OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO VERICY TRSTENJAK przedstawiona w dniu 2 czerwca 2010 r.[1].

Spis treści

I — Wprowadzenie ..... I - 10165

II — Ramy prawne ..... I - 10166

A — Prawo wspólnotowe ..... I - 10166

1. Prawo pierwotne ..... I - 10166

2. Prawo pochodne ..... I - 10167

a) Dyrektywa 68/151/EWG ..... I - 10167

b) Dyrektywa Rady 89/667/EWG ..... I - 10168

B — Prawo krajowe ..... I - 10168

III — Stan faktyczny, postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne ..... I - 10170

IV — Postępowanie przed Trybunałem ..... I - 10171

V — Zasadnicze argumenty stron ..... I - 10171

VI — Ocena prawna ..... I - 10172

A — Uwagi wstępne ..... I - 10172

1. Zbliżenie prawa jako instrument europejskiego prawa spółek ..... I - 10172

2. Przedmiot regulacji dyrektywy 68/151 ..... I - 10173

1 — Język oryginału: niemiecki.

B — W przedmiocie pytania prejudycjalnego ..... I - 10174

1. Prawo wtórne jako kryterium badania ..... I - 10176

a) Możność zastosowania dyrektywy 68/151 ..... I - 10176

i) Istnienie spółki akcyjnej w rozumieniu art. 1 dyrektywy 68/151 ..... I - 10176

ii) Uznanie ograniczenia odpowiedzialności ..... I - 10176

iii) Odpowiedzialność za zobowiązania spółki akcyjnej ..... I - 10178

iv) Zakres odpowiedzialności spółki akcyjnej ..... I - 10180

b) Zgodność z dyrektywą 68/151 ..... I - 10180

2. Zgodność z prawem pierwotnym ..... I - 10183

a) Dopuszczalność odwołania się do prawa pierwotnego ..... I - 10183

b) Swoboda przedsiębiorczości ..... I - 10184

i) Możność zastosowania art. 43 WE i 48 WE ..... I - 10184

ii) Ograniczenie swobody przedsiębiorczości ..... I - 10187

— Artykuł 43 WE jako szeroko ujęty zakaz ograniczeń ..... I - 10187

— Możliwość teleologicznego zawężenia zakazu ograniczenia ..... I - 10189

iii) Względy uzasadniające ograniczenie swobody przedsiębiorczości ..... I - 10191

— Ochrona praw podstawowych jako uzasadniony interes . I - 10192

— Badanie proporcjonalności ..... I - 10193

iv) Wniosek pośredni ..... I - 10200

c) Swoboda przepływu kapitału ..... I - 10200

i) Możność zastosowania art. 56 WE ..... I - 10200

ii) Ograniczenie swobody przepływu kapitału ..... I - 10201

— Artykuł 56 WE jako szeroko ujęty zakaz ograniczeń ..... I - 10201

— Możliwość teleologicznego zawężenia zakazu ograniczeń I - 10202

iii) Uzasadnienie ..... I - 10203

— Ochrona praw podstawowych jako uzasadniony interes . I - 10203

— Badanie proporcjonalności ..... I - 10203

iv) Wniosek pośredni ..... I - 10204

VII — Wnioski ..... I - 10204

I — Wprowadzenie

1. Podstawę niniejszej sprawy stanowi wniosek greckiego Symvoulio tis Epikrateias (Rada Państwa, zwanego dalej „sądem odsyłającym") o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 234 WE [2]. Sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o dokonanie wykładni pierwszej dyrektywy 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 ust. 2 traktatu w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich [3].

2. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy sprawy między

2 — Postępowanie prejudycjalne jest obecnie uregulowane zgodnie z Traktatem z Lizbony zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U. C 306, s. 1) w art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

3 — Dz.U. L 65, s. 8.

Idryma Typou AE (zwaną dalej „skarżącą"), spółką akcyjną działającą w sektorze prasy i telewizji, a Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis (ministrem prasy i mediów, zwanym dalej „pozwanym"). Przedmiotem postępowania przed sądem odsyłającym jest zgodność z prawem grzywny, która została nałożona na skarżącą w związku z naruszeniem przepisów ustawowych i zasad etyki zawodowej, obowiązujących przy prowadzeniu telewizyjnej stacji nadawczej, za którą odpowiadają wspólnie i solidarnie skarżąca, jak również jej akcjonariusze i członkowie jej zarządu.

3. Pod względem prawnym w przedstawionym pytaniu zostały postawione w gruncie rzeczy dwa pytania prawne, które są ze sobą powiązane. Po pierwsze, czy w prawie spółek Unii Europejskiej występuje wystarczająco określona koncepcja formy prawnej spółki akcyjnej, która, tak samo jak porządki prawne licznych państw członkowskich, zawiera zasadę, zgodnie z którą odpowiedzialność cywilna spółki kapitałowej ograniczona jest do majątku spółki. Po drugie, sąd odsyłający chciałby wiedzieć, czy właśnie wymieniona zasada w okolicznościach takich jak w sprawie wyjściowej zezwala wyjątkowo na wyjście poza ograniczenie odpowiedzialności. Tylko bowiem w przypadku zgodności z prawem wspólnotowym tak zwanego włączenia osobistej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki byłoby możliwe rozszerzenie odpowiedzialności spółki akcyjnej na majątek wspólników.

II — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

1. Prawo pierwotne

4. Artykuł 43 WE brzmi:

„Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są stosownie do poniższych postanowień zakazane. 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 art. 48 akapit drugi, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli".

5. Artykuł 44 WE postanawia:

„1. Rada, stanowiąc zgodnie z procedurą określoną w art. 251 i po konsultacji

z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, uchwala dyrektywy dla realizacji swobody przedsiębiorczości w określonej działalności.

2. Rada i Komisja wykonują funkcje, powierzone im na podstawie powyższych postanowień, zwłaszcza:

[…]

g) koordynując gwarancje, które są wymagane od spółek w państwach członkowskich w rozumieniu art. 48 ust. 2, w interesie wspólników, jak również osób trzecich w celu uzyskania równoważności tych postanowień".

6. Artykuł 48 WE brzmi:

„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 prawa publicznego lub prywatnego z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysku".

7. Artykuł 56 WE stanowi:

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

2. W ramach postanowień niniejszego rozdziału zakazane są wszelkie ograniczenia w płatnościach między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi".

2. Prawo pochodne

a) Dyrektywa 68/151/EWG

8. Mająca w zakresie czasowym zastosowanie dyrektywa 68/151 – do czasu jej uchylenia przez dyrektywę 2009/101/WE, która weszła w życie 21 października 2009 r. [4] – przewidywała koordynację gwarancji z zakresu prawa spółek w państwach członkowskich w interesie wspólników, jak również osób trzecich.

4 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 września 2009 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 48 akapit drugi traktatu, w celu uzyskania ich równoważności dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich (Dz.U. L 258, s. 11).

9. Z motywów tej dyrektywy wynika, iż „koordynacja przewidziana w art. 54 ust. 3 lit. g) [Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą] oraz w programie ogólnym znoszenia ograniczeń w zakresie swobody przedsiębiorczości jest sprawą pilną, w szczególności wobec spółek akcyjnych i spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, gdyż często działalność wspomnianych spółek rozciąga się poza granice terytorium krajowego". Z drugiej strony wskazuje się w motywach na to, że „w odniesieniu do takich spółek i w tych dziedzinach przepisy prawa wspólnotowego muszą zostać przyjęte równocześnie, gdyż jedyną gwarancją wobec osób trzecich są aktywa spółki".

10. Artykuł 1 tej dyrektywy w zmienionej przez akt przystąpienia Grecji wersji [5] stanowi:

„S?rodki koordynujące przewidziane w niniejszej dyrektywie stosuje się do przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych w państwach członkowskich odnoszących się do następujących typów spółek: […]

w Grecji:

ανώνυμη εταιρία, εταιρία περιωρισμένης ευθύνης, ετερόρρυθμη κατά μετοχές εταιρία [spółki akcyjnej, spółki komandytowo-akcyjnej, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością]".

11. Dyrektywa 68/151 zawiera trzy rozdziały. Rozdział I dotyczy jawności dokumentacji spółki, rozdział II zawiera przepisy dotyczące ważności zobowiązań spółki, a rozdział III reguluje ewentualną nieważność spółki.

b) Dyrektywa Rady 89/667/EWG

12. Dwunasta dyrektywa Rady 89/667/EWG w sprawie prawa spółek z dnia 21 grudnia 1989 r. dotycząca jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością [6] postanawia w preambule, iż „ważne jest stworzenie odpowiedniego instrumentu prawnego umożliwiającego ograniczenie odpowiedzialności indywidualnego przedsiębiorcy na obszarze całej Wspólnoty bez uszczerbku dla ustawodawstwa państw członkowskich, które, w wyjątkowych okolicznościach, wymagają od takiego przedsiębiorcy odpowiedzialności za zobowiązania przedsiębiorstwa".

B — *Prawo krajowe*

13. Artykuł 5 ust. 1 konstytucji greckiej ustanawia prawo wszystkich obywateli do swobodnego rozwoju osobowości i udziału w życiu społecznym, gospodarczym i politycznym, z poszanowaniem praw innych podmiotów, konstytucji i dobrych obyczajów.

5 — Dz.U. 1979, L 291.

6 — Dz.U. L 395, s. 40.

Zgodnie z art. 5 ust. 3 wolność osobista jest nienaruszalna.

14. Zgodnie z art. 106 ust. 2 konstytucji greckiej prywatna działalność gospodarcza nie może być wykonywana z naruszeniem swobody i godności ludzkiej, podczas gdy w rozumieniu art. 15 ust. 2 konstytucji (w brzmieniu sprzed zmiany konstytucji z 2001 r.) radiofonia i telewizja, poddane nadzorowi państwa, gwarantują rozpowszechnianie obiektywnych informacji i jakościowy poziom programów.

15. Ustawa nr 2328/1995 reguluje ramy działalności telewizji prywatnej. Zgodnie z jej art. 1 ust. 9 akcje spółek akcyjnych, które prowadzą telewizyjne stacje nadawcze, muszą być akcjami imiennymi. Odpowiednio zaś do art. 1 ust. 10 każda spółka akcyjna może posiadać tylko jedno pozwolenie na utworzenie i prowadzenie telewizyjnej stacji nadawczej lub posiadać udziały tylko w jednej spółce posiadającej takie pozwolenie. Udział osób fizycznych lub prawnych w takiej spółce nie może przekraczać 25% kapitału akcyjnego. Akcjonariusze posiadający udział większy niż 2,5% i członkowie zarządu spółek, które ubiegają się o pozwolenie prowadzenia telewizyjnej stacji nadawczej lub takie posiadają, nie mogą być karani za przestępstwa prowadzące do zakazu objęcia funkcji publicznych. Ponadto ustawa nakłada na akcjonariuszy obowiązek wykazania, w jaki sposób nabyli swój majątek. Artykuł 1 ust. 11 ustawy wprowadza zakaz jednoczesnego posiadania udziałów w spółce, która wykonuje roboty lub dostawy na rzecz państwa, oraz w spółce prowadzącej stację telewizyjną. Ustęp 13 tego artykułu przewiduje obowiązek powiadomienia właściwego ministra o każdym zbyciu akcji takiej spółki, o ile przekracza ono 2,5% kapitału akcyjnego. Artykuł 3 ustawy nr 2328/95 ustanawia obowiązujące nadawców telewizyjnych zasady etyki zawodowej, art. 4 przewiduje zaś sankcje administracyjne w przypadku naruszenia tychże zasad. Odnośnie do tych sankcji w art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/95 postanowiono w szczególności, iż grzywny są nakładane nie tylko wspólnie i solidarnie na spółkę posiadającą pozwolenie na utworzenie i prowadzenie telewizyjnej stacji nadawczej, jej ustawowych przedstawicieli i członków zarządu, lecz także na wszystkich akcjonariuszy posiadających udział w akcjach przekraczający 2,5%.

16. Ustawa nr 2190/1920 ustanawia ogólne zasady obowiązujące spółki akcyjne. Zgodnie z art. 1 tej ustawy spółką akcyjną jest „spółka kapitałowa posiadająca osobowość prawną,

która odpowiada za swoje długi tylko swoim majątkiem".

III — Stan faktyczny, postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

17. W drodze decyzji z 11 maja 2001 r. pozwany nałożył grzywnę w wysokości 10 000 000 drachm na spółkę akcyjną Nea Tileorasi AE, właścicielkę telewizyjnej stacji nadawczej Star Channel, oraz wspólnie i solidarnie na jej akcjonariuszy i członków zarządu. Grzywna została nałożona na podstawie sprawozdania Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (krajowa rada telewizji, zwana dalej „ESR"), właściwego i niezależnego organu, ponieważ nadane 14 lutego 2000 r. w ramach głównych wiadomości telewizyjnej stacji nadawczej Star Channel informacje stanowiły naruszenie obowiązku poszanowania osoby, godności, reputacji i życia rodzinnego, jak również naruszały zasadę domniemania niewinności w stosunku do dwóch piosenkarzy i jednego projektanta mody.

18. Skarżąca, akcjonariuszka spółki Nea Tileorasi, złożyła w sądzie odsyłającym wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji ministerialnej nakładającej grzywnę oraz decyzji ESR, na której opierała się decyzja ministerialna.

19. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, sąd odsyłający zajął się w ramach swojego postępowania zarówno pytaniem, czy regulacja z art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/95 jest zgodna z konstytucją, jak również pytaniem o jej zgodność z prawem wspólnotowym.

20. Sąd odsyłający badał, z jednej strony, czy regulacja, która przewiduje nakładanie grzywien wspólnie i solidarnie zarówno na spółkę, jak również na określoną kategorię akcjonariuszy, jest zgodna z postanowieniami greckiej konstytucji dotyczącymi swobody gospodarczej. Z drugiej strony sąd odsyłający badał, czy sporna regulacja wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 68/151 i czy jest zgodna z jej art. 1. Członkowie właściwego składu orzekającego reprezentowali przy tym różne zapatrywania prawne.

21. W postanowieniu odsyłającym sąd odsyłający wyraża wątpliwość w związku z wykładnią dyrektywy 68/151. Z tego względu zawiesił postępowanie i przedstawił Trybunałowi następujące pytanie do rozpatrzenia w trybie prejudycjalnym:

„Czy dyrektywa 68/151/EWG, której art. 1 stanowi: »Środki koordynujące określone w niniejszej dyrektywie stosuje się do przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych w państwach członkowskich, odnoszących się do następujących typów spółek: […] w Grecji: ανώνυμη εταιρία [spółek akcyjnych] […]«, nie zezwala na wprowadzenie przepisu krajowego, takiego jak art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/1995 w zakresie, w którym stanowi, że grzywny przewidziane w jego poprzednich ustępach w przypadku naruszeń przepisów ustawowych i zasad etyki zawodowej, obowiązujących przy prowadzeniu

telewizyjnych stacji nadawczych, mogą być nakładane nie tylko na spółki posiadające pozwolenie na utworzenie i prowadzenie stacji telewizyjnej, lecz również wspólnie i solidarnie na wszystkich akcjonariuszy posiadających udział w akcjach przekraczający 2,5% kapitału akcyjnego?".

IV — Postępowanie przed Trybunałem

22. Postanowienie odsyłające z dnia 17 października 2008 r. wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 25 lutego 2009 r.

23. Rząd Republiki Greckiej i Komisja złożyły uwagi na piśmie w terminie przewidzianym przez art. 23 statutu Trybunału.

24. Na rozprawie, która odbyła się w dniu 2 czerwca 2010 r., pełnomocnicy procesowi Republiki Greckiej i Komisji złożyli wyjaśnienia.

V — Zasadnicze argumenty stron

25. *Rząd grecki i Komisja* są zgodne w swoich wyjaśnieniach, że art. 1 dyrektywy 68/151 dopuszcza taką regulację krajową jak regulacja z art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/95.

26. Zarówno rząd grecki, jak i Komisja wyrażają pogląd, iż dyrektywa 68/151 nie ma na celu harmonizacji koncepcji czy też pojęcia spółki akcyjnej, lecz ogranicza się tylko do wyliczenia istniejących już w państwach członkowskich form spółek, do których mają zastosowanie przepisy dyrektywy.

27. W związku z tym państwa członkowskie są uprawnione do stworzenia nowych form spółek albo do nałożenia dalszych zobowiązań na spółki wymienione w art. 1 dyrektywy 68/151. W tym kontekście *Komisja* wskazuje na dyrektywę 89/667, która w swojej preambule uznaje konieczność zachowania takich przepisów krajowych, które w przypadkach wyjątkowych nakładają na przedsiębiorcę indywidualnego odpowiedzialność za zobowiązania przedsiębiorstwa, i to w przeciwieństwie od również tam wspomnianego prawnego instrumentu ograniczenia odpowiedzialności spółki, który zgodnie z dyrektywą powinien być dostępny przedsiębiorcom indywidualnym w całej Wspólnocie. Zarówno *rząd grecki,* jak również *Komisja* dochodzą do wniosku, że prawo wspólnotowe nie gwarantuje wspólnikom zwolnienia z odpowiedzialności za zobowiązania spółki akcyjnej.

