



Instytut Wymiaru Sprawiedliwości

Identyfikacja nadużyć w operacjach transgranicznych spółek
(przekształcenia, połączenia i podziały transgraniczne) –
instrumenty służące wykrywaniu nadużyć w toku postępowań
rejestrowych w wybranych państwach członkowskich UE.
Analiza prawno-porównawcza

dr Paweł Mazur

Prawo prywatne
Warszawa 2023

Spis treści

Wykaz skrótów	5
1. Wprowadzenie	7
2. Swoboda przedsiębiorczości i jej granice w odniesieniu do transgranicznej mobilności spółek kapitałowych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości	9
3. Ochrona przed nadużyciami transgranicznej mobilności spółek w dyrektywie 2017/1132	15
3.1. Wprowadzenie	15
3.2. Ochrona wspólników mniejszościowych	16
3.3. Ochrona wierzycieli	17
3.4. Ochrona pracowników	18
3.5. Przeciwdziałanie innym nadużyciom	19
4. Mechanizmy wykrywania nadużyć w operacjach transgranicznych w wybranych państwach członkowskich	23
4.1. Wprowadzenie	23
4.2. Niemcy	23
4.3. Austria	25
4.4. Francja	26
4.5. Włochy	27
4.6. Hiszpania	28
4.7. Polska	29
5. Podsumowanie	31
Bibliografia	33

Wykaz skrótów

1. Akty prawne i dokumenty legislacyjne

dekret 5/2023	Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, [online:] https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/06/28/5 (dostęp: 14.10.2023).
dyrektywa 2005/56	Dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (Dz. Urz. L 310 z 25.11.2005, s. 1–9).
dyrektywa 2017/1132	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1132 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie niektórych aspektów prawa spółek (Dz. Urz. UE 169 z 30.06.2017, s. 46 z późn. zm.).
dyrektywa 2019/2121	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2121 z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2017/1132 w odniesieniu do transgranicznego przekształcania, łączenia i podziału spółek (Dz. Urz. UE 321 z 12.12.2019, s. 1–44).
EU-UmgrG	oznacza austriacką ustawę o transgranicznych przekształceniach (EU-Umgründungsgesetz), [online:] https://www.parlament.gv.at/dokument/XXVII/I/2028/fname_1553993.pdf (dostęp: 30.09.2023).
KSH	Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2000 r. Nr 94 poz. 1037 z późn. zm.).
TFUE	Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r. (Dz. Urz. UE 2010/C 083/01, s. 47).

UmwG	oznacza niemiecką ustawę o konwersjach spółek (<i>Umwandlungsgesetz</i>), [online:] https://www.gesetze-im-internet.de/umwg_1995/ (dostęp: 1.10.2023).
ustawa francuska	Ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales, JORF nr 0120, 25.05.2023, [online:] https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047584074 (dostęp: 14.10.2023).
ustawa włoska	Decreto legislativo 2.03.2023, n. 19, Attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere. (23G00027) (GU Serie Generale nr 56, 07.03.2023), [online:] https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/03/07/23G00027/sg (dostęp: 1.10.2023).
Uzasadnienie Zmiany KSH	Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, druk 3191, Sejm IX kadencji.

2. Pozostałe skróty

art.	artykuł
m.in.	między innymi
nr	numer
r.	rok
TS	Trybunał Sprawiedliwości
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
wyr.	wyrok
zob.	zobacz

1. Wprowadzenie

Celem opracowania jest dokonanie identyfikacji nadużyć w procesach transgranicznych podziałów, przekształceń i połączeń spółek, które będą zbiorczo określane mianem operacji transgranicznych, poprzez analizę instrumentów stosowanych w ustawodawstwie wybranych państw członkowskich Unii Europejskiej.

Ze względu na to, że transgraniczna mobilność spółek jest wyrazem traktatowej swobody przedsiębiorczości, krajowe mechanizmy służące ochronie przed jej nadużywaniem przy wykorzystaniu operacji transgranicznych powinny być ukształtowane i stosowane w sposób zapewniający skuteczność (*effet utile*) prawa unijnego. W szczególności pozbawienie spółki możliwości uczestnictwa w transgranicznym przekształceniu, połączeniu lub podziale powinno stanowić ostateczność i być stosowane jedynie w przypadku, gdy zawiodą standardowe mechanizmy chroniące interesariuszy, którzy mogą odczuć negatywne skutki operacji transgranicznej.

Mając na uwadze ścisły związek operacji transgranicznych z zasadą swobody przedsiębiorczości, zasada ta oraz jej granice wyznaczone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości zostaną poddane analizie w pkt 2 niniejszego opracowania.

Pod wpływem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości sposób dokonywania transgranicznych połączeń, podziałów i przekształceń spółek został uregulowany w prawie wtórnym Unii Europejskiej (w dyrektywie 2017/1132 w brzmieniu nadanym dyrektywą 2019/2021). Ze względu na to, że prawo europejskie zharmonizowało niektóre mechanizmy służące ochronie przed nadużywaniem transgranicznej mobilności spółek, regulujące te kwestie postanowienia dyrektywy 2017/1132 zostaną opisane w pkt 3 niniejszego opracowania. Szczególny nacisk zostanie położony na klauzulę obejścia prawa, która nakłada na organ wydający zaświadczenie o zgodności z prawem operacji transgranicznej (co stanowi jeden z kluczowych elementów procesu transgranicznego połączenia, przekształcenia oraz podziału) obowiązek analizy. Analiza pozwala stwierdzić, czy transgraniczny podział, połączenie lub przekształcenie nie są dokonywane w celu nadużycia, lub oszustwa powodującego lub mającego na celu uchylene się bądź obejście prawa unijnego lub krajowego, lub w innych celach przestępczych.

Ostatnia część pracy zostanie poświęcona analizie sposobu implementacji dyrektywy 2019/2021 w wybranych prawach członkowskich Unii Europejskiej, przy czym nacisk

zostanie położony na wprowadzone w tychże państwach mechanizmy służące skutecznemu stosowaniu wspomnianej wyżej klauzuli obejścia prawa. Omówione zostaną rozwiązania przyjęte w Niemczech, Austrii, we Francji, Włoszech, w Hiszpanii oraz Polsce¹.

¹ Przy tłumaczeniu obcojęzycznych aktów normatywnych posłkowo korzystano z tłumaczenia maszynowego.

2. Swoboda przedsiębiorczości i jej granice w odniesieniu do transgranicznej mobilności spółek kapitałowych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości

Transgraniczna mobilność spółek kapitałowych jest istotnym elementem swobody przedsiębiorczości. Dlatego też analiza sposobów wykrywania nadużyć w procesach transgranicznych połączeń, podziałów i przekształceń spółek powinna mieć na względzie wymogi prawa unijnego, a interpretacja krajowych przepisów dotyczących tego zagadnienia wymaga uwzględnienia postulatów wykładni prounijnej².

Z tego powodu zasadne jest przedstawienie ewolucji podejścia do zasady swobody przedsiębiorczości w kontekście mobilności spółek w prawie europejskim. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wydanym w ostatnich dwóch dekadach przedstawiono bowiem postulaty w odniesieniu do granic tej swobody w przypadku korzystania z niej w sposób sprzeczny z jej przeznaczeniem.

Swoboda przedsiębiorczości obejmuje w szczególności zakładanie i zarządzanie spółkami na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli (art. 49 TFUE). Przez spółki należy przy tym rozumieć wszelkie spółki założone na podstawie przepisów prawa cywilnego lub handlowego (w tym spółdzielnie) oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, które nie zmiierają do osiągnięcia zysku (art. 54 TFUE).

Ogólne ramy prawne wynikające z przepisów traktatowych znalazły konkretyzację w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości.

W orzeczeniu w sprawie *Centros*³ uznano, że w sytuacji, gdy obywatel państwa członkowskiego chce utworzyć spółkę i decyduje się ją założyć w państwie członkowskim, którego przepisy są najmniej restrykcyjne, oraz utworzyć oddziały w innych państwach członkowskich, okoliczność ta sama w sobie nie jest nadużyciem swobody przedsiębiorczości⁴. Wniosek ten wysunięto na przykładzie spółki utworzonej według prawa angielskiego, która usiłowała zarejestrować oddział w Danii, gdzie zamierzała faktycznie prowadzić działalność.

² Zob. w kontekście obowiązku prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego wyr. TS: z dnia 10 kwietnia 1984 r., C-14/83, *von Colson i Kamann*, EU:C:1984:153, teza 26 i 28; z dnia 13 listopada 1990 r., C-106/89, *Marleasing SA*, ECLI:EU:C:1990:395; z dnia 4 lipca 2006 r., C-212/04, *Konstantinos Adeneleri*, ECLI:EU:C:2006:443.

³ Wyr. TS z dnia 9 marca 1999 r., C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126.

⁴ Tamże, Nb 27.

Utworzenie spółki na podstawie prawa angielskiego miało na celu jedynie uniknięcie konieczności dostosowania się do wymogów prawa duńskiego, dotyczących minimalnego poziomu kapitału zakładowego.

Orzeczenie w sprawie *Centros* prowadzi do wniosku, że samo w sobie dążenie do uniknięcia zastosowania niektórych przepisów prawa korporacyjnego państwa, w którym spółka faktycznie prowadzi działalność, nie oznacza korzystania z zasady swobody przedsiębiorczości w sposób sprzeczny z jej celem. Umożliwia to zatem konkurencję pomiędzy prawami spółek poszczególnych państw członkowskich. Może to skutkować dokonywaniem inkorporacji w tych państwach, które oferują najkorzystniejsze lub też najbardziej elastyczne zasady ładu korporacyjnego, określanym mianem *forum shopping*⁵.

Jednocześnie Trybunał Sprawiedliwości zwrócił uwagę na to, że swoboda przedsiębiorczości nie jest nieograniczona. Władze państwa członkowskiego mogą bowiem przyjąć środki zapobiegające nadużyciom. Środki takie mogą zostać zastosowane wówczas, gdy spółce lub jej wspólnikom „udowodniono, że w rzeczywistości zamierzają, poprzez założenie spółki, uniknąć wywiązania się z zobowiązań wobec wierzycieli prywatnych lub publicznych mających siedzibę na terytorium danego państwa członkowskiego”⁶.

