SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA ANTONIA TIZZANA, predstavljeni 7. julija 2005[1]

I – Uvod

1. Ta zadeva se nanaša na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je Sodišču v skladu s členom 234 ES predložilo Landgericht Koblenz (Nemčija) glede razlage členov 43 ES in 48 ES.

2. Predložitveno sodišče v bistvu predlaga, naj Sodišče pojasni, ali nacionalna zakonodaja, na podlagi katere je zavrnjen vpis združitve med nemškimi družbami in družbami drugih držav članic v nemški register podjetij, v nasprotju z načeli svobode ustanavljanja.

1 — Jezik izvirnika: italijanščina.

II – Pravni okvir

Upoštevno pravo Skupnosti

3. Spor o glavni stvari je povezan predvsem z razlago določb Pogodbe, ki se nanašajo na pravico do ustanavljanja. Upošteven je zlasti člen 43 ES, v katerem je – kot je znano – za državljane Skupnosti določena pravica do ustanavljanja bodisi glavnega (drugi odstavek) bodisi sekundarnega kraja poslovanja (prvi odstavek). Natančneje, v njem je določeno:

„V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo. Ta prepoved se uporablja tudi za omejitve pri ustanavljanju agencij, podružnic ali hčerinskih družb državljanov katere koli države članice s sedežem na ozemlju katere koli države članice.

Pravica do ustanavljanja zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij, zlasti družb ali podjetij iz drugega odstavka člena 48, pod pogoji, ki jih ob upoštevanju določb poglavja o kapitalu za svoje državljane določa zakonodaja države, v kateri se taka ustanovitev izvede."

4. Treba je navesti še člen 48 ES, v katerem je določeno:

„Družbe ali podjetja, ustanovljena v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti, se v tem poglavju obravnavajo enako kakor fizične osebe, ki so državljani držav članic.

‚Družbe ali podjetja' pomeni družbe ali podjetja, ustanovljena po civilnem ali gospodarskem pravu, vključno z zadrugami, in druge pravne osebe javnega ali zasebnega prava z izjemo neprofitnih."

5. Vendar je v členu 46(1) ES določeno:

„Določbe tega poglavja in ukrepi, sprejeti v skladu z njimi, ne vplivajo na uporabo določb zakonov ali drugih predpisov, ki predvidevajo posebno obravnavo tujih državljanov zaradi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja."

6. Za namene te zadeve je primerno opozoriti še na določbe Pogodbe s področja prostega pretoka kapitala, zlasti na člen 56(1) ES, v katerem je določeno:

„V okviru določb tega poglavja so prepovedane vse omejitve pretoka kapitala med državami članicami ter med državami članicami in tretjimi državami."

7. Nazadnje je treba spomniti še, da si Komisija že več let prizadeva, da bi na področju čezmejnih združitev oblikovala pravni instrument Skupnosti, s katerim bi bilo mogoče zadovoljiti potrebe po sodelovanju in konsolidaciji med družbami različnih držav članic.

8. Vendar Parlament in Svet predloga direktive o čezmejnih združitvah kapitalskih družb,[2] čeprav se postopek bliža koncu,[3] še nista dokončno sprejela.

Nacionalna ureditev

9. V Nemčiji so postopki združevanja urejeni z Umwandlungsgesetz (državni zakon o preoblikovanju družb, v nadaljevanju: UmwG).[4]

10. V členu 1(1) tega zakona, ki ureja postopke preoblikovanja, je omenjena le možnost združitve družb s sedežem v Nemčiji:

„Pravni subjekti s sedežem na državnem ozemlju se lahko preoblikujejo:

1. z združitvijo

[...]"

11. V členu 2 istega zakona so opisane različne možnosti združitve s prenehanjem družbe in brez likvidacije, med katerimi je tudi tista, ki je upoštevna v tem primeru, to je možnost združitve s pripojitvijo, ki se opravi s prenosom premoženja enega ali več pravnih subjektov na drug obstoječ pravni subjekt.

12. V drugih določbah UmwG, ki se posebej nanašajo na združitev s pripojitvijo, je določenih več pogojev, med katerimi je za obravnavano zadevo pomemben pogoj glede vpisa posla v register kraja, v katerem ima sedež prevzemna družba (člen 19).

III – Dejansko stanje in postopek

13. SEVIC Systems Aktiengesellschaft (v nadaljevanju: Sevic) s sedežem v kraju Neuwied (Nemčija) in Security Vision Concept S.A. (v nadaljevanju: SVC) s sedežem v Luxemburgu (Luksemburg) sta leta 2002

2 — COM(2003) 703 konč. V skladu z načelom, na katerem temelji ta predlog, naj države članice v svoji ureditvi priznajo možnost čezmejnih združitev.

3 — Evropski parlament je namreč 10. maja 2005 v prvem branju sprejel predlog direktive.

4 — BGBl. iz leta 1994, str. 3210 (1995, 428), kot je bil nazadnje spremenjen 12. 6. 2003.

sklenili pogodbo o združitvi, s katero sta se dogovorili o prenehanju SVC, ne da bi bila opravljena njena likvidacija, in o prenosu njenega celotnega premoženja na družbo Sevic.

