# NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
# ANTONIO TIZZANO
prednesené 7. júla 2005 [1]

## I — Úvod

1. Táto vec sa týka prejudiciálnej otázky, ktorú podľa článku 234 ES položil Súdnemu dvoru Landgericht Koblenz (Nemecko) o výklade článkov 43 ES a 48 ES.

2. Vnútroštátny súd v podstate navrhuje, aby Súdny dvor upresnil, či vnútroštátny právny predpis, ktorý zamieta zápis do nemeckého obchodného registra o fúziách medzi nemeckými spoločnosťami a spoločnosťami z iných členských štátov, je v rozpore so zásadou slobody usadiť sa.

1 — Jazyk prednesu: taliančina.

## II — Právny rámec

*Relevantné právo Spoločenstva*

3. Spor vo veci samej sa v podstate týka pravidiel Zmluvy o slobode usadiť sa. V tejto súvislosti je predovšetkým podstatný článok 43 ES, ktorý, ako je známe, upravuje právo štátnych príslušníkov Spoločenstva usadiť sa ako hlavné (druhý odsek) a vedľajšie (prvý odsek). Najmä ustanovuje, že:

„V rámci nasledujúcich ustanovení sa zakazujú obmedzenia slobody usadiť sa štátnych príslušníkov jedného členského štátu na území iného členského štátu. Zakazujú sa aj obmedzenia, ktoré sa týkajú zakladania obchodných zastúpení, organizačných zložiek a dcérskych spoločností štátnymi príslušníkmi jedného členského štátu na území iného členského štátu.

Sloboda usadiť sa zahŕňa aj právo začať vykonávať samostatnú zárobkovú činnosť, založiť a viesť podniky, najmä spoločnosti v zmysle článku 48 odseku 2, za podmienok stanovených pre vlastných štátnych príslušníkov právom štátu, v ktorom dochádza k usadeniu sa, pokiaľ ustanovenia kapitoly o pohybe kapitálu nestanovujú inak."

4. Potom je potrebné poukázať na článok 48 ES, ktorý stanovuje:

„So spoločnosťami založenými podľa zákonov členského štátu a ktoré majú svoje sídlo, ústredie alebo hlavné miesto podnikateľskej činnosti v spoločenstve, sa pre účel tejto kapitoly zaobchádza rovnako ako s fyzickými osobami, ktoré sú štátnymi príslušníkmi členských štátov.

Spoločnosťami sa rozumejú spoločnosti založené podľa občianskeho alebo obchodného práva vrátane družstiev a iných právnických osôb podľa verejného alebo súkromného práva s výnimkou neziskových spoločností."

5. Článok 46 ods. 1 ES však stanovuje, že:

„Ustanovenia tejto kapitoly a opatrenia z nich vyplývajúce rešpektujú ustanovenia stanovené zákonom, iným právnym predpisom alebo správnym aktom osobitne upravujúce postavenie cudzích štátnych príslušníkov z dôvodov verejného poriadku, verejnej bezpečnosti a verejného zdravia."

6. Na účely tejto veci je tiež vhodné spomenúť ustanovenia Zmluvy v oblasti slobody pohybu kapitálu a najmä článok 56 ods. 1 ES, ktorý stanovuje:

„V rámci ustanovení tejto kapitoly sú zakázané všetky obmedzenia pohybu kapitálu medzi členskými štátmi a tretími krajinami."

7. Napokon je vhodné pripomenúť, že už niekoľko rokov sa Komisia snaží ustanoviť právny nástroj Spoločenstva v oblasti cezhraničných fúzii, ktorý by odpovedal na potrebu spolupráce a zoskupenia medzi spoločnosťami z rôznych členských štátov.

8. V tomto okamihu však ešte návrh smernice o cezhraničných fúziách kapitálových spoločností [2], napriek tomu, že bol v dosť pokročilom štádiu [3], nebol v konečnom znení prijatý Parlamentom a Radou.

*Vnútroštátne právo*

9. V Nemecku upravuje fúzie Umwandlungsgesetz (národný zákon o transformáciách spoločností, ďalej len „UmwG“) [4].

10. § 1 ods. 1 tohto zákona pri úprave fúzie spomína iba fúzie spoločností so sídlom v Nemecku, pričom ustanovuje:

„Právne subjekty so sídlom v tuzemsku sa môžu transformovať prostredníctvom

1. fúzie

...“

11. § 2 tohto zákona potom opisuje rôzne prípady fúzií zrušením spoločnosti bez likvidácie, medzi ktorými, pokiaľ ide o to, čo je teraz zaujímavé, je aj prípad prostredníctvom zlúčenia celého imania jedného alebo viacerých právnych subjektov s iným už existujúcim právnym subjektom prevodom.

12. Napokon ďalšie ustanovenia UmwG, ktoré sa týkajú osobitne fúzií prostredníctvom zlúčenia, si vyžadujú splnenie viacerých podmienok, medzi ktoré, pokiaľ ide o to, čo nás zaujíma, patrí zápis do obchodného registra v sídle prijímajúceho právneho subjektu (§ 19).

## III — Skutkový stav a konanie

13. SEVIC Systems Aktiengesellschaft (ďalej len „Sevic“), so sídlom v Neuwiede (Nemecko) a Security Vision Concept S.A. (ďalej len „SVC“), so sídlom v Luxemburgu (Luxembursko), uzavreli v roku 2002 zmluvu

2 — KOM(2003) 703, konečné znenie. Tento návrh sa opiera o zásadu, podľa ktorej členské štáty vo svojom právnom poriadku uznávajú možnosť cezhraničných fúzií.