Dalszy rozwój zasady swobody przedsiębiorczości nastąpił w orzeczeniu *Überseering*⁷, w którym potwierdzono, że spółka może przenieść swą siedzibę rzeczywistą do innego państwa członkowskiego. W stanie faktycznym, który leżał u podstaw wydania wspomnianego orzeczenia, spółka zarejestrowana w Holandii przeniosła swoją rzeczywistą siedzibę do Niemiec i przed sądem niemieckim usiłowała dochodzić roszczeń wobec niemieckiego kontrahenta. Sąd niemiecki odmówił uznania jej zdolności sądowej, uwzględniając teorię siedziby rzeczywistej, zgodnie z którą spółka podlega prawu państwa, w którym faktycznie prowadzi działalność. Doprowadziło to sąd niemiecki do wniosku, że prawem właściwym dla powoda było prawo niemieckie, a nie holenderskie. Prawo niemieckie uzależniało przy tym posiadanie zdolności sądowej spółki od wpisu do niemieckiego rejestru, którego powód, jako spółka działająca na podstawie prawa holenderskiego, nie posiadał. Trybunał Sprawiedliwości uznał takie podejście za niedopuszczalne, podkreślając, że zmiana rzeczywistej siedziby spółki nie prowadzi do zmiany jej statutu personalnego, nawet wówczas, gdy taki skutek przewiduje prawo państwa przyjmującego⁸.

Jednocześnie we wspomnianym orzeczeniu Trybunał Sprawiedliwości zastrzegł, że „nadrzędne wymogi interesu ogólnego, takie jak ochrona interesów wierzycieli, wspólników

⁵ Zob. V. Andreeva, *The evolution of the principle of freedom of establishment in the European Union Company law: the long path from Centros to cross-border conversions Directive*, [online:] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4372581 (dostęp: 23.09.2023).

⁶ Wyr. TS z dnia 9 marca 1999 r., C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126, Nb 38–39.

⁷ Wyr. TS z dnia 5 listopada 2002 r., C-209/00, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632.

⁸ R. Grzeszczak, A. Zawidzka-Łojek [w:], A. Zawidzka-Łojek, R. Grzeszczak [red.], *Prawo materialne Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 438.

mniejszościowych i pracowników oraz interesów fiskusa, mogą w pewnych okolicznościach i z zastrzeżeniem pewnych warunków uzasadniać ograniczenie swobody przedsiębiorczości”⁹.

Linia orzecznicza ukształtowana przez orzeczenia *Centros* oraz *Überseering* została potwierdzona w orzeczeniu *Inspire Art*¹⁰, w którym Trybunał Sprawiedliwości ponownie stwierdził, że wybór prawa korzystniejszego dla założycieli spółki nie może sam w sobie zostać uznany za przejaw nadużycia swobody przedsiębiorczości¹¹. Nie wykluczono przy tym możliwości uznania, że niektóre działania stanowią nadużycie zasady swobody przedsiębiorczości. Jednocześnie za niedopuszczalne przyjęto wprowadzanie rozwiązań mechanicznych, arbitralnie uznających pewnego rodzaju działania za nadużycia. Aby założyć, że dane działanie stanowi nadużycie swobody przedsiębiorczości, konieczne jest dokonanie szczegółowej analizy konkretnego przypadku.

Kwestia granic swobody przedsiębiorczości w odniesieniu do transgranicznej mobilności spółek została poruszona również w orzeczeniu *Cadbury Schweppes*¹². Trybunał Sprawiedliwości podkreślił w nim, że obywatele państwa członkowskiego nie mogą uchylać się od stosowania prawa krajowego poprzez nadużywanie ułatwień stworzonych na mocy prawa europejskiego. Zarazem jednak to, że spółka została założona w państwie członkowskim w celu odniesienia pożytku z korzystniejszych przepisów (w tym przepisów podatkowych), samo w sobie nie jest wystarczające, aby stwierdzić istnienie nadużycia swobody przedsiębiorczości¹³. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości nadużyciem takim byłoby przy tym stworzenie struktur pozbawionych uzasadnienia ekonomicznego, o czysto sztucznym charakterze, motywowanych wyłącznie chęcią unikania opodatkowania. Jako przykład takiego działania w uzasadnieniu orzeczenia wskazano organizowanie transferów strat w ramach grupy kapitałowej do spółek z siedzibą w państwach członkowskich stosujących najwyższe stawki opodatkowania i w których następnie wartość podatkowa tych strat jest najwyższa¹⁴. Podsumowując, w orzeczeniu *Cadbury Schweppes* Trybunał Sprawiedliwości dopuścił korzystanie ze swobody przedsiębiorczości w celu wyboru najkorzystniejszych regulacji prawnych (*forum shopping*) z zastrzeżeniem, że nie powinien być to cel jedyny, dla którego osiągnięcia tworzona jest sztuczna struktura, pozbawiona uzasadnienia ekonomicznego. Chęci osiągnięcia korzyści z regulacji innego państwa emigracji powinno towarzyszyć racjonalne uzasadnienie ekonomiczne dokonywanej migracji. Za takie uzasadnienie uznano m.in. rzeczywiste prowadzenie działalności gospodarczej w państwie przyjmującym¹⁵.

⁹ Wyr. TS z dnia 5 listopada 2002 r., C-209/00, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632, Nb 84–86 oraz Nb 92.

¹⁰ Wyr. TS z dnia 30 września 2003 r., C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512.

¹¹ Zob. szerzej: P. Wierzbicki, „*Inspire art*” – prawo właściwe dla spółek a swobody traktatowe. Glosa do wyroku TS z dnia 30 września 2003 r., C-167/01, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 8, s. 47–53.

¹² Wyr. TS z dnia 12 września 2006 r., C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ECLI:EU:C:2006:544.

¹³ Tamże, Nb 34–38.

¹⁴ Tamże, Nb 55–56.

¹⁵ Tamże, Nb 75.

Rozszerzenie zasady swobody przedsiębiorczości przyniosło również wydanie orzeczenia w sprawie *SEVIC*¹⁶, w którym podkreślono, że obejmuje ona możliwość dokonania transgranicznego połączenia spółek. Trybunał Sprawiedliwości ponownie nie wykluczył przy tym stosowania ograniczeń w tym zakresie, jeżeli wymagają tego „nadrzędne wymogi interesu ogólnego, takie jak ochrona interesów wierzycieli, akcjonariuszy mniejszościowych i pracowników (...) oraz zachowanie skuteczności kontroli podatkowej oraz uczciwości transakcji handlowych”, przy czym ograniczenia te mogą znaleźć zastosowanie jedynie „w pewnych okolicznościach i z zastrzeżeniem pewnych warunków” i w każdym przypadku z zachowaniem zasady proporcjonalności¹⁷.

Kwestia granic swobody przedsiębiorczości w kontekście transgranicznej mobilności spółek została poruszona również w wyroku w sprawie *Cartesio*¹⁸, a następnie w orzeczeniu *Vale*¹⁹. W tym ostatnim Trybunał Sprawiedliwości po raz kolejny podkreślił, że zasada swobody przedsiębiorczości może doznać ograniczeń w kontekście procesów transformacji spółek kapitałowych ze względu na nadrzędne wymogi interesu ogólnego²⁰. Zaznaczono przy tym ponownie, że wszelkie ograniczenia powinny spełniać wymogi proporcjonalności. Konieczne jest zatem wykazanie, że środek ograniczający swobodę przedsiębiorczości jest właściwy dla zapewnienia realizacji przyjętego celu i nie wykracza poza to, co jest niezbędne dla jego osiągnięcia, a przy tym nie są dostępne środki mniej ingerujące w swobodę przedsiębiorczości.

Do podobnych wniosków prowadzi analiza orzeczenia wydanego w sprawie *Polbud*²¹, w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał za sprzeczny z zasadą swobody przedsiębiorczości dawny przepis art. 270 § 2 KSH. Za przesłankę rozwiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością uznawał podjęcie uchwały o przeniesieniu siedziby statutowej spółki za granicę (w analizowanym w orzeczeniu stanie faktycznym – z Polski do Luksemburga), w celu przekształcenia jej w spółkę innego państwa członkowskiego. W uzasadnieniu wyroku podkreślono, że państwa członkowskie mogą podjąć działania zapobiegające wykorzystywaniu swobody przedsiębiorczości do podejmowania działań prowadzących do

¹⁶ Wyr. TS z dnia 13 grudnia 2005 r., C-411/03, *SEVIC Systems*, ECLI:EU:C:2005:437.

¹⁷ Tamże, Nb 28–29.

¹⁸ Wyr. TS z dnia 16 grudnia 2008 r., C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:294. W stanie faktycznym, który leżał u podstaw wydania orzeczenia, spółka prawa węgierskiego usiłowała przenieść swoją siedzibę statutową do Włoch z zachowaniem statutu personalnego (tj. statusu spółki prawa węgierskiego). Wniosek ten został odrzucony ze względu na sprzeczność tego rozwiązania z prawem węgierskim. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że rozwiązania węgierskie są w tym zakresie zgodne z prawem europejskim, które umożliwiają państwu inkorporacji ustanowienie regulacji zakazującej przenoszenia siedziby do innego państwa członkowskiego z zachowaniem statutu personalnego.

¹⁹ Wyr. TS z dnia 12 lipca 2012 r., C-378/10, *Vale Epitesi*, ECLI:EU:C:2012:440. Orzeczenie zostało wydane w odniesieniu do stanu faktycznego, w którym spółka włoska usiłowała przenieść swoją siedzibę do Węgier i tam kontynuować działalność jako spółka węgierska z zachowaniem podmiotowości prawnej. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że transgraniczne przekształcenie jest objęte zakresem zastosowania zasady swobody przedsiębiorczości.

²⁰ Tamże, Nb 39.

²¹ Wyr. TSUE z dnia 25 października 2017 r., C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:351.

uchylanie się od ustawodawstwa krajowego. Zauważono przy tym, że nie można domniemywać, że transgraniczne przekształcenie polegające na przeniesieniu do innego państwa członkowskiego siedziby statutowej (bez jednoczesnego przeniesienia siedziby rzeczywistej) stanowi nadużycie²². Konieczne jest wykazanie, że w konkretnym przypadku zachodzi ryzyko naruszenia interesów wierzycieli, współników mniejszościowych i pracowników. Co więcej, w celu uniemożliwienia skorzystania ze swobody przedsiębiorczości konieczne jest wykazanie, że nie są dostępne mniej restrykcyjne środki mogące chronić te interesy²³.

