OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ANTONIA TIZZANA
przedstawiona w dniu 7 lipca 2005 r. [1]

I — Wstęp

1. Niniejsza sprawa dotyczy pytania prejudycjalnego przedstawionego Trybunałowi w trybie art. 234 WE przez Landgericht Koblenz (Niemcy) o wykładnię art. 43 WE i 48 WE.

2. W istocie sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o wyjaśnienie, czy przepis krajowy, który zabrania wpisu do niemieckiego rejestru handlowego przedsiębiorstw powstałych z połączenia spółek niemieckich ze spółkami z innych państw członkowskich, jest sprzeczny z zasadą swobody przedsiębiorczości.

1 — Język oryginału: włoski.

II — Ramy prawne

Właściwe prawo wspólnotowe

3. Spór w sprawie głównej toczy się w istocie wokół postanowień traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości. W tym zakresie należy przede wszystkim przywołać art. 43 WE, który jak wiadomo, ustanawia prawo do osiedlania się obywateli wspólnotowych zarówno poprzez ustanawianie głównej siedziby (akapit drugi), jak i wtórnej siedziby (akapit pierwszy). Stanowi on mianowicie:

„Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane w ramach poniższych postanowień. Zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego państwa członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego państwa członkowskiego.

Z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego kapitału, swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 48 akapit drugi, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli".

4. Należy następnie przypomnieć art. 48 WE, który stanowi, co następuje:

„Na potrzeby stosowania postanowień niniejszego rozdziału spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty są traktowane jak osoby fizyczne mające przynależność państwa członkowskiego.

Przez spółki rozumie się spółki prawa cywilnego lub handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysków".

5. Artykuł 46 ust. 1 WE przewiduje jednakże, że:

„Postanowienia niniejszego rozdziału oraz środki podjęte na ich podstawie nie przesądzają o zastosowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych przewidujących szczególne traktowanie cudzoziemców, uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego".

6. Dla celów niniejszej sprawy warto również wspomnieć o postanowieniach traktatu w dziedzinie swobodnego przepływu kapitału, a w szczególności art. 56 ust. 1 WE, który stanowi, co następuje:

„W ramach postanowień niniejszego rozdziału zakazane są wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi".

7. Należy wreszcie przypomnieć, że od wielu już lat Komisja podejmuje starania wprowadzenia w dziedzinie połączeń transgranicznych instrumentu prawa wspólnotowego, który byłby w stanie zaspokoić potrzeby powstałe w kontekście współpracy i grupowania się spółek z różnych państw członkowskich.

8. W chwili obecnej jednakże projekt dyrektywy w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych [2] — choć na zaawansowanym etapie postępowania legislacyjnego [3] — nie został jeszcze ostatecznie przyjęty przez Parlament i Radę.

Prawo krajowe

9. W Niemczech łączenie się spółek zostało uregulowane w ramach Umwandlungsgesetz (ustawy krajowej w sprawie przekształceń spółek, zwanej dalej „UmwG") [4].

10. Regulujący kwestię przekształcania spółek art. 1 ust. 1 tej ustawy wspomina jedynie o łączeniu się spółek z siedzibą w Niemczech w następujący sposób:

„Podmioty prawa mające siedzibę na terytorium krajowym mogą dokonywać przekształceń poprzez

1. łączenie

[...]".

11. Artykuł 2 tej ustawy opisuje następnie różne przypadki łączenia z rozwiązaniem spółki bez przeprowadzania likwidacji, wśród których znajduje się, w interesującym nas zakresie, łączenie w drodze przejęcia przez przeniesienie całego majątku jednego lub kilku podmiotów prawa na inny istniejący podmiot prawa.

12. Wreszcie inne przepisy UmwG, które dotyczą w szczególności łączenia w drodze przejęcia, wymagają spełnienia szeregu wymogów, wśród których interesującego nas tu wymogu wpisania operacji do rejestru handlowego miejsca, w którym ma siedzibę spółka przejmująca (art. 19).

III — Okoliczności faktyczne i przebieg postępowania

13. SEVIC Systems Aktiengesellschaft (zwana dalej „SEVIC") z siedzibą w Neuwied (Niemcy) i Security Vision Concept SA (zwana dalej „SVC") z siedzibą w Luksemburgu (Luksemburg) zawarły

2 — COM(2003) 703 wersja ostateczna. Podstawę tego projektu stanowi zasada, że państwa członkowskie uznają w ramach własnych porządków prawnych możliwość powstawania połączeń transgranicznych.

3 — W dniu 10 maja 2005 r. Parlament Europejski przyjął projekt dyrektywy w pierwszym czytaniu.

4 — BGBl z 1994 r., 3210 (1995, 428), ostatnio zmieniona w dniu 12 czerwca 2003 r.

w 2002 r. umowę w sprawie połączenia, w której postanowiły o rozwiązaniu SVC bez przeprowadzania likwidacji i o ogólnym przeniesieniu całości majątku tej spółki na SEVIC.

14. Amtsgericht Neuwied (Sąd rejonowy w Neuwied) oddalił wniosek o wpis połączenia do niemieckiego rejestru handlowego, przywołując w uzasadnieniu jako podstawę odmowy wpisu art. 1 ust. 1 UmwG, który dopuszcza łączenie się wyłącznie spółek mających siedzibę w Niemczech. W niniejszym przypadku natomiast połączenie zostało dokonane między spółką niemiecką a spółką prawa luksemburskiego.

