



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIK GENERALNEJ

LAILI MEDINY

przedstawiona w dniu 19 października 2023 r.¹

Sprawa C-276/22

Edil Work 2 S.r.l.,

ST S.r.l.

przeciwko

STE Sàrl,

przy udziale:

CM

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Corte suprema di cassazione (najwyższy sąd kasacyjny, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Swoboda przedsiębiorczości – Artykuły 49 i 54 TFUE – Zakres – Działalność transgraniczna – Prowadzenie działalności w państwie członkowskim innym niż w państwie utworzenia – Lex societatis – Zarządzanie i struktura organizacyjna spółek – Główny przedmiot działalności – Prawo właściwe

1. Spółka włoska, której głównym składnikiem majątkowym był zamek położony we Włoszech, przeniosła swoją siedzibę do Luksemburga. Spółka przekształciła się w luksemburską spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i została ponownie utworzona zgodnie z prawem luksemburskim. Sześć lat później wspólnicy spółki powołali jednego członka zarządu, który z kolei ustanowił pełnomocnika ogólnego. Następnie pełnomocnik ogólny przeniósł własność tego zamku na inną spółkę, ST S.r.l. (zwaną dalej „ST”), która z kolei sprzedała go stronie wnoszącej skargę kasacyjną w postępowaniu głównym, spółce Edil Work 2 S.r.l. (zwaną dalej „Edil Work 2”).

2. Spór w postępowaniu głównym dotyczy zasadniczo ważności tych dwóch przeniesień własności, która zależy od prawa krajowego właściwego dla spornego udzielenia pełnomocnictwa. Gdyby zastosowanie miało prawo luksemburskie, przeniesienia te byłyby ważne na mocy tego prawa; odwrotnie, gdyby zastosowanie miało prawo włoskie, przeniesienia te byłyby nieważne na mocy przepisu, zgodnie z którym pełnomocnictwo ogólne może zostać udzielone wyłącznie członkom zarządu spółki.

3. W tych okolicznościach Corte suprema di cassazione (najwyższy sąd kasacyjny, Włochy) zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym zasadniczo zgodności z art. 49 i 54 TFUE włoskich przepisów regulujących prawo prywatne międzynarodowe, które stanowią,

¹ Język oryginału: angielski.

że spółka mająca siedzibę statutową w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej podlega prawu włoskiemu, jeżeli albo została utworzona we Włoszech, albo jej siedziba zarządu lub „główny przedmiot działalności” znajduje się we Włoszech².

I. Ramy prawne

4. Artykuł 25 *legge di diritto internazionale privato* (*legge* 218/1995)³ (ustawy nr 218/1995 – prawo prywatne międzynarodowe, zwanej dalej „ustawą 218/1995”), zatytułowany „Spółki i inne podmioty”, stanowi, że:

„1. Spółki, stowarzyszenia, fundacje i wszelkie inne podmioty publiczne lub prywatne, nawet jeśli nie mają charakteru stowarzyszenia, podlegają prawu państwa, na którego terytorium miał miejsce proces ich utworzenia. Prawo włoskie ma jednak zastosowanie, jeśli siedziba zarządu znajduje się we Włoszech lub jeśli główny przedmiot działalności tych podmiotów znajduje się we Włoszech.

2. Prawo, któremu podlega dany podmiot, reguluje w szczególności: a) charakter prawny; b) nazwę lub firmę spółki; c) utworzenie, przekształcenie i rozwiązanie; d) zdolność do czynności prawnych; e) utworzenie, uprawnienia i zasady działania organów; f) reprezentację podmiotu; g) zasady nabycia i utraty statusu wspólnika lub członka oraz prawa i obowiązki związane z tym statusem; h) odpowiedzialność za zobowiązania podmiotu; i) konsekwencje naruszenia prawa lub aktu założycielskiego.

3. Przeniesienie siedziby statutowej do innego państwa oraz połączenie podmiotów mających siedzibę w różnych państwach są skuteczne tylko wtedy, gdy zostały dokonane zgodnie z prawem tych państw”.

5. Artykuł 2381 ust. 2 włoskiego kodeksu cywilnego stanowi, że jeżeli umowa spółki lub walne zgromadzenie na to zezwalają, zarząd może przekazać swoje uprawnienia komitetowi wykonawczemu złożonemu z niektórych jego członków lub jednemu lub większej liczbie jego członków. Sąd odsyłający zauważa, iż zgodnie z tym przepisem zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może przyznać swoje uprawnienia jedynie członkom samego zarządu.

II. Stan faktyczny

6. W 2004 r. włoska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której aktywa i działalność obejmowały jedynie znajdujący się w pobliżu Rzymu kompleks nieruchomości pod nazwą Castello di Tor Crescenza (zwany dalej „zamkiem”), przeniosła swoją siedzibę statutową do Wielkiego Księstwa Luksemburga, gdzie została ponownie utworzona i przekształciła się w spółkę STE Sàrl, spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (zwaną dalej „STE”). W dniu 30 sierpnia 2010 r. w Luksemburgu odbyło się nadzwyczajne zgromadzenie spółki, na którym S.B. została powołana na stanowisko jedyne go członka zarządu (*gérant*)⁴. Przy tej okazji S.B. ustanowiła F.F. pełnomocnikiem ogólnym (*mandataire général*) i upoważniła go do wykonywania

² Pojęcie „głównego przedmiotu działalności” nie zostało zdefiniowane we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Sąd odsyłający wyjaśnia jednak, że Corte d'appello (sąd apelacyjny) uznał, iż w przypadku STE jej „głównym przedmiotem działalności” jest kompleks nieruchomości, który stanowi „jedyne i całkowite majątek” spółki.

³ GURI nr 128 z dnia 3 czerwca 1995 r.

⁴ Z akt sprawy zawisłej przed Trybunałem wynika, że do 2010 r. STE była w 90 % własnością spółki STA S.r.l., której jedynym właścicielem był F.F. Pozostałe 10 % udziałów należało do żony F.F., S.B. Jednak w 2010 r. STA S.r.l. przeniosła 40 % udziałów na S.B.

„w Wielkim Księstwie Luksemburga i za granicą, w imieniu i na rachunek spółki, wszelkich niezbędnych czynności i transakcji, bez wyjątków i wyłączeń, w granicach przedmiotu działalności spółki”.

7. W 2012 r. F.F. przeniósł zamek aportem do włoskiej spółki ST, która następnie przeniosła go do Edil Work 2, włoskiej spółki kontrolowanej przez F.F.

8. W 2013 r. STE wytoczyła powództwo przed Tribunale di Roma (trybunałem w Rzymie, Włochy) przeciwko spółkom ST i Edil Work 2, wnosząc o stwierdzenie nieważności obu czynności przeniesienia z powodu nieważności udzielenia pełnomocnictwa F.F. Tribunale di Roma (trybunał w Rzymie) oddalił powództwo, uznając, że pełnomocnictwo F.F. zostało prawidłowo udzielone.

9. Rozpoznając odwołanie, Corte d'appello di Roma (sąd apelacyjny w Rzymie) uwzględnił powództwo. Stwierdził on w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy 218/1995 zastosowanie ma prawo włoskie, ponieważ zamek – „jedyny i całkowity majątek” spółki – czyli „główny przedmiot działalności”, znajduje się we Włoszech. Sąd ten orzekł następnie, że przyznanie osobie trzeciej w stosunku do spółki, takiej jak F.F., nieograniczonych uprawnień w zakresie zarządzania było sprzeczne z art. 2381 ust. 2 kodeksu cywilnego, który stanowi, że zarząd spółki może przekazać swoje uprawnienia jedynie członkom samego zarządu. Sąd ten uznał zatem, że udzielenie pełnomocnictwa ogólnego F.F. przez członka zarządu spółki było nieważne, a w konsekwencji że dwie późniejsze czynności polegające na przeniesieniu zamku do dwóch pozwanych spółek były bezskuteczne.