3 — Dňa 10. mája 2005 totiž Európsky parlament schválil návrh smernice v prvom čítaní.

4 — BGBl. z roku 1994, 3210 (1995, 428), naposledy zmenený 12.6.2003.

o fúzii, v ktorej dohodli zrušenie SVC bez likvidácie a prevod jej celého imania na Sevic.

14. Amtsgericht Neuwied (Prvostupňový súd v meste Neuwied) zamietol návrh na zápis fúzie do nemeckého obchodného registra, pričom toto zamietnutie odôvodnil na základe § 1 ods. 1 UmwG, ktorý umožňuje fúzie výlučne medzi spoločnosťami so sídlom v Nemecku. V tomto prípade sa však fúzia týka nemeckej spoločnosti a spoločnosti podľa luxemburského práva.

15. Proti tomuto rozhodnutiu sa teda Sevic odvolal na Landgericht Koblenz, ktorý vzhľadom na to, že mal pochybnosti o výklade článkov 43 ES a 48 ES, rozhodol prerušiť konanie, ktoré pred týmto súdom prebiehalo, a položiť Súdnemu dvoru nasledujúcu prejudiciálnu otázku:

„Majú sa články 43 ES a 48 ES vykladať v tom zmysle, že slobode usadenia odporuje, keď na základe § 16 a nasl. UmwG sa zahraničnej európskej spoločnosti zamieta zápis do nemeckého obchodného registra o jej fúzii, ktorú chce uskutočniť s nemeckou spoločnosťou, pretože § 1 ods. 1 bod 1 UmwG upravuje len transformácie právnych subjektov so sídlom v tuzemsku?“

16. V konaní, ktoré sa takto začalo, predložili svoje písomné pripomienky žalobca v konaní vo veci samej, nemecká vláda, holandská vláda a Komisia.

17. Na pojednávaní 10. mája 2005 sa zúčastnili Sevic, nemecká vláda a Komisia.

## IV — Právny rozbor

### A — *Uplatniteľnosť ustanovení Zmluvy o slobode usadiť sa*

18. Najskôr pripomínam, že hoci sa predmetné vnútroštátne právne predpisy obmedzujú na úpravu fúzií medzi spoločnosťami, ktoré majú sídlo v Nemecku, dotýkajú sa priamo možnosti uskutočniť medzinárodné fúzie. Ako preukázal tento prípad a nemecká vláda to na pojednávaní potvrdila,

v Nemecku sa totiž na základe § 1 ods. 1 UmwG spravidla [5] zamieta zápis fúzie medzi spoločnosťou nemeckého práva a spoločnosťou z iného členského štátu do obchodného registra s tým výsledkom, že nemôže spôsobiť účinky, a to práve z dôvodu, že toto ustanovenie upravuje iba „vnútroštátne" fúzie.

19. Po tomto úvode pripomínam, že účastníci predovšetkým nesúhlasia so samotnou možnosťou kvalifikovať činnosti, o ktorých sa diskutuje ako o výkone slobody usadiť sa. Teda ešte predtým ako sa opýtame, či je príslušná nemecká právna úprava v súlade s článkami 43 a 48 ES, ako požiadal vnútroštátny súd, je potrebné sa uistiť, či vo vzťahu k skúmanému prípadu patrí táto právna úprava do pôsobnosti týchto ustanovení.

20. Nemecká vláda a holandská vláda odpovedajú na túto otázku záporne, pretože podľa ich názoru fúzia, o ktorú ide, by nespôsobila „usadenie sa" v zmysle Zmluvy.

21. Ako vysvetľuje nemecká vláda, tento pojem sa odvoláva na výkon hospodárskej činnosti fyzickou alebo právnickou osobou v inom členskom štáte prostredníctvom stálej prítomnosti, ktorá, pokiaľ ide o spoločnosti, vyplýva z umiestnenia alebo presťahovania hlavného miesta podnikateľskej činnosti do tohto štátu (článok 43 druhý odsek) alebo založením vedľajšieho miesta podnikateľskej činnosti v tomto štáte (článok 43 prvý odsek).

22. Táto vláda pokračuje, že v tomto prípade je však luxemburská spoločnosť (SVC) fúziou pohltená nemeckou spoločnosťou, ktorá je prijímajúcim právnym subjektom (Sevic), a stráca teda svoju právnu subjektivitu. Ale keďže sa už na základe pojmového vymedzenia nemôže zaniknutá spoločnosť „usadiť", a to ani z hlavného, ani z vedľajšieho dôvodu, v inom členskom štáte, musí sa z toho podľa nemeckej vlády vyvodiť, že tu nie sú splnené podmienky na uplatňovanie článkov 43 a 48 Zmluvy.

23. Podľa holandskej vlády, ktorá vychádza z obdobnej úvahy a dodáva, že zánik jednej spoločnosti má priamy vplyv na jej založenie a fungovanie, a teda na hľadiská, ktoré ako uznal Súdny dvor v známom rozsudku Daily Mail [6], teraz vybočujú z oblasti pôsobnosti

5 — Vo svojom uznesení však vnútroštátny súd uvádza, že v poslednom čase niektoré nemecké súdy prijali zápis fúzií spoločností so sídlom v Nemecku so zahraničnými spoločnosťami do registra, hoci ide o menšinový smer judikatúry.

6 — Rozsudok z 27. septembra 1988, Daily Mail a General Trust, 81/87, Zb. s. 5483.

práva Spoločenstva a sú upravené výlučne vnútroštátnymi právnymi poriadkami, a to aj pokiaľ ide o štátnu príslušnosť fyzických osôb. Články 43 ES a 48 ES sa preto nemôžu vykladať v tom zmysle, že priznávajú spoločnostiam právo zaniknúť tým, že sa zúčastnia cezhraničnej fúzie.