14. Amtsgericht Neuwied (prvostopenjsko sodišče v Neuwiedu) je zavrnilo predlog za vpis združitve v nemški register podjetij z obrazložitvijo, utemeljeno na členu 1(1) UmwG, ki dopušča posle združitve le med družbami s sedežem v Nemčiji. V obravnavani zadevi pa se združitev nanaša na nemško družbo in družbo luksemburškega prava.

15. Sevic se je zoper to odločitev pritožila na Landgericht Koblenz, ki je – v dvomih glede razlage členov 43 ES in 48 ES – prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je treba člena 43 ES in 48 ES razlagati tako, da je zavrnitev vpisa v nemški register podjetij – v skladu s členom 16 in naslednjimi Umwandlungsgesetz (zakon o preoblikovanju družb; v nadaljevanju: UmwG) – nameravane združitve tuje evropske družbe z nemško družbo, zato ker člen 1(1), točka 1, UmwG ureja le preoblikovanje pravnih subjektov s sedežem v Nemčiji, v nasprotju s pravico do ustanavljanja za družbe?“

16. V postopku pred Sodiščem so pisna stališča predložile pritožnica v postopku v glavni stvari, nemška in nizozemska vlada ter Komisija.

17. Obravnave z dne 10. maja 2005 so se udeležile Sevic, nemška vlada in Komisija.

IV – Pravna presoja

A – *Uporabnost določb Pogodbe o pravici do ustanavljanja v obravnavani zadevi*

18. Uvodoma naj opozorim, da zadevna nacionalna ureditev, čeprav ureja le združitev med družbami s sedežem v Nemčiji, neposredno vpliva na možnost mednarodnega združevanja. Kot je bilo v obravnavani zadevi dokazano in kot je na obravnavi potrdila

nemška vlada, se namreč na podlagi člena 1(1) UmwG – in prav zato, ker so s to določbo urejene le „notranje" združitve – v Nemčiji praviloma[5] zavrne vpis v register podjetij posla združitve med družbo nemškega prava in družbo druge države članice, posledično pa tak posel ne more imeti učinkov.

19. Ob upoštevanju tega ugotavljam, da se stranke ne strinjajo predvsem glede vprašanja, ali je za zadevne posle mogoče šteti, da gre pri tem za uresničevanje pravice do ustanavljanja. Še preden se posvetim vprašanju, ki ga zastavlja predložitveno sodišče, ali je obravnavana nemška ureditev skladna s členoma 43 ES in 48 ES, bi bilo torej smiselno preveriti, ali spada ta ureditev glede na primer, ki je predmet preučitve, na področje uporabe navedenih določb.

20. Nemška in nizozemska vlada odgovarjata nikalno, ker po njunem mnenju v zvezi z zadevnim poslom združitve ne gre za „ustanavljanje" v smislu, določenem v Pogodbi.

21. Nemška vlada pojasnjuje, da se ta pojem nanaša na opravljanje gospodarske dejavnosti v drugi državi članici fizične ali pravne osebe, ki je tu stalno prisotna, pri čemer za družbe to pomeni, da so v tej državi ustanovile ali vanjo prenesle glavni kraj poslovanja (člen 43, drugi odstavek) ali tu ustanovile sekundarni kraj poslovanja (člen 43, prvi odstavek).

22. Vendar, kot nadaljuje ta vlada, je bila v obravnavanem primeru luksemburška družba (SVC) z združitvijo pripojena k nemški prevzemni družbi (Sevic), zato je izgubila svojo pravno osebnost. Ker pa načeloma družba, ki je prenehala, ne more „ustanoviti" ne glavnega ne sekundarnega kraja poslovanja v drugi državi članici, iz tega po mnenju nemške vlade izhaja, da pogoji za uporabo členov 43 in 48 Pogodbe niso podani.

23. Nizozemska vlada, ki izhaja iz enakega razmisleka, dodaja, da prenehanje družbe neposredno vpliva na njeno ustanovitev in delovanje, to je na vidike, ki – kot je priznalo Sodišče v znani sodbi v zadevi Daily Mail[6] – glede na trenutno ureditev ne spadajo na področje uporabe prava Skupnosti in ki jih,

5 — Vendar je nacionalno sodišče v predložitveni odločbi navedlo, da so nedavno nekatera nemška sodišča – čeprav gre za usmeritev v sodni praksi, ki ji sledijo v manjšini – dovolila vpis združenj družb s sedežem v Nemčiji s tujimi družbami v nemški register.

6 — Sodba z dne 27. septembra 1988 v zadevi Daily Mail in General Trust (81/87, Recueil, str. 5483).

tako kot to velja za državljanstvo fizičnih oseb, urejajo izključno nacionalne zakonodaje. Členov 43 ES in 48 ES naj torej ne bi bilo mogoče razlagati v smislu, da je z njima družbam dana pravica do prenehanja z udeležbo v čezmejnih združitvah.

24. Takoj naj povem, da se s tem pristopom ne strinjam.

25. In sicer predvsem zato, ker menim, da sledi obrnjeni logiki, saj posledico združitve, to je prenehanje pripojene družbe, upošteva kot razlog, ki tej družbi onemogoča (preden je prenehala!), da bi sklenila posel združitve, in torej kot razlog, ki upravičuje zavrnitev vpisa v register, s čimer je prav tak posel preprečen.

