

Prof. dr hab. Jacek Napierała
Wydział Prawa i Administracji
UAM w Poznaniu

Recenzja rozprawy doktorskiej dra Ariela Muchy pt. „Transgraniczna mobilność spółek kapitałowych w świetle prawa unijnego i polskiego”

I

Uchwałą Rady Prawa i Administracji UJ z dnia 24.09.2018 r. zostałem powołany na recenzenta w przewodzie doktorskim mgra Ariela Muchy.

W piśmie z 12.10.2018 r. została skierowana do mnie prośba o sporządzenia recenzji rozprawy doktorskiej pt. „Transgraniczna mobilność spółek kapitałowych w świetle prawa unijnego i polskiego”.

Zgodnie z § 1 pkt 5 umowy z 12.10.2018 r. o sporządzenie recenzji zobowiązany jestem do szczegółowej oceny pracy doktorskiej ze stwierdzeniem czy rozprawa spełnia kryteria określone w art. 13 ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki¹. W myśl z art. 13 ust. 1 tej ustawy rozprawa doktorska „powinna stanowić oryginalne rozwiązanie problemu naukowego (...) oraz wykazywać ogólną wiedzę teoretyczną kandydata w danej dyscyplinie naukowej (...) oraz umiejętność samodzielnego prowadzenia pracy naukowej...”.

II

Przedłożona do oceny rozprawa doktorska zasługuje w moim przekonaniu na wysoką ocenę z następujących powodów:

¹ Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 3 czerwca 2016 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuk (Dz. U. 2016, poz. 882).

Po pierwsze – z uwagi na jej przedmiot. Przedmiotem recenzowanej pracy jest materia tyle dla spółek doniosła praktycznie, co kontrowersyjna w orzecznictwie TS i nauce prawa podejmującej od wielu lat próby rozwikłania prawnych problemów, przed którymi staje spółka korzystająca z transgranicznej mobilności. Doktorant zresztą już we wstępie swej pracy podkreślił, że wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej w recenzji: TS) wyznaczające spółkom kapitałowym granice transgranicznej mobilności „znajdują się wśród 25 najczęściej komentowanych wyroków Trybunału Sprawiedliwości w XXI w.”, a „podstawowym problemem związanym z opisem i wyjaśnieniem tego zjawiska jest nadmiar wypowiedzi doktryny prawniczej i ekonomicznej” (s. 2). Na dowód tego Doktorant cytuje tezę 4 opinii Rzecznika Generalnego, Pani *Juliane Kokott*, z 4.05.2017 r. o tym, że sprawa C-106/16 (*Polbud*) stanowić będzie „uzupełnienie szeregu dobrze znanych wyroków Trybunału w sprawie transgranicznej mobilności spółek. Wydaje się bowiem, że niewiele jest obszarów prawa Unii, które rozpały emocje w doktrynie w porównywalny sposób i były podobnie intensywnie zgłębiane. Cytując Karla Valentina, zważywszy na imponującą liczbę opracowań na ten temat: >Wszystko zostało już powiedziane, ale nie przez wszystkich<” (s. 2, przypis 3).

Mogłoby się więc wydawać, że w zasadzie nie ma już miejsca na tezy dysertacji doktorskiej dotyczącej transgranicznej mobilności spółek. Lektura pracy wskazuje jednak, że tak nie jest: przedłożona do recenzji rozprawa zawiera bowiem oryginalne – warte w moim przekonaniu opublikowania - opracowanie na temat transgranicznej mobilności spółek na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej. Autorskie zastrzeżenie o „poczynieniu uwag porządkujących”, czy o „opisaniu” transgranicznej mobilności jako celu pracy (s. 1) - rozumiem, ale jako bardziej odpowiadającą jej treści należy przyjąć zapowiedź Doktoranta, że jako cel postawił sobie „wyjaśnienie zagadnień spornych związanych z transgraniczną mobilnością spółek, a przez to zwiększenie poziomu stanu wiedzy w obszarze tej materii” (s. 1).

Po drugie – z uwagi na sposób jej prezentacji. Praca napisana jest bardzo poprawnym i precyzyjnym językiem. Sprawy zawiłe – których przecież w pracy nie brakuje - przedstawione zostały w sposób bardzo przystępny.