24. S týmto prístupom nesúhlasím.

25. Predovšetkým preto, že sa mi zdá, že postupuje zvrátenou logikou v tom zmysle, že považuje dôsledok fúzie, dá sa povedať, zánik zlučovanej spoločnosti, za príčinu nemožnosti, aby táto spoločnosť (keď ešte nebola zaniknutá!) pristúpila k fúzii, a teda za odôvodnenie toho zákazu zápisu do registra, ktorý práve zabraňuje tejto fúzii.

26. Je naopak pravda, že počas celej fázy, ktorá predchádzala fúzii až do jej zápisu do registra, existujú obe spoločnosti a vykonávajú činnosť ako právnické osoby spôsobilé v plnom rozsahu vyjednávať a dohodnúť úkon fúzie. Iba zavŕšením fúzie a najmä zápisom tohto úkonu do registra zaniká jedna z osôb[7]; ale až do tohto okamihu to tak nie je, je tiež pravdou, že v prípade nedokončenia fúzie bude spoločnosť, ktorá mala byť zlúčená, ďalej existovať ako samostatná právnická osoba.

27. Sporná vnútroštátna právna úprava teda zasahuje právne subjekty, ktoré majú úplnú právnu subjektivitu, ktorým práve táto právna úprava a iba ona zabraňuje v možnosti využívať slobodu usadiť sa. A teda iba zamieňaním príčin a následkov je možné odôvodniť neuplatniteľnosť právnych predpisov Zmluvy na cezhraničné fúzie v mene údajného nedostatku právnej subjektivity zlučovanej spoločnosti.

28. Ale na to, aby sa vylúčili všetky pochybnosti o tom, že skúmané ustanovenie patrí do pôsobnosti článkov 43 ES a 48 ES, ako ich vykladá ustálená judikatúra Spoločenstva, je podľa môjho názoru dostatočný sám predmet ustanovenia.

7 — A napokon, ako sa aj výslovne uvádza v § 20 UmwG.

29. Ako je známe, na účel zabezpečenia výkonu slobody usadiť sa v plnom rozsahu, ktorého cieľom je „ zúčastňovať sa trvalo a nepretržite na hospodárskom živote [iného] členského štátu, ako je štát jeho pôvodu“ [8], Súdny dvor podriadil právnej úprave článku 43 ES a 48 ES nielen vnútroštátne právne predpisy a zvyklosti týkajúce sa priamo a osobitne výkonu dotknutej hospodárskej činnosti, ale aj všetky „predpisy týkajúce sa rôznych všeobecných užitočných možností výkonu týchto činností“ [9].

30. Preto patria do pôsobnosti slobody usadiť sa všetky opatrenia, ktoré umožňujú alebo aspoň uľahčujú prístup do iného členského štátu, ako je štát usadenia sa a výkon hospodárskej činnosti v tomto štáte tým, že povoľujú dotknutým hospodárskym subjektom reálnu účasť na hospodárskom živote tohto členského štátu za rovnakých podmienok, aké sa uplatňujú pre vnútroštátne hospodárske subjekty [10].

31. Pri vyjadrení týchto zásad takmer vždy Súdny dvor odkazoval na Všeobecný program potláčania obmedzení slobody usadiť sa, ktorý prijala Rada 18. decembra 1961, ktorý ustanovuje, že obmedzeniami, ktoré sa majú zrušiť, sú „ustanovenia a zvyklosti, ktoré iba voči cudzím štátnym príslušníkom vylučujú, obmedzujú alebo podmieňujú možnosť výkonu práv bežne spojených so samostatnou zárobkovou činnosťou“ [11]. Program poskytuje iba demonštratívny výpočet takýchto „možností“, medzi ktoré patrí, pokiaľ ide o to, čo je teraz zaujímavé, možnosť „uzatvárať zmluvy“ a „nadobúdať, užívať a scudzovať práva a hnuteľné alebo nehnuteľné veci“.

32. Ak sa to v krátkosti zhrnie, sloboda usadiť sa sa netýka iba práva presťahovať sa do iného členského štátu na účel vykonávania svojej podnikateľskej činnosti, ale týka sa všetkých hľadísk, ktoré sú nejakým spôsobom potrebné na dotvorenie a riadne fungovanie výkonu tejto činnosti, a teda na úplný výkon slobody upravenej v Zmluve.

33. Zdá sa mi teda zrejmé, že toto je tiež prípad skúmaného vnútroštátneho právneho predpisu. Týka sa totiž nie doplnkových, ale dokonca podstatných hľadísk pre činnosť hospodárskeho subjektu, keďže mu zabraňuje uzatvárať určité právne úkony (fúzie) a najmä nadobúdať/scudzovať alebo zakladať nové spoločnosti.

8 — Rozsudok z 30. novembra 1995, Gebhard, C-55/94, Zb. s. I-4165, bod 25.

9 — Rozsudky zo 14. januára 1988, Komisia/Taliansko, 63/86, Zb. s. 29, bod 14, a z 30. mája 1989, Komisia/Grécko, 305/87, Zb. s. 1461, bod 21.

10 — Pozri najmä rozsudky Komisia/Taliansko, už citovaný, body 14 a 16; Komisia/Grécko, už citovaný, bod 19; z 1. júna 1999, Konle, C-302/97, Zb. s. I-3099, bod 22; z 13. apríla 2000, Baars, C-251/98, Zb. s. I-2787, bod 22, a z 5. novembra 2002, Überseering, C-208/00, Zb. s. I-9919, bod 93.

