SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE VERICE TRSTENJAK, predstavljeni 2. junija 2010[1]

Stvarno kazalo

I – Uvod ..... I - 10165

II – Pravni okvir ..... I - 10166

A – Pravo Skupnosti ..... I - 10166

1. Primarno pravo ..... I - 10166

2. Sekundarno pravo ..... I - 10167

a) Direktiva 68/151/EGS ..... I - 10167

b) Direktiva 89/667/EGS ..... I - 10168

B – Nacionalno pravo ..... I - 10168

III – Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje ..... I - 10170

IV – Postopek pred Sodiščem ..... I - 10171

V – Bistvene trditve strank ..... I - 10171

VI – Pravna presoja ..... I - 10172

A – Uvodne navedbe ..... I - 10172

1. Uskladitev kot instrument evropskega prava družb ..... I - 10172

2. Predmet urejanja Direktive 68/151 ..... I - 10173

1 – Jezik izvirnika: nemščina.

B – Vprašanje za predhodno odločanje ..... I - 10174

1. Sekundarno pravo kot merilo preizkusa ..... I - 10176

a) Uporaba Direktive 68/151 ..... I - 10176

i) Obstoj delniške družbe v smislu člena 1 Direktive 68/151 ..... I - 10176

ii) Priznanje omejitve odgovornosti ..... I - 10176

iii) Odgovornost za obveznosti delniške družbe ..... I - 10178

iv) Obseg odgovornosti delniške družbe ..... I - 10180

b) Združljivost z Direktivo 68/151 ..... I - 10180

2. Združljivost s primarnim pravom ..... I - 10183

a) Dopustnost uporabe primarnega prava ..... I - 10183

b) Svoboda ustanavljanja ..... I - 10184

i) Uporaba členov 43 ES in 48 ES ..... I - 10184

ii) Omejitev svobode ustanavljanja ..... I - 10187

– Člen 43 ES kot celostna prepoved omejitev ..... I - 10187

– Možnost teleološke redukcije prepovedi omejitev ..... I - 10189

iii) Utemeljitev omejitve pravice ustanavljanja ..... I - 10191

– Varstvo temeljnih pravic kot upravičen interes ..... I - 10192

– Preizkus sorazmernosti ..... I - 10193

iv) Vmesni rezultat ..... I - 10191

c) Prosti pretok kapitala ..... I - 10200

i) Uporaba člena 56 ES ..... I - 10200

ii) Omejitev prostega pretoka kapitala ..... I - 10201

– Člen 56 ES kot celostna prepoved omejitev ..... I - 10201

– Možnost teleološke redukcije prepovedi omejitev ..... I - 10202

iii) Utemeljitev ..... I - 10203

– Varstvo temeljnih pravic kot upravičen interes ..... I - 10203

– Preizkus sorazmernosti ..... I - 10203

iv) Vmesni rezultat ..... I - 10204

VII – Predlog ..... I - 10204

I – Uvod

1. Ta zadeva poteka na podlagi predloga za predhodno odločanje grškega Symvoulio tis Epikrateias (državni svet; v nadaljevanju: predložitveno sodišče) v skladu s členom 234 ES[2], s katerim Sodišču predlaga razlago Prve direktive Sveta z dne 9. marca 1968 o uskladitvi zaščitnih ukrepov za varovanje interesov družbenikov in tretjih oseb, ki jih države članice zahtevajo od gospodarskih družb v skladu s členom 58(2) Pogodbe, zato da se oblikujejo zaščitni ukrepi z enakim učinkom v vsej Skupnosti (68/151/EGS).[3]

2. Predlog za predhodno odločanje temelji na sporu med družbo Idryma Typou A. E.

2 – Postopek predhodnega odločanja je v skladu z Lizbonsko pogodbo, ki spreminja Pogodbo o Evropski uniji in Pogodbo o ustanovitvi Evropske skupnosti, podpisano v Lizboni dne 13. decembra 2007 (UL C 306, str. 1), zdaj urejen v členu 267 Pogodbe o delovanju Evropske unije.

3 – UL L 65, str. 8.

(v nadaljevanju: tožeča stranka v postopku v glavni stvari), delniško družbo, ki posluje na področju tiska in televizije, in Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis (minister za tisk in sredstva množičnega obveščanja, v nadaljevanju: tožena stranka v postopku v glavni stvari), katerega predmet je zakonitost globe, ki je bila tožeči stranki v postopku v glavni stvari izrečena zaradi kršitve zakonskih predpisov in stanovskih pravil, ki veljajo za poslovanje televizijske postaje, in določa skupno in nerazdelno odgovornost tožeče stranke ter njenih delničarjev in članov njenega upravnega odbora.

3. S pravnega vidika to vprašanje za predhodno odločanje odpira dve pravni vprašanji, ki sta medsebojno povezani. Prvič, ali v pravu družb Evropske unije obstaja zadosti določen koncept delniške družbe, ki enako kot pravni redi mnogih držav članic pozna pravno načelo, da je odgovornost kapitalske družbe omejena na premoženje družbe. Drugič predložitveno sodišče sprašuje, ali pravkar navedeno načelo v okoliščinah, kot so te v postopku v glavni stvari, izjemoma dopušča preboj te omejitve odgovornosti. Le če je tako imenovan „spregled pravne osebnosti“ združljiv s pravom Skupnosti, bi bilo možno odgovornost delniške družbe razširiti na premoženje delničarjev.

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

1. Primarno pravo

4. Člen 43 ES določa:

„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.“

5. Člen 44 ES določa:

„1. Za uresničevanje svobode ustanavljanja v zvezi s posamezno dejavnostjo Svet v skladu

s postopkom iz člena 251 in po posvetovanju z Ekonomsko-socialnim odborom ukrepa z direktivami.

2. Svet in Komisija izvajata naloge, ki jima jih nalagajo prejšnje določbe, zlasti tako da:

[…]

(g) usklajujeta, kolikor je to potrebno, zaščitne ukrepe, ki jih od družb ali podjetij iz drugega odstavka člena 48 za zaščito interesov družbenikov in tretjih zahtevajo države članice, zato da bi te zaščitne ukrepe izenačili v vsej Skupnosti."

6. Člen 48 ES določa:

„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."

7. Člen 56 ES določa:

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

2. V okviru določb tega poglavja so prepovedane vse omejitve plačil med državami članicami ter med državami članicami in tretjimi državami."

2. Sekundarno pravo

a) Direktiva 68/151/EGS

8. Direktiva 68/151, ki se v tej zadevi uporablja *ratione temporis*, je do razveljavitve z Direktivo 2009/101/ES[4], ki je začela veljati 21. oktobra 2009, določala uskladitev zaščitnih ukrepov za varovanje interesov družbenikov in tretjih oseb, ki jih države članice zahtevajo od gospodarskih družb.

4 – Direktiva 2009/101/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. septembra 2009 o uskladitvi zaščitnih ukrepov za varovanje interesov družbenikov in tretjih oseb, ki jih države članice zahtevajo od gospodarskih družb v skladu z drugim pododstavkom člena 48 Pogodbe, zato da se oblikujejo zaščitni ukrepi z enakim učinkom v vsej Skupnosti (UL L 258, str. 11).

9. Na eni strani iz uvodnih izjav te direktive izhaja, da „je usklajevanje, predvideno v členu 54(3)(g) [Pogodbe o ustanovitvi Evropske gospodarske skupnosti] in v Splošnem programu za odpravo omejitev svobode ustanavljanja podjetij, nujna zadeva, zlasti v zvezi z delniškimi družbami in drugimi družbami z omejeno odgovornostjo, ker dejavnost takih družb pogosto presega meje nacionalnega ozemlja." Na drugi strani pa je v uvodnih izjavah te direktive opozorjeno, da „morajo biti zato določbe Skupnosti v zvezi s temi družbami sprejete sočasno, saj je njihovo edino jamstvo nasproti tretjim osebam njihovo premoženje".

10. Člen 1 te direktive, kakor je bil spremenjen z Aktom o pristopu Grčije,[5] določa:

„Usklajevalni ukrepi, predpisani s to direktivo, se uporabljajo za zakone in druge predpise držav članic v zvezi z naslednjimi tipi družb: […]

v Grčiji:

άνώνυμη έταιρία, έταιρία περιωρισμένης εύθύνης, έτερόρρυθμη κατά μετοχές έταιρία [delniška družba, komanditna delniška družba, družba z omejeno odgovornostjo]."

11. Direktiva 68/151 obsega tri oddelke. Oddelek I ureja objavo aktov družbe, oddelek II obsega določbe o veljavnosti obveznosti, ki jih sprejme družba, oddelek III pa ureja morebitno ničnost družbe.

b) Direktiva 89/667/EGS

12. V uvodnih izjavah Dvanajste direktive Sveta na področju prava družb z dne 21. decembra 1989 o družbah z omejeno odgovornostjo z enim družbenikom (89/667/EGS)[6] je navedeno: „ker je pomembno, da se zagotovi pravni instrument, ki omogoča omejitev odgovornosti samostojnemu podjetniku po vsej Skupnosti, brez poseganja v zakonodajo držav članic, ki v izjemnih primerih zahtevajo, da je podjetnik odgovoren za obveznosti svojega podjetja."

