KOHTUJURISTI ETTEPANEK
ANTONIO TIZZANO
esitatud 7. juulil 2005 [1]

I. Sissejuhatus

1. Käesolev kohtuasi puudutab Euroopa Kohtule EÜ artikli 234 alusel Landgericht Koblenzi (Saksamaa) esitatud eelotsuse küsimust EÜ artiklite 43 ja 48 tõlgendamise kohta.

2. Eelotsusetaotluse esitanud kohus palub Euroopa Kohtul sisuliselt täpsustada, kas siseriiklikud õigusnormid, mis välistavad Saksa äriühingute ja teiste liikmesriikide äriühingute ühinemise tulemusel tekkinud äriühingu kandmise Saksa äriregistrisse, on vastuolus asutamisvabaduse põhimõttega.

1 — Algkeel: itaalia.

II. Õiguslik raamistik

Asjakohane ühenduse õigus

3. Põhikohtuasi puudutab põhiliselt asutamisvabadust reguleerivaid EÜ asutamislepingu sätteid. Sellega seoses on oluline kõigepealt mainida EÜ artiklit 43, mis kehtestab teatavasti ühenduse kodanike nii otsese (teine lõik) kui ka kaudse (esimene lõik) asutamisvabaduse. Selles on täpsemalt ette nähtud:

„Allpool esitatud sätete kohaselt keelatakse piirangud, mis kitsendavad liikmesriigi kodaniku asutamisvabadust teise liikmesriigi territooriumil. Niiviisi keelatakse ka piirangud, mis takistavad mis tahes liikmesriigi territooriumile asunud liikmesriigi kodanikel rajada esindusi, filiaale ja tütarettevõtjaid.

Kui kapitali käsitleva peatüki sätetest ei tulene teisiti, hõlmab asutamisvabadus õigust alustada ja jätkata tegutsemist füüsilisest isikust ettevõtjana ning asutada ja juhtida ettevõtjaid, eriti äriühinguid artikli 48 teises lõigus määratletud tähenduses, neil tingimustel, mida oma kodanike jaoks sätestab selle riigi õigus, kus niisugune asutamine toimub."

4. Järgmiseks tuleb meenutada EÜ artiklit 48, mis sätestab:

„Äriühingud, mis on asutatud vastavalt liikmesriigi seadusele ja millel on ühenduse piires registrijärgne asukoht, juhatuse asukoht või peamine tegevuskoht, võrdsustatakse käesoleva peatüki sätete kohaldamise korral füüsiliste isikutega, kes on liikmesriikide kodanikud.

Äriühingutena mõistetakse tsiviil- või kaubandusõiguslikke äriühinguid, samuti ühistuid ja muid avalik-õiguslikke või eraõiguslikke juriidilisi isikuid, välja arvatud mittetulundusühingud."

5. EÜ artikli 46 lõige 1 näeb siiski ette:

„Käesoleva peatüki sätted ja nende alusel võetud meetmed ei mõjuta nende õigus- ja haldusnormide kohaldatavust, mis sätestavad välisriigi kodanike teistsuguse kohtlemise avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise huvides."

6. Käesolevas kohtuasjas on oluline veel mainida asutamislepingu sätteid, mis käsitlevad kapitali vaba liikumist, eelkõige EÜ artikli 56 lõiget 1, mille kohaselt:

„Käesoleva peatüki sätete kohaselt keelatakse kõik kapitali liikumise piirangud liikmesriikide vahel ning liikmesriikide ja kolmandate riikide vahel."

7. Viimaks tuleb meenutada, et juba mitme aasta jooksul püüab komisjon saavutada piiriüleste ühinemiste osas ühenduse sellise õigusakti vastuvõtmist, mis oleks suuteline vastama erinevate liikmesriikide äriühingute koostöö- ja konsolideerumise vajadustele.

8. Kuigi direktiivi ettepanek kapitaliühingute piiriüleste ühinemiste kohta [2] on kaugele arenenud, [3] ei ole Euroopa Parlament ja nõukogu seda hetkel siiski lõplikult vastu võtnud.

Siseriiklik õigus

9. Saksamaal reguleerib ühinemistoiminguid Umwandlungsgesetz (seadus, mis käsitleb äriühingute ümberkujundamist; edaspidi „UmwG"). [4]

10. Nimetatud seaduse paragrahvi 1 lõige 1, mis reguleerib ümberkujundamise toiminguid, mainib vaid nende äriühingute ühinemist, mille asukoht on Saksamaal:

„Õigussubjekte, kelle asukoht on riigi territooriumil, võib ümber kujundada

1. ühinemise teel;

[...]".

11. Sama seaduse paragrahv 2 kirjeldab erinevaid võimalusi ühinemiseks äriühingu likvideerimismenetluseta lõpetamise teel, nimetades sealhulgas ühendamist ühe või mitme õigussubjekti vara ülekandmise kaudu teisele olemasolevale õigussubjektile, mis on asjakohane käesolevas kohtuasjas.

12. Lõpuks, UmwG ülejäänud sätetele, mis käsitlevad täpsemalt ühinemist ühendamise teel, on seatud rida tingimusi, sealhulgas käesolevas asjas oluline ühinemise kandmine ühendava õigussubjekti asukoha äriregistrisse (paragrahv 19).

III. Asjaolud ja menetlus

13. SEVIC Systems AG (edaspidi „SEVIC") asukohaga Neuwiedis (Saksamaa) ja Security Vision Concept SA (edaspidi „SVC") asukohaga Luxembourgis (Luksemburg) sõlmisid 2002. aastal ühinemiselepingu, mis nägi ette

2 — KOM(2003) 703 (lõplik). Nimetatud ettepaneku aluspõhimõte on, et liikmesriigid tunnustavad oma õiguskorras võimalust piiriülesteks ühinemisteks.