10. Spółki Edil Work 2 i ST wniosły skargę kasacyjną do Corte suprema di cassazione (najwyższego sądu kasacyjnego, Włochy), kwestionując możliwość stosowania art. 25 ust. 1 zdanie drugie ustawy 218/1995 na tej podstawie, że Corte d'appello di Roma (sąd apelacyjny w Rzymie) nie wziął pod uwagę, iż prawo Unii wpłynęło w istotny sposób na znaczenie i zakres tego przepisu, gdyż wymaga ono odstąpienia od stosowania owego przepisu, jeżeli jego wykładnia jest niezgodna z prawem Unii.

11. Druga strona postępowania, STE, zakwestionowała skargę kasacyjną, podkreślając w szczególności, że ponieważ główny przedmiot działalności spółki znajduje się we Włoszech, skuteczność pełnomocnictwa udzielonego F.F. oraz ważność późniejszych przeniesień do spółek wnoszących skargę kasacyjną powinny być rozpatrywane na podstawie prawa włoskiego, bez jakiegokolwiek ingerencji prawa Unii w jego wykładnię.

12. Na wstępie sąd odsyłający zauważył, że z art. 25 ust. 3 ustawy 218/1995 jasno wynika, iż przepis ten zezwala na przekształcenie spółek włoskich w spółki zagraniczne poprzez przeniesienie siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego, pod warunkiem że przeniesienie to jest ważne zarówno w państwie członkowskim pochodzenia, jak i w państwie członkowskim, do którego przeniesiono siedzibę. Co więcej, przeniesienie nie pociąga za sobą ustania osobowości prawnej spółki w następstwie jej wykreślenia z włoskiego rejestru.

13. Według sądu odsyłającego powstaje pytanie, czy utworzenie STE, która utrzymywała swoje główne miejsce prowadzenia działalności we Włoszech, jako spółki luksemburskiej, oznacza, że czynności zarządu i czynności organizacyjne tej spółki podlegają prawu luksemburskiemu, zgodnie z którym sporne udzielenie pełnomocnictwa byłoby ważne. Gdyby natomiast zastosowanie miało prawo włoskie, udzielenie pełnomocnictwa byłoby nieważne.

14. W odniesieniu do określenia prawa właściwego dla udzielenia pełnomocnictwa sąd odsyłający zauważył, że zgodnie z art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy 218/1995 łącznikiem dla ustalenia prawa właściwego dla spółki jest miejsce, w którym miał miejsce proces jej utworzenia. W związku z tym zgodnie z tym zdaniem w niniejszej sprawie przedmiotowe udzielenie pełnomocnictwa powinno podlegać prawu luksemburskiemu. Jednakże zdanie drugie tego przepisu wprowadza wyjątek od tej zasady, zgodnie z którym prawo włoskie ma zastosowanie do spółek, które mają swój „główny przedmiot działalności” we Włoszech. Tak więc zgodnie z tym wyjątkiem prawem właściwym dla spornego udzielenia pełnomocnictwa byłoby prawo włoskie, ponieważ jedyny składnik majątku, a zatem główny przedmiot tej spółki, a mianowicie zamek, znajduje się we Włoszech. W tym drugim przypadku, ponieważ art. 2381 ust. 2 kodeksu cywilnego stanowi, że zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością⁵ może przekazać swoje uprawnienia jedynie członkom samego zarządu, przyznanie tych uprawnień osobie trzeciej w stosunku do spółki, w tym przypadku F.F., byłoby niezgodne z prawem włoskim.

15. W tych okolicznościach, po pierwsze, sąd odsyłający wskazał, że skoro swoboda przedsiębiorczości przewidziana w art. 49 TFUE obejmuje prawo spółki utworzonej zgodnie z prawem państwa członkowskiego do przekształcenia się w spółkę innego państwa członkowskiego, o ile spełnione są warunki przewidziane w prawie tego innego państwa członkowskiego, a w szczególności spełniony jest łącznik ustanowiony przez to inne państwo członkowskie, to okoliczność, że przenoszona jest jedynie siedziba statutowa, a nie siedziba zarządu ani główne miejsce prowadzenia działalności, nie stoi sama w sobie na przeszkodzie stosowaniu tej swobody.

16. Po drugie, sąd odsyłający wskazał, że swoboda przedsiębiorczości przewidziana w art. 49 TFUE obejmuje nie tylko zakładanie przedsiębiorstw, lecz także zarządzanie nimi. Taka działalność powinna być prowadzona, zgodnie z motywem 2 dyrektywy (UE) 2019/2121⁶, na warunkach przewidzianych w prawie państwa członkowskiego, w którym znajduje się siedziba spółki. W niniejszej sprawie bezsporne jest, że tym państwem członkowskim jest Luksemburg.

17. Po trzecie, sąd odsyłający zauważył, że art. 2507 kodeksu cywilnego, który znajduje się w rozdziale zatytułowanym „Spółki utworzone za granicą”, stanowi, iż przepisy tego rozdziału należy interpretować zgodnie z zasadami prawa Unii.

18. Sąd odsyłający stwierdza, że o ile prawo państwa członkowskiego przekształcenia (w tym przypadku Luksemburga) powinno regulować zarządzanie spółką i organizację spółki, o tyle w niniejszej sprawie spółka zachowuje główny ośrodek prowadzenia działalności we Włoszech. Zdaniem sądu odsyłającego taka okoliczność może uzasadniać zastosowanie prawa włoskiego do przedmiotowego udzielenia pełnomocnictwa.

19. W tych okolicznościach Corte suprema di cassazione (najwyższy sąd kasacyjny, Włochy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 49 i 54 [TFUE] stoją na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie, w którym spółka (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) została pierwotnie utworzona, stosowało do niej przepisy prawa krajowego dotyczące [organizacji] spółki i zarządzania nią, w przypadku gdy spółka ta, po przeniesieniu siedziby i ponownym jej utworzeniu zgodnie z prawem państwa

⁵ Zarówno ST, jak i STE są spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością.

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 listopada 2019 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2017/1132 w odniesieniu do transgranicznego przekształcania, łączenia i podziału spółek (Dz.U. 2019, L 321, s. 1).

członkowskiego, na terytorium którego przeniesiono siedzibę, zachowuje miejsce prowadzenia swojej działalności w państwie członkowskim pochodzenia, a dana czynność zarządu wpływa w sposób decydujący na działalność spółki?”.

20. Uwagi na piśmie przedstawiły spółki Edil Work 2 i STE oraz rząd włoski, a także Komisja Europejska. Strony te przedstawiły również argumenty ustnie na rozprawie, która odbyła się w dniu 11 lipca 2023 r.

III. Ocena

A. Uwagi wstępne

21. Sąd odsyłający zwraca się z zapytaniem, czy swoboda przedsiębiorczości stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, które pozwala państwu członkowskiemu, w którym spółka została pierwotnie utworzona (w tym przypadku we Włoszech), na stosowanie jego prawa krajowego do czynności zarządu i czynności organizacyjnych tej spółki, gdy spółka ta, w ramach przekształcenia transgranicznego, przeniosła swoją siedzibę statutową do innego państwa członkowskiego (w tym przypadku do Luksemburga), ale zachowała swój główny przedmiot działalności w pierwotnym państwie członkowskim (we Włoszech).

22. Na wstępie przypominam, że Trybunał może być zobowiązany przeformułować przedłożone mu pytanie. Ponadto Trybunał może wziąć pod rozagę normy prawa Unii, na które sąd odsyłający nie powołał się w swoim pytaniu⁷. W niniejszej sprawie, aby udzielić użytecznej odpowiedzi na postanowienie odsyłające, należy prawidłowo określić zakres pytania prejudycjalnego.

