

*Leszek Michalczyk**

Europejska spółka prywatna jako próba ujednoczenia sektora MŚP w UE¹

Wstęp

Twórcy koncepcji europejskiej spółki prywatnej (ESP) postawili sobie za cel powołanie do życia paneuropejskiego podmiotu gospodarczego, którego celem działań miało być ułatwienie sektorowi MŚP prowadzenia działalności gospodarczej obejmującej wewnątrzunijny, międzynarodowy obrót handlowy. Koncepcja ta napotkała jednak silny opór państw członkowskich, zwłaszcza wysoko rozwiniętych, obawiających się odpływu rodzimego kapitału inwestycyjnego. Opór ten spowodował, że pierwotne ujęcie integrystyczne zostało w dużym stopniu zastąpione przez krajowe, odrębne rozwiązania stosowane w prawie gospodarczym². Niniejszy artykuł omawia podstawę prawną ESP, jaką było rozporządzenie Rady w sprawie statutu europejskiej spółki prywatnej, i dokonuje analizy tych jej elementów, które spotkały się z dużą kontrargumentacją ze strony państw członkowskich. Poniższa analiza jest kontynuacją wątków poruszanych w innych publikacjach autora związanych z konkurencją podatkową oraz inwestycyjną występującą między państwami UE³.

* Dr **Leszek Michalczyk** – adiunkt, Uniwersytet Jagielloński, Instytut Ekonomii i Zarządzania.

¹ Stan prawny na dzień 31.12.2013. Ilekroć w treści niniejszego artykułu wspomina się rozporządzenie (bez konkretnego odwołania się do odrębnego przepisu prawa), należy pod tym terminem rozumieć projekt rozporządzenia Rady w sprawie statutu europejskiej spółki prywatnej. W artykule autor powołuje się również na Rezolucję legislacyjną Parlamentu Europejskiego z dnia 10.03.2009 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Rady w sprawie statutu europejskiej spółki prywatnej (Dz. Urz. UE. C. 2010.87E.300).

² Zgodnie z art. 352 TFUE Rada przyjmuje przepisy na zasadzie jednomyślności.

³ Pozostałe artykuły to: L. Michalczyk, *Ochrona konsumenta w aspekcie tworzenia prawa konsumenckiego w UE*, „Zeszyty Naukowe Kolegium Gospodarki Światowej

Kontrowersje na linii cele integrystyczne–cele rozwoju gospodarczego poszczególnych państw spowodowały opór wobec pierwszych propozycji konstytuujących ustrój organizacyjny ESP, zwłaszcza najbardziej rozwiniętych gospodarczo państw Wspólnoty. Protesty Niemiec co do wysokości minimalnego wkładu co najmniej na poziomie 8 tys. euro czy protesty Austrii, Holandii (ale również m.in. Węgier) co do możliwości rozdzielenia siedziby rzeczywistej od statutowej spowodowały znaczące odejście projektu rozporządzenia z końca 2009 r. od założeń z przełomu wieków.

W sytuacji, gdy proponowane jeszcze w latach 60. XX w. ujednoczenie prawa o spółkach mających siedzibę i prowadzących działalność na terenie EWG (WE/UE) okazało się nierealne⁴, zmieniono orientację i zamiast – jak dotychczas – forsować działania w kierunku przekształcania już istniejących podmiotów, wskazano na potrzebę tworzenia nowej struktury „spółek przyszłości”. Specyfiką podejścia do problematyki prawa o spółkach stosowanego przez Brukselę jest wykorzystywanie dwóch typów dostępnych narzędzi ujednoczających:

- dyrektyw jako narzędzia wskazującego cele, które mają być realizowane przez ustawodawstwa krajowe,
- wprowadzenie sądowego nadzoru zgodności krajowego prawa o spółkach z ustawodawstwem unijnym.

Proces tworzenia podmiotu typu ESP⁵ miał być odpowiedzią na zgłoszony przez zwolenników umacniania integracji europejskiej postulat unifikowania form organizacyjnych działalności gospodarczej. Skoro, na co zwraca się w kręgach prawniczych dość powszechnie uwagę, brak jest realnej, skutecznej możliwości kompleksowej, wielopłaszczyznowej harmonizacji prawa spółek (czy nawet prawa gospodarczego jako całości), należy powołać do życia nowy typ podmiotu gospodarczego. Ten nowy typ podmiotu już w swym statucie miałby zawierać elementy ogólnoeuropejskie, identyczne organizacyjnie bez względu na krajowy domicyl prawny – oczywiście, o ile ten ostatni jest zlokalizowany w państwie członkowskim.

SGH” 2012, nr 1, s. 94–107; L. Michalczyk, *SEPA Migration w aspekcie unijnej Dyrektywy o Usługach Płatniczych*, „Pieniądze i Więź” 2012, nr 3(56), s. 102–108; L. Michalczyk, *Ekonomiczne i społeczne aspekty konkurencji podatkowej w Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” (w druku).

⁴ Analizy przyczyn szerzej w np.: T. Baums, S. Sołtysiński, *Projekt europejskiej ustawy modelowej o spółkach*, „Przegląd Prawa Handlowego”, styczeń 2009, s. 7 i n.; J. Wouters, *European Company Law: Quo Vadis?*, „Common Market Law Review” 2000, nr 37, s. 275.

⁵ Obok: spółki europejskiej, spółdzielni europejskiej i europejskiego zgrupowania interesów gospodarczych.

Celem wdrożenia do życia gospodarczego organizacji typu ESP jest poszukiwanie rozwiązań wzmacniających prywatny biznes sektora MŚP, analogicznie jak w wypadku dużych przedsiębiorstw ma to miejsce w tworzonej formie organizacyjnej spółki europejskiej⁶. Z drugiej strony jest to jednak również dążenie do wzmocnienia poziomu integracji europejskiej w tym sektorze działalności gospodarczej, tym bardziej istotnym, że ok. 98–99% wszystkich podmiotów gospodarczych na terenie UE klasyfikuje się do sektora MŚP i mikroprzedsiębiorstw. Przy czym zaledwie co 10 z nich prowadzi międzynarodową działalność handlową w ramach UE, a co 20 z kolei jest powiązany w strukturze spółek zależnych bądź *joint-ventures*⁷.

