te reguluje również dyrektywa Nr 2005/56/WE, przy czym czyni to ona w ten sposób, że albo wprowadza w danym zakresie określone materialnoprawne uregulowania wspólne, ujednolicające w danej kwestii prawo wewnętrzne państw członkowskich, albo też odsyła ona w danym zakresie do prawa krajowego, będącego statutem personalnym miarodajnym dla spółek uczestniczących w łączeniu. Z kolei w tym ostatnim przypadku (a więc w przypadku, gdy dyrektywa posługuje się w istocie normami kolizyjnymi) dyrektywa albo wybiera jeden konkretny – spośród kilku właściwych dla każdej łączącej się spółki – statut personalny, uznając, że w danej kwestii to właśnie on powinien być miarodajny, albo też nakazuje stosować wszystkie statuty personalne, miarodajne dla każdej ze spółek biorących udział w transgranicznej fuzji. Wówczas nie powstają żadne problemy, jeżeli poszczególne statuty można stosować w sposób odrębny w odniesieniu do każdego z uczestników fuzji. Zdecydowanie gorzej jest natomiast, jeżeli te wszystkie wchodzące w danym przypadku w grę statuty personalne trzeba stosować łącznie (kumulatywnie), gdyż wówczas pozostaje liczenie na to, że statuty te są zgodne ze sobą pod względem treściowym. Jeżeli zaś nie są zgodne, to wtedy zachodzi konieczność dokonywania żmudnych zabiegów interpretacyjnych, polegających na dostosowywaniu do siebie wzmiankowanych statutów.

Warunki (przesłanki) dokonania transgranicznej fuzji, obejmujące w szczególności wskazanie, z jakimi typami spółek może się łączyć dana spółka kapitałowa, określa prawo krajowe właściwe dla każdej z łączących się spółek (art. 4 ust. 1 lit. a i b dyrektywy). Jeżeli zaś chodzi o procedurę (przebieg) transgranicznej fuzji, to w odniesieniu do tych zagadnień sprawa jest już znacznie bardziej złożona, gdyż procedura ta obejmuje kilka różnych etapów. Pierwszy etap obejmuje czynności wstępne (przygotowawcze), podejmowane odrębnie przez każdą ze spółek (w szczególności chodzi tutaj o podjęcie przez spółki decyzji co do łączenia się). W tym zakresie miarodajne jest prawo właściwe dla każdej z łączących się spółek (art. 4 ust. 1 lit. b oraz art. 4 ust. 2 dyrektywy). Drugim etapem fuzji jest sporządzenie przez spółki wspólnego planu połączenia transgranicznego. W tym zakresie dyrektywa zawiera jednolite normy merytoryczne, określające minimalną wymaganą treść tego planu (art. 5 dyrektywy). Trzecim etapem procedury łączenia jest ogłoszenie wspólnego planu połączenia transgranicznego w sposób przewidziany w prawie krajowym każdego państwa członkowskiego (art. 6 dyrektywy). W etapie czwartym organ zarządzający lub administrujący każdej z łączących się spółek sporządza sprawozdanie przeznaczone dla wspólników, w którym wyjaśnia i uzasadnia prawne i ekonomiczne aspekty połączenia transgranicznego oraz wyjaśnia skutki połączenia transgranicznego dla wspólników, wierzycieli i pracowników (art. 7 dyrektywy). W etapie piątym z kolei dla każdej z łączących się spółek sporządzana jest opinia niezależnego biegłego przeznaczona dla wspólników i udostępniana nie później niż jeden miesiąc przed datą zgromadzenia wspólników (art. 8 dyrektywy). Etap szósty natomiast obejmuje odbycie zgromadzenia wspólników każdej z łączących się spółek, które to zgromadzenie podejmuje uchwałę o zatwierdzeniu wspólnego planu połączenia

transgranicznego (art. 9 dyrektywy). Wreszcie w etapie siódmym przeprowadzana jest kontrola zgodności z prawem połączenia transgranicznego (art. 10 i 11 dyrektywy).