1. Transgraniczne przekształcenia a transgraniczna działalność gospodarcza

23. Moim zdaniem istotne jest rozdzielenie dwóch odrębnych kwestii. Pierwsza z nich dotyczy ograniczeń nałożonych na spółki, gdy dokonują one transgranicznego przekształcenia lub ponownego utworzenia w innym państwie członkowskim⁸. Kwestia ta pojawia się, gdy państwa członkowskie nakładają ograniczenia na transgraniczną restrukturyzację spółek oraz w kontekście wyrażenia zgody na przekształcenie spółki w spółkę podlegającą prawu innego państwa członkowskiego – takie sprawy są określane jako „sprawy emigracyjne”⁹. Tytułem przykładu Trybunał musiał rozstrzygnąć taką kwestię w sprawie Daily Mail¹⁰, która dotyczyła brytyjskiej spółki, która pragnęła przenieść swój zarząd ze Zjednoczonego Królestwa (które w owym czasie było państwem członkowskim) do Niderlandów, nie tracąc przy tym statusu osoby prawnej ani nie przestając być spółką utworzoną zgodnie z prawem brytyjskim. Organy

⁷ Wyroki: z dnia 13 października 2016 r., M. i S. (C-303/15, EU:C:2016:771, pkt 16 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 31 maja 2018 r., Zeng (C-190/17, EU:C:2018:357, pkt 27).

⁸ Kategoria ta obejmuje ograniczenia nałożone na spółki utworzone zgodnie z prawem państwa członkowskiego, które starają się podlegać prawu innego państwa członkowskiego bez przechodzenia przez proces likwidacji w ich pierwotnym porządku prawnym. Zobacz niedawny wyrok z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804). Zobacz także G. Soegaard, „Cross-border Transfer and Change of Lex Societatis After Polbud, C-106/16: Old Companies Do Not Die ... They Simply Fade Away to Another Country”, *European Company Law*, 2018, vol. 15, issue 1, s. 21–24.

⁹ Zobacz F.M. Mucciarelli, *European Business Organization Law Review*, vol. 9, s. 267–303.

¹⁰ Wyrok z dnia 27 września 1988 r., Daily Mail i General Trust (81/87, EU:C:1988:456).

podatkowe Zjednoczonego Królestwa odmówiły zgody na przeniesienie siedziby, która to zgoda była konieczna zgodnie z prawem krajowym. Trybunał orzekł, że zasady dotyczące tego przeniesienia zostały określone w prawie krajowym, zgodnie z którym spółka została utworzona¹¹.

24. Druga kwestia dotyczy ograniczeń nałożonych na spółki, które zostały utworzone w jednym państwie członkowskim, ale zamierzają prowadzić działalność gospodarczą w innym państwie członkowskim¹². Na przykład w sprawie *Überseering*¹³ zwrócono się do Trybunału o ustalenie, czy państwo członkowskie, do którego spółka przeniosła swój zarząd (Niemcy), miało prawo decydować o zdolności prawnej spółki utworzonej w Niderlandach. Innymi słowy, chodziło o to, czy przyjmujące państwo członkowskie może odmówić uznania zdolności prawnej spółki zagranicznej, gdy podmiot ten przeniósł siedzibę zarządu do tego państwa przyjmującego. Ponadto w sprawie *Inspire Art*¹⁴ do Trybunału zwrócono się o wydanie orzeczenia w odniesieniu do niderlandzkich przepisów dotyczących zagranicznych spółek prowadzących działalność gospodarczą w tym państwie członkowskim. Sprawa dotyczyła spółki utworzonej zgodnie z prawem Zjednoczonego Królestwa. Spółka otworzyła następnie oddział w Niderlandach i prowadziła tam swoją główną działalność gospodarczą. Spółka złożyła wniosek o rejestrację jej niderlandzkiego oddziału w rejestrze handlowym w Niderlandach, na podstawie której rejestr ten chciał narzucić spółce określone zasady. Trybunał orzekł, że szereg wymogów określonych w ustawodawstwie niderlandzkim jest sprzeczny z zasadą swobodnego przepływu. Trybunał wyraźnie odróżnił te dwie sprawy od sprawy *Daily Mail*, która dotyczyła możliwości ograniczenia przez państwo utworzenia spółki przeniesienia tej spółki do innego państwa członkowskiego¹⁵.

25. W niniejszej sprawie STE, spółka włoska, przeniosła już w sposób ważny swoją siedzibę do Luksemburga, przekształcając się w spółkę prawa luksemburskiego i przestając istnieć we Włoszech. Spółka ta nie dąży bowiem do ustanowienia siedziby we Włoszech, a jedynie prowadzi działalność gospodarczą w tym państwie członkowskim. W związku z tym należy zauważyć, że wbrew twierdzeniom STE i rządu włoskiego niniejsza sprawa nie dotyczy kwestii, czy istnieją ograniczenia w transgranicznym przekształcaniu spółek, ale raczej kwestii, czy istnieją ograniczenia nałożone na przedsiębiorstwo luksemburskie prowadzące działalność gospodarczą we Włoszech.

26. W tym względzie, po pierwsze, z akt sprawy zawisłej przed Trybunałem wynika – i zostało to potwierdzone na rozprawie – że STE, początkowo zarejestrowana we Włoszech, została przekształcona w spółkę zarejestrowaną zgodnie z prawem luksemburskim w 2004 r., *bez żadnych ograniczeń* nałożonych na nią ani przez Włochy, ani przez Luksemburg. Innymi słowy, wydaje się, że po utworzeniu spółki w Luksemburgu przekształcenie zostało zaakceptowane przez prawo zarówno kraju, do którego przeniesiono siedzibę (Luksemburg), jak i kraju, z którego przeniesiono siedzibę (Włochy). Po drugie, wydaje się, że od 2004 r. (rok, w którym nastąpiło przekształcenie) do 2010 r. spółka prowadziła działalność we Włoszech, przy czym żaden z organów nie sprzeciwił się przekształceniu. W szczególności strony potwierdziły na rozprawie, że w tym okresie sześciu lat organy włoskie nie próbowały stosować włoskiego prawa spółek do czynności spółki. Po trzecie, art. 25 ust. 1 ustawy 218/1995 ma zastosowanie w sposób niedyskryminacyjny zarówno do spółek pierwotnie zarejestrowanych w innym państwie

¹¹ Ibidem, pkt 19–23.

¹² Zobacz na przykład wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., *AGET Iraklis* (C-201/15, EU:C:2016:972, pkt 53–55), w którym Trybunał stwierdził, że wykonywanie swobody przedsiębiorczości wymaga swobody zatrudniania pracowników w przyjmującym państwie członkowskim, swobody określania charakteru i zakresu działalności gospodarczej, która będzie prowadzona w przyjmującym państwie członkowskim, a tym samym swobody ograniczenia skali tej działalności bądź rezygnacji z niej i z zakładu.

¹³ Wyrok z dnia 5 listopada 2002 r. (C-208/00, EU:C:2002:632).

¹⁴ Zobacz wyrok z dnia 30 września 2003 r., *Inspire Art* (C-167/01, EU:C:2003:512).

¹⁵ Zobacz pkt 66–73 wyroku *Überseering* oraz pkt 102 i 103 wyroku *Inspire Art*.

członkowskim, jak i do spółek, które zostały przekształcone. Normy kolizyjne określone w tym przepisie nie dotyczą kwestii przekształcenia transgranicznego ani jej skutków. Tak więc moim zdaniem to samo pytanie pojawiłoby się w sytuacji, w której spółka początkowo zarejestrowana w Luksemburgu miałaby swój główny przedmiot działalności we Włoszech, to znaczy gdyby STE zawsze była spółką luksemburską, która była właścicielem zamku.

27. Wynika z tego, że dla celów niniejszego postępowania kwestia, czy przedmiotowe przepisy włoskie ograniczają przeniesienie spółki do innego państwa członkowskiego lub przekształcenie spółki w innym państwie członkowskim, nie jest istotna i nie musi być rozpatrywana. Istotą niniejszej sprawy jest to, czy zastosowanie prawa włoskiego – w związku z „głównym przedmiotem działalności” jako łącznikiem – do czynności zarządu i czynności organizacyjnych spółki z siedzibą w innym państwie członkowskim (innym niż państwo utworzenia) stanowi ograniczenie korzystania z podstawowej wolności. W związku z tym do celów analizy zawartej w niniejszej opinii państwem członkowskim pochodzenia jest Luksemburg, a państwem członkowskim, w którym dana spółka prowadzi działalność gospodarczą, są Włochy.