Wdrożenie projektów prawnych umożliwiających powstanie ESP jest elementem pakietu działań wspierających sektor MŚP na terenie UE. Ten pakiet zdefiniowano w ramach programu *Small Business Act for Europe* (SBA)⁸.

Definicja sfery MŚP wynika z zapisów Zalecenia Komisji 2003/361/WE z 6.05.2003 r. dotyczącego definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw⁹, a więc przedsiębiorstw zatrudniających do 250 pracowników oraz o rocznych przychodach do 50 mln euro lub wartości strony bilansowej do 43 mln euro (w zastosowaniu definicyjnym obowiązującym w ustawodawstwie wspólnotowym od 1 stycznia 2005 r.¹⁰).

Dotychczas nie wypracowano jednolitego, ostatecznego stanowiska jurysdykcyjnego co do struktury organizacyjnej i wymogów legislacyjnych związanych z powstaniem i funkcjonowaniem europejskiej spółki prywatnej. Główne punkty rozbieżności dotyczą wysokości minimalnego kapitału zakładowego, siedziby rzeczywistej i statutowej oraz zakresu partycypacji pracowniczej w zarządzaniu przedsiębiorstwem. Są one też

⁶ Por. m.in.: A. Gawrysiak-Zabłocka, *Prawo przedsiębiorczości i prawo spółek*, Warszawa 2010. Ze względu m.in. na wymóg wysokiej wartości kapitału zakładowego ten typ podmiotu okazał się niemożliwy do zaadaptowania dla sektora MŚP.

⁷ Prawodawstwo unijne definiuje trzy typy powiązań strukturalno-organizacyjnych przedsiębiorstw, wyszczególniając przedsiębiorstwa: powiązane, partnerskie i niezależne. Jako kryterium rozróżniające poszczególne grupy przyjmuje się wielkość udziałów innego przedsiębiorstwa w aktywach danego przedsiębiorstwa lub wielkość posiadanych udziałów w innym przedsiębiorstwie. I tak, przedsiębiorstwem powiązanym jest takie, które posiada powyżej 50% udziałów w innym przedsiębiorstwie lub inne przedsiębiorstwo posiada co najmniej 50% udziałów w tym przedsiębiorstwie. Jeśli wielkość udziałów wynosi od 25% do 50% to jest to przedsiębiorstwo partnerskie, a jeśli wielkość udziałów nie przekracza 25% – przedsiębiorstwo niezależne.

⁸ Za: www.mg.gov.pl [dostęp 21.01.2014].

⁹ *Commission Recommendation 2003/361/EC of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises*, OJL 124 z 20.5.2003 r.

¹⁰ Wcześniejsza definicja – por.: zalecenie 96/280/WE.

elementem interesującym z punktu widzenia ścierania się zapisów prawa gospodarczego wspólnotowego, nastawionego na wzmacnianie procesów integracyjnych, z krajowym, dbającym przede wszystkim o lokalny rozwój gospodarczy. W tym wypadku jest to prawo spółek.

1. Integracja unijna prawa o spółkach a struktury krajowych unormowań

Podstawy tworzonej organizacyjno-prawnej struktury gospodarczej zdefiniowanej jako *Societas Privata Europaea* (ESP – europejska spółka prywatna) sięgają prezydencji szwedzkiej i projektu rozporządzenia z 7 października 2009 r., aczkolwiek dyskusje i analizy związane z tworzeniem struktury paneuropejskiej spółki sektora MŚP sięgają lat 70.¹¹, a przyspieszenie prac legislacyjnych datuje się od lat 90. ubiegłego wieku¹².

Wcześniej były to głównie propozycje i lobbing Paryskiej Izby Handlowo-Przemysłowej z 1998 r., wskazujący na potrzebę nadania formy kapitałowej europejskiemu zgrupowaniu interesów realizowanych z wykorzystaniem przedsiębiorstwa o mniejszej wielkości niż spółka europejska¹³. W pierwotnych zamierzeniach miał to być podmiot tworzony w którymkolwiek z krajów wspólnoty w oparciu o powszechniejsze prawo wspólnotowe i bez odwoływania się do lokalnych (zagranicznych z punktu widzenia przedsiębiorcy) uwarunkowań prawnych. Działania takie upraszczałyby system tworzenia grup podmiotów, którego obsługa stawałaby się też tańsza w związku z brakiem konieczności każdorazowego angażowania zespołów prawnych specjalizujących się w różnorodnym prawie poszczególnych państw wspólnoty.

Plany powołania europejskiej spółki prywatnej jako formy organizacyjnej MŚP określono w założeniach 2003 r. (*2003-year Action Plan*) i *Medium Term* na lata 2006–2008. Miała być to osoba prawna, której podstawy prawne funkcjonowania miałyby być oparte wyłącznie na ustawodawstwie wspólnotowym. 1 lutego 2007 r. Parlament Europejski wydał rezolucję obejmującą zalecenia dla Komisji Europejskiej związane ze statutem ESP.

¹¹ Por.: M. Pyka, *Przegląd TBSP Uż*, nr 2/2010, s. 60, www.tbsp.pl [dostęp 22.01.2014].

¹² Było to związane z analizowanym wspólnym projektem dot. spółki europejskiej – por. szerzej: J. Boucourechliev, *Propositions pour une societe fermee europeennee*, Luxembourg 1997.

¹³ W tym zakresie por.: rozporządzenie KE 2157/2001/WE w sprawie statutu spółki europejskiej (Dz. Urz. UE L 294 z 10.11.2001 r., s. 1–21).