26. Dejansko pa obe družbi v fazi pred združitvijo in vse do vpisa tega posla v register obstajata in poslujeta kot pravni osebi, polno sposobni za pogajanja in sklenitev pogodbe o združitvi. Šele z izvršitvijo združitve in zlasti z vpisom pogodbe o združitvi v register eden izmed dveh subjektov preneha;[7] do takrat pa ni tako, saj bi v primeru propadle združitve družba, ki bi morala biti pripojena, še dalje obstajala kot samostojna pravna oseba.

27. Sporna nacionalna ureditev torej vpliva na polno pravno sposobnost pravnih subjektov, ki jim je zaradi te in izključno te zakonodaje onemogočeno, da bi uveljavili pravico do ustanavljanja. Le z zamenjavo vzrokov in posledic je torej mogoče upravičiti stališče, da določbe Pogodbe niso upoštevne za posle čezmejne združitve zaradi domnevnega neobstoja pravne osebnosti pripojene družbe.

28. Vendar je po mojem mnenju prav na podlagi predmeta sporne določbe mogoče odpraviti vse dvome glede dejstva, da spada zadevna določba v okvir uporabe členov 43 ES in 48 ES, kot sta razložena v ustaljeni sodni praksi.

7 — Poleg tega je prav to izrecno predvideno tudi v 20. členu UmwG.

29. Kot je znano, je Sodišče, zato da bi zagotovilo polno uresničevanje pravice do ustanavljanja v smislu možnosti „stalne in neprekinjene udeležbe v gospodarskem življenju [druge] države članice“,[8] odločilo, da velja ureditev, določena v členih 43 ES in 48 ES, ne le za nacionalne predpise in prakse, ki se neposredno in posebej nanašajo na opravljanje določene gospodarske dejavnosti, temveč tudi za vse tiste predpise in prakse, „ki se nanašajo na različne splošne možnosti, ki prispevajo k opravljanju teh dejavnosti“.[9]

30. Zato spadajo na področje uporabe določb o svobodi ustanavljanja vsi ukrepi, ki omogočajo ali le olajšujejo dostop do druge države članice in/ali opravljanje gospodarskih dejavnosti v tej državi, tako da zadevnim subjektom pod enakimi pogoji, ki veljajo za domače gospodarske subjekte, zagotavljajo možnost dejanske udeležbe v gospodarskem življenju te države.[10]

31. Sodišče se je pri navajanju teh načel skoraj zmeraj izrecno sklicevalo na Splošni program za odpravo omejitev svobode ustanavljanja, ki ga je Svet sprejel 18. decembra 1961 in v katerem je opredeljeno, da so omejitve, ki jih je treba odpraviti, „določbe in prakse, ki le za tuje državljane omejujejo ali z določenimi zahtevami pogojujejo možnost uresničevanja pravic, običajno povezanih z dejavnostjo samozaposlenih oseb“[11]. V programu so le primeroma naštete nekatere od teh „možnosti“, med katerimi sta za obravnavano zadevo pomembni možnost „sklepanja pogodb“ in možnost „pridobivanja, uživanja in odtujitve pravic ter premičnega ali nepremičnega premoženja“.

32. Skratka, če povzamem zgornje ugotovitve, se svoboda ustanavljanja ne nanaša le na pravico selitve v drugo državo članico zaradi opravljanja dejavnosti na njenem ozemlju, temveč na vse vidike, ki so na kakršen koli način dopolnilni ter funkcionalni za opravljanje te dejavnosti in torej za polno uresničevanje svoboščine, določene v Pogodbi.

33. Očitno se mi zdi, da to velja tudi za obravnavano nacionalno ureditev. Ta se namreč nanaša na vidike, ki niso le dopolnilni, temveč celo bistveni za dejavnost gospodarskega subjekta, saj izključuje možnost sklepanja posebnih pravnih poslov (združitev) in zlasti poslov pridobivanja/odtujevanja ali ustanavljanja novih družb.

8 — Sodba z dne 30. novembra 1995 v zadevi Gebhard (C-55/94, Recueil, str. I-4165, točka 25).

9 — Sodbi z dne 14. januarja 1988 v zadevi Komisija proti Italiji (63/86, Recueil, str. 29, točka 14) in z dne 30. maja 1989 v zadevi Komisija proti Grčiji (305/87, Recueil, str. 1461, točka 21).

10 — Glej zlasti zgoraj navedeni sodbi Komisija proti Italiji, točki 14 in 16, ter Komisija proti Grčiji, točka 19, in sodbe z dne 1. junija 1999 v zadevi Konle (C-302/97, Recueil, str. I-3099, točka 22), z dne 13. aprila 2000 v zadevi Baars (C-251/98, Recueil, str. I-2787, točka 22) ter z dne 5. novembra 2002 v zadevi Überseering (C-208/00, Recueil, str. I-9919, točka 93).

11 — UL 1962, št. 2, str. 36.

34. Vendar sta vladi, ki intervenirata v tem postopku, če se osredotočimo le na prenehanje pripojene družbe, spregledali še en vidik, ki je po mojem mnenju neposredno upošteven za namene te preučitve.