3 — Nimelt kiitis Euroopa Parlament 10. mail 2005 direktiivi ettepaneku esimesel lugemisel heaks.

4 — *BGBl.* 1994 I, lk 3210 (1995, 428), viimati muudetud 12. juunil 2003.

SVC likvideerimismenetluseta lõpetamise ja tema vara täieliku ülemineku SEVIC-ile.

14. Amtsgericht Neuwied (Neuwiedi esimese astme halduskohus) jättis taotluse kanda see ühinemine Saksa äriregistrisse rahuldamata, põhjendades seda viitega UmwG paragrahvi 1 lõikele 1, mis võimaldab üksnes selliste äriühingute ühinemist, kelle asukoht on Saksamaal. Käesolevas asjas ühinesid seevastu Saksa äriühing ja Luksemburgi õiguse alusel asutatud äriühing.

15. SEVIC esitas seejärel nimetatud otsuse peale kaebuse Landgericht Koblenzile, kes, evides kahtlusi seoses EÜ artiklite 43 ja 48 tõlgendamisega, otsustas talle lahendada antud kohtuasja menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas EÜ artikleid 43 ja 48 tuleb tõlgendada selliselt, et äriühingute asutamise vabadusega on vastuolus, kui keeldutakse — vastavalt Umwandlungsgesetzi (Saksa seadus, mis käsitleb äriühingute ümberkujundamist — UmwG) paragrahvile 16 ja sellele järgnevatele paragrahvidele — kandmast Saksamaa äriregistrisse ühinemist, mida teise Euroopa riigi äriühing kavatseb teostada Saksa äriühinguga, põhjusel, et selle seaduse paragrahvi 1 lõike 1 punkt 1 näeb ette üksnes selliste õigussubjektide ühinemise, kelle asukoht on Saksamaal?"

16. Käesolevas menetluses esitasid põhikohtuasja hageja, Saksamaa valitsus ja Madalmaade valitsus ning komisjon kirjalikud märkused.

17. 10. mai 2005. aasta kohtuistungil esitasid SEVIC, Saksamaa valitsus ja komisjon kohtukõned.

IV. Õiguslik analüüs

A. *Asutamisvabadust käsitlevate asutamislepingu sätete kohaldatavus käesoleva kohtuasja asjaoludele*

18. Kõigepealt tuleb tõdeda, et kuigi kõnealused siseriiklikud normid piirduvad Saksamaal asukohta omavate äriühingute ühinemise reguleerimisega, mõjutavad need otseselt võimalust viia läbi rahvusvahelisi ühinemisi. Nagu käesolevast asjast nähtub, ning nagu kinnitas istungil ka Saksamaa valitsus,

keeldutakse Saksamaal üldjuhul[5] Saksa õigussubjektist äriühingu ja teise liikmesriigi äriühingu vahelise ühinemiselepingu kandmisest äriregistrisse, mille tulemusel ei saa nimetatud toiming omada tagajärgi, just tuginedes UmwG paragrahvi 1 lõikele 1 ning just selle tõttu, et nimetatud sätted näevad ette vaid „siseriiklikke" ühinemisi.

19. Eeltoodut arvestades täheldan siiski, et pooled ei ole ühel nõul eelkõige selles osas, kas kõnealuseid toiminguid on võimalik kvalifitseerida asutamisvabaduse kasutamisena. Seega, enne kui uurida, kas asjaomased Saksa õigusnormid on kooskõlas EÜ artikkitega 43 ja 48, nagu küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus, tuleb kontrollida, kas sellises olukorras nagu vaadeldaval juhul kuuluvad need normid ühenduse õiguse eespool viidatud sätete kohaldamisalasse.

20. Saksamaa ja Madalmaade valitsus vastavad sellele küsimusele eitavalt, sest nende väitel ei kaasne vaidlusaluse ühinemistoiminguga „asutamist" asutamislepingu tähenduses.

21. Nimetatud mõiste viitab Saksamaa valitsuse sõnul füüsilise või juriidilise isiku majanduslikule tegevusele teises liikmesriigis püsiva kohaloleku kaudu, mis ettevõtjate puhul seisneb nimetatud liikmesriigis peamise tegevuskoha sisseseadmises või selle sinna üleviimises (EÜ artikli 43 teine lõik) või selles liikmesriigis teisese tegevuskoha loomises (EÜ artikli 43 esimene lõik).

22. Edasi väidab nimetatud valitsus, et käesolevas asjas ühendatakse Luksemburgi äriühing (SVC) ühinemise tagajärjel Saksa äriühinguga (SEVIC), mille tulemusel kaotab ta juriidilise isiku õigusvõime. Kuna äriühing, kes on lakanud eksisteerimast, ei saa tema määratlusest tulenevalt oma peamist ega teisest asukohta teises liikmesriigis „asutada", tuleb sellest Saksamaa valitsuse arvates järeldada, et EÜ artiklite 43 ja 48 kohaldamise tingimused ei ole täidetud.

23. Madalmaade valitsus, kes tugineb sarnasele arutluskäigule, lisab omalt poolt, et äriühingu lõppemine mõjutab otseselt selle moodustamist ja tegevust, see tähendab toiminguid, mille suhtes vastavalt Euroopa Kohtu üldteada Daily Mail kohtuotsuses[6] sedastatule ühenduse õigust ei kohaldata

5 — Oma määruses märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus siiski, et kuigi tegemist on vähemuses oleva kohtupraktika suunaga, on mõned Saksamaa kohtud viimasel ajal aktsepteerinud Saksamaal asukohta omavate äriühingute ja välisriikide äriühingute ühinemise registrisse kandmist.