28. Rząd grecki podnosi posiłkowo, iż art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/95 nie stwarza ogólnej zasady solidarnej odpowiedzialności wspólników, których udział w akcjach wynosi ponad 2,5%. Przeciwnie, przepis ten przewiduje w przypadku naruszenia przepisów ustawowych i zasad etyki zawodowej, obowiązujących przy prowadzeniu telewizyjnej stacji nadawczej, nałożenie grzywien zarówno na spółkę dopuszczoną do prowadzenia telewizyjnej stacji nadawczej, jak również na wspólników, ponieważ ci ostatni odgrywają szczególną rolę przy utworzeniu i sposobie działalności spółki.

VI — Ocena prawna

A — *Uwagi wstępne*

1. Zbliżenie prawa jako instrument europejskiego prawa spółek

29. Prawo spółek Unii Europejskiej zajmuje się przede wszystkim warunkami ramowymi dla przedsiębiorstw pochodzenia krajowego lub europejskiego na rynku wewnętrznym [7]. Konkretne ukształtowanie tych warunków ramowych jest wyrazem dążenia, z jednej strony, do harmonizacji krajowych regulacji prawa spółek w państwach członkowskich, a z drugiej strony, do stworzenia ponadnarodowego prawa spółek, mającego pierwotnie oparcie w prawie unijnym.

30. Dążenie do zbliżenia istniejących w poszczególnych państwach członkowskich przepisów prawa spółek ma różne przyczyny. Centralne ogniwo stanowi normowana w art. 43 WE i zgodnie z art. 48 WE obowiązująca także dla spółek zasada swobody przedsiębiorczości. Zgodnie z tą zasadą należy znieść ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego w innym państwie członkowskim [8]. Spółki jednakże mogą i będą faktycznie korzystać ze swojego prawa do swobody przedsiębiorczości tylko przy istnieniu zharmonizowanych prawnych warunków ramowych. Dalszy bodziec dla harmonizacji prawa tworzy świadomość, że decyzje o lokalizacji powinny zostać podjęte zgodnie z racjonalnymi, ekonomicznymi względami w interesie całej gospodarki unijnej, a nie ze względu na to, gdzie są najkorzystniejsze dla przedsiębiorstw warunki ramowe z zakresu

7 — Zobacz P. Behrens, Gesellschaftsrecht, w: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (red. M.A. Dauses), E III, pkt 3, s. 3).

8 — Zobacz M. Rondinelli, Il processo di armonizzazione del diritto societario europeo, *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino 2000, s. 38, który wskazuje na ścisły związek między harmonizacją prawa spółek Unii Europejskiej a swobodą przedsiębiorczości. Również tak samo A. Grünwald, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Wien 1999, s. 12; G. Mustaki, V. Engammare, *Droit europe?en des socie?te?s*, Bâle 2009, s. 105.

prawa spółek [9]. Następnie zbliżenie porządków prawnych państw członkowskich powinno zapewnić przedsiębiorstwom możliwie jednakowe warunki konkurencji w ramach Unii. Istnienie porównywalnych prawnych warunków ramowych powoduje w końcu, że transgraniczne inwestycje przedsiębiorstw i wspólników są prowadzone dla dobra gospodarczego i społecznego rozwoju Unii.

Dyrektywa dąży zatem, zgodnie z jej motywami czwartym i szóstym, do koordynacji przepisów państw członkowskich dotyczących jawności istotnych danych dotyczących spółki, skuteczności przyjętych zobowiązań i nieważności spółki. Odpowiednie przepisy dla ochrony obrotu prawnego były wprawdzie znane porządkom prawnym wszystkich państw założycielskich, nie były jednakże równoważne. W sytuacji wzrastającego rozwoju transgranicznych aktywności spółek wydało się w związku z tym państwom członkowskim sprawą pilną, aby zharmonizować ze sobą przepisy krajowe, żeby w ten sposób na całym obszarze wspólnotowym zapewnić ochronę obrotu prawnego w ogólności, a wierzycieli w szczególności.

2. Przedmiot regulacji dyrektywy 68/151

31. Przyjęta w dniu 9 marca 1968 r., a więc dziesięć lat po wejściu w życie traktatów rzymskich, dyrektywa 68/151 jest nie tylko pierwszą dyrektywą z zakresu prawa spółek; jest ona w ogóle pierwszym środkiem harmonizującym w dziedzinie prawa cywilnego [10]. Oparta na podstawie prawnej art. 54 ust. 3 lit. g) traktatu EWG [art. 44 ust. 2 lit. g) WE] [11] ma na celu ochronę osób trzecich, w szczególności kontrahentów spółki. Kontrahenci ci powinni móc nie tylko pozyskać konieczne informacje o spółce, lecz także móc ufać w skuteczność złożonych w imieniu spółki oświadczeń woli, jak również w to, że zarejestrowana spółka nadal istnieje [12].

32. Przyjęcie dyrektywy poprzedzały wieloletnie negocjacje wewnątrz, składającej się wówczas jeszcze z sześciu państw założycielskich, Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej. Wraz z przystępowaniem pozostałych państw członkowskich, pomiędzy nimi Grecji w roku 1981, przejmowały one dyrektywę 68/151 jako część acquis communautaire. Przepisy dyrektywy, w szczególności art. 1 dotyczący omawianych tu spółek, zostały przez kolejne akty przystąpienia dostosowane do rozszerzenia kręgu państw członkowskich. Przepis dyrektywy, o którego wykładnię zwraca się do Trybunału sąd odsyłający, ustala podmiotowy

9 — Zdaniem M. Rondinellego, op.cit. (ww. w przypisie 8), s. 38, poprzez zbliżenie prawa należy zapobiec temu, że decyzje o lokalizacji i ruchu kapitału będą podejmowane nie ze względów ekonomicznych, lecz ze względu na najkorzystniejsze warunki ramowe z zakresu prawa spółek.

10 — Zobacz M. Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3.. Aufl., München 2006, § 5, pkt 1, s. 82.

11 — Odpowiada art. 50 ust. 2 TFUE.

12 — Zobacz K. Hemepel, *Kommentar zu EU und EG-Vertrag*, (red. Heinz Meyer), art. 44, pkt 19, s. 19; M. Rondinelli, op.cit. (ww. w przypisie 8), s. 42.

zakres stosowania dyrektywy przez wyliczenie form spółek, wobec których obowiązuje ona w każdym poszczególnym państwie członkowskim. Chodzi przy tym bez wyjątku o spółki kapitałowe [13], mianowicie spółkę akcyjną, spółkę komandytowo–akcyjną i spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, które, niezależnie od pojedynczych różnic w ukształtowaniu danej formy spółki w prawie spółek państw członkowskich, odznaczają się określonymi wspólnymi cechami.

B — *W przedmiocie pytania prejudycjalnego*

33. Jedną z tych wspólnych cech jest istotne w niniejszej sprawie zasadnicze ograniczenie odpowiedzialności spółki kapitałowej za długi spółki do majątku spółki. Możność bycia dłużnikiem i towarzysząca temu odpowiedzialność spółki kapitałowej za długi wobec wierzycieli oparte są na tym, iż spółkom jest przyznana stosownie do prawa krajowego zdolność prawna. Ta samodzielna zdolność prawna powoduje, że zobowiązania powstałe w imieniu spółki nie są równocześnie długami wspólników. Środkiem łagodzącym to ograniczenie odpowiedzialności do majątku osoby prawnej jest przykładowo to, że spółka akcyjna i spółka z ograniczoną odpowiedzialnością muszą posiadać zabezpieczenie kapitałowe, którego wniesienie i zachowanie jest rygorystycznie przestrzegane w porządku prawnym ze względu na ochronę wierzycieli. Mimo zasadniczego rozdziału między majątkiem spółki a majątkiem wspólników w przypadku spółek kapitałowych, orzecznictwo i ustawodawstwo w państwach członkowskich dopuszczają wyjątkowo w szczególnych okolicznościach osobistą odpowiedzialność wspólników za długi spółki [14].

34. Na ile mogłam się zorientować, zasada ta, pomijając pojedyncze różnice, jest uznana

13 — System europejskiego prawa spółek jako dziedziny prawa, w którym znajduje się przynajmniej także część prawa wspólnotowego, obejmuje w najszerszym zakresie tylko spółki kapitałowe (por. P. Behrens, op.cit. ww. w przypisie 7, pkt 15, s. 8). Swoboda przedsiębiorczości (art. 43 WE i art. 48 WE), jak również art. 44 ust. 2 lit. g) obowiązują co prawda jako zasadnicze normy kompetencyjne w prawie spółek Unii Europejskiej w odniesieniu do wszystkich spółek nastawionych na osiągnięcie zysku, również spółek prawa publicznego. Niezależnie do swobód podstawowych treść regulacji europejskiego prawa spółek dla osobowych spółek handlowych zostaje jednak wyczerpana w innym akcie prawnym: statucie Europejskiego Ugrupowania Interesów Gospodarczych (por. S. Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, § 1, pkt 12, s. 6). Przyczyny, ze względu na którą legislacyjny priorytet stanowi spółka akcyjna, należy szukać w tym, iż ten typ spółki ze względu na swoją strukturę stanowi optymalną formę spółki dla przedsiębiorstw działających na obszarze całej Wspólnoty (por. A. Grünwald, op.cit. ww. w przypisie 8, s. 13).

14 — Zobacz, odnośnie do zasady rozdziału majątku spółki i wspólników, A. Kraft, P. Kreutz, *Gesellschaftsrecht*, 10. Aufl., Berlin 1997, s. 50 i nast., oraz, odnośnie do odpowiedzialności spółki i wspólników w spółkach kapitałowych, M. Kocbek, *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem*, 2 wydanie, GV Založba 2002, tom I, s. 127.

we wszystkich państwach członkowskich [15]. Ponadto zasada ta została ujęta w dyrektywie nr 2157/2001 [16], na podstawie której została stworzona ponadnarodowa forma europejskiej spółki akcyjnej (Societas Europea, SE) [17]. Czy i jak dalece prawo wspólnotowe zezwala wyjątkowo, ze względu na okoliczności sprawy przed sądem krajowym, na włączenie osobistej odpowiedzialności wspólników ich majątkiem za zobowiązania spółki, należy ustalić poprzez wykładnię odnośnych przepisów dyrektywy na podstawie ich brzmienia, systematyki, jak również ich celu. Należy przy tym również uwzględnić aktualny stopień harmonizacji w dziedzinie prawa spółek Unii.

35. Aby udzielić odpowiedzi na przedstawione pytanie, należy jednakże najpierw zbadać,

15 — Krajowe porządki prawne ustanawiają w swoim zakresie ograniczenie odpowiedzialności spółek kapitałowych, lecz ich sformułowania różnią się. Częściowo mówi się, że za zobowiązania spółki wobec wierzycieli odpowiada tylko majątek spółki; inne porządki prawne postanawiają, iż wspólnicy odpowiadają tylko określonym udziałem albo że nie odpowiadają osobiście. Pod tymi sformułowaniami rozumie się zawsze, że wspólnicy spółki nie odpowiadają wobec jej wierzycieli, a więc w stosunku zewnętrznym. (por. G.C. Schwarz, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 1. Aufl., Baden–Baden 2000, pkt 289, s. 187). Niemcy: § 1 ust. 1 Aktiengesetz (ustawy o akcjach, AktG) i § 13 ust. 2 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, GmbH) stanowią, że za swoje zobowiązania spółka odpowiada wobec jej wierzycieli tylko majątkiem spółki. Francja: art. L. 223–1 ust. 1 code de commerce (kodeksu handlowego) stanowi, iż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (société à responsabilité limitée) założona przez jedną lub kilka osób odpowiada za straty jedynie do wysokości ich udziałów. Artykuł L. 225–1 kodeksu handlowego zawiera identyczną regulację, że wspólnicy spółki akcyjnej (société anonyme) odpowiadają za straty jedynie do wysokości ich udziałów. Austria: § 48 Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (ustawy federalnej o spółkach akcyjnych, AktG) oraz § 61 ust. 2 Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, GmbHG) stanowią, że za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli odpowiadają one tylko majątkiem spółki. Słowenia: art. 7 ust. 2 Zakon o gospodarskih družbah (ustawy o spółkach, ZGD–1) stanowi, iż ustawa określa, kiedy i jak obok spółki odpowiadają wspólnicy. Zgodnie z art. 168 ust. 2 ZGD–1 spółka akcyjna odpowiada wobec wierzycieli całym swoim majątkiem. Akcjonariusze, zgodnie z art. 168 ust. 3 ZGD–1, nie odpowiadają wobec wierzycieli za zobowiązania spółki. Także odpowiednio do art. 472 za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie ponoszą odpowiedzialności jej wspólnicy (por. odnośnie do tego M. Kocbek, op.cit. (ww. w przypisie 14), tom I, s. 122, 530, oraz tom II, s. 336). Zjednoczone Królestwo: spółki kapitałowe jak public company limited oraz private company limited by shares są uregulowane w Companies Act 2006 (ustawie o spółkach kapitałowych). Pierwsza jest porównywalna z niemiecką spółką akcyjną, ostatnia z niemiecką spółką o ograniczonej odpowiedzialności (por. C. Just, *Die englische Limited in der Praxis*, München 2005, s. 4). Artykuł 1 ust. 1 ustawy o spółkach kapitałowych stanowi, że spółka jest limite company, jeżeli odpowiedzialność jej wspólników jest ograniczona w jej statucie, a odpowiedzialność może być ograniczona do wysokości udziałów („shares") lub sumy gwarancyjnej („guarantee"). Hiszpania: art. 1 ustawy nr 2/1995 z dnia 23 marca 1995 r. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością) powiada, iż kapitał spółki składa się z udziałów stanowiących udziały wspólników, oraz że wspólnicy nie odpowiadają za zobowiązania spółki. To samo mówi art. 1 ustawy nr 1564/1989 Ley de Sociedades Ano?nimas (o spółkach akcyjnych).

16 — Rozporządzenie Rady z dnia 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE) (Dz.U. L 294, s. 1).

17 — Europejska spółka akcyjna, zgodnie z art. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 2157/2001, posiada własną osobowość prawną. Jako osoba prawna spółka ta (a nie jej wspólnicy jako całość) jest w związku z tym podmiotem praw i obowiązków wobec osób trzecich. Odpowiedzialność pojedynczego akcjonariusza, a więc wspólnika, jest zgodnie z art. 1 ust. 2 zdanie drugie rozporządzenia ograniczona do kwoty nominalnej subskrybowanych przez niego akcji. Z normy nie wynika, czy odpowiedzialność za wniesienie udziału ogranicza się do stosunku wewnętrznego czy też wierzyciele europejskiej spółki akcyjnej mogą wystąpić także bezpośrednio przeciwko akcjonariuszowi. Fakt, iż spółka jest osobą prawną, nie wyklucza z góry odpowiedzialności w stosunku zewnętrznym. Ponieważ jednak osoba prawna sama jest zarówno zobowiązana, jak i uprawniona, z zasady wymagany jest specjalny przepis, aby ustanowić odpowiedzialność jej członków w stosunku zewnętrznym. Wierzyciele bowiem znajdują się w stosunku prawnym tylko ze spółką, a nie jej wspólnikami. Jak słusznie wyjaśnia A. Schröder, *Europäische Aktiengesellschaft SE*, (red. G. Manz, B. Mayer, A. Schröder), Baden–Baden 2005, art. 1 SE-VO, pkt 25–29, s. 49 i nast., dla przyjęcia generalnej odpowiedzialności akcjonariuszy spółki w stosunku zewnętrznym wobec wierzycieli spółki brakuje podstawy zobowiązania. Zdaniem autora art. 1 ust. 2 zdanie drugie rozporządzenia nie ustanawia takiej podstawy zobowiązania, lecz ogranicza zobowiązanie akcjonariusza do wniesienia udziału w określonej kwocie, bez ustalenia, czy zobowiązanie jest wiążące tylko w stosunku wewnętrznym czy też również zewnętrznym. Jedynie w wyjątkowych przypadkach można złamać zasadę rozdziału między spółką a wspólnikami i zażądać zaspokojenia od wspólników, gdy nie można w inny sposób uwzględnić interesów wierzycieli.

czy sporna regulacja krajowa wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 68/151, a następnie, czy jest ona zgodna z założeniami dyrektywy.

1. Prawo wtórne jako kryterium badania

a) Możność zastosowania dyrektywy 68/151

i) Istnienie spółki akcyjnej w rozumieniu art. 1 dyrektywy 68/151

36. Artykuł 1 dyrektywy 68/151 definiuje klasyczny krąg spółek kapitałowych, do którego należy także forma spółki akcyjnej, którą posiada, zgodnie z odpowiednimi przepisami greckimi, skarżąca. W związku z tym formalnym nawiązaniem do określonej formy spółki objęta jest ona w każdym razie podmiotowym zakresem stosowania dyrektywy.