35. Gre za dejstvo, da je mogoče zadevni posel združitve obravnavati ne le kot ustanovitev glavnega kraja poslovanja, temveč tudi kot ustanovitev sekundarnega kraja poslovanja. Pripojitev družbe, ustanovljene v drugi državi članici (v obravnavanem primeru je to luksemburška družba), namreč ne izključuje možnosti, da začne prevzemna družba (v tem primeru nemška) prav zaradi združitve stalno poslovati v državi članici, v kateri je imela sedež pripojena družba, to je v državi članici, ki ni njena država, v kateri ustanovi sedež, čeprav sekundaren.

36. Kot je bilo potrjeno na obravnavi, je bilo v obravnavanem primeru v skladu s pogodbo o združitvi dejansko predvideno, da bo prevzemna družba (Sevic) v Luksemburgu ohranila premoženje, osebje in proizvodna sredstva pripojene družbe (SVC), s čimer bi dobila „sekundarni" kraj poslovanja v tujini.

37. Šlo bi torej za posebno obliko uresničevanja pravice do ustanavljanja, ki je prav tako predvidena v členu 43 ES: družba s sedežem v določeni državi članici bi ustanovila „sekundarni" kraj poslovanja v drugi državi članici na podlagi pravice, zagotovljene v tej določbi, da „oblikuje in ohrani [...] več kot en kraj poslovanja na ozemlju Skupnosti"[12].

38. Drugačnega sklepa ni mogoče izpeljati niti na podlagi dejstva, da bi se v obravnavanem primeru sekundarna ustanovitev konkretno nanašala na entiteto brez pravne osebnosti. V členu 43(1) ES je namreč predvidena možnost uresničevanja pravice do ustanavljanja tako z ustanavljanjem poslovnih enot s pravno osebnostjo (hčerinske družbe) kot enot brez te (agencije in podružnice).

39. Po drugi strani iz sodne prakse Skupnosti izhaja, da je treba navedbo v tej določbi glede „agencij, podružnic ali hčerinskih družb" šteti kot opredelitev, ki oblike ustanavljanja, za katere se lahko odloči družba s sedežem v drugi državi članici, navaja le primeroma in ne izčrpno. Sodišče je tako dopustilo uporabo določb o svobodi usta-

12 — Sodba z dne 12. julija 1984 v zadevi Klopp (107/83, Recueil, str. 2971, točka 19).

navljanja tudi takrat, kadar na primer določeno podjetje v drugi državi Skupnosti ni prisotno „v obliki podružnice ali agencije, temveč le prek pisarne, ki jo vodi lastno osebje podjetja, ali neodvisne osebe, trajno pooblaščene, da deluje v imenu podjetja na način agencije“[13].

40. Glede na zgornje ugotovitve menim, da ni utemeljen niti ugovor nemške vlade, ki trdi, da je nujen pogoj za uresničevanje pravice do ustanavljanja oblikovanje novega ali dodatnega kraja poslovanja v tujini in da se torej ta pravica ne more izvrševati s pripojitvijo obstoječe družbe, za kar gre v primeru, ki je predmet postopka v glavni stvari.

41. Kot je namreč Sodišče popolnoma v skladu z navedeno sodno prakso že pojasnilo, obsega pravica, določena v členu 43 ES, možnost „izbire primerne pravne oblike za opravljanje dejavnosti v drugi državi članici“[14]. Uveljavljati jo je torej mogoče na različne načine, celo s pridobitvijo deležev v obstoječem podjetju, ustanovljenem v drugi državi članici, če ta udeležba pridobitelju „omogoča zanesljiv vpliv na odločitve te družbe in mu dovoljuje, da določa njene dejavnosti“,[15] to pa je pogoj, ki je skoraj zmeraj izpolnjen v primerih, kot je ta, kadar gre za pripojitev druge družbe.

42. Glede na zgornje ugotovitve torej menim, da nacionalna ureditev, kakršna je ta, ki je predmet postopka v glavni stvari, v celoti spada na področje uporabe členov 43 ES in 48 ES.

B – *Presoja zadevne nacionalne ureditve*

43. Ob upoštevanju zgoraj navedenega pojasnila se je treba v zvezi s temeljem vprašanja vprašati, ali sporni nacionalni ukrep, ker v vsakem primeru preprečuje vpis

13 — Sodba z dne 4. decembra 1986 v zadevi Komisija proti Nemčiji (205/84, Recueil, str. 3755, točka 21).

14 — Sodba z dne 21. septembra 1999 v zadevi Saint-Gobain ZN (C-307/97, Recueil, str. I-6161, točka 43).

15 — Glej zlasti zgoraj navedeni sodbi Baars, točki 21 in 22, ter Überseering, točka 77. Vendar je treba poudariti, da pridobitev deleža, ki pridobitelju ne daje takega vpliva, iz tega razloga ni izvzeta iz področja uporabe določb Pogodbe, zanjo torej kljub temu velja ureditev v zvezi s prostim pretokom kapitala.

združitve med družbami s sedežem v Nemčiji in družbami drugih držav članic v nemški register podjetij, omejuje svobodo ustanavljanja.