6 — 27. septembri 1988. aasta otsus kohtuasjas 81/87: Daily Mail ja General Trust (EKL 1988, lk 5483).

ning mida reguleerib vaid siseriiklik õigus, nagu see on füüsiliste isikute kodakondsuse puhul. Seega ei saa EÜ artikleid 43 ja 48 tõlgendada nii, et nende alusel on äriühingutel õigus piiriüleste ühinemiste kaudu laieneda.

24. Ütlen kohe, et ei nõustu kirjeldatud lähenemisega.

25. Seda eelkõige seetõttu, et minu arvates tuleneb nimetatud lähenemine väärast loogikast, sest selle alusel peetakse ühinemise tagajärge, see tähendab ühendatud äriühingu lõppemist põhjuseks, mille tõttu äriühing ei saa (ajal, mil ta pole veel lakanud eksisteerimast!) seda toimingut teha, ning õigustuseks registreerimise keelule, mis välistab just selle toimingu.

26. Tegelikkuses on vastupidi, see tähendab need kaks äriühingut eksisteerivad kõikides ühinemisele eelnevates staadiumides ning nad toimivad juriidiliste isikutena, kellel on täielik õigusvõime ühinemislepingu üle läbirääkimiste pidamiseks ja selle sõlmimiseks. Alles ühinemise lõpuleviimisega ja eelkõige lepingu registrisse kandmisega lõppeb üks kahest õigussubjektist;[7] kuni selle hetkeni seda ei toimu, seda enam, et kui toimingut lõpule ei viida, jätkab äriühing, kes pidi ühendatama, iseseisva juriidilise isikuna.

27. Vaidlustatud siseriiklikud õigusnormid puudutavad seega õigussubjekte, kellel on säilinud täielik õigusvõime ja kellelt just — ja ainult — need õigusnormid võtavad võimaluse asutamisvabadust kasutada. Järelikult võib vaid põhjuste ja tagajärgede äravahetamise puhul püüda ühendatava äriühingu õigusvõime väidetava puudumisega õigustada seda, et asutamislepingu sätteid ei saa kohaldada piiriülestele ühinemistele.

28. Arvan siiski, et kõnealuse siseriikliku sätte eesmärk iseenesest välistab kahtlused selle kohta, et see kuulub EÜ artiklite 43 ja 48 kohaldamisalasse, nii nagu neid on tõlgendatud väljakujunenud kohtupraktikas.

7 — Nii on UmwG paragrahvis 20 ka sõnaselgelt ette nähtud.

29. Teadaolevalt on Euroopa Kohus asutamisõigusele, mida mõistetakse kui võimalust „osaleda püsivalt ja kestvalt [teise] liikmesriigi majanduselus," [8] täieliku kasutamise võimaluse tagamiseks sedastanud, et EÜ artiklite 43 ja 48 kohaldamisalasse ei kuulu mitte ainult need siseriiklikud õigusnormid ja praktika, mis käsitlevad otseselt ja konkreetselt asjaomase majandustegevusega tegelemist, vaid ka kõik „need, mis puudutavad erinevaid üldisi õigusi, mis on kasulikud selle tegevusega tegelemisel." [9]

30. Asutamisõiguse kohaldamisala hõlmab seega kõiki meetmeid, mis võimaldavad või isegi ainult lihtsustavad juurdepääsu teise liikmesriiki kui see, milles asutamine toimus, ning majandustegevusega tegelemist selles riigis, muutes võimalikuks huvitatud ettevõtjate tegeliku osalemise nimetatud liikmesriigi majanduselus samadel tingimustel kui need, mis kehtivad siseriiklike ettevõtjate suhtes. [10]

31. Kirjeldatud põhimõtteid esile tuues on Euroopa Kohus peaaegu alati sõnaselgelt viidanud 18. detsembril 1961 nõukogu poolt vastu võetud asutamisvabaduse piirangute likvideerimise üldprogrammile, mis sätestab, et tühistatavate piirangute hulka kuuluvad „õigusnormid ja praktika, mis välistavad, piiravad või seavad tingimusi ainult välisriigi kodanike võimalustele kasutada õigusi, mis on tavaliselt seotud füüsilisest isikust ettevõtja tegevusega." [11] Nimetatud programmis on näitena toodud „võimaluste" nimekiri, mis hõlmab võimalust „sõlmida lepinguid" ja „omandada, kasutada või võõrandada vallasasju või kinnisvara", mis on asjakohased käesolevas kohtuasjas.

32. Kokkuvõttes võib tõdeda, et asutamisõigus ei tähenda ainult õigust oma tegevuse teostamiseks enda asukohta teise liikmesriiki üle viia, vaid hõlmab kõiki asjaolusid, mis on mingil moel seotud selle tegevuse teostamisega ning seega asutamislepingus kehtestatud asutamisvabaduse täieliku kasutamisega, seda täiendades ja aidates sellel toimida.

33. Mulle näib ilmselge, et see kehtib ka vaatlusaluste siseriiklike õigusnormide puhul. Need puudutavad nimelt toiminguid, mis üksnes ei täienda ettevõtja tegevust, vaid on isegi selle jaoks olulised, sest need õigusnormid keelavad teda konkreetseid juriidilisi toiminguid (ühinemisi), ning eelkõige ostu-müügitehinguid või uute äriühingute moodustamise toiminguid teostamast.

8 — 30. novembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-55/94: Gebhard (EKL 1995, lk I-4165, punkt 25).