B – *Nacionalno pravo*

13. Člen 5(1) grške ustave določa pravico vseh državljanov do svobodnega razvoja njihove osebnosti in do sodelovanja pri družbenem, gospodarskem in političnem življenju,

5 – UL 1979, L 291.

6 – UL L 395, str. 40.

če se upoštevajo pravice drugih, ustava in dobri običaji. V skladu s členom 5(3) je osebna svoboda nedotakljiva.

14. V skladu s členom 106(2) ustave se zasebna gospodarska pobuda ne sme razvijati v škodo svobode in človeškega dostojanstva, medtem ko radio in televizija v skladu s členom 15(2) ustave (v različici pred spremembo ustave iz leta 2001) zagotavljata prenos objektivnih informacij in kakovostno raven oddaj.

15. Zakon 2328/1995 ureja okvir za dejavnost zasebne televizije. V skladu s členom 1(9) morajo biti delnice delniških družb, ki upravljajo televizijsko postajo, imenske delnice. V skladu s členom 1(10) ima lahko ena delniška družba le eno dovoljenje za ustanovitev, vzpostavitev in poslovanje televizijske postaje ali pa je lahko udeležena le v eni družbi, ki ima takšno dovoljenje. Udeležba fizičnih ali pravnih oseb v takšni družbi ne sme preseči 25 % delniškega kapitala. Delničarji, ki imajo delež, večji od 2,5 %, in člani upravnega odbora družb, ki zahtevajo ali imajo dovoljenje za poslovanje televizijske postaje, ne smejo biti obsojeni zaradi kaznivih dejanj, katerih posledica je prepoved opravljanja pooblastil javnega uslužbenca. V skladu z zakonom za delničarje velja tudi obveznost dokazati, kako so pridobili premoženje. Dalje je v členu 1(11) določena nezdružljivost udeležbe v družbi, ki opravlja javna dela ali javne storitve, z udeležbo v družbi, ki upravlja televizijsko postajo. V členu 1(13) je predvidena obveznost, da se pristojnega ministra obvesti o vsakem prenosu dela delnic takšne družbe, ki presega 2,5 % delniškega kapitala. Člen 3 zakona 2328/95 določa stanovska pravila, ki jih morajo upoštevati televizijske postaje, medtem ko člen 4 določa upravne sankcije, ki se izrečejo ob kršitvi teh pravil. Zlasti člen 4(3) zakona 2328/95 v zvezi s temi sankcijami določa, da se skupno in nerazdelno izrečejo globe ne samo družbi, ki je imetnica dovoljenja za vzpostavitev in poslovanje televizijske postaje, njenim zakonskim zastopnikom in članom njenega upravnega odbora, ampak tudi vsem delničarjem, katerih delež delnic presega 2,5 %.

16. Zakon 2190/1920 določa splošna pravila, ki veljajo za delniške družbe. V skladu s členom 1 tega zakona je delniška

družba „kapitalska družba s pravno osebnostjo, ki za svoje dolgove odgovarja le s svojim premoženjem“.

III – Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

17. Tožena stranka v postopku v glavni stvari je delniški družbi „Nea Tileorasi“, lastnici televizijske postaje „Star Channel“, njenim delničarjem in članom upravnega odbora z odločbo z dne 11. maja 2001 skupno in nerazdelno izrekla globo 10.000.000 drahem. Globa je bila izrečena na podlagi poročila Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (nacionalni televizijski svet, v nadaljevanju: ESR), ki je pristojni neodvisni organ, ker so informacije, ki so bile 11. februarja 2000 oddajane v glavnem televizijskem dnevniku televizijske postaje „Star Channel“, kršile obveznost spoštovanja osebnosti, časti, ugleda in družinskega življenja kakor tudi domnevo nedolžnosti glede dveh pevcev in modnega oblikovalca.

18. Tožeča stranka v postopku v glavni stvari, ki je delničarka družbe „Nea Tileorasi“, je pri predložitvenem sodišču predlagala razglasitev ničnosti odločbe ministra, s katero je bila izrečena globa, in odločbe ESR, na kateri ta temelji.

19. Kakor izhaja iz predložitvenega sklepa, je predložitveno sodišče v okviru tega postopka preizkušalo tako vprašanje ustavnosti kot tudi vprašanje združljivosti ureditve iz člena 4(3) zakona 2328/95 s pravom Skupnosti.

20. Na eni strani je predložitveno sodišče preizkusilo, ali je ureditev, ki predvideva, da se tako družbi kot tudi določeni kategoriji delničarjev skupno in nerazdelno izreče globa, v skladu z določbami grške ustave o gospodarski svobodi. Na drugi strani pa je predložitveno sodišče preizkusilo, ali se za sporno ureditev uporablja Direktiva 68/151 in ali je ta združljiva z njenim členom 1. Člani pristojnega senata so pri tem zastopali različna pravna stališča.

21. Predložitveno sodišče v predložitvenem sklepu izraža dvom v zvezi z razlago Direktive 68/151. Zaradi tega je prekinilo postopek in Sodišču predložilo to vprašanje v predhodno odločanje:

„Ali Direktiva 68/151/EGS, ki v členu 1 določa:Usklajevalni ukrepi, predpisani s to direktiv o, se uporabljajo za zakone in druge predpise držav članic v zvezi z naslednjimi tipi družb: […] – v Grčiji: ανώνυμη εταιρία [delniška družba]“, nasprotuje uvedbi nacionalne določbe, kot je člen 4(3) zakona 2328/1995, v delu, v katerem določa, da se globe, predvidene v predhodnih odstavkih tega člena za kršitve veljavne zakonodaje in

stanovskih pravil, ki urejajo delovanje televizijskih postaj, ne naložijo le družbi, ki je pridobila dovoljenje za ustanovitev in poslovanje televizijske postaje, temveč skupno in nerazdelno tudi vsem njenim delničarjem, ki imajo več kot 2,5 % delnic?

V – Bistvene trditve strank

25. *Grška vlada* in *Komisija* se v svojih navedbah strinjata, da člen 1 Direktive 68/151 ne nasprotuje nacionalni ureditvi, kot je tista v členu 4(3) zakona 2328/95.

IV – Postopek pred Sodiščem

26. Grška vlada in Komisija menita, da namen Direktive 68/151 ni uskladitev koncepta oziroma pojma delniške družbe, temveč se ta direktiva omejuje na navedbo oblik družb, ki že obstajajo v državah članicah, za katere se uporabljajo njene določbe.

22. Predložitveni sklep z dne 17. septembra 2008 je bil vložen v sodnem tajništvu Sodišča 26. februarja 2009.

27. Temu ustrezno imajo države članice pravico oblikovati nove oblike družb ali pa družbam, ki so navedene v členu 1 Direktive 68/151, naložiti dodatne obveznosti. V zvezi s tem se Komisija sklicuje na Direktivo 89/667, ki v preambuli priznava nujnost, da se ohranijo takšne nacionalne določbe, ki v izjemnih primerih zahtevajo, da je podjetnik odgovoren za obveznosti svojega podjetja, in sicer ob odstopanju od prav tako tam navedenega pravnega instrumenta omejitve odgovornosti družbe, ki naj bo v skladu z Direktivo zagotovljen po vsej Skupnosti. *Grška vlada* in *Komisija* sta sklepno prišli do ugotovitve, da pravo Skupnosti družbenikom ne zagotavlja oprostitve odgovornosti za obveznosti delniške družbe.

23. Vlada Helenske republike in Komisija sta vložili pisna stališča znotraj roka, ki je določen v členu 23 Statuta Sodišča.

24. Na ustni obravnavi, ki je potekala 11. marca 2010, so bile podane navedbe (zastopnikov Helenske republike in Komisije).

28. Le iz previdnosti pa *grška vlada* navaja, da člen 4(3) zakona 2328/95 nerazdelne odgovornosti družbenikov, katerih delež presega 2,5 %, ne določa kot splošno načelo. Nasprotno, ta določba ob kršitvi zakonskih predpisov in stanovskih pravil, ki veljajo za poslovanje televizijskih postaj, predvideva izrek glob tako družbi, ki je imetnica dovoljenja za poslovanje televizijskih postaj, kot tudi družbenikom, ker imajo ti posebno vlogo pri ustanovitvi in poslovanju družbe.

VI – Pravna presoja

A – *Uvodne navedbe*

1. Uskladitev kot instrument evropskega prava družb

29. Pravo družb Evropske unije se ukvarja predvsem z okvirnimi pogoji za nacionalna ali evropska podjetja na enotnem trgu.[7] Konkretno izoblikovanje teh okvirnih pogojev temelji na eni strani na prizadevanju k uskladitvi nacionalnih ureditev prava družb v državah članicah in na drugi strani na oblikovanju nadnacionalnega prava družb, ki je določeno primarno v pravu Unije.