37. Następnie należy zbadać, czy jest spełniona przesłanka rzeczowego zakresu stosowania dyrektywy 68/151. W tym przypadku musiałaby być uznana w pewnym zakresie zasada ograniczenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki akcyjnej.

ii) Uznanie ograniczenia odpowiedzialności

38. Prawo akcyjne stało się przedmiotem różnorodnych regulacji prawa unijnego, które razem pozwalają dostrzec zasadniczo kompletną koncepcję ogólną [18]. Zgodnie z tą koncepcją spółka akcyjna jest prawnie samodzielna i wyposażona w kapitał minimalny, podzielony na akcje. Akcjonariusze są zwolnieni z odpowiedzialności za długi spółki, ale z tego względu wniesienie i utrzymanie kapitału spółki jest zabezpieczone odpowiednimi regulacjami. Struktura organizacyjna spółki charakteryzuje się rozdziałem płaszczyzny zarządzania spółką i walnego zgromadzenia, jak również, na płaszczyźnie zarządzania, rozdziałem zarządu spółki od nadzoru. Ma to miejsce niezależnie od tego, czy na płaszczyźnie zarządzania przewidziane są dwa oddzielne organy (system dualistyczny), czy też jeden organ (system monistyczny); prawo spółek Unii Europejskiej pozostawia do wyboru oba modele. Akcje są zasadniczo przenoszalne i mogą znajdować się w obrocie giełdowym; akcjonariusze mają te same prawa (w szczególności prawo głosu i roszczenie o dywidendę) oraz obowiązki (obowiązek wniesienia udziału). Wyczerpująco jest uregulowana sprawozdawczość finansowa; dokumentacja finansowa podlega kontroli sprawozdawczości oraz jawności. Szczególne problemy spółek powiązanych powinny być

18 — Pogląd ten jest reprezentowany również przez P. Behrensa, op.cit. (ww. w przypisie 7), pkt 15, s. 8, który zwraca uwagę na liczne cechy charakteryzujące prawo spółki akcyjnej Unii Europejskiej.

ujęte w regulacjach z zakresu prawa dotyczącego koncernów. Ta koncepcja ogólna prawa akcyjnego jest jednak w istotnych punktach sporna między państwami członkowskimi – np. w odniesieniu do struktury organów zarządzających – wobec czego odpowiednie środki harmonizujące nie zostały jeszcze wdrożone.

39. Jeżeli chodzi o istotny tutaj aspekt ograniczenia odpowiedzialności, należy stwierdzić, że dyrektywa 68/151 w sposób widoczny uznaje ją jako zasadę prawa spółek kapitałowych [19]. I tak w motywie trzecim tej dyrektywy znajduje się stwierdzenie ustawodawcy, że jeżeli chodzi o spółki wymienione w art. 1, to „jedyną gwarancją wobec osób trzecich są aktywa spółki". Następnie art. 7 tej dyrektywy zawiera regulację przewidującą solidarną odpowiedzialność osób za zobowiązania spółki, które powstały wskutek działań w imieniu spółki zanim jeszcze spółka uzyskała zdolność prawną. Także to wskazuje na uznanie wyżej określonej zasady rozdziału między majątkiem spółki a majątkiem wspólników. Podobne sformułowanie jak w motywie trzecim tej dyrektywy, z odesłaniem do zawartych tam regulacji, znajduje się zresztą w dyrektywie 78/660/EWG [20], zgodnie z którą „jednoczesna koordynacja jest niezbędna w tych dziedzinach w przypadku tych rodzajów spółek, ponieważ […] nie zapewniają one stronom trzecim żadnego zabezpieczenia powyżej wartości ich aktywów netto". Ponadto wymieniona przez sąd odsyłający i strony dyrektywa 89/667 zakłada w sposób wyraźny istnienie odpowiedniej zasady, przy czym ograniczenie odpowiedzialności jest określone jako konieczny „instrument prawny" tzw. spółki jednoosobowej [21].

40. W związku z tym dochodzę do wniosku, że ustawodawca wspólnotowy, przyjmując odnośne dyrektywy, nie przewidział wyraźnie ograniczenia odpowiedzialności, jednakże wyszedł w sposób widoczny z założenia istnienia takiej zasady w krajowych regulacjach prawa spółek i w niepisanym prawie wspólnotowym [22]. To oczywiście nie mówi nic o jej dokładnej normatywnej treści. Tę kwestię

19 — Zobacz w tym kontekście G.C. Schwarz, op.cit. (ww. w przypisie 15), pkt 289, s 187, gdzie zgodnie z jego wypowiedziami ograniczenie odpowiedzialności do majątku spółki według zapatrywania piśmiennictwa należy widzieć jako cechę znamienną spółek objętych dyrektywą 68/151.

20 — Czwarta dyrektywa Rady z dnia 25 lipca 1978 r., wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g) traktatu, w sprawie rocznych sprawozdań finansowych niektórych rodzajów spółek (Dz.U. L 222, s. 11).

21 — Spółką jednoosobową jest spółka kapitałowa, której wszystkie udziały znajdują się w ręku jednej osoby fizycznej lub prawnej. Chodzi więc tutaj w praktyce o kupca indywidualnego (przedsiębiorstwo indywidualne), który bierze udział w obrocie prawnym w oparciu o swoją spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, a którego odpowiedzialność jest ograniczona do wysokości jego wkładów.

22 — Tak również S. Grundmann, op.cit. (ww. w przypisie 13), § 9, pkt 286, s. 127.

poruszę w ramach badania zgodności spornej regulacji krajowej z dyrektywą 68/151.

iii) Odpowiedzialność za zobowiązania spółki akcyjnej

41. Dyrektywa 68/151 uznaje wprawdzie ograniczenie odpowiedzialności do majątku spółki, jednakże wyraźnie tylko w przypadku „zobowiązań" zaciągniętych przez spółkę, jak wynika to z motywu drugiego. W związku z tym powstaje pytanie, czy nałożone przez państwo grzywny wchodzą również w zakres tego pojęcia.

42. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału [23] zarówno względy jednolitego stosowania prawa wspólnotowego, jak i zasada równości wymagają zasadniczo dokonania w całej Wspólnocie autonomicznej i jednolitej wykładni pojęć przepisu prawa wspólnotowego, który nie odsyła wyraźnie do prawa państw członkowskich, w celu ustalenia jego znaczenia i zakresu. Wykładnia ta powinna przy tym zostać dokonana z uwzględnieniem kontekstu regulacji i celu, do którego osiągnięcia regulacja zmierza. Jeżeli jednak ustawodawca wspólnotowy odsyła we wspólnotowym akcie prawnym w sposób dorozumiany do zwyczajów poszczególnych państw, to nie jest zadaniem Trybunału nadanie używanemu pojęciu jednolitej definicji wspólnotowej [24].

43. Tymczasem dyrektywa nie zawiera ani definicji legalnej tego nieokreślonego pojęcia prawnego, ani nie można z niej wywnioskować ewentualnych wskazówek co do wykładni. Należy w tym kontekście zauważyć, iż prawo spółek Unii Europejskiej nie ma na celu wyczerpującego ujednolicenia przepisów państw członkowskich odnoszących się do spółek, lecz ograniczało się do tej pory, aby w drodze zbliżenia prawa poprzez technikę regulacji dyrektyw uregulować pojedyncze aspekty prawa spółek [25]. Wyjaśnia to także użycie takich określeń jak „koordynując" i „w celu zapewnienia ich równoważności" w art. 44 ust. 2 lit. g) WE. Implikują one niewielki stopień harmonizacji. Odróżnia to dyrektywy oparte na art. 44 ust. 2 lit g) WE od

23 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 18 stycznia 1984 r. w sprawie 327/82 Ekro, Rec. s. 107, pkt 11; z dnia 19 września 2000 r. w sprawie C-287/98 Linster, Rec. s. I-6917, pkt 43; z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie C-357/98 Yiadom, Rec. s. I-9265, pkt 26; z dnia 6 utego 2003 r. w sprawie C-245/00 SENA, Rec. s. 1251, pkt 23; z dnia 12 października 2004 r. w sprawie C-55/02 Komisja przeciwko Portugalii, Zb.Orz. s. I-9387, pkt 45; z dnia 27 stycznia 2005 r. w sprawie C-188/03 Junk, Zb.Orz. s. I-885, pkt 27–30; z dnia 7 grudnia 2006 r. w sprawie C-306/05 SGAE, Zb.Orz. s. I-11519, pkt 31.

24 — Porównaj ww. w przypisie 23 wyrok w sprawie Ekro, pkt 14.

25 — Zdaniem P. Jung P, W. Müller–Huschke, *EU-Kommentar* (red. J. Schwarze), 2. Aufl., Baden–Baden 2009, art. 44 WE, pkt 14, z brzmienia art. 44 ust. 2 lit. g) WE („koordynując", „w celu zapewnienia ich równoważności") i jego systemowego związku z ograniczoną do przyjmowania dyrektyw normą kompetencyjną zawartą w art. 44 ust. 1 WE wynika, iż nie dąży się do ujednolicenia prawa, lecz do zbliżenia prawa. Podobnie także K. Hempel, op.cit. (ww. w przypisie 12), art. 44, pkt 13, s. 17. S. Prats Jane?, *Evolución del Derecho societario europeo*, Badajoz 2007, s. 13, podkreśla fundamentalną różnicę między zbliżeniem prawa a ujednoliceniem prawa. G. Mustaki, V. Engammare, op.cit. (ww. w przypisie 8), s. 105, wskazują, iż traktat WE ustala jedynie zadanie koordynacji, a nie ujednolicenia. Pozwala to państwom członkowskim zachować w prawie spółek odrębności krajowe.

tych aktów prawnych z dziedziny prawa spółek Unii Europejskiej, które zostały wydane na podstawie art. 95 WE. Pojęcia „zbliżania przepisów prawnych", użytego w art. 95 WE, nie należy bowiem rozumieć technicznie, ponieważ obejmuje ono zarówno zbliżenie w znaczeniu węższym, jak również ujednolicenie prawa [26]. Niezależnie od tego art. 95 WE umożliwia nie tylko przyjmowanie dyrektyw, lecz rozporządzeń i decyzji jako innych aktów wiążących w rozumieniu art. 249 WE.

44. Następnie należy zwrócić uwagę, że zbliżenie prawa, jak wyraźnie wynika z podstawy prawnej art. 44 ust. 2 lit. g) WE, jest dokonywane tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne. To sformułowanie wskazuje, że zasada subsydiarności była tutaj ustanowiona już przed jej unormowaniem w art. 5 ust. 2 WE [27]. Podjęcie działań przez Unię zakłada więc, że cele rozważanych działań nie mogą być osiągnięte w sposób wystarczający na poziomie państw członkowskich i w konsekwencji, ze względu na ich rozmiar albo skutek, możliwe jest lepsze zrealizowanie ich na poziomie Unii. Ze względu na brzmienie i pozycję art. 44 ust. 2 lit. g) WE w systematyce prawa swobody przedsiębiorczości niezbędne są tylko takie środki zbliżające, które skutecznie usuną lub przynajmniej zmniejszą przeszkody – uwarunkowane różnicami między przepisami prawa spółek państw członkowskich – dla realizacji swobody przedsiębiorczości przez spółki. Jednakże nic nie wskazuje w dyrektywie na to, iż ustawodawca dyrektywy uważał za niezbędną regulację w tej dziedzinie obejmującą obszar całej Unii.

45. Brak ustalenia treści pojęcia zobowiązań spółki daje się w związku z tym interpretować w ten sposób, że ustawodawca dyrektywy, jak się wydaje, nie zamierzał dokonywać harmonizacji tego pojęcia, lecz chciał zostawić prawu krajowemu przestrzeń dla jego bliższego ustawowego określenia. Ponieważ ustawodawca dyrektywy nie skorzystał w tym zakresie ze swojej kompetencji regulacji, lecz zamiast tego odesłał milcząco do prawa państw członkowskich, Trybunał nie może nadawać temu pojęciu jednolitej definicji w zakresie prawa wspólnotowego.

46. Odpowiednio do tego sąd krajowy jest zobowiązany, na podstawie prawa krajowego, postanowić, czy nałożone przez państwo grzywny mogą być traktowane jako zobowiązania spółki akcyjnej. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, na pytanie w tej kwestii większość członków sądu odsyłającego odpowiedziała przecząco. Mniejszość członków sądu odsyłającego odpowiedziała jednak twierdząco i powołała się na chronioną przez grecką konstytucję swobodę gospodarczą, jak również na zasady uznane w prawie spółek tego państwa członkowskiego.

26 — Tak również G.C. Schwarz (ww. w przypisie 15), pkt 201, s. 129.

27 — W piśmiennictwie jest reprezentowany pogląd, iż wykonywanie kompetencji koordynacji podlega zastrzeżeniu działania proporcjonalnego w rozumieniu art. 5 ust. 3 WE. Częściowo występuje pogląd, że wymóg niezbędności z art. 44 ust. 2 lit. g) WE ma swoją konkretyzację w zasadzie subsydiarności (por. P. Behrens, op.cit ww. w przypisie 7, pkt 6a, s. 4). Natomiast G.C. Schwarz, op.cit. (ww. w przypisie 15), pkt 198, s. 128, widzi w tym wczesne ukształtowanie zasady subsydiarności.

47. Jeżeli sąd odsyłający doszedłby do wniosku, że grzywny stosownie do prawa krajowego nie mogą być traktowane jako zobowiązania spółki akcyjnej, to musiałby w niniejszej sprawie przyjąć, iż krajowa regulacja, stanowiąca przedmiot sporu, nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 68/151. Na pytanie o zgodność należałoby w konsekwencji odpowiedzieć, iż w takim przypadku dyrektywa 68/ 151 dopuszcza taką regulację jak z art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/95.

48. Z uwagi na okoliczność, że w ramach greckiego porządku prawnego najwyraźniej nie uzyskano jeszcze jednolitego stanowiska w tej kwestii prawnej, i wobec konieczności udzielenia sądowi przedstawiającemu pytanie użytecznej odpowiedzi na jego pytanie prejudycjalne [28], należy posiłkowo zbadać stan prawny także dla przypadku, gdyby grzywny miały zostać uznane za zobowiązania spółki akcyjnej, które powodują odpowiedzialność spółki akcyjnej i w danym razie, przy włączeniu osobistej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki, również akcjonariuszy.

28 — W wyroku z dnia 12 lipca 1979 w sprawie 244/78 Union laitie?re normande, Rec., s. 2663, pkt 5, Trybunał stwierdził, że „wprawdzie" [art. 234 WE] nie zezwala mu oceniać powodów złożenia wniosku o orzeczenie w trybie prejudycjalnym, lecz konieczność dokonania przydatnej wykładni prawa wspólnotowego może wymagać określenia ram prawnych, do których miałaby się odnosić wnioskowana wykładnia. Jak uważają K. Lenaerts, A. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2nd edition, s. 188, pkt 6–021, nic nie stoi na przeszkodzie, aby Trybunał odtworzył fakty z postępowania wyjściowego i niektóre aspekty prawa krajowego zgodnie ze swoim rozumieniem, traktując je jako punkt wyjściowy dla przydatnej wykładni stosowanych przepisów i zasad prawa wspólnotowego.

iv) Zakres odpowiedzialności spółki akcyjnej

49. Ponieważ dyrektywa 68/151 nie przewiduje ograniczenia jej przedmiotowego zakresu stosowania odpowiednio do określonych kategorii zobowiązań spółki, lecz obejmuje w całości formę spółki akcyjnej, w zakres stosowania dyrektywy 68/151 wchodzi także taka regulacja jak art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/95.

b) Zgodność z dyrektywą 68/151

50. Sąd odsyłający chciałby wiedzieć, czy art. 1 dyrektywy 68/151 nie dopuszcza takiej regulacji krajowej jak art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/95. Stąd powstaje pytanie o zgodność takiej regulacji z prawem wspólnotowym. Należy w tym miejscu przypomnieć, że nie jest zadaniem Trybunału w ramach postępowania w przedmiocie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dokonywanie oceny zgodności prawa krajowego z prawem wspólnotowym lub dokonywania wykładni prawa krajowego. Trybunał jest natomiast właściwy do udzielenia sądowi przedstawiającemu pytanie wszelkich wskazówek w zakresie wykładni prawa wspólnotowego,

umożliwiających temu sądowi dokonanie oceny zgodności i wydanie orzeczenia w zawisłej przed nim sprawie [29].

51. Trybunał powinien więc w niniejszej sprawie ograniczyć swoje badanie i dokonać wykładni prawa wspólnotowego w sposób przydatny dla sądu przedstawiającemu pytanie. Tenże sąd jest zobowiązany do dokonania oceny zgodności przedmiotowych krajowych norm prawnych z prawem wspólnotowym w związku z orzeczeniem w zawisłej przed nim sprawie [30].

52. Artykuł 1 dyrektywy 68/151 nie dopuszczałby takiej regulacji krajowej jak art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/95 tylko wtedy, gdyby była w nim zawarta pełna regulacja ograniczenia odpowiedzialności, która w okolicznościach sporu wyjściowego wykluczałaby włączenie osobistej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki.