Percepcję pracy ułatwia jej profesjonalne zredagowanie: tezy dysertacji zostały przez Doktoranta starannie zweryfikowane w licznych (a dokładnie 1431) przypisach odwołujących się do obszernej, reprezentatywnej polskiej i obcej literatury przedmiotu oraz bogatego orzecznictwa (wykaz literatury i orzecznictwa został zaprezentowany na dwudziestu stronach pracy).

Układ pracy jest prawidłowy, ponieważ pozwolił Doktorantowi na prezentację wniosków w sposób usystematyzowany oraz bez zbędnych powtórzeń. Praca składa się z trzech części podzielonych na rozdziały: **(1)** uwagi ogólne na temat transgranicznej mobilności spółek kapitałowych z perspektywy nauki prawa i ekonomii zawierające: **(a)** problemy ogólne (pojęciowe) oraz **(b)** ekonomiczne i empiryczne spojrzenie na mobilność spółek kapitałowych; **(2)** podstawy normatywne mobilności spółek kapitałowych w prawie Unii Europejskiej oraz **(3)** mobilność spółek w prawie polskim: **(a)** siedziba spółki w materialnym prawie spółek oraz prawie porównawczym oraz **(b)** transgraniczne operacje reorganizacyjne w prawie polskim. Przyjęta w pracy systematyka została wykorzystana w jej podsumowaniu (s. 454-359).

Po trzecie – z uwagi na jej zawartość merytoryczną. Praca zawiera pogłębione monograficzne studium na temat transgranicznej mobilności spółek, w którym przeplatają się wątki z zakresu prawa spółek, prawa unijnego, prawa kolizyjnego i o jurysdykcji, w tym także reguł znajdujących zastosowanie w postępowaniu upadłościowym.

(i) Na uwagę zasługuje – nowatorskie w polskiej doktrynie interesującej się transgraniczną mobilnością spółek – posłużenie się przez Doktoranta badaniami empirycznymi, historycznymi oraz elementami ekonomicznej analizy prawa; sygnalizuje to we wstępie pracy (s. 4-6).

W tej części pracy podjęte zostały zarówno problemy szczegółowe [np. wpływ liczby brytyjskich spółek *limited* na terenie Niemiec na ogólny wzrost ryzyka niewypłacalności spółek (s. 64-66), prezentacja wyliczenia dotyczące transgranicznych fuzji (s. 69-74) oraz tworzenia SE (s. 75)], jak i problemy ogólne. Do tych ostatnich zaliczyć należy np: zmaganie się przez Doktoranta

(a) z pojęciem mobilności i dojściem do wniosku, że „zdolność spółek i sposobów (przejawów) wykorzystania tej zdolności do dokonywania zmian związanych z terytorium lub jurysdykcją danego państwa” (s. 18), czy (b) z istotą spółki kapitałowej. Analizując spółkę jako instytucję oraz splot kontraktów (koncepcja „kontraktariańska”[?], s. 31) dochodzi ostatecznie do wniosku, że mobilności spółki kapitałowej sprzyja traktowanie spółki jako stanu równowagi pomiędzy zaangażowanymi podmiotami; jednak ponieważ „...niemożliwym jest stwierdzenie, czy zdolność do zmiany prawa właściwego dla spółki (transgraniczna mobilność w rozumieniu prawnym) wynika z istoty spółki” (s. 33), a kluczem do odpowiedzi na to pytanie jest założenie o elastyczności stosunku spółki gwarantującym „podmiotom związanym z funkcjonowaniem danego przedsięwzięcia gospodarczego realizację ich słusznym interesów” (s. 33), to „mobilność spółek jest zjawiskiem usprawniającym przechodzenie pomiędzy różnymi stanami równowagi, a więc sytuacjami najbardziej efektywnej alokacji zasobów w rozumieniu ekonomii neoklasycznej (maksymalizacja indywidualnych użyteczności)” (s. 32).