9 — 14. jaanuari 1988. aasta otsus kohtuasjas 63/86: komisjon *v.* Itaalia (EKL 1988, lk 29, punkt 14) ja 30. mai 1989. aasta otsus kohtuasjas 305/87: komisjon *v.* Kreeka (EKL 1989, lk 1461, punkt 21).

10 — Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus komisjon *v.* Itaalia, punktid 14 ja 16; eespool viidatud kohtuotsus komisjon *v.* Kreeka, punkt 19; 1. juuni 1999. aasta otsus kohtuasjas C-302/97: Konle (EKL 1999, lk I-3099, punkt 22); 13. aprilli 2000. aasta otsus kohtuasjas C-251/98: Baars (EKL 2000, lk I-2787, punkt 22) ja 5. novembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-208/00: Überseering (EKL 2002, lk I-9919, punkt 93).

11 — EÜT 1962, L 2, lk 36.

34. Siiski leidub veel üks asjaolu, mis menetlusse astunud valitsustel ainult ühendatava äriühingu lõppemisele keskendudes tähelepanuta jäi, mis aga minu arvates võib käesolevat analüüsi otseselt puudutada.

35. Viitan asjaolule, et kõnealust ühinemise toimingut võib vaadelda mitte ainult peamise asutamisena, vaid ka teisese asutamisena. Nimelt ei välista teises liikmesriigis asukohta omava äriühingu (käesolevas asjas Luksemburgi äriühing) ühendamine seda, et ühendav äriühing (siin Saksa äriühing) võib just ühendamise tulemusel hakata püsivalt tegutsema liikmesriigis, kus oli ühendatava äriühingu asukoht, seega teises liikmesriigis kui tema asukohariik, asutades sinna tegevuskoha, isegi kui see on vaid teisene.

36. Käesolevas asjas, nagu kinnitati kohtuistungil, jättiski ühendav äriühing (SEVIC) ühendatava äriühingu (SVC) vara, töötajad ja tootmisvahendid vastavalt ühinemislepingule Luksemburgi, mille tulemusel omas niimoodi „teisest" tegevuskohta välisriigis.

37. Sellisel juhul on tegemist asutamisvabaduse kasutamise eriviisiga, mis on samuti sätestatud EÜ artiklis 43, see tähendab äriühingu, kelle asukoht on ühes liikmesriigis, „teisese" asukoha loomisega teise liikmesriiki tänu just selles sättes ette nähtud võimalusele „asutada ja pidada Euroopa Ühenduse territooriumil rohkem kui ühte tegevuskeskust." [12]

38. Asjaolust, et käesolevas asjas on teiseses tegevuskohas üksus, millel ei ole iseseisvat õigusvõimet, ei saa teha teistsugust järeldust. EÜ artikli 43 esimene lõik näeb nimelt ette üksuste võimaluse kasutada asutamisõigust sõltumata sellest, kas neil on õigusvõime (tütarettevõtjad) või puudub neil selline autonoomia (esindused ja filiaalid).

39. Lisaks tuleneb ühenduse kohtupraktikast, et selle sätte viidet „esindustele, filiaalidele ja tütarettevõtjatele" tuleb mõista kui nende asutamisvormide mitteammendavat näidisloetelu, mida teises liikmesriigis tegutsev äriühing võib kasutada. Nii on Euroopa Kohus asutamist käsitlevate õigusnormide kohaldamise heaks kiitnud näiteks juhul, mil äriühingu esindatus teises ühenduse riigis ei

12 — 12. juuli 1984. aasta otsus kohtuasjas 107/83: Klopp (EKL 1984, lk 2971, punkt 19).

väljendu „tütarettevõtja või esinduse vormis, vaid kindlustatakse ainult büroo abil, mida haldavad ettevõtja enda töötajad või iseseisva juriidilise isiku töötajad, kellel on volitus püsivalt tegutseda, nii nagu see toimuks esinduse puhul." [13]

40. Arvestades eespool viidatud kohtupraktikat, ei ole minu hinnangul põhjendatud ka Saksamaa valitsuse vastuargument, mille kohaselt tuleb asutamisvabaduse kasutamiseks tingimata moodustada välisriigis uus või lisaüksus, ega saa seega väljenduda varem eksisteerinud äriühingu ühendamises, nagu käesolevas asjas.

41. Nagu Euroopa Kohus on täielikus kooskõlas eespool viidatud kohtupraktika suunaga täpsustanud, hõlmab EÜ artiklis 43 kehtestatud õigus nimelt võimalust „valida teises liikmesriigis tegevusega tegelemiseks sobiv juriidiline vorm". [14] Järelikult võib selle tegevusega tegeleda erinevatel viisidel, sealhulgas juba olemasoleva, teises liikmesriigis asutatud äriühingu osakute omandamise teel, tingimusel et see osalus tagab omandajale „teatava mõju äriühingu otsustele [...], mis võimaldaks tal määrata äriühingu tegevust" [15] — kriteerium, mis on sellisel juhul nagu kõnealune teise äriühingu ühendamine alati selle määratlusest tulenevalt täidetud.

42. Toodud põhjendusi silmas pidades leian seega, et niisugused siseriiklikud õigusnormid nagu need, mis on põhikohtuasja esemeks, kuuluvad täielikult EÜ artiklite 43 ja 48 kohaldamisalasse.

B. *Vaidlusaluste siseriiklike õigusnormide analüüs*

43. Olles eelneva täpsustanud ja suundudes põhiküsimuse juurde, tuleb uurida, kas vaidlusalune siseriiklik meede, mis keelustab igal juhul Saksamaal asukohta omavate äriühingute ja teiste liikmesriikide äriühingute vaheliste ühinemiste tulemusel tekkinud äri-

13 — 4. detsembri 1986. aasta otsus 205/84: komisjon *v.* Saksamaa (EKL 1986, lk 3755, punkt 21).

