



Instytut Wymiaru Sprawiedliwości

**Zdolność do transgranicznych
przekształceń i połączeń
osobowych spółek handlowych**
Analiza zasadności wprowadzenia
zmian do polskiego porządku prawnego

dr hab. Krzysztof Oplustil, prof. UJ
dr Ariel Mucha



Prawo prywatne
Warszawa 2024

Spis treści

Streszczenie raportu	5
I. Wprowadzenie	9
II. Prawo do przeprowadzenia transgranicznych połączeń i przekształceń przez spółki osobowe w świetle przepisów prawa pierwotnego UE	13
A. Swoboda przedsiębiorczości – zakres podmiotowy	13
B. Treść swobody przedsiębiorczości	15
C. Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle orzecznictwa TS UE dotyczącego swobody przedsiębiorczości spółek	16
D. Prawo wtórne UE w zakresie reorganizacji spółek osobowych	21
III. Uwagi prawnoporównawcze	25
IV. Transgraniczne reorganizacje spółek osobowych w prawie polskim	27
A. Zakres podmiotowy implementacji unijnych przepisów o transgranicznych łączeniach i przekształceniach i systemowa niespójność przepisów o reorganizacjach spółek	27
B. Kwestia stosowania zharmonizowanych przepisów o transgranicznych łączeniach i przekształceniach spółek kapitałowych oraz S.K.A. do pozostałych spółek osobowych w drodze analogii	28
C. Kolidyjnoprawne aspekty transgranicznych łączeń i przekształceń z udziałem handlowych spółek osobowych innych niż S.K.A.	30
D. Procedura reorganizacji spółek osobowych <i>de lege lata</i>	33
1. Uwagi ogólne	33
2. Emigracyjna reorganizacja polskiej spółki	33
3. Imigracyjna transgraniczna reorganizacja z udziałem spółki osobowej	39
V. Uwagi <i>de lege ferenda</i>	43
Bibliografia	47

Streszczenie raportu

1. Obowiązujące przepisy prawa polskiego oraz unijnego nie odnoszą się bezpośrednio do problemu transgranicznych reorganizacji spółek osobowych. Zagadnienie to nie jest również przedmiotem prac legislacyjnych, które dawałyby podstawy, aby w najbliższej przyszłości doszło do wprowadzenia konkretnych rozwiązań prawnych w tym obszarze (pkt I. Wprowadzenie niniejszego opracowania).

2. Prawo pierwotne Unii Europejskiej obejmuje swobodę przedsiębiorczości, z której korzystać mogą spółki założone na gruncie prawa jednego z państw członkowskich i posiadający tam swoją siedzibę – art. 49 w zw. z 54 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE). Na gruncie wskazanych przepisów poprzez pojęcie spółki rozumie się również spółki osobowe (A i B, II. Prawo do przeprowadzenia transgranicznych połączeń i przekształceń przez spółki osobowe w świetle przepisów prawa pierwotnego UE).

3. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości w sprawach *SEVIC Systems* (C-411/03), *Cartesio* (C-210/06), *Vale* (C-378/10) oraz *Polbud* (dalej: *Polbud*; C-106/16) ze swobody przedsiębiorczości wynika prawo spółek, w tym spółek osobowych, do przeprowadzenia transgranicznej reorganizacji. Uprawnienie to jest niezależne od tego, czy we wtórnym prawie unijnym lub prawie krajowym zostały przyjęte przepisy dotyczące transgranicznych operacji. Jedynym warunkiem w sytuacji braku uregulowań unijnych jest występowanie w prawie krajowym przepisów pozwalających spółkom na przeprowadzenie wewnątrz krajowych reorganizacji danego rodzaju. W takiej sytuacji obowiązkiem organów państwa członkowskiego jest zapewnienie spółkom możliwości przeprowadzenia transgranicznej reorganizacji w oparciu o obowiązujące krajowe przepisy dostosowane do operacji transgranicznych, zgodnie z zasadami równoważności i skuteczności (C, II. Prawo do przeprowadzenia transgranicznych połączeń i przekształceń przez spółki osobowe w świetle przepisów prawa pierwotnego UE).

4. Unijne prawo wtórne w zakresie transgranicznych reorganizacji obejmuje wyłącznie spółki kapitałowe i, ewentualnie, spółki komandytowo-akcyjne, jeżeli zostały wymienione w załączniku II do dyrektywy 2017/1132. W odniesieniu do pozostałych spółek osobowych państwa członkowskie nie są zobowiązane na gruncie unijnego prawa wtórnego do wprowadzenia przepisów dotyczących transgranicznych reorganizacji (D, II. Prawo do przeprowadzenia

transgranicznych połączeń i przekształceń przez spółki osobowe w świetle przepisów prawa pierwotnego UE).

5. W ujęciu porównawczym niewiele państw członkowskich dopuszcza wyraźnie transgraniczne reorganizacje spółek osobowych. Wśród tego rodzaju państw znajdują się kraje bliskie geograficznie i gospodarczo Polsce, jak chociażby Czechy (III. Uwagi prawnoporównawcze).

6. Polski Kodeks spółek handlowych (dalej: k.s.h.) nie zawiera żadnych przepisów, które regulowałyby uczestnictwo spółki jawnej, partnerskiej i komandytowej, uregulowanych w polskim prawie, a także ich odpowiedników podlegających prawu innego niż Polska państwa członkowskiego Unii Europejskiej (dalej: UE) lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, w transgranicznych łączeniach i przekształceniach. Analiza pierwotnego prawa unijnego na tle przepisów k.s.h. o wewnątrz krajowych odmianach wspomnianych operacji z udziałem osobowych spółek handlowych innych niż spółka komandytowo-akcyjna (dalej: S.K.A.) prowadzi jednak do wniosku, że operacje takie są możliwe w świetle traktatowej swobody przedsiębiorczości, niezależne od istnienia w danym prawie krajowym przepisów regulujących dany typ transgranicznej operacji. Oznacza to, że już *de lege lata* krajowe organy (w tym przede wszystkim sądy rejestrowe) nie mogą zakazać transgranicznej operacji z udziałem tych spółek osobowych lub ich odpowiedników występujących w prawie innych państw członkowskich (w szczególności odmówić rejestracji operacji transgranicznej bądź wykreślenia z rejestru przedsiębiorców polskiej spółki osobowej tracącej byt prawny w jej wyniku; A, IV. Zakres podmiotowy implementacji unijnych przepisów o transgranicznych łączeniach i przekształceniach i systemowa niespójność przepisów o reorganizacjach spółek).

7. Przeprowadzenie transgranicznej reorganizacji z udziałem spółek osobowych powinno być oparte o przepisy o wewnątrz krajowych łączeniach i przekształceniach z udziałem spółek osobowych, z uwzględnieniem transgranicznego aspektu danej reorganizacji. Zakłada to dopuszczalność odpowiedniego stosowania, na zasadzie „punktowej” analogii, niektórych przepisów k.s.h. o transgranicznych łączeniach, względnie przekształceniach, spółek kapitałowych i S.K.A. w tych przypadkach, w których reżim prawny danej wewnątrz krajowej reorganizacji w niedostatecznym stopniu uwzględnia jej transgraniczne aspekty (B, IV. Kwestia stosowania zharmonizowanych przepisów o transgranicznych łączeniach i przekształceniach spółek kapitałowych oraz S.K.A. do pozostałych spółek osobowych w drodze analogii).

8. Na gruncie prawa kolizyjnego transgraniczna procedura łączenia lub przekształcenia wymaga zastosowania przepisów prawa państwa dotychczasowej siedziby spółki oraz przepisów państwa docelowego. Zgodnie z teorią (regułą) kombinacyjną stosowanie niektórych z tych przepisów będzie odbywało się łącznie (kumulatywnie), co z reguły prowadzić będzie do stosowania przepisów krajowych przewidujących surowsze wymogi, a w odniesieniu do innych kwestii wystarczające stanie się rozłączne (dystrybutywne) stosowanie statutów personalnych spółki lub spółek biorących udział w reorganizacji (C, IV. Kolizyjnoprawne

aspekty transgranicznych łącheń i przekształceń z udziałem handlowych spółek osobowych innych niż S.K.A.).

9. Transgraniczne łącheenie z udziałem polskich spółek osobowych innych niż S.K.A. będzie podlegać, w zakresie tzw. fazy menedżerskiej (informacyjnej) i fazy właścicielskiej, przede wszystkim przepisom ogólnym o łącheeniach oraz przepisom o wewnątrz krajowych łącheeniach, tj. art. 517–527 k.s.h. wraz z ogólnymi przepisami o łącheeniach art. 491–497 k.s.h. Ponadto należy zastosować w sposób odpowiedni do niezharmonizowanego transgranicznego łącheenia emigracyjnego (tj. w przypadku, w którym polska spółka osobowa jest przejmowana przez spółkę zagraniczną, względnie spółka nowo utworzona w wyniku połączenia ma podlegać prawu obcemu) z udziałem spółki osobowej innej niż S.K.A. zharmonizowane przepisy o wydaniu przez polski sąd rejestrowy zaświadczenia o zgodności z prawem polskim przeprowadzonej procedury transgranicznego łącheenia spółek kapitałowych i S.K.A. (por. art. 516¹² § 1 k.s.h.). W przypadku łącheenia emigracyjnego wchodzi też w rachubę odpowiednie zastosowania przepisów art. 516¹¹ do ochrony wspólników (w szczególności komandytariuszy) polskiej spółki oraz art. 516¹⁰ k.s.h. jako instrumentu ochrony jej wierzycieli (por. pkt 9–22, D, IV. Procedura reorganizacji spółek osobowych *de lege lata*).

10. Do emigracyjnego transgranicznego przekształcenia z udziałem spółki osobowej znajdują zastosowanie przepisy ogólne polskiego k.s.h. dotyczące wszystkich odmian i typów przekształceń oraz przepisy szczególne dotyczące przekształcenia spółki osobowej w spółkę kapitałową, względnie spółki osobowej w inną spółkę osobową, w zależności od tego, do której kategorii zaliczana jest spółka przekształcona w świetle właściwego dla niej prawa państwa przeznaczenia. Procedura przekształcenia w zakresie podlegającym polskiemu prawu obejmuje sporządzenie planu transgranicznego przekształcenia, uwzględniającego elementy określone w art. 558 § 1 i art. 580⁴ § 1 k.s.h., sprawozdania dla wspólników (z możliwością rezygnacji z jego sporządzenia za zgodą wszystkich wspólników, stosownie do art. 580⁵ § 4 k.s.h.), powzięcia uchwały przez wspólników na zasadach określonych odpowiednio w art. 571 i art. 581 k.s.h. Komandytariuszom przekształcanej transgranicznie spółki komandytowej, niezgadzającym się na przekształcenie (por. art. 571 k.s.h.), powinno przysługiwać uprawnienie do „wyjścia” ze spółki za wynagrodzeniem odpowiadającym godziwej wartości ich praw w tej spółce, na podstawie stosowanego odpowiednio art. 580¹¹ k.s.h. Również w odniesieniu do ochrony wierzycieli należy dopuścić analogiczne stosowanie art. 580¹² k.s.h. w celu zapewnienia wierzycielom równoważnej ochrony z tą, jaka przysługuje wierzycielom reorganizowanej S.K.A. Ponadto, zgodnie z art. 574 k.s.h., wspólnicy przekształcanej polskiej spółki osobowej odpowiadają na dotychczasowych zasadach solidarnie ze spółką przekształconą za dotychczasowe zobowiązania przez okres trzech lat od dnia przekształcenia (pkt 23, D, IV. Procedura reorganizacji spółek osobowych *de lege lata*).

11. Polskie organy rejestrowe nie mogą też odmówić zarejestrowania w Polsce tzw. imigracyjnej transgranicznej reorganizacji z udziałem spółki osobowej. Zadaniem polskiego organu rejestrowego w takiej sytuacji będzie weryfikacja procesu transgranicznej reorganizacji, a w razie pozytywnej oceny – zarejestrowanie operacji oraz – w przypadku transgranicznego przekształcenia i łączenia *per unionem* – spółki utworzonej w jej wyniku i podlegającej prawu polskiemu (pkt 24–25, D, IV. Procedura reorganizacji spółek osobowych *de lege lata*).

12. Próba zrekonstruowania w oparciu o obowiązujące przepisy kodeksu spółek handlowych ram prawnych transgranicznych połączeń i przekształceń z udziałem spółek osobowych stwarza poważne problemy praktyczne i ryzyko prawne, z jakimi w praktyce wiązać się będzie przeprowadzenie tego typu operacji. Nie można również wykluczyć, że podejmowane będą próby reorganizacji z udziałem spółek osobowych innych niż S.K.A. w sposób, który może zagrażać bezpieczeństwu polskich interesariuszy, w tym niektórych wspólników lub wierzycieli. Wyraźna regulacja obowiązków, jakie należy dopełnić w związku z emigracyjnym łączeniem i przekształceniem spółki osobowej innej niż S.K.A., pomogłaby zminimalizować ryzyko wystąpienia tego rodzaju sytuacji. Ponadto wprowadzenie autonomicznych przepisów o transgranicznych łączeniach i przekształceniach z udziałem spółek osobowych innych niż S.K.A., wyprzedzających ewentualną unijną harmonizację w tym zakresie, pozwoliłaby wzmocnić atrakcyjność polskiego prawa i bezpieczeństwo prawne. W związku z tym zaleca się *de lege ferenda* wprowadzenie stosownych i kompleksowych regulacji transgranicznych reorganizacji spółek osobowych na gruncie polskiego k.s.h. (V. Uwagi *de lege ferenda* niniejszego opracowania).

I. Wprowadzenie

1. Uchwalenie i implementacja Dyrektywy 2019/2121 skutkowało harmonizacją transgranicznych reorganizacji spółek kapitałowych, tj. transgranicznych podziałów i przekształceń, a także przyniosło pewne zmiany w istniejących już przepisach o transgranicznych łączeniach tych spółek. W prawie polskim harmonizacja ta objęła spółki kapitałowe i spółkę komandytowo-akcyjną. Poza zakresem harmonizacji pozostały inne handlowe spółki (spółka jawna, komandytowa, partnerska).

2. Wymaga podkreślenia, że pojęcie spółki w pierwotnym prawie unijnym, zdefiniowane na gruncie unijnej swobody przedsiębiorczości w art. 54 TFUE¹, ma charakter autonomiczny. Obejmuje ono przede wszystkim każdy rodzaj spółki prawa cywilnego lub handlowego z wyjątkiem tych podmiotów, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysku². Oznacza to, że przewidziane w prawie państw członkowskich osoby prawne i podmioty w odpowiedni sposób wyodrębnione organizacyjnie poprzez nadanie im pewnego stopnia samodzielności podmiotowej i majątkowej objęte są zakresem tej definicji, a więc mogą korzystać ze swobody przedsiębiorczości.

3. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej: TS, Trybunał) wyrażonym przede wszystkim w wyrokach w sprawach *SEVIC Systems* (2005) i *Vale* (2012), transgraniczne reorganizacje (*in casu* były to odpowiednio transgraniczne łączenie i transgraniczne przekształcenie) stanowią *szczególny sposób korzystania ze swobody przedsiębiorczości, istotny dla prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego i należą zatem do działań gospodarczych, w odniesieniu do których państwa członkowskie zobowiązane są przestrzegać swobody przedsiębiorczości*³. Unijne przepisy harmonizujące niewątpliwie ułatwiają w sposób zasadniczy przeprowadzanie transgranicznych reorganizacji, jednak ich przyjęcie nie stanowi warunku *sine qua non* korzystania ze swobody przedsiębiorczości przez spółki

¹ Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 1–388.

² Na temat podmiotowego zakresu traktatowej swobody przedsiębiorczości stosowanej do spółek zob. J. Napierała, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2013, s. 63 i n.; M. Szydło, *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007, s. 188; A. Mucha, *Transgraniczna mobilność spółek kapitałowych w świetle prawa unijnego i polskiego*, Warszawa 2020, s. 101.

