

Przedmowa

Transfer siedziby spółki w Unii Europejskiej znajduje się w głównym nurcie rozważań poświęconych procesowi europejskiej integracji gospodarczej. Obowiązujący stan prawny sprawia, że prowadzenie działalności gospodarczej ponad granicami państw członkowskich UE napotyka na przeszkody trudne do pokonania. Autorka książki przeprowadziła dogłębną analizę przepisów prawa ponadnarodowego i krajowego oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z myślą o kryteriach określanych w „strategii lepszego stanowienia prawa” w samej Unii Europejskiej.

Najważniejsza dla przedsiębiorców jest zasada wolności gospodarczej, którą w Traktacie odzwierciedla m.in. swobodny przepływ osób (art. 45 TFUE) i swoboda przedsiębiorczości (art. 54 TFUE). Rozważania zawarte w książce potwierdzają, że prawo obowiązujące w Unii Europejskiej zostało ukształtowane pod wpływem kultury bizantyjskiej, dominującej w prawie kontynentalnym. Pokłosiem tej kultury jest istnienie wolności gospodarczej w granicach przyznanych przez przepisy prawa ponadnarodowego (określone w traktatach, rozporządzeniach i dyrektywach) i krajowego (obowiązujące we wszystkich państwach członkowskich). Niedocenianie jurysprudencji rzymskiej, której walory docenia się jedynie w systemie *common law* i we współczesnej *lex mercatoria* powoduje, że orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest w stanie rozstrzygnąć „trudnych spraw” związanych z transferem siedziby spółki na rynku wewnętrznym w sytuacjach z elementem transgranicznym (wolność gospodarcza) bądź ze skutkiem eksterytorialnym (konkurencja jako granica wolności gospodarczej).

Bizantyjska strategia „zamkniętej twierdzy” znalazła odbicie w twierdzeniu, że łącznik *lex fori* jako norma kolizyjna decyduje o tym, który system prawny powinien mieć zastosowanie w konkretnym przypadku poprzez wskazanie właściwej jurysdykcji regulującej ostatecznie przedmiotowe zagadnienie. Państwa broniące tej strategii budują swoje prawo kolizyjne w oparciu o teorię siedziby rzeczywistej (*Sitztheorie, réel siège*). O obecnym jej kształcie zadecydował rozwój państw kontynentalnych (w tym Niemiec, Francji i Włoch – państw założycielskich UE, położonych u stóp Alp); wybór obywatelstwa zamiast miejsca zamieszkania jako podstawowego łącznika w prawie kolizyjnym związanym ze statusem osób fizycznych; zastosowanie koncepcji narodowości nie tylko do osób fizycznych, ale również do osób prawnych; a nadto ortodoksyjnie rozumiana koncepcja suwerenności – znana niegdyś w Bizancjum, a dziś w Rosji. Koncepcję przyjętą w pierwszej niemieckiej ustawie o spółkach akcyjnych z 1843 r. wciąż proklamuje wiele państw, w tym: Polska, Francja, Belgia, Luksemburg, Grecja i Hiszpania, a z państw spoza Unii Europejskiej m.in. Egipt, Korea Południowa, Kuwejt, Mauretania, Paragwaj, Sudan i Tajwan. Ustawodawstwo tych państw jest tolerancyjne wobec spółek imigrujących, które zasilają ich kapitał i rozwijają rynek pracy, a jednocześnie są wrogie wobec spółek emigrujących – postępując tak,

jakby chciały zmusić emigranta do zrzeczenia się obywatelstwa przed podjęciem decyzji o emigracji.

Duch rzymskiej strategii „otwarcia na świat” wciąż krąży na Wyspach jako instrument ekspansji brytyjskich korporacji w postaci teorii inkorporacji. Obecnie tę teorię stosuje się w wielu państwach o morskich tradycjach, m.in. Wielkiej Brytanii, Holandii, Danii, Szwecji, Finlandii. W gronie tych państw są również państwa myślące pragmatycznie, w tym Rumunia i Węgry, a poza UE: Brazylia, Japonia, Lichtenstein, Madagaskar, Peru, Rosja, Szwajcaria, USA, Uzbekistan i Wenezuela. W tych państwach o określeniu prawa własnego decyduje „siedziba statutowa” (*siège statutaire, Satzungesitz*). Autorka książki dostrzega zalety i wady każdej z analizowanych teorii, po czym postrzega teorię inkorporacji jako bardziej dostosowaną do „filozofii” rynku wewnętrznego i otwartą na świat.