44. Preučitev tega vprašanja bom začel z opozorilom, da je treba na podlagi široke opredelitve svobode ustanavljanja, ki, kot smo videli (glej zgornje točke od 24 do 27), izhaja iz sodne prakse, šteti za omejitev te svobode „vse ukrepe, ki prepovedujejo, ovirajo ali zmanjšujejo privlačnost njenega uresničevanja“.[16] Mednje torej lahko spadajo tudi nacionalni ukrepi, ki gospodarski subjekt le „odvračajo“ od uveljavljanja pravice do ustanavljanja.[17]

45. Iz iste sodne prakse izhaja celo, da se člen 43 ES ne omejuje le na prepoved državam članicam, da bi preprečile ali omejile ustanavljanje tujih gospodarskih subjektov na svojem ozemlju, temveč nasprotuje tudi temu, da bi države članice ovirale domača gospodarska podjetja pri ustanavljanju v drugih državah članicah.[18] Povedano drugače, prepovedane so tako omejitve „ob vstopu“ kot omejitve „ob izstopu“ z nacionalnega ozemlja.

46. Zdi se mi, da iz uporabe teh načel nesporno izhaja, da ureditev, kakršna je ta, ki je predmet postopka v glavni stvari, nacionalne in tuje gospodarske subjekte vsaj odvrača od uveljavljanja pravice do ustanavljanja.

47. Instrument združitve je namreč še posebej učinkovit postopek preoblikovanja družb, saj v okviru enega samega posla podjetju omogoča nadaljevanje opravljanja določene dejavnosti v novi obliki in brez prekinitev, s čimer se omejijo zapleti, skrajšajo roki in znižajo stroški, ki so sicer povezani z drugimi oblikami konsolidacije družb in ki zahtevajo, na primer, izvedbo postopka prenehanja družbe z likvidacijo premoženja in nato ustanovitev nove družbe, prenos premoženja, izmenjavo lastniških deležev itd.

48. Očitno je torej treba ugotoviti, da je zaradi sporne nacionalne ureditve – in samo iz tega razloga – Sevic, tako kot druge družbe nemškega prava, ki so v enakem položaju, samo zaradi nameravane pripojitve družbe s sedežem v drugi državi članici, izgubila možnost, da bi izvedla združitev, pri čemer bi

16 — Glej s tem v zvezi najnovejšo sodbo z dne 5. oktobra 2004 v zadevi Caixa Bank France (C-442/02, ZOdl., str. I-8961, točka 26 in navedena sodna praksa).

17 — Glej na primer zgoraj navedeno sodbo Daily Mail, točka 16, in sodbi z dne 18. novembra 1999 v zadevi X in Y (C-200/98, Recueil, str. I-8261, točka 26) ter z dne 11. marca 2004 v zadevi Hughes de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Recueil, str. I-2409, točka 45).

18 — Glej zlasti zgoraj navedeni sodbi Baars, točka 28, in Hughes de Lasteyrie du Saillant, točka 42.

to obliko preoblikovanja sicer lahko uporabila. S tem je izgubila možnost, ki je bistvenega in očitnega pomena na povezanem trgu, kakršen je evropski, izkoristila bi lahko le druge oblike povezovanja, ki pa – kot sem opozoril – nimajo enakih lastnosti in prednosti.

49. Vsi ti dejavniki so očitno „ovira", ki lahko neposredno vpliva na odločitev nemških podjetij glede ustanavljanja ali širitve svoje prisotnosti v druge države članice in torej na uresničevanje svoboščine, ki jo imajo v skladu s členoma 43 ES in 48 ES.

50. Vendar ima obravnavani ukrep omejevalen učinek tudi za družbe, ki imajo sedež v drugih državah članicah. Tem subjektom namreč povsem preprečuje, da bi izkoristili eno od možnosti za vstop na nemški trg. Natančneje, družba s sedežem v tujini v Nemčiji ne bi mogla razviti svojega poslovanja tako, da bi se pridružila eni ali več nemškim družbam s pripojitvijo obstoječe ali ustanovitvijo nove družbe. Da bi dosegla tak cilj, bi morala najverjetneje najprej oblikovati novo družbo v Nemčiji, to pa bi bilo – kot je pojasnilo Sodišče – enako „zanikanju svobode ustanavljanja"[19].

51. Glede na navedeno torej menim, da pomeni nemški ukrep v opisanem smislu omejitev svobode ustanavljanja in da je posledično v nasprotju s členoma 43 ES in 48 ES.

C – Zatrjevana upravičenost sporne nacionalne zakonodaje

52. Kljub temu se je treba vprašati še, ali očitek neskladnosti glede obravnavane nacionalne zakonodaje ni utemeljen, če upoštevamo razloge splošnega interesa, na katere – kot bomo videli – bi se lahko sklicevali z namenom, da bi jo upravičili.

53. Nemška vlada, ki jo v tem podpira tudi nizozemska, namreč trdi, da v trenutnih okoliščinah, ker ni posebnih ukrepov Skupnosti za harmonizacijo tega področja, Nemčija ne more priznati čezmejnih združitev, saj obstajajo v pravu družb držav članic še vedno velike razlike, zato pa so prav zadevni

19 — Zgoraj navedena sodba Überseering, točka 81.

posli še posebej zapleteni. Zadevna prepoved naj bi bila torej upravičena zato, ker je treba zagotavljati ustrezno raven pravne varnosti v gospodarskih poslih in zaščititi interese delavcev, upnikov in manjšinskih družbenikov nemških družb.