Analiza dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości z okresu ostatnich dwóch dekad pozwala wysunąć trzy wnioski dotyczące zapobiegania nadużyciom w procesach transgranicznych transformacji spółek.

Po pierwsze, nadużycia swobody przedsiębiorczości nie można domniemywać. Zatem uznanie procesu transgranicznego połączenia, przekształcenia, czy też podziału za niedopuszczalne jest możliwe tylko w razie wykazania, że w konkretnym przypadku takie działanie rzeczywiście narusza interesy wierzycieli (w tym organów podatkowych), współników mniejszościowych, pracowników lub też ważny interes publiczny. Za niedopuszczalne należy uznać wszelkie rozwiązania o charakterze mechanicznym, np. polegające na tworzeniu katalogu przypadków, w których transgraniczne przekształcenie, połączenie lub podział uznaje się za niedozwolone (zob. wyr. w sprawie *Inspire Art*²⁴). Jednocześnie można ostrożnie przyjąć, że korzystanie z zasady swobody przedsiębiorczości bez rzeczywistego, ekonomicznego uzasadnienia, lecz tylko dla uniknięcia stosowania określonych regulacji publicznoprawnych może być argumentem świadczącym o nadużywaniu swobody przedsiębiorczości (zob. wyr. w sprawie *Cadbury Schweppes*²⁵).

Po drugie, nie jest nadużyciem transgranicznej mobilności spółek samo dążenie do inkorporacji w państwie oferującym najkorzystniejsze lub najbardziej elastyczne rozwiązania prawne (*forum shopping*)²⁶. W przypadku braku innych okoliczności przekształcenie się w spółkę działającą według prawa innego państwa członkowskiego tylko po to, by skorzystać z preferowanych rozwiązań o charakterze korporacyjnym, nie stanowi nadużycia swobody przedsiębiorczości (zob. wyrok w sprawie *Centros*²⁷). Z tego samego powodu za nadużycie nie można przyjąć np. zmiany statutu personalnego stworzonego, by skorzystać z możliwości dystrybucji środków spółki do zasobów jej współników w sposób, który nie byłby dozwolony na podstawie przepisów państwa wyjścia. Takie działanie można by uznać za

²² Tamże, Nb 63.

²³ Tamże, Nb 58.

²⁴ Wyr. TS z dnia 30 września 2003 r., C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512.

²⁵ Wyr. TS z dnia 12 września 2006 r., C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ECLI:EU:C:2006:544.

²⁶ Zob. P. Kindler, *Unternehmensmobilität nach „Polbud“: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik*, „Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht“ 2018, nr 1, s. 2, tam została zawarta krytyczna ocena orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie.

²⁷ Wyr. TS z dnia 9 marca 1999 r., C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126, Nb 38–39.

niedopuszczalne tylko w razie wykazania innych okoliczności (np. tego, że w konkretnym przypadku takie działanie rzeczywiście narusza interesy wierzycieli).

Po trzecie, środki chroniące przed nadużyciami przy korzystaniu z transgranicznej mobilności powinny być wykorzystywane z zachowaniem zasady proporcjonalności. Stosowane rozwiązanie musi być zatem właściwe dla zapewnienia realizacji przyjętego celu i nie może wykraczać poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia. Ograniczenie możliwości skorzystania z transgranicznej mobilności powinno mieć przy tym miejsce jedynie wtedy, gdy nie są dostępne środki mniej inwazyjne.

Ostatnia z powyższych informacji prowadzi do wniosku, że w przypadku, w którym prawo europejskie lub krajowe wprowadza adekwatne mechanizmy chroniące dane kategorie podmiotów przed nadużyciami swobody przedsiębiorczości, interes odpowiednio chronionych grup nie powinien być argumentem do odmowy skorzystania przez spółkę z transgranicznych operacji, strzeżonych przez tę swobodę.

Wśród grup, których interesy są szczególnie narażone w przypadku operacji transgranicznych, w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wymienia się w szczególności pracowników, wierzycieli (w tym zwłaszcza organy podatkowe) oraz wspólników mniejszościowych²⁸. Skrótovej analizie mechanizmów chroniących przedstawicieli tych grup przed nadużyciami transgranicznej mobilności spółek zostanie poświęcona dalsza część opracowania.

²⁸ Zob. m.in. wyr. TS z dnia 5 listopada 2002 r., C-209/00, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632, Nb 84-86 oraz Nb 92; wyr. TS z dnia 13 grudnia 2005 r., C-411/03, *SEVIC Systems*, ECLI:EU:C:2005:437, Nb 28-29; wyr. TSUE z dnia 25 października 2017 r., C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:351, Nb 58.

3. Ochrona przed nadużyciami transgranicznej mobilności spółek w dyrektywie 2017/1132

3.1. Wprowadzenie

Rozwiązania dotyczące operacji transgranicznych w poszczególnych państwach członkowskich są pochodną prawa wtórnego Unii Europejskiej. Początkowo w 2005 roku w dyrektywie 2005/56 uregulowano kwestię transgranicznych połączeń. W doktrynie wskazywano, że choć ich harmonizacja okazała się sukcesem, procesy te w praktyce utrudniał brak jednolitych reguł odnoszących się do ochrony akcjonariuszy mniejszościowych oraz wierzycieli. Prowadziło to do konieczności skoordynowanego stosowania zróżnicowanych reguł krajowych w procesach transgranicznych połączeń²⁹.

Dyrektywa 2005/56 została zastąpiona przez dyrektywę 2017/1132. Pod wpływem omówionego w części 2 opracowania orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz doświadczeń związanych ze stosowaniem dyrektywy 2005/56, a następnie dyrektywy 2017/113, Komisja Europejska podjęła działania zmierzające do ujednolicenia reguł odnoszących się również do transgranicznych przekształceń oraz podziałów spółek, które zaowocowały uchwaleniem dyrektywy 2019/2021, zmieniającej dyrektywę 2017/1132³⁰.

Dyrektywa 2019/2021 uzupełniła dyrektywę 2017/1132 o mechanizmy służące ochronie akcjonariuszy mniejszościowych, wierzycieli oraz pracowników, stosowane w procesach transgranicznych połączeń, przekształceń i podziałów w poszczególnych państwach członkowskich. Jak wskazano w części 2 opracowania, to naruszenie interesów tych grup Trybunał Sprawiedliwości wskazywał w swym orzecznictwie jako główne ryzyko związane z korzystaniem ze swobody przedsiębiorczości w związku z transgraniczną mobilnością spółek.

Jednocześnie w preambule dyrektywy 2019/2021 zauważono, że „w pewnych okolicznościach prawo spółek do przeprowadzenia operacji transgranicznej może być wykorzystywane

²⁹ Zob. C. Teichmann, *Cross-border Conversions, Mergers and Divisions Based on Directive (EU) 2019/2121*, s. 3, [online:] <https://ssrn.com/abstract=4445498> lub <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4445498> (dostęp: 24.09.2023); M. Ventoruzzo, *Cross-border Mergers, Change of Applicable laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights Under Italian Law*, „European Company and Financial Law Review” 2007, s. 47, [online:] <https://ssrn.com/abstract=960579> (dostęp: 24.09.2023) i tam powoływana literatura.

³⁰ Zob. szerzej na temat przebiegu procesu legislacyjnego w odniesieniu do dyrektywy 2019/2021: C. Teichmann, dz. cyt., s. 1.

do popełniania nadużyć lub oszustw, takich jak obchodzenie praw pracowników, płatności z tytułu zabezpieczenia społecznego lub obowiązków podatkowych, lub do celów przestępczych”. Zwrócono również uwagę, że należy „przeciwdziałać spółkom «przykrywkom» stworzonym w celu uniknięcia, obejścia lub naruszenia przepisów unijnych lub krajowych”³¹.

Rozwiązania wprowadzane przez dyrektywę zostaną omówione w dalszej części opracowania.

3.2. Ochrona wspólników mniejszościowych

Grupą, której interesy mogą zostać szczególnie naruszone w wyniku operacji transgranicznej, są akcjonariusze mniejszościowi. Jak zauważono w preambule dyrektywy, operacja transgraniczna prowadzi do zmiany reżimu prawnego regulującego prawa wspólników mniejszościowych³². Może to skutkować uszczupleniem praw korporacyjnych przedstawicieli mniejszości kapitałowej w razie zmiany statutu personalnego na taki, który podlega prawu państwa stosującemu rozwiązania mniej korzystne dla wspólników mniejszościowych.

Z tego powodu dyrektywa 2017/1132 (w brzmieniu nadanym dyrektywą 2019/2021³³) wymaga, aby państwa członkowskie zapewniały wspólnikom posiadającym udziały lub akcje z prawem głosu (czyli głosujący przeciwko zatwierdzeniu planu operacji transgranicznej, w wyniku której nabyliby prawa udziałowe w spółce podlegającej prawu innego państwa) co najmniej prawo wyjścia ze spółki i otrzymania wynagrodzenia za udziały lub akcje w kapitale o wartości równej wartości ich udziałów lub akcji. Państwa członkowskie mogą również podjąć decyzję o zaoferowaniu tego prawa innym wspólnikom, na przykład posiadającym udziały lub akcje bez prawa głosu (zob. art. 86i ust. 1, art. 126a ust. 1 oraz art. 160i ust. 1 dyrektywy 2017/1132).

Tak zwane prawo wyjścia ze spółki (*ius dissentium*)³⁴ stanowi podstawowy sposób ochrony wspólników mniejszościowych przed naruszeniem ich praw w związku z operacją transgraniczną. Dyrektywa 2017/1132 wprowadza szereg rozwiązań zmierzających do zapewnienia mu realnego charakteru. W szczególności przewidziano maksymalny termin na wypłatę wynagrodzenia związanego ze skorzystaniem z prawa wyjścia przez wspólnika. Wspólnikowi, który zadeklarował wykonanie prawa zbycia swoich udziałów lub akcji przyznano też prawo do zakwestionowania wysokości wynagrodzenia proponowanego przez spółkę przed właściwym organem lub podmiotem upoważnionym na mocy prawa krajowego.

³¹ Tired 35 preambuły dyrektywy 2019/2021.

³² Tired 18 preambuły dyrektywy 2019/2021.

³³ Dalsze uwagi będą odnosiły się do zmienionej dyrektywą 2019/2021 wersji dyrektywy 2017/1132.