11 — Ú. v. ES, 2, 1962 s. 36.

34. Existuje však ešte ďalšie hľadisko, ktoré si vlády, ktoré sú účastníkmi konania, nevšímali, pretože sa sústreďuje výlučne na zánik zlúčenej spoločnosti, a ktoré naopak môže mať podľa môjho názoru priamy vplyv na účely tohto rozboru.

35. Odvolávam sa najmä na skutočnosť, že skúmanú fúziu možno rozobrať nielen ako predpoklad primárneho usadenia sa, ale aj ako sekundárne usadenie sa. To preto, že zlúčenie spoločnosti usadenej v inom členskom štáte (v tomto prípade luxemburskej spoločnosti) nevylučuje, že prijímajúca spoločnosť (v tomto prípade nemecká) sa môže práve v dôsledku fúzie usadiť v členskom štáte, v ktorom mala sídlo zlučovaná spoločnosť, a teda v inom členskom štáte, ako je vlastný, pričom v tomto štáte sa vytvorí sídlo, hoci aj vedľajšie.

36. Ako to totiž bolo potvrdené v priebehu pojednávania, v tomto prípade si podľa zmluvy o fúzii prijímajúca spoločnosť (Sevic) ponechala v Luxembursku veci, zamestnancov a výrobné prostriedky zlučovanej spoločnosti (SVC), pričom tak získala v zahraničí „vedľajšie" miesto podnikania.

37. V takom prípade by sa vytvoril osobitný spôsob výkonu slobody usadiť sa, rovnako ustanovený v článku 43 ES: dá sa povedať „vedľajšie" usadenie sa spoločnosti v tomto členskom štáte, pričom ide o spoločnosť, ktorá má sídlo v inom členskom štáte, a to vďaka možnosti upravenej práve v tomto ustanovení „zriadiť a prevádzkovať viac ako jedno miesto činnosti na území Spoločenstva" [12].

38. K inému záveru nemôže viesť ani skutočnosť, že v tomto prípade sa vedľajším usadením vytvorí organizácia bez samostatnej právnej subjektivity. Článok 43 ods. 1 ES totiž upravuje možnosť vykonávať slobodu usadiť sa prostredníctvom organizácií, ktoré buď majú právnu subjektivitu (dcérske spoločnosti), alebo ktoré nemajú takúto samostatnosť (obchodné zastúpenia, organizačné zložky).

39. Na druhej strane z judikatúry Spoločenstva vyplýva, že odkaz na „obchodn[é] zastúpen[ia], organizačn[é] zlož[ky] a dcérsk[e] spoločnost[i]" v tomto ustanovení sa musí považovať za iba demonštratívny a nie vyčerpávajúci údaj o formách usadenia sa, ktoré môže použiť spoločnosť pôsobiaca v inom členskom štáte. Súdny dvor tak

12 — Rozsudok z 12. júla 1984, Klopp, 107/83, Zb. s. 2971, bod 19.

pripustil uplatnenie právnych predpisov o usadení sa v prípadoch, keď napríklad pôsobenie spoločnosti v inej krajine Spoločenstva nenadobúda „formu organizačnej zložky alebo obchodného zastúpenia, ale sa prejavuje prostredníctvom jednoduchej kancelárie, ktorú spravujú zamestnanci podniku, alebo prostredníctvom nezávislej osoby, ktorá je ale poverená konať trvalo na účet podniku rovnakým spôsobom ako obchodné zastúpenie“ [13].

40. Vzhľadom na to, čo je uvedené vyššie, sa mi nezdá, že ani námietka nemeckej vlády, podľa ktorej výkon slobody usadiť sa vyžaduje nevyhnutne vytvorenie nového alebo vedľajšieho sídla v zahraničí, je dôvodná, a nemôže sa preto prejaviť zlúčením predtým existujúcej spoločnosti, ako je to v konaní vo veci samej.

41. Ako totiž Súdny dvor upresnil v úplnom súlade s vyššie uvedeným smerovaním judikatúry, právo uvedené v článku 43 ES upravuje možnosť „zvoliť si vhodnú právnu formu pre vykonávanie činnosti v inom členskom štáte“ [14]. Môže sa teda vykonávať viacerými spôsobmi, dokonca nadobúdaním podielov už existujúcej spoločnosti usadenej v inom členskom štáte pod podmienkou, že táto účasť priznáva nadobúdateľovi „bezpečný vplyv na rozhodnutia spoločnosti a umožňuje usmerňovať jej činnosť“ [15], toto kritérium je pojmovo vždy splnené v takých prípadoch zlúčenia s inou spoločnosťou, akým je prípad, ktorým sa zaoberáme.

42. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy sa preto domnievam, že taký vnútroštátny právny predpis, akým je predpis, ktorý je predmetom konania vo veci samej, patrí v plnom rozsahu do pôsobnosti článkov 43 ES a 48 ES.

B — *Posúdenie vnútroštátnej právnej úpravy vo veci, ktorá je predmetom konania*

43. Po úvodnom objasnení teraz pristúpim k podstate otázky, pričom je potrebné sa opýtať, či vnútroštátne opatrenie, ktoré je predmetom konania, je obmedzením slobody usadiť sa z dôvodu, že v každom prípade

13 — Rozsudok zo 4. decembra 1986, Komisia/Nemecko, 205/84, Zb. s. 3755, bod 21.

14 — Rozsudok z 21. septembra 1999, Saint Gobain ZN, C-307/97, Zb. s. I-6161, bod 43.