³ Por. wyrok TS z 13.12.2005 r. w sprawie *SEVIC Systems*, C-411/03, EU:C:2005:762, pkt 19; wyrok TS z 12.07.2012 r. w sprawie *VALE Építési kft.*, C-378/10, EU:C:2012:440, pkt 24 i 36–41; wyrok TS z 25.10.2017 r. w sprawie *Polbud*, C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 58–59.

określone w art. 54 TFUE⁴. Dla realizacji określonej transgranicznej restrukturyzacji z powołaniem się na swobodę przedsiębiorczości **nie jest konieczne, aby dane prawo krajowe wyraźnie regulowało jej transgraniczną odmianę**. Wystarczające, ale zarazem nieodzowne jest natomiast, aby przy braku harmonizacji ze strony prawa unijnego krajowe porządki prawne właściwe dla wszystkich spółek zaangażowanych w danej transgranicznej operacji zawierały regulację jej wewnątrz krajowej postaci, tj. z wyłącznym udziałem spółek krajowych. Oznacza to, że państwo członkowskie, w którego porządku prawnym uregulowana została określona postać podmiotowej reorganizacji spółek krajowych (łączenie, podział, zmiana formy), nie może wykluczyć skorzystania przez spółki z możliwości przeprowadzenia analogicznych operacji na poziomie transgranicznym. Skutkowałoby to bowiem odmiennym traktowaniem (dyskryminacją) operacji transgranicznych i ograniczeniem dostępu do rynków innych państw członkowskich, co jest sprzeczne ze swobodą przedsiębiorczości. Odmowa przeprowadzenia transgranicznych reorganizacji spółek jest dopuszczalna jedynie *in concreto* i na zasadach, na jakich zgodnie ze stałym orzecnictwem TS środki prawa krajowego mogą ograniczać swobodę przedsiębiorczości (tzw. test proporcjonalności – formuła Gebhard)⁵. Ograniczenie takie musi być więc uzasadnione ze względu na nadrzędne wymogi interesu ogólnego (publicznego), jak np. potrzeba ochrony wspólników mniejszościowych, wierzycieli czy interesów fiskalnych państwa, a stosowane środki krajowe muszą być proporcjonalne i adekwatne dla celu, któremu mają one służyć⁶.

4. Powołane stanowisko TS ma znaczenie dla tych państw członkowskich, które, jak Polska, przyjmują szeroki zakres zdolności w zakresie łączenia i przekształcenia w odniesieniu do wewnątrz krajowych odmian tych typów reorganizacji, przyznając tę zdolność również spółkom osobowym niewymienionym w załączniku II do Dyrektywy 2017/1132. W konsekwencji należy przyjąć, że również te spółki (w prawie polskim: spółka jawna, komandytowa i partnerska) mogą uczestniczyć w transgranicznych łączeniach i przekształceniach z powołaniem się na traktatową swobodę przedsiębiorczości⁷.

5. W praktyce przeprowadzenie niezharmonizowanych reorganizacji transgranicznych jest jednak skomplikowanym procesem, obarczonym znacznym ryzykiem związanym ze stosowaniem niezharmonizowanych przepisów i, w rezultacie, zakwestionowania całego procesu przez organ rejestrowy w państwie, w którym dana reorganizacja ma zostać ostatecznie zarejestrowana. Ponadto można mieć pewne wątpliwości, czy spółki osobowe będą chciały korzystać z transgranicznej mobilności, a jeżeli tak, to jakie powody będą determinować ten wybór. Działalność spółek osobowych często ma charakter lokalny i ogranicza

⁴ Por. wyrok TS z 13.12.2005 r. w sprawie *SEVIC Systems*, C-411/03, pkt 26.

⁵ Zob. wyrok TS z 30.11.1995 r. w sprawie *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, EU:C:1995:411, pkt 37.

⁶ Zob. J. Napierała, *Europejskie prawo...*, s. 125 i n.

⁷ Zdolność podziałowa tych spółek jest natomiast wyłączona na gruncie art. 528 § 2 k.s.h., który obejmuje również podziały transgraniczne.

się do terytorium jednego państwa, a to z uwagi na silny związek o charakterze osobowym wspólników, ich bezpośredni wpływ na bieżące zarządzania spółką, dużą elastyczność w określaniu wewnętrznego ładu organizacyjnego w spółce, a w konsekwencji – mniejszą potrzebę poszukiwania odmiennych rozwiązań prawnych w innych jurysdykcjach. Wprowadzenie reguł transgranicznej reorganizacji może być jednak pożądane z perspektywy wspólników. Jednym z głównych motywów reorganizacji spółek osobowych może być chęć poszukiwania rozwiązań eliminujących lub łagodzących pewne konsekwencje prawnych uwarunkowań funkcjonowania spółek osobowych, do których należą np. regulacja osobistej odpowiedzialności wspólników czy reguły opodatkowania zysków spółki.

6. Z uwagi na znaczne zróżnicowanie regulacji spółek osobowych w krajach członkowskich UE oraz brak harmonizacji prawa unijnego w tym obszarze dopuszczalność transgranicznych operacji z udziałem tych spółek powinna być poddana odpowiedniej kontroli *in casu* ze strony organów krajowych. W obecnym stanie prawnym może dochodzić do całkowicie niekontrolowanych transakcji (niem. *wilde Umwandlungen*)⁸, co miało miejsce, nawet jeżeli sporadycznie, w odniesieniu do spółek kapitałowych przed uchwaleniem dyrektywy 2019/2121⁹. Z tego względu należy rekomendować podjęcie próby uregulowania w Polsce reorganizacji transgranicznych z udziałem spółek osobowych. Na poziomie polityki prawa regulacja taka przyczyniłaby się do wzrostu międzynarodowej atrakcyjności polskiego prawa spółek, zapewniając ramy prawne dla transgranicznego łączenia i przekształcenia z udziałem wszystkich polskich spółek osobowych oraz przewidując instrumenty ochrony ich krajowych interesariuszy (w szczególności wierzycieli, ale także wspólników niezgadzających się na daną operację). Z prawnosystemowego punktu wyraźna regulacja transgranicznych reorganizacji z udziałem wszystkich spółek osobowych pozwoliłaby osiągnąć pełną spójność z przepisami o wewnątrz krajowych reorganizacjach tych spółek. Nie ma bowiem systemowego uzasadnienia dla odmiennego traktowania przez ustawodawcę, w aspekcie transgranicznego łączenia i przekształcenia, spółek osobowych i spółek kapitałowych oraz różnic występujących aktualnie między wewnątrz krajowymi i transgranicznymi odmianami tych reorganizacji.

⁸ Zob. P. Kindler, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Internationales Privatrecht II. Internationales Wirtschaftsrecht*, t. 12, red. J. von Hein, Monachium 2018, s. 1628, nb. 126.

⁹ Zob. A. Mucha, *O transgranicznym przekształceniu spółki na przykładzie jej „wrogięgo przejęcia” przez państwo członkowskie Unii Europejskiej – glosa do orzeczenia niemieckiego Oberlandesgericht Frankfurt am Main z 3.01.2017 r. (20 W 88/15)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 12, s. 44.

II. Prawo do przeprowadzenia transgranicznych połączeń i przekształceń przez spółki osobowe w świetle przepisów prawa pierwotnego UE

A. Swoboda przedsiębiorczości – zakres podmiotowy

1. Zgodnie z art. 54 zd. 2 TFUE przez spółki rozumie się spółki prawa cywilnego lub handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem tych, których działalność nie jest nastawiona na osiągnięcie zysków. W ujęciu podmiotowym swobodą przedsiębiorczości objęty został szeroki katalog jednostek organizacyjnych utworzonych i prowadzących działalność na terenie państw członkowskich. Zawarta w art. 54 zd. 2 TFUE definicja spółki¹⁰ (ang. *companies or firms*)¹¹ ma charakter autonomiczny, a więc dla ustalenia co jest, a co nie jest spółką w świetle prawa unijnego, nie ma decydującego znaczenia treść norm obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich¹². Definicja ta zatem z konieczności obejmuje praktycznie wszystkie utworzone na gruncie prawa krajowego¹³ organizacje (ang. *legal persons*), również te nieposiadające odrębnej osobowości lub nawet podmiotowości prawnej (pozbawione „prawnej samodzielności”¹⁴)¹⁵.

2. Zdefiniowana w sposób przedstawiony powyżej spółka, aby korzystać z traktatowej swobody przedsiębiorczości przewidzianej w art. 54 TFUE, powinna zostać utworzona na podstawie prawa jednego z państw członkowskich, a ponadto mieć siedzibę rejestrową (statutową), administracyjną (zarządu) lub faktyczne miejsce prowadzenia działalności

¹⁰ Na temat wad tej definicji wynikających z tautologicznego charakteru zob. E. Skibińska, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. 1, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 913.

¹¹ Prawidłowym tłumaczeniem tego terminu z języka angielskiego (w wersjach niemieckiej, francuskiej i włoskiej pojawi się jedynie termin „spółka”) byłoby „spółki i inne jednostki organizacyjne” z uwagi na to, że pojęcie *firms* ma właściwie takie samo znaczenie jak *partnerships* (choć współcześnie *firms* używa się również do oznaczenia spółki [*company*]). Zob. B.A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Saint Paul 2009, s. 710, zgodnie z tym słownikiem *firms* obejmuje wszystkie formy wspólnej działalności gospodarczej pomiędzy dwoma lub większą liczbą osób. Por. S. Lombardo, *Some Reflections on Freedom of Establishment of Non-profit Entities in the European Unions*, „European Business Organization Law Review” 2013, nr 2, s. 232, przypis 19. Autor ten dodatkowo wskazuje, że taka szeroka definicja miała na celu uwzględnienie różnic zachodzących pomiędzy wszystkimi państwami w zakresie podejścia do zorganizowanych podmiotów gospodarczych.

¹² Zob. M.A. Dausés, *Jednolite prawo cywilne w Europie?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 6, s. 16.

¹³ Bez znaczenia jest klasyfikacja źródeł prawa utworzenia spółki – prawo prywatne lub publiczne.

¹⁴ Zob. M. Szydło, *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007, s. 188.

¹⁵ Zob. ibidem, s. 189 i n.; por. E. Skibińska, [w:] *Traktat...*, s. 915, która stwierdza, że jednostka organizacyjna powinna co najmniej mieć podmiotowość prawną. Tak również jak się wydaje: J. Napierała, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2013, s. 63 i n.

gospodarczej na terenie Unii¹⁶. Pierwszy z wymienionych wymogów odnosi się do utworzenia i przynależności spółki do jednego z systemów prawnych, na podstawie którego spółka została założona i wywodzi na gruncie przepisów prawa swój szczególny status. Z uwagi na brak pełnej harmonizacji prawa spółek w Europie dopiero utworzenie spółki na gruncie prawa krajowego pozwala na powołanie się przez spółkę na postanowienia traktatowe i skorzystanie z uprawnień tam zawartych¹⁷. Z kolei spółka obecna gospodarczo na wspólnym rynku, ale utworzona na podstawie prawa państwa niewchodzącego w skład UE, nie będzie mogła korzystać ze swobody przedsiębiorczości. Istnieją dwie dodatkowe kwestie, które należy rozważyć w związku z wymogiem utworzenia spółki na terenie unijnym, a mianowicie – jak należy rozumieć pojęcie utworzenia oraz na podstawie którego prawa ma dojść do tego utworzenia.

3. Podstawowe znaczenie, jakie można nadać pojęciu utworzenia, to takie, które odwołuje się do ogółu czynności prowadzących do uznania na gruncie prawa państwa członkowskiego¹⁸, że spółka może funkcjonować w obrocie prawnym i gospodarczym jako samodzielna jednostka organizacyjna. Zasadniczo w odniesieniu do spółek kapitałowych będzie to wpis do odpowiedniego rejestru publicznego¹⁹, co zakłada spełnienie wymogów określonych w prawie państwa, w którym prowadzony jest ten rejestr, dla utworzenia spółki. W przypadku spółek osobowych brak jest jednak stosownej harmonizacji prawa na poziomie unijnym. Stąd możliwym jest, że dana spółka zostanie utworzona tylko w oparciu o zawarte porozumienie (umowę), bez ujawnienia tej okoliczności w jakimkolwiek rejestrze. Przepis art. 54 TFUE w zakresie warunku utworzenia spółki nie precyzuje, prawo którego państwa członkowskiego determinuje przesłanki utworzenia. Należy uznać, że możliwość powołania się przez spółkę na swobodę przedsiębiorczości następuje formalnie z momentem spełnienia koniecznych dla powstania spółki wymogów przewidzianych w prawie jakiegokolwiek z państw członkowskich²⁰. W tej sytuacji bez znaczenia jest to, w jaki sposób prawo innych państw członkowskich kwalifikuje zdarzenie w postaci utworzenia spółki, gdyż państwa członkowskie są zobowiązane do uznania spółki, która wywodzi swój byt prawny z jednego z porządków prawnych obszaru unijnego²¹.

¹⁶ Zob. J. Napierała, *Europejskie prawo...*, s. 63–66.

¹⁷ Bez znaczenia pozostaje to, przez kogo taka spółka została założona i kto jest aktualnie współnikiem takiej spółki. Mogą nimi zatem być osoby spoza obszaru Unii. Zob. J. Napierała, *Europejskie prawo...*, s. 66; M. Szydło, *Krajowe prawo...*, s. 199; E. Skibińska, *Swoboda zakładania przedsiębiorstw przez osoby prawne*, Warszawa 2008, s. 91; E. Skibińska, [w:] *Traktat...*, s. 912.

¹⁸ To, w jaki sposób dochodzi do utworzenia i jakie warunki trzeba spełnić, należy do domeny prawa poszczególnych państw członkowskich.

¹⁹ Zob. art. 16 dyrektywy 2017/1132.

²⁰ Należy jednak dodać, że przed utworzeniem spółki (lub nawet już spółki w organizacji) na swobodę przedsiębiorczości mogą się powołać inne podmioty, w tym osoby fizyczne – obywatele państw członkowskich, których zamiarem jest utworzenie spółki.

²¹ Zob. wyrok TS z 5.11.2002 r. w sprawie *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00, EU:C:2002:632, pkt 59 i n.

4. Drugą wynikającą z art. 54 TFUE przesłanką skorzystania ze swobody przedsiębiorczości o charakterze podmiotowym jest obecność spółki na obszarze Unii przejawiająca się w jeden z wymienionych tam sposobów. Może to być siedziba statutowa (rejestracja) bądź posiadanie w jednym z państw członkowskich centrum zarządzania lub głównego miejsca działalności gospodarczej. Nie jest do końca klarowne, czy wskazane formy obecności spółki mają swoje samodzielne znaczenie na gruncie TFUE, czy też ich wybór i sprecyzowanie następuje na gruncie prawa poszczególnych państw członkowskich. Kwestia ta jest zasadniczo prowadzona do materii kolizyjnoprawnej i twierdzenia, że Traktat potwierdza prawo (a zarazem kompetencję) państw członkowskich do wskazania łącznika, który będzie określać powiązanie pomiędzy daną spółką a danym porządkiem prawnym. Jednocześnie określenie takiego łącznika stanowi wyłączną kompetencję państwa utworzenia spółki²².

B. Treść swobody przedsiębiorczości

5. Spełnienie kryteriów podmiotowych oznaczać będzie dla spółki objęcie jej ochroną przewidzianą w ramach swobody przedsiębiorczości, która oparta jest na dwóch filarach. Są to: zakaz dyskryminacji ze względu na pochodzenie spółki oraz zakaz utrudniania dostępu do rynków państw członkowskich (ang. *market access*), z którego wynika również zasada wzajemnego uznawania (ang. *mutual recognition*).

6. Zakaz stosowania środków dyskryminujących ze względu na przynależność krajową jest znamieny dla całego porządku unijnego. Jak zauważył Trybunał w sprawie *Reyners*, swoboda przedsiębiorczości jest szczególnym przypadkiem ogólnego zakazu odmiennego traktowania podmiotów z innych państw członkowskich (art. 18 TFUE)²³. Ograniczenie się wyłącznie do zakazu dyskryminacji nie oddawałoby w pełni treści swobody przedsiębiorczości, która poza samym równym traktowaniem podmiotów z różnych państw członkowskich przewiduje ułatwienie dostępu do rynku tych państw. W rezultacie każdy środek przewidziany w prawie państwa członkowskiego, który czyni dostęp do krajowej gospodarki mniej atrakcyjnym (zwiększa jego koszt), stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości (ang. *restrictions approach*)²⁴. Przejawem zasady dostępu do rynku jest wzajemne uznawanie podmiotów, a więc konieczność zagwarantowania podmiotom działania w formie prawnej, która wynika z przepisów innego państwa członkowskiego²⁵.

²² „Kwestię wstępną”, jak to ujął TS w wyroku z 16.12.2008 r. w sprawie *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, C-210/06, EU:C:2008:723, pkt 109 oraz wyroku w sprawie *Polbud*, C-106/06, pkt 34.

²³ Zob. wyrok TS z 21.06.1974 r. w sprawie *Jean Reyners v. Belgian State*, 2/74, EU:C:1974:68, pkt 15 i n.

²⁴ Zob. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oksford 2016, s. 395–396.