15. Od tego orzeczenia SEVIC wniosła odwołanie do Landgericht Koblenz, który powziąwszy wątpliwość co do wykładni art. 43 WE i 48 WE, postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy wykładni art. 43 WE i 48 WE należy dokonywać w ten sposób, że odmowa wpisu — na podstawie art. 16 i nast. [UmwG] — do niemieckiego rejestru handlowego planowanego połączenia zagranicznej spółki europejskiej ze spółką niemiecką, z tego powodu, że art. 1 ust. 1 pkt 1 UmwG przewiduje wyłącznie łączenie podmiotów prawa mających siedzibę w Niemczech, jest sprzeczna ze swobodą przedsiębiorczości?".

16. W toku postępowania uwagi na piśmie przedstawili: skarżąca w postępowaniu głównym, rząd niemiecki, rząd niderlandzki i Komisja.

17. Na rozprawie w dniu 10 maja 2005 r. głos zabrali: SEVIC, rząd niemiecki i Komisja.

IV — Analiza prawna

A — *Zastosowanie do przedmiotowego stanu faktycznego postanowień traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości*

18. Na wstępie pragnę zauważyć, że mimo iż zakres stosowania spornych przepisów krajowych ogranicza się do połączeń między spółkami posiadającymi siedzibę w Niemczech, to jednak wywierają one bezpośredni wpływ na możliwość przeprowadzenia połączeń międzynarodowych. Jak

widać na przykładzie niniejszej sprawy — co potwierdził też rząd niemiecki — to właśnie na podstawie art. 1 ust. 1 UmwG — i właśnie dlatego, że przepis ten przewiduje jedynie połączenia „wewnętrzne" — zwykle odmawia się w Niemczech [5] wpisu do rejestru handlowego połączenia między spółką prawa niemieckiego a spółką prawa innego państwa członkowskiego, wskutek czego operacja ta nie wywołuje skutków prawnych.

19. To rzekłszy, pragnę zauważyć, że strony nie zgadzają się przede wszystkim odnośnie do samej możliwości zakwalifikowania operacji, o których mowa, jako korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Przed przejściem zatem do rozważań nad tym, czy właściwe przepisy niemieckie są zgodne z art. 43 WE i 48 WE, czy też nie, czego domaga się sąd odsyłający, należy się zastanowić, czy taki stan faktyczny, jak ten rozważany w niniejszej sprawie, mieści się w zakresie obowiązywania rzeczonych postanowień.

20. Rządy niemiecki i niderlandzki stoją na stanowisku, iż należy udzielić tu odpowiedzi negatywnej, albowiem ich zdaniem operacja połączenia, o którą chodzi, nie prowadzi do „przedsiębiorczości" w rozumieniu traktatu.

21. Jak wyjaśnia rząd niemiecki, pojęcie to odnosi się do wykonywania działalności gospodarczej przez osobę fizyczną lub prawną w innym państwie członkowskim poprzez stałą jej obecność wynikającą w przypadku spółki z ustanowienia lub przeniesienia do rzeczonego państwa ośrodka jej podstawowej działalności (art. 43 akapit drugi WE) lub z ustanowienia w tym państwie wtórnego ośrodka działalności (art. 43 akapit pierwszy WE).

22. Tymczasem zdaniem tego rządu w przedmiotowej sprawie spółka luksemburska (SVC) zostaje w wyniku połączenia przejęta przez spółkę niemiecką przejmującą (SEVIC), przez co traci swą osobowość prawną. Ponieważ zaś z definicji rozwiązana spółka nie może się „osiedlić" w innym państwie członkowskim ani tytułem pierwotnym, ani tytułem wtórnym, a zatem należy stąd wywieść zdaniem rządu niemieckiego, że przestają być spełnione same przesłanki konieczne do stosowania art. 43 WE i 48 WE.

23. Ze swej strony, podążając podobnym tokiem rozumowania, rząd niderlandzki dodaje, że rozwiązanie spółki wywiera bezpośredni wpływ na jej strukturę i funkcjonowanie, czyli na jej aspekty, które — jak orzekł Trybunał w słynnym wyroku w sprawie Daily Mail [6] — umykają stosowa-

5 — W swym postanowieniu sąd odsyłający wskazuje jednakże, że ostatnio niektóre sądy niemieckie przyjęły wpisy połączeń spółek z siedzibą w Niemczech ze spółkami zagranicznymi, choć jest to nadal orzecznictwo pozostające w mniejszości.

6 — Wyrok z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 81/87 Daily Mail i General Trust, Rec. str. 5483.

niu prawa wspólnotowego i podobnie jak obywatelstwo osób fizycznych, są wyłącznie uregulowane w krajowych przepisach prawnych. Dlatego nie można interpretować postanowień art. 43 WE i 48 WE jako przyznających spółkom prawo do rozwiązywania się poprzez udział w połączeniach transgranicznych.

24. Osobiście powiem od razu, że nie podzielam tego stanowiska.

25. Przede wszystkim dlatego, iż wydaje mi się, że rządzi się ono odwróconą logiką w tym sensie, że uznaje skutek połączenia — a mianowicie rozwiązanie spółki przejmowanej — za przyczynę niemożności przeprowadzenia takiej operacji przez tę spółkę (kiedy nie jest jeszcze rozwiązana!), a zatem za uzasadnienie zakazu rejestracji, który właśnie wyklucza tę operację.