30. Prizadevanja za usklajevanje določb prava družb, ki obstajajo v posameznih državah članicah, imajo različne razloge. Osrednja navezna okoliščina temelji na načelu svobode ustanavljanja, ki je določeno v členu 43 ES in v skladu s členom 48 ES velja tudi za družbe; v skladu s tem načelom je treba odpraviti omejitve prostega ustanavljanja za državljane države članice v drugi državi članici.[8] Prav za družbe pa velja, da bodo pravico do prostega ustanavljanja lahko uporabile in jo dejansko bodo le ob usklajenih pravnih okvirnih pogojih. Dodatna spodbuda za usklajevanje prava pa temelji na spoznanju, da naj se odločitve o kraju poslovanja sprejmejo v interesu celotnega gospodarstva Unije na

7 – Glej Behrens, P., Gesellschaftsrecht, v: Dauses, M. A. (ur.): *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Poglavje E. III, točka 3, str. 3).

8 – Glej Rondinelli, M., Il proceso di armonizzazione del diritto societario europeo, v: *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino 2000, str. 38, ki se sklicuje na tesno povezavo med usklajevanjem prava družb in svobodo ustanavljanja. Tako tudi Grünwald, A., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Wien 1999, str. 12, in Mustaki, G., V. Engammare, *Droit européen des sociétés*, Basel 2009, str. 105.

podlagi racionalnih ekonomskih vidikov, in ne na podlagi tega, kje so okvirni pogoji prava družb najugodnejši za podjetja.[9] Dalje naj se z uskladitvijo pravnih redov držav članic zagotovijo čimbolj enaki pogoji konkurence za podjetja v Uniji. Nazadnje obstoj primerljivih pravnih okvirnih pogojev prispeva k temu, da podjetja in družbeniki čezmejne investicije opravijo v korist gospodarskega in socialnega razvoja v Uniji.

2. Predmet urejanja Direktive 68/151

31. Direktiva 68/151, ki je bila sprejeta 9. marca 1968, torej deset let po sprejetju Rimskih pogodb, ni le prva direktiva v pravu družb, gre pravzaprav sploh za prvi ukrep usklajevanja v civilnem pravu.[10] Sprejeta je bila na pravni podlagi člena 54(3)(g) Pogodbe EGS (člen 44(2)(g) ES),[11] njen namen pa je varstvo tretjih, zlasti sopogodbenikov družbe. Tem naj bo omogočeno, da si priskrbijo ne le potrebne informacije o družbi, ampak tudi, da lahko zaupajo v veljavnost izjav volje, ki so bile dane v imenu družbe, in v obstoj v register vpisane družbe.[12] Na podlagi četrte in šeste uvodne izjave je namen Direktive usklajevanje predpisov držav članic o objavi bistvenih podatkov o družbi, o veljavnosti obveznosti, ki jih sprejme družba, in o ničnosti družbe. Sicer so pravni redi vseh držav ustanoviteljic poznali ustrezne predpise za varstvo pravnega prometa. Vendar ti niso bili enakovredni. Zaradi vedno večjega razvoja čezmejnih dejavnosti družb so države članice menile, da je nujna uskladitev nacionalnih predpisov, tako da se po celi Skupnosti poskrbi za enakovredno varstvo pravnega prometa na splošno in posebej upnikov.

32. Pred njenim sprejetjem so v Evropski gospodarski skupnosti, ki jo je takrat sestavljalo šest držav ustanoviteljic, potekala dolgoletna pogajanja. Med pristopom so druge države članice – med njimi tudi Grčija leta 1981 – prevzele Direktivo 68/151 kot del „acquis communautaire“. Določbe Direktive – zlasti njen člen 1 o zadevnih družbah – so bile z vsakokratnim aktom o pristopu prilagojene razširitvi kroga držav članic. Ta določba

9 – Po mnenju Rondinellija, M., *ibid*., str. 38, je treba z usklajevanjem prava preprečiti, da se določbe o kraju poslovanja in gibanju kapitala ne sprejmejo na podlagi ekonomskih vidikov, ampak v skladu s tem, kje so najugodnejši okvirni pogoji prava družb.

10 – Primerjaj Habersack, M., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3. izd., München 2006, § 5, točka 1, str. 82.

11 – Ustreza členu 50(2) Pogodbe o delovanju Evropske unije.

12 – Primerjaj Hempel, K., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (ur. H. Mayer), člen 44, točka 19, str. 19, in Rondinelli, M. (opomba 8), str. 42.

Direktive, katere razlago v predložitvenem sklepu predlaga predložitveno sodišče, z naštetjem tistih oblik družb, za katere se uporablja v vsaki posamezni državi članici, določa svoje področje uporabe *ratione personae*. Pri tem gre brez izjeme za kapitalske družbe,[13] namreč za delniške družbe, komanditne delniške družbe in družbe z omejeno odgovornostjo, ki imajo nekatere skupne značilnosti, ne glede na razlike v ustroju vsakokratne oblike družbe v pravu družb držav članic.

B – *Vprašanje za predhodno odločanje*

33. Ena od teh skupnih značilnosti je v tej zadevi upoštevna načelna omejitev odgovornosti kapitalske družbe za dolgove družbe na njeno premoženje. Lastnost dolžnika in s tem povezana odgovornost kapitalske družbe upnikom za dolgove družbe temeljita na tem, da se ji v skladu z nacionalnim pravom prizna pravna sposobnost. Ta samostojna pravna sposobnost družbe povzroči, da obveznosti, ki so nastale v imenu družbe, niso istočasno tudi obveznosti družbenikov. Kot popravek za omejitev odgovornosti na premoženje pravne osebe pa morata na primer delniška družba in družba z omejeno odgovornostjo imeti podlago v kapitalu, na katerega vplačilo in vzdrževanje pravni red strogo pazi iz razlogov varstva upnikov. Kljub načelnemu ločevanju med premoženjem družbe in premoženjem družbenikov v kapitalskih družbah sodna praksa in zakonodaja v državah članicah v nekaterih okoliščinah izjemoma dopuščata osebno odgovornost družbenikov za dolgove družbe.[14]

34. Kolikor imam nad tem pregled, je to načelo, če se ne upoštevajo posamične razlike,

13 – Sistem Evropskega prava družb kot pravno področje, v katerem obstaja vsaj del prava Skupnosti, zajema v veliki meri le kapitalske družbe (glej Behrens, P. (opomba 7), točka 15, str. 8). Sicer pa se pravica do ustanavljanja (člena 43 ES in 48 ES) in člen 44 (2)(g) ES kot glavna določba o pristojnosti v pravu družb Evropske unije uporabljata za vse družbe, ki imajo pridobitni namen, tudi za družbe javnega prava. Poleg temeljnih svoboščin pa se vsebina urejanja evropskega prava družb za osebne gospodarske družbe izčrpa v enem pravnem aktu: statutu evropskega gospodarskega interesnega združenja (glej Grundmann, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, § 1, točka 12, str. 6). Razlog za določitev težišča zakonodajne na področju delniških družb bi lahko bil, da je ta tip družbe zaradi svoje strukture *per se* treba obravnavati kot optimalno obliko družbe za podjetja, ki poslujejo v celotni Skupnosti (primerjaj Grünwald, A. (opomba 8), str. 13).

14 – O načelu ločevanja med premoženjem družbe in premoženjem družbenikov glej Kraft, A., P. Kreutz, *Gesellschaftsrecht*, 10. izd., Berlin 1997, str. 50 in naslednja, oziroma o ločevanju odgovornosti družbe od odgovornosti družbenikov pri kapitalskih družbah Kocbek, M., *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem*, 2. izd., GV Založba 2002, zv. I, str. 127.

priznano v vseh državah članicah.[15] Poleg tega je bilo vključeno v Uredbo št. 2157/2001,[16] na podlagi katere je bila ustvarjena nadnacionalna oblika družbe, Evropska delniška družba (*Societas Europaea*, SE).[17] Ali in koliko pravo Skupnosti, upoštevaje okoliščine postopka v glavni stvari, izjemoma dopušča spregled pravne osebnosti, tako da se poseže na premoženje družbenikov, je treba ugotoviti na podlagi razlage zadevnih določb Direktive, in sicer na podlagi njihovega besedila, njihove sistematične povezanosti ter njihovega smisla in namena, pri čemer pa je treba prav tako upoštevati trenutno obstoječo stopnjo uskladitve v pravu družb Unije.