²⁵ Zob. wyrok w sprawie *Überseering*, C-208/00, pkt 59. Zob. szer. na temat znaczenia zasady wzajemnego uznawania dla spółek na jednolitym rynku: M. Górka, *Zasada wzajemnego uznania w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 211–221.

C. Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle orzecznictwa TS UE dotyczącego swobody przedsiębiorczości spółek

7. Trybunał w ostatnich 30 latach istotnie wpłynął na rozumienie swobody przedsiębiorczości jako podstawy do przeprowadzania przez spółki transgranicznych operacji reorganizacyjnych²⁶. Do najważniejszych orzeczeń, które odnosiły się bezpośrednio do tej kwestii, należą wyroki TS w sprawie *SEVIC Systems* (C-411/03)²⁷, *Cartesio* (C-210/06)²⁸, *Vale* (C-378/10)²⁹ oraz *Polbud* (C-106/16)³⁰.

8. Sprawa *SEVIC Systems* dotyczyła zgodności ze swobodą przedsiębiorczości odmowy wpisu do niemieckiego rejestru handlowego transgranicznego łączenia dwóch spółek, z których jedna była założona i posiadała siedzibę w Niemczech, a druga w Luksemburgu. Powodem odmowy były obowiązujące wówczas przepisy niemieckie, które przewidywały wyłącznie łączenie spółek mających siedzibę w Niemczech. W odpowiedzi na pytanie prejudycjalne zadane przez niemiecki sąd krajowy w Koblenz (*Landgericht Koblenz*) Trybunał uznał odmowę za sprzeczną ze swobodą przedsiębiorczości. W swoim orzeczeniu Trybunał zaznaczył, że *transgraniczne połączenia spółek, tak jak inne przekształcenia spółek stanowią szczególny sposób korzystania ze swobody przedsiębiorczości, istotny dla prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego i należą zatem do działań gospodarczych, w odniesieniu do których państwa członkowskie zobowiązane są przestrzegać swobody przedsiębiorczości*³¹. W rozumieniu Trybunału reorganizacje transgraniczne pozwalają w ramach jednorazowej operacji na wykonywanie określonej działalności w nowej formie, z zachowaniem ciągłości, w konsekwencji czego komplikacje, czas i koszty, które wiążą się z innymi formami konsolidacji spółek, takimi jak na przykład rozwiązanie spółki połączone z przeprowadzeniem likwidacji lub założenie nowej spółki połączone z przeniesieniem na nią części majątku, są minimalizowane³². Jak zaznaczył w tym wyroku Trybunał, o ile wspólnotowe przepisy harmonizujące są z pewnością przydatne dla ułatwienia połączeń transgranicznych, istnienie tych przepisów nie stanowi wstępnego warunku wykonywania swobody przedsiębiorczości³³. Jeśli regulacje krajowe

²⁶ Zob. omówienie orzecznictwa TS UE relewantnego dla mobilności spółek: J. Napierała, *Swoboda przedsiębiorczości*, [w:] *Prawo spółek handlowych*, red. S. Włodyka, A. Szumański, „System Prawa Handlowego”, t. 2B, Warszawa 2019, s. 907 i n.; A. Mucha, *Transgraniczna mobilność spółek kapitałowych w świetle prawa unijnego i polskiego*, Warszawa 2020, s. 113, a także Ch. Teichmann, R. Knaier, *Grenzüberschreitende Umwandlungen zwischen Primärrecht und Sekundärrecht*, „Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt ZGR-Sonderheft” 26, Berlin/Boston 2023, s. 1 i n.

²⁷ Wyr. TS z 13.12.2005 r. w sprawie *SEVIC Systems*, C-411/03, EU:C:2005:762. Zob. K. Oplustil, M. Spyra, *Transgraniczne przekształcenia spółek kapitałowych w świetle wyroku ETS w sprawie SEVIC oraz dyrektywy 2005/56/WE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 3, s. 52.

²⁸ Wyrok TS z 16.12.2008 r. w sprawie *Cartesio*, C-210/06.

²⁹ Wyrok TS z 12.07.2012 r. w sprawie *VALE Építési kft.*, C-378/10.

³⁰ Wyrok TS z 25.10.2017 r. w sprawie *Polbud*, C-106/16.

³¹ Wyrok TS z 13.12.2005 r. w sprawie *SEVIC Systems*, C-411/03, pkt 19.

³² Ibidem, pkt 21.

³³ Ibidem, pkt 26.

państwa członkowskiego zezwalają spółkom krajowym na dokonywanie określonego rodzaju reorganizacji (w omawianej sprawie chodziło o krajowe łączenie spółek), nie może ono zakazywać przeprowadzenia takiej operacji tylko dlatego, że ma ona charakter transgraniczny. Trybunał uznał, że wykluczenie przez organ krajowy (sąd rejestrowy) możliwości transgranicznej reorganizacji spółki krajowej stanowi formę dyskryminacji, polegającą na odmiennym traktowaniu spółek w zależności od tego, czy łączenie ma charakter krajowy czy transgraniczny, co może zniechęcać do korzystania ze swobody przedsiębiorczości gwarantowanej przez Traktat³⁴.

9. W wyroku w sprawie *Cartesio* TS *implicite* przyjął założenie, jako niepodlegające wątpliwości, że swoboda przedsiębiorczości obejmuje również spółki osobowe (*in casu*: węgierską spółkę komandytową – *Cartesio betéti társaság*), ponieważ są one spółkami, o których mowa w (wówczas obowiązujących) art. 43 i 48 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 49 i 54 TFUE). W wyroku tym, nawiązując do swojego wcześniejszego wyroku w sprawie *Daily Mail and General Trust*³⁵, TS uznał, że spółka utworzona na mocy porządku prawnego danego państwa istnieje wyłącznie za pośrednictwem prawa krajowego, regulującego jej powstanie i działanie³⁶. Dlatego państwo członkowskie posiada prawo określenia zarówno kryterium powiązania, wymaganego od spółki po to, by mogła ona zostać uznana za spółkę utworzoną zgodnie z jego prawem krajowym i w związku z tym mogącą cieszyć się swobodą przedsiębiorczości, jak również kryterium wymaganego do utrzymania tego statusu w przyszłości. W ramach tego uprawnienia mieści się możliwość, by to państwo członkowskie nie zgodziło się na zachowanie tego statusu przez spółkę podlegającą jego prawu krajowemu, jeżeli zamierza ona zreorganizować się w innym państwie członkowskim w taki sposób, by przenieść swoją siedzibę rzeczywistą (siedzibę zarządu) na jego terytorium, zrywając przez to powiązanie przewidziane w prawie krajowym państwa członkowskiego, na podstawie prawa którego została utworzona. Trybunał zaznaczył jednocześnie, że taki przypadek przeniesienia siedziby spółki utworzonej zgodnie z prawem jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego bez zmiany prawa, któremu ona podlega, należy odróżnić od przypadku przeniesienia spółki podlegającej jednemu państwu członkowskiemu do innego państwa członkowskiego ze zmianą mającego zastosowanie prawa krajowego, gdy spółka zmienia się w rodzaj spółki podlegający prawu krajowemu państwa członkowskiego, do którego się przenosi. W takim przypadku państwo członkowskie, w którym spółka powstała, nie

³⁴ Wyrok TS z 13.12.2005 r. w sprawie *SEVIC Systems*, C-411/03, pkt 22. Zob. też Ch. Teichmann, R. Knaier, op. cit., s. 7 i n.

³⁵ Wyrok TS z 27.08.1988 r. w sprawie *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, C-81/87, EU:C:1988:456, pkt 19–20.

³⁶ Wyrok TS z 16.12.2008 r. w sprawie *Cartesio*, C-210/06, pkt 110; zob. A.W. Wiśniewski, A. Opalski. *Companies' Freedom of Establishment after the ECJ Cartesio Judgment*, European „Business Organization Law Review” 2009, nr 4, s. 595–625; J. Napierała, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Cartesio*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, z. 2, s. 405–436.

może uniemożliwić tej spółce, poprzez wymóg jej rozwiązania i likwidacji, transgranicznego przekształcenia się w spółkę prawa krajowego innego państwa członkowskiego, o ile jego prawo na to pozwala. Taki wymóg stanowiłby ograniczenie swobody przedsiębiorczości danej spółki, które, pod warunkiem że nie byłoby uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, jest zakazane na mocy art. 43 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 48 TFUE)³⁷.

10. W późniejszych orzeczeniach Trybunał konsekwentnie rozwinął swoją linię orzeczniczą dotyczącą objęcia swobodą przedsiębiorczości transgranicznych reorganizacji spółek, w szczególności transgranicznego przekształcenia, któremu towarzyszy przeniesienie jej siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego oraz zmiana statutu personalnego spółki³⁸. W wyroku w sprawie *Vale*³⁹ Trybunał, w odpowiedzi na pytania prejudycjalne zadane przez węgierski Sąd Najwyższy, stwierdził, że art. 49 i 54 TFUE stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które przewidując możliwość przekształcenia w odniesieniu do spółek prawa krajowego, zakazuje co do zasady przekształcenia spółki utworzonej na podstawie prawa innego państwa członkowskiego (*in casu*: włoskiego) w spółkę prawa krajowego (*in casu*: węgierskiego) poprzez ponowne jej utworzenie. W uzasadnieniu Trybunał zaznaczył, że odmienne traktowanie spółek w zależności od tego, czy przekształcenie ma charakter krajowy czy transgraniczny, może zniechęcać spółki mające siedzibę w innych państwach członkowskich do korzystania ze swobody przedsiębiorczości i stanowi dlatego ograniczenie tej swobody. Odmienne traktowanie przekształceń krajowych i transgranicznych nie może być uzasadnione brakiem norm prawa wtórnego Unii Europejskiej. Trybunał powołał się na swoje utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym, wobec braku stosownych uregulowań unijnych, konieczne staje się odnalezienie na gruncie prawa państwa członkowskiego reguł służących ochronie praw wynikających z porządku unijnego, pod warunkiem jednak, że takie reguły nie są mniej korzystne od uregulowań dotyczących podobnych sytuacji zaistniałych pod rządami prawa wewnętrznego (a więc *in casu*: przekształceń wewnątrz krajowych, **zasada równoważności**) i że nie czynią one praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym wykonywania praw nadanych w porządku prawnym Unii (**zasada skuteczności**). W sprawie *Vale* oznaczało to m.in. przyjęcie ciągłości (kontynuacji) prawno podmiotowej między zagraniczną spółką przekształcaną a krajową spółką przekształconą. Prawo krajowe państwa przyjmującego (*in casu*: Węgry) jest właściwe do określenia, jakich czynności powinna dokonać spółka przenosząca doń siedzibę statutową i jakie dokumenty powinna przedstawić celem uzyskania wpisu do rejestru. Wspomniana

³⁷ Wyrok TS z 16.12.2008 r. w sprawie *Cartesio*, C-210/06, pkt 111-112.

³⁸ Wyrok TS z 12.07.2012 r. w sprawie *Vale*, C-378/10, pkt 33; wyrok TS z 25.10.2017 r. w sprawie *Polbud*, C-106/16, pkt 43.

³⁹ Wyrok TS z 12.07.2012 r. w sprawie *Vale*, C-378/10; por. K. Oplustil, *Transgraniczne przekształcenie spółki. Glosa do wyroku ETS w sprawie Vale*, „Monitor Prawa Handlowego” 2012, nr 4, s. 50.

zasada zobowiązuje organy rejestrowe w państwie przyjmującym do uwzględniania i akceptacji, w toku rozpatrywania wniosku o rejestrację spółki, dokumentów wydanych przez organy państwa członkowskiego jej dotychczasowej siedziby, potwierdzające spełnienie przesłanek koniecznych dla transgranicznego przekształcenia i „emigracji” spółki, określonych w prawie tego państwa.

11. W wyroku w sprawie *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, który zapadł w 2017 r. w odpowiedzi na pytania prejudycjalne polskiego Sądu Najwyższego, Trybunał stwierdził, że przewidziany w prawie polskim (art. 270 pkt 2 k.s.h.⁴⁰) obowiązek przeprowadzenia likwidacji przez migrującą spółkę z o.o. stanowi nieproporcjonalne i nieadekwatne ograniczenie przysługującej jej swobody przedsiębiorczości, tj. wykracza poza to, co jest niezbędne dla ochrony interesów podmiotów związanych ze spółką (jej interesariuszy, w szczególności wierzycieli i współników mniejszościowych). W ocenie Trybunału, wynikający z art. 270 pkt 2 k.s.h. ogólny obowiązek przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego jest równoznaczny z przyjęciem ogólnego domniemania nadużycia, jakiego ma się dopuszczać spółka, ponieważ obowiązek ten znajduje zastosowanie w każdym przypadku, bez względu na rzeczywiste ryzyko naruszenia interesów wierzycieli, współników mniejszościowych i pracowników oraz bez możliwości wyboru mniej restrykcyjnych środków mogących chronić te interesy (np. w przypadku ochrony wierzycieli – gwarancje bankowe lub inne równoważne zabezpieczenia). Dlatego wymóg ten wykracza poza to, co jest niezbędne dla ochrony jej interesariuszy, nie spełniając tym samym testu proporcjonalności i naruszając traktatową swobodę przedsiębiorczości (tzw. test proporcjonalności – formuła Gebhard)⁴¹. Istotnym elementem rozstrzygnięcia TS w wyroku w sprawie *Polbud* było ustalenie, że na traktatową swobodę przedsiębiorczości może się powołać również spółka, która przenosi do innego (przyjmującego) państwa członkowskiego samą tylko siedzibę statutową (rejestrową) i przekształca się w formę korporacyjną przewidzianą w prawie tego państwa, pozostawiając jednak centrum swojej działalności gospodarczej i siedzibę rzeczywistą w państwie dotychczasowej rejestracji. Uprawnienie spółki do tzw. wyizolowanego przeniesienia siedziby statutowej podlega ochronie w świetle traktatowej swobody przedsiębiorczości, jeżeli prawo państwa, do którego „emigruje” spółka, nie wymaga lokalizacji na jego terytorium jej rzeczywistej siedziby. Takie rozstrzygnięcie TS pozwala spółkom na dokonanie samej tylko prawnej reorganizacji transgranicznej, tj. zmiany „szaty korporacyjnej” (oraz, na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej, statutu personalnego, *legis societatis*), nawet jeżeli nie towarzyszą jej żadne zmiany w sferze realnie prowadzonej przez nią działalności gospodarczej, jak np. przeniesienie centrum

⁴⁰ T.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 18.

⁴¹ Wyrok TS z 30.11.1995 r. w sprawie *Gebhard*, C-55/94, pkt 37. Zob. też wyroki TS z: 30.09.2003 r. w sprawie *Inspire Art*, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, pkt 133; 29.11.2011 r. w sprawie *National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 42 i cyt. tam orzecznictwo TS UE. W doktrynie por. J. Napierała, *Europejskie prawo...*, s. 125 i n.; A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, s. 118; A. Mucha, *Transgraniczna mobilność...*, s. 110–111.

tej działalności lub siedziby zarządu do państwa rejestracji spółki przekształconej, jeżeli prawo państwa docelowego (przyjmującego) uznaje za wystarczające umiejscowienie na jego terytorium samej tylko siedziby statutowej spółki, tj. określonej w jej umowie (akcie założycielskim). To rozstrzygnięcie TS miało istotny wpływ na definicję transgranicznego przekształcenia, przyjętą ostatecznie w art. 86b pkt 2) dyrektywy 2017/1132.