26. Prawdą jest natomiast, że przez cały czas trwania stadium poprzedzającego połączenie, aż do jego rejestracji, obydwie spółki istnieją i działają jako osoby prawne posiadające pełną zdolność do negocjowania i zawarcia umowy w sprawie połączenia. Dopiero z chwilą rzeczywistego dokonania się połączenia, czyli z chwilą rejestracji, jeden z dwóch podmiotów przestaje istnieć[7]; jednakże do tego momentu tak nie jest, tak iż w przypadku nieukończenia operacji spółka, która miała zostać przejęta, istnieje nadal jako niezależna osoba prawna.

27. Sporne przepisy krajowe uderzają zatem w podmioty prawne posiadające pełną zdolność do czynności prawnych, którym zamykają one — i tylko one — możliwość korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Dlatego jedynie myląc przyczynę ze skutkiem, można próbować uzasadniać niemożność stosowania postanowień traktatu do operacji połączeń transgranicznych rzekomym brakiem osobowości prawnej przejmowanej spółki.

28. Wszelkie wątpliwości odnośnie do tego, czy sporny przepis krajowy wchodzi w zakres stosowania art. 43 WE i 48 WE zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, rozwiewa zresztą moim zdaniem sam przedmiot tego przepisu.

7 — Jest to zresztą wprost przewidziane w art. 20 samej UmwG.

29. Jak wiadomo, dla zagwarantowania pełnej możliwości korzystania z prawa przedsiębiorczości rozumianego jako możliwość „stał[ego] i ciągł[ego] udział[u] w życiu gospodarczym [innego] państwa członkowskiego" [8], Trybunał ustalił, że zakres obowiązywania art. 43 WE i 48 WE obejmuje nie tylko przepisy i praktyki krajowe dotyczące bezpośrednio i w sposób szczególny wykonywania danej działalności gospodarczej, ale również wszystkie przepisy i praktyki „odnoszące się do różnego rodzaju uprawnień o charakterze ogólnym użytecznych do wykonywania rzeczonej działalności" [9].

30. Stąd mieszczą się w zakresie obowiązywania prawa przedsiębiorczości wszystkie te środki, które umożliwiają lub nawet tylko ułatwiają dostęp do innego państwa członkowskiego lub wykonywanie działalności gospodarczej w tym państwie, umożliwiając zainteresowanym podmiotom rzeczywisty udział w życiu gospodarczym tego państwa na takich samych warunkach jak krajowe podmioty gospodarcze [10].

31. Ogłaszając te zasady, Trybunał prawie zawsze odsyłał wprost do ogólnego programu znoszenia ograniczeń swobody przedsiębiorczości przyjętego przez Radę w dniu 18 grudnia 1961 r., który przewiduje, że stanowią ograniczenia, które należy znieść, „przepisy i praktyki, które jedynie w stosunku do obywateli zagranicznych wykluczają, ograniczają lub uzależniają od spełnienia określonych warunków uprawnienia do korzystania z praw zwykle związanych z wykonywaniem działalności na własny rachunek" [11] [tłumaczenie nieoficjalne]. Program zawiera przykładowe wyliczenie tego typu „uprawnień", wśród których znajduje się interesujące nas tutaj uprawnienie do „zawierania umów" i „nabywania praw i rzeczy ruchomych i nieruchomych, korzystania z nich i ich zbywania".

32. Mówiąc krótko, zatem prawo przedsiębiorczości nie odnosi się wyłącznie do prawa przeniesienia się do innego państwa członkowskiego celem wykonywania w nim własnej działalności gospodarczej, lecz dotyczy również wszelkich innych aspektów, które w jakikolwiek sposób są dodatkowo lub funkcjonalnie związane z wykonywaniem rzeczonej działalności, a zatem z korzystaniem w pełnym zakresie ze swobody ustanowionej w traktacie.

33. Wydaje mi się więc oczywiste, że z taką sytuacją mamy do czynienia również w przypadku rozpatrywanych tu przepisów krajowych. Przepisy te dotyczą bowiem aspektów nie tyle dodatkowych, co wręcz podstawowych dla działalności podmiotu gospodarczego, skoro uniemożliwiają mu zawieranie określonych stosunków prawnych (połączeń), w tym w szczególności nabywania lub zbywania bądź tworzenia nowych spółek.

8 — Wyrok z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, Rec. str. I-4165, pkt 25.

9 — Wyroki z dnia 14 stycznia 1988 r. w sprawie 63/86 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. 29, pkt 14 i z dnia 30 maja 1989 r. w sprawie 305/87 Komisja przeciwko Grecji, Rec. str. 1461, pkt 21.

10 — Zobacz w szczególności przywołane powyżej wyroki w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 14 i 16; w sprawie Komisja przeciwko Grecji, pkt 19; wyroki z dnia 1 czerwca 1999 r. w sprawie C-302/97 Konle, Rec. str. I-3099, pkt 22; z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-251/98 Baars, Rec. str. I-2787, pkt 22 i z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00 Überseering, Rec. str. I-9919, pkt 93.

11 — Dz.U. 1962, L 2, str. 36.

34. Koncentrując się wyłącznie na kwestii rozwiązania spółki przejmowanej, mamy tu jednak do czynienia z jeszcze jednym aspektem, który umknął uwadze rządów, a który może moim zdaniem okazać się istotny dla celów przedmiotowej analizy prawnej.