Traktowanie mobilności spółki jako zdolności do wyboru prawa (ram prawnych wyznaczającego wewnętrzne i zewnętrzne relacje korporacyjne) stanowiło – zdaniem Doktoranta – „jeden z kluczowych czynników powstania i rozwoju współczesnego prawa spółek i samej spółki jako instytucji wolnego rynku” (s. 35) i uzasadniało poświęcenie dziesięciu stron pracy na rys historyczny prawa spółek (od starożytności (s. 35-37), poprzez okres nowożytny (s. 37-41), aż do czasów współczesnych, w tym w Unii Europejskiej (s. 41-45).

Ta część pracy stanowi przygotowanie do dalszej analizy prawnej i ułatwia zrozumienie instytucji prawnych uwikłanych w transgraniczną mobilność spółek.

(ii) Doktorant podjął się trudnego zadania prezentacji prawnych problemów transgranicznej mobilności spółek w sposób syntetyczny nie unikając zarazem odnoszenia się do problemów bardzo szczegółowych.

O podejściu syntetycznym świadczą np. wniosek o roli orzecznictwa TS tworzącego „zaczątki systemu opartego o odkrywanie i wzajemne naśladowanie innowacji regulacyjnych” (s. 357) oraz postulat stworzenia odpowiednich środków przeciwdziałających nadużyciom przez polskie spółki przyjmujące dominujące w doktrynie stanowisko o kolizyjnym łączniku siedziby statutowej (rejestrowej). Tego typu podejście widoczne jest także w rozdziale podsumowującym ramy prawne mobilności spółek kapitałowych w UE („Nie jest jednak tak, że prawo unijne zmierza ku całkowitej liberalizacji mobilności spółek. Równowagę tutaj zapewniają przede wszystkim regulacje zmniejszające zakres mobilności, a więc ograniczające spółkom możliwości osiągnięcia niektórych celów”, s. 227-229) oraz w rozdziale oceniającym projekt zmiany dyrektywy 2017/1132, gdzie Doktorant uzasadnia między innymi słuszną potrzebę uproszczonego postępowania przy transgranicznym przekształceniu spółki jednoosobowej nieprowadzącej intensywnej działalności gospodarczej: „Chodzi w tym miejscu o zastosowanie domniemań zakładających, że przekształcenie >całkowicie uproszczone< przerzuca ewentualne obowiązki dowodowe na rzecz inicjatorów tej transakcji przy dochodzeniu przez osoby trzecie roszczeń z tytułu odpowiedzialności odszkodowawczej w specjalnie zaprojektowanym trybie uproszczonym. Chociaż rozwiązania te wydawałyby się bardziej efektywne z uwagi na swoją elastyczność oraz zastosowanie bodźców do podejmowania działań zgodnych z prawem i sankcji za jego naruszenie, to jednak trzeba przyznać, że ich wprowadzenie ze względów politycznych jest praktycznie niemożliwe w Europie” (s. 226).

(iii) Formułowane przez Doktoranta wnioski szczegółowe na temat regulacji prawa krajowego są konsekwencją wniosków ogólniejszych dotyczących unijnego prawa spółek.

Wiadomo np., że ustalenie jednoznacznego znaczenia interpretowanego wyrażenia unijnego prawa spółek powinno poprzedzać porównanie wszystkich wersji językowych. Postulat ten zarówno ze względów praktycznych, jak i z uwagi na osobliwość (specyfikę) języka jako narzędzia komunikacji między prawodawcą a innymi podmiotami (adresatami norm,

interpretatorami) nie może być i nie jest do końca spełniony. Praktyczną przyczynę niemożności zrealizowania tego postulatu należy dostrzegać w nieznamości przez interpretatora wszystkich języków urzędowych państw członkowskich. Natomiast niemożliwość leżąca po stronie specyfiki porównywanych wersji językowych związana jest z tym, że poszczególne wersje językowe aktów prawa unijnego są ze swej natury trudno porównywalne, ponieważ każdy krajowy system prawny posługuje się własną terminologią nie zawsze korespondującą z językiem prawnym innego państwa członkowskiego albo dlatego, że „pojęcia prawne nie mają koniecznie tej samej treści w prawie wspólnotowym i w poszczególnych systemach prawa krajowego” (teza 19 zd. 2 wyr. *CILFIT*).