Znalazło to też swe miejsce m.in. w uchwalonym przez KE akcie *Small Business Act for Europe* (tzw. SBA) i propozycji legislacyjnej z czerwca 2008 r. oraz projektach prezydencji francuskiej, czeskiej i szwedzkiej, a także rezolucji KE z 1 lutego 2007 r. poświęconej zaleceniom dla KE w sprawie statutu ESP. Projekt KE z 2008 r. zakładał kolejność ważności przepisów mających zastosowanie do funkcjonowania ESP:

- rozporządzenie,
- postanowienia umowy spółki,
- prawo krajowe macierzystego państwa dla siedziby ESP, ale tylko w tym zakresie, do którego upoważniałaby delegacja wynikająca z rozporządzenia, względnie w tych kwestiach, które wykraczałyby poza zakres prawa spółek ujętego w rozporządzeniu.

Kluczowym elementem negocjacji nad projektem rozporządzenia dot. ESP były elementy związane z wysokością minimalnego wkładu udziałowców, testu płynności finansowej, zasad udziału pracowników w organach spółki oraz utrzymania w jednym kraju siedziby statutowej i rzeczywistej.

Zwolennicy koncepcji zmniejszania wysokości obowiązującego minimalnego poziomu kapitału zakładowego podkreślali przede wszystkim cel, jaki przyświecał powołaniu ESP. Było nim uzupełnienie działań dotychczas kierowanych do dużych przedsiębiorstw (tzw. spółka europejska¹⁴, europejska spółka akcyjna) o sektor MŚP (europejska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością). Ścierające się poglądy¹⁵ za czasów prezydencji szwedzkiej ustaliły poziom minimalnej kwoty kapitału zakładowego w wysokości uzależnionej od rozwiązań w danym kraju członkowskim, ale nie większej niż 5 tys. euro¹⁶ (dla spółki europejskiej jest to 120 tys. euro). Należy jednak zaznaczyć, że identyfikując ESP jako typ spółki z ograni-

¹⁴ Na temat spółki europejskiej por szerzej np.: K. Opustil, *Spółka europejska i europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych*, Warszawa 2005; E. Skibińska, *Spółka europejska – podstawowe zasady tworzenia i funkcjonowania*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 12; C. Wallenrohde, *Panuropejskie formy prowadzenia działalności europejskiej*, w: *Działalność gospodarcza w Unii Europejskiej – wybrane zagadnienia*, red. K. Wach, Kraków 2005. Odwołanie do uregulowań prawnych głównie w: rozporządzenie Rady nr 2157/2001/WE z 8.10.2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (Dz. Urz. UE L 294 z 10.11.2001 r., s. 1–21); dyrektywa Rady nr 2001/86/WE z 8.10.2001 r. (Dz. Urz. UE L 294 z 10.11.2001 r., s. 22–32).

¹⁵ Szerzej na ten temat w: M. Pyka, op.cit., s. 71. Koncepcje obejmowały poziomy od 1 euro do 8 tys. euro.

¹⁶ Spośród krajów UE minimalny, nie większy niż 5 tys. euro wkład na poczet kapitału zakładowego spółki, konieczny do jej zarejestrowania i pełnoprawnego funkcjonowania, jest wymagany tylko w 10 krajach: Estonii, Rumunii, Bułgarii, Malcie, Cyprze, Litwie, Łotwie, Hiszpanii, Portugalii i Słowacji.

czoną odpowiedzialnością, *implicite* przyjęto odpowiedzialność właścicieli kapitału spółki za jej długi do wysokości ich wkładu kapitałowego w spółce. Spółka ta już na początku swej działalności stanie się niewiarygodna dla kontrahentów w zakresie np. udzielania kredytu kupieckiego¹⁷. Ponadto podmiot ten nie będzie mógł być przekształcony w spółkę akcyjną, a jego aktywa ewentualnie poddane obrotowi giełdowemu (zarówno jako przedmiot ofert publicznych, jak i obrotu publicznego), a także dodatkowym procedurom kontrolnym. Przeciwną, jednakże wątpliwą merytorycznie, bo nieopartą na dowodzie uwzględniającym metodologię naukową, argumentację (*de facto* wysoce życzeniową) w zakresie ochrony wierzycieli wyraziła Komisja Europejska, argumentując, że kapitał zakładowy nie spełnia roli dbania o interesy wierzycieli¹⁸.

W projekcie Komisji Europejskiej z 2008 r. dopuszczono możliwość tworzenia ESP bez równoczesnego uzasadnienia w postaci prowadzenia przez ten typ podmiotu gospodarczego transakcji międzynarodowych. Oznaczało to, że spółka taka może być podmiotem tworzoną przez obywateli danego państwa prowadzących działalność gospodarczą w tymże państwie bez podlegania całościowemu ustawodawstwu gospodarczemu tegoż państwa. Fakt ten możliwy byłby do uzyskania, jeśli spółka utworzona byłaby w innym kraju, chociaż nadal prowadziłyby działalność na terenie dotychczasowym. To wyłączenie spod jurysdykcji danego państwa stanowić mogłoby więc kolejny sposób na np. prowadzenie działalności o charakterze przestępczym, o ile tylko nie byłaby uznana ona za przestępstwo w świetle ustawodawstwa unijnego. Postulowane sposoby tworzenia obejmowały formuły zarówno jako przekształcenie już istniejącego podmiotu gospodarczego, tworzenia fuzji, filii, jak i *ex nihilo*.

Bardzo szeroko projekt rozporządzenia w sprawie ESP postawił kwestię wyznaczenia organów kreujących poszczególne ESP. Spółkę tego typu będą mogły założyć zarówno osoby fizyczne, podmioty gospodarcze krajowe i założone według standardów unijnych (np.: spółdzielnie europejskie,

¹⁷ Brak zaufania do tzw. *letter-box companies* jest znanym i dość powszechnie artykułowanym zjawiskiem, którego przejawem jest m.in. żądanie utrzymywania wysokich wartości akredytyw w międzynarodowych operacjach wymiany handlowej.