Brak prezbiterium w „katedrze” o nazwie Unia Europejska (zbudowanej nie z kamieni i szkła, lecz z oleju w głowie jej założycieli) powoduje, że rynek wewnętrzny UE nadal jest w młodzieńczej fazie rozwoju. Hasło „Europa bez granic” jest bez pokrycia, o czym świadczą negocjacje w pracach nad traktatami międzynarodowymi (Konwencją brukselską z 1980 r. o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych; Konwencją rzymską z 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych) i unijnymi rozporządzeniami (m.in. Rozporządzeniem Rzym I, które zastąpiło i znowelizowało Konwencję rzymską). Z tych negocjacji jasno wynika, że do tej pory wciąż nie ma porozumienia co do preferencji teorii inkorporacji jako odpowiadającej potrzebom rynku nie tylko wewnętrznego, ale i światowego. W tej sytuacji o wyborze jednego z łączników prawa kolizyjnego nadal decydują normy krajowe, z natury swej zróżnicowane. Pocieszające jest to, iż sądy Niemiec i Węgier przyjęły teorię inkorporacji, rezygnując z własnych tradycji. Tej radykalnej zmiany dokonały pod wpływem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu.

Skutki różnorodności rozwiązań przyjętych w prawie kolizyjnym państw członkowskich UE stara się złagodzić orzecznictwo sądów ponadnarodowych w dialogu z sądami krajowymi. Ale i ono napotyka na bariery kulturowe. W państwach kontynentalnych liczy się przede wszystkim dogmatyczna analiza prawa pisanego, oparta o wyrafinowaną wykładnię skostniałego prawa – pamiętającego czasy świetności Bizancjum. Państwo reprezentujące postawę typową dla rzymskiej jurysprudencki rozumianej jako nauka prawa i orzecznictwo wciąż znajdują się w mniejszości. W takiej sytuacji orzeczenia w sprawach *Centros, Überseering, Inspire Art, Sevic, National Grid Indus* i *Vale* tylko do pewnego stopnia ułatwiają mobilność transgraniczną spółek za pomocą różnorodnych środków proponowanych przez orzecznictwo Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu. Pozwała to rozwiązać wiele spraw związanych z emigracją spółek, które jest korzystne dla państw przyjmujących tak w krótkiej, jak i dalekiej perspektywie czasu, ale nie pozwala rozstrzygnąć spraw związanych z ich emigracją, która wciąż napotyka na przeszkody nie do pokonania w państwach preferujących teorię rzeczywistej siedziby, zazwyczaj kalkulujących swój interes w krótkiej perspektywie czasu.

Za regulacje dające promyk nadziei na stworzenie silnej unii gospodarczej można uznać unijne rozporządzenia w sprawie Statutu Spółki Europejskiej (SE) i w sprawie Europejskiego Zgrupowania Interesów Gospodarczych (EZIG). Te przepisy zezwalają na transgraniczne łączenie spółek z różnych państw członkowskich z transgranicznym przeniesieniem siedzi-

by rzeczywistej bez konieczności likwidacji spółki, pod warunkiem, że spółka przenosi swą siedzibą statutową wraz z siedzibą rzeczywistą. Szczególne znaczenie mają przepisy regulujące status SE, gdyż zostały stworzone z myślą o dużych projektach sieci trans-europejskich (czyli o infrastrukturze w dziedzinie transportu, energetyki i telekomunikacji) i o „rekinach” finansjery (takich jak niemiecki koncern ubezpieczeniowy *Allianz* i francuska grupa reasekuracyjna *SCOR*). Na uwagę zasługuje fakt, iż większość SE spośród ponad 1500 spółek funkcjonuje w tej formie w Niemczech i w Czechach. Warto się nad tym zastanowić.

Wciąż nie ma podobnych rozwiązań dla małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP), od których w największym stopniu zależy stopień rozwoju przedsiębiorczości w Unii Europejskiej. Prace nad Statutem Europejskiej Spółki Prywatnej (SPE) są od lat prowadzone w ramach programu *Small Business Act* dla Europy. Autorka książki krytycznie ocenia te prace, bowiem według proponowanego aktu prawnego SPE będzie nadal podlegać ogólnym zasadom prawa państw członkowskich w zakresie rachunkowości, prawa podatkowego, karnego czy upadłościowego, a te – jak już wspomniano – nie sprzyjają transferowi SPE w Unii Europejskiej.

Pozostaje nadzieja, że w państwach Unii Europejskiej zmieni się podejście do metod integracji poprzez prawo. Apoteoza prawa pisanego (rozporządzeń – metoda substytucji; dyrektyw harmonizacyjnych – metoda harmonizacji; dyrektyw koordynacyjnych – metoda koordynacji) usuwa w cień metodę wzajemnego uznania (eksponowaną przez ETS od czasu wydania precedensowego orzeczenia w sprawie *Cassis*, które dotyczyło pochodzenia towarów, ale ma uniwersalne walory). Aby tak nie było, trzeba zmienić mentalność większości prawników. Przyzwyczajenie do litery prawa i niedoceniającie tzw. miękkich instrumentów prawnych ma w Europie kontynentalnej głębokie korzenie. Chciałoby się rzec niczym *Tewje* ze „Skrzypka na dachu” „TRADITION?”. I to nieważne, czy zła czy dobra. Tylko najmądrzejsi potrafią dostrzec walory innego punktu widzenia.

Prof. Zdzisław Brodecki