Dyrektywa Nr 2005/56/WE odnosi się także w swoich postanowieniach do kwestii skutków (następstw) połączenia transgranicznego. I tak, jeśli chodzi o datę, z którą połączenie transgraniczne staje się skuteczne, to datę tę określa prawo państwa członkowskiego, którego jurysdykcji podlega spółka powstająca w wyniku połączenia transgranicznego (art. 12 dyrektywy), a więc spółka przejmująca lub spółka nowo zawiązana. Z tą datą transgraniczne połączenie przez przejęcie oraz połączenie koncernowe wywołuje następujące skutki:

- a) wszystkie aktywa i pasywa przejmowanej spółki przechodzą na spółkę przejmującą,
- b) wspólnicy spółki przejmowanej stają się wspólnikami spółki przejmującej,
- c) spółka przejmowana przestaje istnieć (art. 14 ust. 1 dyrektywy).

Z tą też datą określone skutki wywołuje transgraniczne połączenie przez zawiązanie nowej spółki, przy czym skutki te polegają na tym, że:

- a) wszystkie aktywa i pasywa łączących się spółek przechodzą na nowo zawiązaną spółkę,
- b) wspólnicy łączących się spółek stają się wspólnikami nowo zawiązanej spółki, zaś
- c) łączące się spółki przestają istnieć (art. 14 ust. 2 dyrektywy). Prawo każdego państwa członkowskiego, którego jurysdykcji podlegały łączące się spółki, określa w odniesieniu do terytorium danego państwa warunki ogłoszenia ukończenia połączenia transgranicznego w rejestrze publicznym, w którym każda ze spółek ma obowiązek składać dokumenty (art. 13 dyrektywy).

Niezwykle ważną – uregulowaną w dyrektywie Nr 2005/56/WE – kwestią są skutki, jakie transgraniczna fuzja wywołuje w sytuacji wierzycieli łączących się spółek, w sytuacji posiadaczy udziałów lub akcji tychże spółek oraz w sytuacji pracowników spółek (np. jeśli chodzi o skutki fuzji w sytuacji wierzycieli, to w tym zakresie następuje zmiana sposobu ponoszenia wobec nich odpowiedzialności za zobowiązania, jakie miała wobec nich spółka przejmująca lub też spółki łączące się przez zawiązanie nowej spółki). Skutki te podlegają generalnie prawu państwa członkowskiego, które jest statutem personalnym miarodajnym dla każdej spółki uczestniczącej w łączeniu (art. 4 ust. 1 lit. b oraz art. 4 ust. 2 dyrektywy). Powyższe sprawia, że w tym zakresie dochodzić będzie do kumulatywnego (łącznego) stosowania wszystkich miarodajnych statutów personalnych, co może oczywiście powodować określone trudności. Pozostaje zatem liczyć jedynie na to, że w omawianym tutaj zakresie prawo krajowe państw członkowskich jest już w dużej mierze zgodne ze sobą w sensie treściowym, co jest o tyle prawdopodobne, że przecież kwestie te zostały w określony sposób uregulowane w trzeciej dyrektywie prawa spółek, dotyczącej łączenia się spółek akcyjnych (zob. np. 13, 14 i 15 art. dyrektywy Nr 78/855/EWG).

Z kolei zasady dotyczące uczestnictwa pracowników w zarządzaniu spółką określa prawo właściwe dla spółki przejmującej lub spółki nowo zawiązanej (art. 16 dyrektywy).

Na zakończenie przeprowadzonych w niniejszym punkcie rozważań warto zauważyć, że państwa członkowskie mają czas na implementowanie dyrektywy Nr 2005/56/WE aż do 15 grudnia 2007 roku. Niemniej jednak już obecnie, zanim jeszcze w danym państwie nastąpi wdrożenie tej dyrektywy,

spółki w rozumieniu art. 48 TWE są w pełni uprawnione do tego, by przeprowadzać pomiędzy sobą operacje transgranicznych fuzji. W jednoznaczny sposób zostało to bowiem potwierdzone w orzeczeniu ETS w sprawie Sevic³¹. Prowadzi to do wniosku, że w obecnym stadium rozwoju prawa wspólnotowego stopień mobilności spółek na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej jest już relatywnie bardzo duży.