35. Pri odgovoru na vprašanje za predhodno odločanje pa je treba najprej preizusiti,

15 – Vsi nacionalni pravni redi določajo omejitev odgovornosti za kapitalske družbe, pri tem pa se besedila ureditev razlikujejo. Nekateri določajo, da se upnikom za obveznosti družbe odgovarja le s premoženjem družbe; drugi pravni redi določajo, da družbeniki odgovarjajo le z določenim vložkom ali pa da ne odgovarjajo osebno. S tem je vedno mišljeno, da družbeniki ne odgovarjajo upnikom družbe, torej v zunanjem razmerju (primerjaj Schwarz, G. C., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 1. izd., Baden-Baden 2000, točka 289, str. 187). V Nemčiji: člen 1(1) Aktiengesetz (zakon o delniških družbah, v nadaljevanju: AktG) in člen 13(2) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (zakon o družbah z omejeno odgovornostjo, v nadaljevanju: GmbHG) določata, da za obveznosti družbe njenim upnikom odgovarja le premoženje družbe. V Franciji: člen L. 223-1(1) *Code de Commerce* (trgovinski zakonik) določa, da družbo z omejeno odgovornostjo (*société à responsabilité limitée*) ustanovi ena ali več oseb, ki za izgube odgovarjajo le do višine svojih deležev. Iz člena L. 225-1 trgovinskega zakonika prav tako izhaja, da družbeniki delniške družbe (*société anonyme*) odgovarjajo za izgube le do višine svojih deležev. V Avstriji: člen 48 Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (zvezni zakon o delniških družbah, v nadaljevanju: AktG) in člen 61(2) Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (zakon o družbah z omejeno odgovornostjo, v nadaljevanju: GmbHG) določata, da za obveznosti družbe upnikom odgovarja le premoženje družbe. V Sloveniji: v členu 7(2) Zakona o gospodarskih družbah (v nadaljevanju: ZGD-1) je navedeno da zakon določa, kdaj in kako so poleg družbe odgovorni tudi družbeniki. Na podlagi člena 168(2) ZGD-1 delniška družba upnikom odgovarja za svoje obveznosti z vsem svojim premoženjem. V skladu s členom 168(3) ZGD-1 delničarji niso odgovorni za obveznosti družbe upnikom. Prav tako v skladu s členom 472 ZGD-1 za obveznosti družbe z omejeno odgovornostjo družbeniki niso odgovorni (primerjaj o tem Kocbek, M. (opomba 14), zv. I, str. 122, 530, in zv. II, str. 336). V Združenem kraljestvu: kapitalske družbe kot *public company limited by shares* in *private company limited by shares* so urejene v Companies Act 2006 (zakon o kapitalskih družbah). Prve so primerljive z nemškimi delniškimi družbami in zadnje z nemškimi družbami z omejeno odgovornostjo (primerjaj Just, C., *Die englische Limited in der Praxis*, München 2005, str. 4). Člen 1(1) zakona o kapitalskih družbah določa, da je družba *limited company*, če je odgovornost njenih članov omejena z ustanovitvenimi akti, in da je lahko odgovornost omejena z deleži (*shares*) ali z vplačilom jamstva (*guarantee*). V Španiji: člen 1 zakona 2/1995 z dne 23. marca 1995 o družbi z omejeno odgovornostjo (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) določa, da kapital družbe sestavljajo deleži, ki predstavljajo udeležbe družbenikov, in da družbeniki ne odgovarjajo za obveznosti družbe. Enako določa tudi člen 1 zakona 1564/1989 o delniških družbah (Ley de Sociedades Anónimas).

16 – Uredba Sveta (ES) št. 2157/2001 z dne 8. oktobra 2001 o statutu evropske družbe (UL L 294, str. 1).

17 – Evropska delniška družba je v skladu s členom 1 Uredbe (ES) št. 2157/2001 pravna oseba. Družba (in ne celota njenih družbenikov) je tako kot pravna oseba imetnica pravic in dolžnosti v razmerju do tretjih. Odgovornost posameznega delničarja, torej družbenika, je v skladu s členom 1(2), drugi stavek, te uredbe omejena na nominalni znesek delnic, ki jih je vplačal. Iz določbe ne izhaja, ali se odgovornost za vplačilo vložka omeji na notranje razmerje ali pa lahko upniki evropske delniške družbe neposredno ukrepajo tudi proti delničarju. Dejstvo, da je družba pravna oseba, sicer ne izključuje že vnaprej odgovornosti v razmerju do tretjih. Ker pa je pravna oseba sama zavezanka in upravičenka, je načeloma za utemeljitev odgovornosti njenih članov v razmerju do tretjih potrebna posebna določba. Kajti upniki so v pravnem razmerju le z družbo, in ne z njenimi družbeniki. Kot pravilno pojasnjuje Schröder, A., *Europäische Aktiengesellschaft SE* (ur. G. Manz, B. Mayer, A. Schröder), Baden-Baden 2005, člen 1 Uredbe o statutu evropske družbe, točke od 25 do 29, str. 49 in naslednja, za splošno odgovornost delničarjev družbe do tretjih manjka temelj zavezovanja. Člen 1(2), drugi stavek, po avtorjevem mnenju ne ustvarja takšnega temelja zavezovanja, temveč omejuje delničarjevo obveznost vplačati vložek na neki znesek, ne da bi določil, ali obveznost velja le v notranjem razmerju ali pa tudi v razmerju do tretjih. Le izjemoma se lahko spregleda načelo ločevanja med družbo in družbeniki in ukrepa proti družbenikom, če se interesov upnikov ne more upoštevati drugače.

ali področje uporabe Direktive 68/151 zajema sporno nacionalno ureditev in – v naslednjem koraku – ali je ta združljiva z zahtevami iz Direktive.

1. Sekundarno pravo kot merilo preizkusa

a) Uporaba Direktive 68/151

i) Obstoj delniške družbe v smislu člena 1 Direktive 68/151

36. Člen 1 Direktive 68/151 opredeljuje klasični krog kapitalskih družb, v katerega spada tudi korporacijska oblika delniške družbe, ki jo ima tožeča stranka v postopku v glavni stvari v skladu z grškimi predpisi. Torej se zaradi tega formalnega navezovanja na določeno obliko družbe Direktiva uporablja vsaj *ratione personae.*

37. Dalje je treba preizkusiti, ali je podano področje uporabe *ratione materiae* Direktive 68/151. Za kaj takega bi moralo biti vsaj nekoliko priznano načelo omejitve odgovornosti za obveznosti delniške družbe.

ii) Priznanje omejitve odgovornosti

38. Delniško pravo je postalo predmet številnih ureditev prava Unije, iz katerih se v bistvu lahko razpozna celosten koncept.[18] V skladu s tem konceptom je delniška družba pravno samostojna in ima minimalni kapital, ki je razdeljen na delnice. Delničarji so izvzeti iz odgovornosti za dolgove družbe, zato pa ustrezna pravila zagotavljajo vplačilo in vzdrževanje kapitala družbe. Za organizacijsko strukturo družbe je značilno ločevanje med ravnijo vodenja in skupščino ter ločevanje na ravni vodenja med upravo in nadzorom. To velja neodvisno od tega, ali sta na ravni vodenja predvidena dva organa (dvotirni sistem) ali en sam (enotirni sistem), pravo družb Evropske unije nudi izbiro med obema modeloma. Delnice so načeloma prosto prenosljive in se z njimi lahko trguje na borzi, delničarji imajo enake pravice (zlasti pravico do glasovanja in pravico do dividende) in obveznosti (dolžnost vplačila). Računovodstvo je izčrpno

18 – To stališče zastopa tudi Behrens, P. (opomba 7), točka 15, str. 8, ki opozarja na številne skupne značilnosti, ki so značilne za pravo delniških družb v Evropski uniji.

urejeno; v zvezi z računovodskimi izkazi se zahtevata revizija in publiciteta. Določbe koncernskega prava pa naj zajamejo probleme povezanih družb. Ta delniškopravni skupni koncept pa je med državami članicami sporen v pomembnih točkah – na primer glede strukture vodstvenih organov – zato ustrezni uskladitveni ukrepi še niso bili sprejeti.

39. V zvezi s tu upoštevnim vidikom omejitve odgovornosti je treba ugotoviti, da jo Direktiva 68/151 očitno priznava kot načelo prava kapitalskih družb.[19] Tako je iz tretje uvodne izjave te direktive razvidna ugotovitev zakonodajalca, da je glede družb, navedenih v členu 1, „njihovo edino jamstvo nasproti tretjim osebam njihovo premoženje“. Dalje pa člen 7 te direktive vsebuje ureditev, ki predvideva nerazdelno odgovornost oseb za obveznosti družbe, ki so nastale zaradi ravnanj v imenu družbe, še preden je ta pridobila pravno sposobnost. Tudi to kaže na priznavanje zgoraj navedenega načela ločevanja med premoženjem družbe in premoženjem družbenikov. Podobno besedilo kot v tretji uvodni izjavi je ob sklicevanju na pravila, ki jih vsebuje, tudi v Direktivi 78/660,[20] v skladu s katero „je sočasna uskladitev na teh področjih za te oblike družb potrebna, kajti […] [družbe] […] razen svojih neto sredstev ne nudijo tretjim osebam nobenega varovanja“. Poleg tega pa Direktiva 89/667, ki so jo omenili predložitveno sodišče in stranke postopka, očitno izhaja iz obstoja ustreznega načela, pri tem pa se omejitev odgovornosti označi kot „pravni instrument“ tako imenovane enoosebne družbe.[21]

40. Tako ugotavljam, da zakonodajalec Skupnosti pri sprejetju spornih Direktiv sicer ni izrecno predvidel omejitve odgovornosti, je pa očitno izhajal iz ustreznega načela v nacionalnih ureditvah prava družb in ustreznega nezapisanega načela prava Skupnosti.[22] To gotovo ničesar ne pove o njegovi natančni

19 – Glej v tem kontekstu Schwarz, G. C. (opomba 15), točka 289, str. 187, ki meni, da je treba omejitev odgovornosti na premoženje družbe po mnenju pravne teorije obravnavati kot značilnost družb, ki jih zajema Direktiva 68/151.