53. Jak już wskazano, można wprawdzie stwierdzić uznanie w dyrektywie 68/151 zasady rozdziału między majątkiem spółki a majątkiem wspólników [31], nie pozwala to jednak wyciągać wniosku bez jakichkolwiek wątpliwości o wyczerpującej regulacji tego zakresu.

Jak słusznie oświadczyła Komisja, dyrektywa 68/151 nie jest skierowana na harmonizację formy spółki akcyjnej jako takiej – tak jak jest ona znana w porządkach prawnych państw członkowskich. Jak już przedstawiono [32], jej podstawa prawna z art. 44 ust. 2 lit. g) WE służy co prawda zbliżeniu prawa, jednakże nie ujednoliceniu prawa. Postanowienie to nie może także być traktowane jako podstawa dla stworzenia ponadnarodowych form spółek. Dyrektywy wydane na podstawie tego postanowienia traktatu nie mają na celu rozległej regulacji prawa spółek. Nie tworzą one jednolitego prawa, lecz wyłącznie harmonizują częściowe zakresy i poprzez technikę regulacyjną dyrektyw pozostawiają państwom członkowskim uprawnienia dyskrecjonalne. Celem dyrektyw jest wprowadzenie w Unii materialnie równoważnych regulacji przepisów ochronnych w odniesieniu do wspólników i wierzycieli [33].

54. Stąd też, zgodnie ze słusznym zapatrywaniem, art. 1 dyrektywy 68/151 ogranicza się do wiążącego ustalenia dla każdego państwa członkowskiego tych form spółek, w stosunku do których powinny znaleźć zastosowanie obowiązki związane z jawnością, określone w dyrektywie 68/151. Postanowienie to nie definiuje ani określonych form spółek, ani nie nawiązuje do specyficznych cech. Zamiast tego nawiązuje do już znanych w porządkach prawnych państw członkowskich form spółek

29 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 15 grudnia 1993 r. w sprawie C-292/92 Hünemund i in., Rec. s. I-6787, pkt 8; z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie C-237/04 Enirisorse, Zb.Orz. s. I-2843, pkt 24; z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie C-380/05 Centro Europa 7, Zb.Orz. s. I-349, pkt 49, 50; z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 Michaniki, Zb.Orz. s. I-9999, pkt 51.

30 — Zobacz w szczególności ww. w przypisie 29 wyrok w sprawie Michaniki, pkt 52.

31 — Zobacz pkt 39 niniejszej opinii.

32 — Zobacz pkt 43 niniejszej opinii.

33 — Podobnie K. Hempel, op.cit. (ww. w przypisie 12), art. 44, pkt 13, s. 17.

za pomocą zwykłego wyliczenia [34]. Stąd też nie może być zakazane państwom członkowskim nałożenie na wymienione tam rodzaje spółek dodatkowych obowiązków, przy założeniu, iż nie są one sprzeczne z dyrektywą lub pozostałymi postanowieniami prawa wspólnotowego.

55. I tak na przykład nie można wskazać żadnego postanowienia dyrektywy, które nakazuje państwom członkowskim ustanowienia w ich krajowym prawie spółek, iż odpowiedzialność spółki akcyjnej powinna ograniczać się do majątku spółki, pomimo iż liczne krajowe porządki prawne takie postanowienia zawierają [35]. Wydaje się raczej, iż jest odwrotnie, zwłaszcza że dyrektywa 89/667 w motywie piątym wprowadza co prawda zasadę ograniczenia odpowiedzialności jako konieczny „instrument prawny" spółki jednoosobowej, jednocześnie jednak nie narusza prawa państw członkowskich do nałożenia na przedsiębiorcę indywidualnego „w wyjątkowych okolicznościach […] odpowiedzialności za zobowiązania przedsiębiorstwa". Pozwala to na wniosek, iż rozszerzenie odpowiedzialności jest zgodnie z prawem wspólnotowym dopuszczalne. Ustawodawca wspólnotowy nie ustanawia jednakże sam takiego rozszerzenia odpowiedzialności. Jak widać na przykładzie dyrektywy 89/667, ustawodawca wspólnotowy dopuszcza je [36] częściowo w sposób wyraźny dla jasno zarysowanych grup przypadków (np. art. 2 ust. 2 dyrektywy 89/667), częściowo mniej wyraźnie w formie klauzuli generalnej (piąty motyw: „w wyjątkowych okolicznościach"). Podczas gdy regulację art. 2 ust. 2 dyrektywy 89/667 zgodnie z motywem szóstym należy uważać za wyczerpującą, wyjście poza ograniczenie odpowiedzialności z powołaniem się na tzw. „wyjątkową" okoliczność w rozumieniu motywu piątego musi być uzasadniona okolicznościami pojedynczego przypadku.

56. Przy przytoczonych regulacjach należy jednak zwrócić uwagę, że znajdują one zastosowanie wyłącznie w stosunku do spółek jednoosobowych. Natomiast nie ma żadnej porównywalnej regulacji w dyrektywie 68/151 mającej zastosowanie do niniejszej sprawy, a już zupełnie nie ma tam wyjątkowych kryteriów zezwalających na rozszerzenie odpowiedzialności z przyczyn, które podaje rząd grecki. Zgodnie z uwagami rządu greckiego

34 — Podobnie także A. Grünwald, op.cit. (ww. w przypisie 8), s. 13, który wskazuje, iż dyrektywy unijne z dziedziny prawa spółek nawiązywały tylko do formalnego kryterium formy prawnej. Ze względu na ten fakt, jak również ze względu na różne rozpowszechnienie się spółek akcyjnych dochodzi faktycznie do bardzo zróżnicowanego stopnia harmonizacji w państwach członkowskich.G.C. Schwarz, op.cit. (ww. w przypisie 15), pkt 282, s. 182, uważa, iż dyrektywy unijne dotyczące dziedziny prawa spółek nie obejmują wszystkich spółek, które także są adresatem swobody przedsiębiorczości. Zakres stosowania dyrektyw obejmuje raczej tylko określone, wymienione z nazwy formy spółek poszczególnych państw członkowskich. Preferowana jest więc technika regulacji przez enumerację zamiast użycia pojęć ogólnych, wymagających wykładni. W art. 1 każdej z dyrektyw czy też każdej z propozycji dyrektywy są określone formy prawne spółek, wobec których mają obowiązywać środki koordynacyjne.

35 — Podobnie E. Werlauff, *EU-Company Law*, 2nd édition, Copenhagen 2003, s. 40. Autor stwierdza z jednej strony, że przepisy dyrektyw z dziedziny prawa spółek nie przewidują zobowiązania państw członkowskich do wprowadzenia jako istotnej cechy ich definicji spółki akcyjnej, iż odpowiedzialność spółki jest ograniczona do jej majątku, chociaż można znaleźć odpowiednie przepisy w licznych krajowych porządkach prawnych. Z drugiej strony autor wskazuje, że istniejące postanowienia dyrektywy nie stoją na przeszkodzie w zachowaniu albo ustawowo, albo poprzez orzecznictwo przepisów, które w szczególnych przypadkach, zgodnie z zasadą włączenia osobistej odpowiedzialności wspólników (po niemiecku: „Haftungsdurchgriff", po duńsku: „ansvarsgenombrott", po angielsku: „principle of lifting the veil"), nakładają bezpośrednią odpowiedzialność na wspólników za długi spółki.

36 — Tak również S. Grundmann, op.cit. (ww. w przypisie 13), § 9, pkt 288, s. 128.

sporna regulacja krajowa jest uzasadniona ze względu na interes publiczny i społeczny. Sankcja, pomyślana jako ograniczenie działalności gospodarczej wspólników, jest uzasadniona tym, iż ci ostatni ze względu na ich udział w walnym zgromadzeniu i w powoływaniu organów zarządzających mają możliwość czuwania nad przestrzeganiem przepisów ustawowych i zasad etyki zawodowej, które obowiązują przy prowadzeniu telewizyjnych stacji nadawczych [37].

57. Ze względu na brak wyraźnej regulacji w dyrektywie 68/151 kompetencja do wprowadzenia wyjątkowego rozszerzenia odpowiedzialności spółek akcyjnych z wyżej wymienionych przyczyn wchodzi w zakres właściwości ustawodawcy krajowego [38]. Z braku harmonizacji wynika, że zasadniczo jest sprawą państw członkowskich, aby zgodnie z ich uznaniem rozstrzygnąć, w jaki stopniu chcą uwzględnić ochronę danego interesu przy rozszerzeniu odpowiedzialności w odniesieniu do spółki akcyjnej.

58. Rekapitulując, na przedstawione pytanie prawne należy odpowiedzieć, iż dyrektywa 68/151 dopuszcza taką regulację krajową jak art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/1995, która stanowi, że przewidziane w poprzedzających ustępach tego artykułu grzywny za naruszenia przepisów ustawowych i zasad etyki zawodowej, obowiązujących przy prowadzeniu telewizyjnej stacji nadawczej, mogą zostać nałożone nie tylko na spółkę posiadającą pozwolenie na utworzenie i prowadzenie telewizyjnej stacji nadawczej, lecz również na wszystkich akcjonariuszy, którzy posiadają udział w akcjach przekraczający 2,5%.

2. Zgodność z prawem pierwotnym

a) Dopuszczalność odwołania się do prawa pierwotnego

59. Jak już wspomniano, nałożenie dodatkowych obowiązków na spółki wymienione w art. 1 dyrektywy 68/151 jest zasadniczo uprawnieniem krajowego ustawodawcy. Jest ono jednak ograniczone dalszymi wymogami

37 — Zobacz pkt 9 i 10 uwag rządu greckiego.

38 — Zobacz wyrok z dnia 16 grudnia 1997 r. w sprawie C-104/96 Rabobank, Rec. s. I-7211, pkt 22–24, w którym Trybunał uznał kompetencję do regulacji przez krajowego ustawodawcę w braku wyraźnej regulacji w dyrektywie 68/151. W sprawie tej chodziło o to, czy prawo krajowe może przewidywać dla pojedynczych przypadków ograniczenia umocowania organów spółki do jej reprezentowania, jeżeli osoba trzecia nie miała pozytywnej wiedzy o naruszeniu. Trybunał potwierdził to z uzasadnieniem, iż ustawodawca dyrektywy takich przypadków (konfliktu interesu i czynności prawnej z samym sobą) nie chciał regulować. Istnieje luka prawna, którą należy usunąć w ramach prawa krajowego.

prawa wspólnotowego [39], przy czym należy wziąć pod uwagę m.in. postanowienia prawa pierwotnego dotyczące swobody przedsiębiorczości [40]. Po pierwsze, wyżej wymienione dyrektywy mają właśnie służyć realizacji tej podstawowej swobody, jak wyraźnie wynika to z art. 44 ust. 1 WE. Po drugie, w wyroku w sprawie Daihatsu Deutschland [41], którego przedmiotem była wykładnia dyrektywy 68/151, Trybunał wyjaśnił, iż art. 44 ust. 2 lit. g) WE należy widzieć w związku z innymi postanowieniami prawa pierwotnego [42].

60. Przedstawione pytanie prejudycjalne nie zawiera co prawda wyrażonego explicite wniosku o dokonanie wykładni tych postanowień, jednak w postanowieniu odsyłającym sąd odsyłający odnosi się do tego w niektórych miejscach [43], co pozwala wnioskować, iż jest świadomy istotności tych postanowień dla rozstrzygnięcia sporu. Poza tym także Komisja zajęła w swoich uwagach krótko stanowisko co do kwestii zgodności spornej regulacji krajowej z art. 43 WE.

61. Odnośnie do tej kwestii należy także przypomnieć, że zadaniem Trybunału jest dostarczenie sądowi przedstawiającemu pytanie wszelkich wskazań dotyczących wykładni prawa wspólnotowego, które mogą być przydatne dla rozstrzygnięcia zawisłej przed nim sprawy, niezależnie od tego, do jakich zagadnień sąd ten, przedstawiając swoje pytania, nawiązywał [44]. Ze względu na skutki, jakie będzie miało orzeczenie prejudycjalne w stosunku do porządku prawnego Grecji, wydaje mi się niezbędne, aby w ramach badania niniejszej sprawy rozważyć kwestię wymienionych powyżej przepisów.

b) Swoboda przedsiębiorczości

i) Możność zastosowania art. 43 WE i 48 WE

62. Zgodnie z brzmieniem art. 43 akapit drugi WE swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również

39 — Zobacz pkt 54 niniejszej opinii.

40 — Porównaj S. Grundmann, op.cit. (ww. w przypisie 13), § 9, pkt 311, s. 136, który wydaje się przychylać do tego założenia. Autor analizuje kwestię, czy państwa członkowskie są uprawnione do ustanowienia wyjątków od zasadniczego ograniczenia odpowiedzialności spółek kapitałowych. Jest on zdania, iż do przyjęcia byłby argument o braku kompetencji do zakazania krajowemu ustawodawcy dalszych rozszerzeń odpowiedzialności, a wykładni dyrektywy należy dokonać w ten sposób (zgodnie z prawem pierwotnym). Wydaje się, iż autor proponuje analizę za pomocą postanowień prawa pierwotnego odnośnie do swobody przedsiębiorczości. M. Habersack, op.cit. (ww. w przypisie 10), art. 1, pkt 3, s. 1 wskazuje na fakt, iż swobody podstawowe stanowią granice dla uprawnień dyskrecjonalnych ustawodawcy krajowego także niezależnie od tworzenia prawa wtórnego.

41 — Wyrok z dnia 4 grudnia 1997 r. w sprawie C-97/96 Daihatsu, Rec. s. I-6843.

42 — Ibidem, pkt 18. Trybunał stwierdził tam: „Artykuł 54 ust. 3 lit. g) należy widzieć w związku z art. 52 i 54 traktatu WE, zgodnie z którymi koordynacja przepisów z zakresu prawa spółek stanowi część składową ogólnego programu do zniesienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości, oraz z art. 3 lit. h) traktatu WE, zgodnie z którym działalność Wspólnoty obejmuje zbliżanie krajowych przepisów prawnych w stopniu koniecznym do funkcjonowania wspólnego rynku".

43 — Zobacz s. 5 i 7 postanowienia odsyłającego.

44 — Zobacz wyroki: z dnia 12 grudnia 1990 r. w sprawie C-241/89 SARPP, Rec. s. I-4695, pkt 8; z dnia 2 lutego 1994 r. w sprawie C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb, zwany „wyrokiem w sprawie Clinique", Rec. s. I-317, pkt 7; z dnia 4 marca 1999 r. w sprawie C-87/97 Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola, Rec. s. I-1301, pkt 16; z dnia 7 września 2004 r. w sprawie C-456/02 Trojani, Zb.Orz. s. I-7573, pkt 38; z dnia 17 lutego 2005 r. w sprawie C-215/03 Oulane, Zb.Orz. s. I-1215, pkt 47.

zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu art. 48 akapit drugi WE, na warunkach określonych w ustawodawstwie państwa przyjmującego dla własnych obywateli. Do podmiotowego zakresu stosowania tej podstawowej swobody zalicza się więc w pierwszym rzędzie przedsiębiorców.

63. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, do zakresu obowiązywania postanowień traktatu WE dotyczących swobody przedsiębiorczości należą przepisy krajowe znajdujące zastosowanie, gdy obywatel danego państwa członkowskiego posiada udział w kapitale spółki mającej siedzibę w innym państwie członkowskim, pozwalający mu wywierać niewątpliwy wpływ na decyzje tej spółki i decydować o jej działalności [45]. Przez art. 43 akapit pierwszy WE chronieni są więc zasadniczo także wspólnicy spółki akcyjnej, jeżeli posiadają w niej odpowiednio decydującą pozycję [46].

64. Ta przesłanka jest z drugiej strony decydująca dla rozgraniczenia w odniesieniu do swobody przepływu kapitału. Jeżeli mianowicie udział nie jest wystarczający, aby wywierać decydujący wpływ na decyzje spółki, to wówczas odnośną swobodą podstawową jest swoboda przepływu kapitału, a nie swoboda przedsiębiorczości [47].

65. Trybunał nie zdefiniował generalnie, w jakim dokładnie przypadku można mówić o istnieniu decydującego wpływu, stanowiącego przesłankę dla zakresu stosowania swobody przedsiębiorczości. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału wynika to raczej z okoliczności faktycznych, jak również

45 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-251/98 Baars, Rec. s. I-2787, pkt 22; z dnia 21 listopada 2006 r. w sprawie C-436/00 X i Y, Zb.Orz. s. I-10829, pkt 37; z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04 Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas, Zb.Orz. s. I-7995, pkt 31; z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-524/04 Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Zb.Orz. s. I-2107, pkt 27; z dnia 23 października 2007 r. w sprawie C-112/05 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-8995, pkt 13; z dnia 6 grudnia 2007 r. w sprawie C-298/05 Columbus Container Services, Zb.Orz. s. I-10451, pkt 29; z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-207/07 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 60; z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-282/07 Truck Center, Zb.Orz. s. I-10767, pkt 25; z dnia 18 czerwca 2009 r. w sprawie C-303/07 Aberdeen Property Finivest Alpha, Zb.Orz. s. I-5145, pkt 34; z dnia 21 stycznia 2010 r. w sprawie C-311/08 SGI, Zb.Orz. s. I-487, pkt 27; postanowienie z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawach połączonych C-439/07 i C-499/07 KBC Bank i in., Zb.Orz. s. I-4409, pkt 70.