12. W podsumowaniu powyższej analizy pierwotnego prawa unijnego, tj. traktatowej swobody przedsiębiorczości znajdującej zastosowanie w odniesieniu do spółek w rozumieniu art. 54 TFUE i jej interpretacji dokonanej w ramach orzecznictwa TS, należy sformułować następujące wnioski w odniesieniu do transgranicznych reorganizacji **spółek osobowych** nieobjętych unijną harmonizacją:

a. na swobodę przedsiębiorczości mogą się powoływać spółki osobowe, zarówno spółki prawa cywilnego (spółki cywilne), jak i osobowe spółki handlowe, spełniające przesłanki określone w art. 54 TFUE, a więc utworzone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego lub państwa-strony Europejskiego Obszaru Gospodarczego i mające w UE (niekoniecznie w tym samym państwie) jedną z trzech siedzib określonych w tym przepisie;

b. możliwość przeprowadzenia transgranicznej reorganizacji, a więc transgranicznego przekształcenia, łączenia i podziału, stanowi przejaw korzystania ze swobody przedsiębiorczości i wynika z pierwotnego prawa unijnego. Wprowadzenie zharmonizowanych reguł takich reorganizacji we wtórnym prawie unijnym nie jest warunkiem *sine qua non* ich realizacji, choć niewątpliwie ułatwia takie operacje i zabezpiecza interesariuszy reorganizowanej spółki;

c. w przypadku, gdy prawo krajowe państwa członkowskiego dopuszcza i reguluje określony typ wewnątrz krajowej reorganizacji z udziałem danego typu spółki osobowej, państwo to nie może wykluczyć tej spółki z możliwości uczestnictwa w takiej reorganizacji w wymiarze transgranicznym, ponieważ w przeciwnym razie dopuściłoby się odmiennego (dyskryminacyjnego) traktowania operacji wewnątrz krajowych i transgranicznych. Dotyczy to zarówno spółek osobowych podlegających jurysdykcji tego państwa, jak i analogicznych typów normatywnych spółek osobowych z innych państw członkowskich (np. transgranicznego przekształcenia się spółki z innego państwa członkowskiego, *vide* stan faktyczny w sprawie *Vale*);

d. zastosowanie rozstrzygnięcia TS w sprawie *Polbud* do spółki osobowej nakazuje po pierwsze uznać za niedopuszczalny (jako sprzeczny z formułą *Gebhard*) wymóg uprzedniego rozwiązania i likwidacji spółki osobowej, która zamierza przenieść siedzibę statutową do innego państwa członkowskiego, przekształcając się w formę przewidzianą w prawie tego państwa, o ile prawo to dopuszcza taką transgraniczną reorganizację. Po drugie, spółka osobowa może, przekształcając się transgranicznie, przenieść do innego państwa członkowskiego wyłącznie swoją siedzibę określoną w umowie spółki, pozostawiając w państwie swojego pochodzenia główny ośrodek decyzyjny (miejsce rezydencji lub głównego zarządu

wspólników prowadzących sprawę tej spółki) lub główne, a nawet wyłączne miejsce działalności, o ile zezwala na to prawo państwa docelowego reorganizacji. Również w przypadku spółki osobowej transgraniczne przekształcenie może mieć na celu wyłącznie prawną reorganizację spółki, tj. zmianę prawa znajdującego do niej zastosowanie;

e. w praktyce przeprowadzenie transgranicznej reorganizacji spółki osobowej napotka na trudności wynikające z braku harmonizacji odpowiednich krajowych przepisów, co będzie czynić koniecznym odwołanie się do prawa kolizyjnego oraz oparcie takiej reorganizacji na odpowiednim stosowaniu przepisów o wewnątrz krajowych spółkach osobowych i transgranicznych reorganizacjach spółek kapitałowych, zgodnie z zasadami równoważności i skuteczności (efektywności) prawa unijnego, podkreślanymi w orzecznictwie TS UE (por. niżej na przykładzie polskiego prawa D, IV. Procedura reorganizacji spółek osobowych *de lege lata*).

D. Prawo wtórne UE w zakresie reorganizacji spółek osobowych

13. Unijna harmonizacja prawa spółek we wtórnym prawie unijnym, mająca ponad 60-letnią historię, zasadniczo nie odnosi się do spółek osobowych. Wynika to z ich względnie mniejszego, w porównaniu do spółek kapitałowych, praktycznego znaczenia dla prowadzenia transgranicznej działalności, a także większego zróżnicowania krajowych ram prawnych dla spółek osobowych⁴². W efekcie potencjalna harmonizacja mogłaby rodzić nadmierne trudności, których przewyciężenie utrudniałoby harmonizację w obszarze spółek kapitałowych. Dopiero w ostatnim czasie na gruncie opracowywanej propozycji tzw. dyrektywy o digitalizacji II⁴³ zaproponowano objęcie harmonizacją spółek osobowych przynajmniej w zakresie informacji gromadzonych i upublicznianych w ramach krajowych rejestrów handlowych oraz europejskiego systemu BRIS, tj. obszarze, który zasadniczo został uregulowany już w pierwszej dyrektywie prawa spółek z dnia 9 marca 1968 r.⁴⁴

14. Kompleksowa harmonizacja transgranicznych reorganizacji spółek kapitałowych nastąpiła w dyrektywie 2019/2121⁴⁵, która po raz pierwszy uregulowała transgraniczne przekształcenia i podziały, a także zmodyfikowała ramy transgranicznych łączy, po raz

⁴² Zob. H. Fleischer (red.), *Personengesellschaften im Rechtsvergleich*, Monachium 2021, s. 67–84.

⁴³ Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniająca dyrektywy 2009/102/WE i (UE) 2017/1132 w odniesieniu do szerszego wykorzystania i aktualizacji narzędzi i procesów cyfrowych w ramach prawa spółek, COM(2023) 177 final.

⁴⁴ Pierwsza dyrektywa Rady z dnia 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich, Dz.U. L 65 z 14.03.1968 r., s. 8. Obecnie przepisy tej dyrektywy zostały włączone do dyrektywy 2017/1132.

⁴⁵ Zob. na temat dyrektywy K. Oplustil, A. Mucha, *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2020, nr 3, s. 125 i n.

pierwszy zharmonizowane przez dyrektywę 2005/56/WE⁴⁶. Spółki osobowe nie zostały zasadniczo objęte zakresem tej harmonizacji, poza wyjątkami w tych państwach członkowskich, które wskazały w załączniku nr II, jako krajowe typy normatywne objęte harmonizacją, również spółki komandytowo-akcyjne, występujące w ich jurysdykcjach (oprócz Polski tak m.in. Francja, Włochy, Hiszpania oraz Bułgaria). Nie ulega wątpliwości, że tak określony podmiotowy zakres harmonizacji nie miał na celu zawężenia podmiotowego zakresu swobody przedsiębiorczości (co nie mogło nastąpić we wtórnym prawie UE), lecz wynikał on ze wspomnianych względów historycznych i pragmatycznych. Pośrednio jednak dyrektywa 2019/2121 może przyczynić się do oddolnych, tj. podejmowanych przez uczestników rynku, prób przeprowadzania transgranicznych reorganizacji spółek osobowych. Jak to zostało podkreślone powyżej, zakres podmiotowy swobody przedsiębiorczości w aspekcie procesów reorganizacyjnych spółek jest szeroki i obejmuje również spółki osobowe. W ten sposób ramy prawne wprowadzone na skutek dyrektywy 2019/2121 dla spółek kapitałowych mogą stanowić punkt odniesienia dla wykreowania w orzecznictwie organów krajowych podstaw dla przeprowadzania reorganizacji strukturalnych przez te spółki. Ponadto harmonizacja transgranicznych przekształceń oraz podziałów spółek kapitałowych pozwala na posiłkowe odwoływanie się do odpowiednich przepisów krajowych w celu rozstrzygnięcia problemów, jakie mogą się pojawić na tle niezharmonizowanych operacji z udziałem spółek osobowych.

15. Z uwagi na brak harmonizacji przeprowadzanie transgranicznych reorganizacji z udziałem spółek osobowych *de lege lata* jest obarczone wysokim ryzykiem prawnym⁴⁷. Jako że każda operacja transgraniczna angażuje co najmniej dwa krajowe porządki prawne (przepisy z zakresu prawa spółek), w pierwszej kolejności ocena prawna takiej operacji wymaga rozstrzygnięć na płaszczyźnie prawa kolizyjnego (prawa prywatnego międzynarodowego) w celu ustalenia, któremu prawu krajowemu podlega dany etap procesu reorganizacyjnego. W pewnym uproszczeniu można przyjąć, że wszelkie czynności związane z „opuszczeniem” przez spółkę danej jurysdykcji (w szczególności sposób powzięcia decyzji w tej sprawie, ochrona wspólników i wierzycieli spółki) podlegają jej przepisom dotyczącym odpowiedniej operacji wewnątrz krajowej z udziałem tej spółki osobowej, natomiast przepisom państwa docelowego będą podlegać wszelkie kwestie związane z „wejściem” spółki w jurysdykcję tego państwa (wymogi związane z rejestracją

⁴⁶ Dyrektywa z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, Dz.U. UE L.2005.310.1.

⁴⁷ W odniesieniu do łączeń transgranicznych z udziałem takich spółek por. A.-M. Weber, [w:] *System Prawa Prywatnego. T. 16B. Prawo spółek osobowych*, red. M. Romanowski, Warszawa 2022, s. 848 i n.; K. Oplustil, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, J. Bieniak et al., Warszawa 2024, art. 491, nb. 24 i n. Zbyt daleko idące i dlatego nie-trafne jest stwierdzenie: M. Rodzynkiewicz, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 4, red. A. Opalski, Warszawa 2016, art. 491, nb. 6, że niezharmonizowane łączenie transgraniczne jest „praktycznie niewykonalne”.

spółki w tym państwie)⁴⁸. Stosując odpowiednie przepisy krajowe należy mieć na uwadze wspomniane wyżej zasady sformułowane przez TS w wyroku w sprawie *Vale*, tj. zasady równoważności odmian wewnątrz krajowej i transgranicznej operacji z udziałem danej spółki i skuteczności prawa unijnego w zakresie, w jakim swoboda przedsiębiorczości znajduje zastosowanie do spółek w rozumieniu art. 54 TFUE.

⁴⁸ Na temat kolizyjnoprawnych aspektów transgranicznych reorganizacji zob. szerzej K. Oplustil, *Transgraniczne reorganizacje...*, s. 107 i n.; A. Opalski, A.W. Wiśniewski, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 4..., przed art. 491, nb. 99 i n. (w odniesieniu do transgranicznego przekształcenia przed unijną harmonizacją ram prawnych).

III. Uwagi prawnoporównawcze

1. Zharmonizowana regulacja transgranicznych reorganizacji spółek w dyrektywie 2017/1132 nie wyklucza jej rozszerzającej implementacji do prawa krajowego w aspekcie podmiotowym, tj. wykraczającej poza katalog spółek określony dla każdego z państw członkowskich w załączniku II do dyrektywy 2017/1132. Niektóre państwa członkowskie skorzystały z tej możliwości i transponowały te postanowienia dyrektywy do prawa krajowego, obejmując zakresem podmiotowym również spółki osobowe. Państwa te zdecydowały się na taki krok już przy okazji implementacji do prawa krajowego dyrektywy 2005/56/WE w sprawie transgranicznego łączenia spółek kapitałowych, której przepisy zostały następnie włączone do dyrektywy 2017/1132 i znowelizowane przez dyrektywę 2019/2121.

2. Przykładem takiego państwa członkowskiego jest Belgia, która rozszerzyła zharmonizowane przepisy dotyczące transgranicznej mobilności w UE na wszystkie spółki mające osobowość prawną, przy czym, na gruncie belgijskiego prawa spółek, osobowość prawną posiada zarówno spółka jawna (*vof/SNC*), jak i spółka komandytowa (*commV/SComm*)⁴⁹. Z kolei w prawie luksemburskim nowym regulacjom implementującym unijne przepisy dotyczące transgranicznych łączeń i podziałów poddano także nowy typ spółki osobowej (wprowadzonej w 2013 r. jako atrakcyjny wehikuł prawny dla alternatywnych spółek inwestycyjnych), tj. specjalną spółkę komandytową (*société en commandite spéciale, SCSp*), która nie posiada osobowości prawnej⁵⁰. Z kolei w prawie czeskim implementację rozszerzono na spółkę jawną (*Verejná obchodná spoločnosť - v.o.s.*), spółkę komandytową (*Komanditní společnost - k.s.*) oraz spółdzielnię (*družstvo*)⁵¹, a w prawie słowackim – na spółkę jawną (*v.o.s.*) i spółkę

⁴⁹ Por. raport Linklaters, *EU Mobility Directive. New Rules for Cross-Border Reorganisations*, 9.2023, s. 8, [online:] <https://www.linklaters.com/en/insights/publications/eu-mobility-directive/new-rules-for-cross-border-reorganisations>, [dostęp: 10.11.2024 r.].

⁵⁰ Por. Brouxel & Rabia, *Luxembourg Law Firm, The so-called Mobility Directive on cross-border conversions, mergers and divisions soon to be transposed in Luxembourg*, 21.06.2023, [online:] <https://brouxelrabia.lu/mobility-directive-on-cross-border-conversions-mergers-and-divisions-soon-to-be-transposed-in-luxembourg-2>, [dostęp: 10.11.2024 r.]; CMS, *Back to Basics. Unregulated special limited partnership (“SCSp”) in Luxembourg*, 12.07.2024, <https://cms.law/en/int/publication/cms-funds-group-back-to-basics-briefings/unregulated-special-limited-partnership>, [dostęp: 10.11.2024 r.].

⁵¹ Por. KPMG, *EU Mobility Directive. Client Compass*, 4.2023, s. 56–59, [online:] <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmgsites/es/pdf/2023/04/eu-mobility-directive-client-compass.pdf.coredownload.inline.pdf>, [dostęp: 10.11.2024 r.]. Zob. w przypadku transgranicznych łączeń art. 189 ustawa nr 125/2008 Sb. o reorganizacjach spółek

komandytową (*k.s.*), ale tylko w odniesieniu do łączenia emigracyjnego⁵². W przypadku prawa niemieckiego dopuszczalny jest udział niemieckiej spółki jawnej lub spółki komandytowej w transgranicznym połączeniu wyłącznie, gdy jest ona spółką przejmującą i zatrudnia nie więcej niż 500 pracowników (por. § 306 ust. 1 pkt 2 *Umwandlungsgesetz*). Odpowiednia regulacja została wprowadzona w związku z Brexitem w celu ułatwienia „powrotu” do niemieckiej jurysdykcji spółek z siedzibą w Wielkiej Brytanii, które zostały tam wcześniej założone przez niemieckie podmioty w celu skorzystania z liberalnego reżimu angielskiego prawa spółek w aspekcie pokrycia kapitału spółki⁵³.

3. Wyraźne unormowanie zasad uczestnictwa spółki osobowej w określonym typie transgranicznej reorganizacji niewątpliwie przyczynia się do pewności prawa, ponieważ określa zadania organu (sądu) rejestrowego w związku z taką operacją, a także wprowadza instrumenty ochrony wspólników i interesariuszy reorganizowanej spółki. Mając jednak na uwadze relatywnie niewielką liczbę państw członkowskich, które zdecydowały się w sposób rozszerzający implementować prawo unijne, taka „jednostronna” regulacja nie pozwoli osiągnąć bezpiecznych ram prawnych dla transgranicznych reorganizacji spółek osobowych w takim samym stopniu, jak unijna harmonizacja zobowiązująca wszystkich krajowych ustawodawców do wprowadzenia odpowiednich przepisów.

i spółdzielni (*Zákon č. 125/2008 Sb., o přeměňách obchodních společností a družstev, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákon*).

⁵² KPMG, *EU Mobility Directive. Client Compass*, 4.2023, s. 237.

⁵³ Por. T. Hornberger, *Rechtsformwahrende Sitzverlegung, Verschmelzungen und Formwechsel von Personengesellschaften innerhalb der EU. Eine Analyse de lege lata und de lege ferenda*, Baden-Baden 2020, s. 186.

IV. Transgraniczne reorganizacje spółek osobowych w prawie polskim

A. Zakres podmiotowy implementacji unijnych przepisów o transgranicznych łączeniach i przekształceniach oraz systemowa niespójność przepisów o reorganizacjach spółek

1. Zmiany w zakresie transgranicznej reorganizacji spółek wprowadzone do dyrektywy 2017/1132 przez dyrektywę 2019/2121 zostały transponowane do prawa polskiego w rezultacie uchwalenia ZmKSH w dniu 16 sierpnia 2023 r.⁵⁴ Ustawa ta weszła w życie w dniu 15 września 2023 r. Zakres podmiotowy implementacji, w odniesieniu do wszystkich typów transgranicznych reorganizacji, obejmuje spółki kapitałowe (tj. sp. z o.o., P.S.A. i S.A.) oraz spółkę komandytowo-akcyjną. Objęcie zakresem implementacji S.K.A., będącej formalnie handlową spółką osobową, stanowi konsekwencję ujęcia tego typu normatywnego spółki w załączniku II do dyrektywy 2017/1132. Należy nadmienić, że S.K.A. została już objęta harmonizacją transgranicznych łączeń przez dyrektywę 2005/56/WE i jej implementację do prawa polskiego w 2008 r.⁵⁵ Przy okazji reformy k.s.h. z 2023 r. ustawodawca polski przyznał S.K.A. pełną zdolność w zakresie łączeń i podziałów, zarówno wewnątrz krajowych, jak i transgranicznych. Zmiana ta zasługuje w pełni na aprobatę, ponieważ przemawiają za nią liczne powody, które zostały trafnie wskazane w uzasadnieniu projektu nowelizacji k.s.h. z dnia 16 sierpnia 2023 r.⁵⁶ W tym miejscu wystarczy się ograniczyć do wskazania na strukturalne podobieństwa między S.K.A. a spółkami kapitałowymi (w szczególności posiadanie kapitału zakładowego podzielonego na akcje).