20 – Četrta direktiva Sveta z dne 25. julija 1978 o letnih računovodskih izkazih posameznih vrst družb, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe (78/660/EGS) (UL L 222, str. 11).

21 – Enoosebna družba je kapitalska družba, v kateri so poslovni deleži v lasti ene fizične ali pravne osebe. V praksi gre za podjetnika posameznika (podjetje posameznika), ki v pravnem prometu nastopa prek svoje družbe z omejeno odgovornostjo, njegova odgovornost pa je omejena do višine njegovega vložka.

22 – Tako tudi Grundmann, S. (opomba 13), § 9, točka 286, str. 127.

normativni vsebini. Do tega se bom opredelila pri preizkusu združljivosti sporne nacionalne ureditve z Direktivo 68/151.

iii) Odgovornost za obveznosti delniške družbe

41. Direktiva 68/151 sicer priznava omejitev odgovornosti na premoženje družbe, vendar pa izrecno le za „obveznosti“, ki jih je prevzela družba, kot to izhaja iz druge uvodne izjave. To odpira vprašanje, ali ta pojem zajema tudi globe, ki jih naloži država.

42. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča[23] iz zahteve po enotni uporabi prava Skupnosti in načela enakosti izhaja, da je pojme neke določbe prava Skupnosti, ki za določitev njenega pomena in obsega ne napotuje izrecno na pravo držav članic, v celotni Skupnosti praviloma treba razlagati avtonomno in enotno, pri čemer mora ta razlaga upoštevati okvir ureditve in cilj, ki mu ta sledi. Če pa se zakonodajalec Skupnosti v pravnem aktu Skupnosti implicitno sklicuje na nacionalne običaje, Sodišče ni pristojno, da uporabljenemu pojmu da enotno opredelitev na podlagi prava Skupnosti.[24]

43. Ni pa v Direktivi zakonske opredelitve tega nedoločenega pravnega pojma niti iz nje ne izhajajo morebitni napotki za razlago. S tem v zvezi je treba opozoriti, da ni namen prava družb Evropske unije doseči obsežno poenotenje predpisov držav članic o ureditvi družb, temveč se je doslej omejilo na urejanje posameznih vidikov prava družb s tehniko uporabe direktiv,[25] kar tudi razloži uporabo pojmov „usklajujeta“ in „izenačili“ v členu 44(2)(g) ES. Ta pomenita nižjo stopnjo usklajevanja. To razlikuje direktive, ki imajo podlago v členu 44(2)(g) ES, od tistih

23 – Glej med drugimi tudi sodbe z dne 18. januarja 1984 v zadevi Ekro (327/82, Recueil, str. 107, točka 11); z dne 19. septembra 2000 v zadevi Linster (C-287/98, Recueil, str. I-6917, točka 43); z dne 9. novembra 2000 v zadevi Yiadom (C-357/98, Recueil, str. I-9265, točka 26); z dne 6. februarja 2003 v zadevi SENA (C-245/00, Recueil, I-1251, točka 23); z dne 12. oktobra 2004 v zadevi Komisija proti Portugalski (C-55/02, ZOdl., str. I-9387, točka 45); z dne 27. januarja 2005 v zadevi Junk (C-188/03, ZOdl., str. I-885, točke od 27 do 30) in z dne 7. decembra 2006 v zadevi SGAE (C-306/05, ZOdl., str. I-11519, točka 31).

24 – Glej sodbo Ekro (navedena v opombi 23, točka 14).

25 – Po mnenju Jung, P., W. Müller-Huschke, *EU-Kommentar* (ur. J. Schwarze), 2. izd., Baden-Baden, 2009, člen 44 ES, točka 14, iz besedila člena 44(2)(g) ES („usklajujeta“, „izenačili“) in njegove sistemske povezave z določbo o pristojnosti iz člena 44(1) ES, ki je omejena na sprejemanje direktiv, izhaja, da se skuša doseči le usklajevanje prava, in ne poenotenje prava. Podobno tudi Hempel, K. (opomba 12), člen 44, točka 13, str. 17. Prats Jané, S., *Evolución del Derecho societario europeo*, Badajoz 2007, str. 13, poudarja temeljno razliko med usklajevanjem in poenotenjem prava. Mustaki, G., V. Engammare, (opomba 8), str. 105, opozarjata, da Pogodba ES nalaga le usklajevanje, in ne poenotenje, kar državam članicam omogoča, da obdržijo posebnosti nacionalnega prava družb.

aktov prava Evropske unije, ki so bili na primer sprejeti na podlagi člena 95 ES. Pojma „približevanje zakonov“ iz člena 95 ES namreč ni mogoče razumeti tehnično, ker zajema tako približevanje v ožjem smislu kot tudi poenotenje prava.[26] Poleg tega pa člen 95 ES ne omogoča le sprejetja direktiv, ampak tudi sprejetje uredb in odločb kot drugih dveh zavezujočih ukrepov v smislu člena 249 ES.

44. Dalje, do usklajevanja pride – kakor izrecno izhaja iz pravne podlage člena 44(2)(g) ES – le, *kolikor* je to *potrebno*. To besedilo kaže, da je v tem delu načelo subsidiarnosti obstajalo že pred njegovo uzakonitvijo v členu 5(2) ES.[27] Ukrepanje Unije torej predpostavlja, da se ciljev predlaganih ukrepov ne more zadostno doseči na ravni držav članic in se jih zaradi njihovega obsega ali učinkov laže doseže na ravni Unije. Na podlagi besedila in sistemske umestitve člena 44(2)(g) ES v pravu svobode ustanavljanja so potrebni le takšni ukrepi usklajevanja prava, ki učinkovito odstranijo ali vsaj zmanjšajo ovire za izvrševanje svobode ustanavljanja družb, ki so pogojene z razlikami med predpisi prava družb držav članic. Vendar nič v Direktivi ne kaže na to, da je zakonodajalec menil, da je na tem področju potrebna ureditev v celotni Uniji.

45. Neobstoj vsebinske določitve pojma obveznosti družbe je mogoče razlagati tako, da zakonodajalec očitno ni nameraval harmonizirati tega pojma, temveč je hotel pustiti prostor nacionalnemu pravu za podrobnejšo zakonodajno izoblikovanje. Ker zakonodajalec Skupnosti na tem področju ni uporabil svojih pristojnosti, temveč je implicitno napotil na pravo držav članic, je Sodišču preprečeno, da bi ta pojem enotno opredelilo na podlagi prava Skupnosti.

46. Temu ustrezno je nacionalno sodišče pristojno, da na podlagi svojega nacionalnega prava določi, ali se globe, ki jih naloži država, lahko obravnavajo kot obveznosti delniške družbe. Kot izhaja iz predložitvenega sklepa, večina članov predložitvenega sodišča zavrnilno odgovarja na to vprašanje. Manjšina članov predložitvenega sodišča pa nanj odgovarja pritrdilno, in sicer s sklicevanjem na gospodarsko svobodo, ki jo varuje grška ustava, in na načela, ki so priznana v pravu družb te države članice.

26 – Tako tudi Schwarz, G. C. (opomba 15), točka 201, str. 129.

27 – V teoriji je zastopano mnenje, da je izvajanje te pristojnosti za usklajevanje pogojeno s pridržkom sorazmernega ukrepanja v smislu člena 5(3) ES. Deloma se zastopa mnenje, da je zahteva nujnosti iz člena 44(2)(g) ES konkretizirana v načelu sorazmernosti (primerjaj Behrens, P. (opomba 7), točka 6a, str. 4). Nasprotno pa Schwarz, G. C. (opomba 15), točka 198, str. 128, vidi v tem zgodnji izraz načela subsidiarnosti.

47. Če bo predložitveno sodišče odločilo, da v skladu z nacionalnim pravom glob ni mogoče obravnavati kot obveznosti delniške družbe, bi bilo v tem primeru treba izhajati iz tega, da se Direktive 68/151 ne uporablja za sporno nacionalno ureditev. Na vprašanje o združljivosti bi bilo zato treba odgovoriti tako, da v takšnem primeru Direktiva 68/151 ne nasprotuje ureditvi, kakršna je tista v členu 4(3) zakona 2328/95.

iv) Obseg odgovornosti delniške družbe

49. Ker Direktiva 68/151 tudi ne predvideva omejitve področja uporabe *ratione materiae* na podlagi nekaterih kategorij obveznosti družb, temveč skupno zajema korporacijsko obliko delniške družbe, se Direktiva 68/151 uporablja za ureditev, kot je ta v členu 4(3) zakona 2328/95.