³⁴ Zob. szerzej na temat prawa wyjścia ze spółki jako instrumentu niweczącego negatywne skutki istotnej zmiany korporacyjnej: A. Radwan, *Ius dissentium. Granice konsensusu korporacyjnego i władzy większości w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2016, s. 373.

3.3. Ochrona wierzycieli

Dyrektywa 2019/2021 nie zdołała w pełni uporać się z jedną z najczęściej wskazywanych słabości dyrektywy 2005/56 i wbrew postulatam doktryny i pierwotnym założeniom Komisji Europejskiej nie wprowadziła jednolitych reguł ochrony wierzycieli, pozostawiając tę kwestię w gestii państw członkowskich³⁵. W tym zakresie dyrektywa wprowadza jedynie minimalną harmonizację. Sprowadza się ona do trzech elementów.

Po pierwsze, dyrektywa 2019/2021 wymaga, by w planie operacji transgranicznej zostały wskazane zabezpieczenia proponowane wierzycielom, takie jak gwarancje lub zastawy (zob. art. 86d lit. f, art. 122 lit. n oraz art. 160d lit. q dyrektywy 2017/1132).

Po drugie, przepisy dyrektywy 2019/2021 nakładają na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, aby wierzyciele, którzy są niezadowoleni z zabezpieczeń proponowanych w planie operacji transgranicznej, mogli w ciągu trzech miesięcy od dnia ujawnienia planu takiej operacji złożyć wnioski do odpowiedniego organu administracyjnego lub sądowego o ustanowienie odpowiednich zabezpieczeń. Musi jednak zaistnieć warunek, że tacy wierzyciele są w stanie wiarygodnie wykazać, że z powodu operacji transgranicznej zaspokojenie ich roszczeń jest zagrożone oraz że nie uzyskali odpowiednich zabezpieczeń od spółki. Skuteczność takich zabezpieczeń powinna być uzależniona od skuteczności operacji transgranicznej (art. 86j ust. 1, art. 126b ust. 1 oraz art. 160j ust. 1 dyrektywy 2017/1132).

Po trzecie, państwa członkowskie mogą (lecz nie muszą) nakładać na organy zarządzające spółki przedstawienie oświadczenia o stanie finansowym spółki, zawierającego stwierdzenie organu, że nie są mu znane przyczyny, dla których spółka po dniu, w którym transgraniczne połączenie, podział, czy też przekształcenie stanie się skuteczne, byłaby niezdolna do zaspokajania swoich zobowiązań, gdy te staną się wymagalne (art. 86j ust. 2, art. 126b ust. 2 oraz art. 160j ust. 2 dyrektywy 2017/1132).

Dodatkowo w odniesieniu do transgranicznych przekształceń państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić, aby wierzyciele spółki biorącej udział w operacji transgranicznej byli w stanie wszcząć postępowanie przeciwko spółce również w państwie członkowskim wyjścia w terminie dwóch lat od daty, z którą przekształcenie stało się skuteczne. Stanowi to istotne ułatwienie w dochodzeniu roszczeń i minimalizuje ryzyko wykorzystywania transgranicznej mobilności jako mechanizmu służącego utrudnianiu wierzycielom dochodzenia roszczeń, np. poprzez przenoszenie siedziby statutowej w celu sprawienia, by na podstawie reguł ogólnych jurysdykcję w sporze z potencjalnym wierzycielem uzyskało państwo, w którym koszty postępowania są wyższe lub też postępowania sądowe są dłuższe, co mogłoby zniechęcić wierzyciela do wszczynania drogi sądowej (art. 86j ust. 4 dyrektywy 2017/1132).

³⁵ C. Teichmann, dz. cyt., s. 15.

W odniesieniu do transgranicznych podziałów wprowadzono ponadto zasadę, zgodnie z którą każda spółka biorąca udział w podziale ponosi odpowiedzialność solidarną za zobowiązania spółki podlegającej podziałowi do wysokości wartości aktywów netto przyznanych tej spółce w dniu, w którym podział staje się skuteczny (art. 160j ust. 2 dyrektywy 2017/1132).

3.4. Ochrona pracowników

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wielokrotnie zwracano uwagę, że korzystanie ze swobody przedsiębiorczości może w niektórych przypadkach prowadzić do naruszenia praw pracowników³⁶. Z tego powodu w przepisach dyrektywy 2019/2021 położono nacisk na aktywny udział pracowników w procedurze transgranicznego przekształcenia, połączenia lub podziału oraz zapewniono im dostęp do niezbędnych informacji. W preambule dyrektywy podkreślono, że spółki biorące udział w operacjach transgranicznych powinny włączać przedstawicieli pracowników w podejmowanie decyzji dotyczących planowanej operacji transgranicznej. Pracownicy powinni uzyskiwać informacje na takie tematy, jak prawdopodobne zmiany organizacji pracy, wynagrodzenia, lokalizacje konkretnych stanowisk i przewidywane konsekwencje dla pracowników zajmujących takie stanowiska, również na temat dialogu społecznego na poziomie spółki, w stosownych przypadkach obejmującego reprezentację pracowników na szczeblu zarządu³⁷.

Obawy wobec wykorzystywania operacji transgranicznej jako sposobu na uniknięcie przestrzegania praw pracowniczych zgłaszano zwłaszcza w tych państwach, które przewidują silne uprawnienia pracowników w zakresie partycypacji w organach spółki. Po wydaniu orzeczenia w sprawie *Polbud* szczególnie w doktrynie niemieckiej zwracano uwagę, że transgraniczne przekształcenia spółek mogłyby być wykorzystywane do poddawania spółek prawu państw, w których obowiązkowa partycypacja pracowników w radzie nadzorczej (*Mitbestimmung*) nie jest wymagana³⁸.

Obawy te zostały wzięte pod uwagę przy tworzeniu dyrektywy 2019/2021. Ich wyraz stanowi nałożenie na strony obowiązku konsultacji z pracownikami i wdrożenie zasady „przed i po” (*before and after principle*)³⁹. Zgodnie z nią do spółki powstałej w wyniku danej operacji transgranicznej mają zastosowanie zasady dotyczące uczestnictwa pracowników obowiązujące w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę spółka powstała w wyniku

³⁶ Zob. m.in. wyr. TS z dnia 5 listopada 2002 r., C-209/00, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632, Nb 84–86 oraz Nb 92; wyr. TS z dnia 13 grudnia 2005 r., C-411/03, *SEVIC Systems*, ECLI:EU:C:2005:437, Nb 28–29; wyr. TSUE z dnia 25 października 2017 r., C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:351, Nb 58.

³⁷ Tiret 13 preambuły do dyrektywy 2019/2021.

³⁸ L. Hübner, *EuGH: Niederlassungsfreiheit erlaubt isolierte Verlegung des Sitzungssitzes*, „Lindenmaier-Möhrling“ 2017, nr 12, s. 3.

³⁹ J. Schmidt, *Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package*, „European Company and Financial Law Review” 2016, nr 16, s. 266.

danej operacji transgranicznej, o ile takie zasady istnieją (art. 86l, art. 133, art. 160l dyrektywy 2017/1132).

Dodatkowo w celu uniknięcia sytuacji, w której spółki dokonują transgranicznej operacji zaraz przed osiągnięciem progu, po przekroczeniu którego prawo państwa emigracji wprowadza obowiązek partycypacji pracowniczej w organach spółki, dyrektywa 2017/1132 wprowadza zasadę. Zgodnie z nią reguły dotyczące partycypacji pracowniczej obowiązujące w państwie wyjścia obowiązują w dalszym ciągu po operacji transgranicznej, w przypadku gdy spółka w okresie sześciu miesięcy przed ujawnieniem planu operacji transgranicznej posiada średnią liczbę pracowników odpowiadającą czterem piątym mającej zastosowanie wartości progowej, określonej w prawie państwa członkowskiego wyjścia⁴⁰, chyba że państwo emigracji przewiduje korzystniejsze warunki dla pracowników.

3.5. Przeciwdziałanie innym nadużyciom

Niezależnie od wprowadzenia szczególnych mechanizmów służących ochronie wspólników mniejszościowych, wierzycieli i pracowników do dyrektywy 2017/1132 wdrożono mechanizmy umożliwiające przeciwdziałanie korzystaniu z operacji transgranicznych w celu nadużycia zasady swobody przedsiębiorczości.

Jak już wspomniano, w preambule dyrektywy 2019/2021 zauważono, że „w pewnych okolicznościach prawo spółek do przeprowadzenia operacji transgranicznej może być wykorzystywane do popełniania nadużyć lub oszustw, takich jak obchodzenie praw pracowników, płatności z tytułu zabezpieczenia społecznego lub obowiązków podatkowych, lub do celów przestępczych”, w związku z czym „należy przeciwdziałać spółkom «przykrywkom» tworzoną w celu uniknięcia, obejścia lub naruszenia przepisów unijnych lub krajowych”⁴¹.

W celu zapobiegania takim przypadkom dyrektywa 2017/1132 nakłada na państwa obowiązek zapewnienia, aby właściwy organ państwa wyjścia poprzedził wydanie zaświadczenia o zgodności z prawem operacji transgranicznej (co stanowi jeden z kluczowych elementów procesu transgranicznego połączenia, przekształcenia oraz podziału) analizą, czy tego typu operacja nie jest dokonywana w celu nadużycia lub oszustwa powodującego lub mającego na celu uchylene się bądź obejście prawa unijnego lub krajowego, lub w innych celach przestępczych.

Organ wydający zaświadczenie o zgodności z prawem operacji transgranicznej powinien wziąć w tym zakresie pod uwagę wszystkie okoliczności, w tym konsultacje z właściwymi organami państwa wyjścia, jak również państwa członkowskiego przeznaczenia. Do celów

⁴⁰ C. Teichmann, dz. cyt., s. 15.

⁴¹ Tired 35 preambuły do dyrektywy 2019/2021.

tej oceny właściwy organ może odwołać się także do niezależnego biegłego (zob. art. 86m ust. 8–12, art. 127 ust. 8–12, art. 160m ust. 8–12 dyrektywy 2017/1132).