2. Taki zakres podmiotowy implementacji unijnych przepisów o transgranicznych reorganizacjach skutkuje jednak powstaniem **systemowo niespójnych różnic** między regulacjami dotyczącymi uczestnictwa handlowych spółek osobowych (innych niż S.K.A., tj. spółki jawnej, spółki partnerskiej i spółki komandytowej) w, z jednej strony, wewnątrz krajowych

⁵⁴ Ustawa z dnia 16 sierpnia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2023 r., poz. 1705.

⁵⁵ Ustawa z dnia 25 kwietnia 2008 r., Dz.U. z 2008 r., nr 86, poz. 524.

⁵⁶ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 16 sierpnia 2023 r., Druk Sejmowy nr 3191, Sejm RP IX kadencji, s. 19–20. Por. też P. Mazur, *Objęcie spółki komandytowo-akcyjnej zakresem podmiotowym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2121 zmieniającej dyrektywę (UE) 2017/1132 w odniesieniu do transgranicznego przekształcenia, łączenia i podziału spółek*, Warszawa 2021, s. 13 i n.

łączeniach i przekształceniach, a z drugiej strony – transgranicznych odmianach tych reorganizacji. Spółki te mogą uczestniczyć w krajowych łączeniach z zastrzeżeniami przewidzianymi w art. 491 § 1 i § 2 k.s.h. (spółka osobowa, z wyłączeniem S.K.A., nie może być spółką przejmującą ani nowo zawiązaną). W zakresie wewnątrz krajowych przekształceń wskazane typy spółek osobowych mają pełną zdolność przekształceniową, zarówno jako spółka przekształcana, jak i spółka przekształcona (por. art. 551 § 1 k.s.h.). Kodeks nie zawiera natomiast żadnych przepisów, które regulowałyby uczestnictwo tych typów spółek osobowych w transgranicznych łączeniach i przekształceniach, co *prima facie* mogłoby prowadzić do wniosku, że nie mają one zdolności reorganizacyjnej w tym zakresie. Jak jednak wykazała analiza pierwotnego prawa unijnego, wniosek taki byłby błędny, ponieważ możliwość przeprowadzenia takich operacji wynika z traktatowej swobody przedsiębiorczości i jest niezależna od istnienia w danym prawie krajowym przepisów regulujących dany typ transgranicznej operacji. Oznacza to, że krajowe organy (w szczególności sądy rejestrowe) nie mogą zakazać (w szczególności odmówić rejestracji) transgranicznej operacji z udziałem tych spółek osobowych lub ich odpowiedników występujących w prawie innych państw członkowskich (por. wyżej pkt. 8–12 oraz C, IV. Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle orzecznictwa TS UE dotyczącego swobody przedsiębiorczości spółek). Usunięciu tej niespójności służyłaby wyraźna regulacja dopuszczająca te typy spółek osobowych do udziału w transgranicznym łączeniu i przekształceniu.

B. Kwestia stosowania zharmonizowanych przepisów o transgranicznych łączeniach i przekształceniach spółek kapitałowych oraz S.K.A. do pozostałych spółek osobowych w drodze analogii

3. Praktycznie doniosłe jest rozstrzygnięcie kwestii, czy przepisy dotyczące reorganizacji transgranicznych spółek kapitałowych przyjęte w wyniku implementacji dyrektywy 2019/2121 mogą być stosowane *in toto* do spółek osobowych w drodze generalnej analogii (*analogii legis*). Na pytanie to należy udzielić odpowiedzi zasadniczo negatywnej⁵⁷. Po pierwsze, nie są spełnione przesłanki dla stosowania wniosku *per analogiam*, tj. istnienie niezamierzonej przez ustawodawcę luki prawnej, która powinna zostać wypełniona poprzez odpowiednie stosowanie innych przepisów (*in casu*: przepisów o transgranicznym połączeniu lub przekształceniu spółki kapitałowej, względnie S.K.A.). Ustawodawca unijny świadomie ograniczył się do harmonizacji transgranicznych reorganizacji tylko w odniesieniu do spółek kapitałowych i, ewentualnie, niektórych typów spółek osobowych wskazanych przez

⁵⁷ Por. na gruncie prawa niemieckiego S. Zwirlein-Forschner, *Grenzüberschreitende Umwandlungen außerhalb der Mobilitätsrichtlinie*, [w:] *Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt*, „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Sonderheft” 26, Berlin/Boston 2023, s. 212.

poszczególne państwa członkowskie w załączniku II do dyrektywy 2017/1132. Również polski ustawodawca zrezygnował z rozszerzonej podmiotowej implementacji zharmonizowanych reguł unijnych dotyczących transgranicznych operacji, choć mógł to uczynić, jak pokazują przykłady innych państw członkowskich. Zaniechanie regulacji transgranicznych łączy i przekształceń z udziałem handlowych spółek osobowych innych niż S.K.A. było więc zamierzone.

4. Po drugie, wątpliwe jest, czy w przypadku typowych spółek osobowych, w których podstawowe znaczenie ma element osobowy (więź personalna między wspólnikami oparta na zaufaniu), a wspólnicy odpowiadają za prowadzenie spraw spółki i są uprawnieni do jej reprezentacji, istnieje potrzeba stosowania tak sformalizowanej procedury reorganizacji transgranicznej, jak w przypadku spółki kapitałowej (np. sporządzenie i ogłoszenie sformalizowanego planu transgranicznego przekształcenia oraz sprawozdania organu zarządzającego spółką, informowanie przedstawicieli pracowników). Dla realizacji zasad równoważności i efektywności, sformułowanych w orzecznictwie TS, jest zasadniczo wystarczające odwołanie się do przepisów o wewnątrz krajowych łączy i przekształceniach z udziałem spółek osobowych z uwzględnieniem transgranicznego aspektu danej reorganizacji. W odniesieniu do tego ostatniego zastrzeżenia nie należy jednak wykluczyć możliwości „punktowej” analogii do przepisów k.s.h. o transgranicznych łączy i przekształceniach spółek kapitałowych i S.K.A. w tych przypadkach, w których reżim wewnątrz krajowych reorganizacji w niedostatecznym stopniu uwzględnia jej transgraniczne aspekty. W takich przypadkach rozstrzygające znaczenie ma konieczność realizacji zasad równoważności i pełnej efektywności prawa unijnego, do których odwołuje się TS w swoim orzecznictwie (por. wyżej pkt 10 oraz niżej C. Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle orzecznictwa TS UE dotyczącego swobody przedsiębiorczości spółek). Przykładem takich regulacji są przepisy przewidujące instrumenty służące ochronie wspólników niezgadzających się na emigracyjną reorganizację spółki (tj. łączy albo przekształcenie, w wyniku którego ich status wspólnika podlegać będzie prawu obcemu) oraz, w pewnym zakresie, wierzycieli spółki podlegającej takiej reorganizacji (por. niżej pkt 19–21, 23, D. Procedura reorganizacji spółek osobowych *de lege lata*). Przedmiotem takiej analogii mogą być również przepisy przewidujące wydanie przez sąd rejestrowy zaświadczenia o zgodności z prawem polskim części procedury reorganizacyjnej podlegającej temu prawu (art. 516¹² k.s.h., art. 580¹³ k.s.h., por. niżej pkt 18, D. Procedura reorganizacji spółek osobowych *de lege lata*).

5. Stosowanie przepisów zarówno o wewnątrz krajowych, jak i, w pewnym zakresie, zharmonizowanych transgranicznych operacjach służy realizacji wspomnianej wyżej zasady efektywności prawa unijnego i przewidzianej w nim swobody przedsiębiorczości, z której korzystać mogą również spółki osobowe w zakresie nieobjętym harmonizacją. Dzięki temu prawo to może być w pełni skuteczne i efektywne na poziomie „operatywnym”, tj. jego

praktycznego zastosowania. Ponadto zharmonizowane przepisy regulujące transgraniczną odmianę danego typu reorganizacji odzwierciedlają pewien konsensus i wspólny standard przyjęty przez państwa członkowskie UE. Stąd można zakładać, że podobne rozwiązania obowiązywać będą w porządkach prawnych innych państw członkowskich UE, wprost lub na skutek pronunijnej interpretacji krajowych przepisów dotyczących wewnętrznych reorganizacji spółek danego typu.

C. Kolizyjnoprawne aspekty transgranicznych łączeń i przekształceń z udziałem handlowych spółek osobowych innych niż S.K.A.

6. Do transgranicznego przekształcenia i transgranicznego łączenia z udziałem spółek osobowych podlegających prawu państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego znajdują zastosowanie, odpowiednio, art. 19 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 21 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (dalej: p.p.m.). Przepisy art. 19 ust. 1 p.p.m., dotyczące transgranicznego przeniesienia siedziby, nie dają jednak odpowiedzi na podstawie, z kolizyjnoprawnego punktu widzenia, pytanie o sposób stosowania zaangażowanych porządków prawnych państwa wyjścia (dotychczasowej siedziby migrującej spółki) i państwa przeznaczenia, a w szczególności czy i w jakim zakresie porządki te powinny być stosowane łącznie, a w jakim rozłącznie (dystrybutywnie)⁵⁸. W świetle art. 17 ust. 3 pkt 1 p.p.m., zgodnie z którym statut personalny spółki osoby prawnej oraz (na podstawie art. 21 p.p.m.) spółki handlowej niemającej formalnej osobowości prawnej, wyznaczony przez prawo państwa jej siedziby określonej w umowie (statucie) spółki⁵⁹, obejmuje m.in. kwestię jej przekształcenia, a więc, *lege non distigente*, dotyczy zarówno wewnątrz krajowego, jak i transgranicznego przekształcenia. Ponieważ przeniesieniu siedziby statutowej do innego państwa towarzyszy przekształcenie spółki w formę przewidzianą w prawie tego państwa, należy wnioskować, że statut personalny spółki obejmuje również kwestię dopuszczalności i przesłanek takiego przekształcenia/przeniesienia siedziby oraz wymogów i formalności, jakie powinna dopełnić migrująca spółka. Jednak jak trafnie zaważa się w doktrynie, taka treść normy

⁵⁸ Por. szerzej A. Opalski, A.W. Wiśniewski, [w:] *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Warszawa 2017, s. 378; K. Oplustil, *Transgraniczne reorganizacje...*, s. 117.

⁵⁹ Odnośnie do rozumienia pojęcia siedziby w art. 17 p.p.m. jako siedziby określonej w statucie (umowie) spółki por. A. Opalski, A.W. Wiśniewski, [w:] *Prawo prywatne...*, s. 346 i n.; K. Oplustil, *Łącznik siedziby spółki w nowym prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi na tle prawa europejskiego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2011, nr 3, s. 675–678; P. Błaszczuk, *Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 11, s. 92 i n. Rozstrzygający dla takiego rozumienia pojęcia siedziby spółki, w odniesieniu do spółek z UE, jest nakaz pronunijnej wykładni prawa krajowego, w tym prawa kolizyjnego. Uznanie, że w art. 17 i art. 19 p.p.m. chodzi o siedzibę rzeczywistą, jest nie do pogodzenia z pierwotnym prawem unijnym. Zob. szerzej K. Oplustil, *Niedopuszczalne ograniczenie unijnej swobody przedsiębiorczości spółki wynikające z kolizyjnoprawnej teorii siedziby rzeczywistej – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 25.04.2024 r., C-276/22, Edil Work 2 Srl, S.T. Srl przeciwko STE Sàrl*, „Glosa” 2024, nr 4, s. 138 i n.

wyinterpretowanej z art. 17 ust. 3 pkt 1 i art. 19 ust. 1 p.p.m. jest dalece niewystarczająca dla ustalenia kolizyjnoprawnego reżimu przeniesienia siedziby⁶⁰, a także nie pozwala w sposób jasny rozgraniczyć zastosowania porządków prawnych: państwa dotychczasowej siedziby spółki oraz państwa, do którego ona „emigruje”.

7. Również art. 19 ust. 2 p.p.m., dotyczący łączenia transgranicznego, nasuwa wątpliwości interpretacyjne, ponieważ nie rozstrzyga, czy (względnie w jakim zakresie) wymagane jest kumulatywne, a w jakim zakresie rozłączne (dystrybutywne) stosowanie porządków prawnych właściwych dla łączących się spółek⁶¹. W doktrynie słusznie przyjmuje się, że aksjologicznego uzasadnienia normy kolizyjnej wynikającej z art. 19 ust. 2 p.p.m. dostarcza tzw. teoria (reguła) „zjednoczenia”, względnie „kombinacji” statutów łączących się spółek, która zyskała wyraźną przewagę w porządkach prawnych zachodniej Europy⁶². Wykorzystanie w praktyce **teorii (reguły) kombinacyjnej** oznacza, że w odniesieniu do niektórych aspektów statuty personalne łączących się spółek należy stosować łącznie (kumulatywnie), co z reguły prowadzić będzie do stosowania przepisów krajowych przewidujących surowsze wymogi, a w odniesieniu do innych kwestii każda spółka podlegać będzie wyłącznie właściwemu dla niej prawu (tzw. rozłączne, dystrybutywne stosowanie statutów personalnych). W szczególności wymóg łącznego zastosowania wchodzących statutów personalnych łączących się spółek osobowych znajdzie zastosowanie w odniesieniu do oceny przesłanek dopuszczalności ich łączenia. Jeżeli więc określone prawo krajowe w ogóle nie przewiduje zdolności łączeniowej określonego typu spółki osobowej w odniesieniu do łączenia wewnątrz krajowego, również łączenie transgraniczne z udziałem takiej spółki nie będzie możliwe. Nie będzie to stanowić niedopuszczalnego ograniczenia jej swobody przedsiębiorczości, ponieważ, zgodnie z omówionym wyżej orzecznictwem TS, korzystanie z tej swobody oparte jest na zasadzie równowagi wewnątrz krajowych i transgranicznych operacji. Także dla określenia treści oraz formy wspólnego planu połączenia oraz określenia chwili skuteczności połączenia konieczne jest łączne uwzględnienie statutów personalnych łączących się spółek⁶³. Również zakres

⁶⁰ Zob. A. Opalski, A.W. Wiśniewski, [w:] *Prawo prywatne...*, s. 378; M. Mataczyński, *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki handlowej za granicę*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2013, s. 36, który trafnie stwierdza, że prawodawca polski w art. 19 p.p.m. zatrzymał się w pół drogi, gdyż pełne uregulowanie transgranicznego przekształcenia wymaga kompleksowej regulacji materialnoprawnej.

⁶¹ Por. A. Opalski, A.W. Wiśniewski, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 4, red. A. Opalski, Warszawa 2016, przed art. 491, nb. 82; A. Wowerka, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, red. M. Pazdan, Warszawa 2014, s. 702; A. Opalski, *Wybrane problemy ustalania prawa właściwego dla osób prawnych w świetle nowej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe*, [w:] *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Warszawa 2013, s. 222; M. Szydło, *Statut personalny osób prawnych w projekcie nowej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 1, s. 190; por. też M. Mataczyński, *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej...*, s. 36–37, zdaniem którego konieczność kumulatywnego dopełnienia wymagań praw zainteresowanych państw nie budzi wątpliwości.

⁶² Tak A. Opalski, A.W. Wiśniewski, [w:] *Prawo prywatne...*, s. 391–392; por. w doktrynie niemieckiej G.-V. Petanidis, *Die grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften*, Berlin 2020, s. 133.

⁶³ Tak w odniesieniu do transgranicznych przekształceń A. Opalski, A.W. Wiśniewski, [w:] *Prawo prywatne...*, s. 387; podobnie M. Mataczyński, M. Saczywko, *Transgraniczne przeniesienie siedziby zagranicznej spółki handlowej*

praw i obowiązków objętych sukcesją uniwersalną należy ustalić w wyniku kumulatywnego (łącznie) zastosowania statutów personalnych łączących się spółek, względnie spółki nowo zawiązanej. W sposób rozłączny należy natomiast stosować przepisy właściwego dla danej spółki statutu personalnego, określające czynności i wymogi, jakie muszą być dopełnione w związku z udziałem określonego typu spółki osobowej w wewnątrz krajowej odmianie łączenia. Dotyczy to w szczególności zasad podejmowania decyzji (uchwał) przez wspólników tych spółek, ich prawnego kwestionowania (zaskarżania) oraz ochrony jej wierzycieli.