46 — Zobacz w szczególności ww. w przypisie 45 wyrok w sprawie Baars, pkt 22. W wyroku tym chodziło o obywatela państwa członkowskiego, który w nim zamieszkiwał i posiadał wszystkie udziały w spółce, która miała siedzibę w innym państwie członkowskim. Trybunał stwierdził, iż 100% udział w kapitale spółki, która ma swoją siedzibę w innym państwie członkowskim, powoduje bez wątpienia, że w odniesieniu do tego podatnika znajdują zastosowanie przepisy traktatowe o swobodzie przedsiębiorczości.

47 — Podobnie A. Randelzhofer, U. Forsthoff, *Das Recht der Europäischen Union*, (red. E. Grabitz, M. Hilf), art. 43, pkt 115, s. 31; oraz Ress, Ukrow, art. 56, pkt 156, s. 68. Zobacz także opinię rzecznika generalnego S. Albera z dnia 14 października 1999 r. (ww. w przypisie 45 wyrok w sprawie Baars), pkt 33, w której stwierdził, iż granicę pomiędzy zwykłą inwestycją kapitału w formie akcji przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w innym państwie członkowskim a prowadzeniem działalności w tym państwie członkowskim należy przeprowadzić w miejscu, gdzie akcjonariusz nie dąży do zysku poprzez wspieranie określonej działalności innych osób poprzez zwykłe zaangażowanie kapitału, lecz sam działa jako przedsiębiorca. Taka przesłanka działalności jako przedsiębiorca, wychodzącej ponad zwykłe prawo głosu akcjonariusza, zakłada, iż posiada on w udział w takim stopniu, który gwarantuje mu istotny wpływ na decyzje spółki w zakresie jej działalności. Należy przy tym opierać się na przepisach prawa spółek tego państwa, w którym przedsiębiorstwo prowadzi działalność. Porównaj na koniec ww. w przypisie 45 wyroki: w sprawie SGI, pkt 36, 37; i w sprawie Aberdeen Property Fininvest Alpha, pkt 34, 35.

z mającego zastosowanie prawa spółek [48]. Wydaje się jednak, że w oparciu o wyrok w sprawie Baars [49], do którego sięga utrwalone orzecznictwo, można przyjąć, iż ma to miejsce, gdy ze względu na okoliczności danego przypadku istnieje „możliwość kontroli nad spółką albo jej zarządem", a co niekoniecznie jest związane z istotnym udziałem.

66. Stwierdzenie, czy 2,5% udział w kapitale spółki rzeczywiście już wystarcza, aby wywierać niewątpliwy wpływ na decyzje danej spółki i decydować o jej działalności [50], należy do sądu odsyłającego. Stwierdzenia tego należy dokonać na podstawie konkretnych okoliczności zawisłej przed nim sprawy, jak również mającego zastosowanie prawa spółek. W tym miejscu wskazane są pewne wątpliwości co do spełnienia tej przesłanki. Z drugiej strony należy uwzględnić, iż podany udział procentowy przedstawia próg minimalny. Sporna regulacja krajowa obejmuje więc także o wiele większe udziały w kapitale spółki, które teoretycznie zapewniałyby w większym stopniu danym wspólnikom możliwość, w rozumieniu orzecznictwa Trybunału, wywierania niewątpliwego wpływu na decyzje spółki i decydowania o jej działalności.

67. Z postanowienia odsyłającego [51] wynika w każdym razie, iż większość członków sądu odsyłającego reprezentuje pogląd, że ze względu na szczególne regulacje, które obowiązują spółki akcyjne prowadzące radiowe i telewizyjne stacje nadawcze, jak wypuszczenie akcji w formie akcji imiennych itd., należy przyjąć, iż akcjonariusz tego rodzaju spółek, który posiada udział przewyższający 2,5% kapitału spółki, nie jest zwykłym inwestorem, lecz akcjonariuszem działającym jako przedsiębiorca i posiadającym możliwość wywarcia wpływu na zarząd osoby prawnej, a więc prowadzenie telewizyjnej stacji nadawczej. Zakładając prawidłowość tych stwierdzeń, należy przyjąć, iż wspólnicy rozpatrywanej spółki są również chronieni przez swobodę przedsiębiorczości.

48 — Porównaj A. Randelzhofer, U. Forsthoff, op.cit. (ww. w przypisie 47), art. 43, pkt 115, s. 31; oraz Ress, Ukrow, art. 56, pkt 156, s. 68. Ci ostatni wskazują, iż zgodnie z orzecznictwem Trybunału dla decydującego wpływu mógłby wystarczyć w danym przypadku udział kapitału w wysokości poniżej 25%, jeżeli w inny sposób zapewni on udziałowcowi dominujący wpływ na spółkę, w której jest on związany z innymi udziałowcami. Według orzecznictwa Trybunału udział w wysokości jedynie 10% nie jest jednakże z reguły wystarczający, ażeby zapewnić niewątpliwy wpływ na decyzje spółki i stanowić o jej działalności.

49 — Zobacz ww. w przypisie 45 wyrok w sprawie Baars. pkt 19.

50 — Zobacz ww. w przypisie 45 wyroki w sprawach: X i Y, pkt 37; Komisja przeciwko Niemcom, pkt 14; Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 35–39, 61; a także wyrok z dnia 26 marca 2009 r. w sprawie C-326/07 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-2291, pkt 38, 39.

51 — Zobacz s. 4 postanowienia odsyłającego.

68. Artykuł 48 WE ustanawia natomiast obowiązywanie rozdziału o swobodzie przedsiębiorczości w stosunku do spółek i stowarzyszeń prawa prywatnego jak i publicznego, stawiając je, pod pewnymi warunkami, na równi z osobami fizycznymi [52].

ii) Ograniczenie swobody przedsiębiorczości

69. Ponieważ brak jest podstaw do stwierdzenia, iż sporna regulacja jest stosowana w różny sposób w zależności od tego, czy chodzi o krajową czy też zagraniczną spółkę akcyjną czy też krajowych lub zagranicznych wspólników, należy przyjąć, iż regulacja ta ma charakter niedyskryminujący.

— Artykuł 43 WE jako szeroko ujęty zakaz ograniczeń

70. W dalszej kolejności należy zbadać, czy regulacja ta stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 43 WE, oraz czy w danym przypadku takie ograniczenie jest uzasadnione. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem [53] z art. 43 WE jest niezgodna każda krajowa regulacja, która wprawdzie jest stosowana bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale może utrudniać lub uczynić mniej atrakcyjnym korzystanie przez członków Wspólnoty z gwarantowanej przez traktat swobody przedsiębiorczości.

71. Zgodnie z tym orzecznictwem art. 43 WE zawiera nie tylko zakaz jawnej i ukrytej dyskryminacji, lecz może być także rozumiany jako szeroko ujęty zakaz ograniczeń. Ograniczeniami w rozumieniu art. 43 WE są więc nie tylko regulacje dyskryminujące, ale ewentualnie także regulacje wolne od dyskryminacji, a więc środki, które ani w sposób zamierzony, ani w ich faktycznym oddziaływaniu nie prowadzą z reguły do pokrzywdzenia

52 — Zobacz Troberg, Tiedje, w: *Kommentar zum Vertrag über die Europäischen Gemeinschaft*, (red. H. von der Groeben, J. Schwarze), art. 48, pkt 1, s. 1596.

53 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 Kraus, Rec. s. I-1663, pkt 32; z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, Rec s. I-4165, pkt 37; z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 Centros, Rec. s. I-1459, pkt 34; z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-108/96 Mac Quen i in., Rec. s. I-837, pkt 26; z dnia 17 października 2002 r. w sprawie C-79/01 Payroll i in., Rec. s. I-8923, pkt 26; z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-167/01 Inspire Art, Rec. s. I-10155, pkt 133; z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-299/02 Komisja przeciwko Niderlandom, Zb.Orz. s. I-9761, pkt 15; z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-140/03 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-3177, pkt 27; i z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie C-169/07 Hartlauer, Zb.Orz. s. I-1721, pkt 33. Artykuł 43 WE odpowiada treścią art. 31 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym. Właściwym dla dokonywania wykładni tego artykułu jest Trybunał EFTA [Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu] (ze względu na państwa EFTA i EOG). Odpowiednio do nakazu homogenicznego orzecznictwa wewnątrz Europejskiego Obszaru Gospodarczego Trybunał EFTA zastosował wyżej wymienione orzecznictwo do tego postanowienia Porozumienia. Porównaj m.in. wyroki Trybunału EFTA: z dnia 26 czerwca 2007 r. w sprawie E-2/06 ESA przeciwko Norwegii, Report of EFTA Court, Rec. 163, pkt 64; i z dnia 7 maja 2008 r. w sprawie E-7/07 Seabrokers przeciwko Norwegii, Report of EFTA Court, Rec. 171, pkt 50. Porównaj, odnośnie do nakazu homogeniczności i konieczności dialogu między EuropejskimTrybunałem Sprawiedliwości i Trybunałem EFTA, C. Baudenbacher, The EFTA Court, the ECJ, and the latter's Advocates General: a tale of judicial dialogue, *Continuity and change in EU law: essays in honour of Sir Francis Jacobs*, 2008, s. 120 i nast.

cudzoziemców [54]. Z art. 43 WE jest zasadniczo niezgodna każda krajowa regulacja, która korzystanie ze swobody przedsiębiorczości może utrudnić lub „uczynić mniej atrakcyjnym" [55]. Poprzez swoje orzecznictwo z zakresu swobody przepływu towarów i swobody świadczenia usług Trybunał spowodował rozwój swobód podstawowych, od zakazu dyskryminacji do ogólnego zakazu ograniczenia, odpowiednio do założenia „strukturalnej równości swobód podstawowych" [56].

72. Punktem wyjściowym rozważań przy badaniu ograniczającego charakteru spornej regulacji musi być, moim zdaniem, hipotetyczna konstelacja, w której prowadząca w Unii działalność spółka albo przenosi swoją główną siedzibę (pierwotna swoboda przedsiębiorczości) do Grecji, albo zakłada tam swoją filię (wtórna swoboda przedsiębiorczości) [57]. Nie można wykluczyć, iż perspektywa ewentualnego rozszerzenia odpowiedzialności w odniesieniu do spółki akcyjnej i związane z tym ryzyko osobistej współodpowiedzialności wspólników w przypadku naruszenia przepisów ustawowych i zasad etyki zawodowej obowiązujących przy prowadzeniu telewizyjnej stacji nadawczej, może wpływać odstraszająco na przedsiębiorstwa, które chciałyby albo przenieść swoją lokalizację z jednego państwa członkowskiego do Grecji, albo utworzyć tam swoją filię. Nałożenie sankcji związanej z finansowymi stratami także na jej wspólników może powstrzymywać spółkę razem z jej akcjonariuszami od działalności w greckim sektorze medialnym. Jak wyjaśnił sąd odsyłający, przez rozszerzenie odpowiedzialności na wspólników także kupno akcji takich spółek, jak w przypadku skarżącej, staje się nieatrakcyjne [58]. Sporna regulacja może zatem zasadniczo spowodować, iż korzystanie przez spółki zagraniczne z gwarantowanej przez traktat swobody przedsiębiorczości będzie mniej atrakcyjnym.

73. Stosownie do ogólnej, reprezentowanej w orzecznictwie do tej pory, definicji ograniczenia w rozumieniu art. 43 WE, należałoby

54 — Porównaj G.C. Schwarz, op.cit. (ww. w przypisie 15), pkt 136, s. 89.

55 — Podobnie G. Mustaki, V. Engammare, op.cit. (ww. w przypisie 8), s. 40; S. Prats Jane?, op.cit. (ww. w przypisie 25), s. 94; oraz U. Forsthoff, M. Schulz, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften, *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (red. H. Hirte, T. Bücker), 2. Aufl., Berlin 2006, pkt 38, s. 82 z odesłaniem do orzecznictwa Trybunału. Jako klasyczny przykład ograniczenia swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 43 ust. 1 WE, P. Jung, *EU-Kommentar* (red. J. Schwarze), 2. Aufl., Baden–Baden 2009, art. 48 WE, pkt 21, podaje przykładowo opłaty za wpis do rejestru handlowego pobierane od spółek lub ich filii.

56 — P. Ulmer, Schutzinstrumente gegen die Gefahren einer Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, *Juristenzeitung* 1999, s. 665, wskazuje na fakt, iż wypracowana dla zakresu swobody przepływu towarów formuła Cassis de Dijon (wyrok z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78 Rewe–Zentral, zwany „wyrokiem w sprawie Cassis de Dijon", Rec. s. 649) obowiązuje także w ramach swobody przedsiębiorczości. Jest to uznane w nowszym orzecznictwie Trybunału. Porównaj także M. Habersack, op.cit. (ww. w przypisie 10), § 3, pkt 4, s. 24, który wskazuje na obszerność pojęcia ograniczenia swobody przedsiębiorczości rozwiniętego przez Trybunał w ww. wyrokach w sprawach Kraus i Gebhard.

57 — W tym kontekście należy zwrócić uwagę na wyrok Trybunału z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 81/87 Daily Mail and General Trust, Rec. s. 5483, pkt 25, zgodnie z którym, według aktualnego stanu prawa wspólnotowego art. 43 WE i 48 WE nie przyznają spółce założonej według prawa państwa członkowskiego i posiadającej w nim siedzibę zgodnie ze statutem prawa do przeniesienia siedziby zarządu do innego państwa członkowskiego. Natomiast w ww. w przypisie 53 wyroku w sprawie Centros Trybunał uznał prawo spółek do zakładania filii w innym państwie członkowskim. Porównaj odnośnie do tego K. Maranelli, Il diritto comunitario di stabilimento delle società, *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino 2000, s. 122 i nast.

58 — Zobacz s. 4 postanowienia odsyłającego.

w sprawie przed sądem krajowym wyjść od ograniczenia swobody przedsiębiorczości [59].

— Możliwość teleologicznego zawężenia zakazu ograniczenia

74. Trybunał, jak już wskazano, wychodzi także w przypadku swobody przedsiębiorczości wyraźnie z konwergencji swobód podstawowych, dokonując odpowiednio szerokiej wykładni pojęcia ograniczenia z art. 43 WE [60]. Równocześnie Trybunał nie wypowiedział się do tej pory jednoznacznie co do zakresu art. 43 akapit pierwszy WE. Zważywszy na to, iż w świetle wyroku w sprawie Keck i Mithouard [61] zostało dokonane zawężenie swobody przepływu towarów przewidzianej w art. 28 WE, powstaje pytanie, czy nie nasuwa się także dogmatyczne zawężenie pojęcia ograniczenia w zakresie swobody przedsiębiorczości. Za tym mógłby przemawiać telos tej swobody podstawowej, która powinna umożliwiać wolny wybór lokalizacji, ale nie stanowić instrumentu modyfikacji przez podmioty gospodarcze swoich warunków lokalizacji w stosunku do konkurentów krajowych [62].

75. Odpowiednio do celu swobody przedsiębiorczości – znoszenia ograniczeń w napływie spółek z innych państw członkowskich, jak również celu prawa spółek Unii Europejskiej – zabezpieczenia istnienia i tożsamości spółki w przypadku transgranicznego przeniesienia lokalizacji [63], byłoby zasadniczo do

59 — Zobacz S. Grundmann, op.cit. (ww. w przypisie 13), § 9, pkt 311, s. 137, który także potwierdza charakter ograniczający ustanowionego ustawowo rozszerzenia odpowiedzialności, jednakże sformułował to inaczej. Jego zdaniem, przynajmniej w przypadkach transgranicznych, swoboda przedsiębiorczości jest wzmacniana, jeżeli za granicą nie należy się obawiać rozszerzenia odpowiedzialności. P.C. Müller–Graff, *EUV/EGV-Kommentar* (red. R. Streinz), art. 48, pkt 22, s. 692, omawia zasady rozszerzenia odpowiedzialności ze względu na ochronę wierzycieli w ramach badania kwestii, czy ograniczenia wejścia spółki na obszar innego państwa członkowskiego są zgodne z art. 43 WE. Jego zdaniem mogą one być uzasadnione w pojedynczym przypadku. W ten sposób autor wydaje się wychodzić z założenia, iż w przypadku zasad rozszerzenia odpowiedzialności chodzi o ograniczenia swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 43 WE. P. Ulmer, op.cit. (ww. w przypisie 56), s. 665, przyjmuje również w przypadku rozszerzenia odpowiedzialności, iż stanowi to ograniczenie swobody przedsiębiorczości, które jednakże mogłoby być proporcjonalne.