¹⁸ Notabene w cytowanym wystąpieniu Komisji Europejskiej wskazano na te elementy, które definiują zakres (poziom) krótkotrwałej kondycji finansowej przedsiębiorstwa, takich jak np. bieżące przepływy pieniężne, abstrahując od np. celów inwestycyjnych zaciągania zobowiązań przez przedsiębiorstwa – szerzej analiza elementów ekonomicznych w: L. Michalczyk, *Znaczenie kategorii czasookresu w definiowaniu wysokości kosztu kapitału własnego*, „Pieniądze i Więź” 2013, nr 3, s. 62, przyp. 2; L. Michalczyk, *Kluczowe narzędzia pomiaru w controllingu finansowym – ujęcie teoretyczne*, „Pieniądze i Więź” 2012, nr 1(54), s. 64–81.

europejskie ugrupowania interesów gospodarczych, spółki europejskie), w tym również inne europejskie spółki prywatne. Powstanie ESP będzie mogło się odbyć także przez przekształcenia już istniejących spółek, ich podział lub łączenie. Jej rejestracja ma odbywać się w oparciu o unormowania pierwszej dyrektywy (68/151/EWG).

ESP adresowana jest do sektora MŚP¹⁹ jako forma paneuropejskiej organizacji wzmacniającej wewnątrzspółnotowe przepływy towarów, usług i kapitałów. W założeniach ESP ma być spółką zamkniętą²⁰. Jak słusznie zauważyła K. Bilewska, forma organizacyjna ESP ma umożliwić prywatnym przedsiębiorcom sektora MŚP ekspansję na rynki innych państw wspólnoty²¹. Ma ona uzyskać charakter podmiotu typu „spółka z o.o.”, która jednak będzie podlegać wyłącznie prawu wspólnotowemu, przy niemalże całkowitym wyłączeniu jej spod prerogatyw prawa krajowego.

Niemniej Parlament Europejski uwzględnił funkcję prawa krajowego w szerszym aspekcie niż rola przyporządkowywana mu przez projekt prezydencji szwedzkiej. Dopuszczył obowiązek zgodności uchwał zgromadzenia wspólników z prawem krajowym (obok zgodności ze statutem, umową spółki i rozporządzeniem dot. ESP).

Wiele kontrowersji związanych chociażby z brakiem szczelności prawa w zakresie umożliwienia działań na niekorzyść spółki może wzbudzać uwzględnienie prawa krajowego jako decydującego w kwestii odpowiedzialności członków zarządu (art. 31 ust. 4). Takie „geograficzne” ujęcie w stosunku do identycznego typu organizacyjnego przedsiębiorstw może skutkować powstaniem działań postrzeganych w części państw jako dopuszczalne, a w innych jako wypełniające znamiona przestępstwa gospodarczego. Co prawda, nie można nie zgodzić się też z tezą przeciwną²², że wprowadzenie innego typu rozwiązań mogłoby dyskryminować czy to ESP, czy też podmioty krajowe, niemniej to właśnie element unifikacyjny (a więc i poniekąd dyskryminujący inne typy podmiotów) leżał u źródeł powołania ETS. Jeśli wierzyciele nie będą mieć wiedzy co do różnicy związanej z uregulowaniami dotyczącymi odpowiedzialności członków zarządu w różnych krajach członkowskich, mogą zostać narażeni na powzięcie potencjalnie niekorzystnych dla siebie działań biznesowych.

¹⁹ Ok. 90% podmiotów gospodarczych funkcjonujących na terenie UE.

²⁰ Według podejścia definiowanego m.in. w: A. Outin, J. Simon, *Pour une société privée européenne*, „Bulletin Joly Societas” 1999, nr 3, s. 341 i n.

²¹ Por.: K. Bilewska, *Europejska Spółka Prywatna*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 3, s. 712–713.

²² Por. m.in.: A.F.M. Dorresteyn, O. Uzjahu-Sanctroos, *The Societas Privata Europea under the Magnifying Glass (part second)*, „European Company Law” 2009, Vol. 6, No. 4, s. 156–157.

Relację ESP do prawa krajowego definiuje przede wszystkim art. 35 rozporządzenia UE, stwierdzający, że ESP winna podlegać normom prawnym kraju rejestracji z wyjątkiem ujęć enumeratywnie wyszczególnionych w rozporządzeniu.

W art. 37 ust. 5 zawarto przesłanki dla tworzenia ewentualnych obstrzeżeń wobec zmiany miejsca działalności ESP. Przyznano je ustawodawstwu krajowym państw dotychczasowej lokalizacji spółki. W tym aspekcie na uwagę zasługują również art. 38 ust. 1 i art. 38 ust. 2, definiujące uprawnienia wybranych organów państw członkowskich stwierdzających dopuszczalność translokacji działalności gospodarczej. Mają one wystawiać zaświadczenia w zunifikowanej dla całej UE formie o dopełnieniu wszelkich obowiązków wobec państwa dotychczasowej lokalizacji działalności ESP, w tym i zatrudnionych pracowników. Nadano również, na podstawie art. 38 ust. 2 lit. a, krajom wcześniejszej siedziby prawo do sprzeciwu wobec relokacji ESP w oparciu o argument interesu publicznego. Taki sprzeciw może być wyartykułowany w terminie do miesiąca od daty wpływu wniosku zarządu ESP o dopuszczenie do relokacji. Relokacja staje się skuteczna w dniu rejestracji ESP w kolejnym państwie wspólnoty.

W aspekcie możliwej relokacji rozróżniono dwa pojęcia, a mianowicie: siedziby statutowej i siedziby zarządu głównego. Dopuszczano możliwość różnych krajów, w których ESP będzie miała siedzibę statutową i siedzibę zarządu głównego. Oznacza to, że mogłyby powstawać wirtualne podmioty wykorzystujące niuanse prawa podatkowego przez stosowanie zabiegów *offshore* oraz transferu zysków²³. Ponadto ESP może tworzyć oddziały w innych państwach członkowskich. Oddziały te podlegać będą unormowaniom prawnym kraju, na terenie którego funkcjonują. Sytuacja taka może legalizować transfer zysków (przez relokację miejsca naliczania kosztów²⁴) do innych państw Wspólnoty.

S. Włodyka zwrócił uwagę na trójwarstwowość stosowanych zasad prawodawstwa krajowego uniemożliwiających integrację systemów prawnych w analizowanym segmencie prawa gospodarczego. To zasady: pomocniczości, proporcjonalności i szczególnego umocowania²⁵.