14 — 21. septembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-307/97: Saint-Gobain ZN (EKL 1999, lk I-6161, punkt 43).

15 — Vt eelkõige eespool viidatud Baarsi kohtuotsus, punktid 21–22, ja eespool viidatud Überseeringi kohtuotsus, punkt 77. Tuleb täpsustada, et sellise aktsiaosaluse omandamine, millega taolist mõju ei kaasne, ei jää siiski asutamislepingu sätete kohaldamisalast välja, kuna see jääb allutatuks kapitali vaba liikumise eeskirjadele.

ühingute kandmise Saksa äriregistrisse, on asutamisvabaduse piirang.

44. Alustan seda analüüsi meenutades, et asutamisvabaduse laia määratluse põhjal, mis järeldub kohtupraktikast, nagu mainitud (eespool punktid 24–27), tuleb selle vabaduse piiranguteks pidada „mis tahes piiranguid, mis keelavad, takistavad või muudavad nimetatud vabaduse kasutamise vähem atraktiivseks". [16] Nimetatud keeld võib hõlmata ka siseriiklikke meetmeid, mis vaid „heidutavad" ettevõtjat asutamisvabadust kasutamast. [17]

45. See ei ole kõik: samast kohtupraktikast tuleneb veel, et EÜ artikkel 43 ei piirdu selle keelamisega, et liikmesriik takistab või piirab välisriigist pärit ettevõtjate asutamist enda territooriumil, vaid välistab ka selle, et liikmesriik takistaks siseriiklike ettevõtjate asutamist teises liikmesriigis. [18] Teisisõnu on keelatud nii liikmesriigi territooriumile „sissepääsu" kui ka sealt „väljapääsu" piirangud.

46. Kui kohaldada nimetatud põhimõtteid käesolevale asjale, tundub vaieldamatu, et sellised siseriiklikud õigusnormid, nagu on põhikohtuasja esemeks, võivad vähemalt heidutada nii siseriiklikke kui ka välisettevõtjaid asutamisvabadust kasutamast.

47. Ühinemine kujutab endast eriti tõhusat vahendit äriühingute ümberkujundamiseks, kuivõrd see võimaldab üheainsa toiminguga asuda tegutsema uues vormis ja katkestuseta, vähendades seega komplikatsioone, tähtaegu ning kulusid, mis seonduvad äriühingute ümberkujundamise muude vormidega, nagu sellistega, millega kaasnevad näiteks äriühingu likvideerimismenetlusega lõpetamine ja uue äriühingu asutamine, vara üleminek uuele äriühingule, omandiõigust tõendavate dokumentide muutmine jms.

48. Tuleb aga tõdeda, et vaidlustatud siseriiklike õigusnormide tõttu ja ainult nende pärast ning vaid põhjusel, et ta soovib endaga ühendada äriühingu, kelle asukoht on teises liikmesriigis, kaotab SEVIC nagu kõik Saksa äriühingud, kes on sarnases olukorras, võimaluse teostada ühinemine, mida ta oleks

16 — Vt viimasena 5. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-442/02: Caixa Bank France (EKL 2004, lk I-8961, punkt 11 ja viidatud kohtupraktika).

17 — Vt näiteks eespool viidatud Daily Maili kohtuotsus, punkt 16; 18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-200/98: X ja Y (EKL 1999, lk I-8261, punkt 26) ja 11. märtsi 2004. aasta otsus kohtuasjas C-9/02: de Lasteyrie du Saillant (EKL 2004, lk I-2409, punkt 45).

18 — Vt eelkõige eespool viidatud Baarsi kohtuotsus, punkt 28, ja eespool viidatud de Lasteyrie du Saillant' kohtuotsus, punkt 42.

saanud vastupidisel juhul läbi viia. Ta kaotab seega märkimisväärse ja ilmse võimaluse sellisel integreeritud turul nagu Euroopa turg, kui ta ei taha kasutada teisi viise, millel ei ole samu omadusi ega eeliseid, nagu just eespool rõhutasin.

49. Kõik eelkirjeldatu moodustab ilmselgelt „takistuse", mis võib otseselt mõjutada Saksa äriühingute otsust selle kohta, kas siirdada või laiendada oma tegevust teistesse liikmesriikidesse, ja seega kasutada vabadust, millele neil on õigus EÜ artiklite 43 ja 48 alusel.

50. Vaidlusalused õigusnormid toovad kaasa piiranguid ka seoses äriühingutega, kelle asukoht on teistes liikmesriikides. Need keelavad täielikult nimetatud äriühingutel kasutada ühte juurdepääsu viisi Saksa turule. Nimelt ei saaks äriühing, kelle asukoht on välisriigis, tegutseda Saksamaal, liitudes ühe või mitme Saksa äriühinguga olemasoleva äriühingu ühendamise või uue äriühingu asutamise teel. Sellise tulemuse saavutamiseks peaks ilmselt kõigepealt asutama Saksamaal uue äriühingu, mis on vastavalt Euroopa Kohtu poolt täpsustatule võrdväärne „asutamisvabaduse eitamisega". [19]

51. Toodud põhjendustele tuginedes leian, et kõnealused Saksa õigusnormid on eespool täpsustatud mõttes asutamisvabaduse piirang ning on seega vastuolus EÜ artiklitega 43 ja 48.

C. *Vaidlusaluste siseriiklike õigusnormide väidetav õigustus*

52. Vaatamata eeltoodule tuleb veel uurida, kas siseriiklike õigusnormide vastuolu nimetatud artiklitega ei saa kõrvaldada üldise huvi põhjustel, millele võib nende õigustamiseks viidata, nagu järgnevalt näeme.