Preambuła dyrektywy 2019/2021 wyjaśnia, że dokonywana przez organ państwa członkowskiego ocena, czy operacja transgraniczna jest przeprowadzana w celu obejścia prawa

powinna uwzględniać wszystkie istotne fakty i okoliczności oraz uwzględniać, w stosownych przypadkach, co najmniej orientacyjne czynniki odnoszące się do cech przedsiębiorstwa w państwie członkowskim, w którym spółka lub spółki mają być zarejestrowane po operacji transgranicznej, w tym cel operacji, sektor, inwestycję, obrót netto i zyski lub straty, liczbę pracowników, strukturę bilansu, rezydencję podatkową, aktywa i ich lokalizacja, wyposażenie, beneficjentów rzeczywistych spółki, zwyczajowe miejsca pracy pracowników i określonych grup pracowników, miejsce, w którym składki na ubezpieczenie społeczne są należne, liczbę pracowników oddelegowanych w roku poprzedzającym operację transgraniczną w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 oraz dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, liczbę pracowników pracujących jednocześnie w więcej niż jednym państwie członkowskim w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 883/2004, a także ryzyko handlowe przyjęte przez spółkę lub spółki przed operacją transgraniczną i po jej zakończeniu⁴².

Jednocześnie preambuła wskazuje, że w przypadku, w którym operacja transgraniczna prowadziła do ulokowania przez spółkę siedziby rzeczywistej w państwie rejestracji, właściwe organy państwa członkowskiego mogą założyć, że nie zachodzą okoliczności wskazujące na nadużycie swobody przedsiębiorczości lub oszustwo⁴³.

Wprowadzenie klauzuli obejścia prawa przy dokonywaniu operacji transgranicznej było krytykowane na etapie prac legislacyjnych odnoszących się do dyrektywy 2019/2021. W raporcie grupy *European Company Law Experts*⁴⁴ zwrócono uwagę, że posługiwanie się przez prawodawcę europejskiego klauzulą generalną nadużycia prawa w celu zapewnienia odpowiedniej elastyczności regulacji może okazać się w praktyce przeciwnie skuteczne ze względu na trudności organów państw członkowskich w dokonaniu oczekiwanej przez prawodawcę europejskiego kompleksowej oceny, czy operacja transgraniczna jest przeprowadzana w celu obejścia prawa przy braku jednoznacznego określenia kryteriów, które organy te powinny wziąć pod uwagę. Zwrócono też zasadnie uwagę, że przy wykładni klauzuli nadużycia prawa w kontekście operacji transgranicznych należy uwzględnić orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości odnoszące się do zasady swobody przedsiębiorczości, co powinno prowadzić do dwóch wniosków praktycznych przy stosowaniu omawianej klauzuli⁴⁵.

Po pierwsze, należy uznać, że sam fakt, że spółka zamierza przenieść swoją siedzibę statutową do państwa, w którym nie prowadzi faktycznej działalności, nie może zostać uznany za nadużycie swobody przedsiębiorczości. W związku z tym organ państwa członkowskiego nie

⁴² Tired 36 preambuły do dyrektywy 2019/2021.

⁴³ Tamże.

⁴⁴ European Company Law Experts, *The Commission's 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – an Assessment*, „European Company and Financial Law Review” 2019, nr 16, s. 196.

⁴⁵ Tamże, s. 204.

powinien odmawiać wydania zaświadczenia o zgodności z prawem operacji transgranicznej wyłącznie z tego powodu, że spółka nie zamierza prowadzić działalności w państwie imigracji. Konieczne jest w tym celu wykazanie, że transgraniczne połączenie, przekształcenie lub podział mają na celu uniknięcie zastosowania określonych przepisów ustanowionych w celu ochrony ważnego interesu prywatnego lub publicznego. Brak jasnego uzasadnienia ekonomicznego dla prowadzonej operacji transgranicznej może być argumentem wskazującym na zachodzenie takiej okoliczności, lecz nie powinien być uznawany za wyłączny jej dowód⁴⁶.

Po drugie, z uwagi na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności organy państw członkowskich nie powinny odmawiać wydania zaświadczenia o zgodności z prawem operacji transgranicznej w przypadku, w którym tego typu operacja stanowiłaby naruszenie interesów grup należycie chronionych w przepisach szczególnych. Zatem ze względu na wprowadzenie w przepisach dyrektywy 2017/1132 mechanizmów w pełni chroniących interesy wspólników mniejszościowych, sprzeciwiających się operacji transgranicznej (w postaci przyznania im prawa wyjścia), jak również wierzycieli (w formie przyznania im prawa do domagania się zabezpieczenia przysługujących im roszczeń oraz umożliwienia ich dochodzenia przed sądami państwa emigracji), klauzula nadużycia prawa nie powinna być stosowana w odniesieniu do interesów tych grup⁴⁷. Podobnie należy ocenić kwestię wpływu operacji transgranicznej na zastosowanie wobec spółki wymagań państwa emigracji odnoszących się do partycypacji pracowników w organach nadzorczych spółki (ze względu na wprowadzenie przepisami dyrektywy 2019/2021 zasady *before and after*). Z tego powodu praktyczne zastosowanie klauzuli obejścia prawa przy dokonywaniu operacji transgranicznej wydaje się bardzo ograniczone⁴⁸.

Podsumowując, uzależnienie wydania przez właściwy organ zaświadczenia o zgodności z prawem danej operacji transgranicznej od oceny, czy tego typu operacja nie jest dokonywana w celu nadużycia lub oszustwa powodującego lub mającego na celu uchylene się bądź obejście prawa unijnego lub krajowego, lub w innych celach przestępczych, należy ocenić krytycznie⁴⁹. Poza zakresem zastosowania klauzuli obejścia prawa są bowiem operacje transgraniczne naruszające interesy wierzycieli oraz wspólników mniejszościowych, a więc grup, których prawa są najbardziej narażone w wyniku operacji transgranicznych. Jednocześnie nałożenie na organy państw członkowskich konieczności ogólnej analizy (czy operacja transgraniczna nie stanowi obejścia prawa przy jednoczesnym braku wskazania kryteriów, które powinny zostać uwzględnione) będzie prowadzić do trudności praktycznych, których konsekwencją stanowić może brak praktycznego zastosowania omawianej

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ Tamże.

⁴⁸ Tamże, s. 205.

⁴⁹ Jak również: C. Teichmann, dz. cyt., s. 18.

klauzuli, lub też przeciwnie – sięganie po nią nazbyt swobodnie, z naruszeniem traktatowej zasady swobody przedsiębiorczości.

4. Mechanizmy wykrywania nadużyć w operacjach transgranicznych w wybranych państwach członkowskich

4.1. Wprowadzenie

Ze względu na posługiwanie się przez prawodawcę europejskiego klauzulą generalną obojętności prawa przy dokonywaniu operacji transgranicznej oraz brak jasnych kryteriów (które należy uwzględnić przy dokonywaniu oceny, czy dane przekształcenie, podział lub połączenie stanowi nadużycie prawa) istnieje ryzyko rozbieżnego podchodzenia do stosowania omawianego instrumentu w praktyce organów wydających zaświadczenia o zgodności z prawem danej operacji transgranicznej w różnych państwach członkowskich.

Dalsza część opracowania zostanie poświęcona omówieniu mechanizmów wykrywania nadużyć w operacjach transgranicznych, które wprowadzono do porządku prawnego wybranych państw członkowskich w wyniku implementacji dyrektywy 2019/2021 zmieniającej dyrektywę 2017/1132. Przeanalizowane zostaną rozwiązania niemieckie, austriackie, francuskie, włoskie, hiszpańskie oraz polskie.

4.2. Niemcy

Dyrektywa 2019/2021 została wdrożona do prawa niemieckiego poprzez ustawę zmieniającą UmwG, w której uregulowane są obecnie transgraniczne połączenia (§ 305–§ 319 UmwG), podziały (§ 320–§ 332 UmwG) oraz przekształcenia (§ 333–§ 345 UmwG). Wspomniana ustawa przewiduje, że zarząd spółki biorącej udział w transgranicznym połączeniu, podziale lub przekształceniu powinien złożyć do sądu, w którym spółka ma siedzibę, wniosek o rejestrację operacji transgranicznej. Wraz z wnioskiem zarząd spółki zawiadamia sąd rejestrowy o liczbie pracowników w chwili sporządzenia planu transgranicznego przekształcenia, istnieniu spółek zależnych i ich lokalizacji geograficznej oraz o istnieniu zobowiązań wobec sektora publicznego (§ 315 ust. 1 i 5 UmwG w odniesieniu do transgranicznych połączeń, § 315 w zw. z § 329 UmwG w odniesieniu do transgranicznych podziałów oraz § 342 ust. 1 i 4 UmwG w odniesieniu do transgranicznych przekształceń).

Już w uzasadnieniu do ustawy wdrażającej dyrektywę 2019/2021 zwrócono uwagę, że jednym z założeń wcielanych przez implementowaną dyrektywę było wprowadzenie mechanizmów uniemożliwiających wykorzystywanie operacji transgranicznych w celu nadużycia, oszustwa lub przestępstwa. Cel ten jest realizowany przez rozszerzenie obowiązków kontrolnych sądu rejestrowego w procedurze wydawania zaświadczenia o zgodności transgranicznego połączenia, podziału lub przekształcenia z prawem krajowym⁵⁰.

W obecnie obowiązującym brzmieniu UmwG sąd rejestrowy przed wydaniem zaświadczenia o zgodności operacji transgranicznej z prawem niemieckim zobowiązany jest zbadać, czy zachodzą przesłanki wskazujące na to, że operacja transgraniczna jest przeprowadzana w celu nadużycia bądź oszustwa lub też skutkuje albo ma skutkować obejściem prawa Unii lub prawa krajowego (zob. § 316 ust. 3 UmwG w odniesieniu do połączeń transgranicznych, § 316 ust. 3 UmwG w zw. z § 329 UmwG w odniesieniu do podziałów transgranicznych oraz § 343 ust. 3 UmwG w odniesieniu do przekształceń transgranicznych). Jeżeli konieczne jest zweryfikowanie informacji lub przeprowadzenie dodatkowych dochodzeń w celu oceny, czy operacja transgraniczna stanowi nadużycie prawa, termin na wydanie zaświadczenia o jej zgodności z prawem niemieckim można wydłużyć z trzech do sześciu miesięcy.

Sąd rejestrowy został wyposażony w instrumenty służące weryfikacji tego, czy operacja transgraniczna stanowi nadużycie prawa (zob. § 317 UmwG w kontekście transgranicznego połączenia, § 317 UmwG w zw. z § 329 UmwG w odniesieniu do podziałów transgranicznych oraz § 344 UmwG w odniesieniu do przekształceń transgranicznych).