54. Čeprav bi torej Sodišče odločilo, da je treba za določbo iz člena 1(1), prva točka, UmwG šteti, da gre za omejitev svobode ustanavljanja, ti vladi menita, da je taka omejitev legitimna, ker je namenjena zadovoljevanju potreb, za katere je bilo v sodni praksi Skupnosti priznano, da lahko upravičijo take omejitve.

55. Glede tega naj najprej opozorim, da pravo Skupnosti na ravni izjem, dopuščenih v zvezi s temeljnimi pravicami, jasno razlikuje med diskriminacijskimi in nediskriminacijskimi ukrepi. Prvi so dopustni le, če lahko spadajo v okvir izjeme, izrecno predvidene v Pogodbi, to je – v zvezi s svobodo ustanavljanja – v členu 46 ES. Ukrepi, ki se brez razlikovanja uporabljajo za domače subjekte in subjekte drugih držav članic, pa so dovoljeni le, če so upravičeni z morebitnimi nujnimi razlogi, pri čemer pa tudi v tem primeru velja, da morajo biti primerni za uresničevanje zastavljenega cilja in da ne smejo presegati tega, kar je nujno potrebno za dosego tega cilja.[20]

56. Brez dvoma je treba ugotoviti, da gre v zadevnem primeru za diskriminacijsko normo. Kot smo namreč videli, je z obravnavano ureditvijo jasno določeno, da se družbe obravnavajo različno glede na njihov sedež, saj je združitev dopustna, če imajo zadevne družbe sedež v Nemčiji, izključena pa, če ima ena izmed njih sedež v tujini.

57. V takih primerih je torej edina izjema od zagotavljanja svobode ustanavljanja tista, ki je predvidena v členu 46 ES, na podlagi katerega so diskriminacijski ukrepi upravičeni le z razlogi javnega reda, javne varnosti in javnega zdravja. Poleg tega je treba to določbo, ker gre za izjemo od temeljnega načela Pogodbe, razlagati ozko, zato je

20 — Glej zlasti sodbo z dne 31. marca 1993 v zadevi Kraus (C-19/92, Recueil, str. I-1663, točka 32), zgoraj navedeno sodbo Gebhard, točka 37, sodbo z dne 9. marca 1999 v zadevi Centros (C-212/97, Recueil, str. I-1459, točka 34) in zgoraj navedeno sodbo Caixa Bank, točka 17.

Sodišče za uporabo takega ukrepa določilo še pogoj, da mora biti obenem podana „dejanska in dovolj resna grožnja za katerega od temeljnih interesov družbe“.[21]

58. Po mojem mnenju pa je očitno, da morebitne težave pri usklajevanju ali tveganja nasprotij med različnimi nacionalnimi ureditvami na področju prava družb, na katere se nemški in nizozemski organi poleg tega sklicujejo zelo površno in na splošno, ne morejo biti „grožnja“ take vrste in obsega, da bi lahko vplivala na enega izmed „temeljnih interesov družbe“, zato ti razlogi ne spadajo v okvir uporabe člena 46 ES.

59. A sklep se ne bi spremenil, niti če bi sprejeli razlago, da sporna zakonodaja ni diskriminacijska, saj tudi v tem primeru ne bi bili izpolnjeni zgoraj navedeni pogoji, določeni v sodni praksi Skupnosti glede omejitev, ki se uporabljajo brez razlikovanja (glej zgornjo točko 55).

60. Začnimo s presojo v zvezi z obstojem nujnih razlogov splošnega interesa. Mednje bi morda lahko spadali, čeprav le hipotetično, nujni razlogi splošnega interesa, na podlagi katerih bi združitvi ugovarjala država izvora pripojene družbe.[22] V tej državi bi dejansko zaradi pripojitve k družbi druge države članice prenehala obstajati družba, ki je pred tem pripadala njenemu pravnemu redu, zato bi ta država izgubila neposredni nadzor nad njo.

61. Težje pa bi upravičili nasprotovanje države, ki ji pripada prevzemna družba, saj združitev ne vpliva na povezavo te družbe s pravnim redom te države. V obravnavanem primeru bi namreč Sevic ohranila sedež v Nemčiji tudi po izvedeni načrtovani združitvi, nemško pravo bi se torej še dalje uporabljalo za celotno poslovanje te družbe.

62. A tudi če bi bili ti sklepi kakor koli pomembni, ne bi bil odpravljen dvom glede tega, ali so zatrjevane težave v zvezi z združljivostjo ali skladnostjo med različnimi pravnimi redi res take, da bi jih lahko šteli za nujne razloge splošnega interesa. Zlasti če

21 — Glej, *ex multis*, sodbi z dne 27. oktobra 1977 v zadevi Bouchereau (30/77, Recueil, str. 1999, točka 35) in z dne 26. novembra 2002 v zadevi Oteiza Olazabal (C-100/01, Recueil, str. I-10981, točka 39).