35. Odnoszę się tu w szczególności do faktu, że analizowana tutaj operacja połączenia może być rozpatrywana nie tylko jako przypadek głównego ośrodka przedsiębiorczości, ale również jako wtórny ośrodek przedsiębiorczości. A to dlatego, że przejęcie spółki posiadającej siedzibę w innym państwie członkowskim (w tym przypadku spółki luksemburskiej) nie wyklucza sytuacji, w której spółka przejmująca (tu spółka niemiecka) w wyniku połączenia rozpoczęłaby stałą działalność w państwie członkowskim, w którym miała swą siedzibę spółka przejęta, a zatem w państwie członkowskim innym niż jej własne, ustanawiając w ten sposób — wprawdzie wtórnie, ale jednak — swą siedzibę w tym państwie.

36. Wreszcie w przedmiotowym stanie faktycznym — jak zostało potwierdzone podczas rozprawy — na mocy umowy w sprawie połączenia, spółka przejmująca (SEVIC) miała zachować w Luksemburgu majątek, pracowników i środki produkcji spółki przejmowanej (SVC), dysponując w ten sposób za granicą „wtórnym" ośrodkiem działalności.

37. W takim przypadku mielibyśmy zatem do czynienia ze szczególnym rodzajem korzystania ze swobody przedsiębiorczości „wtórnej", również przewidzianej w art. 43 WE, a mianowicie „wtórnym" osiedleniem się w danym państwie członkowskim spółki posiadającej siedzibę w innym państwie członkowskim, na mocy przewidzianego właśnie w tym postanowieniu uprawnienia do „tworzenia i utrzymywania [...] więcej niż jednego ośrodka działalności na terytorium wspólnotowym" [12].

38. Do odmiennego wniosku nie może prowadzić okoliczność, że w przedmiotowym stanie faktycznym wtórna przedsiębiorczość byłaby wykonywana za pośrednictwem podmiotu pozbawionego własnej osobowości prawnej. Artykuł 43 ust. 1 WE ustanawia bowiem możliwość korzystania z prawa przedsiębiorczości za pośrednictwem zarówno podmiotów posiadających osobowość prawną (filii), jak i podmiotów nieposiadających osobowości prawnej (agencji lub oddziałów).

39. Jednocześnie w orzecznictwie wspólnotowym można wyczytać, że zawarte w tym postanowieniu odniesienie do „agencji, oddziałów lub filii" należy traktować nie jako wyczerpujące, lecz jedynie przykładowe wyliczenie form prawnych przedsiębiorczości, jakimi może się posłużyć spółka działająca w innym państwie członkowskim. W ten sposób Trybunał dopuścił stosowanie norm dotyczących przedsiębiorczości przykładowo

12 — Wyrok z dnia 12 lipca 1984 r. w sprawie 107/83 Klopp, Rec. str. 2971, pkt 19.

w sytuacjach, w których obecność spółki w innym państwie członkowskim Wspólnoty nie przyjmuje „formy agencji czy oddziału, lecz przejawia się w istnieniu zwykłego biura prowadzonego przez osoby zatrudnione przez przedsiębiorstwo lub w działalności osoby niezależnej upoważnionej do stałego działania na rachunek przedsiębiorstwa w sposób analogiczny do agencji" [13].

40. Mając powyższe na uwadze, nie wydaje mi się też zasadne przeciwne twierdzenie rządu niemieckiego, zgodnie z którym wykonywanie prawa przedsiębiorczości wymaga koniecznie utworzenia ośrodka nowego lub dodatkowego za granicą, a zatem nie może przejawiać się w formie przejęcia istniejącej już spółki, jak ma to miejsce w sprawie głównej.

41. Jak bowiem miał okazję już wyjaśnić Trybunał, w pełni spójnie z przypomnianą powyżej linią orzecznictwa, prawo chronione w art. 43 WE pociąga za sobą uprawnienie do „wybrania formy prawnej odpowiedniej do wykonywania działalności w innym państwie członkowskim" [14]. Można zatem korzystać z niego na wiele różnych sposobów, łącznie z nabywaniem udziałów spółki już istniejącej i posiadającej siedzibę w innym państwie członkowskim, pod warunkiem że udział ten zapewnia nabywcy „pewny wpływ na decyzje spółki i pozwala [...] na określanie jej działalności" [15], które to kryterium jest z definicji spełnione zawsze w przypadkach przejęcia innej spółki, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie.

42. W świetle przedstawionych powyżej rozważań uważam zatem, że przepisy krajowe, takie jak te będące przedmiotem niniejszej sprawy, są w pełni objęte zakresem obowiązywania art. 43 WE i 48 WE.

B — *Ocena spornych przepisów krajowych*

43. To wyjaśniwszy, przechodząc do meritum, wypada zastanowić się, czy ze względu na odmowę w każdym przypadku wpisu do niemieckiego rejestru handlowego spółek powstałych w wyniku połączenia spółek

13 — Wyrok z dnia 4 grudnia 1986 r. w sprawie 205/84 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. 3755, pkt 21.

14 — Wyrok z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-307/97 Saint-Gobain ZN, Rec. str. I-6161, pkt 43.

15 — Zobacz w szczególności przywołane powyżej wyroki w sprawie Baars, pkt 21 i 22 oraz w sprawie Überseering, pkt 77. Należy jednak wyjaśnić, że nabycie udziałów lub akcji, które nie gwarantuje takiego wpływu, nie jest przez to wyjęte spod obowiązywania postanowień traktatu, albowiem wchodzi w zakres obowiązywania postanowień z dziedziny swobodnego przepływu kapitału.

posiadających siedzibę w Niemczech ze spółkami z innych państw członkowskich sporny środek krajowy stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości.