8. Powyższe uwagi dotyczące „kombinacyjnego” stosowania krajowych regulacji prawa spółek państw członkowskich należy również odnieść *mutatis mutandis* (por. art. 21 p.p.m.) do transgranicznego przekształcenia spółki osobowej dokonywanego wraz ze zmianą jej siedziby określonej w umowie spółki oraz zmianą jej statutu personalnego. Dopuszczalność takiego transgranicznego przekształcenia należy oceniać łącznie w świetle prawa zarówno państwa dotychczasowej siedziby spółki osobowej, jak i prawa państwa, do którego ma ona zamiar tę siedzibę przenieść, przekształcając się jednocześnie w typ spółki osobowej albo kapitałowej przewidzianej w prawie tego państwa. Transgraniczna reorganizacja będzie niedopuszczalna w przypadku, gdy prawo państwa przeznaczenia wyklucza możliwość transformacji określonego typu spółki osobowej, która jest ekwiwalentna w stosunku do typu spółki osobowej przewidzianej w polskim prawie. Podobnie jak w przypadku sukcesji uniwersalnej, również zakres praw i obowiązków spółki przekształcanej, objętych zasadą kontynuacji (ciągłości bytu prawnego), należy ustalić biorąc kumulatywnie pod uwagę prawo właściwe dla spółki przekształcanej (prawo państwa pochodzenia) i prawo, któremu będzie podlegać spółka przekształcona (prawo państwa przeznaczenia). Z kolei w odniesieniu do pierwszej części procedury przekształcenia, która odbywa się w spółce przekształcanej (treść i forma planu przekształcenia, podjęcie przez wspólników decyzji o przekształceniu) za wyłącznie właściwe należy uznać prawo państwa siedziby tej spółki. Prawu temu będą również podlegać instrumenty ochrony wspólników niezgadających się na przekształcenie oraz wierzycieli przekształcanej spółki niezależnie od tego, czy mają one charakter *ex ante*, czy też aktualizują się *ex post*, tj. po rejestracji transgranicznego przekształcenia (np. regulacja przewidująca nieograniczoną odpowiedzialność wspólników na zasadach obowiązujących w spółce przekształcanej). Prawo państwa przeznaczenia będzie natomiast wyłącznie właściwe dla regulacji procedury przekształcenia w zakresie dotyczącym jej finalizacji, która obejmuje m.in. treść i formę umowy spółki przekształcanej oraz zasady jej wpisu do odpowiedniego rejestru⁶⁴.

do Polski, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, s. 31–32.

⁶⁴ Zob. w tej kwestii szczegółowo M. Mataczyński, M. Saczywko, *Transgraniczne przeniesienie siedziby zagranicznej...*, s. 26–33.

D. Procedura reorganizacji spółek osobowych *de lege lata*

1. Uwagi ogólne

9. Analizując proces transgranicznego łączenia i transgranicznego przekształcenia z udziałem polskich spółek osobowych innych niż S.K.A. (tj. spółki jawnej, spółki komandytowej i spółki partnerskiej) oraz ich odpowiedników w innych państwach członkowskich UE, należy dokonać rozróżnienia między transgranicznymi operacjami o charakterze emigracyjnym a imigracyjnym. Operacje emigracyjne obejmują przypadki, w których polska reorganizowana spółka osobowa „opuszcza” polską jurysdykcję, co ma miejsce w sytuacji transgranicznego łączenia przez przejęcie, w którym polska spółka jest spółką przejmowaną, transgranicznego połączenia przez zawiązanie nowej spółki, jeżeli ma ona mieć siedzibę za granicą, oraz transgranicznego przekształcenia polskiej spółki. Z kolei operacje imigracyjne obejmują sytuacje łączeń i przekształceń transgranicznych, w przypadku których spółka z nich wynikająca będzie podlegać prawu polskiemu, tj. będzie mieć w Polsce zlokalizowaną siedzibę statutową (por. art. 17 ust. 1 p.p.m.).

10. W świetle omówionej wyżej kolizyjnoprawnej reguły kombinacyjnej powyższe rozróżnienie ma istotne znaczenie dla ustalenia zakresu zastosowania polskiego prawa. W przypadku operacji emigracyjnych polskiemu prawu będą podlegać te czynności reorganizowanej spółki i jej wspólników, które wiążą się z przygotowaniem planu operacji, jego zatwierdzeniem przez wspólników oraz wydaniem przez sąd rejestrowy zaświadczenia o zgodności z polskim prawem procedury w tym zakresie. Z kolei w odniesieniu do operacji imigracyjnej polskie prawo będzie właściwe dla czynności prawnych służących jej finalizacji, tj. rejestracji spółki wynikającej z takiej operacji (tak w szczególności w przypadku przekształcenia zagranicznej spółki osobowej w spółkę prawa polskiego), ewentualnie podwyższenia kapitału zakładowego polskiej spółki przejmującej (w przypadku transgranicznego połączenia przez polską spółkę kapitałową spółki osobowej z innego państwa członkowskiego).

2. Emigracyjna reorganizacja polskiej spółki

11. W odniesieniu do transgranicznego łączenia i transgranicznego przekształcenia polskiej spółki osobowej innej niż S.K.A. w pierwszej kolejności wymaga rozstrzygnięcia kwestii zdolności łączeniowej i przekształceniowej. Do transgranicznego łączenia tych spółek znajdzie niewątpliwie zastosowanie, przewidziane w art. 491 § 3 k.s.h., ogólne wyłączenie zdolności łączeniowej spółki w likwidacji, która rozpoczęła podział majątku, oraz spółka w upadłości.

12. Specyficznie do spółek osobowych innych niż S.K.A. odnosi się dwojakiego rodzaju ograniczenie wewnątrzkrajowej zdolności łączeniowej. Po pierwsze, w przypadku połączenia ze spółką kapitałową taka spółka osobowa nie może być spółką przejmująca ani nowo zawiązaną (art. 491 § 1 k.s.h. *in fine*). Po drugie, w przypadku łączenia się spółek osobowych, nie jest możliwe łączenie się przez przejęcie, lecz wyłącznie przez zawiązanie spółki kapitałowej albo S.K.A. (art. 491 § 2 k.s.h.). Wątpliwym uzasadnieniem dla tych ograniczeń, wskazywanym w doktrynie, ma być obawa ustawodawcy przed powstaniem nadmiernie rozbudowanych struktur majątkowo-osobowych w formie spółek osobowych⁶⁵. Pojawia się pytanie, czy znajdują one również zastosowanie do emigracyjnego łączenia z udziałem polskiej spółki osobowej innej niż S.K.A. Rygorystycznie rozumiana reguła kombinacyjna, zgodnie z którą dana operacja transgraniczna (*in casu*: łączenie) jest możliwa w przypadku, gdy kumulatywnie spełnione są przesłanki przewidziane w krajowych regulacjach właściwych dla łączących się spółek, mogłaby skłaniać do pozytywnej odpowiedzi na to pytanie. Oznaczałoby to, że polska spółka osobowa inna niż S.K.A. nie mogłaby uczestniczyć ani w emigracyjnym łączeniu *per incorporationem*, w którym spółką przejmującą byłaby zagraniczna spółka osobowa inna niż odpowiednik polskiej S.K.A., ani w emigracyjnym łączeniu *per unionem*, w którym spółką nowo zawiązaną byłaby taka spółka osobowa, pomimo że zagraniczne prawo właściwe dla spółki przejmującej, względnie nowo zawiązanej, nie zawiera analogicznych ograniczeń zdolności łączeniowej spółek osobowych. Wniosek taki należy jednak odrzucić, ponieważ nie ma żadnego merytorycznego ani funkcjonalnego uzasadnienia dla rozszerzenia ograniczeń przewidzianych w k.s.h. na spółki, które podlegają bądź, w przypadku łączenia *per unionem*, będą podlegać prawu innego państwa członkowskiego. Jeżeli państwo to dopuszcza występowanie spółek osobowych podlegających jego prawu w roli spółki przejmującej, względnie nowo zawiązanej, polskie prawo nie może narzucać mu własnych ograniczeń w zakresie konsolidacji majątkowej z udziałem spółek osobowych. Ograniczenia te znajdują natomiast zastosowanie w przypadku łączeń imigracyjnych, co oznacza, że polska spółka osobowa inna niż S.K.A. nie będzie mogła wystąpić w roli spółki przejmującej, względnie nowo zawiązanej.

13. Z uwagi na to, że polskie spółki osobowe inne niż S.K.A. nie mają zdolności podziałowej w odniesieniu do podziałów wewnątrzkrajowych (art. 528 § 2 k.s.h.), wyłączona jest również możliwość ich podziału w wymiarze transgranicznym.

14. Transgraniczne łączenie z udziałem polskich spółek osobowych innych niż S.K.A. będzie podlegać, w zakresie tzw. fazy menedżerskiej i fazy właścicielskiej⁶⁶, przede wszystkim

⁶⁵ Por. A. Szumański, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 4, red. S. Sołtysiński et al., Warszawa 2009, art. 491, nb. 72; krytycznie: M. Aslanowicz, *Z problematyki przekształcania, łączenia oraz podziału osobowych spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 8, s. 33.

⁶⁶ Nt. faz procedury łączeniowej por. M. Rodzyńkiewicz, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 4..., art. 491, nb. 3 i n.

przepisom o wewnątrz krajowych łączeniach, tj. art. 517–527 k.s.h. wraz z ogólnymi przepisami o łączeniach art. 491–497 k.s.h. Zgodnie z art. 517 § 1 k.s.h. pierwszą prawnie uregulowaną czynnością w procesie łączenia jest pisemne uzgodnienie planu połączenia między łączącymi się spółkami. Jeżeli prawo właściwe dla zagranicznej łączącej się spółki przewiduje dla planu wymóg formy szczególnej (np. aktu notarialnego) lub konieczność zawarcia tzw. umowy łączeniowej, wymogom tym będzie musiała uczynić zadość również polska spółka. W odniesieniu do transgranicznego łączenia emigracyjnego nie wydaje się możliwa rezygnacja ze sporządzenia planu połączenia na podstawie art. 517 § 2 k.s.h. Plan połączenia transgranicznego ma bowiem istotne znaczenie informacyjne zarówno dla wspólników łączących się spółek, w szczególności w zakresie poinformowania ich o skutkach zmiany prawa właściwego dla ich praw i obowiązków w spółce po takim połączeniu, jak i dla organu rejestrowego w państwie członkowskim, w którym połączenie ma zostać zarejestrowane. Minimalną treść planu połączenia należy ustalić w wyniku kumulatywnego zastosowania odpowiednich przepisów krajowego prawa właściwego dla łączących się spółek. Z perspektywy polskiego prawa treść tę wyznacza zasadniczo art. 518 § 1 oraz, w przypadku załączników, art. 499 § 2 i 3 w zw. z art. 518 § 2 k.s.h., choć za dopuszczalne należy również uznać odwołanie się przez polską łączącą się spółkę osobową do art. 516³ § 1 k.s.h. stosowanego analogicznie, z uwzględnieniem specyfiki łączenia się spółki osobowej.

15. Poza planem połączenia od wspólników spółki osobowej prowadzących sprawę spółki wymagane będzie sporządzenie sprawozdania, gdy sporządzany jest plan połączenia oraz podlega on badaniu przez biegłego (por. na gruncie krajowych łączeń spółek osobowych art. 501 w zw. z art. 520 § 3 k.s.h.). Obowiązek ten zatem wystąpi w związku ze stosownym żądaniem wspólnika lub gdy spółką przejmującą albo spółką nowo zawiązaną jest spółka prawa obcego, z której założeniem związany jest obowiązek wyceny raportów, czyli przede wszystkim spółki odpowiadające polskiej spółce akcyjnej albo spółce komandytowo-akcyjnej (por. niżej pkt 17, D. Procedura reorganizacji spółek osobowych *de lege lata*). W innym przypadku zamiast sprawozdania wystarczające stanie się sporządzenie oświadczenia przez wspólników prowadzących sprawę spółki dotyczącego celu połączenia transgranicznego (por. art. 516¹² § 2 pkt 11 k.s.h.). Treść samego sprawozdania należy ustalić w oparciu o art. 516⁵ k.s.h., który uwzględnia transgraniczny charakter połączenia, a zwłaszcza szczególne skutki związane ze zmianą prawa właściwego dla spółki.

16. Plan połączenia powinien zostać zgłoszony do sądu rejestrowego łączącej się polskiej spółki (art. 519 k.s.h.), a o planowanym połączeniu należy dwukrotnie zawiadomić wspólników (art. 521 k.s.h.). Polskie prawo nie przewiduje w odniesieniu do wewnątrz krajowego łączenia się spółek osobowych wymogu ogłoszenia planu połączenia i poinformowania w ten sposób wierzycieli spółki o planowanej reorganizacji. Jednak w przypadku transgranicznego połączenia emigracyjnego właściwsze jest posłużenie się analogią do art. 516⁴ k.s.h.

(w szczególności § 2 tego artykułu), co umożliwi spółce udostępnienie planu połączenia na jej stronie internetowej. Udostępnienie to ma znaczenie dla skorzystania przez wierzycieli spółki z uprawnienia przewidzianego w art. 516¹⁰ § 2 k.s.h. (por. niżej pkt 19, D. Procedura reorganizacji spółek osobowych *de lege lata*).

17. Wymóg poddania planu połączenia przez biegłego w ramach polskiej części procedury łączeniowej dotyczy przypadku, gdy spółką przejmującą albo nowo zawiązaną w wyniku transgranicznego łączenia będzie spółka zagraniczna, której forma odpowiada polskiej spółce akcyjnej albo spółce komandytowo-akcyjnej (por. art. 520 § 1 k.s.h.). Ponieważ zasada „co najmniej jednego badania” w odniesieniu do przypadku, gdy spółką wynikająca z transgranicznego łączenia jest spółka akcyjna, przewidziana jest w prawie unijnym (por. art. 49 ust. 5 dyrektywy 2017/1132)⁶⁷, badanie takie powinno zostać uznane za wystarczające przez organ rejestrowy w państwie rejestracji połączenia. Ponadto wymóg dokonania badania zaktualizuje się, gdy zażąda tego wspólnik polskiej spółki osobowej (por. art. 520 § 2 k.s.h.). Z kolei powzięcie uchwały przez wspólników polskiej spółki osobowej innej niż S.K.A. o jej transgranicznym połączeniu będzie podlegać zasadom określonym w art. 522 k.s.h.

18. Elementem zharmonizowanej procedury transgranicznego łączenia spółek kapitałowych i S.K.A., który w drodze prounijnej wykładni polskiego prawa powinien znaleźć zastosowanie również do niezharmonizowanego transgranicznego łączenia emigracyjnego z udziałem spółki osobowej innej niż S.K.A., jest weryfikacja prawidłowości (legalności) procedury łączeniowej w zakresie podlegającym polskiemu prawu przez sąd rejestrowy i, w razie pozytywnego wyniku tej weryfikacji, wydanie zaświadczenia o zgodności tej procedury z prawem polskim (tzw. zaświadczenia o legalności). Wystawienie takiego zaświadczenia ma kluczowe znaczenie dla usprawnienia procesu transgranicznej reorganizacji, ponieważ z perspektywy organu rejestrowego w państwie docelowym stanowi potwierdzenie prawidłowości procedury łączeniowej w zakresie podlegającym państwu pochodzenia reorganizowanej spółki. Z kolei z perspektywy tego ostatniego weryfikacja ta pozwala zapobiec potencjalnym nadużyciom wiążącym się z przeprowadzaną reorganizacją transgraniczną (por. art. 516¹² § 6 k.s.h.)⁶⁸. W prawie polskim procedura weryfikacji przez sąd rejestrowy zmierzająca do wydania zaświadczenia legalności jest uregulowana, w odniesieniu do transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych i S.K.A., w art. 516¹² k.s.h., którego przepisy stanowią efekt implementacji do prawa polskiego odpowiednich przepisów dyrektywy 2017/1132 znowelizowanej przez dyrektywę 2019/2121. Tak określona kontrola operacji transgranicznej składa się generalnie z konieczności weryfikacji spełnienia

⁶⁷ Zob. w tej kwestii szerzej K. Oplustil, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, J. Bieniak et al., Warszawa 2024, art. 497, nb. 7.