²³ W zakresie wykorzystania rozwiązań *offshore business* na gruncie polskiego prawa por. szerzej: L. Michalczyk, *Wykorzystanie akumulacyjnej funkcji struktur offshore w realiach polskiego prawa podatkowego*, „Pieniądze i Więź” 2011, nr 4(53), s. 141–153.

²⁴ Na temat sposobów „translokacji” kosztów np. w: L. Michalczyk, *Relacja wybranych segmentów prawa bilansowego z prawem podatkowym*, „Pieniądze i Więź” 2012, nr 3(56), s. 78–87; L. Michalczyk, *Wysokość wyniku finansowego przedsiębiorstw w świetle polskiego prawa bilansowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, R. 74, z. 1, s. 147–165.

²⁵ S. Włodyka, *System Prawa Handlowego*, t. 2B, Warszawa 2006, s. 1064–1065.

Zasada pomocniczości definiuje zakres działań organów UE w kwestiach, w których układy wspólnotowe (traktat lizboński²⁶) promują wyrównywanie rozwoju poszczególnych regionów Wspólnoty. Przy czym ingeruje się tam i wtedy, gdy podmioty gospodarcze nie są sobie same w stanie poradzić (lub gdy domniemuje się, że nie będą sobie w stanie poradzić) z przewyższaniem bieżących problemów związanych z działalnością gospodarczą. Przyjmuje się, że Bruksela będzie angażować się wtedy, gdy zgodnie z literalnym brzmieniem przepisów krajowych poszczególne państwa nie będą w stanie skutecznie reagować, lub gdy dotyczy to działań ponadkrajowych²⁷. E. Popławska wskazała dodatkowo na aspekt racjonalności działań, zdefiniowany jako możliwość skuteczniejszych (np. szybszych, ale również w większym stopniu realizujących cel oraz tańszych) działań z poziomu ponadpaństwowego niż z poziomu poszczególnych krajów członkowskich²⁸. Ta zasada dotyczy więc tego zakresu oddziaływania prawa, które nie znajduje się w wyłącznej kompetencji organów unijnych, ale których realizacja byłaby wskazana z punktu widzenia racjonalności działań²⁹.

Szerszy od zasady pomocniczości zakres ma zasada proporcjonalności. Artykuł 5 akapit 4 traktatu lizbońskiego odniósł ją również do działań zarezerwowanych na wyłączność Brukseli.

Zasada szczegółowego umocowania wymaga z kolei posiadania uprawnień przyznanych danej instytucji decyzją odrębnych postanowień traktatowych.

Artykuł 1 ust. 3 akapit 2 traktatu lizbońskiego obliguje sądy państw członkowskich do interpretacji prawa krajowego zgodnej z prawem unijnym³⁰, przy czym, jak słusznie zauważył K. Opustil, fakt ten nie jest determinowany odniesieniem do potrzeby implementacji prawa

²⁶ Wcześniej traktaty: o Unii Europejskiej i ustanawiający Wspólnotę Europejską (13.12.2007).

²⁷ Na podst.: art. 5–3 traktatu lizbońskiego.

²⁸ E. Popławska, *Zasada subsydiarności w traktatach z Maastricht i Amsterdamu*, Warszawa 2000, s. 50 i n.

²⁹ *Notabene* zasada ta oznacza też, że UE „na zewnątrz” działa na rzecz i w interesie wszystkich państw członkowskich, ale również, że nie ma uprawnień, by zastępować politykę zewnętrzną państw członkowskich w tych jej aspektach, w których państwa te mogą funkcjonować sprawnie i niezależnie. Z reguły na dochowaniu przez poszczególne państwa członkowskie UE tej zasady opierają się oczekiwania np. Polski czy krajów nadbałtyckich w ich relacjach z Rosją, a złamaniem tej zasady była chociażby polityka Niemiec związana z budową gazociągu Nord Stream – por. np.: L. Michalczyk, *Polska a Gazprom w długofalowej koncepcji polskiego bezpieczeństwa energetycznego*, „Polityka Energetyczna” 2011, T. 14, z. 1, s. 91–105.

³⁰ Por.: A. Opalski, *Europejskie Prawo Spółek*, Warszawa 2010, s. 73.

unijnego do prawa krajowego³¹. Oznacza to ni mniej, ni więcej, że jeśli w prawie krajowym nie zaimplementowano danej normy unijnej lub występują zapisy z nią sprzeczne, to i tak decydujący jest zapis prawa brukselskiego. Na gruncie polskim, podobnie jak i w innych państwach, ta wykluczająca suwerenność prawną sytuacja nie jest jednak jednoznaczna.

Bardzo często w literaturze prawniczej zwraca się uwagę na fakt zbyt-niej abstrakcyjności prawnej i oderwania od rzeczywistości w wypadku abstrahowania od ustawodawstw krajowych. Ma to miejsce zwłaszcza w wypadku ustawodawstwa gospodarczego³².

Odniesienie w polskim prawie do jurysdykcyjnych „uprawnień unijnych” opiera się na art. 91 ust. 1 ustawy zasadniczej. W jej myśl ratyfikowane układy międzynarodowe są ujmowane jako równoznaczne z ustawami i rozporządzeniami akceptowanymi przez polski system prawny³³. Oczywiście nadrzędność prawa zewnętrznego nad prawem krajowym jest równoznaczna z brakiem suwerenności danego państwa³⁴. Być może jednak idea chęci bycia Europejczykiem zwycięży nad chęcią bycia Polakiem – w demokracji to większość ma rację, a na postawy większości można wpływać przez odpowiedni system propagandy i szkolnictwa (na wzór niedysyjszego *homo sovieticus*).