Przypisy

1 Innymi tego typu procesami transformacyjnymi w spółkach są podziały spółek oraz ich przekształcanie się w inne spółki.

2 O takich właśnie dwóch wariantach łączenia się spółek (akcyjnych) jest mowa w art. 3 oraz w art. 4 dyrektywy Rady 78/855/EWG dotyczącej łączenia się spółek akcyjnych, Dz.Urz. WE L 295/36 z 1978 (jest to tzw. trzecia dyrektywa prawa spółek); takie też warianty łączenia się spółek przewidują ustawy krajowe w państwach członkowskich,

zob. np. art. 492 § 1 polskiego kodeksu spółek handlowych (Dz. U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.) oraz § 2 niemieckiej Umwandlungsgesetz (BGBl 1994 I S, 3210).

3 A.Zabłocka, Uprawnieni drugiej kategorii? Możliwość realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki w rozumieniu Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2002, nr 1-2, s. 125.

4 Na temat wspomnianych teorii zob. szerzej C.T.Ebenroth, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 7. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Internationales Privatrecht, red. H.J. Sonnenberger, München 1990, s. 461 i nast.; M.Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2001, s. 96; W.Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, Warszawa 1967, s. 130-131; W.Klyta, *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2002, s. 21 i nast.; J.Poczobut, *Osoby prawne w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. Projekt nowelizacji ustawy*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2000, z. 3, s. 530 i nast.

5 Por. G.Kegel, K.Schurig, *Nachtrag zu Internationales Privatrecht*, München 2004, s. 582-583; P.Behrens, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług. Prawo spółek*, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M.A. Dausen, Warszawa 1999, s. 522; M.Pazdan, *Prawo prywatne...*, s. 99; J.Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2003, s. 99. Warto w tym miejscu dodać, że w przeszłości w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego bronione były poglądy, w myśl których w odniesieniu do fuzji transgranicznych nie powinno się bynajmniej stosować wszystkich wchodzących w dany przypadek w grę statutów personal-

nych, lecz wyłącznie jeden wybrany statut personalny. Statutem tym powinien być przy tym – w zależności od poglądów reprezentowanych przez poszczególnych autorów – albo statut personalny miarodajny dla spółki przejmującej lub nowo zawiązanej (tak twierdzili zwolennicy tzw. teorii przejęcia) albo też statut personalny miarodajny dla spółki przejmowanej lub też dla spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki (na takim z kolei stanowisku stali zwolennicy tzw. teorii przejścia). Od razu jednak należy dodać, że wspomniane wyżej poglądy zasługują na zdecydowaną krytykę, jako że powodują w swoim efekcie, iż w każdym przypadku, niezależnie od wyboru którejś z obu

konkurencyjnych teorii, interesy pewnej grupy wspólników lub też wierzycieli pozostają niezaspokojone (w przypadku wyboru teorii przejęcia niezaspokojone pozostają interesy wspólników i wierzycieli spółki przejmowanej lub też spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki; z kolei w sytuacji zaakceptowania teorii przejścia nieuwzględnione pozostają interesy wspólników oraz wierzycieli spółki przejmującej lub też nowo zawiązanej), zob. C.T.Ebenroth, Handels- und Gesellschaftsrecht..., s. 574-575.

6 Chyba, że chodzi o pewne działania, które łączące się spółki muszą podjąć wspólnie, jak to ma miejsce chociażby w przypadku zawarcia umowy połączeniowej lub też sporządzenia planu połączenia. W tym ostatnim przypadku wszystkie miarodajne statuty personalne powinny być zasadniczo zastosowane w sposób kumulatywny (łączny).