44. Pragnę rozpocząć tę analizę od przypomnienia, że z szerokiej definicji swobody przedsiębiorczości, która jak już widzieliśmy (powyżej pkt 24–27), wypływa z orzecznictwa wspólnotowego, należy uznać za ograniczenia tej swobody „wszelkie działania, które uniemożliwiają, utrudniają lub ograniczają atrakcyjność korzystania z tej swobody" [16]. Mogą się zatem mieścić w tym zakazie środki krajowe zdolne chociażby jedynie do „zniechęcenia" podmiotu gospodarczego do skorzystania z prawa przedsiębiorczości [17].

45. To nie wszystko: z rzeczonego orzecznictwa wynika również, że art. 43 WE nie ogranicza się do nakładania na każde z państw członkowskich zakazu uniemożliwiania lub ograniczania osiedlania się zagranicznych podmiotów gospodarczych na ich terytorium, ale stoi również na przeszkodzie temu, aby jakiekolwiek z nich ustanawiało przeszkody w osiedlaniu się krajowych podmiotów gospodarczych na terytorium innego państwa członkowskiego [18]. Innymi słowy, zabronione są zarówno ograniczenia „przy wjeździe" na terytorium krajowe, jak i te „przy wyjeździe" z niego.

46. Stosując te zasady do przedmiotowej sprawy, bezdyskusyjne wydaje mi się, że przepisy krajowe takie jak te, wokół których toczy się przedmiotowa sprawa, są co najmniej zdolne do zniechęcenia zarówno podmiotów krajowych, jak i zagranicznych do skorzystania ze swobody przedsiębiorczości.

47. Tymczasem instytucja połączenia stanowi wyjątkowo skuteczny instrument przekształcenia spółki, albowiem dzięki jednej jedynej operacji umożliwia wykonywanie danej działalności w nowej formie bez przerywania ciągłości, przez co znacznie zmniejsza komplikacje, czas i koszty związane z innymi formami grupowania się spółek, takimi jak te, które pociągają za sobą dla przykładu rozwiązanie spółki po przeprowadzeniu likwidacji majątku i następujące po nim założenie nowej spółki, przeniesienie poszczególnych składników majątkowych przedsiębiorstwa, wymianę tytułów własności itp.

48. Stąd siłą rzeczy należy stwierdzić, że wskutek spornych przepisów krajowych (i wyłącznie z ich przyczyny) SEVIC — podobnie jak wszystkie inne spółki prawa niemieckiego, które znajdują się w analogicznej sytuacji — traci możliwość

16 — Zobacz ostatnio wyrok z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-442/02 Caixa Bank France,Zb.Orz. str. I-8961, pkt 11 i przywołane tam orzecznictwo.

17 — Zobacz przykładowo przywołany powyżej wyrok w sprawie Daily Mail, pkt 16; wyroki z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-200/98 X i Y, Rec. str. I-8261, pkt 26 i z dnia 11 marca 2004 r. w sprawie C-9/02 de Lasteyrie du Saillant, Rec. str. I-2409, pkt 45.

18 — Zobacz w szczególności przywołane powyżej wyroki w sprawie Baars, pkt 28 i w sprawie de Lasteyrie du Saillant, pkt 42.

dokonania połączenia, którego w przeciwnym razie mogłaby dokonać, a to jedynie z powodu tego, że pragnie ona przejąć spółkę, która ma siedzibę w innym państwie członkowskim. Traci ona przez to możliwość o istotnym i oczywistym znaczeniu na zjednoczonym rynku takim jak rynek europejski, chyba że będzie chciała skorzystać z innych instrumentów, które jednak, jak widzieliśmy powyżej, nie wykazują takich samych cech i nie dają takich samych korzyści.

49. To wszystko ewidentnie stanowi „przeszkodę", która jest w stanie w sposób bezpośredni wpływać na decyzję spółek niemieckich o osiedleniu się lub rozszerzeniu swej obecności w innych państwach członkowskich, a zatem o korzystaniu ze swobody, do której mają prawo w rozumieniu art. 43 WE i 48 WE.

50. Przedmiotowy środek wywołuje skutki restrykcyjne również w stosunku do spółek posiadających siedzibę w innych państwach członkowskich. Pozbawia on bowiem zupełnie te podmioty możliwości skorzystania z jednego ze sposobów wejścia na rynek niemiecki. W szczególności spółka posiadająca siedzibę statutową za granicą nie może rozwinąć swej własnej działalności w Niemczech poprzez połączenie się z jedną lub kilkoma spółkami niemieckimi wskutek przejęcia jednej z istniejących już spółek lub utworzenia nowej spółki. Aby osiągnąć taki skutek najprawdopodobniej najpierw trzeba będzie założyć nową spółkę w Niemczech, co — jak wyjaśnił już w przeszłości Trybunał — jest równoznaczne „z zaprzeczeniem istnienia samej swobody przedsiębiorczości" [19].

51. W świetle przedstawionych tu rozważań uważam zatem, że w opisanym tu sensie przepisy niemieckie stanowią ograniczenie swobody przedsiębiorczości, przez co są sprzeczne z postanowieniami art. 43 WE i 48 WE.

C — *Domniemane uzasadnienie spornych przepisów krajowych*

52. Mimo tego należy jeszcze zastanowić się, czy niezgodność rozpatrywanych przepisów krajowych z prawem wspólnotowym nie może zostać uzasadniona względami o charakterze ogólnym, które — jak za chwilę się przekonamy — mogłyby zostać powołane na jego usprawiedliwienie.