Nadrzędność prawa wspólnotowego nad krajowym oznacza niestosowanie tego drugiego, jeśli nie jest literalnie zgodne z prawem unijnym, nawet jeśli tylko pozostawia swobodę interpretacyjną. Prawo krajowe może być szersze, ale nie może być sprzeczne lub dające możliwość odmiennej interpretacji. Supremacja prawa unijnego nad narodowym oznacza tworzenie wykładni opartej na precedensach i odwoływaniu się do pomocy interpretacyjnej ze strony Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

³¹ K. Opustil, *O potrzebie proeuropejskiej wykładni polskiego prawa spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego”, wrzesień 2010, s. 4.

³² Por. np. uwagi w: A. Opalski, op.cit., m.in. s. 606.

³³ *Notabene*: z tego zapisu nie wynika jednak ich nadrzędność nad polskimi, krajowymi ustawami.

³⁴ Bycie członkiem UE jest jednym z najbardziej widocznych oznak różnicy między filozoficzno-semantycznym charakterem pojęć: suwerenność i wolność. W tym układzie można być wolnym, nie będąc równocześnie suwerennym. Z drugiej strony podpisanie traktatu stanowiącego o UE przez prez. Kaczyńskiego, konstytucyjnie zobligowanego do dbania o suwerenność kraju, jest wysoce dyskusyjne i kontrowersyjne w aspekcie jego późniejszego uhonorowania umieszczeniem zwłok w nekropolii królów i w towarzystwie Kościuszki, Piłsudskiego czy Poniatowskiego, gdy na przykład przystępującego do targowicy i podpisującego traktaty rozbiorowe ostatniego króla I Rzeczypospolitej umieszczono w trzeciorzędnej nekropolii.

To ujęcie jest jednak sprzeczne z obowiązującym systemem dyrektywnym opartym na „przedlizbońskich” unormowaniach prawnych. Dyrektywy unijne, co do swego charakteru, wymagają dla uzyskania ważności na terenie danych państw członkowskich przeprowadzenia procedur implementacyjnych. Są one więc wyłącznie projektem norm do rozważenia w krajowych systemach prawnych. Kwestia ta została, co jest istotne w rozważanym aspekcie działalności gospodarczej, rozwiązana zgodnie z postulatami liberalistycznego podejścia w gospodarce. Sprowadza się ona do przyjęcia zasady, w myśl której fakt nieimplementowania konkretnej dyrektywy do ustawodawstwa krajowego nie pozbawia obywatela danego kraju powoływania się na nią, jeśli byłoby to dla niego korzystne. Zgodnie z zasadą nadrzędności prawa unijnego będzie ona traktowana jako najistotniejsza w przewodzie sądowym³⁵, ilekroć to właśnie na nią powołałby się obywatel któregośkolwiek z państw UE.

2. Ponadnarodowe struktury organizacyjne jako narzędzie ujednoczenia organizacji gospodarczych w Europie na przykładzie ESP

Koncepcja tworzenia zunifikowanych form gospodarczych na terenie WE/UE propagowana była od co najmniej początku ubiegłej dekady. Jej wyrazem było powstanie koncepcji trzech form organizacyjno-prawnych działalności gospodarczej:

1. spółki europejskiej,
2. spółdzielni europejskiej,
3. europejskiego zgrupowania interesów.

Obok przyjęcia za miarodajną zasady dominacji prawa unijnego nad prawem stanowionym w krajach członkowskich art. 4 ust. 3 akapit 2 TFUE narzucił państwom członkowskim obowiązek stosowania takich działań, które promowałyby (lub wręcz – wymuszałyby) działania zgodne z koncepcją integracji europejskiej w prawodawstwie krajowym i w stosowanym instrumentarium działalności urzędniczej. Przy czym to, czy dany przepis unijny ma skuteczność bezpośrednią lub wymaga

³⁵ Por. np wyroki: (1) C-19/90 Marina Karell v. Ministry of Industry, Energy and Technology and Organismos Anasygkrotiseos Epicheiriseon, (2) C-20/90 Nicolas Karell v. Ministry of Industry, Energy and Technology and Organismos Anasygkrotiseos Epicheiriseon, (3) C+109/89 Maresing v Espana government. Opis spraw m.in. w: S. Włodyka, op.cit., s. 1071; M. Safjan, I. Hykawy, *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie*, Warszawa 2006, s. 369.

implementacji do prawa krajowego, nie ma tutaj istotniejszego znaczenia³⁶ w związku z faktem, że obywatel występujący przeciwko swojemu państwu i tak może powołać się na ustawodawstwo brukselskie, którego stosowanie w danej kwestii zostanie narzucone państwu w opinii wydanej przez ETS.

Najczęściej w pracach zajmujących się analizami prawnymi dominuje przekonanie dostrzegające podstawy do uznania nadrzędności prawa unijnego nad polskim prawem stanowionym³⁷ w zapisach art. 91 ust. 1 polskiej ustawy zasadniczej³⁸. Na tej podstawie wywodzą oni przekonanie co do nadrzędności prawa unijnego w zakresie „osiedlania się spółek i swobody przepływu kapitału”³⁹. Przy czym „[...] prawo krajowe należy interpretować w [...] sposób [umożliwiający] uzyskanie zgodności z [unijnymi] założeniami swobód”⁴⁰. Wynika to również z przyznania przepisom unijnym normy skutku bezpośredniego. Z kolei zakres prawa o spółkach w poszczególnych państwach członkowskich stał się elementem prawa precedensowego kreowanego przez ETS (Europejski Trybunał Sprawiedliwości). W zamierzeniach ma to zwiększyć efektywność prawa unijnego w krajach członkowskich. Wywodząc domniemanie o większej korzyści dla obywatela z zastosowania prawa unijnego niż prawa krajowego, dowodzi się, że nawet niezaimplementowane lub odmiennie interpretowane w prawie krajowym dyrektywy unijne (które co do zasady nie mają skutku bezpośredniego) mają skutek prawny. Aspekt faktycznej, bezpośredniej skuteczności dyrektyw unijnych, przynajmniej w zakresie prawa o spółkach, był podejmowany wielokrotnie przez ETS. Przykładowo, w oparciu o *casus* *Marin Karell & Nicolas Karell versus Energuand Technologyand Organismos Anasygkrotiseos Epichiriseon*⁴¹, ETS, odpo-

³⁶ Por. K. Oplustil, *O potrzebie proeuropejskiej wykładni polskiego prawa spółek*, „Przegląd Prawa Hsndlowego” 2010, nr 9, s. 4.