60 — Zobacz V. Skouris, Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, s. 94, który wskazuje na to, iż w stosunku swobód podstawowych między sobą powstaje tendencja do równoległości (hasło: „jednolita dogmatyka praw podstawowych"). Podczas badania ograniczeń umożliwia to kombinację przewidzianych przy każdej swobodzie podstawowej specjalnych ograniczeń z ogólną konstrukcją nadrzędnych względów interesu publicznego. Wielokrotnie stosowana tzw. „formuła Gebharda" (zob. pkt 70 niniejszej opinii) nie odnosi się zresztą do jednej swobody podstawowej, lecz jest możliwa do zastosowania w odniesieniu do wszystkich swobód podstawowych.

61 — Wyrok z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawach połączonych C-267/91 i C-268/91, Rec s. I-6097.

62 — Podobnie U. Forsthoff, Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt – Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU–Auslandsgesellschaften, *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, (red. H. Hirte, T. Bücker), 2. Aufl., Berlin 2006, pkt 38, 39, s. 82 i nast.

63 — Jako przeszkoda dla dostępu spółki do innego państwa oddziałują w każdym razie takie przepisy państw członkowskich, które dotyczą tożsamości spółki. Tożsamość spółki nie powinna zostać naruszona przez przekroczenie granicy. Przepisy, które wkraczają w tożsamość spółki, nie mogą być rozumiane jako część warunków lokalizacji, ponieważ nie są one adresowane od zewnątrz do uczestników życia gospodarczego, lecz niejako od wewnątrz zmieniają kształt podmiotu swobody przedsiębiorczości – spółki. Idea ochrony tożsamości jest przyjęta w orzecznictwie Trybunału (por. wyrok z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/00 Überseering, Rec. s. I-9915, pkt 80 i nast.

przyjęcia, aby zakres zakazu ograniczenia określić według tego, czy dana krajowa regulacja stwarza „specyficzne przeszkody w napływie" czy określa jedynie „warunki lokalizacji". W pierwszym przypadku obowiązywałby zakaz ograniczenia, w drugim jedynie objęty przez swobodę przedsiębiorczości zakaz bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji [64]. Na fakt, iż Trybunał widzi w swobodach podstawowych w pierwszym rzędzie instrument otwarcia rynku, i w związku z tym przy badaniu kwestii, czy w danym przypadku występuje ograniczenie swobód podstawowych, ocenia krajowe przepisy według tego, czy utrudniają one dostęp do rynku czy nie, wskazują pojedyncze wyroki z zakresu swobody świadczenia usług [65] i swobody przepływu kapitału [66].

76. Przy dokładnym rozważeniu, w przypadku spornej regulacji krajowej nie chodzi ani o przepis, którego celem jest specyficzna regulacja „dostępu" spółek akcyjnych do greckiego sektora medialnego, ani nie funkcjonuje ona w stosunku podmiotów pragnących dostępu do tego sektora jako „przeszkoda". Stanowi ona raczej część składową ogólnych ram prawnych, które regulują prowadzenie telewizyjnych stacji nadawczych. Ma ona zabezpieczać przestrzeganie przepisów i zasad etyki zawodowej, które obowiązują przy prowadzeniu telewizyjnych stacji nadawczych. Stanowią one z perspektywy obiektywnego obserwatora warunki ramowe z zakresu prawa mediów, których prowadzący telewizyjną stację nadawczą powinien zawsze przestrzegać. Patrząc od strony prawnej, obowiązek przestrzegania warunków ramowych z zakresu prawa mediów jest sformułowany jako związany z prowadzeniem telewizyjnej stacji nadawczej „obowiązek", a nie

64 — Porównaj odnośnie do tego U. Forsthoff, op.cit. (ww. w przypisie 62), pkt 73 i 74, s. 544 i nast. M. Habersack, op.cit. (ww. w przypisie 10), § 3, pkt 7, s. 13, reprezentuje pogląd, iż art. 43 WE i 48 WE zawierają zakaz ograniczenia jeżeli chodzi o dostęp do rynku i w związku z tym o rozpoczęcie działalności w danym państwie członkowskim jako takie. Natomiast jeśli chodzi o prowadzenie działalności gospodarczej przez spółkę, która wcześniej rozpoczęła działalność na terytorium innego państwa członkowskiego, to podlega ona ogólnym przepisom krajowym. W szczególności nie wchodzą w zakres ochrony swobody przedsiębiorczości ograniczenia związane z bezwzględnie obowiązującymi, ale niedyskryminującymi przepisami krajowego prawa działalności gospodarczej, prawa konkurencji i prawa pracy. W odniesieniu do nich chodzi raczej o zwykłe „warunki sprzedaży" w rozumieniu wyroku w sprawie Keck i Mithouard. Kontrola prawa krajowego pod kątem zasady proporcjonalności nie powinna być zatem prowadzona. Prawo krajowe może być stosowane przeciwko spółkom mającym siedzibę w innych państwach członkowskich, o ile nie jest dyskryminujące.

65 — Porównaj wyrok z dnia 10 maja 1995 r. w sprawie C-384/93 Alpine Investments, Rec s. I-1141, pkt 37. Wyrok dotyczył krajowego zakazu tzw. „cold colling", który, zdaniem Trybunału, bezpośrednio wpłynął na dostęp do rynku usług w innym państwie członkowskim. Trybunał doszedł do wniosku, iż mógł on powodować ograniczenia wewnątrzwspólnotowego przepływu świadczenia usług. To dowodzi, że Trybunał w swobodach podstawowych widzi w pierwszym rzędzie instrument otwarcia rynku. Porównaj następnie wyrok z dnia 11 kwietnia 2000 r. w sprawach połączonych C-51/96 i C-191/97 Deli?ège, Rec. s. I-2549, pkt 60 i nast.

66 — Porównaj wyrok z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie C-463/00 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-4581, pkt 61, w związku ze swobodą przepływu kapitału. W wyroku tym Trybunał potraktował krajowe przepisy ograniczające inwestycje jako ograniczenie przepływu kapitału w rozumieniu art. 56 WE. Według Trybunału rozpatrywane ograniczenia inwestycji były wprawdzie stosowane zarówno wobec rezydentów, jak i nierezydentów, jednakże jako takie wpływały na sytuację nabywcy udziału i stąd mogły powstrzymać inwestorów z innych państw członkowskich od takich inwestycji, a w związku z tym wpływać na dostęp do rynku. Porównaj także wyrok z tego samego dnia w sprawie C-98/01 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Rec. s. I-4641, pkt 47.

jako „warunek” [67]. Oznacza to, że regulacja ta nie stanowi, „czy” lub „kiedy”, lecz tylko „jak” musi być prowadzona telewizyjna stacja nadawcza. Regulowane są w związku z tym jedynie „szczegółowe zasady” prowadzenia telewizyjnej stacji nadawczej. Ponadto ich spełnienie nie narusza ani istnienia, ani tożsamości spółki akcyjnej.

77. Gdyby Trybunał opowiedział się za teleologicznym zawężeniem zakazu ograniczeń, sporną regulację krajową należałoby przyporządkować do kategorii „warunków lokalizacji”, które zgodnie z tą wykładnią nie mogłyby być rozumiane jako ograniczenia w rozumieniu art. 43 akapit pierwszy WE. Ze względu na niewystępowanie ograniczenia swobody przedsiębiorczości dalsze badanie na podstawie art. 43 WE i 48 WE mogłoby w zasadzie być zbyteczne.

67 — W części ogólnej prawa administracyjnego warunek charakteryzuje się poprzez to, iż uzależnia początek albo koniec skuteczności aktu administracyjnego od określonego zdarzenia, którego nastąpienie jest niepewne. Niepewne może być przy tym nie tylko, „kiedy” zdarzenie nastąpi, lecz także „czy” w ogóle nastąpi. Nałożony obowiązek natomiast zawiera, inaczej niż warunek, własną regulację przedmiotową /co do istoty, mianowicie zobowiązanie beneficjenta aktu administracyjnego do określonego działania, znoszenia lub zaniechania. Związany z nałożonym obowiązkiem akt administracyjny, bez względu na to, czy obowiązek będzie wykonany czy też nie, staje się natychmiast skuteczny prawnie. Akt administracyjny z warunkiem zawieszającym jest natomiast skuteczny dopiero z chwilą ziszczenia się warunku. Nałożony obowiązek zobowiązuje i może być przymusowo wykonany. Warunek zawieszający nie jest zobowiązujący i dlatego nie może być egzekwowany. Por. odnośnie do tego H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., München 1997, pkt 6 i nast., s. 315 i nast.

78. W tym kontekście uważam jednak za konieczne zwrócić uwagę na to, iż wprawdzie w orzecznictwie Trybunału są wskazówki co do tego, iż jest on w pojedynczych przypadkach gotowy opowiedzieć się za ścisłą wykładnią, nie może to jednak być rozumiane w ten sposób, że Trybunał zrezygnował ze swojej dotychczas szerokiej wykładni pojęcia ograniczenia. Wprost przeciwnie, należy zasadniczo wychodzić z szerokiego rozumienia tego pojęcia. Odpowiednio do tego poniższe rozważania opierają się na koncepcji szeroko ujętego zakazu ograniczeń [68].

79. Występuje zatem ograniczenie swobody przedsiębiorczości.

iii) Względy uzasadniające ograniczenie swobody przedsiębiorczości

80. Z orzecznictwa Trybunału [69] wynika, iż środki krajowe, które ograniczają korzystanie z gwarantowanych przez Traktat swobód podstawowych, muszą spełnić następujące przesłanki, aby być zgodnymi z art. 43 WE: muszą one być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu publicznego, muszą być odpowiednie dla zapewnienia realizacji zamierzonego celu i nie powinny wychodzić ponad to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu. Ponadto ochrona praw

68 — Zobacz pkt 70–73 niniejszej opinii.

69 — Porównaj ww. w przypisie 53 wyroki w sprawach: Kraus, pkt 32; i Gebhard, pkt 37.

podstawowych stanowi uzasadniony interes, który zasadniczo może uzasadniać ograniczenie gwarantowanej przez traktat WE swobody podstawowej [70].

— Ochrona praw podstawowych jako uzasadniony interes

81. Jak już powiedziano [71], rząd grecki uważa sporną regulację krajową za uzasadnioną ze względu na interes publiczny i społeczny. Z całościowego spojrzenia na właściwe przepisy krajowe wynika, iż grzywny przewidziane w art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/95 mają na celu karanie za naruszenia nakazu przestrzegania określonych konstytucyjnie chronionych podstawowych wartości, do których należą ochrona dóbr osobistych, życia rodzinnego, jak również prywatnego. Grzywna, za którą skarżąca jest współodpowiedzialna wspólnie i solidarnie, jak wynika z zawartych w postanowieniu odsyłającym ustaleń faktycznych, została nałożona ze względu na naruszenie wyżej wymienionych wartości podstawowych. Uwagi rządu greckiego należy, rozsądnie oceniając, rozumieć w ten sposób, że powołuje się on wyraźnie na ochronę konstytucyjnie gwarantowanych praw podstawowych.

82. W tym względzie należy przypomnieć, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem prawa podstawowe należą do ogólnych zasad prawa, nad których przestrzeganiem czuwa Trybunał. Trybunał kieruje się przy tym wspólnymi tradycjami konstytucyjnymi państw członkowskich i wskazówkami zaczerpniętymi z umów międzynarodowych dotyczących ochrony praw człowieka, w sporządzaniu których państwa członkowskie uczestniczyły lub do których przystąpiły. Szczególne znaczenie w tym względzie posiada EKPC [72]. Wypracowane w tym orzecznictwie zasady zostały potwierdzone w art. 6 ust. 2 UE. Zgodnie z tym artykułem „Unia szanuje prawa podstawowe zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 roku, oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich, jako zasady ogólne prawa wspólnotowego". Ponadto na proklamowaną 7 grudnia 2000 r. w Nicei Kartę praw podstawowych [73]

70 — Porównaj wyrok z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 Schmidberger, Rec. s. I-5659, pkt 74.

71 — Zobacz pkt 56 niniejszej opinii.

72 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 ERT, Rec. s. I-2925, pkt 41; z dnia 6 marca 2001 r. w sprawie C-274/99 P Connolly przeciwko Komisji, Rec. s. I-1611, pkt 37; z dnia 22 października 2002 r. w sprawie C-94/00 Roquette Frères, Rec. s. I-9011, pkt 25; ww. w przypisie 70 w sprawie Schmidberger, pkt 71; z dnia 27 czerwca 2006 r. w sprawie C-540/03 Parlament przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-5769, pkt 35; i z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-229/05 P PKK i KNK przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-439, pkt 76.

73 — Dz.U. C 364, s. 1.

Trybunał powoływał się [74] wielokrotnie dla potwierdzenia istnienia określonych ogólnych zasad prawa.

83. Jak wielokrotnie stwierdzał Trybunał [75], we Wspólnocie nie mogą być uznane za zgodne z prawem żadne środki, których nie można pogodzić z przestrzeganiem uznanych i gwarantowanych w ten sposób praw człowieka. Ponieważ zarówno Wspólnota, jak i państwa członkowskie muszą przestrzegać praw podstawowych, ochrona tych praw stanowi, zdaniem Trybunału, uzasadniony interes, który może uzasadniać ograniczenie zobowiązań istniejących na podstawie prawa wspólnotowego czy także na mocy gwarantowanej w traktacie swobody podstawowej [76].

84. W tym kontekście należy wskazać, iż prawo do poszanowania życia prywatnego, którego ochrona, według informacji rządu greckiego, stanowi cel spornej regulacji, stanowi także zgodnie z orzecznictwem Trybunału prawo podstawowe chronione w porządku prawnym Unii Europejskiej [77]. Prawo to jest ugruntowane w art. 8 ust. 1 EKPC [78], jak również w art. 7 Karty praw podstawowych [79].

85. Z tego względu sporna regulacja krajowa dąży do celu uznanego w unijnym porządku prawnym, a zatem zgodnego z prawem.

— Badanie proporcjonalności

86. Jak już przedstawiłam w mojej opinii z dnia 14 kwietnia 2010 r. w sprawie C-271/08 Komisja przeciwko Niemcom, należy założyć, iż między swobodami podstawowymi a prawami podstawowymi istnieje stosunek

74 — Zobacz wyroki: ww. w przypisie 72 Parlament przeciwko Radzie, pkt 38; z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-438/05 International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union, Zb.Orz. s. I-10779, pkt 43; i z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-244/06 Dynamic Medien, Zb.Orz. s. I-505, pkt 42.

75 — Zobacz w szczególności wyroki: ww. w przypisie 72 w sprawie ERT, pkt 41; z dnia 29 maja 1997 r. w sprawie C-299/95 Kremzow, Rec. s. I-2629, pkt 14; i z dnia 3 września 2008 r. w sprawach połączonych C-402/05 P i C-415/05 P Kadi i Al Barakaat International Foundation przeciwko Radzie i Komisji, Zb.Orz. s. I-6351, pkt 284.

76 — Zobacz ww. w przypisie 70 wyrok w sprawie Schmidberger, pkt 74, w związku z ograniczeniem swobody przepływu towarów. Porównaj także wyroki: z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 Omega, Zb.Orz. s. I-9609, pkt 35 (Godność człowieka jako ograniczenie swobody świadczenia usług); i z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-250/06 United Pan-Europe Communications Belgium i in., Zb.Orz. s. I-11135, pkt 41 (Polityka kulturalna i wolność poglądów jako ograniczenie swobody świadczenia usług); ww. w przypisie 74 wyrok w sprawie Dynamic Medien, pkt 42.

77 — Wyraźnie uznane w wyroku z dnia 8 kwietnia 1992 r. w sprawie C-62/90 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-2601, pkt 23. Zobacz także wyroki: z dnia 19 października 2004 r. w sprawie C-200/02 Zhu i Chen, Zb.Orz. s. I-9925, pkt 16; i z dnia 25 lipca 2008 r. w sprawie C-127/08 Metock i in., Zb.Orz. s. I-6241, pkt 79.

78 — Zgodnie z art. 8 („Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego") ust. 1 EKPC każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i korespondencji.

79 — Zgodnie z art. 7 („Poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego") Karty praw podstawowych Unii Europejskiej każda osoba ma prawo do poszanowania jej życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się.

równorzędności [80]. Oznacza to, że jeżeli w konkretnym przypadku wskutek wykonywania prawa podstawowego ograniczana jest swoboda podstawowa, należy szukać odpowiedniej równowagi miedzy oboma stanowiskami. Należy przy tym wyjść, z jednej strony, od tego, że realizacja swobody podstawowej stanowi cel zgodny z prawem, który może ograniczyć prawo podstawowe. Również odwrotnie, za cel zgodny z prawem należy uznać także realizację prawa podstawowego, które może ograniczyć swobodę podstawową. Szczególne znaczenie dla przeprowadzenia granicy między swobodami a prawami podstawowymi ma zasada proporcjonalności. W ramach badania proporcjonalności należy w szczególności wyjść z trójstopniowego schematu badania, w oparciu o który należy skontrolować odpowiedni i niezbędny charakter oraz współmierność danych środków [81].