⁶⁸ Zob. szerzej K. Oplustil, *Transgraniczne reorganizacje...*, s. 314 i n.; A. Mucha, *Klauzula przeciwdziałająca nadużyciom w ramach zmienionych przepisów dotyczących transgranicznego przekształcenia, łączenia i podziału spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2024, nr 8, s. 56–62.

formalnych wymogów połączenia, a także ewentualnych zastrzeżeń dotyczących potencjalnie abuzywnego charakteru operacji (por. art. 516¹² § 6 k.s.h.). Oprócz sądu rejestrowego w proces kontroli połączenia transgranicznego polskiej spółki został zaangażowany Szef Krajowej Administracji Skarbowej (por. art. 516¹² § 1 k.s.h. oraz art. 119zł i n. ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa). *De lege lata* przepisy art. 516¹² k.s.h. (a także powołane przepisy ordynacji podatkowej) powinny znaleźć analogiczne zastosowanie do łączącej się transgranicznie spółki osobowej innej niż S.K.A., ponieważ służą one realizacji zasad równoważności i efektywności prawa unijnego, podkreślanych w orzecznictwie TS. W praktyce analogiczne zastosowanie tych przepisów może się jednak okazać trudne. W szczególności sąd rejestrowy właściwy dla łączącej się spółki osobowej, a także szef Krajowej Administracji Skarbowej mogą odmówić wszczęcia postępowania w sprawie wydania rzeczzonego zaświadczenia, wskazując na brak wyraźnej podstawy prawnej do wszczęcia postępowania weryfikacyjnego. *De lege ferenda* należy postulować wprowadzenie do prawa polskiego odpowiedniej regulacji tego postępowania, dostosowanej do specyfiki transgranicznych reorganizacji spółek osobowych innych niż S.K.A.

19. Doniosłą praktycznie kwestią jest ochrona wspólników i wierzycieli polskiej spółki osobowej, innej niż S.K.A., uczestniczącej w transgranicznym połączeniu emigracyjnym. W spółce jawnej i spółce partnerskiej ochrona wspólników jest realizowana przez (bezwzględnie obowiązujący) wymóg powzięcia jednomyślnej uchwały przez wszystkich wspólników, co wynika z art. 522 § 1 k.s.h.⁶⁹ W odniesieniu do tych typów spółek nie jest dlatego konieczne wprowadzanie instrumentów prawnych, które, jak prawo żądania odkupu udziałów (akcji) w spółkach kapitałowych (por. art. 126a ust. 1–5 dyrektywy 2017/1132; art. 516¹¹ § 1–6 k.s.h.), mają na celu ochronę wspólnika przed zmianą, wbrew jego woli, prawa krajowego regulującego ogół przysługujących mu praw i obowiązków w spółce. Potrzeba takiej ochrony istnieje natomiast w spółce komandytowej, w której dla powzięcia uchwały konieczna, a zarazem wystarczająca jest (oprócz jednomyślności komplementariuszy) zgoda komandytariuszy reprezentujących $\frac{3}{4}$ sumy komandytowej (por. art. 522 § 3 k.s.h.). Należy się opowiedzieć za przyznaniem komandytariuszowi polskiej łączącej się transgranicznie spółki komandytowej, niezgadzającemu się na uczestnictwo w zagranicznej spółce przejmującej albo nowo związanej, prawa „wyjścia” z łączącej się spółki za wynagrodzeniem odpowiadającym godziwej wartości jego praw w łączącej się spółce, przy czym podstawę ustalenia tej wartości powinien stanowić przypadający na niego udział w majątku netto tej spółki. *De lege lata* wchodzi w rachubę odpowiednie stosowanie w takim przypadku przepisów art. 516¹¹ § 1–6 k.s.h., które przyznają wspólnikowi spółki kapitałowej niezgadzającemu się na transgraniczne łączenie emigracyjne, prawo żądania odkupu jego udziałów (akcji) w tej spółce. *De lege ferenda* należy postulować wprowadzenie analogicznej regulacji w odniesieniu

⁶⁹ Por. M. Rodzyńkiewicz, op. cit., art. 522, nb. 1.

do „przegłosowanych” komandytariuszy spółki komandytowej, niezgadzających się na emigracyjne połączenie tej spółki.

20. Bardziej złożonym zagadnieniem jest kwestia ewentualnej ochrony wspólników polskiej łączącej się spółki osobowej, którzy wprawdzie nie kwestionują co do zasady transgranicznego połączenia emigracyjnego i chcą uczestniczyć w zagranicznej spółce przejmującej, względnie nowo zawiązanej, jednak nie zgadzają się z wyceną ich praw udziałowych w łączącej się polskiej spółce osobowej i w związku z tym uważają, że liczba i wartość przyznanych im praw udziałowych w spółce przejmującej, względnie nowo zawiązanej, jest zbyt niska. W odniesieniu do spółek kapitałowych ustawodawca polski wprowadził (zgodnie z wymogiem art. 126a ust. 6 Dyrektywy 2017/1132) nowy szczególny instrument w postaci powództwa o dopłatę w gotówce (art. 516¹¹ § 11 k.s.h.), które może wytoczyć wspólnik niezgadzający się na stosunek wymiany udziałów (akcji) określony w planie połączenia. Przepis ten może znaleźć analogiczne zastosowanie do opisanej sytuacji wspólnika polskiej spółki osobowej łączącej się transgranicznie, jakkolwiek trzeba mieć na uwadze, że ustalenie, czy wspólnik uzyskał w spółce wynikającej z transgranicznego połączenia prawa udziałowe w zakresie odpowiadającym jego udziałowi w łączącej się spółce, może być *in casu* niełatwe.

21. W przypadku wewnątrz krajowego łączenia spółki osobowej jej wierzyciele mogą skorzystać, po pierwsze, z instrumentów ochrony *ex post* (tj. po połączeniu) przewidzianych w ogólnych przepisach art. 495–496 k.s.h. (prawo żądania odrębnego zarządu majątkami połączonych spółek oraz prawo żądania zabezpieczenia roszczenia). Po drugie, ochronie dotychczasowych wierzycieli służy art. 525 k.s.h., przewidujący kontynuację odpowiedzialności wspólników łączącej się spółki osobowej na dotychczasowych zasadach przez okres trzech lat, licząc od dnia połączenia (por. art. 525 k.s.h.). Z kolei w przypadku transgranicznego łączenia emigracyjnego polskiej spółki kapitałowej albo S.K.A. instrument ochrony wierzycieli w postaci prawa żądania zabezpieczenia roszczenia (pod warunkiem uprawdopodobnienia, że jego zaspokojenie jest zagrożone przez połączenie) ma charakter uprzedni, tj. aktualizuje się jeszcze na etapie procedury łączeniowej w polskiej spółce (por. art. 516¹⁰ k.s.h.)⁷⁰. Konieczność zapewnienia wierzycielom ochrony uprzedniej uzasadnia okoliczność, że stosowanie przewidzianych w art. 495 i 496 k.s.h. następczych instrumentów ochrony wierzycieli polskiej łączącej się spółki, która w wyniku połączenia transgranicznego utraciła byt prawny, w stosunku do zagranicznej spółki przejmującej, względnie spółki nowo zawiązanej, nie byłoby wówczas możliwe (lub co najmniej wywoływałoby wątpliwości) z tego powodu, że nie podlega ona prawu polskiemu. Ponadto, w przypadku łączącej się S.K.A., znajdzie również zastosowanie (w związku z art. 516¹⁹ k.s.h.) powołany art. 525 k.s.h. W celu zapewnienia realizacji zasady równoważności należy zapewnić podobny standard ochrony wierzycielom pozostałych łączących się spółek osobowych w przypadku ich uczestnictwa

⁷⁰ Zob. szerzej K. Oplustil, *Transgraniczne reorganizacje...*, s. 501 i n.

w niezharmonizowanym łączeniu emigracyjnym. Oznacza to analogiczne stosowanie do takiego łączenia zarówno art. 516¹⁰ k.s.h. wprowadzającego instrument ochrony uprzedniej, jak i przewidzianej w art. 525 k.s.h. (czasowo ograniczonej) kontynuacji odpowiedzialności wspólników na dotychczasowych zasadach.

22. W zakresie skutków transgranicznego połączenia spółki osobowej znajdzie analogiczne zastosowanie zasada sukcesji generalnej (por. art. 494 k.s.h.), a także niedopuszczalność podważenia skutków tej transgranicznej operacji po dniu połączenia (por. art. 516¹⁷ k.s.h.).

23. Powyższą analizę należy odnieść *mutatis mutandis* do procedury **transgranicznego przekształcenia emigracyjnego** polskiej spółki osobowej innej niż S.K.A. Do takiego przekształcenia znajdują zastosowanie przepisy ogólne dotyczące wszystkich odmian i typów przekształceń oraz przepisy szczególne dotyczące przekształcenia spółki osobowej w spółkę kapitałową, względnie spółki osobowej w inną spółkę osobową, w zależności od tego, do której kategorii zaliczana jest spółka przekształcona w świetle właściwego dla niej prawa państwa przeznaczenia. Procedura przekształcenia w zakresie podlegającym polskiemu prawu obejmuje sporządzenie planu transgranicznego przekształcenia, uwzględniającego elementy określone w art. 558 § 1 i art. 580⁴ § 1 k.s.h., sprawozdanie dla wspólników (z możliwością rezygnacji z jego sporządzenia za zgodą wszystkich wspólników, stosownie do art. 580⁵ § 4 k.s.h.), powzięcia uchwały przez wspólników na zasadach określonych, odpowiednio, w art. 571 i art. 581 k.s.h. Komandytariuszom przekształcanej transgranicznie spółki komandytowej, niezgadzającym się na przekształcenie (por. art. 571 k.s.h.), powinno przysługiwać uprawnienie do „wyjścia” ze spółki za wynagrodzeniem odpowiadającym godziwej wartości ich praw w tej spółce, na podstawie stosowanego odpowiednio art. 580¹¹ k.s.h. Również w odniesieniu do ochrony wierzycieli należy dopuścić analogiczne stosowanie art. 580¹² k.s.h. w celu zapewnienia wierzycielom równoważnej ochrony z tą, jaka przysługuje wierzycielom reorganizowanej S.K.A. Instrumenty te polegają na prawie wierzyciela żądania zabezpieczenia roszczenia (w razie uprawdopodobnienia zagrożenia jego zaspokojenia przez planowane transgraniczne przekształcenie) oraz możliwości utrzymania jurysdykcji w Polsce przez okres dwóch lat od dnia przekształcenia (art. 580¹² § 5 k.s.h.). Ponadto, zgodnie z art. 574 k.s.h., wspólnicy przekształcanej polskiej spółki osobowej odpowiadają na dotychczasowych zasadach solidarnie ze spółką przekształconą za dotychczasowe zobowiązania przez okres trzech lat od dnia przekształcenia.

3. Imigracyjna transgraniczna reorganizacja z udziałem spółki osobowej

24. Jak wynika z wyroku TS w sprawie *Vale* (por. wyżej pkt 10, C, II. Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle orzecznictwa TS UE dotyczącego swobody przedsiębiorczości

spółek), organ rejestracyjny w państwie przyjmującym (przeznaczenia) nie może odmówić rejestracji transgranicznej reorganizacji (*in casu*: transgranicznego przekształcenia) w przypadku, gdy prawo krajowe tego państwa zawiera regulację analogicznych reorganizacji spółek w wymiarze wewnątrz krajowym. Dlatego imigracyjne odmiany transgranicznych łączy i przekształceń z udziałem nieobjętych harmonizacją unijną spółek osobowych podlegających prawu innych państw członkowskich UE i państw strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym mogą obejmować następujące przypadki:

- a. połączenie przez przejęcie zagranicznej spółki osobowej przez polską spółkę kapitałową;
- b. połączenie przez zawiązanie nowej spółki kapitałowej podlegającej prawu polskiemu, w którym uczestniczy zagraniczna spółka osobowa i polska spółka osobowa lub spółka kapitałowa, względnie zagraniczna spółka kapitałowa i polska spółka osobowa;
- c. przekształcenie zagranicznej spółki osobowej albo kapitałowej w spółkę osobową podlegającą polskiemu prawu, względnie zagranicznej spółki osobowej w polską spółkę kapitałową.

25. Ze względu na ograniczenia zdolności łączeniowej spółek osobowych innych niż S.K.A. przewidziane w art. 491 § 1 *in fine* i art. 491 § 2 k.s.h. spółka taka nie będzie mogła być spółką przejmującą ani nowo zawiązaną z siedzibą w Polsce.

26. We wszystkich powyższych sytuacjach zadaniem polskiego organu rejestrowego będzie weryfikacja procesu transgranicznej reorganizacji, a w razie pozytywnej oceny – zarejestrowanie operacji oraz – w przypadku transgranicznego przekształcenia i łączenia *per unionem* – spółki utworzonej w jej wyniku i podlegającej prawu polskiemu⁷¹. Weryfikację transgranicznej reorganizacji, w szczególności dopełnienia wymogów przewidzianych w prawie pochodzenia zagranicznej spółki transgranicznie łączącej się, względnie przekształcanej, ułatwi sądowi rejestrowemu dostarczenie przez tę spółkę (lub bezpośrednio przez właściwy organ zagraniczny) zaświadczenia stwierdzającego dopełnienie tych wymogów (por. art. 516¹³ § 4 k.s.h. i art. 580¹⁴ § 4 k.s.h. wobec zharmonizowanych łączy i przekształceń). Jednak z uwagi na brak harmonizacji prawa unijnego w obszarze spółek osobowych zagraniczna spółka może nie być w stanie uzyskać i dostarczyć takiego zaświadczenia. W takim przypadku sąd rejestrowy będzie musiał zbadać zgodność z właściwym prawem krajowym czynności dokonywanych przez wspólników zagranicznej spółki w fazie menedżerskiej i fazie decyzyjnej reorganizacji. Zakłada to ustalenie w tym zakresie treści prawa obcego i wynikających z niego wymogów, a także ich dopełnienia przez zagraniczną spółkę. W tym celu spółka powinna przedłożyć odpowiednie dokumenty wraz z ich polskim tłumaczeniem (np. uchwałę wspólników o transgranicznym połączeniu albo przekształceniu) wskazujące na spełnienie tych wymogów (np. w zakresie odpowiedniego poinformowania wspólników i powzięcia uchwały na zasadach przewidzianych w prawie właściwym dla zagranicznej spółki). Zakresem weryfikacji polskiego sądu rejestrowego będą oczywiście

⁷¹ Zob. M. Mataczyński, M. Saczywko, *Transgraniczne przeniesienie siedziby zagranicznej...*, s. 28.

objęte również czynności przewidziane w prawie polskim konieczne dla finalizacji połączenia, względnie przekształcenia (np. zawarcie umowy spółki, której treść i forma odpowiada wymogom określonym w polskim prawie, podwyższenie kapitału zakładowego polskiej spółki kapitałowej przejmującej zagraniczną spółkę osobową).

V. Uwagi *de lege ferenda*

1. Przedstawiona powyżej próba zrekonstruowania, w oparciu o obowiązujące przepisy kodeksu spółek handlowych, ram prawnych transgranicznych połączeń i przekształceń z udziałem spółek osobowych innych niż S.K.A. unaocznia ryzyka prawne, z jakimi w praktyce wiązać się będzie przeprowadzenie tego typu operacji dopuszczalnych na gruncie pierwotnego prawa UE, jednak niezharmonizowanych we wtórnym prawie unijnym. Ich przeprowadzenie zakłada „dobrą wolę” organów rejestrowych zarówno w państwie pochodzenia, jak i przeznaczenia reorganizującej się (migrującej) spółki, gotowość tych organów do funkcjonalnej i prounijnej wykładni prawa krajowego oraz analogicznego stosowania przepisów o wewnątrz krajowym łączeniu i przekształceniu, a także o zharmonizowanych reorganizacjach transgranicznych. Konieczne może się również okazać podejmowanie działań zmierzających do usunięcia sprzeczności i braku harmonii między systemami prawnymi (zabiegi kwalifikacyjne, dostosowanie, ocena ekwiwalentności pojęć i instytucji prawnych)⁷². *De lege lata* zdecydowanie bezpieczniejsze pod względem prawnym i generujące niższe koszty transakcyjne będzie dlatego wewnątrz krajowe przekształcenie spółki osobowej innej niż S.K.A. w spółkę kapitałową albo w S.K.A., które są objęte zharmonizowaną regulacją transgranicznych reorganizacji, a dopiero następnie przeprowadzenie danej transgranicznej reorganizacji w oparciu o odpowiednie przepisy k.s.h. oraz innego państwa członkowskiego UE. Nie można jednak wykluczyć, że podejmowane będą próby tzw. dzikich reorganizacji z udziałem spółek osobowych innych niż z S.K.A. bez dopełnienia jakichkolwiek obowiązków, nawet tych wyprowadzonych z przepisów prawa w drodze analogii. W przypadku tego rodzaju reorganizacji istnieje niebezpieczeństwo postawienia polskich organów (sądu rejestrowego, organów podatkowych) przed faktami dokonanymi w przypadku, gdy dana operacja (np. transgraniczne przekształcenie) zostanie zarejestrowana w państwie docelowym, mimo niewypełnienia obowiązków przewidzianych w ramach danej procedury reorganizacyjnej w świetle prawa polskiego (por. stan faktyczny sprawy *Polbud*, C-106/16). Pojawi się wówczas pytanie, czy polski sąd rejestrowy powinien uznać sanujący charakter wpisu przekształcenia za granicą i w związku z tym wykreślić z Krajowego Rejestru Sądowego polską spółkę osobową

⁷² Tak A. Opalski, A.W. Wiśniewski, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 4, red. A. Opalski, Warszawa 2016, przed art. 491, nb. 88; A. Wowerka, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, red. M. Pazdan, Warszawa 2014, s. 701-703.

uczestniczącą w takiej operacji⁷³. Wyraźna regulacja obowiązków, jakie należy dopełnić w związku z emigracyjnym łączeniem i przekształceniem spółki osobowej innej niż S.K.A., niewątpliwie pomogłaby zminimalizować ryzyko wystąpienia tego rodzaju „dzikich” reorganizacji. Ponadto wprowadzenie autonomicznych przepisów o transgranicznych łączeniach i przekształceniach z udziałem spółek osobowych innych niż S.K.A., wyprzedzających ewentualną unijną harmonizację w tym zakresie, pozwoliłaby wzmocnić atrakcyjność polskiego prawa i bezpieczeństwo prawne, w szczególności z perspektywy wspólników i wierzycieli reorganizowanych transgranicznie spółek.