15 — Pozri najmä rozsudky Baars, už citovaný, body 21 a 22, a Überseering, už citovaný, bod 77. Je však potrebné upresniť, že účasť na základnom imaní akciovej spoločnosti, ktorá nepriznáva takýto vplyv, nie je z tohto dôvodu vylúčená z uplatňovania ustanovení Zmluvy, ale naďalej podlieha právnej úprave v oblasti slobody pohybu kapitálu.

zamieta zápis fúzie medzi spoločnosťami, ktoré majú sídlo v Nemecku, a spoločnosťami z iných členských štátov do nemeckého obchodného registra.

44. Začnem tento rozbor pripomenutím, že na základe širokého vymedzenia slobody usadiť sa, ktoré, ako bolo vidieť (body 24 až 27 vyššie), vychádza z judikatúry Spoločenstva, je potrebné za obmedzenia tejto slobody považovať „všetky opatrenia, ktoré zakazujú výkon tejto slobody, bránia mu alebo ho robia menej príťažlivým“ [16]. Do tohto zákazu teda môžu patriť aj vnútroštátne opatrenia jednoducho spôsobilé „odradiť“ hospodársky subjekt od využitia slobody usadiť sa [17].

45. Nielen to, z tejto judikatúry tiež vyplýva, že článok 43 ES sa neobmedzuje na zákaz toho, aby členský štát zabraňoval alebo obmedzoval slobodu cudzích hospodárskych subjektov usadiť sa na jeho území, ale bráni aj tomu, aby tento členský štát vytváral prekážky domácim hospodárskym subjektom usadiť sa v inom členskom štáte [18]. Inými slovami, sú zakázané aj obmedzenia „na vstupe“ aj „na výstupe“ z územia členského štátu.

46. Keď sa tieto zásady uplatnia na tento prípad, zdá sa mi nepopierateľné, že taký právny prepis, akým je právny predpis, ktorý je predmetom konania vo veci samej, je spôsobilý aspoň odradiť tak vnútroštátne, ako aj cudzie hospodárske subjekty od výkonu slobody usadiť sa.

47. Nástroj fúzie totiž predstavuje účinný prostriedok na transformáciu spoločností, ktorý v rámci jednej operácie umožňuje vykonávať určitú činnosť v novej forme bez prerušenia, takže komplikácie aj časová a finančná náročnosť sú menšie ako tie, ktoré sú spojené s inými formami transformácie spoločností, napr. zrušenie spoločnosti s likvidáciou a založenie novej spoločnosti s prevodom časti imania na túto spoločnosť, zmenu vlastníckych titulov atď.

48. Je teda nevyhnutné uviesť, že výlučne z dôvodu účinku namietaného vnútroštátneho právneho predpisu stráca Sevic, ako aj všetky spoločnosti podľa nemeckého práva, ktoré sa nachádzajú v obdobnej situácii, možnosť pristúpiť k fúzii, ku ktorej by inak mohla pristúpiť, a to výlučne z dôvodu, že má

16 — Pozri napokon rozsudok z 5. októbra 2004, Caixa Bank France, C-442/02, Zb. s. I-8961, bod 11 a tam citovanú judikatúru.

17 — Pozri napríklad rozsudky Daily Mail, už citovaný, bod 16; z 18. novembra 1999, X a Y, C-200/98, Zb. s. I-8261, bod 26, a z 11. marca 2004, de Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Zb. s. I-2409, bod 45.

18 — Pozri najmä rozsudky Baars, už citovaný, bod 28, a de Lasteyrie du Saillant, už citovaný, bod 42.

za cieľ zlúčiť spoločnosť, ktorá má sídlo v inom členskom štáte. Stráca teda možnosť dôležitého a zrejmého významu na takom zjednotenom trhu, akým je európsky trh, pokiaľ nechce použiť alternatívne techniky, ktoré, ako som vyššie zdôraznil, nemajú rovnaké vlastnosti a výhody.

49. Toto všetko je zjavnou „prekážkou" spôsobilou priamo ovplyvniť rozhodnutie nemeckých podnikov usadiť sa alebo rozšíriť svoje pôsobenie do iných členských štátov, a teda vykonávať slobodu, na ktorú majú právo podľa článkov 43 ES a 48 ES.

50. Toto opatrenie má však obmedzujúci účinok aj voči spoločnostiam, ktoré majú sídlo v iných členských štátoch. Úplne totiž týmto subjektom bráni použiť jeden spôsob prístupu na nemecký trh. Spoločnosť, ktorá má sídlo v zahraničí, by najmä nemohla rozvíjať svoju činnosť v Nemecku tým, že sa spojí s jednou alebo viacerými nemeckými spoločnosťami zlúčením predtým existujúcej spoločnosti alebo založením novej spoločnosti. Na dosiahnutie tohto výsledku by veľmi pravdepodobne najskôr musela byť založená nová spoločnosť v Nemecku, čo sa zhoduje, ako Súdny dvor objasnil, „so samým popretím slobody usadiť sa" [19].

51. Vzhľadom na tieto úvahy sa preto domnievam, že nemecké opatrenie predstavuje obmedzenie slobody usadiť sa v takom zmysle, v akom to bolo uvedené, a je teda v rozpore s článkami 43 ES a 48 ES.

C — *Predpokladané odôvodnenie vnútroštátnej právnej úpravy, ktorá je predmetom konania*

52. Bez ohľadu na to je ešte potrebné sa opýtať, či nezlučiteľnosť vnútroštátnych právnych predpisov, ktoré sú predmetom sporu, nemôže nastať z dôvodov všeobecného charakteru, na ktoré, ako hneď uvidíme, by bolo možné sa odvolávať na účely ich odôvodnenia.