Jako przykład może posłużyć analizowane przez Doktoranta sformułowanie art. 134 dyrektywy 2017/1132, w myśl którego transgraniczne połączenie spółek, które stało się skuteczne „nie może zostać unieważnione” (ang. „*may not be declared null and void*”, niem. „*kann nicht mehr für nichtig erklärt werden*”). Problem wiąże się z tym jak rozumieć unijne, autonomiczne wyrażenie „zostać unieważnione”. Zgodnie z art. 516¹⁷ k.s.h. – w którym polski ustawodawca dokonał transpozycji art. 134 dyrektywy 2017/1132 – „po dniu połączenia niedopuszczalne jest uchylene albo stwierdzenie nieważności uchwały łączeniu” oraz do transgranicznego połączenie nie stosuje się przepisów dotyczących zaskarżania uchwał o połączeniach krajowych. Przy wykładni tego przepisu w zgodzie z przepisem dyrektywy należy najpierw rozstrzygnąć: czy zakaz „unieważnienia” zarejestrowanego połączenia w rozumieniu art. 134 dyrektywy 2017/1132 obejmuje także przypadek połączenia, u którego podstawy leży tzw. „uchwała nieistniejąca”? Zdaniem M. Rodzynkiewicza – do którego poglądu Doktorant się odnosi – „wzgląd na stabilizację sytuacji prawnej powstałej w wyniku zarejestrowania fuzji transgranicznej nie powinien być absolutyzowany, a zatem powinno się dopuścić możliwość ustalenia nieistnienia uchwał łączeniowych, a w konsekwencji nieistnienia połączenia transgranicznego” (Komentarz, wydanie 2012 r., s. 1161, nb 3). Natomiast Doktorant przyjmuje, że należy przełamać (zmodyfikować) wynik wykładni językowej

art. 134 dyrektywy 2017/1132, ponieważ „celem przepisów unijnych jest wykluczenie możliwości podważenia decyzji o połączeniu, bez względu na to w jaki sposób na gruncie prawa krajowego można to osiągnąć. Dopuszczenie innych możliwości podważania skuteczności transgranicznego połączenia na gruncie każdego z porządków prawnych państw członkowskich istotnie podważałoby skuteczność regulacji unijnych” (s. 275). Zarazem jednak nie podważa racji, które stoją za potrzebą wzruszenia uchwały podjętej przez osoby do tego nieumocowane, ale uważa, że powinno to nastąpić przed rejestracją podziału (s. 275-276).

Na tle tych wywodów rodzi się – może trochę „prowokacyjne”? - pytanie: a może łatwiejsze byłoby zakwestionowanie „istnienia” uchwał nieistniejących, albo – inaczej rzecz ujmując - nierozróżnianie uchwał nieważnych i nieistniejących?

(iv) Dobra znajomość przedmiotu pozwala Doktorantowi na zwrócenie uwagi na to, że - istotne w obszarze bezpośrednio związanym z mobilnością spółek - wyroki TS (*KA Finanz* i *Kornhaas*) zostały wydane w składzie innym niż Wielkiej Izby, a także na to, że w skomplikowanej sprawie *Kornhaas* brak było opinii Rzecznika Generalnego, co wpłynęło zapewne na jakość samego wyroku TS: „Jest to o tyle zaskakujące, że decyzja TS bardzo istotnie wpływa na zakres uprawnień państw członkowskich w zakresie ograniczenia swobody przedsiębiorczości oraz zdecydowanie wykracza poza kwestię zastosowania materialnych przepisów prawa upadłościowego do oceny odpowiedzialności członków organów zarządzających spółką formalnie zagraniczną (s. 142)”.

Należy przy tej okazji podkreślić, że – patrząc z perspektywy doktryny prawa polskiego - to właśnie Doktorant w swych publikacjach eksponował potrzebę analizy wyroku *KA Finanz* przy prezentacji korzystania przez spółki ze swobody przedsiębiorczości.