22 — V obravnavanem primeru iz spisa izhaja, da Luksemburg ni ugovarjal in je SVC izbrisal iz nacionalnega registra podjetij.

upoštevamo, da so – kolikor mi je znano – mednarodne združitve dopustne v več nacionalnih ureditvah, ne da bi to povzročalo nepremostljive težave, kar je v nasprotju s tem, kar zatrjujeta vladi intervenientki.[23]

63. In čeprav bi sprejeli to stališče nemške in nizozemske vlade, bi morali preveriti še, ali sta v obravnavanem primeru izpolnjena tudi druga dva zgoraj navedena pogoja, to je, ali je zadevni ukrep nujen in sorazmeren.

64. Vendar, kot smo videli, je s tem ukrepom predpisana absolutna in samodejna prepoved, ki se torej uporablja na splošno in preventivno za vse primere čezmejnih združitev ne glede na preverjanje morebitnih posledic ali tveganj, povezanih z določenim poslom.

65. Zato menim, da je zlasti ob upoštevanju sodne prakse Sodišča[24] očitno, da ta ukrep v veliki meri presega cilj reševanja morebitnih težav, posledično je torej treba ugotoviti, da ni sorazmeren glede na zasledovani cilj. Ta bi bil namreč lahko dosežen z manj strogimi ukrepi, na primer z možnostjo zavrnitve vpisa na podlagi preučitve posameznega primera in le, če bi bila podana očitna ter dokazana težava z usklajevanjem med zadevnima pravnima ureditvama, ki bi lahko vplivala na nastanek resnih tveganj za pravno varnost ali zaščito interesov delavcev, upnikov ali manjšinskih družbenikov družb.

66. Naj ponovim, da za ukrep, ki predvideva tako absolutno in samodejno prepoved, prav gotovo ni mogoče šteti, da je sorazmeren.

67. V utemeljitev takega ukrepa se ni mogoče sklicevati niti na okoliščino, ki jo navajata nemška in nizozemska vlada, da direktiva Skupnosti o čezmejnih združitvah še ni bila sprejeta. Po mnenju navedenih vlad

23 — Kolikor mi je znano, so taki posli dovoljeni, na primer, v španskem, italijanskem, francoskem in belgijskem pravu, čeprav na različne načine.

24 — Glede nesorazmernosti absolutnih in splošnih prepovedi glej na primer sodbe z dne 30. aprila 1986 v zadevi Komisija proti Franciji (96/85, Recueil, str. 1475, točka 14), z dne 16. junija 1992 v zadevi Komisija proti Luksemburgu (C-351/90, Recueil, str. I-3945, točka 19), z dne 26. septembra 2000 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-478/98, Recueil, str. I-7587, točka 45) in z dne 4. marca 2004 v zadevi Komisija proti Franciji (C-334/02, Recueil, str. I-2229, točki 28 in 34).

naj bi bilo te postopke nemogoče izvajati, ker ni harmonizacije predpisov na ravni Skupnosti.

68. Znano je namreč – in večkrat potrjeno v ustaljeni sodni praksi Sodišča –, da uresničevanje svobode ustanavljanja ne sme biti pogojeno s sprejetjem direktiv za harmonizacijo.[25] S temi direktivami namreč niso podeljene pravice, določene v Pogodbi, njihov cilj je le olajšati njihovo uveljavljanje. V zvezi z obravnavano zadevo je to potrjeno tudi v prvi uvodni izjavi predloga direktive, v skladu s katero je namen direktive „*olajšati* čezmejne združitve“[26]. S tem je že *per tabulas* ovrženo stališče, da mora biti predhodno izvedena harmonizacija na ravni Skupnosti.

69. Skratka, zdi se mi, da v obravnavanem primeru niso podani pogoji, ki sem jih zgoraj navedel kot bistvene za utemeljitev nacionalnega ukrepa, neskladnega s Pogodbo.

25 — Glej zlasti sodbo z dne 28. aprila 1977 v zadevi Thieffry (71/76, Recueil, str. 765, točki 17 in 27) ter zgoraj navedeni sodbi Kraus, točka 30, in Überseering, točka 55.

26 — Moj poudarek.

70. Zato ugotavljam, da sporna nacionalna ureditev ni upravičena ne na podlagi člena 46 ES in ne na podlagi nujnih razlogov, na katere se sklicujeta vladi intervenientki. Torej je treba šteti, da je v nasprotju s členoma 43 ES in 48 ES.

D – *Prosti pretok kapitala*

71. Naj, končno, opozorim, da je Komisija med obravnavo navedla, da bi bil lahko zadevni ukrep obravnavan tudi kot omejitev prostega pretoka kapitala, ki je načeloma prepovedana na podlagi člena 56 ES. Za tako omejitev naj bi šlo, ker zavrnitev vpisa čezmejne združitve ovira pretok kapitala, ki je povezan s takim poslom.

72. Glede tega predvsem opozarjam, da predložitveno sodišče v predlogu za sprejetje predhodne odločbe Sodišča ni zaprosilo za razlago člena 56 ES.