7 C.T.Ebenroth, Handels- und Gesellschaftsrecht..., s. 575-578; w tym kontekście S. Sołtysiński proponuje równocześnie, by w podobnych przypadkach kierować się „zasadą zdrowego rozsądku”, zob. S.Sołtysiński, Prawo właściwe dla spółek prawa handlowego, Rejent 2001, nr 7-8, s. 296; tenże, Prawo kolizyjne spółek prawa handlowego, [w:] Prawo spółek handlowych, red. A. Koch, J. Napierała, Kraków 2005, s. 705-706.

8 M.Szydło, Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w prawie Unii Europejskiej, Toruń 2005, s. 46 i nast.

9 Inaczej J. Napierała, którego zdaniem transgraniczną fuzję – z uwagi na fakt, że może ona zawierać w sobie elementy zarówno pierwotnej, jak i wtórnej swobody prowadzenia działalności gospodarczej – lepiej jest traktować jako postać korzystania ze swobody (prowadzenia działalności gospodarczej) sui generis i nie kwalifikować jej sztywno bądź to jako postaci pierwotnej, bądź też jako wtórnej, zob. J.Napierała, Transgraniczna fuzja spółek, [w:] Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu, Poznań 2005, s. 478-480; tenże, Europejskie prawo spółek, Warszawa 2006, s. 75-77.

10 Na temat obu tych – zawartych w art. 48 TWE – warunków zob. szerzej P.Oliver, Non-Community Nationals and the Treaty of Rome, Yearbook of European Law 1985, vol. 5, s. 80 i nast.; C.Maestriperi, Freedom of establishment and freedom to supply services, Common Market Law Review 1973, vol. 10, s. 162 i nast.; W.H.Roth, Swoboda

prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług. Zasady, [w:] Prawo gospodarcze Unii Europejskiej, red. M.A. Dausés, Warszawa 1999, s. 430-431; A.Zabłocka, Uprawnieni drugiej kategorii?..., s. 119-120; M.Szydło, Swoboda prowadzenia działalności..., s. 30 i nast.; A.Cieśliński, Wspólnotowe prawo gospodarcze, Warszawa 2003, s. 198 i nast.

11 Orzeczenie ETS w sprawie 81/87 The Queen przeciwko H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail i General Trust plc, Zbiór Orzeczeń 1988, s. 5483, pkt 24.

12 Pkt 20-23 orzeczenia w sprawie Daily Mail; szerzej na temat orzeczenia w sprawie Daily Mail i jego konsekwencji dla europejskiego prawa spółek zob. J.Napierała, Europejskie prawo spółek..., s. 56-57.

13 Orzeczenie ETS w sprawie C-208/00 Überseering BV przeciwko Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Zbiór Orzeczeń 2002, s. I-9919, pkt 55;

Trybunał poczynił tu pewną analogię do dyrektyw, o których jest mowa w art. 44 TWE. Bowiem również te ostatnie dyrektywy mogą „ułatwić” urzeczywistnienie swobody prowadzenia działalności gospodarczej, co nie oznacza jednak, że realizacja tej swobody jest warunkowana czy też uzależniona od konieczności wydania tychże dyrektyw. W identyczny sposób na temat dyrektyw z art. 44 TWE Trybunał wypowiadał się zresztą już w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku, zob. np. orzeczenie ETS w sprawie 2/74 Jean Reyners przeciwko Belgii, Zbiór Orzeczeń 1974, s. 631, pkt 26.

14 Orzeczenie ETS w sprawie C-208/00 Überseering BV przeciwko Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Zbiór Orzeczeń 2002, s. I-9919, pkt 94 i 95; na temat znaczenia orzeczenia w sprawie Überseering dla polskiego prawa spółek zob. M.Spyra, Konsekwencje faktycznego przeniesienia siedziby spółki kapitałowej za granicę, [w:] Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Ireneusza Weissa, Kraków 2003, s. 285 i nast.