87. Z powyższych rozważań wynika, iż również wtedy, gdy ochrona prawa podstawowego do poszanowania życia prywatnego stanowi uzasadniony interes, mogący co do zasady usprawiedliwić ograniczenie gwarantowanej w traktacie WE swobody podstawowej, takiej jak swoboda przedsiębiorczości, to ograniczenia takie mogą być uzasadnione tylko wtedy, gdy są odpowiednie dla osiągnięcia zamierzonego celu oraz nie wykraczają ponad to, co jest konieczne do jego osiągnięcia [82].

88. Ocena proporcjonalności wymaga zbadania okoliczności prawnych i faktycznych, które charakteryzują sytuację w danym państwie członkowskim. Dla przeprowadzenia tego badania właściwy jest sąd odsyłający [83]. W niniejszej sprawie Trybunał jest wystarczająco poinformowany odnośnie do sytuacji faktycznej i prawnej, aby w oparciu o zasadę proporcjonalności przeprowadzić abstrakcyjną ocenę przedstawionej mu sprawy. Sąd odsyłający jest zobowiązany przy stosowaniu prawa wspólnotowego w ramach zawisłego przed nim postępowania uwzględnić kryteria wykładni Trybunału [84].

80 — Zobacz pkt. 187 i 188 mojej opinii w tej sprawie, w toku. V. Skouris, op.cit. (w przypisie 60) nie przyjmuje stosunku hierarchicznego pomiędzy swobodami podstawowymi a prawami podstawowymi. W celu wykazania równorzędności co do zasady wskazuje on na różne czynniki, jak np. podobny do praw podstawowych charakter swobód podstawowych, jak również konwergencję swobód podstawowych i praw podstawowych w orzecznictwie Trybunału.

81 — Zobacz pkt 189 mojej opinii w ww. w przypisie 80 sprawie Komisja przeciwko Niemcom.

82 — Zobacz podobnie wyroki: ww. w przypisie 76 w sprawie Omega, pkt 36; ww. w przypisie 74 w sprawie International Transport Workers' Federation i Finnish Seamen's Union, pkt 75; i ww. w przypisie 74 w sprawie Dynamic Medien, pkt 42.

83 — Porównaj wyroki: z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95 Familiapress, Rec. s. I-3689, pkt 28 i nast.; z dnia 13 stycznia 2000 r. w sprawie C-220/98 Este?e Lauder, Rec. s. I-117, pkt 30 i nast.; i z dnia 8 marca 2001 r. w sprawie C-405/98 Gourmet International Products, Rec. s. I-1795, pkt 33.

84 — Według P. Craig, G. De Búrca, *EU-Law*, 4th edition, Oxford 2008, s. 492, art. 234 WE przyznaje wprawdzie Trybunałowi kompetencję do dokonywania wykładni traktatu, jednakże nie przyznaje wyraźnie kompetencji do jego zastosowania do sprawy przed sądem krajowym. Rozgraniczenie między wykładnią a stosowaniem charakteryzuje podział właściwości pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi. Odpowiednio do tego Trybunał dokonuje wykładni traktatu, a sądy krajowe stosują tę wykładnię w konkretnej sprawie.

Odpowiedni charakter

89. Należy przyjąć, tak jak to potwierdził na pytanie Trybunału podczas rozprawy rząd grecki, że sporna regulacja w swej istocie opiera się na domniemaniu greckiego ustawodawcy, iż akcjonariusz posiadający więcej niż 2,5% kapitału spółki akcyjnej posiada możliwość wpływania na zarząd spółki. Zarówno sąd odsyłający, jak i rząd grecki nawiązują do tego domniemania ustawodawcy krajowego i omawiają je w swoich uwagach. I tak sąd odsyłający [85] wskazuje na to, iż akcjonariusz posiadający udział wyższy niż 2,5% kapitału spółki akcyjnej nie jest zwykłym inwestorem, lecz akcjonariuszem działającym jak przedsiębiorca, który posiada możliwość wpływania na zarząd osoby prawnej, a zatem na prowadzenie telewizyjnej stacji nadawczej. Rząd grecki [86] wyjaśnia natomiast, iż wspólnicy danej kategorii ze względu na ich udział w walnym zgromadzeniu, jak również w wyborach członków zarządu spółki, mogą wpływać na uchwalenie jasnych wytycznych co do kształtu programu i postawy nadawcy telewizyjnego w stosunku do aktualnych tematów.

90. Niezależnie od kwestii, czy to ustawowe domniemanie ma zastosowanie do sprawy przed sądem krajowym, innymi słowy, czy skarżąca w tej sprawie, jak zostało to sprecyzowane przez rząd grecki na rozprawie, posiadając jedynie 5% udziału w kapitale spółki akcyjnej Nea Tileorasi, ma rzeczywiście decydujący wpływ na procesy decyzyjne tej spółki (co konkretnie jest do ustalenia przez sąd odsyłający [87]), jest w każdym jednak razie bardziej niż dyskusyjne, czy wpływ ten może być traktowany jako wystarczający, aby na kształt programu telewizyjnej stacji nadawczej wpływać w tak ukierunkowany sposób, że w ogóle nie będzie dochodzić do naruszenia przepisów i zasad etyki zawodowej, obowiązujących przy prowadzeniu telewizyjnej stacji nadawczej.

91. Odnośnie do tego należy najpierw zbadać pozycję akcjonariusza w spółce akcyjnej. Prawa akcjonariusza można ogólnie podzielić na prawa majątkowe, prawa do współdecydowania oraz prawa ochronne [88]. Inaczej niż czło-

85 — Zobacz s. 4 postanowienia odsyłającego.

86 — Zobacz pkt 10 uwag rządu greckiego.

87 — Zobacz pkt 66 niniejszej opinii.

88 — Prawa majątkowe: prawo do dywidendy; prawo poboru nowych akcji; prawo do udziału w masie likwidacyjnej; prawo do odsetek za okres budowy (tzn. odsetek za okres potrzebny do przygotowania i samej budowy aż do początku pełnego uruchomienia przedsiębiorstwa); prawo do korzystania z urządzeń spółki. Prawa do współdecydowania: prawo do bycia zaproszonym i powiadomionym o przedmiocie obrad; prawo składania wniosków i wyrażenia poglądu; prawo ustanowienia pełnomocnika na walne zgromadzenie; prawo głosu i prawo wyborcze na walnym zgromadzeniu; prawo zaskarżania uchwał sprzecznych z prawem i statutem. Prawa ochronne: prawa do informacji obejmujące prawo do wglądu do dokumentacji i prawo do otrzymania informacji; prawo grupowe do posiadania przedstawicielstwa w zarządzie; prawa ochronne mniejszości z powództwa o rozwiązanie i kontrolę specjalną oraz prawo do zwołania walnego zgromadzenia; pozostałe prawa do wniesienia powództwa obejmujące prawo zaskarżenia, stwierdzenia nieważności uchwał walnego zgromadzenia i roszczenia dotyczące odpowiedzialności.

nek organu zarządzającego spółki akcyjnej, który miałby raczej możliwość wywierania wpływu w telewizyjnej stacji nadawczej będącej własnością spółki, przeciętny wspólnik wykonuje swoje prawa do współdecydowania z reguły w ramach walnego zgromadzenia, na którym posiada prawo głosu [89]. Prawa do współdecydowania obejmują także, w zależności od porządku prawnego i statutu, powołanie i odwołanie organu zarządzającego i nadzorczego [90]. Należy przy tym uwzględnić, iż w drugim przypadku wpływ pojedynczego akcjonariusza na zarząd spółki jest słabszy, ponieważ ma on tylko pośredni charakter [91]. Ponadto przepisy materialne dotyczące powołania i odwołania organu różnią się w szczegółach w zależności od porządku prawnego i statutu. Wprawdzie powoływanie organu jest regulowane w oparciu o ogólną zasadę, że większość walnego zgromadzenia określa wszystkich członków, jednak od danych postanowień statutu zależy, czy są to wybory proporcjonalne czy też pojedynczym akcjonariuszom lub jednostkom organizacyjnym należy przyznać prawo decydowania o jednym miejscu. Te wielorakie okoliczności prowadzą do tego, iż przy bliższym spojrzeniu domniemane możliwości wpływu pojedynczego akcjonariusza na zarząd spółki okazują się mniej znaczące niż założono.

92. Od struktury spółki należy oddzielić własną strukturę nadawcy telewizyjnego, w której szczególną rolę odgrywa dyrektor programu jako odpowiedzialny kierownik całej redakcji nadawcy telewizyjnego. Jemu z kolei są podporządkowani redaktorzy naczelni odpowiedzialni za poszczególne działy. Do tego dochodzą współpracownicy nadawcy odpowiedzialni za realizację poszczególnych audycji. Osoby te działają mniej lub bardziej niezależnie w ramach zakresu ich własnej odpowiedzialności.

93. Pojedynczy akcjonariusz znajduje się więc na końcu długiego łańcucha decydentów, na których postępowanie może wpływać jedynie warunkowo. Zupełnie zaś nie może przewidzieć, czy współpracownik nadawcy telewizyjnego, czy to umyślnie czy też nieumyślnie, naruszy przepisy i zasady etyki zawodowej obowiązujące przy działalności takich nadawców. Te rozważania pokazują, iż wpływ, który akcjonariusz posiada *w spółce*, niewiele mówi o jego rzeczywistym wpływie *na wewnętrzne procesy nadawcy telewizyjnego*. Sąd odsyłający musiałby ewentualnie zbadać, czy możliwość wpływu pojedynczego akcjonariusza, którą sporna regulacja krajowa

89 — Porównaj. G. Mustaki, V. Engammare, op.cit. (ww. w przypisie 8), s. 189. Jak słusznie stwierdza K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., Köln–Berlin–Bonn–München 2002, s. 837, walne zgromadzenie jest „siedzibą demokracji akcjonariuszy", w której akcjonariusze wykonują swoje prawa odnośnie do spraw dotyczących spółki.

90 — I tak S. Grundmann, op.cit. (ww. w przypisie 13, § 11, pkt 394, s. 180, wskazuje na różnice w poszczególnych państwach członkowskich przy powoływaniu i odwoływaniu organów. Odmienna jest w pierwszym rzędzie kompetencja do powołania organu zarządzającego już z tego względu, że częściowo jest wybierany jednoczłonowy organ zarządzający, częściowo zaś dwuczłonowy. Niezależnie od tego nie we wszystkich państwach członkowskich jest w pierwszym przypadku zapewniona kompetencja walnego zgromadzenia do powoływania i odwoływania członków organu. W drugim przypadku walne zgromadzenie jest w sposób typowy właściwe tylko do powołania organu nadzorczego. Wpływ jest więc tylko pośredni.

91 — Zobacz S. Grundmann, op.cit. (ww. w przypisie 13), § 11, pkt 394, s. 180.

uważa za oczywistą, nie jest w rzeczywistości czysto teoretyczna.

94. Z drugiej strony pojedynczy akcjonariusz mógłby, jak słusznie zauważa rząd grecki, skorzystać ze swoich praw do współdecydowania w celu wprowadzenia jasnych wytycznych co do kształtu programu. Mogłoby to być opracowanie kodeksu postępowania dla pracowników nadawcy telewizyjnego, który zobowiązywałby ich do poszanowania określonych dóbr prawnych o randze konstytucyjnej, jak ochrona dóbr osobistych czy też życia rodzinnego i prywatnego. Wymaganie od organu zarządzającego, aby należący do spółki nadawca telewizyjny wraz z jego pracownikami przestrzegał określonych założeń etycznych, mogłoby redukować ryzyko naruszeń.

95. Wymagałoby to uzgodnionego działania większej liczby akcjonariuszy, ponieważ musiałoby o tym zadecydować walne zgromadzenie. Prawo do zwołania walnego zgromadzenia i wnioskowanie w sprawie porządku obrad zależy jednak, zgodnie z prawem spółek państw członkowskich, od tego, czy udział zainteresowanych akcjonariuszy subskrybowanego kapitału spółki osiągnie określony procent. Zgodnie z art. 55 ust. 1 rozporządzenia nr 2157/2001 w przypadku europejskiej spółki akcyjnej udział ten wynosi przynajmniej 10%. Jednak nawet w przypadku przekroczenia tego progu byłoby wątpliwe, czy odpowiedni środek zapobiegawczy mógłby całkowicie wykluczyć naruszenia ze strony poszczególnych pracowników nadawcy telewizyjnego.

96. Przy badaniu, czy dany środek jest odpowiedni, istotne jest jednak, czy, uwzględniając aspekty przyczynowości i prawdopodobieństwa, środek ten może skierować przebieg zdarzeń w zamierzonym przez państwo członkowskie kierunku. Należy przy tym pozostawić państwom członkowskim pewien zakres swobody odnośnie do prognozy. Z tego powodu środek państwa członkowskiego można by było zakwalifikować jako nieodpowiedni dopiero wtedy, gdyby nie wywierał on żadnych skutków w stosunku do zamierzonego celu [92]. Moim zdaniem założenia ustawodawcze, na których opiera się sporna regulacja krajowa, mają raczej teoretyczny charakter. Zagrożenie grzywną mogłoby wprawdzie prowadzić do tego, że akcjonariusze podejmą środek zapobiegawczy, ale nie może to jednak całkowicie wykluczyć takich naruszeń. Odpowiedniość takiej regulacji do ochrony dóbr osobistych, jak również życia rodzinnego i prywatnego, można jednak potwierdzić w zakresie, w jakim w każdym razie wspiera ona ochronę tych dóbr prawnych.

92 — Podobnie W. Schroeder, *EUV/EGV - Kommentar* (red. R. Streinz), art. 30 WE, art. 52, s. 476.

Niezbędność

97. Zasada proporcjonalności wymaga następnie, w przypadku istnienia większej liczby odpowiednich środków do wyboru, wyboru najmniej obciążającego środka [93].

98. Alternatywnym środkiem w stosunku do nałożenia grzywny byłoby w sektorze medialnym, jak słusznie na rozprawie oświadczył rząd grecki, odebranie przez właściwy dla mediów organ nadzorczy licencji do prowadzenia telewizyjnej stacji nadawczej. Odebranie licencji telewizyjnej stanowi jednak najpoważniejszą sankcję w sektorze medialnym [94], ponieważ jest z nim związany zakaz prowadzenia telewizyjnej stacji nadawczej [95]. W porównaniu z tym jednorazowa grzywna w przypadku naruszenia przepisów ustawowych i zasad etyki zawodowej stanowi jednoznacznie środek mniej obciążający.

99. Powstaje wszelako pytanie, czy jest do pomyślenia w ramach tego rodzaju sankcji regulacja mniej obciążająca.

100. Zagrożenie grzywnami samej spółki akcyjnej – bez rozszerzenia odpowiedzialności – byłoby w zasadzie także odpowiednie do skłonienia jej do przestrzegania przepisów i zasad etyki zawodowej, obowiązujących przy prowadzeniu telewizyjnej stacji nadawczej. Jest jednak wątpliwe, czy osiągnęłoby ono ten sam skutek odstraszający, ponieważ związane byłoby jedynie z finansową stratą spółki. W zależności od sytuacji finansowej, byłaby ona w stanie ponieść taką stratę, nie będąc zmuszoną zmieniać swojego postępowania. Oddziaływania takiej sankcji nie można by ocenić w sposób pewny. W przypadku solidarnej odpowiedzialności wspólników, w którym każdy odpowiada swoim całym majątkiem, jest zupełnie inaczej. Wspólnik

93 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 18 listopada 1987 r. w sprawie 137/85 Maizena, Rec. s. 4587, pkt 15; z dnia 7 grudnia 1993 r. w sprawie C-339/92 ADM Ölmühlen, Rec. s. I-6473, pkt 15; z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-210/00 Käserei Champignon Hofmeister, Rec. s. I-6453, pkt 59; z dnia 7 września 2006 r. w sprawie C-310/04 Hiszpania przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-7285, pkt 97; i z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie C-380/03 Niemcy przeciwko Parlamentowi i Radzie, Zb.Orz. s. I-11573, pkt 144.

94 — Ustawy medialne są w każdym państwie różne. Posiadają jednak wyraźne cechy wspólne. Odebranie pozwolenia nadawania zarządzane jest z reguły jako najpoważniejsza sankcja dopiero w przypadku powtórzenia się naruszenia. Przy pierwszym naruszeniu stosuje się najpierw jego groźbę. Obok odebrania pozwolenia bierze się pod uwagę przejściowe zawieszenie zezwolenia albo nałożenie uzupełniających obowiązków. Niektóre ustawy medialne przyznają instytucjom medialnym, sprawującym nadzór nad prywatnymi stacjami radiowymi, możliwość nałożenia grzywny (por. F. Kühn, *Rundfunkrecht in Indien und Deutschland*, Berlin 2006, s. 208; J. Bayer, T. Ricke, Die Medienaufsicht in Ungarn, *Medien und Recht International*, 2009, s. 32 i nast.; H. Kieselring, *Das Frensehrecht Spaniens*, Frankfurt am Main 2002, s. 159 ; E.O. Ruhle, N. Freund, D. Kronegger, M. Schwarz, Das neue österreichische Telekommunikations–und Rundfunkrecht, Wien 2004, s. 268).