53. Nimelt väidab Saksamaa valitsus, keda toetab Madalmaade valitsus, et praeguses olukorras, mil puuduvad ühenduse õigusnormid konkreetse ühtlustamise kohta, ei ole Saksamaal võimalik tunnistada piiriüleseid ühinemisi märkimisväärsete erinevuste tõttu, mis esinevad veel liikmesriikide vahel äriühinguõiguses, ja seega nende toimingute

19 — Eespool viidatud Überseeringi kohtuotsus, punkt 81.

eriti keerulise olemuse tõttu. Vaatlusalune keeld on selle valitsuse väitel järelikult õigustatud vajadusega tagada vajalik õiguskindluse tase kaubandussuhetes, samuti kaitsta Saksa äriühingute töötajate, võlausaldajate ja vähemusaktsionäride huve.

54. Isegi kui Euroopa Kohus sedastaks, et UmwG paragrahvi 1 lõike 1 esimeses lõigus sätestatud norm kujutab endast asutamisvabaduse piirangut, oleks see piirang seega siiski õiguspärane, kuna see on kavandatud täitma vajadusi, mis kahe menetlusse astunud valitsuse sõnul on ühenduse kohtupraktikas tunnustatud kui vajadused, mis õigustavad selliseid meetmeid.

55. Tuletan omalt poolt kõigepealt meelde, et selles osas, mis puudutab lubatud erandeid põhivabadustest, eristab ühenduse õigus selgelt diskrimineerivaid ja mittediskrimineerivaid meetmeid. Esimesed on lubatud vaid juhul, kui need kuuluvad asutamislepingus, see tähendab asutamisvabaduse kohta EÜ artiklis 46 sõnaselgelt ette nähtud erandi alla. Seevastu need, mida kohaldatakse ilma eristamata nii siseriiklike kui teiste liikmesriikide õigussubjektide suhtes, võivad olla lubatud vaid juhul, kui need on õigustatud võimalike ülekaalukate vajadustega ning isegi siis tingimusel, et need on sobivad selleks, et tagada taotletud eesmärgi täitmine, ega ületa selle saavutamiseks vajalikku. [20]

56. Tuleb aga tõdeda, et käesolevas asjas on tegemist diskrimineerivate normidega. Nagu eespool nägime, kehtestavad vaatlusalused õigusnormid äriühingute vahel nende asukoha alusel selgelt erineva kohtlemise, lubades ühinemisi, kui huvitatud äriühingute asukoht on Saksamaal, ja neid vastupidi keelustades, kui neist ühe asukoht on välisriigis.

57. Sellistel juhtudel on seega ainus kohaldatav erand see, mis on ette nähtud EÜ artiklis 46, mille kohaselt saab diskrimineerivaid meetmeid õigustada vaid avaliku korra, avaliku julgeoleku ja rahvatervise huvidega. See ei ole kõik — kuna see säte sisaldab erandit asutamislepingu aluspõhimõttest, tuleb seda tõlgendada kitsalt ning seetõttu

20 — Vt eelkõige 31. märtsi 1993. aasta otsus kohtuasjas C-19/92: Kraus (EKL 1993, lk I-1663, punkt 32); eespool viidatud Gebhardi kohtuotsus, punkt 37; 9. märtsi 1999. aasta otsus kohtuasjas C-212/97: Centros (EKL 1999, lk I-1459, punkt 34) ja eespool viidatud Caixa Banki kohtuotsus, punkt 17.

on Euroopa Kohus seadnud selle kohaldamise tingimuseks „tegeliku ja piisavalt tõsise ohu, mis mõjutab ühiskonna ühte põhilist huvi," olemasolu. [21]

58. Mulle tundub aga ilmne, et raskused koordineerimisel või oht, et äriõiguse osas leidub erinevate siseriiklike õigusnormide vahel erinevusi, millele Saksamaa ja Madalmaade ametivõimud on muuseas viidanud väga ebamääraselt ja üldiselt, ei ole sellist laadi ega sellise ulatusega „oht" ühele „ühiskonna põhilisele huvile" ega kuulu seega EÜ artikli 46 kohaldamisalasse.

59. Isegi kui soovitaks lähtuda oletusest, et vaidlustatud õigusnormid ei ole diskrimineerivad, ei muudaks see tulemust, kuna eristamata kohaldatavatele piirangutele ühenduse kohtupraktikas seatud tingimused, mida mainisin (eespool punkt 55), ei ole täidetud.

60. Alustan ülekaaluka avaliku huvi olemasolust. Sellest vaatenurgast võiks mõista, kuigi täiesti hüpoteetiliselt, ühendatud äriühingu päritoluriigi põhjuseid välistada ühinemised ülekaaluka avaliku huvi tõttu. [22] Nimetatud riigist kaob nimelt teise liikmesriigi äriühinguga ühendamise tõttu äriühing, mis kuulus tema õiguskorda ning mille üle tal ei ole seetõttu enam otsest kontrolli.

61. Seevastu on keerulisem õigustada selle riigi vastuseisu, kus asub ühendav äriühing, kuna ühinemine ei mõjuta selle äriühingu sidet nimetatud riigi õiguskorraga. Käesolevas asjas säilitaks SEVIC tegelikult oma asukoha Saksamaal ka pärast kavandatud ühinemist ning Saksa õigust kohaldataks selle äriühingu kogu tegevuse suhtes ka edaspidi.