53. Nemecká vláda podporená holandskou vládou totiž tvrdí, že za tohto stavu, pri neexistencii osobitných zosúlaďujúcich ustanovení práva Spoločenstva by nebolo možné, aby tento štát uznal cezhraničné fúzie vzhľadom na značné rozdiely, ktoré ešte existujú medzi právom obchodných spoloč-

19 — Rozsudok Überseering, už citovaný, bod 81.

ností členských štátov, a teda vzhľadom na osobitne zložitý charakter týchto operácií. Zákaz, ktorý je predmetom skúmania, by bol teda odôvodnený nevyhnutnosťou zabezpečiť primeranú úroveň právnej istoty pri obchodných úkonoch, ako aj chrániť záujmy zamestnancov, veriteľov a menšinových akcionárov nemeckých spoločností.

54. Aj ak by mal Súdny dvor rozhodnúť, že právny predpis uvedený v § 1 ods. 1 prvom pododseku UmwG predstavuje obmedzenie slobody usadiť sa, toto obmedzenie by teda bolo aj tak legitímne, keďže jeho cieľom je splnenie požiadaviek, ktoré podľa týchto dvoch vlád, ktoré sú účastníkmi konania, boli uznané judikatúrou Spoločenstva ako spôsobilé odôvodniť takéto opatrenia.

55. Pokiaľ ide o mňa, pripomínam predovšetkým, že v oblasti povolených výnimiek zo základných slobôd právo Spoločenstva jasne rozlišuje medzi diskriminačnými a nediskriminačnými opatreniami. Prvé uvedené sú totiž prípustné, iba, pokiaľ môžu patriť do výnimky výslovne uvedenej v Zmluve, a teda pokiaľ ide o slobodu usadiť sa, v článku 46 ES. Tie, ktoré sa naopak vzťahujú bez rozdielu na vnútroštátne subjekty a subjekty z iných členských štátov, môžu byť povolené, iba ak sú odôvodnené prípadnými imperatívnymi požiadavkami, a aj v tom prípade však musí byť splnená podmienka, že sú spôsobilé zabezpečiť dosiahnutie sledovaného účelu a nemajú ísť nad rámec toho, čo je nevyhnutné na jeho dosiahnutie [20].

56. Teraz je nevyhnutné uviesť, že v tomto prípade ide o právny predpis diskriminačnej povahy. Ako sme totiž videli, skúmaná právna úprava obsahuje jasný nepomer v zaobchádzaní medzi spoločnosťami na základe ich sídla, pričom povoľuje fúzie, ak sú dotknuté spoločnosti usadené v Nemecku, a naopak, bránia im, ak je jedna z nich usadená v zahraničí.

57. V takýchto prípadoch je preto jedinou spôsobilou uplatniteľnou výnimkou výnimka upravená v článku 46 ES, na základe ktorej môžu byť diskriminačné opatrenia odôvodnené iba z dôvodov verejného poriadku, verejnej bezpečnosti a verejného zdravia. Nielen to, ale pokiaľ ide o výnimku zo základnej zásady uvedenej v Zmluve, toto ustanovenie sa musí vykladať obmedzujúcim

20 — Pozri najmä rozsudky z 31. marca 1993, Kraus, C-19/92, Zb. s. I-1663, bod 32; Gebhard, už citovaný, bod 37; z 9. marca 1999, Centros, C-212/97, Zb. s. I-1459, bod 34, a Caixa Bank, už citovaný, bod 17.

spôsobom, a to je dôvod, prečo Súdny dvor osobitne podmienil jeho uplatňovanie existenciou „skutočnej, dostatočne závažnej hrozby pre niektorý zo základných záujmov spoločenstva“ [21].

58. Zdá sa mi teraz jasné, že prípadné ťažkosti koordinácie alebo riziká rozporu medzi rôznymi vnútroštátnymi právnymi predpismi v oblasti práva obchodných spoločností, na ktoré sa navyše nemecké a holandské orgány odvolávajú výnimočne vágne a všeobecne, nemôžu predstavovať „hrozbu“ takej povahy a rozmerov voči jednému z uvedených „základných záujmov spoločenstva“, a teda patriť do pôsobnosti článku 46 ES.

59. Ale aj keby som chcel predpokladať, že namietaný právny predpis nemá diskriminačný charakter, výsledok by sa nezmenil, pretože by aj tak neboli splnené podmienky, ktoré judikatúra Spoločenstva ukladá a ktoré som uviedol vyššie, pre prípady obmedzení uplatniteľných bez rozdielu (bod 55 vyššie).

60. Začnem od existencie naliehavých dôvodov verejného záujmu. Z tohto hľadiska by sa možno mohli chápať, aj keď iba čisto hypoteticky, dôvody štátu pôvodu zlučovanej spoločnosti na účel zabránenia uskutočnenia fúzie v mene naliehavých dôvodov verejného záujmu [22]. Tento štát totiž vidí, ako v dôsledku zlúčenia so spoločnosťou z iného členského štátu zaniká spoločnosť, ktorá patrila do jeho právneho poriadku a nad ktorou teda nebude môcť vykonávať priamu kontrolu.

61. Nesúhlas štátu, do ktorého patrí prijímajúca spoločnosť, sa naopak javí ťažko odôvodniteľný, keďže fúzia nemá vplyv na spojenie tejto spoločnosti s právnym poriadkom tohto štátu. V tomto prípade by si totiž Sevic zachovala svoje sídlo v Nemecku aj po predpokladanej fúzii a nemecké právo by sa naďalej vzťahovalo na súbor činností tejto spoločnosti.