48. Ob upoštevanju okoliščine, da v grškem pravnem redu očitno še ni bilo doseženo enotno stališče o tem pravnem vprašanju, in glede na nujnost, da se predložitvenemu sodišču poda koristen odgovor na vprašanje za predhodno odločanje[28], je v nadaljevanju iz previdnosti treba preučiti pravni položaj tudi za primer, da se globe opredelijo kot obveznosti družbe, ki povzročijo odgovornost delniške družbe in glede na primer pri spregledu pravne osebnosti izjemoma tudi odgovornost delničarjev.

b) Združljivost z Direktivo 68/151

50. Predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali člen 1 Direktive 68/151 prepoveduje nacionalno ureditev, kot je ta v členu 4(3) zakona 2328/95. S tem se nujno odpre tudi vprašanje združljivosti takšne ureditve s pravom Skupnosti, pri tem pa naj opozorimo, da Sodišče v postopku predhodnega odločanja ne presoja o skladnosti nacionalnega prava s pravom Skupnosti niti ga ne razlaga. Je pa Sodišče pristojno, da predložitvenemu sodišču posreduje vse ustrezne elemente razlage prava Skupnosti, ki mu lahko omogočijo, da

28 – V sodbi z dne 12. julija 1979 v zadevi Union Laitière Normande (244/78, Recueil, str. 2663, točka 5) je Sodišče ugotovilo, da mu člen 234 ES sicer ne dovoljuje presojati o razlogih za predložitveno odločbo, da je pa zaradi nujnosti doseči koristno razlago prava Skupnosti treba opisati pravni okvir, v katerega naj se uvrsti predlagana razlaga. Lenaerts, K., A. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. izd., str. 188, točka 6-021, menijo, da Sodišča nič ne ovira, da ne bi kot izhodišča za koristno razlago določb prava Skupnosti, ki se uporabijo, in načel prava Skupnosti predložilo svojega razumevanja dejanskega stanja v postopku v glavni stvari in nekaterih vidikov nacionalnega prava.

presodi o združljivosti za namene sodbe v zadevi, o kateri odloča.[29]

51. Sodišče mora torej v tej zadevi omejiti presojo, tako da poda razlago prava Skupnosti, ki bo predložitvenemu sodišču, ki bo moralo presojati o skladnosti zadevnih elementov nacionalnega prava s pravom Skupnosti, koristila pri rešitvi spora, ki teče pred tem sodiščem.[30]

52. Člen 1 Direktive 68/151 bi nasprotoval nacionalni ureditvi, kot je ta iz člena 4(3) zakona 2328/95, le če bi vseboval izčrpno ureditev omejitve odgovornosti delniške družbe, ki bi izključevala spregled pravne osebnosti za družbenike v okoliščinah tega primera.

53. Kot je že bilo navedeno, se lahko ugotovi, da Direktiva 68/151 priznava načelo ločevanja med premoženjem družbe in premoženjem družbenikov,[31] vendar pa iz tega ni mogoče kar tako sklepati o izčrpni ureditvi tega področja. Kot je Komisija pravilno pojasnila, namen Direktive 68/151 ni na primer usklajevanje korporacijske oblike delniške družbe kot takšne, kot jo poznajo pravni redi držav članic. Kot je že bilo navedeno,[32] je njena pravna podlaga v členu 44(2)(g) ES sicer namenjena usklajevanju prava, vendar pa ni namenjena njegovemu poenotenju. Te določbe tudi ni mogoče uporabiti kot podlage za oblikovanje nadnacionalnih korporacijskih oblik. Namen direktiv, sprejetih na podlagi te določbe Pogodbe, ni celostna ureditev prava družb. Ne ustvarjajo enotnega prava, temveč usklajujejo izključno delna področja in državam članicam prepuščajo prosto presojo s tehniko uporabe direktiv. Cilj direktiv je v tem, da se v Uniji uvedejo vsebinsko enakovredne ureditve zaščitnih določb, ki se nanašajo na družbenike in upnike.[33]

54. Pravilen pristop je, da se zato člen 1 Direktive 68/151 omejuje na to, da za vsako posamezno državo članico določa oblike družb, za katere velja dolžnost objave, ki je določena v Direktivi 68/151. Ta določba niti ne opredeli nekaterih oblik družb niti se ne navezuje na posebne značilnosti. Namesto tega se z uporabo enostavnega naštevanja navezuje na

29 – Primerjaj med drugimi sodbe z dne 15. decembra 1993 v zadevi Hünermund in drugi (C-292/92, Recueil, str. I-6787, točka 8); z dne 23. marca 2006 v zadevi Enirisorse (C-237/04, ZOdl., str. I-2843, točka 24); z dne 31. januarja 2008 v zadevi Centro Europa 7 (C-380/05, ZOdl., str. I-349, točki 49 in 50) in z dne 16. decembra 2008 v zadevi Michaniki (C-213/07, ZOdl., str. I-9999, točka 51).

30 – Primerjaj sodbo Michaniki (navedena v opombi 29), točka 52.

31 – Glej točko 39 teh sklepnih predlogov.

32 – Glej točko 43 teh sklepnih predlogov.

33 – V tem smislu Hempel, K. (opomba 12), člen 44, točka 13, str. 17.

oblike družb, ki so v pravnih redih držav članic že znane.[34] Zato se državam članicam ne more preprečiti, da se v tej direktivi navedenim vrstam družb naložijo dodatne dolžnosti, če te niso v nasprotju z Direktivo ali z drugimi določbami prava Skupnosti.

55. Tako na primer ni mogoče navesti nobene določbe direktive, ki državam članicam odreja, da v svojih nacionalnih pravih družb določijo, da se odgovornost delniške družbe omeji na premoženje družbe, čeprav številni nacionalni pravni redi predvidevajo ustrezne določbe.[35] Bolj se zdi, da gre za obraten položaj, ker Direktiva 89/667 v peti uvodni izjavi sicer navaja načelo omejitve odgovornosti kot nujni „pravni instrument“ enoosebne družbe, istočasno pa ne posega v pravico držav članic, da „v izjemnih primerih zahtevajo, da je podjetnik odgovoren za obveznosti svojega podjetja“. To omogoča sklepanje, da je v skladu s pravom Skupnosti spregled omejitve odgovornosti vsekakor dopusten. Vendar pa ga zakonodajalec Skupnosti ne določa sam. Kot to kaže Direktiva 89/667, ga zakonodajalec Skupnosti dopušča,[36] deloma izrecno za natančno opisane skupine primerov (na primer člen 2(2) Direktive 89/667), deloma manj izrecno in odprto na podlagi generalne klavzule (peta uvodna izjava: „v izjemnih primerih“). Medtem ko je člen 2(2) Direktive 89/667 glede na šesto uvodno izjavo treba obravnavati kot izčrpen, je treba spregled omejitve odgovornosti ob sklicevanju na tako imenovani izjemni primer v smislu pete uvodne izjave utemeljiti z okoliščinami posameznega primera.

56. Pri navedeni ureditvi pa je treba upoštevati, da se jo uporablja izključno za enoosebne družbe. V nasprotju s tem pa v Direktivi 68/151, ki se uporablja v postopku v glavni stvari, ni primerljive ureditve. Še

34 – V tem smislu tudi Grünwald, A. (opomba 8), str. 13, ki opozarja na to, da se direktive Unije na področju prava navezujejo le na formalno merilo pravne oblike. Glede na to in na podlagi različne porazdelitve delniških družb dejansko pride do močno različne stopnje harmonizacije. Schwarz, G. C. (opomba 15), točka 282, str. 182, razlaga, da direktive Unije na področju prava družb ne zajemajo vseh družb, ki so tudi naslovniki svobode ustanavljanja. Področje uporabe direktiv prej zajema le nekatere, imensko navedene oblike družb v posameznih državah članicah. Prednost je bila dana tehniki urejanja naštevanja, in ne splošnim pojmom, ki jih je treba razlagati. V členu 1 vsakokratne direktive oziroma vsakokratnega predloga direktive se navedejo pravne oblike družb, za katere naj veljajo ukrepi usklajevanja.

35 – V tem smislu Werlauff, E., *EU-Company Law*, 2. izd., Copenhagen 2003, str. 40. Avtor pojasnjuje, prvič, da določbe direktiv na področju prava družb ne predvidevajo obveznosti držav članic, da kot bistveno značilnost njene opredelitve delniški družbi predpišejo, da je odgovornost družbe omejena na premoženje družbe, čeprav so v številnih nacionalnih pravnih redih take določbe. Avtor opozarja, drugič, da obstoječe določbe direktiv držav članic ne ovirajo pri ohranitvi ureditve na podlagi zakonov ali na podlagi sodne prakse, ki v nekaterih primerih v skladu z načelom spregleda pravne osebnosti (nemško: „Haftungsdurchgriff“; dansko: „ansvarsgenombrott“; angleško: „principle of lifting the veil“) družbenikom naložijo neposredno odgovornost za dolgove družbe.

36 – Tako tudi Grundmann, S. (opomba 13), § 9, točka 288, str. 128.

zlasti ni mogoče najti izjem, ki bi dopuščale spregled omejitve odgovornosti iz razlogov, ki jih navaja grška vlada. V skladu z navedbami grške vlade je sporna nacionalna ureditev utemeljena z razlogi javnega in socialnega interesa. Sankcija, ki je oblikovana kot omejitev gospodarske dejavnosti družbenikov, naj bi bila utemeljena zato, da lahko ti glede na udeležbo na skupščini in pri imenovanju poslovodnih organov nadzirajo upoštevanje zakonskih predpisov in stanovskih pravil, ki veljajo za poslovanje televizijskih postaj.[37]

spornega interesa pri spregledu omejitev odgovornosti delniške družbe.