15 Por. G.Kegel, K.Schurig, Nachtrag zu Internationales Privatrecht..., s. 575-576; M.Schulz, (Schein-) Auslandsgesellschaften in Europa – Ein Schein-Problem?, Neue Juristische Wochenschrift 2003, nr 38, s. 2705 i nast.; J.Napierała, Teoria siedziby a swoboda zakładania przedsiębiorstw w świetle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Überseering, Studia Prawnicze 2003, z. 1, s. 94; tenże, Europejskie prawo spółek..., s. 39; T.Drygala, Ewolucja, stan obecny i perspektywy rozwoju europejskiego prawa spółek, [w:] Europejskie prawo spółek, t. I: Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Kraków 2004, s. 31 i nast.; M.Szydło, Swoboda prowadzenia działalności..., s. 57 i nast. W związku z tym niektórzy

mówią w tym kontekście o art. 43 TWE jako o swoistej ukrytej normie kolizyjnej, odsyłającej do prawa państwa powstania spółki, zob. H.Eidenmüller, Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, Juristenzeitung 2004, nr 1, s. 25. Od razu jednak należy dodać, że powyższa interpretacja orzeczenia Trybunału w sprawie Überseering bynajmniej nie przez wszystkich jest w pełni podzielana. Niektórzy twierdzą bowiem, że w powołanym orzeczeniu Trybunał wcale nie nakazał państwom członkowskim generalnego (frontalnego) traktowania spółek przenoszących na ich terytorium swoje siedziby rzeczywiste jako spółek zagranicznych, podlegających w zakresie swojego statusu osobowego prawu państwa inkorporacji. Czynić tak mają jedynie te państwa, których prawo wewnętrzne przewiduje, iż dana spółka po przeniesieniu do tego państwa swojej siedziby rzeczywistej ulega rozwiązaniu i musi zostać założona na nowo. W takim bowiem przypadku państwo to odmawia w istocie uznania prawnej podmiotowości (zdolności) takiej spółki. Ponieważ byłoby to sprzeczne z art. 43 TWE, państwo to powinno wówczas oceniać zdolność prawną owej spółki zgodnie z prawem państwa inkorporacji. Jeżeli jednak prawo takiego państwa uznaje podmiotowość prawną wspomnianej spółki (i nie nakazuje jej ponownego zakładania), to wówczas może wobec niej – tzn. w zakresie jej statusu osobowego – stosować własne prawo i nie musi wcale stosować w tym zakresie prawa państwa inkorporacji. Nie jest więc tak, że w omawianym tutaj orzeczeniu Trybunał generalnie opowiedział się za tzw. teorią założenia, a potępił zaś – z punktu widzenia art. 43 TWE – tzw. teorię siedziby; zob. P.Kindler, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? Die „Überseering” – Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2003, nr 15, s. 1076-1077; na temat toczonej w tym zakresie w doktrynie dyskusji zob. też W.Klyta, Wpływ orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Inspire Art z 30 września 2003 r. na europejskie prawo spółek, [w:] Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana, red. L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 646 i nast.; jak się wydaje, przyczyną tych wszystkich dyskusji są dosyć „wymijające” stwierdzenia, jakich użył Trybunał w

orzeczeniu w sprawie *Überseering*, zob. A.W. Wiśniewski, Statut personalny spółek kapitałowych i uznawanie spółek zagranicznych. Orzecznictwo Trybunału Wspólnot a reforma polskiego prawa prywatnego międzynarodowego, [w:] Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Pionka, red. Łazowski Adam, Ostrihansky Rudolf, Kraków 2005, s. 729.

16 T. Drygala, *Ewolucja, stan obecny i perspektywy rozwoju...*, s. 43-44.

17 Tym bardziej, że niektórzy przedstawiciele doktryny poważnie w to wątpili; zob. A. Zabłocka, *Uprawnieni drugiej kategorii?...*, s. 125.