(v) Doktorant przedstawił pogłębioną analizę reguł prawa kolizyjnego znajdujące zastosowanie przy transgranicznych restrukturyzacjach spółek (238-259), gdzie – między innymi – zaprezentował własne stanowisko w

kwestii łącznika statutu osobowego spółki kapitałowej (s. 251-254) oraz własną przemyślaną ocenę na temat art. 17-19 p.p.m. W syntetycznym podsumowaniu doszedł do trafnego wniosku wskazując, że trudno „odnaleźć myśl przewodnią, jaka stała za tymi przepisami”, które „nie są one ani nadmiernie szkodliwe, ani pomocne” i „pozostawiają wiele kwestii do ustalenia i interpretacji przez orzecznictwo i doktrynę prawniczą”; ergo: „polskie regulacje trzeba przede wszystkim ocenić jako niezupełnie przemyślane i w ograniczonym stopniu przydatne dla dyskusji nad mobilnością spółek” (s. 259).

(vi) W pracy zostały uwzględnione wszystkie dostępne w czasie jej przygotowywania źródła. Zawiera ona np. szczegółową prezentację projektu zmiany dyrektywy 2017/1132 (transgraniczne przekształcenie, transgraniczny podział i modernizacja transgranicznego łączenia się spółek), informację o wycofaniu się z prac nad *Societas Unius Personae* oraz o pracach nad ujednoczeniem kolizyjnego prawa spółek (s. 214-225). Można dodać (uwzględniając nowe dane), że istotny element projektu zmiany dyrektywy 2017/1132 – a więc możliwość rozdzielenia siedziby statutowej i faktycznej – został krytycznie oceniony w dokumencie z 19.07.2018 r. (*Draft opinion of the Committee on Economic and Monetary Affairs for the Committee on Legal Affairs on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions*), wycofanie się z *Societas Unius Personae* otworzyło drogę do prac nad *Societas Privata Europae* (por. dyskusję o SPE 2.0 w *GmbH-Rundschu* 2018, nr 13, 14, 15), a także to, że prace nad ujednoczeniem kolizyjnego prawa spółek zyskują coraz więcej zwolenników; propozycje na ten temat zostały przedstawione również przez *European Group for Private International Law* (GEPID).

(vi) Przebrnięcie przez przeszło trzysta stron monografii, która nasycona jest wieloma zawiłymi problemami prawnymi nie jest sprawą prostą, a pełne ogarnięcie i odniesienie się do wszystkich podjętych przez Doktoranta szczegółowych problemów, z którymi w większości się zgadzam,

nie wydaje się celowe; na potrzeby recenzji wystarczy zresztą skupienie się na kilku wybranych i w moim przekonaniu istotnych problemach.

III

(i) W innym miejscu napisałem, że z traktatowej swobody przedsiębiorczości może korzystać także spółka europejska, dodając jednak - powołując się na publikację *Ch. Allmendingera* (Sofortbesteuerung stiller Reserven bei der Sitzverlegung einer Societas Europaea..., GPR 2012, Nr 3) - że trudno bagatelizować argumenty na rzecz tezy, że o statusie spółki ponadgranicznej jako podmiocie swobody przedsiębiorczości powinien rozstrzygnąć TSUE. Chodzi w skrócie o to, czy można przyjąć, że SE jest spółką założoną „zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego” w rozumieniu art. 54 TFUE? Jeżeli tak, to z kolei: czy wymóg lokalizacji SE w tym samym państwie członkowskim siedziby statutowej i faktycznej (art. 7 SE-R) jest zgodny ze swobodą przedsiębiorczości?

Doktorant drugi z wspomnianych problemów rozwiązuje przyjmując, że przeniesienie siedziby statutowej (rejestrowej) i siedziby faktycznej odbywa się w dwóch trybach (s. 308). Wypowiedź doktoranta można odczytać w ten sposób, że art. 7 SE-R nie ma charakteru ogólnego i nie znajduje zastosowania w stosunku do SE, która przeniosła swoją siedzibę rejestrową (statutową) do innego państwa członkowskiego w trybie art. 8 SE-R, a sankcje wyznaczone art. 64 SE-R znajdują zastosowania wówczas, gdy SE przeniesie swą siedzibę faktyczną: „Odmiennie unormowana została kwestia przeniesienia siedziby zarządu (...). W razie niespełnienia tego wymogu przewidziane zostało postępowanie naprawcze oraz ewentualnie likwidacyjne. Podstawowa różnica pomiędzy wskazanymi dwoma głównymi postępowaniami wynika zatem z faktu, że przeniesienie siedziby spółki jest dopuszczalne, a samodzielne przeniesienie siedziby zarządu bez siedziby statutowej stanowi naruszenie reguł funkcjonowania spółki europejskiej na jednolitym rynku” (s. 308).