95 — To powoduje z drugiej strony konsekwencje z zakresu praw człowieka, przede wszystkim odnośnie do poszanowania wolności mediów. Artykuł 10 ust. 1 zdanie trzecie EKPC daje wprawdzie państwom możliwość wprowadzenia zezwolenia (licencji), aby w ten sposób np. kontrolować radio i telewizję na swoim obszarze, ale zezwolenia i inne ograniczenia muszą odpowiadać wymogom ust. 2. Postanowienie to mówi, iż różne media mogą podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego, ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

byłby prędzej skłonny do podjęcia czegoś, aby uniknąć odpowiedzialności. Stąd też oba podejścia nie mogą być traktowane jako jednakowo skuteczne.

Współmierność

103. Ostatecznie nałożone obciążenia muszą być współmierne do zamierzonych celów [96].

101. Rozważyć należałoby raczej zróżnicowane podejście, które uwzględniałoby okoliczności danego przypadku. Stosownie do niego mogłaby być przewidziana odpowiedzialność tylko tych akcjonariuszy, którym można by przypisać konkretne naruszenie. Ze względu na fakt, iż grzywna stanowi sankcję, konieczne jest zachowanie sprzeczne z prawem, które można przypisać danej osobie. Odpowiednia zmiana wyłączyłaby karanie akcjonariuszy, którzy być może chcieliby podjąć środki dla niedopuszczenia do naruszenia, nie są jednakże w stanie, ani pojedynczo, ani w ramach wspólnej inicjatywy. Obecnie obowiązująca regulacja obejmuje mianowicie, ze względu na jej szeroki zakres stosowania, także właśnie tych akcjonariuszy. Bardziej zróżnicowane podejście nie tylko ograniczałoby mniej swobodę przedsiębiorczości, lecz również osiągało ten sam skutek co obecnie obowiązujące. Dokładne sformułowanie tej regulacji leży w kompetencji krajowego ustawodawcy.

104. Odnośnie do ochrony dóbr prawnych o randze konstytucyjnej, jak prawo do ochrony dóbr osobistych czy też życia rodzinnego i prywatnego, należy, moim zdaniem, pozostawić ustawodawcy krajowemu pewien zakres uznania [97]. Ten zakres uznania nie może jednak iść tak daleko, by akcjonariusze byli odpowiedzialni za naruszenia, których nie można im przypisać. Ponadto, ze względu na szczególne struktury w spółce i telewizyjnej stacji nadawczej, nie można takich naruszeń całkowicie wykluczyć. W tym przypadku swoboda przedsiębiorczości jest więc bardziej ograniczona, niż jest to dla ochrony wyżej wymienionych dóbr prawnych bezwarunkowo konieczne.

105. O ile można założyć, że sporna regulacja krajowa ma zasadniczo na celu skłonienie akcjonariuszy do podjęcia środków zapobiegających, byłoby sensowniejsze pociąganie do odpowiedzialności jedynie tych akcjonariuszy, którzy nie tylko mają niewątpliwy

102. W związku z tym sporna regulacja krajowa nie może zostać uznana jako konieczna dla osiągnięcia zamierzonego celu.

96 — Zobacz w szczególności ww. w przypisie 93 wyroki w sprawach: Maizena, pkt 15; ADM Ölmühlen, pkt 15; Käserei Champignon Hofmeister, pkt 59; Hiszpania przeciwko Radzie, pkt 97; jak również Niemcy przeciwko Parlamentowi i Radzie, pkt 144.

97 — Trybunał przyznał, iż państwa członkowskie dysponują zakresem uznania odnośnie do wyboru odpowiednich środków zapobiegających naruszeniom swobód podstawowych, uzasadniając to tym, iż tylko one posiadają kompetencję w zakresie utrzymania bezpieczeństwa publicznego i porządku (zob. wyrok z dnia 9 grudnia 1997 r. w sprawie C-265/95 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-6959, pkt 33).

wpływ na spółkę, ale również na jej organ zarządzający, i w związku z tym pośrednio na samych decydentów nadawcy telewizyjnego. Przy udziale w wysokości jedynie 2,5% w kapitale spółki jest to wątpliwe. Jak już wyżej wspomniano, wątpliwe jest już, czy pojedynczy wspólnik jest w stanie sam doprowadzić do podjęcia środków w celu zaniechania naruszeń ustaw i zasad etyki zawodowej obowiązujących przy prowadzeniu telewizyjnych stacji nadawczych.

106. W związku z tym nałożone obciążenia nie są współmierne do zamierzonych celów.

107. Rekapitulując, dochodzę do wniosku, iż sporna regulacja krajowa nie może być oceniona jako proporcjonalna. Opiera się ona na wyważeniu między swobodą przedsiębiorczości jako swobodą podstawową i prawem podstawowym do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, które nie odpowiada prawu wspólnotowemu.

iv) Wniosek pośredni

108. Rekapitulując, należy stwierdzić, że krajowa regulacja taka jak art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/1995 jest niezgodna z art. 43 WE i 48 WE.

c) Swoboda przepływu kapitału

i) Możność zastosowania art. 56 WE

109. Kwestię zgodności z postanowieniami dotyczącymi swobody przepływu kapitału należy poruszyć poniżej tylko o tyle, o ile sporny przepis krajowy może zawierać ze względu na te postanowienia traktatu samodzielne ograniczenie, a postanowienia traktatu dotyczące swobody przedsiębiorczości nie znajdują zastosowania [98].

110. Z uwagi na moje wywody w pkt 63–66 tej opinii, dotyczące zakresu stosowania art. 43 WE i art. 48 WE, badanie w oparciu o art. 56 WE okazuje się konieczne tylko ze względu na tych wspólników, którzy wprawdzie posiadają udział w kapitale spółki ponad 2,5%, ale mimo to nie dysponują udziałem umożliwiającym im wywieranie niewątpliwego wpływu na decyzje spółki i stanowienie o jej działalności [99].

98 — Zobacz ww. w przypisie 45 wyrok w sprawie X i Y, pkt 66.

99 — Zobacz ww. w przypisie 45 wyroki w sprawach: X i Y, pkt 68; i Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 35–39.

ii) Ograniczenie swobody przepływu kapitału

111. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem [100] art. 56 ust. 1 WE zawiera ogólny zakaz ograniczeń przepływu kapitału między państwami członkowskimi.

– Artykuł 56 WE jako szeroko ujęty zakaz ograniczeń

112. Ze względu na brak w traktacie WE definicji pojęcia „przepływ kapitału" w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE Trybunał przyznał już wcześniej charakter wskazówek nomenklaturze z załącznika do dyrektywy Rady 88/361/EWG z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 traktatu (artykuł ten został przez Traktat Amsterdamski uchylony) [101]. „Ruchami kapitału" w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE są, odpowiednio, w szczególności inwestycje bezpośrednie w formie udziału w przedsiębiorstwie poprzez posiadanie akcji, który stwarza możliwość faktycznego uczestniczenia w zarządzaniu spółką i jej kontroli (tzw. inwestycje bezpośrednie), jak również nabycie papierów wartościowych na rynku kapitałowym jedynie z zamiarem lokaty pieniędzy bez zamiaru wpływania na zarządzanie i kontrolę przedsiębiorstwa (tzw. inwestycje portfelowe) [102].

113. Odnośnie do tych obu form inwestycji Trybunał stwierdził, że jako „ograniczenia" w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE należy traktować krajowe regulacje, które mogą stanowić przeszkodę lub ograniczać nabycie akcji w danych spółkach lub zniechęcać inwestorów z innych państw członkowskich do inwestowania w kapitał tego przedsiębiorstwa [103].

100 — Zobacz wyroki: z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-483/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-4781, pkt 35, 40; ww. w przypisie 66 w sprawie Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, pkt 38, 43; z dnia 28 września 2006 r. w sprawach połączonych C-282/04 i C-283/04 Komisja przeciwko Niderlandom, Zb.Orz. s. I-9141, pkt 18; ww. w przypisie 45 w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 17. To samo musiałoby zresztą obowiązywać dla art. 40 Porozumienia o EOG, któremu odpowiada w treści art. 56 WE. Jak stwierdził Trybunał EFTA w wyroku z dnia 23 listopada 2004 r. w sprawie E-1/04, Fokus Bank, Report of EFTA Court, s. 11, pkt 22, 23, z odesłaniem do wyroku Trybunału z dnia 23 września 2003 r. w sprawie C-452/01 Ospelt and Schlössle Weissenberg, Rec. s. I-9743, pkt 28, oraz do opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa z dnia 10 kwietnia 2003 r. w tej samej sprawie, pkt 72, 73), postanowienia dotyczące swobody przepływu kapitału są w swej istocie identyczne w traktacie WE i w porozumieniu o EOG.

101 — Dz.U. L 178, s. 5.

102 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 16 marca 1999 r. w sprawie C-222/97 Trummer i Mayer, Rec. s. I-1661, pkt 21; ww. w przypisie 100 w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 36, 37; ww. w przypisie 66 w sprawie Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, pkt 39, 40; a także ww. w przypisie 100 w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 19.

103 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-367/98 Komisja przeciwko Portugalii, Rec. s. I-4731, pkt 45; ww. w przypisie 100 Komisja przeciwko Francji, pkt 41; z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-174/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-4933, pkt 30, 31; z dnia 19 stycznia 2006 r. w sprawie C-265/04 Bouanich, Zb.Orz. s. I-923, pkt 34, 35; ww. w przypisie 100 Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 20; a także ww. w przypisie 45 w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 19.

114. Jak już wskazano [104], ryzyko osobistej współodpowiedzialności może wpływać na potencjalnych inwestorów odstraszająco, ponieważ udział w takim przedsiębiorstwie jest związany z dodatkowym ryzykiem finansowym, które przekracza zwykłe ryzyko inwestycyjne. W tym kontekście należy ponownie odesłać do stwierdzeń sądu odsyłającego, według których rozszerzenie odpowiedzialności na wspólników czyni zakup akcji takich spółek jak w przypadku skarżącej także nieatrakcyjnym.

115. Zgodnie z reprezentowaną do tej pory przez Trybunał szeroką definicją należałoby w niniejszej sprawie potwierdzić istnienie ograniczenia w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE.

— Możliwość teleologicznego zawężenia zakazu ograniczeń

116. Tak samo jak w związku ze swobodą świadczenia usług Trybunał w swoim dotychczasowym orzecznictwie sugerował również w odniesieniu do swobody przepływu kapitału możliwość teleologicznego zawężenia zakazu ograniczeń [105]. Ze względu na bardzo daleko idącą konwergencję swobód podstawowych można by więc także w zakresie swobody przepływu kapitału przeprowadzić teleologiczne zawężenie zakazu ograniczeń i odpowiednio do tego dokonać rozróżnienia, czy dana krajowa regulacja stwarza „przeszkody w dostępie" czy też ustanawia jedynie „warunki lokalizacji". Różna wykładnia obu swobód podstawowych będzie z konieczności prowadzić do sprzeczności w ocenie traktowania wielkich i drobnych akcjonariuszy, ponieważ w sytuacji, gdy wielcy akcjonariusze nie mogliby się powoływać na swobodę przedsiębiorczości, drobni akcjonariusze mogliby występować przeciwko spornej regulacji krajowej, powołując się na występowanie ograniczenia swobody przepływu kapitału. Jeżeli wielkim akcjonariuszom nie wolno ze swobód podstawowych wyprowadzać prawa do zbliżenia warunków lokalizacji [106], to tym bardziej nie powinni mieć tej możliwości drobni akcjonariusze. Dla różnorodnego traktowania obu kategorii akcjonariuszy nie ma ponadto żadnej podstawy, ponieważ znajdują się one w dokładnie takiej samej sytuacji.

117. Odnośnie do samej spornej regulacji krajowej należy stwierdzić, że sama w sobie nie zawęża ona możliwości posiadania przez akcjonariuszy udziału w spółce, ażeby

104 — Zobacz pkt 68 niniejszej opinii.

105 — Zobacz przypis 66 niniejszej opinii.

106 — W pkt 74 niniejszej opinii stwierdziłam w związku ze swobodą przedsiębiorczości, iż ta swoboda podstawowa nie powinna być instrumentem modyfikowania przez podmioty gospodarcze swoich warunków lokalizacji w stosunku do konkurentów krajowych. Musi to odnosić się również do zakresu swobody przepływu kapitału.

stworzyć lub utrzymać z nią trwałe i bezpośrednie więzi gospodarcze, umożliwiające im skuteczną partycypację w jej zarządzaniu lub kontroli. Dla napływu inwestycji bezpośrednich nie zostały bowiem stworzone ani prawne, ani faktyczne przeszkody. Regulacja ta nie normuje także szczegółowo rodzaju i warunków inwestycji w spółkach na obszarze greckiego sektora medialnego. Należy już raczej, odpowiednio do moich wcześniejszych wywodów [107], zaliczyć sporną regulację krajową do kategorii „warunków lokalizacji", która, przy założeniu przyjęcia zawężającej wykładni teleologicznej, nie stanowiłaby ograniczenia w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE.

118. Jak już przedstawiłam [108], nie ma jednakże, pomijając pojedyncze przypadki, wskazówek co do tego, iż Trybunał byłby skłonny odstąpić od swojej dotychczasowej szerokiej wykładni pojęcia ograniczenia. Dlatego dalsze rozważania opierają się o koncepcję szeroko ujętego zakazu ograniczeń.

119. Istnieje zatem ograniczenie swobody przepływu kapitału. Należy więc zbadać, czy jest ono uzasadnione i czy jest zgodne z zasadą proporcjonalności.

iii) Uzasadnienie

— Ochrona praw podstawowych jako uzasadniony interes

120. Jeżeli sporna regulacja krajowa ma na celu ochronę prawa podstawowego do poszanowania życia prywatnego, to zmierza ona do uznanego przez porządek unijny celu, i w związku z tym do celu zgodnego z prawem, który może co do zasady uzasadniać ograniczenie [109].

— Badanie proporcjonalności

121. W zakresie, w jakim zgodnie z tą regulacją odpowiedzialność ponoszą również ci wspólnicy, którzy nie wywierają niewątpliwego wpływu na decyzje spółki, regulacja ta okazuje się nieodpowiednia dla ochrony wyżej wymienionych dóbr prawnych, tym bardziej że ta kategoria wspólników może niewiele przedsięwziąć, aby zaniechano naruszeń przepisów ustawowych i zasad etyki zawodowej obowiązujących przy prowadzeniu telewizyjnych stacji nadawczych.

107 — Zobacz pkt 76 niniejszej opinii.
108 — Zobacz pkt 78 niniejszej opinii.
109 — Zobacz pkt 85 niniejszej opinii.

122. W związku z tym, że byłyby możliwe mniej radykalne środki, które prowadziłyby do tego samego skutku – w pierwszym rzędzie nałożenie odpowiedzialności na tych wspólników, którzy mają rzeczywisty wpływ na organ zarządzający spółki czy też na struktury decyzyjne nadawcy telewizyjnego lub na tych, którym naruszenie może być rzeczywiście przypisane – odpowiedzialność relewantnej tutaj grupy wspólników również nie może być uznana za niezbędną.

123. Wątpliwości, które zostały wyrażone w związku z ograniczeniem swobody przedsiębiorczości, w całości dotyczą swobody przepływu kapitału. Ograniczenie tej swobody podstawowej, bez jego przyczyniania się do ochrony prawa podstawowego, nie odpowiada wymogowi współmiernego charakteru. Swoboda przepływu kapitału chroni bowiem wyłącznie tych wspólników, którzy nie są w stanie wywierać niewątpliwego wpływu na decyzje spółki i stanowić o jej działalności. Możliwość nałożenia na nich pomimo tego grzywny jest niewspółmiernym ograniczeniem tej swobody podstawowej.

124. W związku z tym sporną regulację krajową należy w całości ocenić jako nieproporcjonalną. Opiera się ona na wyważeniu między swobodą przepływu kapitału jako swobody podstawowej a prawem podstawowym do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, które nie odpowiada prawu wspólnotowemu.

iv) Wniosek pośredni

125. Rekapitulując, należy stwierdzić, że regulacja krajowa taka jak art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/1995 jest niezgodna z art. 56 ust. 1 WE.

VII — Wnioski

126. W świetle powyższego wywodu proponuję Trybunałowi, aby odpowiedział na pytania prejudycjalne przedstawione przez Symvoulio tis Epikrateias w sposób następujący:

1) Pierwsza 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 ust. 2 traktatu w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich, dopuszcza taką regulację krajową jak art. 4 ust. 3 ustawy nr 2328/1995, zgodnie z którą grzywny przewidziane w ustępach poprzedzających tego artykułu za naruszenia przepisów ustawowych i zasad etyki zawodowej obowiązujących przy prowadzeniu telewizyjnych stacji nadawczych nakładane są wspólnie i solidarnie nie tylko na spółkę posiadającą pozwolenie na utworzenie i prowadzenie telewizyjnej stacji nadawczej, lecz również na wszystkich akcjonariuszy, którzy posiadają udział w akcjach wyższy niż 2,5%.

2) Natomiast art. 43 WE, 48 WE i 56 WE nie zezwalają na taką regulację krajową jak opisana powyżej w pkt 1.