53. W istocie rząd niemiecki, popierany przez rząd niderlandzki, podnosi, że na chwilę obecną, w braku szczególnych wspólnotowych środków harmonizujących, państwo niemieckie nie może uznać połączeń transgranicznych ze względu na nadal istniejące zbyt duże różnice między przepisami

19 — Przywołany powyżej wyrok w sprawie Überseering, pkt 81.

prawa spółek w poszczególnych państwach członkowskich oraz wyjątkowo złożony charakter operacji tego rodzaju. Analizowany zakaz byłby zatem uzasadniony koniecznością zapewnienia odpowiedniego poziomu pewności prawnej handlowych czynności prawnych i ochrony interesów pracowników, wierzycieli i mniejszościowych udziałowców spółek niemieckich.

54. Nawet gdyby zatem Trybunał orzekł, że przepis art. 1 ust. 1 akapit pierwszy UmwG stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości, ograniczenie to byłoby mimo wszystko zgodne z prawem, albowiem celem jego jest zaspokojenie potrzeb, które zdaniem interweniujących rządów zostały uznane przez orzecznictwo wspólnotowe za odpowiednie dla uzasadnienia tego typu środków.

55. Ze swej strony pragnę przede wszystkim przypomnieć, że na płaszczyźnie dopuszczalnych wyjątków od podstawowych swobód prawo wspólnotowe dokonuje wyraźnego podziału na środki dyskryminacyjne i niedyskryminacyjne. Pierwsze z nich są w istocie dopuszczalne jedynie wtedy, gdy mieszczą się w ramach odstępstwa przewidzianego wprost w traktacie, które w przypadku prawa przedsiębiorczości zostały ustanowione w art. 46 WE. Te natomiast, które stosują się w taki sam sposób do podmiotów krajowych, jak i podmiotów z innych państw członkowskich, mogą zostać uznane za uzasadnione, jeżeli odpowiadają nadrzędnym wymogom interesu publicznego, przy czym również w tym przypadku tylko pod warunkiem, że są one właściwe do realizacji celu, któremu służą, i nie wykraczają poza zakres niezbędny do jego osiągnięcia [20].

56. Należy stwierdzić z całą stanowczością, że w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z przepisami o charakterze dyskryminacyjnym. Jak bowiem widzieliśmy, analizowane przepisy wprowadzają jasno odmienny sposób traktowania spółek w zależności od ich siedziby statutowej, dopuszczając połączenia, gdy zainteresowane spółki mają swe siedziby w Niemczech, i wykluczając je, gdy jedna z nich ma siedzibę statutową za granicą.

57. W takich przypadkach jedynym potencjalnie dopuszczalnym odstępstwem jest odstępstwo przewidziane w art. 46 WE, na podstawie którego środki dyskryminacyjne mogą być uzasadnione jedynie względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. To nie wszystko: ponieważ postanowienie to wprowadza odstępstwo od podstawowej zasady traktatu, musi być ono interpreto-

20 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 Kraus, Rec. str. I-1663, pkt 32; przywołany powyżej wyrok w sprawie Gebhard, pkt 37; wyrok z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 Centros, Rec. str. I-1459, pkt 34 i przywołany powyżej wyrok w sprawie Caixa Bank, pkt 17.

wane w sposób restrykcyjny, co jest powodem, dla którego Trybunał uzależnił jego stosowanie od istnienia „rzeczywistego i wystarczająco poważnego zagrożenia jednego z podstawowych interesów społecznych" [21].

58. Stąd wydaje mi się oczywiste, że ewentualne trudności związane z koordynacją lub ryzyko odmienności między poszczególnymi przepisami krajowymi w dziedzinie spółek, na które w sposób bardzo szeroki i ogólnikowy powołują się władze niemieckie i niderlandzkie, nie mogą stanowić „zagrożenia" takiego rodzaju i rozmiarów dla rzeczonych „podstawowych interesów społecznych", a tym samym zmieścić się w zakresie stosowania art. 46 WE.

59. Nawet gdyby jednak przyjąć, że sprzeczny przepis nie ma charakteru dyskryminacyjnego, nic by to nie zmieniło, albowiem tak czy inaczej nie byłyby spełnione przesłanki ustalone w orzecznictwie wspólnotowym w przypadku ograniczeń stosowanych jednakowo, o których już mówiłem (powyżej pkt 55).

60. Zacznijmy od istnienia nadrzędnych wymogów interesu publicznego. W tym kontekście można by być może zawrzeć — w sposób czysto hipotetyczny — powody państwa pochodzenia spółki przejmowanej do sprzeciwiania się dokonaniu połączenia w imię nadrzędnych wymogów interesu publicznego [22]. W wyniku bowiem przejęcia spółki przez spółkę mającą siedzibę w innym państwie członkowskim, państwo to staje się świadkiem rozwiązania spółki, która należała do jego porządku prawnego, a nad którą nie będzie już mogło zatem sprawować bezpośredniej kontroli.

61. Jednakże sprzeciw państwa, do którego przynależy spółka przejmująca, wydaje się trudniejszy do wyjaśnienia, albowiem połączenie nie wywiera wpływu na związek tej spółki z porządkiem prawnym owego państwa. W rzeczy samej, w przedmiotowym stanie faktycznym siedziba spółki SEVIC nadal pozostałaby w Niemczech również po połączeniu, a prawo niemieckie nadal stosowałoby się do całości działalności tej spółki.

62. Nawet gdyby jednak chcieć przyznać nieco racji takim twierdzeniom, nadal pozostaje wątpliwość, czy podnoszone problemy kompatybilności lub koordynacji poszczególnych porządków prawnych zasługują na miano nadrzędnych wymogów interesu

21 — Zobacz odpowiednio wyrok z dnia 27 października 1977 r. w sprawie 30/77 Bouchereau, Rec. str. 1999, pkt 35 i z dnia 26 listopada 2002 r. w sprawie C-100/01 Oteiza Olazabal, Rec. str. I-10981, pkt 39.