2. Przedmiot postępowania głównego

28. Postępowanie główne dotyczy ważności udzielenia pełnomocnictwa osobie trzeciej, która nie jest członkiem zarządu, oraz ważności czynności przeniesienia kompleksu nieruchomości. Do celów określenia przedmiotu pytania prejudycjalnego istotne jest rozróżnienie między udzieleniem pełnomocnictwa a przeniesieniem własności kompleksu nieruchomości. Moim zdaniem w niniejszej sprawie należy dokonać rozróżnienia między z jednej strony kwestią *lex societatis* mającą zastosowanie do czynności spółki a z drugiej strony ograniczeniem nałożonym przez państwo członkowskie na przeniesienie własności nieruchomości. Podczas gdy pierwsza kwestia wchodzi w zakres swobody przedsiębiorczości, druga może wchodzić w zakres swobodnego przepływu kapitału przewidzianego w art. 63 TFUE. Aby określić mającą zastosowanie swobodę podstawową, należy najpierw określić cel przepisów¹⁶ i wziąć pod uwagę okoliczności danej sprawy.

29. Prawdą jest, że Corte d'appello di Roma (sąd apelacyjny w Rzymie, Włochy) orzekł w postępowaniu głównym, że „jedyny i całkowity majątek” spółki, a zatem główny przedmiot działalności spółki, znajduje się we Włoszech, i na tej podstawie zastosował właściwe przepisy prawa włoskiego. W konsekwencji wydaje się, że oparł on swoje rozumowanie w zakresie stosowania prawa włoskiego na miejscu położenia głównego składnika majątku spółki, a tym samym na prawie własności nieruchomości. W szczególności sąd ten zasadniczo orzekł, że udzielenie pełnomocnictwa i dwie czynności przenoszące zamek były objęte zasadą *lex rei sitae*, a zatem czynności te są bezskuteczne na mocy prawa włoskiego.

¹⁶ Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w celu ustalenia, czy przepis krajowy wchodzi w zakres tej lub innej swobody podstawowej gwarantowanej przez traktat, należy wziąć pod uwagę przedmiot danego ustawodawstwa (zob. w szczególności wyroki: z dnia 1 lipca 2010 r., *Dijkman i Dijkman-Lavaleije*, C-233/09, EU:C:2010:397, pkt 26; z dnia 13 listopada 2012 r.; *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, pkt 90; z dnia 21 maja 2015 r., *Wagner-Raith*, C-560/13, EU:C:2015:347, pkt 31).

30. Niemniej jednak należy zauważyć, że postępowanie główne dotyczy ważności udzielenia pełnomocnictwa osobie trzeciej, która nie jest członkiem zarządu. Taka ważność nie wydaje się być, *prima facie*, kwestią dotyczącą prawa rzeczowego na nieruchomości¹⁷. Jak podniosła Komisja na rozprawie przed Trybunałem, ważność przyznania przez członka zarządu uprawnień osobie trzeciej jest kwestią zarządzania i organizacji spółki, która w związku z tym jest objęta *lex societatis* wiążącym spółkę z określonym systemem prawnym¹⁸. Taki wniosek znajduje potwierdzenie w brzmieniu art. 25 ust. 2 ustawy 218/1995, który wymienia kwestie, do których ma zastosowanie *lex societatis*, takie jak „utworzenie, uprawnienia i zasady działania organów” oraz „reprezentacja podmiotu”. Celem ustawodawstwa krajowego jest zatem zastosowanie prawa włoskiego do wyżej wymienionych czynności podejmowanych przez spółki zagraniczne, co oznacza, że wchodzi ono w zakres swobody przedsiębiorczości przewidzianej w art. 49 TFUE.

31. Ponieważ przedmiotem postępowania głównego jest kwestia *lex societatis* mającego zastosowanie do spółki mającej siedzibę w innym państwie członkowskim, pytanie przedłożone Trybunałowi przez sąd odsyłający powinno zostać zbadane w świetle swobody przedsiębiorczości zdefiniowanej w art. 49 TFUE, która przyznaje obywatelom Unii Europejskiej prawo tworzenia przedsiębiorstw i zarządzania nimi na warunkach określonych dla obywateli zainteresowanego państwa członkowskiego i zgodnie z art. 54 TFUE pociąga za sobą przysługujące spółkom lub firmom utworzonym w Unii Europejskiej prawo wykonywania działalności w danym państwie członkowskim za pośrednictwem spółki zależnej, oddziału lub agencji¹⁹. W przypadku gdy podmiot gospodarczy zamierza faktycznie prowadzić działalność gospodarczą przy wykorzystaniu stabilnej konstrukcji i przez czas nieokreślony, jego sytuację należy zbadać w świetle swobody przedsiębiorczości zgodnie z definicją zawartą w art. 49 TFUE²⁰.

32. W związku z tym w odniesieniu do udzielenia pełnomocnictwa osobie trzeciej, która nie jest członkiem zarządu, proponuję zbadanie przedmiotowego ustawodawstwa krajowego w świetle tej swobody.

33. W odniesieniu do przeniesienia własności nieruchomości, gdyby Trybunał miał dokonać analizy przepisów w świetle swobodnego przepływu kapitału, należałoby stwierdzić, że bezsporne jest, iż czynności dotyczące przeniesienia własności nieruchomości tradycyjnie podlegają prawu

¹⁷ W odniesieniu do rozróżnienia między kwestiami prawa spółek a prawami rzeczowymi na nieruchomościach zob. np. art. 1 ust. 2 lit. f) i art. 4 ust. 1 lit. c) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz.U. 2008, L 177, s. 6) (zwanego dalej „rozporządzeniem Rzym I”). W mojej opinii rozszerzając zastosowanie zasady *lex rei sitae* na udzielenie pełnomocnictwa ogólnego, mimo że obie czynności przeniesienia własności zamku zostały dokonane później niż sporne udzielenie pełnomocnictwa, Corte d’appello di Roma (sąd apelacyjny w Rzymie) wydaje się łączyć udzielenie pełnomocnictwa ogólnego i czynności przeniesienia oraz stosować zasadniczo zasadę *lex rei sitae* do obu z nich. Tym samym przyznaje pierwszeństwo tej zasadzie przed zasadą, którą należy stosować przy udzielaniu pełnomocnictwa. Do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy zgodnie z prawem krajowym samo istnienie czynności dotyczącej nieruchomości, takiej jak tutaj zamek, jest wystarczające do uznania udzielenia pełnomocnictwa za zrównane z prawami rzeczowymi na nieruchomości. W tym względzie powinnam podkreślić, że podczas gdy pierwsze przeniesienie własności wydaje się zawierać element transgraniczny, w przypadku którego zastosowanie może mieć rozporządzenie Rzym I, drugie przeniesienie własności wydaje się być transakcją „czysto wewnętrzną”. Sąd odsyłający powinien zatem zweryfikować, czy oba przeniesienia własności należy zaklasyfikować i przeanalizować łącznie.

¹⁸ Dziedziny, które zazwyczaj wchodzi w zakres *lex societatis*, obejmują utworzenie i rozwiązanie spółki, nazwę spółki, zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych, strukturę kapitału, prawa i obowiązki wspólników oraz kwestie zarządzania wewnętrznego. Zobacz C. Gerner-Beuerle, F.M. Mucciarelli, E. Schuster, M. Siems, „Study on the Law Applicable to Companies – Final Report”, Komisja Europejska, Dyrekcja Generalna „Wymiar Sprawiedliwości i Konsumentów”, 2016, p. 16), dostępne pod adresem: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/259a1dae-1a8c-11e7-808e-01aa75ed71a1/language-en>. Zobacz opinia rzecznika generalnego H. Saugmandsgaarda Øe w sprawie Verein für Konsumenteninformation (C-272/18, EU:C:2019:679) w odniesieniu do wyłączenia i definicji *lex societatis* w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. f) rozporządzenia Rzym I.

¹⁹ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 17 lipca 2014 r., Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁰ Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 29 września 2011 r., Komisja/Austria (C-387/10, EU:C:2011:625, pkt 22); z dnia 23 lutego 2016 r., Komisja/Węgry (C-179/14, EU:C:2016:108, pkt 148–150).

miejsca położenia nieruchomości. W związku z tym wydaje się prawdopodobne, *prima facie*, że sam fakt stosowania tego prawa nie stanowi sam w sobie ograniczenia swobodnego przepływu kapitału.