Taka interpretacja relacji między art. 7 i 8 SE-R – choć sprzyja mobilności – nie jest chyba prawidłowa. Formuła art. 64 ust. 1 („W przypadku, gdy SE nie spełnia wymagań określonych w art. 7”) dotyczy także „wymagań” stawianych SE, która przeniosła swą siedzibę rejestrową (statutową) do innego państwa członkowskiego. W każdym razie w doktrynie prawa polskiego przyjmuje się, że art. 64 SE-R znajduje zastosowanie także wówczas, gdy spółka przeniesie do innego państwa członkowskiego swą siedzibę rejestrową (statutową). Pomijając prace niżej podpisanego, por. np. A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, s. 529: „Wraz ze zmianą siedziby statutowej spółka europejska powinna przenieść równolegle także siedzibę rzeczywistą, tak by oba czynniki decydujące o lokalizacji znajdowały się w tym samym państwie członkowskim...”; K. Oplustil, *Komentarz do art. 64* (T. V, 2008), s. 1584 (Nb 6): „Niezgodność zarządu głównego i siedziby statutowej po przeniesieniu będzie mogła (...) stanowić podstawę wszczęcia postępowania zmierzającego do uzgodnienia przewidzianego w prawie wewnętrznym państwa nowej siedziby”.

(ii) Doktorant dzieli rodzaje działalności związane z mobilnością spółek na „samoistne oraz wymagające gospodarczego charakteru” (s. 93). Do pierwszych zalicza m.in. zakładanie spółki i transgraniczne przekształcenie. I dalej na tej stronie: „...do tej kategorii działań zaliczyć należy zakładanie elementów wtórnych wobec głównej działalności danego podmiotu, a mianowicie oddziałów, agencji oraz spółek zależnych”. Podkreśla także, że wspomniane postaci korzystania ze swobody przedsiębiorczości stanowią rodzaj „zakotwiczenia” na terenie innego państwa członkowskiego „w celu prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej” choć „cel ten nie stanowi przesłanki zastosowania swobody przedsiębiorczości” (s. 93). Taka przesłanka wchodzi natomiast w grę przy działaniach „o charakterze fizycznej mobilności” (s. 93). Doktorant wskazuje tylko przykład gdy „trwała obecność w innym państwie członkowskim można również osiągnąć pośrednio poprzez nabycie udziałów w spółce zagranicznej w wysokości pozwalającej na decydowanie o jej działalności” (s. 94). Powyższe tezy prowokują do następujących uwag:

Po pierwsze – Doktorant trafnie stwierdza, że do kategorii „samoistnej” transgranicznej mobilności „zaliczyć należy zakładanie elementów wtórnych wobec głównej działalności danego podmiotu” (s. 93), choć w innym miejscu od podziału na pierwotne i wtórne korzystanie ze swobody przedsiębiorczości się dystansuje, ponieważ „podział ten wydaje się nie mieć dostatecznych podstaw” (s. 86).

Po drugie – Doktorant przyjmuje, że sam wynik wykładni językowej art. 49 TFUE daje podstawy do wniosku, że gospodarcze „zakotwiczenie” w innym państwie członkowskim w jednych sytuacjach może być przesłanką korzystania ze swobody przedsiębiorczości, a w innych nie (choć nie jest chyba konsekwentny wskazując działania mające „rzeczywisty gospodarczy charakter (ang. *genuine economic activity*)” jako „ogólne (podkr. J.N.) warunki niezbędne do zastosowania tej swobody”, s. 93). Innymi słowy, już sam wynik wykładni językowej art. 49 TFUE stwarza podstawy do korzystania przez spółki ze swobody przedsiębiorczości w postaci „wyboru prawa rządzącego daną jednostką organizacyjną” (s. 93).