W szczególności sąd rejestrowy może zażądać informacji i dokumentów od spółki, informacji i dokumentów od krajowych organów publicznych oraz niezbędnych informacji i dokumentów od organów publicznych innego państwa członkowskiego, posiadających jurysdykcję w dziedzinach, na które wywiera wpływ połączenie transgraniczne. W uzasadnieniu ustawy wdrażającej dyrektywę 2019/2021 wyjaśniono, że odpowiednie żądanie może zostać zgłoszone wszelkim organom publicznym, a więc nie tylko organom administracji publicznej, lecz również organom wymiaru sprawiedliwości, takim jak inne sądy czy też prokuratura⁵¹.

Szczególny nacisk położono na kwestie kontroli partycypacji pracowników w fazie przygotowawczej poprzedzającej uzgodnienie planu transgranicznego połączenia, podziału lub przekształcenia. Sąd rejestrowy może w szczególności zażądać informacji i dokumentów od wyznaczonego specjalnego zespołu negocjacyjnego składającego się z reprezentantów pracowników oraz skonsultować się ze związkami zawodowymi. Sąd rejestrowy może wreszcie zasięgnąć opinii niezależnego biegłego.

W niemieckich regulacjach odnoszących się do kontroli nadużyć przy wykorzystaniu operacji transgranicznych położono nacisk na współpracę pomiędzy organami różnych

⁵⁰ *Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie*, Deutscher Bundestag, 20. Wahlperiode, druck 20/3822, s. 2, [online:] <https://dserver.bundestag.de/btd/20/038/2003822.pdf> (dostęp: 1.10.2023).

⁵¹ Tamże, s. 104.

państw członkowskich. Podkreślono w szczególności, że jeżeli niemiecki organ publiczny jest właściwy w dziedzinie, której dotyczy połączenie, podział lub przekształcenie transgraniczne, może on przekazać niezbędne informacje i dokumenty organowi innego państwa członkowskiego, właściwemu do wydania zaświadczenia o zgodności z prawem państwa emigracji (na jego wniosek).

4.3. Austria

Dyrektywa 2019/2021 została wdrożona do prawa austriackiego w szczególności poprzez przepisy EU-UmgrG, które uregulowały na gruncie prawa austriackiego transgraniczne przekształcenia spółek kapitałowych. Wspomniana ustawa przewiduje, że zarząd spółki przekształcanej powinien złożyć do sądu, w którym ma siedzibę, wniosek o rejestrację transgranicznego przekształcenia (§ 21 ust. 1 EU-UmgrG). Wraz z wnioskiem zarząd spółki zawiadamia sąd rejestrowy o liczbie pracowników w chwili sporządzenia planu transgranicznego przekształcenia, o istnieniu spółek zależnych i ich lokalizacji geograficznej oraz o istnieniu zobowiązań wobec sektora publicznego (§ 21 ust. 4 EU-UmgrG).

Przed wydaniem zaświadczenia o zgodności transgranicznego przekształcenia z prawem austriackim sąd bada w szczególności, czy czynności prawne i formalności poprzedzające przekształcenie zostały prawidłowo przeprowadzone oraz czy roszczenia wierzycieli i innych stron wynikające z prawa zobowiązań, jak również odszkodowanie dla akcjonariuszy, którzy chcą wystąpić ze spółki, są zabezpieczone. Sąd powinien również zweryfikować informacje zawarte w planie przekształcenia odnoszące się do procedur, zgodnie z którymi dokonywane były ustalenia dotyczące uczestnictwa pracowników w organach nadzorczych spółki przekształcanej (§ 21 ust. 6 EU-UmgrG).

Do omawianej ustawy wprowadzono również ogólną klauzulę nadużycia prawa. Przewiduje ona, że sąd jest zobowiązany do zbadania, czy przekształcenie jest prowadzone w celu nadużycia lub oszustwa, które prowadzą lub mają prowadzić do uchylecia się lub obejścia prawa unijnego lub krajowego, lub w celach przestępczych (§ 21 ust. 7 EU-UmgrG).

Ustawa precyzuje przy tym, że nadużycia prawa można domniemywać, gdy spółka jest umieszczona na liście podmiotów pozornych⁵². Wprowadzono zatem domniemanie nadużycia prawa, jednak wyłącznie w odniesieniu do ściśle określonego katalogu podmiotów. Podlegają one szczegółowemu nadzorowi austriackich organów państwowych ze względu

⁵² Zgodnie z § 8 ustawy o zapobieganiu oszustwom socjalnym (SBBG) austriackie Federalne Ministerstwo Finansów jest zobowiązane do opublikowania w Internecie listy „fałszywych firm” (*Scheinunternehmen*). „Fałszywą firmą” jest podmiot, którego głównym celem jest obniżenie składek na wynagrodzenie, składek na ubezpieczenie społeczne, dodatków lub roszczeń płacowych pracowników lub zarejestrowanie osób do ubezpieczenia społecznego w celu otrzymania świadczeń ubezpieczeniowych, socjalnych lub innych świadczeń transferowych, mimo że osoby te nie podejmują zatrudnienia.

na zidentyfikowane w odrębnym postępowaniu prowadzenie przez te podmioty działalności naruszającej prawo publiczne, mającej na celu unikanie przez te podmioty ograniczeń wynikających z prowadzonego nadzoru. Rozwiązanie to może budzić pewne kontrowersje, z uwagi na to, że prawo unijne wyklucza możliwość wprowadzenia mechanicznych i opartych na domniemaniach rozwiązań, skutkujących uznaniem danej operacji transgranicznej za nadużycie prawa.

Jednocześnie spółka przekształcana może (lecz nie musi) przedłożyć sądowi rejestrowemu zaświadczenie urzędu skarbowego, potwierdzające, że transgraniczne przekształcenie nie stanowi nadużycia prawa podatkowego. Zaświadczenie jest wydawane na podstawie § 118 austriackiej ordynacji podatkowej (*Bundesabgabenordnung*) (a więc w istocie interpretację podatkową). W takim przypadku sąd wydający zaświadczenie o zgodności z prawem transgranicznego przekształcenia powinien przyjąć, że nie prowadzi ono do nadużycia prawa podatkowego (innymi słowy jest związany z oceną organu podatkowego).

W ramach prowadzenia badania, czy transgraniczne przekształcenie stanowi nadużycie prawa, sąd może zażądać informacji i dokumentów od spółki przekształcanej, informacji i dokumentów od wszelkich władz lub organów krajowych bądź władz lub organów innych państw członkowskich, jak również powołać biegłego (§ 21 ust. 8 EU-UmgrG).

Wydanie zaświadczenia powinno nastąpić w ciągu trzech miesięcy, przy czym termin ten może zostać wydłużony do sześciu miesięcy w razie konieczności konsultacji z innymi organami lub przeprowadzenia postępowania dowodowego.

4.4. Francja

Dyrektywa 2019/2021 została wdrożona do prawa francuskiego zarządzeniem (*Ordonnance*) nr 2023-393 z dnia 24 maja 2023 r. w sprawie reformy zasad regulujących łączenie, podział oraz transakcje i operacje spółek handlowych (**ustawa francuska**). Zgodnie z ustawą francuską przed wydaniem zaświadczenia o zgodności procedury transgranicznego połączenia, podziału czy przekształcenia z prawem francuskim sąd rejestrowy powinien zbadać wszelkie dokumenty i informacje przedkładane przez wnioskodawcę oraz przeanalizować, czy operacja transgraniczna nie jest przeprowadzana w celach nadużycia lub oszustwa, które prowadzą lub mają na celu obejście prawa Unii Europejskiej lub prawa francuskiego, lub w celach przestępczych. W tym celu sąd rejestrowy bierze pod uwagę wszystkie fakty i okoliczności, o których dowiedział się w trakcie czynności kontrolnych. Nacisk położono w szczególności na współpracę z innymi organami – sąd rejestrowy może zażądać od właściwych organów francuskich wszelkich informacji, które uzna za niezbędne do dokonania oceny, czy operacja transgraniczna nie jest przeprowadzana z zamiarem nadużycia prawa. Podobne żądanie może zostać skierowane do organów państwa przyjmującego. Usprawnieniu

działania sądu rejestrowego służy wprowadzenie zakazu powoływania się na tajemnicę zawodową w razie zwrócenia się przez sąd rejestrowy o przekazanie niezbędnych informacji (art. L. 236–42 ust. 2 pkt 3 ustawy francuskiej).

Dodatkowo sąd rejestrowy może powołać niezależnego eksperta, którego wynagrodzenie pokrywa spółka, w celu dokonania oceny, czy operacja transgraniczna nie stanowi nadużycia prawa (art. L. 236–42 ust. 2 pkt 2 ustawy francuskiej).

Ustawa francuska zawiera również przepisy szczególne, doprecyzowujące wynikające z prawa unijnego zasady partycypacji pracowników w procesie transgranicznego połączenia, podziału i przekształcenia oraz ochrony wspólników mniejszościowych (w tym reguluje możliwość ich wyjścia ze spółki). Wprowadzono w niej też rozwiązania chroniące pracowników przed pozbawieniem ich ochrony wynikającej z określonych w prawie francuskim zasad akcjonariatu pracowniczego, regulowanych przez francuski kodeks pracy (art. L. 236–39 ustawy francuskiej). Ponadto na sąd rejestrowy nałożono obowiązek zweryfikowania, czy operacja transgraniczna nie jest przeprowadzana w celu pozbawienia pracowników ich praw do udziału w zyskach spółki (art. L. 236–42 ust. 2 pkt 3 ustawy francuskiej).

4.5. Włochy

Dyrektywę 2019/2021 implementowano do prawa włoskiego ustawą z 2 marca 2023 r. (**ustawa włoska**). Zgodnie z ustawą włoską zaświadczenie o zgodności z prawem włoskim operacji transgranicznej wydaje notariusz na wniosek włoskiej spółki uczestniczącej w operacji transgranicznej (art. 29 ust. 1 ustawy włoskiej). Przed wydaniem zaświadczenia notariusz powinien zweryfikować, czy zgodnie z otrzymanymi informacjami i dokumentami połączenie nie jest przeprowadzane w celu oczywistego nadużycia lub oszustwa skutkującego naruszeniem bądź obejściem bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa unijnego lub prawa włoskiego oraz czy operacja transgraniczna nie ma na celu popełnienia przestępstwa (art. 29 ust. 13 ustawy włoskiej).