Kljub temu pa bi se lahko vprašali, ali ni odgovor na to vprašanje vendarle potreben. Kot je bilo namreč že pojasnjeno v sodni praksi, lahko Sodišče, „da bi dalo sodišču, ki mu je zastavilo vprašanje za predhodno

odločanje, uporaben odgovor, upošteva tudi določbe prava Skupnosti, na katera se nacionalno sodišče pri oblikovanju svojega vprašanja ni sklicevalo".[27]

73. Vendar menim, da v obravnavani zadevi razlaga člena 56 ES načeloma ni zares potrebna za odločitev v postopku v glavni stvari. Glede na to, da je bilo že ugotovljeno, da gre v primeru zadevnega ukrepa za neupravičeno omejitev pravice iz člena 43 ES, bi bil preizkus, ali je ta ukrep skladen z vidika člena 56 ES, strogo gledano, odvečen. Znano je namreč stališče Sodišča, da preverjanje, ali je ukrep v nasprotju tudi z določbami Pogodbe o prostem pretoku kapitala, načeloma ni nujno, če je že ugotovljeno, da je podana omejitev svobode ustanavljanja.[28]

74. A v zadevnem primeru bi bila nadaljnja preučitev morda potrebna, če bi Sodišče sprejelo rešitev, ki jo zagovarjata vladi intervenientki, in bi presodilo, da v obravnavani zadevi ni podana kršitev določb o svobodi ustanavljanja.

75. Če bi bilo tako in če bi bilo torej treba vprašanje preučiti še z vidika prostega pretoka kapitala, bi v skladu s stališčem Komisije predlagal, da gre v zvezi s spornim nacionalnim ukrepom tudi za nezakonito omejevanje te svoboščine.

76. In sicer zato, ker, prvič, spadajo posli združitve, ki so „neizogibno povezani s pretokom kapitala"[29], jasno na področje uporabe člena 56 ES. V skladu s točko 1, naslovljeno „Neposredne naložbe", nomenklature[30] iz Priloge I k Direktivi Sveta št. 88/361/EGS z dne 24. junija 1988 o izvajanju člena 67 Pogodbe[31] namreč spadata med te naložbe „pridobitev že obstoječega podjetja v popolno last" (točka 1) in

27 — Sodbe z dne 20. marca 1986 v zadevi Tissier (35/85, Recueil, str. 1207, točka 9), z dne 27. marca 1990 v zadevi Bagli Pennacchiotti (C-315/88, Recueil, str. I-1323, točka 10) in z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal (C-107/98, Recueil, str. I-8121, točka 39).

28 — Glej na primer sodbe z dne 28. aprila 1998 v zadevi Safir (C-118/96, Recueil, str. I-1897, točka 35), z dne 18. novembra 1999 v zadevi X in Y (C-200/98, Recueil, str. I-8261, točka 30), z dne 13. aprila 2000 v zadevi Baars (C-251/98, Recueil, str. I-2787, točka 42), z dne 8. marca 2001 v združenih zadevah Metallgesellschaft in drugi (C-397/98 in C-410/98, Recueil, str. I-1727, točka 75) in z dne 21. novembra 2002 v zadevi X in Y (C-436/00, Recueil, str. I-10829, točka 66).

29 — Sodba z dne 16. marca 1999 v zadevi Trummer in Mayer (C-222/97, Recueil, str. I-1661, točka 24).

30 — Gre za nomenklaturo, na katero so se sodišča Skupnosti vztrajno sklicevala v zvezi z opredelitvijo pojma pretoka kapitala. Izmed novejših sodb glej zgoraj navedeno sodbo Trummer in Mayer, točka 21, ter sodbo z dne 6. junija 2000 v zadevi Verkooijen (C-35/98, Recueil, str. I-4071, točka 27).

31 — UL L 178, str. 5.

„[u]deležba v novem ali obstoječem podjetju z namenom vzpostavitve ali ohranjanja trajnih gospodarskih povezav“ (točka 2). Jasno je torej, da gre pri poslih združitve za „gibanje kapitala“.

77. Drugič, glede omejevalne lastnosti spornega ukrepa menim, da lahko brez težav, *mutatis mutandis*, uporabimo sklepe, oblikovane v zvezi s svobodo ustanavljanja (glej zgornje točke od 37 do 43). Obravnavana ureditev ima namreč na pretok kapitala vsaj učinek odvračanja, saj je z njo prepovedana prav uporaba tistega instrumenta, ki je najprimernejši za posle pridobivanja ali oblikovanja družb v tujini.

78. Končno in iz istih razlogov, ki sem jih prav tako že navedel (glej zgoraj točke od 48 do 59), menim, da v obravnavanem primeru niso podani pogoji, določeni v sodni praksi, ki morajo biti izpolnjeni, da je lahko izjema od uresničevanja temeljne svoboščine, zagotovljene s Pogodbo, kakršna je zadevna, upravičena.

V – Predlog

79. Glede na zgoraj navedene ugotovitve Sodišču predlagam, naj na vprašanje Landgericht Koblenz odgovori:

Člena 43 ES in 48 ES nasprotujeta zakonodaji države članice, kakršna je Umwandlungsgesetz, s katero ni dovoljen vpis združitev med družbami s sedežem v tej državi in družbami drugih držav članic v nacionalni register podjetij.