3. *Wstępny wniosek*

34. W świetle powyższego proponuję, aby przedłożone pytanie zostało przeformułowane z naciskiem na udzielenie pełnomocnictwa osobie trzeciej, która nie jest członkiem zarządu. Zasada mająca zastosowanie do udzielenia pełnomocnictwa jest bowiem odrębna i poprzedza kwestię ważności przeniesienia własności, które należy do kategorii praw rzeczowych tworzonych przez nieruchomości. W związku z tym pytanie powinno zostać przeformułowane w taki sposób, aby zmierzało do ustalenia, czy swobodę przedsiębiorczości przewidzianą w art. 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego, które nakazują stosowanie jego prawa krajowego do czynności zarządu i czynności organizacyjnej, takiej jak udzielenie pełnomocnictwa, spółce utworzonej zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego, lecz której główny przedmiot działalności znajduje się na jego terytorium.

B. Naruszenie swobody przedsiębiorczości

1. *Koncepcja dyskryminacji a koncepcja ograniczenia*

35. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 54 TFUE na potrzeby stosowania postanowień traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Unii są traktowane jak osoby fizyczne mające przynależność państwa członkowskiego²¹.

36. W dziedzinie prawa spółek, od czasu wyroku w sprawie *Überseering*²², państwa członkowskie są zobowiązane do uznawania spółek utworzonych w sposób ważny na podstawie ustawodawstwa innego państwa członkowskiego, nawet bez materialnego związku z tym innym państwem. Po ważnym utworzeniu uznaje się, że podmiot ten może korzystać ze swobody przedsiębiorczości w Unii Europejskiej.

37. Zgodnie z art. 49 akapit drugi TFUE w związku z art. 54 TFUE swoboda przedsiębiorczości – w odniesieniu do spółek, o których mowa w tym drugim postanowieniu – obejmuje w szczególności zakładanie tych spółek i zarządzanie nimi na warunkach określonych przez ustawodawstwo przyjmującego państwa członkowskiego dla własnych spółek²³. Swoboda ta obejmuje wszystkie etapy rozwojowe tego podmiotu, w tym od uzyskiwania dostępu do rynku państwa członkowskiego po faktyczne wykonywanie działalności²⁴. Dopuszczenie do tego, by państwo członkowskie położenia przedsiębiorstwa mogło swobodnie stosować odmienne traktowanie z tego tylko względu, że siedziba spółki jest położona w innym państwie członkowskim, uczyniłoby art. 49 TFUE bezprzedmiotowym. Swoboda przedsiębiorczości ma

²¹ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 25).

²² Wyrok z dnia 5 listopada 2002 r. (C-208/00, EU:C:2002:632).

²³ Wyrok z dnia 25 października 2017 r., *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 33).

²⁴ Zobacz opinia rzecznika generalnego G. Hogana w sprawie *VAS Shipping* (C-71/20, EU:C:2021:474, pkt 63).

zatem na celu zapewnienie korzystania z traktowania krajowego w przyjmującym państwie członkowskim poprzez zakazanie jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na miejsce siedziby spółek²⁵.

38. Należy podkreślić, że swoboda przedsiębiorczości zakazuje nie tylko bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji (koncepcja dyskryminacji), w ramach której spółki zagraniczne są traktowane „gorzej” niż spółki krajowe²⁶, ale także środków krajowych, które są niedyskryminacyjne, ale utrudniają dostęp do rynku (koncepcja ograniczenia). W tym względzie Trybunał orzekł, że przepisy krajowe mogące utrudniać korzystanie lub zniechęcać do korzystania z podstawowych swobód stanowią ograniczenie tej swobody²⁷. Koncepcja ta, zgodnie z jej logiką, eliminuje, przynajmniej teoretycznie, potrzebę jakiegokolwiek porównywania lub identyfikowania niekorzystnego traktowania w odniesieniu do analogicznej sytuacji.

2. Teoria siedziby a teoria inkorporacji

39. W odniesieniu do uznawania spółek na podstawie przepisów prawa prywatnego międzynarodowego istnieją zasadniczo dwie różne teorie: teoria siedziby²⁸ i teoria inkorporacji²⁹. Trybunał orzekł, że miejsce siedziby statutowej, zarządu lub główne miejsce prowadzenia działalności spółek, o których mowa w art. 54 TFUE, może służyć ustaleniu ich powiązania z porządkiem prawnym danego państwa członkowskiego³⁰. Innymi słowy, te trzy kryteria powiązania mają równorzędny status³¹. Wynika z tego, że państwa członkowskie mają swobodę wyboru stosowanego łącznika i mających zastosowanie norm kolizyjnych. W związku z tym podejście i zasady krajowego prawa prywatnego międzynarodowego mogą się znacznie różnić w zależności od państwa członkowskiego³².

40. W tym samym duchu, biorąc pod uwagę, że art. 54 TFUE stawia na równi siedzibę statutową, zarząd i główne miejsce prowadzenia działalności, Trybunał orzekł, że wobec braku w prawie Unii jednolitej definicji spółek, które mogą korzystać ze swobody przedsiębiorczości, posługującej się jednym tylko kryterium powiązania decydującego o właściwym dla tej spółki prawie krajowym, to państwo członkowskie ma prawo określenia zarówno kryterium powiązania, wymaganego od spółki po to, by mogła ona zostać uznana za spółkę utworzoną zgodnie z jego prawem krajowym i w związku z tym mogącą cieszyć się swobodą przedsiębiorczości, jak również kryterium wymaganego do utrzymania tego statusu w przyszłości³³.

²⁵ Zobacz podobnie wyrok z dnia 25 lutego 2021 r., *Novo Banco* (C-712/19, EU:C:2021:137, pkt 21 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁶ Jak wyjaśniono w opinii rzecznika generalnego M. Bobeka w sprawie *Hornbach-Baumarkt* (C-382/16, EU:C:2017:974, pkt 29), „W ramach koncepcji dyskryminacji, aby środek krajowy został uznany za sprzeczny z zasadą swobody przedsiębiorczości, porównywalne sytuacje muszą być traktowane w sposób różny, na niekorzyść spółek korzystających ze swobody przedsiębiorczości”.

²⁷ Wyrok z dnia 30 listopada 1995 r., *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411, pkt 37). Zobacz także wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r., *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 56). W najnowszym orzecznictwie sformułowanie użyte przez Trybunał obejmuje środki, które *zakazują, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobody przedsiębiorczości* (wyrok z dnia 27 lutego 2019 r., *Associação Peço a Palavra i in.*, C-563/17, EU:C:2019:144, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁸ Zgodnie z teorią siedziby to prawo państwa, w którym spółka ma swój zarząd i rzeczywistą siedzibę, powinno określać prawo właściwe.

²⁹ Teoria inkorporacji natomiast odsyła do prawa, w którym spółka została utworzona.

³⁰ Zobacz podobnie wyrok z dnia 13 lipca 2023 r., *Xella Magyarországi* (C-106/22, EU:C:2023:568, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

³¹ Wyroki: z dnia 27 września 1988 r., *Daily Mail i General Trust* (81/87, EU:C:1988:456, pkt 19–21); z dnia 25 października 2017 r., *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 34).

³² Zobacz raport przywołany w przypisie 18. Na temat różnic pomiędzy krajowymi przepisami prawa spółek zob. M. Andenas, F. Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2010.

³³ Zobacz podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., *Cartesio* (C-210/06, EU:C:2008:723, pkt 109, 110).