18 Orzeczenie ETS w sprawie C-411/03 *SEVIC Systems AG* (Zbiór Orzeczeń 2005, s. I-10805).

19 Na ten temat zob. też orzeczenia ETS w sprawach: C-208/00 *Überseering BV* przeciwko *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Zbiór Orzeczeń 2002, s. I-9919, pkt 92; C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* przeciwko *Inspire Art Ltd*, Zbiór Orzeczeń 2003, s. I-10155, pkt 132.

20 W tym miejscu można by przeprowadzić swego rodzaju analogię z przypadkami przenoszenia przez poszczególne spółki (w rozumieniu art. 48 TWE) swoich rzeczywistych siedzib do innego państwa członkowskiego. Mianowicie, skoro w orzeczeniu w sprawie *Überseering* Trybunał stwierdził, że prawo państwa, na terytorium którego dana spółka przenosi swoją (rzeczywistą) siedzibę, nie może zakazywać tego rodzaju imigracji i musi uznać podmiotowość prawną migrującej w ten sposób spółki, oceniając przy tym tę jej podmiotowość w świetle przepisów prawa państwa pochodzenia spółki, to tym samym logiczne jest, że tego rodzaju migracji nie może również zakazywać prawo państwa pochodzenia spółki. A zatem prawo tego ostatniego państwa, nawet po przeniesieniu przez spółkę swojej rzeczywistej siedziby do innego państwa członkowskiego, nadal musi uznawać taką spółkę i traktować ją jako istniejącą. W przeciwnym bowiem wypadku uprawnienie spółki do przeniesienia swojej rzeczywistej siedziby do innego państwa członkowskiego (które to uprawnienie wynika z bezpośrednio skutecznego art. 43 TWE) nie mogłoby być efektywnie wykonywane; zob. D. Zimmer, *Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH*, *Betriebs-Berater* 2003, nr 1, s. 3. Wprawdzie niektórzy twierdzą, że uznanie przez dane państwo podmiotowości prawnej zagranicznej spółki przenoszącej do tego państwa swoją rzeczywistą siedzibę możliwe jest również wówczas, gdy porządek prawny państwa inkorporacji takiej spółki dłużej już nie uznaje i po dokonaniu przez nią emigracji traktuje ją jako nieistniejącą (rozwiązaną); zob. G. Beitzke, *Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 1965, Band 127, s. 29-30; niemniej jednak w tym ostatnim przypadku państwo, na którego terytorium zostaje przeniesiona rzeczywista siedziba takiej spółki musiałoby oceniać jej podmiotowość prawną zgodnie ze swoim własnym prawem, a nie zgodnie z prawem państwa pochodzenia spółki (skoro prawo państwa pochodzenia spółki po dokonaniu przez nią emigracji nie uznaje już dłużej takiej spółki). Tymczasem cały sens tezy wypowiedzianej przez Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Überseering* polega właśnie na tym, że nawet po przeniesieniu swojej rzeczywistej siedziby do innego państwa członkowskiego dana spółka nadal może podlegać prawu państwa swojej inkorporacji. Aby zaś tak się stało, prawo to cały czas musi traktować taką spółkę jako istniejącą. Podobnie jest również w przypadku fuzji transgranicznych: gdyby porządek prawny będący miarodajnym statutem personalnym dla spółki przejmowanej lub też dla spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki

zakazywał dokonywania tego rodzaju fuzji i np. uznawał fakt dokonania takiej fuzji za przyczynę rozwiązania danej spółki, to wówczas nie mógłby on być już dłużej stosowany wobec tejże spółki, a tym samym wobec całej operacji transgranicznego połączenia się. Tymczasem dalsze stosowanie tego statutu jest przecież konieczne w tym celu, aby fuzja transgraniczna mogła w ogóle dojść do skutku.

21 W tym kontekście warto wspomnieć o specjalnym oświadczeniu, jakie wydali 17 grudnia 1973 r. przedstawiciele rządów państw członkowskich na temat znoszenia prawnych barier dotyczących przedsiębiorstw. Otóż w oświadczeniu tym reprezentanci członków Wspólnoty stwierdzili, iż „zrobią co tylko możliwe, aby jak najszybciej ukończyć prace nad specjalną konwencją dotyczącą łążeń transgranicznych”. Treść tego oświadczenia znajduje się w: Dz.Urz. WE C 117/15 z 1973 r. Ostatecznie jednak do opracowania wzmiankowanej wyżej konwencji nie doszło.