22 — W niniejszym stanie faktycznym z akt sprawy wynika, że Luksemburg nie miał żadnych obiekcji i dokonał wykreślenia SVC z krajowego rejestru handlowego.

publicznego. Tym bardziej, jeśli wziąć pod uwagę, że wydaje się, iż połączenia międzynarodowe są uznawane w wielu krajowych porządkach prawnych i wbrew temu, co wydają się twierdzić obydwa interweniujące tu rządy, fakt ten nie pociąga za sobą niemożliwych do przejścia trudności [23].

63. Tak czy inaczej, nawet gdyby przyznać owym rządom rację w tej kwestii (quod non), należałoby wciąż jeszcze sprawdzić, czy w rozpatrywanym przypadku spełnione zostały pozostałe przesłanki opisane powyżej, a mianowicie niezbędność i proporcjonalność spornego środka.

64. Jak widzieliśmy jednak, środek ten wprowadza bezwzględny i automatyczny zakaz, znajdujący zastosowanie w sposób ogólny i prewencyjny do wszystkich przypadków połączeń transgranicznych, bez względu na ewentualne wystąpienie szkody lub ryzyka z nim związanych.

65. Stąd w szczególności w świetle orzecznictwa Trybunału [24] wydaje mi się zupełnie oczywiste, że środek ten wykracza znacznie poza cel rozwiązania ewentualnych trudności, o których była mowa, a zatem powinien zostać uznany za nieproporcjonalny pod kątem realizacji rzeczonego celu. Cel ten mógłby bowiem zostać osiągnięty za pomocą środków mniej restrykcyjnych, takich jak na przykład możliwość odmowy wpisu do rejestru w każdym z poszczególnych przypadków i jedynie przy istnieniu ewidentnej i udowodnionej trudności koordynacji właściwych porządków prawnych, która mogłaby pociągnąć za sobą istotne ryzyko w zakresie pewności lub ochrony interesów pracowników, wierzycieli lub mniejszościowych udziałowców zainteresowanych spółek.

66. Pragnę więc powtórzyć, że z pewnością nie można uznać za proporcjonalny środka, który wprowadza absolutny i automatyczny zakaz tego rodzaju.

67. Dla uzasadnienia tego typu środka nie można wreszcie powoływać się na okoliczność, na którą powołują się interweniujące tu rządy, że nie została jeszcze przyjęta żadna dyrektywa wspólnotowa w przedmiocie połączeń transgranicznych spółek kapitałowych. Zdaniem tych rządów bowiem, w braku

23 — Okazuje się, że przeprowadzanie operacji tego typu jest dozwolone przykładowo w prawie hiszpańskim, portugalskim, włoskim, francuskim i belgijskim, choć według odmiennych schematów.

24 — Odnośnie do nieproporcjonalnego charakteru bezwzględnych i ogólnych zakazów zob. przykładowo wyroki z dnia 30 kwietnia 1986 r. w sprawie 96/85 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. 1475, pkt 14; z dnia 16 czerwca 1992 r. w sprawie C-351/90 Komisja przeciwko Luksemburgowi, Rec. str. I-3945, pkt 19; z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-478/98 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. I-7587, pkt 45 i z dnia 4 marca 2004 r. w sprawie C-334/02 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-2229, pkt 28 i 34.

harmonizacji wspólnotowej nie byłoby możliwe przeprowadzanie tego typu operacji.

68. Tymczasem jak wiadomo i jak zostało potwierdzone w orzecznictwie Trybunału, korzystanie ze swobody przedsiębiorczości nie może być uzależnione od przyjęcia dokonujących harmonizacji dyrektyw [25]. A to dlatego, że dyrektywy tego typu nie tworzą praw usankcjonowanych w traktacie, lecz jedynie zmierzają do ułatwienia wykonywania tych praw. Znajduje to zresztą potwierdzenie — w szczególności w odniesieniu do analizowanego tu przez nas przypadku — w pierwszym motywie przywołanego powyżej projektu dyrektywy, zgodnie z którym celem tej dyrektywy jest to, „aby *ułatwić* transgraniczne połączenia" [26]. W ten sposób sam tekst zaprzecza tezie o konieczności istnienia uprzedniej harmonizacji wspólnotowej.

69. Ostatecznie wydaje mi się, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki, które wskazałem powyżej jako niezbędne dla uzasadnienia środka krajowego niezgodnego z traktatem.

25 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 28 kwietnia 1977 r. w sprawie 71/76 Thieffry, Rec. str. 765, pkt 17 i 27; przywołane powyżej wyroki w sprawie Kraus, pkt 30 i w sprawie Überseering, pkt 55.

26 — Wyróżnienie własne.

70. Wnioskuję stąd zatem, iż sporne przepisy krajowe nie znajdują uzasadnienia ani na podstawie art. 46 WE, ani na podstawie nadrzędnych wymogów, na które powołują się interweniujące tu rządy. Należy je zatem uznać za sprzeczne z art. 43 WE i 48 WE.

D — *W przedmiocie swobodnego przepływu kapitału*

71. Pragnę wreszcie zauważyć, że podczas rozprawy Komisja stwierdziła, iż sporny środek może też być rozpatrywany jako ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, zabronione co do zasady na mocy art. 56 WE. Dzieje się tak dlatego, że odmowa rejestracji połączeń transgranicznych stanowi przeszkodę dla przepływu kapitału ściśle związanego z takimi transakcjami.