62. Kuid isegi kui soovida neid põhjendusi teataval määral kaaluda, jääb siiski kahtlaseks, kas erinevate õiguskordade vahelisi kokkusobivuse ja koordineerimise probleeme võiks määratleda kui ülekaaluka avaliku huvi põhjuseid. Seda eriti siis, kui arvestada, et

21 — Vt paljude teiste hulgas 27. oktoobri 1977. aasta otsus kohtuasjas 30/77: Bouchereau (EKL 1977, lk 1999, punkt 35) ja 26. novembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-100/01: Oteiza Olazabal (EKL 2002, lk I-10981, punkt 39).

22 — Käesolevas asjas nähtub toimikust, et Luksemburgi Suurhertsogiriik ei esitanud ühtegi vastuväidet ning asus riiklikust äriühingute registrist SVC kannet kustutama.

niivõrd kui mulle on teada, aktsepteerivad piiriüleseid ühinemisi mitmed siseriiklikud õiguskorrad, ilma et see tekitaks ületamatuid raskusi vastupidi sellele, mida tunduvad väitvat menetlusse astunud valitsused. [23]

63. Igal juhul kui nõustuda selles osas nimetatud valitsuste argumendiga (millega ma siiski ei nõustu), tuleks veel kontrollida, kas vaadeldaval juhul on täidetud teised eespool viidatud tingimused, see tähendab kõnealuse meetme vajalikkus ja proportsionaalsus.

64. Nagu eelnevalt siiski nähtud, kehtestab see meede absoluutse ja automaatse keelu, mida kohaldatakse seega üldiselt ja preventiivselt kõigi piiriüleste ühinemiste suhtes, sõltumata nendega seonduva võimaliku kahju või ohtude kontrollist.

65. Selles osas on minu arvates täiesti ilmselge, eriti Euroopa Kohtu praktikat silmas pidades, [24] et kõnealune meede ületab kirjeldatud võimalike probleemide lahendamiseks vajalikku ning et seetõttu tuleb tõdeda, et see ei ole proportsionaalne nimetatud eesmärgi täitmiseks. Nimelt saaks selle eesmärgi saavutada vähem piiravate meetmetega, nagu näiteks võimalusega keelduda registrisse kandmisest juhtumipõhiselt ja vaid juhul, kui asjaomaste õiguskordade vahel esinevad ilmselged ja tõendatud koordineerimisprobleemid, millega võib kaasneda tõsine oht õiguskindlusele või huvitatud äriühingute töötajate, võlausaldajate või vähemusaktsionäride huvide kaitsele.

66. Kordan, et kindlasti ei saa pidada proportsionaalseks meedet, mis näeb ette sellise absoluutse ja automaatse keelu.

67. Samuti ei ole võimalik tugineda selle meetme õigustamiseks asjaolule, et ühenduse direktiivi kapitaliühingute piiriüleste ühinemiste kohta, millele menetlusse astunud valitsused siiski viitavad, ei ole veel vastu

23 — Selgus, et selliste lepingute sõlmimine on lubatud näiteks Hispaania, Portugali, Itaalia, Prantsuse ja Belgia õiguses, kuigi see toimub erinevatel tingimustel.

24 — Absoluutsete ja üldiste keeldude ebaproportsionaalsuse kohta vt näiteks 30. aprilli 1986. aasta otsus kohtuasjas 96/85: komisjon *v.* Prantsusmaa (EKL 1986, lk 1475, punkt 14); 16. juuni 1992. aasta otsus kohtuasjas C-351/90: komisjon *v.* Luksemburg (EKL 1992, lk I-3945, punkt 19); 26. septembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-478/98: komisjon *v.* Belgia (EKL 2000, lk I-7587, punkt 45) ja 4. märtsi 2004. aasta otsus kohtuasjas C-334/02: komisjon *v.* Prantsusmaa (EKL 2004, lk I-2229, punktid 28 ja 34).

võetud. Nende valitsuste väitel ei ole nimelt ühendusesisese ühtlustamise puudumisel võimalik selliseid toiminguid teostada.

68. Tõepoolest on üldteada ja ka Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikas kinnitatud, et asutamisvabaduse kasutamine ei saa sõltuda ühtlustamisdirektiivide vastuvõtmisest. [25] Need direktiivid ei kehtesta asutamislepinguga tagatud õigusi, vaid nende eesmärk on ainult lihtsustada õiguste kasutamist. Seda kinnitab käesolevas asjas täpsemalt ka eespool viidatud direktiivi ettepaneku esimene põhjendus, mille kohaselt on direktiivi eesmärk *„lihtsustada* [...] piiriüleste ühinemiste elluviimist." [26] Õigusaktid lükkavad seega ümber väite eelneva ühendusesisese ühtlustamise vajaduse kohta.

69. Lõppkokkuvõttes leian, et eespool viidatud tingimused, mis on olulised asutamislepinguga kokkusobimatu siseriikliku meetme õigustamiseks, ei ole käesolevas asjas täidetud.

70. Järeldan seega eeltoodust, et kõnealused siseriiklikud õigusnormid ei ole õigustatud ei EÜ artikli 46 alusel ega menetlusse astunud valitsuste viidatud ülekaalukate vajadustega. Seetõttu tuleb tõdeda, et need õigusnormid on vastuolus EÜ artiklitega 43 ja 48.

D. *Kapitali vaba liikumine*

71. Märgin lõpetuseks, et kohtuistungil viitas komisjon asjaolule, et kõnealust meedet võiks analüüsida ka kapitali vaba liikumise piiranguna, mis on põhimõtteliselt keelatud EÜ artiklis 56. Tõepoolest, piiriüleste ühinemiste registrisse kandmisest keeldumine takistaks neile toimingutele omast kapitali liikumist.

72. Kõigepealt pean nentima, et eelotsusetaotluse esitanud kohus ei palunud Euroopa Kohtul teha eelotsust EÜ artikli 56 tõlgendamise kohta.