³⁷ Por. np. A. Opalski, *op.cit.*, s. 7 i n.

³⁸ Trudno jednak wywodzić nadrzędność prawa unijnego z zapisów stwierdzających wyłącznie dopuszczenie jako pełnoprawnych norm wynikających z ratyfikowanych traktatów międzynarodowych do prawa krajowego. Z faktu, że jakiś przepis jest elementem ustroju prawnego nie można *explicite* wywodzić, że jest on nadrzędny wobec innych elementów tego ustroju.

³⁹ A. Opalski, *op.cit.*, s. 7.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 8.

⁴¹ Sprawy: C-19/90 i C-20/90; orzeczn. 1991, s. I-2691. Powód przed sądem greckim oparł się na zapisach art. 25 ust. 1 drugiej dyrektywy w reakcji na komisaryczne przejęcie i administracyjne dokapitalizowanie prywatnej, podlegającej restrukturyzacji spółki, gdy podnoszony przepis prawa wspólnotowego gwarantuje Walnemu Zgromadzeniu Akcjonariuszy bądź Udziałowców spółki wyłączność uprawnień do decydowania o podwyższeniu kapitału zakładowego.

wiadając na zapytanie sądu greckiego, wskazał na naruszenie drugiej dyrektywy jako efekt działań administracji krajowej (tu: greckiej). Uznano, że prawo krajowe nie może być interpretowane w sposób podważający skuteczność lub intencjonalność prawa wspólnotowego, nawet jeśli oparte jest ono wyłącznie na zapisach dyrektyw unijnych.

Analizując unijne prawo spółek, a w tym aspekcie wykładnię ETS zmierzającą do wyznaczenia nadrzędności prawa wspólnotowemu nad prawem krajowym, można wskazać odpowiedź na zapytanie związane ze sprawą *Marleasing SA versus La Comercial International de Alimentacion SA*⁴². W sprawie związanej z pozorowanym założeniem spółki na niekorzyść wierzycieli, której fakt zaistnienia został na podstawie art. 1261 i 1275 hiszpańskiego kodeksu cywilnego unieważniony, działanie administracji hiszpańskiej zostało zakwestionowane na podstawie braku enumeratywnego ujęcia w art. 11 pierwszej dyrektywy⁴³. Analizowana nieważność (zarówno względna, jak i bezwzględna) czynności prawnej zawarcia spółki znalazła też swe ujęcie w innych niż wyżej wymienione opracowaniach. Przykładowo, J. Napierała⁴⁴, analizując art. 11 ak. 1 pkt 2 pierwszej dyrektywy, wywodzi uprawnienie państw członkowskich do unieważniania zawarcia umowy spółki tylko w elementach enumeratywnie wymienionych. Podobnie S. Włodyka odnosi się do analizowanej kwestii⁴⁵.

3. Projekt funkcjonowania ESP

Projekt ESP prezydencji szwedzkiej zdefiniował formę organizacyjną europejskiej spółki prywatnej. Przyjęto, że ESP mogą tworzyć zarówno osoby prawne, jak i fizyczne, niemniej sam podmiot winien mieć formę osoby prawnej (odpowiednik spółki z ograniczoną odpowiedzialnością). Na podstawie art. 7 zastrzeżono obowiązek użycia w nazwie tego typu podmiotów gospodarczych określenia: „europejska spółka prywatna”. ESP ma podlegać dwóm rejestracjom urzędowym: w rejestrze właściwym z punktu widzenia siedziby spółki oraz w centralnym, ogólnoeuropejskim rejestrze spółek (tzw. Rejestrze Unii Europejskiej). W art. 8 powiązано kraj przyszłej siedziby z miejscem rejestracji działalności, przy czym, na podstawie art. 6, siedzibą spółki ma być miejsce siedziby jej zarządu zlokalizowane na terenie któregoś z państw członkowskich UE. Jednakże

⁴² Wyrok w sprawie C-106/89 – orzeczenie ETS 1990, s. I-4135.

⁴³ Szerzej opis przypadku w: M. Safjan, I. Hykawy, op.cit., s. 369.

⁴⁴ Por.: J. Napierała, *Europejskie Prawo Spółek*, Warszawa 2006.

⁴⁵ Por.: S. Włodyka, op.cit., s. 1072 i n.

istnieje możliwość przeniesienia siedziby ESP do innego państwa członkowskiego pod warunkiem, że nie narusza to interesów wierzycieli.

Jedynym dokładnie określonym elementem będącym wymogiem narzuconym przez ustawodawcę jest, w oparciu o art. 15 ust. 1, wymóg dokładnego zdefiniowania wysokości udziału wspólników w zyskach spółki. Przy czym udział w zyskach nie musi być powiązany z posiadanymi udziałami w kapitale spółki. Minimalna wartość wnoszonego przez wspólników kapitału zakładowego, zgodnie z art. 19, została uzależniona od decyzji państw członkowskich (do 5 tys. euro), a przy jej braku ma wynosić 1 euro.

Artykuł 24 ust. 4 i art. 27 ust. 1c wskazały kraje członkowskie jako kompetentne do ustalenia reguł związanych z funkcjonowaniem zarządu ESP przy zagwarantowaniu praw właścicieli kapitału. Skutkuje to brakiem różnic w tym aspekcie w stosunku do spółek rodzimego prawa krajowego. Decyzje zgromadzenia wspólników winny być zgodne z umową spółki, rozporządzeniem w sprawie ESP oraz prawem krajowym, co wynika z zapisów art. 27 ust. 4 projektu KE.