Powyższa teza znajduje rozwinięcie przy prezentacji przez Doktoranta wyroku TS w sprawie *Polbud*: „Wyrok w sprawie *Polbud* stanowi powrót do liberalnej linii orzeczniczej zapoczątkowanej decyzją w sprawie *Centros*. [...] Samo zaś prawo do założenia spółki, w jakimkolwiek trybie to następuje, jest działaniem bezpośrednio przewidzianym w zdaniu drugim tego ostatniego przepisu [art. 49 TFUE]. Stąd też realizacja swobody w tym przypadku nie wymaga dopełnienia żadnych dodatkowych formalności, zwłaszcza gospodarczego osiedlenia się na terenie państwa reinkorporacji” (s. s. 126). Autor zauważa jednak konsekwencję (pułapkę) swego podejścia, skoro w następnym zdaniu dodaje: „Trybunał oparł się na ściśle literalnym brzmieniu przepisów, co w pewien sposób wypacza gospodarczy wymiar wszystkich swobód zawartych obecnie w przepisach TFUE” (s. 126).

W moim przekonaniu literalna wykładnia art. 49 zd. 2 TFUE wymaga jednak uwzględnienia kontekstu, a więc treści całego przepisu oraz rozdziału Traktatu, w którym art. 49 TFUE został pomieszczony. Kontekst ten nakazuje traktowanie realnego przejawu ekspansji gospodarczej

(*establishment, Niederlassung*) w innym państwie członkowskim jako przesłanki korzystania ze swobody.

Korzystanie przez spółkę ze swobody przedsiębiorczości stanowi bowiem element treści zakresu zastosowania normy art. 49 TFUE zakazującej państwom członkowskich ograniczania tej swobody. Treść przedmiotowego zakresu wyznaczają przepisy TFUE. W myśl tych przepisów korzystanie ze swobody przysługującej spółkom powiązane jest z „zakładaniem” (*establishment, Niederlassung*) określonej struktury w innym państwie, przybierającej postać „stałej struktury (zakładu)”. W wyroku *Polbud* TS stanął jednak przed dylematem: jak pogodzić to, że o podmiotowym zakresie zastosowania swobody przedsiębiorczości decyduje głównie „kryterium powiązania” prawo krajowe (*Cartesio*), a o jej zakresie przedmiotowym - art. 49 TFUE. Uznał, że państwo członkowskie - poprzez wymóg „kryterium powiązania” - może uniemożliwić prowadzenie działalności gospodarczej w innym państwie spółce, która chce funkcjonować pod dotychczasową flagą (*Cartesio*). Nie może natomiast uniemożliwić emigracji spółce, która przekształca się w spółkę innego państwa członkowskiego i funkcjonuje pod nową flagą państwa jej reinkorporacji (*Cartesio, Polbud*). Z chwilą przekształcenia to już inne państwo wyznacza spółce „kryteria powiązania”, przesądzając między innymi o wymogu łączności siedziby statutowej z faktyczną. Takie rozstrzygnięcie zapobiegło sytuacji, w której spółki zagraniczne mogłyby być zmuszane do prowadzenia działalności gospodarczej, a spółki krajowe nie. TS zdecydował się więc nie tyle na redukcję traktatowego wymogu prowadzenia działalności gospodarczej (*establishment, Niederlassung*) jako przesłanki swobody przedsiębiorczości, co na pozostawienie tego wymogu w gestii państwa inkorporacji (reinkorporacji) spółki.

Takie podejście wymagało w moim przekonaniu wyjście poza wynik literalnej wykładni i rozszerzenia (w drodze wykładni celowościowej) zakresu zastosowania art. 49 TFUE poprzez przyznanie spółkom nie tylko wyboru miejsca prowadzenia działalności gospodarczej (*choice of place; Standortwahl*), ale także swobodę „wyboru prawa” (*choice of law*;

Rechtswahlfreiheit) tego państwa członkowskiego, które nie wymaga tożsamości lokalizacji siedziby statutowej i faktycznej.