41. W niniejszej sprawie należy zauważyć, że pytanie prejudycjalne dotyczy spółki, która została już utworzona zgodnie z prawem państwa członkowskiego i która dokonała czynności zarządu i czynności organizacyjnych dotyczących składnika majątku znajdującego się w innym państwie członkowskim. Taka sytuacja wydaje się co do zasady wchodzić w zakres art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy 218/1995, który stanowi, że spółka utworzona w innym państwie podlega prawu tegoż państwa. Jednakże art. 25 ust. 1 zdanie drugie ustawy 218/1995 rozszerza zakres stosowania prawa włoskiego na spółkę, której „siedziba zarządu” znajduje się we Włoszech lub której „główny przedmiot działalności” znajduje się we Włoszech. W związku z tym zdanie to dodaje dwie dodatkowe normy kolizyjne, zasadniczo oparte na rzeczywistej siedzibie spółki i na głównym przedmiocie działalności tej spółki. W konsekwencji, w oparciu o wyjaśnienia przedstawione przez sąd odsyłający, podczas gdy teoria inkorporacji wydaje się być zasadą ogólną, stosowanie prawa włoskiego rozciąga się również na spółki mające siedzibę zarządu i główny przedmiot działalności w tym państwie.

42. Podsumowując, art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy 218/1995 stosuje kryterium miejsca utworzenia, co zatem potwierdza zastosowanie prawa luksemburskiego w niniejszej sprawie. Zastosowanie zdania drugiego tego przepisu prowadzi jednak do zastosowania przez organy włoskie do spornego udzielenia pełnomocnictwa prawa włoskiego. Według mojej wiedzy Trybunał nie orzekł jeszcze w sprawie dotyczącej zgodności z prawem Unii przepisu krajowego, który przewiduje obowiązek łącznego stosowania wielu norm kolizyjnych.

43. W tym względzie, jak wspomniano powyżej³⁴, wobec braku jednolitych przepisów na szczeblu Unii określenie łączników pozostawiono autonomii krajowej. W związku z tym może się wydawać *prima facie*, że swoboda przedsiębiorczości nie powinna wykluczać ustawodawstwa krajowego, które wymaga łącznego stosowania wielu norm kolizyjnych. Jednakże badanie *skutków* przedmiotowego przepisu krajowego pokazuje jasno, że utrudnia on i czyni mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobody przedsiębiorczości przewidzianej w art. 49 TFUE.

3. *Koncepcja ograniczenia w niniejszej sprawie*

44. W niniejszej sprawie, w zakresie, w jakim STE została utworzona zgodnie z prawem luksemburskim, z siedzibą statutową w tym państwie członkowskim, czynności zarządu i czynności organizacyjne tej spółki podlegały prawu luksemburskiemu. Sytuacja ta *prima facie* wchodzi w zakres stosowania normy kolizyjnej określonej w art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy 218/1995.

45. Jednakże wymagając od spółki zarejestrowanej w Luksemburgu przyjęcia środków w zakresie zarządzania i organizacji, które są zgodne z prawem włoskim, art. 25 ust. 1 zdanie drugie ustawy 218/1995 faktycznie nakłada na tę spółkę obowiązek *łącznego* przestrzegania prawa spółek dwóch różnych państw. Z definicji niemożliwe jest porównanie tej sytuacji z warunkami, w jakich działają spółki włoskie. W rzeczywistości spółki te podlegają już prawu włoskiemu, a ponieważ kryterium „głównego przedmiotu działalności” wybrane przez włoskiego ustawodawcę z istoty rzeczy ma zastosowanie wyłącznie do sytuacji transgranicznych, nie ma ono znaczenia dla tych spółek. W związku z tym niemożliwe jest – a przynajmniej byłoby to tautologiczne – twierdzenie, że przedmiotowy włoski przepis powoduje nierówne traktowanie zainteresowanych spółek zagranicznych i że to odmienne traktowanie jest niekorzystne dla spółek zagranicznych w porównaniu ze spółkami krajowymi. W konsekwencji uważam, że przepisy regulujące właściwe prawo spółek nie wprowadzają rozróżnienia w zależności od siedziby lub „pochodzenia” spółki

³⁴ Punkty 39 i 40 powyżej.

oraz że w odniesieniu do kryterium „głównego przedmiotu działalności” nie można porównywać spółek krajowych i zagranicznych. Wynika z tego, że koncepcję dyskryminacji należy moim zdaniem w niniejszej sprawie pominąć.

46. Powstaje zatem pytanie, czy zastosowanie normy określonej w art. 25 ust. 1 zdanie drugie ustawy 218/1995 utrudnia lub czyni mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobody przedsiębiorczości³⁵.

47. Moim zdaniem odpowiedź powinna brzmieć: tak. *Łączne* stosowanie prawa spółek państwa członkowskiego pochodzenia i prawa włoskiego – tego ostatniego, ponieważ „główny przedmiot działalności” spółki znajduje się we Włoszech – oznacza, że organy spółki mogą być zobowiązane do jednoczesnego przestrzegania wymogów nałożonych przez ustawodawstwo państwa członkowskiego pochodzenia i ustawodawstwo państwa członkowskiego, w którym znajduje się „główny przedmiot działalności”. Teoretycznie takie ogólne podwójne obciążenie mogłoby sprawić, że dla spółki mającej siedzibę w państwie członkowskim pochodzenia (w niniejszym przypadku w Luksemburgu) prowadzenie działalności związanej z nieruchomościami położonymi we Włoszech byłoby mniej atrakcyjne, co utrudniałoby zatem korzystanie ze swobody przedsiębiorczości.

48. Jednakże w niniejszej sprawie to nie STE, czyli spółka, która skorzystała ze swobody przedsiębiorczości, powołuje się na swobodę przedsiębiorczości. Przeciwnie, to dwaj beneficjenci przeniesień dokonanych przez STE, tj. ST i Edil Work 2, usiłują powołać się na tę swobodę. W konsekwencji, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności sprawy, uważam, że fakt łącznego stosowania prawa spółek dwóch państw członkowskich stwarza niepewność prawną dla kontrahenta spółki, który pragnie powołać się na dwa ustawodawstwa krajowe w celu unieważnienia uprawnień przyznanych przez jej członka zarządu i ochrony interesów tej spółki. W związku z zasadą pewności prawa³⁶ przy nawiązywaniu stosunku prawnego takiego jak umowa strona musi wiedzieć, które prawo krajowe ma zastosowanie do danej spółki. W tym względzie zastosowanie art. 25 ust. 1 zdanie drugie ustawy 218/1995 do przedmiotowego udzielenia pełnomocnictwa w celu unieważnienia dwóch kolejnych przeniesień własności prowadzi do niepewności prawnej dla beneficjentów, ponieważ STE została ważnie utworzona na mocy prawa luksemburskiego i prawdopodobnie postępowała zgodnie z prawem spółek tego kraju. Przed wytoczeniem przez STE powództwa, w którym spółka ta zasadniczo powołuje się na zastosowanie prawa włoskiego – pomimo przeniesienia się do Luksemburga i przekształcenia w spółkę luksemburską – nic nie wskazywało na to, że oprócz podlegania prawu luksemburskiemu spółka ta podlegała również włoskiemu prawu spółek, w tym jego środkom ochronnym. STE domaga się takiego dobrodziejstwa i powołuje się na zastosowanie prawa włoskiego z mocą wsteczną do spornego udzielenia pełnomocnictwa, co prowadziłoby do niepewności prawnej beneficjentów w odniesieniu do tych przeniesień własności.

49. Oczywiście jest, że takie wybieranie prawa właściwego i nakładanie się dwóch ustawodawstw może powodować znaczną niepewność i obciążenie finansowe dla kontrahentów spółki, która powołuje się na stosowanie prawa spółek dwóch państw. Jeżeli osoba, która korzysta ze swobody

³⁵ Zobacz pkt 38 powyżej.

³⁶ Trybunał orzekł, że zasada pewności prawa, z którą nieuchronnie wiąże się zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań, wymaga, aby w szczególności uregulowanie pociągające za sobą niekorzystne skutki dla jednostek było jasne i precyzyjne, natomiast sposób jego stosowania był możliwy do przewidzenia dla podmiotów nim objętych (wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, C-362/12, EU:C:2013:834, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).

przedsiębiorczości, jest w stanie z mocą wsteczną unieważnić stosunki prawne powstałe w wyniku tej swobody, takie unieważnienie poważnie podważyłoby skuteczność swobody przedsiębiorczości.