22 Propozycja dziesiątej dyrektywy Rady opartej na art. 54 ust. 3 lit. g Traktatu, dotyczącej transgranicznego łączenia się spółek (Dz.Urz. WE C 23/11 z 1985 r.).

23 Na temat tej dyrektywy negatywną opinię wyraził Komitet spraw prawnych oraz praw obywateli, do którego wspomniana dyrektywa została odesłana po pierwszym czytaniu w Parlamencie (zob. EP Session 1987-88, doc. A2-0186/87, PE 113.303/def). Wprawdzie Parlament nie zatwierdził tej negatywnej opinii, ale projekt dyrektywy ponownie odesłał do dalszych prac w Komitecie. W rezultacie sprawa omawianej dyrektywy nie wyszła nigdy poza pierwsze jej czytanie w Parlamencie Europejskim.

24 J.Wouters, *European Company Law: Quo Vadis?*, *Common Market Law Review* 2000, vol. 37, s. 262.

25 Zob. rozporządzenie Rady Nr 2157/2001/WE z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE) (Dz.Urz. WE L 294/1 z 2001 r.) oraz dyrektywę Rady Nr 2001/86/WE z dnia 8 października 2001 r. uzupełniającą statut spółki europejskiej w odniesieniu do uczestnictwa pracowników (Dz.Urz. WE L 294/22 z 2001 r.).

26 Por. W.Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, München 2003, s. 240.

27 Dz.Urz. UE L 310/1 z 2005 r.

28 Bardzo często taką spółkę-matkę oraz spółkę-córkę łączy jeszcze dodatkowo specjalna umowa koncernowa, która po dokonaniu przez spółki połączenia wygasa przez konfuzję,

zob. V.Emmerich, [w:] V.Emmerich, J.Sonnenschein, M.Habersack, *Konzernrecht*, München 2001, s. 273.

29 Warto w tym miejscu dodać, że redukcja przez prawodawcę określonych formalności oraz wymogów w odniesieniu do łążeń koncernowych nie jest czymś wyjątkowym, gdyż tego rodzaju uproszczenie formalności przewiduje wiele ustawodawstw na świecie. Przykładem może być tutaj chociażby art. 31 rozporządzenia Rady Nr 2157/2001/WE w sprawie statutu spółki europejskiej; zob. U.Brandt, *Die Hauptversammlung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)*, Frankfurt am Main 2004, s. 97 i nast.; określone uproszczenia dotyczące łążeń koncernowych przewiduje również prawo niemieckie (zob. G.Hueck, C.Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, München 2003, s. 541) oraz art. 516 polskiego kodeksu spółek handlowych (zob. A.Szumański, [w:] S.Soltysiński, A.Szajkowski,

A.Szumański, J.Szwaja, Kodeks spółek handlowych, t. IV: Komentarz do artykułów 459-633, Warszawa 2004, s. 507 i nast.).

30 Por. C.T.Ebenroth, Handels- und Gesellschaftsrecht..., s. 575.

31 W literaturze wypowiedziany został nawet pogląd, że dopuszczenie przez ETS w orzeczeniu w sprawie Sevic możliwości dokonywania przez spółki transgranicznych fuzji sprawi, iż w znaczący sposób zmniejszy się atrakcyjność spółki europejskiej, której założenie (utworzenie) było, jak dotychczas, jedynym uregulowanym przez prawo wspólnotowe sposobem przeprowadzenia operacji transgranicznego łączenia się spółek, zob. H.Bungert, Grenzüberschreitende Verschmelzungsmobilität – Anmerkung zur Sevic-Entscheidung des EuGH, Betriebs-Berater 2006, nr 2, s. 53.