W celu umożliwienia notariuszowi wykonania tego zadania ustawodawca włoski nałożył na spółkę zamierzającą dokonać operacji transgranicznej szereg obowiązków informacyjnych. W szczególności do wniosku o wydanie zaświadczenia o zgodności operacji transgranicznej z prawem włoskim należy załączyć wydane nie wcześniej niż 90 dni przed złożeniem wniosku zaświadczenia od odpowiednich organów o braku zobowiązań publicznoprawnych. To na spółce biorącej udział w operacji transgranicznej spoczywa ciężar wykazania za pomocą pozyskanych przez nią odpowiednich zaświadczeń, że nie posiada zobowiązań podatkowych, zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, nie ciąży na niej administracyjne kary pieniężne itp. (zob. art. 31 ustawy włoskiej). Rozwiązanie to może budzić pewne wątpliwości, uzależnia bowiem skorzystanie z przysługującej spółce swobody

przedsiębiorczości od spełnienia szeregu dodatkowych obowiązków, niewynikających z prawa unijnego.

Spółka posiadająca zobowiązania względem sektora publicznego może uczestniczyć w operacji transgranicznej pod warunkiem odpowiedniego zabezpieczenia ich wypełnienia. Ustawa określa dopuszczalne formy zabezpieczenia (np. gwarancje bankowe, ubezpieczeniowe lub kaucje pieniężne), wymagając, by opiewało ono na co najmniej 115% niezaspokojonych zobowiązań publicznoprawnych (art. 31 ust. 1 ustawy włoskiej).

Dodatkowo przed wydaniem zaświadczenia o zgodności operacji transgranicznej z prawem włoskim notariusz może zażądać przedłożenia opinii biegłego rewidenta powołanego przez spółkę lub też samodzielnie powołać takiego biegłego. W takim przypadku zadaniem biegłego jest weryfikacja dokumentów i zaświadczeń wymaganych przez ustawę i przedkładanych przez spółkę (art. 30 ust. 3 i 4 ustawy włoskiej).

Ze względu na to, że we włoskiej procedurze wydawania zaświadczeń o zgodności transgranicznych połączeń, podziałów i przekształceń z prawem włoskim zasadniczy ciężar pozyskania odpowiednich zaświadczeń i informacji spoczywa na wnioskodawcy, który powinien uzyskać wymaganą dokumentację przed złożeniem wniosku, włoski ustawodawca wyznaczył notariuszowi krótki, 30-dniowy termin na wydanie zaświadczenia. Termin ten może zostać wydłużony w przypadku złożoności sprawy (art. 29 ust 4 i 5 ustawy włoskiej).

4.6. Hiszpania

Dyrektywę 2019/2021 implementowano do prawa hiszpańskiego dekretem 5/2023. Zgodnie z nim do wniosku do rejestru handlowego (*Registador Mercantil*) o wydanie certyfikatu o zgodności operacji transgranicznej z prawem hiszpańskim należy dołączyć informacje o przestrzeganiu przez spółkę zobowiązań wobec organów publicznych. W ramach swojej funkcji kontroli legalności w przypadku podejrzenia nadużycia lub oszustwa rejestr handlowy może również zażądać od odpowiedniego organu lub podmiotu publicznego dostarczenia wszelkich dodatkowych informacji, które uzna za niezbędne. W szczególności będą to informacje na temat stanu przestrzegania przez spółkę obowiązków w zakresie kompetencji tego organu lub podmiotu, informacji, które mogą być uzyskane od organów podatkowych, gospodarczych, społecznych lub karnych i które w związku z tym będą obejmować wszelkiego rodzaju kwestie związane z tymi obszarami. Może również zażądać informacji od właściwych organów państwa przeznaczenia, którego prawo będzie regulować spółkę powstałą w wyniku operacji.

Certyfikat zgodności operacji transgranicznej z prawem hiszpańskim wydawany jest w terminie trzech miesięcy od złożenia wniosku, przy czym w wyjątkowych przypadkach termin ten może zostać wydłużony do sześciu miesięcy, jeżeli rejestr handlowy ma

uzasadnione podstawy, aby podejrzewać, że przedłożona transakcja jest przeprowadzana w celu nadużycia lub oszustwa, że jej celem lub skutkiem jest obejście prawa Unii bądź prawa hiszpańskiego lub że służy ona celom przestępczym (art. 91 ust. 1 dekretu 5/2023).

W razie powzięcia takich podejrzeń rejestr handlowy może zażądać od spółki dostarczenia wszelkich dodatkowych informacji, które uzna za niezbędne (w tym w szczególności informacje dotyczące miejsca, w którym będzie zlokalizowana faktyczna działalność gospodarcza spółki, centrum jej faktycznej administracji, miejsce pracy jej pracowników, aktywa itp.) (art. 91 ust. 2 pkt 1 dekretu 5/2023).

Podmiot prowadzący rejestr handlowy może zwrócić się również do właściwego organu publicznego o przedłożenie informacji w zakresie kompetencji tego organu. Żądanie to może zostać złożone w szczególności do podmiotów odpowiedzialnych za kwestie podatkowe, karne oraz dotyczące zabezpieczenia społecznego. Odpowiednie żądanie może zostać skierowane także do organów państwa przeznaczenia (art. 91 ust. 2 pkt 2 dekretu 5/2023).

Jeżeli podmiot, prowadząc rejestr handlowy, nie jest w stanie samodzielnie ocenić zebranych informacji, może powołać niezależnego eksperta, którego koszt ponosi spółka biorąca udział w operacji transgranicznej (art. 91 ust. 3 dekretu 5/2023).

W przypadku gdy przeprowadzona analiza doprowadzi do wniosku, że operacja transgraniczna dokonywana jest w celu nadużycia lub oszustwa, następuje odmowa wydania zaświadczenia o zgodności procedury z prawem hiszpańskim (art. 91 ust. 5 dekretu 5/2023).

4.7. Polska

Dyrektywa 2019/2021 została wdrożona do prawa polskiego ustawą z dnia 16 sierpnia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw⁵³.

W prawie polskim wprowadzono zasadę, zgodnie z którą sąd rejestrowy powinien wydać zaświadczenie o zgodności z prawem polskim operacji transgranicznej w zakresie procedury podlegającej prawu polskiemu w terminie trzech miesięcy od dnia złożenia wniosku, chyba że stwierdzi, że operacja transgraniczna służy nadużyciu, naruszeniu lub obejściu prawa (art. 516¹² § 6 KSH, art. 550¹⁵ § 5 KSH oraz art. 580¹³ § 5 KSH). Dla zbadania tej okoliczności można przedłużyć termin na wydanie zaświadczenia o zgodności z prawem polskim operacji transgranicznej o trzy miesiące (art. 516¹² § 10 KSH, art. 550¹⁵ § 9 KSH oraz art. 580¹³ § 9 KSH).

Jednocześnie do prawa polskiego wprowadzono domniemanie, że w przypadku, w którym operacja transgraniczna prowadzi do posiadania miejsca rzeczywistego zarządzania lub działalności gospodarczej spółki w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie-stronie umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (w którym spółka albo

⁵³ Dz. U. z 2023 r. poz. 1705.

spółki mają się znaleźć po dokonaniu operacji transgranicznej), przypuszcza się, że brak jest okoliczności wskazujących na nadużycie, naruszenie lub obejście prawa (art. 516¹² § 8 KSH, art. 550¹⁵ § 7 KSH, art. 580¹³ § 7 KSH).

W Uzasadnieniu Zmiany KSH słusznie wskazano, że ocena, czy dana operacja transgraniczna stanowi naruszenie prawa, jest zadaniem o charakterze interdyscyplinarnym i wymaga wiedzy m.in. z zakresu prawa karnego, podatkowego oraz prawa pracy, a sąd rejestrowy nie posiada kompetencji do oceny tego rodzaju kwestii⁵⁴. Z tego powodu za zasadne uznano wprowadzenie mechanizmu kooperacji różnego rodzaju organów przy badaniu zgodności z prawem transgranicznego połączenia, przy przyznaniu wiodącej roli sądowi rejestrowemu, który powinien koordynować działania zaangażowanych organów⁵⁵.

Założenie to zostało wdrożone poprzez wprowadzenie zasady, zgodnie z którą wniosek o wydanie zaświadczenia o zgodności z prawem polskim operacji transgranicznej kierowany jest do sądu rejestrowego wraz z wnioskiem do właściwego organu podatkowego o wydanie opinii odnośnie do zgodności operacji transgranicznej z przepisami prawa podatkowego (zob. art. 516¹² § 1 KSH, art. 550¹⁵ § 1 KSH, art. 580¹³ § 1 KSH, zob. także art. 119zzl–119zzs ordynacji podatkowej). W zakresie prawa podatkowego opinia wydawana jest przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej. Jej przedmiotem jest w szczególności ocena, czy istnieje uzasadnione podejrzenie, że operacja transgraniczna została dokonana wyłącznie lub w przeważającej mierze w celu osiągnięcia nieuzasadnionej korzyści podatkowej (art. 119a § 1 ust. 3 ordynacji podatkowej) bądź też stanowi nadużycie prawa podatkowego. Przed jej wydaniem Szef Krajowej Administracji Skarbowej może zasięgnąć opinii innych organów, w tym ministra właściwego do spraw finansów publicznych, Generalnego Inspektora Informacji Finansowej, Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, naczelnika urzędu skarbowego właściwego dla podatnika, naczelnika urzędu celno-skarbowego, a w przypadku podatków i opłat, do których ustalania lub określania są uprawnieni wójt, burmistrz (prezydent miasta), starosta lub marszałek województwa – również tych organów (art. 119zzn § 1 ordynacji podatkowej).

Niezależnie od uzyskania obligatoryjnej opinii Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, w razie powzięcia w tym zakresie poważnych wątpliwości, sąd rejestrowy przed wydaniem zaświadczenia o zgodności z prawem polskim operacji transgranicznej w zakresie procedury podlegającej prawu polskiemu może zwrócić się o opinię do właściwych organów w celu zbadania określonego zakresu działalności spółki lub zasięgnąć opinii biegłego (art. 516¹² § 7 KSH, art. 550¹⁵ § 6 KSH oraz art. 580¹³ § 6 KSH). W Uzasadnieniu Zmiany KSH wskazano, że organem takim może być w szczególności Państwowa Inspekcja Pracy, jako organ wyspecjalizowany w sprawach nadzoru i przestrzegania prawa pracy⁵⁶.