72. Ze swej strony muszę przede wszystkim zauważyć, że sąd odsyłający nie zwracał się do Trybunału o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w przedmiocie wykładni art. 56 WE.

Mimo tego można się zastanowić, czy udzielenie odpowiedzi na to pytanie nie będzie mimo wszystko konieczne. Jak bowiem wyjaśniło orzecznictwo wspólnotowe, „aby udzielić użytecznej odpowiedzi

sądowi, który przedłożył pytania prejudycjalne, Trybunał może być zmuszony do wzięcia pod uwagę norm prawa wspólnotowego, na które nie powołał się sąd krajowy w swych pytaniach" [27].

73. W niniejszej sprawie nie wydaje mi się co do zasady, aby wykładnia art. 56 WE była rzeczywiście konieczna do rozstrzygnięcia sprawy głównej. Skoro bowiem doszedłem już do wniosku, że rozpatrywany środek stanowi ograniczenie nieuzasadnione na podstawie art. 43 WE, analiza jego zgodności z art. 56 WE byłaby wręcz zbędna. Wiadomo bowiem, że w przypadku stwierdzenia istnienia ograniczenia swobody przedsiębiorczości, Trybunał co do zasady nie uważa za konieczne badania, czy dany przepis jest sprzeczny również z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobodnego przepływu kapitału [28].

74. Dlatego w niniejszej sprawie dalsza analiza mogłaby się okazać konieczna jedynie, gdyby Trybunał zgodził się ze stanowiskiem interweniujących tu rządów i ustalił w przedmiotowym stanie faktycznym brak naruszenia postanowień dotyczących swobody przedsiębiorczości.

75. Gdyby jednak tak się stało i gdyby była przeprowadzana ocena tej kwestii pod kątem swobody przepływu kapitału, mój wniosek byłby zgodny z twierdzeniem Komisji, że sporne przepisy krajowe stanowią sprzeczne z prawem ograniczenie tej swobody.

76. Pragnę po pierwsze zauważyć, że jako „nierozerwalnie związane z przepływem kapitału" [29] operacje łączenia w sposób oczywisty mieszczą się w zakresie stosowania art. 56 WE. Zgodnie bowiem z pkt 1 nomenklatury [30] zawartej w załączniku I do dyrektywy Rady nr 88/361/EWG z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 traktatu [31], tj. punktem zatytułowanym „Inwestycje bezpośrednie", do takich inwestycji należy „nabycie w całości istniejących przedsiębiorstw" (pkt 1) oraz „udział w nowym lub

27 — Wyroki z dnia 20 marca 1986 r. w sprawie 35/85 Tissier, Rec. str. 1207, pkt 9; z dnia 27 marca 1990 r. w sprawie C-315/88 Bagli Pennacchiotti, Rec. str. I-1323, pkt 10; z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121, pkt 39.

28 — Zobacz przykładowo wyroki z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-118/96 Safir, Rec. str. I-1897, pkt 35; w sprawie C-200/98 X i Y, Rec. str. I-8261, pkt 30; z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-251/98 Baars, Rec. str. I-2787, pkt 42; z dnia 8 marca 2001 r. w sprawach połączonych C-397/98 i C-410/98 Metallgesellschaft i in., Rec. str. I-1727, pkt 75 i z dnia 21 listopada 2002 r. w sprawie C-436/00 X i Y, Rec. str. I-10829, pkt 66.

29 — Wyrok z dnia 16 marca 1999 r. w sprawie C-222/97 Trummer i Mayer, Rec. str. I-1661, pkt 24.

30 — Nomenklatura, do której ciągle odwołuje się orzecznictwo wspólnotowe przy ustalaniu definicji pojęcia przepływu kapitału. Zobacz ostatnio przywołany powyżej wyrok w sprawie Trummer i Mayer, pkt 21 oraz wyrok z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie C-35/98 Verkooijen, Rec. str. I-4071, pkt 27.

31 — Dz.U. L 178, str. 5.

istniejącym już przedsiębiorstwie mający na celu ustanowienie lub utrzymanie trwałych powiązań gospodarczych" (pkt 2). Jasne jest zatem, że operacje połączenia stanowią „przepływ kapitału".

77. Po drugie, co się tyczy restrykcyjnej natury spornego przepisu, wydaje mi się, że można tu z łatwością zastosować odpowiednio rozważania przedstawione w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości (powyżej pkt 37–43). Przedmiotowe przepisy bowiem wywierają co najmniej skutek zniechęcający w zakresie przepływu kapitału, zabraniając korzystania z instrumentu uprzywilejowanego przy nabywaniu lub tworzeniu spółki za granicą.

78. Wreszcie z tych samych powodów podanych w swoim czasie (powyżej pkt 48–59) uważam, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie zostały spełnione ustalone w orzecznictwie przesłanki konieczne do uzasadnienia odstępstwa od jednej z podstawowych swobód gwarantowanych w traktacie.

V — Wnioski

79. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi udzielenie następującej odpowiedzi na pytanie przedstawione przez Landgericht Koblenz:

„Postanowienia art. 43 WE i 48 WE stoją na przeszkodzie takim przepisom jednego z państw członkowskich jak Umwandlungsgesetz, które nie zezwalają na wpisanie do rejestru krajowego spółek powstałych wskutek połączenia między spółkami mającymi siedzibę statutową w tym państwie a spółkami z innych państw członkowskich".