By zapobiec próbom ograniczenia praw dotychczasowych pracowników przez relokację podmiotu gospodarczego do innych państw członkowskich, wprowadzono rozwiązania nawiązujące do zasad partycypacji pracowniczej w zarządzaniu przedsiębiorstwem (spółką)⁴⁶. Przykładem może być art. 35a ust. 2 lit. c definiujący sposób wyboru przedstawicieli pracowników do organu negocjacyjnego. Brak skuteczności negocjacji między pracownikami a pracodawcą skutkować ma, zgodnie z art. 35a lit. f, zastosowaniem przepisów prawa krajowego obejmującego ten aspekt działalności przedsiębiorstwa. W wypadku relokacji jako efektu transgranicznego łączenia spółek przyjmuje się jako wykładnię prawa w tym aspekcie dyrektywę 2005/56/WE.

Sprawozdawczość finansowa prowadzona przez ESP ma być oparta o przeliczniki w walucie unijnej. Niemniej ESP zlokalizowane w państwach stosujących waluty krajowe może być zobowiązane, z uwzględnieniem zapisów art. 43 ust. 1 i art. 43 ust. 2, przez państwo lokalizacji spółki do prowadzenia księgowości i sprawozdawczości finansowej w oparciu o krajową walutę. W takim wypadku obowiązuje stosowanie obu walut równocześnie.

⁴⁶ Por. K. Bilewska, *Europejska Spółka Prywatna*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 3, s. 763 i n.

Zakończenie

Omawiany projekt unijnego rozporządzenia w sprawie ESP pozostawia poza nawiasem swych rozważań kwestie: prawa podatkowego, prowadzenia ksiąg handlowych (rachunkowości), prawa upadłościowego, jak i uregulowań prawa pracy. Należy więc domniemywać, że uregulowanie tych aspektów funkcjonowania ESP zostanie pozostawione do kompetencji jurysdykcji krajowej państw członkowskich.

Niezrealizowanie założeń integrystycznych w zakresie tworzenia podmiotów gospodarczych sektora MŚP na terenie UE w postaci europejskiej spółki prywatnej jest wynikiem ścierania się przeciwstawnych interesów legislacji krajowych i unijnej, a także obaw związanych z przemieszczaniem się ośrodków organizacyjnych podmiotów gospodarczych. Argumentacja dotycząca różnic między państwami członkowskimi Wspólnoty w zakresie tzw. popierania prywatnego biznesu była i jest postrzegana przez kraje bardziej rozwinięte gospodarczo jako próba zawłaszczenia rodzimego kapitału i jego translokacji na tereny, które mogłyby stwarzać większe możliwości dla efektywnościowych działań ekonomicznych (w zakresie wykorzystania własnych kapitałów przedsiębiorstw). W tym aspekcie głównymi płaszczyznami sporu okazały się:

- wartość kapitału zakładowego spółek – postulaty dotyczące wartości na poziomie 1 euro zostały podniesione do skali od 1 euro do 5 tys. euro w zależności od macierzystego kraju dla danej spółki. Główny, sygnalizowany powód dotyczy zabezpieczenia praw wierzycieli spółki. Jest to o tyle istotne, że ESP ma charakter spółki z ograniczoną odpowiedzialnością,
- prawo swobody transferu działalności organizacyjnej spółek – to głównie postulaty blokowania możliwości tworzenia różnych miejsc siedziby organizacyjnej i siedziby faktycznej działalności gospodarczej,
- poziom partycypacji pracowniczej w zarządzaniu spółką – nadanie przywilejów pracownikom nowych lokalizacji spółki ma ograniczyć dążenie translokacji kapitału, wychodząc z założenia, że biznes lokuje swe udziały w krajach, gdzie maksymalizowana jest efektywność ekonomiczna inwestycji przy minimalizowaniu działań kontrolnych. Pracownicy partycypujący w zarządzaniu przedsiębiorstwem słusznie mogą być postrzegani przez kapitał jako osoby potencjalnie go kontrolujące.

Funkcjonowanie ESP w wersji zakładanej na przełomie ubiegłego i obecnego wieku mogłoby stanowić poważny problem dla krajów o wysokim poziomie obciążenia socjalno-podatkowego działalności gospodarczej. To ujęcie mogłoby spowodować rozwój konkurencji podatkowej między państwa-

mi UE, które musiałyby (zresztą zgodnie z artykułowanym celem UE dot. swobody przemieszczania się kapitału, w tym wypadku inwestycyjnego) redefiniować swe postawy i traktować rodzimy kapitał na równi z kapitałem obcym, którego pozyskanie z reguły stanowi konieczność udzielania ulg podatkowych czy udogodnień infrastrukturalnych. W dłuższej perspektywie czasu mogłoby stać się to kwintesencją konkurencyjnej działalności legislacyjnej w zakresie prawno-podatkowym stosowanej w poszczególnych państwach wspólnoty⁴⁷. Podległość prawno-podatkowym rozwiązaniom kraju macierzystego ESP powiązано więc z projektem rozporządzenia w sprawie ESP na gruncie wspólnotowych dyrektyw 90/435/EWG (dot. spółek dominujących i zależnych), 90/434/EWG (dot. procedur łączenia się spółek) i 2003/49/WE (dot. odsetek i należności licencyjnych).

Abstract

European Private Companies as an Attempt at a Unified SME Sector in the European Union

The article is one in a small cycle of publications in which the author explores legal and economic aspects of operating a business according to EU legislation. In this article, we look at some of the opportunities created by European Private Companies.

The implementation of EPC in the EU reveals efforts to unify the organisational principles of the pan-European market. However, it has certain shortcomings typical of EU legislations resulting from the impossibility (or unwillingness) to take measures more radical than those specified in the regulations for legal norms of EU directives. If it were decided that the existence of such bodies were justified (which does not seem that obvious), decree-based measures should be applied – at least to those international entities which operate within member countries. The analysis conducted in the present article takes into consideration detailed rules of authorization, proportions and subsidiarity. Issues under analysis are illustrated by several cases of EU legal resolutions.

In the section devoted to economic analysis, we propose a number of solutions which could capitalise on the scope of EPC within Poland's economic reality.

⁴⁷ Na temat konkurencji podatkowej w UE por. szerzej: L. Michalczyk, *Ekonomiczne i społeczne aspekty...*, op.cit.