Sellele vaatamata võib siinkohal küsida, kas vastus selle kohta ei osutuks siiski kasulikuks. Nimelt on ühenduse kohtupraktikas sedastatud, et „eelotsuse küsimuse esitanud kohtule vajaliku vastuse andmiseks võib Euroopa

25 — Vt eelkõige 28. aprilli 1977. aasta otsus kohtuasjas 71/76: Thieffry (EKL 1977, lk 765, punktid 17 ja 27); eespool viidatud Krausi kohtuotsus, punkt 30, ja eespool viidatud Überseeringi kohtuotsus, punkt 55.

26 — Kohtujuristi kursiiv.

Kohus arvestada selliste ühenduse õigusnormidega, millele siseriiklik kohus ei ole küsimuses viidanud." [27]

73. Käesolevas asjas siiski ei tundu mulle põhimõtteliselt, et EÜ artikli 56 tõlgendamine oleks põhikohtuasja lahendamiseks tõepoolest vajalik. Tõepoolest, olles juba jõudnud järeldusele, et vaidlusalune meede on EÜ artikli 43 piirang, mis ei ole õigustatud, oleks selle kontrollimine, kas see on kooskõlas EÜ artikliga 56, äärmisel juhul üleliigne. On üldteada, et olles tuvastanud asutamisvabaduse piirangu, ei pea Euroopa Kohus üldjuhul vajalikuks uurida, kas konkreetne säte on ka vastuolus asutamislepingu kapitali vaba liikumist käsitlevate eeskirjadega. [28]

74. Käesolevas asjas oleks see lisakontroll vajalik siis, kui Euroopa Kohus nõustuks menetlusse astunud valitsuste pakutud lahendusega ja leiaks, et asutamisvabadust puudutavaid sätteid ei ole rikutud.

75. Kui see nii siiski oleks, ning kui seetõttu tuleks asuda küsimusele vastama kapitali vaba liikumise vaatenurgast, järeldaksin nagu komisjon, et vaidlusalune siseriiklik meede on selle vabaduse õigusvastane piirang.

76. Esmalt märgin, et kuna ühinemistoimingud on „lahutamatult seotud kapitali liikumisega," [29] kuuluvad need kahtlemata EÜ artikli 56 kohaldamisalasse. Nimelt, vastavalt selle nomenklatuuri I jaole „Otseinvesteeringud", [30] mis sisaldub nõukogu 24. juuni 1988. aasta direktiivi 88/361/EMÜ asutamislepingu artikli 67 rakendamise kohta [31] I lisas, hõlmavad need investeeringud „olemasolevate ettevõtjate täielikku omandamist" (punkt 1) ja „osalemist uutes või olemasolevates ettevõtjates püsivate

27 — 20. märtsi 1986. aasta otsus kohtuasjas 35/85: Tissier (EKL 1986, lk 1207, punkt 9); 27. märtsi 1990. aasta otsus kohtuasjas C-315/88: Bagli Pennacchiotti (EKL 1990, lk I-1323, punkt 10) ja 18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-107/98: Teckal (EKL 1999, lk I-8121, punkt 39).

28 — Vt näiteks 28. aprilli 1998. aasta otsus kohtuasjas C-118/96: Safir (EKL 1998, lk I-1897, punkt 35); eespool viidatud kohtuotsus X ja Y, punkt 30; eespool viidatud Baarsi kohtuotsus, punkt 42; 8. märtsi 2001. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-397/98 ja C-410/98: Metallgesellschaft jt (EKL 2001, lk I-1727), punkt 75) ja 21. novembri 2002. aasta

29 — 16. märtsi 1999. aasta otsus kohtuasjas C-222/97: Trummer ja Mayer (EKL 1999, lk I-1661, punkt 24).

30 — Nomenklatuur, millele on ühenduse kohtupraktikas kapitali liikumise mõiste määratlemiseks pidevalt viidatud. Vt hiljutised eespool viidatud Trummer ja Mayeri kohtuotsus, punkt 21, ja 6. juuni 2000. aasta otsus kohtuasjas C-35/98: Verkooijen (EKL 2000, lk I-4071, punkt 27).

31 — EÜT L 178, lk 5; ELT eriväljaanne 10/01, lk 10.

majandussidemete loomiseks või säilitamiseks" (punkt 2). Järelikult on selge, et ühinemistoimingud kujutavad endast „kapitali liikumist".

77. Teiseks, seoses kõnealuse meetme piirava iseloomuga leian, et siia võib kergesti, *mutatis mutandis* üle kanda arutluskäigu asutamisvabaduse osas (eespool punktid 37–43). Nimelt kaasneb vaidlusaluste õigusnormidega kapitali liikumisele vähemalt heidutav mõju, kuna need keelavad ära välisriigis asuvate äriühingute omandamisel või moodustamisel ühe soodsa vahendi kasutamise.

78. Kokkuvõttes ning samadel põhjustel, millele on eespool viidatud (punktid 48–59), leian, et käesolevas asjas ei ole täidetud tingimused, mis võivad kohtupraktika kohaselt õigustada erandit asutamislepingus tagatud põhivabaduse kasutamisest.

V. Ettepanek

79. Eeltoodud põhjendusi silmas pidades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Landgericht Koblenzi esitatud küsimusele järgnevalt:

EÜ artiklitega 43 ja 48 on vastuolus sellised liikmesriigi õigusnormid nagu siseriiklik seadus, mis käsitleb äriühingute ümberkujundamist (Umwandlungsgesetz), mille alusel on keelatud selles riigis asukohta omavate äriühingute ja teiste liikmesriikide äriühingute ühinemise tulemusel tekkinud äriühingu kandmine riiklikku äriregistrisse.