⁵⁴ Uzasadnienie Zmiany KSH, s. 48.

⁵⁵ Tamże, s. 49.

⁵⁶ Tamże.

5. Podsumowanie

Dokonana analiza prowadzi do wniosku, że odmawiając wydania zaświadczenia potwierdzającego zgodność operacji transgranicznej z przepisami prawa państwa wyjścia z uwagi na zidentyfikowanie przez właściwy organ nadużycia prawa, konieczne jest uwzględnienie dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości, odnoszącego się do granic swobody przedsiębiorczości. W jego świetle należy przyjąć, że nadużycie prawa przy wykorzystaniu operacji transgranicznej musi zostać wykazane po przeprowadzeniu odpowiedniej procedury na podstawie skonkretyzowanych podstaw i dowodach. Nie jest wystarczające posłużenie się domniemaniem czy też mechanicznym rozwiązaniem innego rodzaju. Ponadto ze względu na obowiązywanie zasady proporcjonalności odmowa wydania zaświadczenia potwierdzającego zgodność operacji transgranicznej z przepisami państwa emigracji nie powinna być motywowana względami ochrony grup, których interesy są należycie zabezpieczone przy wykorzystaniu innych mechanizmów, mniej ingerujących w zasadę swobody przedsiębiorczości. Do grup tych należą w szczególności wierzyciele oraz wspólnicy mniejszościowi, których prawa podlegają ochronie w wystarczający sposób na podstawie zharmonizowanych rozwiązań, określonych w przepisach dyrektywy 2017/1132.

Poddane analizie w niniejszym opracowaniu rozwiązania, przyjęte w wybranych państwach członkowskich, w ogólnym zarysie wdrażają w życie ten postulat. W każdym z nich wyposażono bowiem organ wydający zaświadczenie potwierdzające zgodność operacji transgranicznej z przepisami państwa wyjścia w instrumenty pozwalające zweryfikować, czy operacja ta nie doprowadzi do naruszenia prawa lub jego obejścia. Wprowadzane rozwiązania nie mają również (poza pewnymi wyjątkami) charakteru mechanicznego.

Bliższa analiza pozwala jednak na dostrzeżenie różnic w podejściu pomiędzy konkretnymi państwami członkowskimi, zwłaszcza w odniesieniu do szczegółowości badania prowadzonego przez organ wydający zaświadczenie o zgodności transgranicznego połączenia, podziału lub przekształcenia z prawem krajowym. Różnice te przejawiają się przykładowo w zaangażowaniu innych organów w ocenę, czy operacja transgraniczna stanowi nadużycie prawa. Podczas gdy w Polsce obligatoryjne jest zasięgnięcie opinii odpowiednich organów administracji skarbowej w odniesieniu do tego, czy istnieje uzasadnione podejrzenie, że operacja transgraniczna została dokonana wyłącznie lub w przeważającej mierze w celu osiągnięcia nieuzasadnionej korzyści podatkowej, w pozostałych krajach udział innych

podmiotów niż organ prowadzący właściwy rejestr spółek w rozstrzyganiu tej kwestii jest fakultatywny (takie rozwiązanie przyjęto np. w Niemczech czy we Francji). Na szczególną uwagę zasługują rozwiązania austriackie, które nie wymagają wprawdzie pozyskania opinii organu podatkowego, jeśli jednak wnioskodawca uzyska interpretację podatkową odnośnie do tego, że operacja transgraniczna nie stanowi nadużycia prawa podatkowego, interpretacja organu skarbowego jest wiążąca w postępowaniu o wydanie zaświadczenia o zgodności operacji transgranicznej z prawem państwa emigracji.

Istotne różnice pomiędzy państwami członkowskimi dotyczą roli podmiotu wydającego zaświadczenie o zgodności operacji transgranicznej z prawem państwa emigracji w koordynacji pracy organów wspomagających go przy ocenie tego, czy planowana operacja transgraniczna nie stanowi nadużycia prawa. Z uznaniem należy odnieść się w tym zakresie do rozwiązań polskich, które obciążają sąd rejestrowy, a nie wnioskodawcę koordynacją prac innych organów, w tym Szefa Krajowej Administracji Skarbowej. Rozwiązanie to usuwa bariery proceduralne, które mogłyby zostać uznane za faktyczne przeszkody w korzystaniu przez spółki, dla których Polska jest krajem emigracji, z zasady swobody przedsiębiorczości. Na przeciwnym biegunie plasują się rozwiązania przyjęte we Włoszech. Włoski ustawodawca nałożył bowiem na spółkę, która planuje operację transgraniczną, obowiązek uzyskania szeregu dokumentów i zaświadczeń od innych organów administracji publicznej, co może znacznie komplikować proces transgranicznego przekształcenia, połączenia i podziału oraz zmniejszać atrakcyjność tych procedur.

Należy zwrócić uwagę również na podkreślenie w ustawodawstwie niektórych praw członkowskich roli współpracy z innymi organami państwa emigracji, jak również z odpowiednimi organami państwa imigracji (kwestie te zaakcentowano np. w prawie hiszpańskim i francuskim). W niektórych przypadkach podkreślono wprost możliwość przekazywania organowi badającemu zgodność operacji transgranicznej informacji objętych tajemnicą zawodową (np. we Francji) oraz bezpośrednio upoważniono organy krajowe do przekazywania informacji organom państwa emigracji (np. w Niemczech).

Warto także podkreślić, że poddane analizie regulacje wybranych państw członkowskich jako główne ryzyko związane ze stosowaniem operacji transgranicznych identyfikują uchylanie się od obowiązków podatkowych oraz obowiązku w zakresie wnoszenia składek na ubezpieczenia społeczne. Akcentowane są również kwestie pracownicze (zwłaszcza w Niemczech i we Francji). Stosunkowo wąski zakres zastosowania klauzuli nadużycia prawa jest wynikiem zapewnienia wystarczającej ochrony (zawartym w dyrektywie) pozostałym grupom, których interesy mogą zostać naruszone w wyniku transgranicznego połączenia, podziału lub przekształcenia spółek (tj. wierzycielom oraz akcjonariuszom mniejszościowym).

Bibliografia

- Andreeva V., *The evolution of the principle of freedom of establishment in the European Union Company law: the long path from Centros to cross-border conversions Directive*, [online:] https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4372581 (dostęp: 23.09.2023).
- European Company Law Experts, *The Commission's 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – an Assessment*, „European Company and Financial Law Review” 2019, nr 16.
- Hübner L., *EuGH: Niederlassungsfreiheit erlaubt isolierte Verlegung des Satzungssitzes*, „Lindenmaier-Möhring“ 2017.
- Kindler P., *Unternehmensmobilität nach „Polbud“: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik*, „Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht” 2018, nr 1.
- Radwan A., *Ius dissidentium. Granice konsensusu korporacyjnego i władzy większości w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2016.
- Schmidt J., *Cross-border Mergers, Dvisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package*, „European Company and Financial Law Review” 2016, nr 16.
- Teichmann C., *Cross-border Conversions, Mergers and Divisions Based on Directive (EU) 2019/2121*, s. 3, [online:] <https://ssrn.com/abstract=4445498> lub <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4445498> (dostęp: 24.09.2023).
- Ventoruzzo M., *Cross-border Mergers, Change of Applicable laws and Protection of Dissenting Shareholders: Withdrawal Rights Under Italian Law*, „European Company and Financial Law Review” 2007, [online:] <https://ssrn.com/abstract=960579> (dostęp: 24.09.2023).
- Wierzbicki P., *„Inspire art” – prawo właściwe dla spółek a swobody traktatowe. Glosa do wyroku TS z dnia 30 września 2003 r., C-167/01, „Przegląd Prawa Handlowego” 2004, nr 8.*
- Zawadzka-Łojek A., Grzeszczak R. [red.], *Prawo materialne Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.

Orzecznictwo

- Wyr. TS z dnia 10 kwietnia 1984 r., C-14/83, *von Colson i Kamann*, EU:C:1984:153.
- Wyr. TS z dnia 13 listopada 1990 r., C-106/89, *Marleasing SA*, ECLI:EU:C:1990:395.
- Wyr. TS z dnia 9 marca 1999 r., C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126.
- Wyr. TS z dnia 5 listopada 2002 r., C-209/00, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632.
- Wyr. TS z dnia 30 września 2003 r., C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512.
- Wyr. TS z dnia 4 lipca 2006 r., C-212/04, *Konstantinos Adeneleri*, ECLI:EU:C:2006:443.
- Wyr. TS z dnia 12 września 2006 r., C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ECLI:EU:C:2006:544.
- Wyr. TS z dnia 13 grudnia 2005 r., C-411/03, *SEVIC Systems*, ECLI:EU:C:2005:437.
- Wyr. TS z dnia 16 grudnia 2008 r., C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:294.
- Wyr. TS z dnia 12 lipca 2012 r., C-378/10, *Vale Epitesi*, ECLI:EU:C:2012:440.
- Wyr. TSUE z dnia 25 października 2017 r., C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:351.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2000 r. Nr 94 poz. 1037 z późn. zm.).
- Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r. (Dz. Urz. UE 2010/C 083/01, s. 47).
- Dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (Dz. Urz. L 310 z 25.11.2005, s. 1-9).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1132 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie niektórych aspektów prawa spółek (Dz. Urz. UE 169 z 30.06.2017, s. 46 z późn. zm.).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2121 z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2017/1132 w odniesieniu do transgranicznego przekształcania, łączenia i podziału spółek (Dz. Urz. UE 321 z 12.12.2019, s. 1-44).
- Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, [online:] <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/06/28/5> (dostęp: 14.10.2023).
- EU-Umgründungsgesetz, [online:] https://www.parlament.gv.at/dokument/XXVII/I/2028/fname_1553993.pdf (dostęp: 30.09.2023).
- Umwandlungsgesetz, [online:] https://www.gesetze-im-internet.de/umwg_1995/ (dostęp: 1.10.2023).
- Ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales, JORF nr 0120, 25.05.2023, [online:] <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047584074> (dostęp: 14.10.2023).
- Decreto legislativo 2.03.2023, n. 19, Attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere. (23G00027) (GU Serie Generale nr 56, 07.03.2023), [online:] <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/03/07/23G00027/sg> (dostęp: 1.10.2023).