58. Torej je na vprašanje za predhodno odločanje treba odgovoriti, da Direktiva 68/151 ne nasprotuje nacionalni ureditvi, kot je ta iz člena 4(3) zakona 2328/1995, ki določa, da se globe, ki so predvidene v prejšnjih odstavkih tega člena za kršitev zakonskih predpisov in stanovskih pravil, ki veljajo za poslovanje televizijske postaje, skupno in nerazdelno naložijo ne le družbi, ki je imetnica dovoljenja za vzpostavitev in delovanje televizijske postaje, ampak tudi delničarjem, katerih delež presega 2,5 %.

57. Zaradi neobstoja izrecne ureditve v Direktivi 68/151 je za odreditev izjemoma dovoljenega spregleda omejitve odgovornosti delniških družb iz zgoraj navedenih razlogov pristojen zakonodajalec posamezne države članice.[38] Iz neobstoja harmonizacije izhaja, da so načeloma države članice pristojne, da v skladu z lastno diskrecijsko pravico odločajo o tem, koliko bodo upoštevale varstvo

2. Združljivost s primarnim pravom

a) Dopustnost uporabe primarnega prava

59. Kot je že bilo nakazano, je načelno pooblastilo nacionalnega zakonodajalca, da vrstam družb, navedenim v členu 1 Direktive 68/151, naloži dodatne dolžnosti, omejeno

37 – Glej točki 9 in 10 vloge grške vlade.

38 – Primerjaj sodbo z dne 16. decembra 1997 v zadevi Coöperatieve Rabobank (C-104/96, Recueil, str. I-7219, točke od 22 do 24), v kateri je Sodišče priznalo zakonodajno pristojnost nacionalnega zakonodajalca zaradi neobstoja izrecne ureditve v Direktivi 68/151. V tej zadevi je šlo za vprašanje, ali nacionalno pravo tudi lahko predvideva omejitve za upravičenost za zastopanje po organih v posameznih primerih, če tretji ni dejansko vedel za kršitev. Sodišče je na to odgovorilo pritrdilno z obrazložitvijo, da zakonodajalec Skupnosti teh primerov (konflikta interesov in sklepanja poslov s samim seboj) ni hotel urediti, zato obstaja praznina. To praznino pa mora zapolniti nacionalno pravo.

z dodatnimi zahtevami prava Skupnosti,[39] pri tem pa je med drugim treba misliti na določbe primarnega prava o svobodi ustanavljanja.[40] Prvič je namen zgoraj navedenih direktiv prav uresničitev teh temeljnih svoboščin, kar izrecno izhaja iz člena 44(1) ES. Drugič pa je Sodišče v sodbi Daihatsu[41], katere predmet je bila razlaga Direktive 68/151, pojasnilo, da je treba člen 44(2)(g) ES obravnavati v povezavi z drugimi določbami primarnega prava.[42]

60. Sicer v vprašanju za predhodno odločanje ni mogoče izrecno razbrati ustreznega predloga za razlago teh določb, vendar pa se predložitveno sodišče v predložitvenem sklepu na posameznih mestih na to sklicuje,[43] iz česar izhaja, da se zaveda pomena teh določb za odločitev. Dalje je Komisija v svoji pisni vlogi na kratko izrazila stališče o vprašanju združljivosti sporne nacionalne ureditve s členoma 43 ES in 48 ES.

61. V zvezi s tem je treba opozoriti, da mora Sodišče nacionalnemu sodišču zagotoviti vse elemente razlage prava Skupnosti, ki bi lahko bili uporabni za razsojo v zadevi, ki mu je predložena, in na katere se je to sklicevalo ali se ni sklicevalo v besedilu svojih vprašanj.[44] Glede na to, kako bo učinkovala predhodna odločba v pravnem redu Grčije, se mi zdi nepogrešljivo, da se v okviru analize te zadeve preučita zgoraj navedeni določbi.

b) Svoboda ustanavljanja

i) Uporaba členov 43 ES in 48 ES

62. V skladu s členom 43(2) ES svoboda ustanavljanja zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter

39 – Glej točko 54 teh sklepnih predlogov.

40 – Primerjaj Grundmann, S. (opomba 13) § 9, točka 311, str. 136, ki očitno sledi temu mnenju. Avtor analizira vprašanje, ali so države članice pooblaščene za določitev izjem od načelne omejitve odgovornosti kapitalskih družb. Meni, da si je mogoče zamisliti utemeljitev, da sploh ni pristojnosti, da se nacionalnemu zakonodajalcu prepovejo dodatni spregledi, in da je treba Direktivo razlagati v tem smislu (v skladu s primarnim pravom). Zdi se, da predlaga preizkus na podlagi določb primarnega prava o svobodi ustanavljanja. Habersack, M. (opomba 10), § 1, točka 3, str. 1, opozarja, da temeljne svoboščine lahko omejijo svobodo ravnanja nacionalnega zakonodajalca neodvisno od sprejetja sekundarnega prava.

41 – Sodba z dne 4. decembra 1997 v zadevi Daihatsu (C-97/96, Recueil, str. I-6843).

42 – *Ibid*., točka 18. V tej sodbi je Sodišče navedlo: „Člen 54(3(g) je treba obravnavati v povezavi s členoma 52 in 54 Pogodbe ES, v skladu s katerima je usklajevanje predpisov prava Skupnosti sestavina Splošnega programa za odpravo omejitev svobode ustanavljanja podjetij, in s členom 3(h), na podlagi katerega dejavnost Skupnosti zajema približevanje zakonodaj držav članic v obsegu, ki zagotavlja delovanje skupnega trga“.

43 – Glej str. 5 in 7 predložitvenega sklepa.

44 – Glej sodbe z dne 12. decembra 1990 v zadevi SARPP (C-241/89, Recueil, str. I-4695, točka 8); z dne 2. februarja 1994 v zadevi Verband Sozialer Wettbewerb, sodba „Clinique“ (C-315/92, Recueil, str. I-317, točka 7); z dne 4. marca 1999 v zadevi Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Recueil, str. I-1301, točka 16); z dne 7. septembra 2004 v zadevi Trojani (C-456/02, ZOdl., str. I-7573, točka 38) in z dne 17. februarja 2005 v zadevi Oulane (C-215/03, ZOdl., str. I-1215, točka 47).

pravico do ustanovitve in vodenja podjetij, zlasti družb ali podjetij iz drugega odstavka člena 48 ES, pod pogoji, ki jih za svoje državljane določa zakonodaja države, v kateri se taka ustanovitev izvede. Področje uporabe *ratione personae* te temeljne svoboščine zato zajema v prvi vrsti podjetnike.

63. Na drugi strani pa se v skladu z ustaljeno sodno prakso določbe Pogodbe ES o svobodi ustanavljanja uporabljajo za nacionalne določbe, ki se uporabljajo takrat, ko ima državljan zadevne države članice v kapitalu družbe s sedežem v drugi državi članici delež, ki mu omogoča izvajanje določenega vpliva na odločitve te družbe in na opredeljevanje njenih dejavnosti.[45] Načeloma člen 43(1) ES zaradi tega varuje tudi družbenike delniške družbe, če imajo v njej ustrezen odločujoč položaj.[46]

64. Ta predpostavka je odločilna tudi za razmejitev v razmerju do prostega pretoka kapitala. Če namreč udeležba ne zadošča za izvajanje odločujočega vpliva na odločitve družbe, upoštevna temeljna svoboščina ni svoboda ustanavljanja, temveč prosti pretok kapitala.[47]

65. Sodišče doslej še ni na splošno opredelilo, kdaj obstaja odločujoč vpliv, ki odpre področje uporabe svobode ustanavljanja; v skladu z njegovo sodno prakso se to prej presoja na

45 – Glej med drugimi sodbe z dne 13. aprila 2000 v zadevi Baars (C-251/98, Recueil, str. I-2787, točka 22); z dne 21. novembra 2002 v zadevi X in Y (C-436/00, Recueil, str. I-10829, točka 37); z dne 12. septembra 2006 v zadevi Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, ZOdl., str. I-7995, točka 31); z dne 13. marca 2007 v zadevi Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, ZOdl., str. I-2107, točka 27); z dne 23. oktobra 2007 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-112/05, ZOdl., str. I-8995, točka 13); z dne 6. decembra 2007 v zadevi Columbus Container Services (C-298/05, ZOdl., str. I-10451, točka 29); z dne 17. julija 2008, Komisija proti Španiji (C-207/07, ZOdl., str. I-111, točka 60); z dne 22. decembra 2008 v zadevi Truck Center (C-282/07, ZOdl., str. I-10767, točka 25); z dne 18. junija 2009 v zadevi Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy (C-303/07, ZOdl., str. I-5145, točka 34) in z dne 21. januarja 2010 v zadevi SGI (C-311/08, ZOdl., str. I-487, točka 27). Sklep z dne 4. junija 2009 v združenih zadevah KBC Bank in drugi (C-439/07 in C-499/07, ZOdl., str. I-4409, točka 70).