(iii) Doktorant - słusznie w moim przekonaniu - wyraża krytyczną opinię o wyroku TS w sprawie *Kornhaas* zarzucając (między innymi), że stanowi on „nieudaną próbę nawiązania do doktryny *Keck*” (s. 149). Adaptacja formuły *Keck-Mithouard* w europejskim prawie spółek pozwalałaby na obejście założenia, że każdy krajowy środek (przepis), który reglamentuje działalność spółki - i tym samym może zniechęcać ją do imigracji - stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości. Natomiast nie naruszają swobody przedsiębiorczości przepisy regulujące funkcjonowanie spółek na rynku krajowym wówczas, jeżeli: po pierwsze - obowiązują wszystkich uczestników tego rynku, a więc zarówno spółki krajowe, jak i zagraniczne; po drugie - nie blokują one dostępu do rynku dla spółek z innego państwa blokować lub nie utrudniają w większym stopniu niż spółkom krajowym. Innymi słowy test „usprawiedliwiający” naruszenie swobody przedsiębiorczości dotyczyłby także tych środków (przepisów) państwa przyjmującego, które odnoszących się do funkcjonowania rynku, które zarazem utrudniają spółce zagranicznej dostęp do tego rynku, ponieważ są bardziej uciążliwe dla spółek zagranicznych niż dla spółek krajowych. Od spółek korzystających ze swobody przedsiębiorczości, a więc decydujących się nie na sporadyczną, lecz trwałą obecność na innym rynku, można bowiem oczekiwać większej (w porównaniu ze spółkami korzystającymi z innych traktatowych swobód) gotowości do integracji z gospodarką państwa przyjmującego, w tym gotowości do poddania się obowiązującym tam regułom prawnym.

Niezależnie od tego czy uwzględnianie formuły *Keck* (która sama przecież ulega ewolucji) na gruncie swobody przedsiębiorczości jest słuszne czy nie, prawdą jest, że TS w swych wyrokach do niej nawiązywał (np. C-565/16, *Komisja/Włochy*, C-01/09, *Idryma Typou AE*), a w wyroku w sprawie C-171/08 (*Komisja/Portugalia*) wyraził to *expressis verbis*. Problem w tym, że po lekturze lapidarnego uzasadnienia wyroku *Kornhaas* nie jest do końca jasne, czy TS zamierzał zmienić dotychczasową wykładnię art. 49 TFUE. W moim przekonaniu, wyrok nie wyłącza spod oceny art. 49 TFUE

tych środków (przepisów), które – choć znajdują zastosowanie dopiero w toku działalności spółki na rynku państwa członkowskiego – stanowią przeszkodę dla wejścia na ten rynek, ponieważ uniemożliwiają realizację celu korzystania ze swobody przedsiębiorczości.

(iv) W podrozdziale 2.4. zatytułowanym „uprawnienia wynikające ze swobody przedsiębiorczości” (s. 94-95) Doktorant koncentruje się na zakazie dyskryminacji nie podając bliżej powodu takiego – trafnego skądinąd – podejścia. „Trafnego”, ponieważ z art. 49 TFUE wynika norma adresowana do państw członkowskich zakazująca podejmowania środków (w tym korzystania z kompetencji ustawodawczej) ograniczających działania spółek korzystających ze swobody przedsiębiorczości (*freedom of establishment, Niederlassungsfreiheit*). Norma ta wyznacza pochodną sytuację prawną jej adresata z uwagi na to, że determinuje sytuację innego podmiotu. Zachowanie się adresata normy (państwa członkowskiego) jest zrelatywizowane do innego podmiotu, tu: spółki, której przysługuje prawnie chroniona wolność korzystania ze swobody przedsiębiorczości.

IV

Recenzowana praca zawiera oryginalne rozwiązanie problemu naukowego i prowokujące do dyskusji naukowej. Jej lektura dowodzi, że Doktorant w znacznym stopniu wykazał ogólną wiedzę teoretyczną dyscyplinie prawa oraz umiejętności samodzielnego prowadzenia pracy naukowej. Nie mam najmniejszej wątpliwości, że rozprawa doktorska dra Ariela Muchy pt. „Transgraniczna mobilność spółek kapitałowych w świetle prawa unijnego i polskiego” spełnia kryteria do uzyskania stopnia doktora przewidziane ustawą z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz. U. Nr 65, poz. 595).

Roman 18.11.2018
Hoicy