62. Ale aj keby som chcel zdôrazniť tieto úvahy, aj tak ostáva pochybnosť, že údajné problémy zlučiteľnosti alebo koordinácie medzi rôznymi právnymi poriadkami si môžu zaslúžiť kvalifikáciu ako naliehavé dôvody verejného záujmu. A to najmä ak sa

21 — Pozri spomedzi mnohých rozsudky z 27. októbra 1977, Bouchereau, 30/77, Zb. s. 1999, bod 35 a z 26. novembra 2002, Oteiza Olazabal, C-100/01, Zb. s. I-10981, bod 39.

22 — V tomto prípade vyplýva zo spisu, že Luxemburské veľkovojvodstvo nevznieslo žiadnu námietku a pristúpilo k výmazu SVC z vnútroštátneho obchodného registra.

uváži, že medzinárodné fúzie sú prípustné vo viacerých vnútroštátnych právnych poriadkoch bez toho, aby to spôsobovalo neodstrániteľné ťažkosti, ako sa to naopak zdá, že tvrdia vlády, ktoré sú účastníkmi konania [23].

63. V každom prípade, aj keby som mal súhlasiť v tomto bode s týmito vládami, čo nerobím, ostalo by stále potrebné overiť, či sú v skúmanom prípade splnené ostatné vyššie uvedené podmienky, dá sa povedať, nevyhnutnosť a proporcionalita opatrenia, ktoré je predmetom konania.

64. Ako bolo vidieť, toto opatrenie však ustanovuje absolútny a automatický zákaz, ktorý sa teda vzťahuje všeobecne a preventívne na všetky prípady cezhraničných fúzií, nezávisle na zistení prípadných ohrození alebo rizík, ktoré sú s tým spojené.

65. Zdá sa mi úplne jasné, najmä vzhľadom na judikatúru Súdneho dvora [24], že toto opatrenie ako také prekračuje rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie účelu vyriešiť prípadné ťažkosti, o ktorých sa hovorilo, a teda musí sa považovať za neprimerané vo vzťahu k sledovaniu tohto účelu. Ten by sa totiž mohol dosiahnuť prostredníctvom menej obmedzujúcich opatrení, akými je napríklad možnosť odmietnuť zápis do registra prípad od prípadu, a to iba pri existencii zjavnej a preukázanej ťažkosti koordinácie medzi dotknutými právnymi poriadkami, spôsobilej vyvolať vážne riziká pre právnu istotu alebo pre ochranu záujmov zamestnancov, veriteľov alebo menšinových akcionárov dotknutých spoločností.

66. Opakujem, že určite sa nemôže považovať za primerané také opatrenie, ktoré obsahuje taký absolútny a automatický zákaz.

67. Napokon, na účely odôvodnenia tohto opatrenia nie je možné odvolávať sa na okolnosť, že ešte nebola prijatá smernica Spoločenstva o cezhraničných fúziách kapitálových spoločností, aj keď sa na ňu odvolali vlády, ktoré sú účastníkmi konania. Pri

23 — Ako sa zdá, uzavretie týchto operácií je prípustné napríklad podľa španielskeho, portugalského, talianskeho, francúzskeho a belgického práva, aj keď rôznym spôsobom.

24 — O neprimeranom charaktere absolútnych a všeobecných zákazov pozri napríklad rozsudky z 30. apríla 1986, Komisia/Francúzsko, 96/85, Zb. s. 1475, bod 14; zo 16. júna 1992, Komisia/Luxembursko, C-351/90, Zb. s. I-3945, bod 19; z 26. septembra 2000, Komisia/Belgicko, C-478/98, Zb. s. I-7587, bod 45, a zo 4. marca 2004, Komisia/Francúzsko, C-334/02, Zb. s. I-2229, body 28 a 34.

neexistencii zosúladenia na úrovni Spoločenstva by totiž nebolo podľa týchto vlád možné pristúpiť k takýmto operáciám.

68. Je totiž známe a je to aj potvrdené ustálenou judikatúrou Súdneho dvora, že výkon slobody usadiť sa nemôže byť podmienený prijatím harmonizačných smerníc [25]. Dôvodom je, že tieto smernice nevytvárajú práva upravené v Zmluve, ale sledujú cieľ zjednotiť a uľahčiť ich výkon. To je napokon, pokiaľ ide najmä o prípad, ktorým sa zaoberám, potvrdené prvým odôvodnením citovaného návrhu smernice, podľa ktorej táto smernica má za cieľ *„uľahčiť* uskutočňovanie cezhraničných fúzií" [26]. Týmto sa tak *per tabulas* vyvracia tvrdenie o nevyhnutnosti predchádzajúceho zosúladenia na úrovni Spoločenstva.

69. Zdá sa mi napokon, že v tomto prípade nie sú splnené podmienky, ktoré som ako podstatné na odôvodnenie vnútroštátneho opatrenia nezlučiteľného so Zmluvou uviedol vyššie.

25 — Pozri najmä rozsudky z 28. apríla 1977, Thieffry, 71/76, Zb. s. 765, body 17 a 27; Kraus, už citovaný, bod 30, a Überseering, už citovaný, bod 55.

26 — Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

70. Z toho teda vyvodzujem, že predmetný vnútroštátny právny predpis nie je odôvodnený ani na základe článku 46 ES, ani na základe imperatívnych požiadaviek, na ktoré sa odvolávali vlády, ktoré sú účastníkmi konania. Je ho preto potrebné považovať za nezlučiteľný s článkami 43 ES a 48 ES.

D — *O slobode pohybu kapitálu*

71. Napokon zdôrazňujem, že v priebehu pojednávania Komisia podotkla, že dotknuté opatrenie by mohlo byť analyzované aj ako obmedzenie slobody pohybu kapitálu, ktoré je v zásade zakázané v článku 56 ES. A to pokiaľ ide o to, že zamietnutie zápisu cezhraničných fúzií do registra by bránilo pohybom kapitálu, týkajúceho sa takýchto operácií.