2. Ewentualne przepisy dotyczące transgranicznego łączenia i transgranicznego przekształcenia spółek osobowych innych niż S.K.A. powinny zostać wpasowane w istniejącą systematykę tytułu IV k.s.h. („Łączenie, podział i przekształcenie spółek”). Optymalne wydaje się umieszczenie odpowiednich przepisów dotyczących transgranicznego łączenia takich spółek w dziale I, rozdziale 3, jako rozdział 3¹ zatytułowany: „Transgraniczne łączenie się spółki jawnej, spółki komandytowej i spółki partnerskiej” lub „Transgraniczne łączenie się spółek osobowych innych niż spółka komandytowo-akcyjna”. Z kolei przepisy dotyczące transgranicznych przekształceń takich spółek mogłyby zostać umieszczone w tytule IV, dziale III, bezpośrednio po rozdziale 4¹ (jako rozdział 4²) albo po rozdziale 5 (jako rozdział 5¹). Alternatywnie można rozważyć dodanie rozdziału 5¹ „Transgraniczne przekształcenie spółek osobowych innych niż spółka komandytowo-akcyjna”, który obejmowałby również przekształcenie polskiej spółki osobowej w spółkę kapitałową prawa obcego, a w ramach rozdziału 4¹ dodanie przepisów dotyczących przekształcenia polskiej spółki kapitałowej w spółkę osobową prawa obcego.

3. Poza wprowadzeniem powyższych rozdziałów tytułu IV k.s.h. konieczna byłaby też zmiana niektórych ogólnych przepisów, w szczególności tych określających zakres podmiotowy reorganizacji spółek. Należałoby rozważyć wprowadzenie w art. 491 i art. 551 k.s.h. autonomicznych definicji transgranicznego połączenia z udziałem spółek osobowych innych niż S.K.A. i transgranicznego przekształcenia spółki osobowej innej niż S.K.A. oraz transgranicznego przekształcenia w tę spółkę spółki z innego państwa członkowskiego.

4. Co się tyczy techniki regulacji, ustawodawca stanąłby przed wyborem (a) kompleksowego i samodzielnego uregulowania transgranicznych reorganizacji z udziałem spółek osobowych innych niż S.K.A., z ewentualnymi punktowymi jedynie odesłaniami do tej kwestii albo (b) operowaniem w szerszym zakresie techniką odesłań i nakazem odpowiedniego stosowania przepisów o wewnątrz krajowej i transgranicznej odmianie danej reorganizacji. Należy mieć na uwadze, że już obecne przepisy o reorganizacjach spółek osobowych mają

⁷³ Przed takim zagadnieniem stanął sąd niemiecki (*Oberlandesgericht*) we Frankfurcie n. Menem; por. wyrok OLG Frankfurt z 3.01.2017 r. (20 W 88/15); S. Zwirlein-Forschner, *Grenzüberschreitende Umwandlungen außerhalb der Mobilitätsrichtlinie*, [w:] *Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt*, „*Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Sonderheft*” 26, Berlin/Boston 2023, s. 211.

charakter fragmentaryczny i ich stosowanie odbywa się w oparciu o odesłania do ogólnych przepisów lub przepisów o operacjach z udziałem spółek kapitałowych. Kolejne odesłanie w ramach operacji transgranicznych tworzyłoby piętrowy układ odesłań, który mógłby rodzić istotne problemy interpretacyjne. Nie ulega przy tym wątpliwości, że transakcje transgraniczne ze względu na potencjalne konsekwencje dla krajowych spółek i ich interesariuszy wymagają precyzyjnego uregulowania. Dlatego należy opowiedzieć się za pierwszą ze wskazanych technik regulacyjnych zakładającą możliwie autonomiczne i kompleksowe uregulowanie przedmiotowych łączy i przekształceń transgranicznych. Przedmiotem tych regulacji powinny być w szczególności następujące kwestie:

a. czynności, jakie transgranicznie łącząca się albo przekształcana spółka osobowa inna niż S.K.A. powinna powziąć w tzw. fazie menedżerskiej danej procedury reorganizacyjnej (sporządzenie planu i jego treść, sporządzenie sprawozdania dla wspólników i przesłanki rezygnacji z jego sporządzenia, ogłoszenie planu);

b. zasady powzięcia uchwały przez wspólników o danej transgranicznej reorganizacji;

c. instrumenty ochrony wspólników (tj. prawo komandytariuszy niezgadzających się na transgraniczną operację do żądania wypłaty wartości ich praw udziałowych) oraz wierzycieli (prawo żądania zabezpieczenia w razie uprawdopodobnienia, że planowana reorganizacja zagraża zaspokojeniu ich roszczeń wobec spółki; kontynuacja solidarnej odpowiedzialności wspólników na dotychczasowych zasadach przez okres trzech lat od dnia transgranicznego połączenia albo przekształcenia; w przypadku transgranicznego przekształcenia – możliwość kontynuacji polskiej jurysdykcji);

d. określenie przesłanek i zasad wydania przez sąd rejestrowy zaświadczenia o zgodności z prawem polskim łączenia, względnie przekształcenia transgranicznego, w zakresie procedury podlegającej polskiemu prawu;

e. dokumenty, jakie należy przedstawić sądowi rejestrowemu w przypadku transgranicznego łączenia, względnie przekształcenia, podlegającego rejestracji w Polsce (imigracyjne łączenie albo przekształcenie).

5. Niezależnie od wskazanych wyżej ewentualnych zmian k.s.h. należy postulować kompleksową reformę kolizyjnej regulacji art. 19 p.p.m. Kolizyjnoprawna regulacja transgranicznego łączenia i transgranicznego przekształcenia (połączonego z przeniesieniem siedziby statutowej spółki) powinna być oparta na wspomnianej wyżej teorii kombinacyjnej i precyzyjnie określać aspekty procesu reorganizacji transgranicznej, wymagające kumulatywnego uwzględnienia wymogów wynikających ze statutów personalnych zaangażowanych w nią spółek, oraz aspekty podlegające rozłącznemu (dystrybutywnemu) stosowaniu tych statutów.

Bibliografia

Akty prawne

- Dyrektywa Rady 68/151/EWG z dnia 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich, Dz.U. L 65 z 14.03.1968 r.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 2383.
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 18.
- Dyrektywa z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych, Dz.U. L 310 z 25.11.2005 r.
- Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 503.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1132 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie niektórych aspektów prawa spółek, Dz.U. L 169 z 30.06.2017 r.
- 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.U. L 321 z 12.12.2019 r.
- Ustawa z dnia 16 sierpnia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2023 r., poz. 1705.

Orzeczenia

- Wyrok TS z 21.06.1974 r. w sprawie *Jean Reyners v. Belgian State*, 2/74, EU:C:1974:68.
- Wyrok TS z 27.08.1988 r. w sprawie *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, C-81/87, EU:C:1988:456.
- Wyrok TS z 31.05.1989 r. w sprawie *I. Bettray przeciwko Staatssecretaris van Justitie*, C-344/87, EU:C:1989:226.
- Wyrok TS z 30.11.1995 r. w sprawie *Reinhard Gebhard przeciwko Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, EU:C:1995:411.

Wyrok TS z 5.11.2002 r. w sprawie *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00, EU:C:2002:632.

Wyrok TS z 30.09.2003 r. w sprawie *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, C-167/01, EU:C:2003:512.

Wyrok TS z 13.12.2005 r. w sprawie *SEVIC Systems*, C-411/03 (*SEVIC Systems*), EU:C:2005:762.

Wyrok TS z 16.12.2008 r. w sprawie *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, C-210/06, EU:C:2008:723.

Wyrok TS z 29.11.2011 r. w sprawie *National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, C-371/10, EU:C:2011:785.

Wyrok TS z 12.07.2012 r. w sprawie *VALE Építési kft.*, C-378/10, EU:C:2012:440.

Wyrok TS z 25.10.2017 r. w sprawie *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, C-106/16, EU:C:2017:804.

Literatura

Aślanowicz M., *Z problematyki przekształcania, łączenia oraz podziału osobowych spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 8.

Barnard C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oksford 2016.

Baschnagel M., Hilser, R., *Grenzüberschreitende Umwandlungen von Personengesellschaften nach dem MoPeG und dem UmRUG – aktuelle Entwicklungen sowie rechtspolitische und rechtsdogmatische Perspektiven*, „Zeitschrift für das Recht der Personengesellschaften und Einzelunternehmen” 2024, nr 3.

Błaszczuk P., *Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 11.

Dausés M.A., *Jednolite prawo cywilne w Europie?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 6.

Garner B.A., *Black’s Law Dictionary*, Saint Paul 2009.

Górka M., *Zasada wzajemnego uznania w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.

Hornberger T., *Rechtsformwahrende Sitzverlegung, Verschmelzungen und Formwechsel von Personengesellschaften innerhalb der EU. Eine Analyse de lege lata und de lege ferenda*, Baden-Baden 2020.

Fleischer H. (red.), *Personengesellschaften im Rechtsvergleich*, Monachium 2021.

Kindler P., [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Internationales Privatrecht II. Internationales Wirtschaftsrecht*, red. J. von Hein, t. 12, Monachium 2018.

Lombardo S., *Some Reflections on Freedom of Establishment of Non-profit Entities in the European Unions*, „European Business Organization Law Review” 2013, nr 2.

Mader Ch., *Die grenzüberschreitende Verschmelzung am Beispiel Deutschland – Österreich*, „Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen” 2011, nr 32.

Mataczyński M., *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki handlowej za granicę*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2013, t. 13.

- Mataczyński M., Saczywko M., *Transgraniczne przeniesienie siedziby zagranicznej spółki handlowej do Polski*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 1.
- Mazur P., *Objęcie spółki komandytowo-akcyjnej zakresem podmiotowym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2121 zmieniającej dyrektywę (UE) 2017/1132 w odniesieniu do transgranicznego przekształcenia, łączenia i podziału spółek*, Warszawa 2021.
- Mucha A., *Przeniesienie siedziby polskiej spółki z o.o. za granicę (uwagi na tle pytań prejudycjalnych Sądu Najwyższego do Trybunału Sprawiedliwości)*, „Glosa” 2016, nr 3.
- Mucha A., *O transgranicznym przekształceniu spółki na przykładzie jej „wrogiego przejęcia” przez państwo członkowskie Unii Europejskiej – glosa do orzeczenia niemieckiego Oberlandesgericht Frankfurt am Main z 3.01.2017 r. (20 W 88/15)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 12.
- Mucha A., *Klauzula przeciwdziałająca nadużyciom w ramach zmienionych przepisów dotyczących transgranicznego przekształcenia, łączenia i podziału spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2024, nr 8.
- Napierała J., *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Cartesio*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, z. 2.
- Napierała J., *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2013.
- Napierała J., *Swoboda przedsiębiorczości*, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 2B, red. S. Włodyka, A. Szumański, 2019.
- Opalski A., *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010.
- Opalski A., *Wybrane problemy ustalania prawa właściwego dla osób prawnych w świetle nowej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe*, [w:] *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Warszawa 2013.
- Opalski A., Wiśniewski A.W., [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 4, red. A. Opalski, Warszawa 2016.
- Opalski A., Wiśniewski A.W., [w:] *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Warszawa 2017.
- Oplustil K., *Łącznik siedziby spółki w nowym prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi na tle prawa europejskiego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2011, nr 3.
- Oplustil K., *Transgraniczne przekształcenie spółki. Glosa do wyroku ETS w sprawie Vale*, „Monitor Prawa Handlowego” 2012, nr 4.
- Oplustil K., *Transgraniczne przekształcenie i podział spółki w świetle prawa europejskiego i polskiego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2014, nr 1.
- Oplustil K., Mucha A., *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2020, nr 3.
- Oplustil K., *Transgraniczne reorganizacje spółek (łączenie, podział i przekształcenie) w prawie unijnym i polskim*, Warszawa 2024.
- Oplustil K., [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, J. Bieniak et al., Warszawa 2024.

- Oplustil K., *Niedopuszczalne ograniczenie unijnej swobody przedsiębiorczości spółki wynikające z kolizyjnoprawnej teorii siedziby rzeczywistej – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 25.04.2024 r., C-276/22, Edil Work 2 Srl, S.T. Srl przeciwko STE Sàrl*, „Glosa” 2024, nr 4.
- Oplustil K., Spyra M., *Transgraniczne przekształcenia spółek kapitałowych w świetle wyroku ETS w sprawie SEVIC oraz dyrektywy 2005/56/WE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 3.
- Petanidis G.-V., *Die grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften*, Berlin 2020.
- Rodzinkiewicz M., [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 4, red. A. Opalski, Warszawa 2016.
- Skibińska E., *Swoboda zakładania przedsiębiorstw przez osoby prawne*, Warszawa 2008.
- Skibińska E., [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. 1, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Warszawa 2012.
- Szumański A., [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 4, red. S. Sołtysiński et al., Warszawa 2009.
- Szydło M., *Krajowe prawo spółek a swoboda przedsiębiorczości*, Warszawa 2007.
- Szydło M., *Statut personalny osób prawnych w projekcie nowej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 1.
- Teichmann Ch., Knaier R., *Grenzüberschreitende Umwandlungen zwischen Primärrecht und Sekundärrecht*, [w:] *Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt ZGR-Sonderheft 26*, Berlin/Boston 2023.
- Weber A.-M., [w:] *System Prawa Prywatnego. T. 16B. Prawo spółek osobowych*, red. M. Romanowski, Warszawa 2022.
- Wiśniewski A.W., Opalski A., *Companies’ Freedom of Establishment after the ECJ Cartesio Judgment*, „Business Organization Law Review” 2009, nr 4.
- Wowerka A., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20A, red. M. Pazdan, Warszawa 2014.
- Zwirlein-Forschner S., *Grenzüberschreitende Umwandlungen außerhalb der Mobilitätsrichtlinie*, [w:] *Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt*, „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Sonderheft” 26, Berlin/Boston 2023.

Raporty

- KPMG, *EU Mobility Directive. Client Compass*, 4.2023, [online:] <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmgsites/es/pdf/2023/04/eu-mobility-directive-client-compass.pdf.core-download.inline.pdf>.
- Brouxel & Rabia, *Luxembourg Law Firm, The so-called Mobility Directive on cross-border conversions, mergers and divisions soon to be transposed in Luxembourg*, 21.06.2023, [online:] <https://brouxelrabia.lu/mobility-directive-on-cross-border-conversions-mergers-and-divisions-soon-to-be-transposed-in-luxembourg-2>.

Raport Linklaters, *EU Mobility Directive. New Rules for Cross-Border Reorganisations*, 9.2023, [online:] <https://www.linklaters.com/en/insights/publications/eu-mobility-directive/new-rules-for-cross-border-reorganisations>.

CMS, *Back to Basics. Unregulated special limited partnership (“SCSp”) in Luxembourg*, 12.07.2024, [online:] <https://cms.law/en/int/publication/cms-funds-group-back-to-basics-briefings/unregulated-special-limited-partnership>.