50. Ponadto wydaje się, że zastosowanie z mocą wsteczną prawa włoskiego do czynności dokonanej na podstawie prawa spółek, takiego jak sporne udzielenie pełnomocnictwa, wynika z innego łącznika, jakim są prawa rzeczowe na nieruchomościach. Rozszerzenie pojęcia „głównego przedmiotu działalności” na czynności poprzedzające czynności odnoszące się do praw rzeczowych na nieruchomościach bez szczegółowego wyjaśnienia dlaczego i w jaki sposób, może naruszać zasadę jasności prawa, a w konsekwencji zasadę pewności prawa dla umawiających się stron.

51. Wreszcie w celu wyczerpującego przedstawienia tematu należy dodać, że ponieważ art. 49 TFUE wywiera skutek bezpośredni³⁷, decydujące znaczenie w postępowaniu głównym ma to, czy materialna treść swobody przedsiębiorczości przewidzianej w tym postanowieniu rozciąga się na tyle daleko, że umowa – a zatem i strona umowy w postępowaniu głównym – jest również chroniona tym postanowieniem. W tym względzie twierdzą, że na przewidziany w art. 49 TFUE zakaz nakładania ograniczeń swobody przedsiębiorczości mogą powoływać się osoby korzystające ze swobody przedsiębiorczości poprzez prowadzenie działalności w innym państwie członkowskim, ale także ich kontrahenci, zwłaszcza gdy występują elementy transgraniczne, jak w niniejszej sprawie, w której STE, spółka luksemburska, udzieliła pełnomocnictwa swojemu pełnomocnikowi, który z kolei przeniósł główny składnik majątku spółki na ST, spółkę włoską, i gdy czynności te zostały zakwestionowane na podstawie prawa włoskiego³⁸. Z perspektywy prawa materialnego prawo podmiotowe ST (i pośrednio Edil Work 2) jest zatem objęte wspomnianym zakazem. Należy dodać, że STE, korzystając ze swobody przedsiębiorczości, stworzyła sytuację objętą zakresem tej swobody. Późniejsze transakcje, takie jak udzielenie pełnomocnictwa i przeniesienie własności zamku, podlegały swobodzie przedsiębiorczości. W związku z tym jeżeli osoba trzecia wykaże związek z sytuacją powstałą w ramach tej swobody, powinna mieć możliwość powołania się na art. 49 TFUE³⁹.

52. Wynika z tego w moim przekonaniu, że zastosowanie prawa włoskiego – na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy 218/1995 w związku z art. 2381 ust. 2 kodeksu cywilnego – do spornego udzielenia pełnomocnictwa stanowi ograniczenie wykonywania swobody przedsiębiorczości, co jest sprzeczne z art. 49 TFUE.

C. Uzasadnienie

53. Środki krajowe, które ograniczają swobodę przedsiębiorczości, mogą być uzasadnione i proporcjonalne. Trybunał wielokrotnie orzekał, że środki krajowe o charakterze niedyskryminacyjnym, które utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobody

³⁷ Wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 42).

³⁸ W każdym razie zwracam uwagę, że jak przypomniiała rzecznik generalna J. Kokott [zob. opinia w sprawie Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:222, pkt 83, a także orzecznictwo przytoczone w przypisie 52)], Trybunał podkreślał wielokrotnie w związku z poszczególnymi swobodami podstawowymi, że także osoby inne niż osoba bezpośrednio uprawniona ze swobody podstawowej mogą z niej skorzystać, jeśli w przeciwnym razie swoboda podstawowa nie mogłaby wywrzeć pełnego skutku.

³⁹ Tytułem przykładu: w wyroku z dnia 16 lipca 2015 r., CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, pkt 59) Trybunał przyjął, że osoba, która nie była przedmiotem dyskryminacji – naruszenia prawa podmiotowego – mogła wnieść skargę z powodu dyskryminacji w imieniu „innych mieszkańców dzielnicy, w której prowadzi ona swoją działalność”. Można zatem twierdzić, że osoba, która ma bezpośredni związek z daną sytuacją, powinna mieć możliwość obrony swoich praw.

przedsiębiorczości, mogą być uzasadnione nadrzędnym „interese ogólnym”⁴⁰. Takie środki powinny być odpowiednie dla realizacji danego celu i nie wykraczać poza to, co jest niezbędne dla jego osiągnięcia⁴¹.

54. Na wstępie należy zauważyć, że sąd odsyłający nie wskazał powodów uzasadniających ograniczenie swobody przedsiębiorczości spowodowane stosowaniem prawa włoskiego do czynności zarządu i czynności organizacyjnych spółki utworzonej w sposób ważny na podstawie prawa innego państwa członkowskiego, ale prowadzącej działalność gospodarczą i mającej główny przedmiot działalności we Włoszech. Informacja taka nie wynika również z brzmienia art. 25 ust. 1 ustawy 218/1995 bądź art. 2381 ust. 2 kodeksu cywilnego.

55. Jednakże w swoich uwagach na piśmie rząd włoski wskazał, iż uważa, że względy związane z ochroną wspólników, wierzycieli, pracowników i osób trzecich wymagają, aby przyznanie spornych uprawnień podlegało prawu włoskiemu. Należy zauważyć, że podczas rozprawy rząd skupił się na ochronie wspólników, a ochrona interesów innych osób trzecich nie była zasadniczo podnoszona. Ponadto rząd włoski twierdzi, że zastosowanie prawa włoskiego jest konieczne, ponieważ siedziba STE w Luksemburgu nie odpowiada wykonywaniu działalności gospodarczej w tym państwie członkowskim, a zatem jest praktyką stanowiącą nadużycie. Według tego rządu prawo Unii nie zezwala na tworzenie całkowicie sztucznych konstrukcji spółek, które nie odzwierciedlają rzeczywistości gospodarczej. Biorąc pod uwagę te dwa główne argumenty, przeanalizuję argumenty dotyczące ochrony wspólników i domniemanej praktyki stanowiącej nadużycie.

1. Ochrona wspólników

56. Należy zauważyć, że Trybunał przyjął już, że ochrona interesów wspólników mniejszościowych może w pewnych okolicznościach i z zastrzeżeniem pewnych warunków uzasadniać ograniczenie swobody przedsiębiorczości⁴². Trybunał uznał potrzebę ochrony „wspólników mniejszościowych”. Jednakże w pewnych bardzo szczególnych sytuacjach, gdy państwo członkowskie wprowadziło ograniczenia, które mają na celu ochronę *wszystkich* wspólników, niezależnie od ich udziału w spółce, nie wykluczam, że cel ochrony wspólników (w ogóle) może stanowić takie uzasadnienie⁴³.

57. Tym niemniej art. 25 ust. 1 ustawy 218/1995 w żaden sposób nie precyzuje powodów leżących w interesie publicznym, które skłoniły włoskiego ustawodawcę do przyjęcia tego przepisu. W związku z tym trudno jest określić cele, które przyświecają temu przepisowi, a w konsekwencji ustalić, czy rzeczywiście realizuje on ten cel. W szczególności wydaje się *prima facie*, że ustawodawstwo włoskie – w szczególności art. 2381 ust. 2 kodeksu cywilnego, który wyklucza udzielenie pełnomocnictwa osobie trzeciej, która nie jest członkiem zarządu spółki – ma na celu ochronę interesów tych członków i wyłącznej pozycji zarządczej przyznanej zarządowi i tym

⁴⁰ Zobacz podobnie wyrok z dnia 3 lutego 2021 r., Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁴¹ Wyrok z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 52).

⁴² Zobacz podobnie wyroki: z dnia 5 listopada 2002 r., Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632, pkt 92); z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 54).

⁴³ Zamiar ochrony wspólników mniejszościowych zasadniczo odnosi się do kwestii rozstrzygania wewnętrznych sporów w spółkach, takich jak spory między udziałowcami lub między udziałowcami i członkami zarządu lub między spółką i członkami jej zarządu (zob. opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie E.ON Czech Holding, C-560/16, EU:C:2017:872, pkt 21). Taka ochrona może być jednak potrzebna w odniesieniu do wszystkich wspólników.

samym reguluje jedynie stosunki między członkami zarządu a samym zarządem. W związku z tym nie jest jasne, czy sporny przepis został przyjęty z zamiarem zapewnienia ochrony wspólników. Dokonanie takiej oceny należy jednak do sądu odsyłającego.