72. Pokiaľ ide o mňa, musím predovšetkým uviesť, že vnútroštátny súd nepodal návrh, aby Súdny dvor prejudiciálnym spôsobom rozhodol o výklade článku 56 ES.

Napriek tomu je možné sa opýtať, či by odpoveď na túto otázku nemohla byť aj tak potrebná. Ako to totiž upresnila judikatúra Spoločenstva, „potreba poskytnutia užitočnej

odpovede sudcovi, ktorý položil prejudiciálnu otázku, môže viesť Súdny dvor k tomu, aby vzal do úvahy právne predpisy práva Spoločenstva, na ktoré vnútroštátny sudca pri položení otázky neodkázal" [27].

73. V tomto prípade sa mi však v zásade nezdá, že výklad článku 56 ES je naozaj potrebný na vyriešenie konania vo veci samej. Tým, že som už dospel k záveru, že opatrenie, o ktoré ide, predstavuje neodôvodnené obmedzenie článku 43 ES, by totiž overenie jeho zlučiteľnosti z hľadiska článku 56 ES bolo nadbytočné. Je totiž známe, že ak už Súdny dvor zistil obmedzenie slobody usadiť sa, v zásade nepovažuje za potrebné rozoberať, či je určité opatrenie v rozpore aj s pravidlami Zmluvy týkajúcimi sa slobody pohybu kapitálu [28].

74. V tomto prípade sa by však mohlo ďalšie zisťovanie ukázať potrebné, keby Súdny dvor vyhovel riešeniu navrhovanému vládami, ktoré sú účastníkmi konania, a keby poprel, že v tomto prípade ide o porušenie ustanovení o slobode usadiť sa.

75. Keby to však bolo tak a keby sa teda pristúpilo k posúdeniu otázky z hľadiska slobody pohybu kapitálu, môj záver by bol, že ako tvrdí Komisia, sporné vnútroštátne opatrenie predstavuje nedovolené obmedzenie tejto slobody.

76. V prvom rade podotýkam, že tým, že fúzie sú „nerozlučne spojené s pohybom kapitálu" [29], patria jasne do pôsobnosti článku 56 ES. Podľa bodu 1 nomenklatúry [30] „Priame investície", ktorá je uvedená v prílohe 1 smernice Rady 88/361/EHS z 24. júna 1988, ktorou sa vykonáva článok 67 zmluvy [31], patria medzi tieto investície „úplné nadobúdanie existujúcich podnikov" (bod 1) a „spoluúčasť na nových alebo

27 — Rozsudky z 20. marca 1986, Tissier, 35/85, Zb. s. 1207, bod 9; z 27. marca 1990, Bagli Pennacchiotti, C-315/88, Zb. s. I-1323, bod 10, a z 18. novembra 1999, Teckal, C-107/98, Zb. s. I-8121, bod 39.

28 — Pozri napríklad rozsudky z 28. apríla 1998, Safir, C-118/96, Zb. s. I-1897, bod 35; X a Y, C-200/98, Zb. s. I-8261, bod 30; z 13. apríla 2000, Baars, C-251/98, Zb. s. I-2787, bod 42; z 8. marca 2001, Metallgesellschaft a i., C-397/98 a C-410/98, Zb. s. I-1727, bod 75, a z 21. novembra 2002, X a Y, C-436/00, Zb. s. I-10829, bod 66.

29 — Rozsudok zo 16. marca 1999, Trummer a Mayer, C-222/97, Zb. s. I-1661, bod 24.

30 — Nomenklatúra, na ktorú judikatúra Spoločenstva stále odkazuje na vymedzenie pojmu pohyby kapitálu. Pozri nedávne rozsudky Trummer a Mayer, už citovaný, bod 21, a zo 6. júna 2000, Verkooijen, C-35/98, Zb. s. I-4071, bod 27.

31 — Ú. v. ES L 178, s. 5; Mim. vyd. 10/001, s. 10.

existujúcich podnikoch so zreteľom na nadväzovanie alebo udržiavanie trvalých hospodárskych prepojení" (bod 2). Je teda jasné, že fúzie tvoria „pohyby kapitálu".

77. V druhom rade, pokiaľ ide o obmedzujúcu povahu opatrenia, ktoré je predmetom konania, zdá sa mi, že je možné ľahko použiť *mutatis mutandis* úvahy rozvíjané vo vzťahu k slobode usadiť sa (body 37 až 43 vyššie). Právna úprava, o ktorú ide, má totiž prinajmenšom odradzujúci účinok na pohyb kapitálu, keďže zakazuje použitie jedného prednostného nástroja na to, aby sa pristúpilo k nadobúdaniu alebo zakladaniu spoločností v zahraničí.

78. Napokon z rovnakých dôvodov, aké som už uviedol (body 48 až 59 vyššie) sa domnievam, že v tomto prípade nie sú splnené podmienky, ktoré judikatúra ukladá na to, aby mohla byť taká výnimka z výkonu základnej slobody zaručenej Zmluvou, akou je skúmaná výnimka, dôvodná.

## V — Návrh

79. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na otázku, ktorú mu položil Landgericht Koblenz, v taktom zmysle, že:

Článkom 43 ES a 48 ES odporuje taký právny prepis členského štátu, akým je Umwandlungsgesetz, ktorý neumožňuje zápis fúzií medzi spoločnosťami so sídlom v tomto štáte a spoločnosťami z iných členských štátov do vnútroštátneho obchodného registra.