58. Przyjmując, że realizowany interes ogólny rzeczywiście polega na ochronie wspólników, należy wskazać, że zastosowanie art. 25 ust. 1 zdanie drugie ustawy 218/1995 w związku z art. 2381 ust. 2 kodeksu cywilnego może wykraczać poza to, co jest konieczne do ochrony tego interesu. Wynika to z okoliczności, że – jak wskazuje niniejsza sprawa – wymaga ona zastosowania prawa włoskiego do czynności zarządu i czynności organizacyjnych spółki, która została w sposób ważny utworzona zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego, ale która prowadzi działalność gospodarczą we Włoszech, bez uwzględnienia tego, czy interesy wspólników są już chronione przez prawo spółek tego państwa członkowskiego. Innymi słowy, art. 25 ust. 1 zdanie drugie ustawy 218/1995 ma zastosowanie w sposób niedyskryminacyjny do *wszystkich* spółek mających siedzibę we *wszystkich* państwach członkowskich i do *wszystkich* czynności, bez uwzględnienia tego, czy interesy wspólników są już wystarczająco chronione w innym państwie członkowskim za pomocą innych, mniej restrykcyjnych środków, takich jak na przykład wymóg powiadomienia członków zarządu o sprzedaży nieruchomości spółki i możliwość odwołania tej sprzedaży przez ten zarząd.

59. W tych okolicznościach wątpię, czy ograniczenie wynikające z zastosowania tych przepisów prawa włoskiego jest zgodne z zasadą proporcjonalności. Po pierwsze, art. 25 ust. 1 zdanie drugie ustawy 218/1995 wykracza poza to, co jest konieczne, ponieważ ma zastosowanie bez rozróżnienia do wszystkich przypadków udzielenia ogólnego pełnomocnictwa osobie trzeciej spoza spółki. Po drugie, istnieją mniej inwazyjne środki alternatywne, takie jak sprawdzenie, czy chronione interesy zostały już w wystarczającym stopniu uwzględnione przez prawo państwa utworzenia – co może mieć miejsce w sprawie będącej przedmiotem postępowania głównego, zwłaszcza że wspólnicy spółki byli lub mogli być świadomi udzielenia pełnomocnictwa i istnienia określonych czynności, które po nim nastąpiły.

2. Praktyka stanowiąca nadużycie

60. Na wstępie należy stwierdzić, że zgodnie z orzecnictwem okoliczność, iż osoba, która decyduje się założyć spółkę w państwie członkowskim, którego przepisy są najmniej uciążliwe bądź są najbardziej odpowiednie dla jej celów gospodarczych, a zatem prowadzi działalność gospodarczą w innym państwie członkowskim, stanowi uprawnione korzystanie ze swobody przedsiębiorczości⁴⁴. Ustanowienie statutowej lub rzeczywistej siedziby spółki w zgodzie z ustawodawstwem państwa członkowskiego w celu korzystania z korzystniejszych przepisów samo w sobie nie stanowi nadużycia⁴⁵. Pomimo to prawo przedsiębiorczości nie wyklucza ostrożności państw członkowskich wobec spółek „adresowych” lub „przykrywek”⁴⁶. Z orzecnictwa Trybunału wynika, że państwa członkowskie mają możliwość przyjęcia dowolnego środka zapobiegającego oszustwom lub karzącego, co może stanowić uzasadnienie ograniczenia⁴⁷. W szczególności państwa członkowskie mogą podejmować środki w celu zapobiegania „całkowicie sztucznym konstrukcjom, które nie odzwierciedlają rzeczywistości

⁴⁴ Wyrok z dnia 9 marca 1999 r., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, pkt 27).

⁴⁵ Ibidem. Zobacz także wyrok z dnia 30 września 2003 r., Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, pkt 96).

⁴⁶ Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Poiraresa Madury w sprawie Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:294, pkt 29), w odniesieniu do wyroku z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 68).

⁴⁷ Zobacz podobnie wyrok z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 61).

gospodarczej” i które mają na celu obejście przepisów krajowych⁴⁸. Ostatnio, w sprawie Polbud – Wykonawstwo⁴⁹, Trybunał przypomniał swoje utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym nie może istnieć ogólne domniemanie oszustwa lub nadużycia⁵⁰.

61. W niniejszej sprawie ogólne zastosowanie prawa włoskiego do *wszystkich* czynności na podstawie prawa spółek dokonywanych przez *wszystkie* spółki ze *wszystkich* innych państw członkowskich, gdy „główny przedmiot działalności” spółki znajduje się we Włoszech, jako sposób zwalczania nadużyć oznacza ustanowienie ogólnego domniemania oszustwa lub nadużycia. Aby przedmiotowy środek był proporcjonalny, powinien szczegółowo określać charakter czynów, które można uznać za nadużycie, oraz charakter spółek, przeciwko którym jest on konkretnie wymierzony. Ponadto takie ograniczenie powinno być poparte wiarygodnymi danymi i wyjaśnione w odpowiedni sposób. W związku z tym proponuję, aby Trybunał orzekł, że bardzo ogólnikowe brzmienie art. 25 ust. 1 zdanie drugie ustawy 218/1995, który nie wprowadza rozróżnienia między poszczególnymi konkretnymi sytuacjami, które mogą wystąpić, prowadzi raczej do wniosku, że przepis ten nie jest zgodny z zasadą proporcjonalności.

62. Ponadto pragnę zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem państwo członkowskie może przedsięwziąć środki w celu zapobieżenia, by niektórzy z jego obywateli, wykorzystując możliwości, jakie stwarza traktat, próbowali dokonywać nadużycia polegającego na uchylaniu się od stosowania ustawodawstwa krajowego⁵¹. W postępowaniu głównym wydaje się jednak, że ewentualna kwalifikacja zachowania STE jako „nadużycia” nie ma znaczenia dla odpowiedzi na przedłożone pytanie, ponieważ wydaje się, że Włochy wyraziły zgodę na zarejestrowanie STE w Luksemburgu.

63. W świetle informacji dostępnych Trybunałowi uważam, że domniemane ograniczenie swobody przedsiębiorczości wynikające ze stosowania prawa włoskiego do spółek zagranicznych, których „główny przedmiot działalności” znajduje się we Włoszech, nie byłoby uzasadnione. W związku z tym na pytanie prejudycjalne należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

IV. Wnioski

64. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytanie prejudycjalne Corte suprema di cassazione (najwyższego sądu kasacyjnego, Włochy) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

Swobodę przedsiębiorczości przewidzianą w art. 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego, które nakazują stosowanie z mocą wsteczną jego prawa krajowego do czynności zarządu i czynności organizacyjnej – takiej jak udzielenie pełnomocnictwa – spółki utworzonej na podstawie prawa innego państwa

⁴⁸ Zobacz podobnie wyrok z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 51–55).

⁴⁹ Wyrok z dnia 25 października 2017 r. (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 63, 64).

⁵⁰ Trybunał oparł się na wcześniejszym orzecznictwie, zgodnie z którym sama okoliczność przeniesienia przez spółkę miejsca zarządu do innego państwa członkowskiego nie może uzasadniać ogólnego domniemania oszustwa podatkowego i usprawiedliwiać środka naruszającego wykonywanie swobód podstawowych zagwarantowanych przez traktat (zob. podobnie wyroki: z dnia 26 września 2000 r., Komisja/Belgia C-478/98, EU:C:2000:497, pkt 45; z dnia 4 marca 2004 r., Komisja/Francja, C-334/02, EU:C:2004:129, pkt 27; z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 50).

⁵¹ Zobacz podobnie wyrok z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 39).

członkowskiego, z tego powodu, że główny przedmiot działalności tej spółki znajduje się na terytorium tego pierwszego państwa członkowskiego, w celu unieważnienia przeniesień własności nieruchomości dokonanych w następstwie tej czynności.