46 – Primerjaj npr. sodbo Baars (navedena v opombi 45), točka 22. V njej je šlo za državljana države članice, ki je prebival v njej in je imel vse deleže v družbi, ki je imela svoj sedež v drugi državi članici. Sodišče je ugotovilo, da stoodstotna udeležba v kapitalu družbe, ki ima sedež v drugi državi članici, brez dvoma povzroči, da se za takšnega davčnega zavezanca uporabljajo določbe pogodbe o svobodi ustanavljanja.

47 – V tem smislu Randelzhofer, Forsthoff, *Das Recht der Europäischen Union* (ur. Grabitz, Hilf), člen 43, točka 115, str. 31, in Ress, Ukrow, člen 56, točka 156, str. 68. Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Alberja z dne 14. oktobra 1999 v zadevi Baars (C-251/98, Recueil, str. I-2787, točka 33), v katerih je pojasnil, da je treba mejo med golo naložbo kapitala v obliki delnic podjetja, ki ima sedež v drugi državi članici, in podružnico v tej državi članici določiti tam, kjer delničar svojega dobička ne dosega več iz podpore podjetniški dejavnosti, ki jo določajo druge osebe, z golim vložkom kapitala, temveč sam začne opravljati podjetniško dejavnost. Takšna podjetniška dejavnost poleg gole pravice do glasovanja delničarja dodatno predpostavlja, da je ta udeležen toliko, da ima bistven vpliv na podjetniške odločitve družbe. Pri tem pa je treba upoštevati pravila prava družb tiste države, v kateri ima podjetje sedež. Glej nazadnje v opombi 45 navedeni sodbi SGI (točki 36 in 37) in Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy (točki 34 in 35).

podlagi dejanskega stanja in v skladu z upoštevnim pravom družb.[48] Zdi se, da iz sodbe Baars[49], na podlagi katere je nastala ta ustaljena sodna praksa, izhaja, da gre za tak primer, če na podlagi okoliščin primera obstaja „možnost nadzora nad družbo ali možnost njenega vodenja“, kar pa pri bistveni udeležbi ni nujno vedno tako.

66. Ali delež 2,5 % v kapitalu družbe dejansko že zadošča za izvajanje določenega vpliva na odločitve zadevne družbe in na opredeljevanje njenih dejavnosti, je ugotovitev,[50] ki jo mora sprejeti predložitveno sodišče na podlagi konkretnih okoliščin primera kot tudi upoštevnega prava družb. Na tem mestu je primerno izraziti dvom glede izpolnjevanja te predpostavke. Na drugi strani je treba upoštevati, da ta odstotek pomeni le minimalni prag. Sporna nacionalna ureditev tako zajema tudi veliko večje deleže v kapitalu družbe, ki bi bili teoretično lahko primerni, da zadevnim družbenikom omogočijo, da v smislu sodne prakse na določen način vplivajo na odločitve te družbe in določajo njene dejavnosti.

67. Iz predložitvenega sklepa[51] pa vsekakor izhaja, da večina članov predložitvenega sodišča meni, da je treba zaradi posebne ureditve, ki velja za delniške družbe, ki upravljajo radijske in televizijske postaje – na primer da morajo biti delnice v obliki imenskih delnic itd. – izhajati iz tega, da delničar takšnih družb, ki ima v kapitalu družbe delež večji od 2,5 %, ni navaden vlagatelj, ampak delničar, ki ravna kot podjetnik, ki ima možnost vplivati na vodenje pravne osebe in posledično na delo televizijske postaje. Če je ta trditev pravilna, je treba izhajati iz tega, da svoboda ustanavljanja prav tako varuje družbenike sporne družbe.

48 – Glej Randelzhofer, Forsthoff (opomba 47), člen 43, točka 115, str. 31, in Ress, Ukrow, člen 56, točka 156, str. 68. Zadnja dva opozarjata, da lahko v skladu s sodno prakso Sodišča udeležba v kapitalu, ki je nižja od 25 %, glede na primer zadošča za odločujoč vpliv, če imetniku deleža na drug način omogoči prevladujoč vpliv na družbo, v kateri je udeležen, in sicer tako, da se poveže z drugimi imetniki deležev. Vendar pa v skladu s sodno prakso Sodišča udeležba le do 10 % glasovalnih pravic praviloma ne zadošča za določitev zagotovljenega vpliva na odločitve družbe in njeno dejavnost.

49 – Glej odbo Baars (navedena v opombi 45), točka 19.

50 – Glej v opombi 45 navedene sodbe X in Y (točka 37); Komisija proti Nemčiji (točka 14) in Komisija proti Španiji (točke od 35 do 39 in 61) in sodbo z dne 29. marca 2009 v zadevi Komisija proti Italiji (C-326/07, ZOdl., str. I-2291, točki 38 in 39).

51 – Glej str. 4 predložitvenega sklepa.

68. Člen 48 ES pa določa veljavnost poglavja o pravici do ustanavljanja za družbe in društva zasebnega kot tudi javnega prava tako, da jih pod določenimi pogoji izenači s fizičnimi osebami.[52]

ii) Omejitev svobode ustanavljanja

69. Ker ni naveznih okoliščin za to, da bi se sporna ureditev različno uporabljala za domače in tuje delniške družbe ali družbenike, je v nadaljevanju treba izhajati iz nediskriminatorne narave te ureditve.

– Člen 43 ES kot celostna prepoved omejitev

70. Dalje je treba preveriti, ali pomeni omejitev svobode ustanavljanja v smislu člena 43 ES in ali se lahko takšna omejitev glede na primer utemelji. V skladu z ustaljeno sodno prakso[53] člen 43 ES nasprotuje vsakemu nacionalnemu ukrepu, ki bi – tudi če se uporabi brez razlikovanja glede na državljanstvo – lahko oviral ali zmanjšal privlačnost izvrševanja svobode ustanavljanja s strani državljanov Skupnosti, ki je zagotovljena s Pogodbo.

71. V skladu s to sodno prakso člen 43 ES ne vsebuje samo prepovedi odprte in prikrite diskriminacije, ampak se lahko razume tudi kot celostna prepoved omejitev. Omejitve v smislu člena 43 ES tako niso samo diskriminatorne omejitve, ampak glede na okoliščine tudi nediskriminatorne ureditve, torej ukrepi, ki niti namenoma niti glede

52 – Glej Troberg, Tiedje, v: *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (ur. H. von der Groeben, J. Schwarze), člen 48, točka 1, str. 1596.

53 – Glej med drugimi sodbe z dne 31. marca 1993 v zadevi Kraus (C-19/92, Recueil, str. I-1663, točka 32); z dne 30. novembra 1995 v zadevi Gebhard (C-55/94, Recueil, str. I-4165, točka 37); z dne 9. marca 1999 v zadevi Centros (C-212/97, Recueil, I-1459, točka 34); z dne 1. februarja 2001 v zadevi Mac Quen in drugi (C-108/96, Recueil, str. I-837, točka 26); z dne 17. oktobra 2002 v zadevi Payroll in drugi (C-79/01, Recueil, str. I-8923, točka 26); z dne 14. oktobra 2004 v zadevi Komisija proti Nizozemski (C-299/02, ZOdl., str. I-9761, točka 15); z dne 30. septembra 2003 v zadevi Inspire (C-167/01, Recueil, str. I-10155, točka 133); z dne 21. aprila 2005 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-140/03, ZOdl., str. I-3177, točka 27) in z dne 10. marca 2009 v zadevi Hartlauer (C-169/07, ZOdl., str. I-1721, točka 33). Člen 43 ES vsebinsko ustreza členu 31 Sporazuma o EGP, za katerega razlago je pristojno Sodišče EFTA (za države pogodbenice EFTA/EGP). V skladu z zapovedjo homogene sodne prakse v Evropskem gospodarskem prostoru je Sodišče EFTA uporabilo zgoraj navedeno sodno prakso Sodišča za to določbo sporazuma. Glej med drugimi sodbi z dne 26. junija 2007 v zadevi Nadzorni organ EFTA proti Norveški (E-2/06, ZOdl. EFTA, str. 163, točka 64) in z dne 7. maja 2008 v zadevi Seabrokers proti Norveški (E-7/07, ZOdl. EFTA, str. 171, točka 50). O zapovedi homogenosti in nujnosti dialoga med Sodiščem in sodiščem EFTA glej Baudenbacher, C., The EFTA Court, the ECJ, and the latter's Advocates General: a tale of judicial dialogue, v: *Continuity and change in EU law: essays in honour of Sir Francis Jacobs*, 2008, str. 120 in naslednja.

njihovega dejanskega učinka ne diskriminirajo tujcev.[54] Člen 43 ES načeloma nasprotuje vsaki nacionalni ureditvi, ki je primerna, da ovira ali „zmanjša privlačnost“ izvrševanja svobode ustanavljanja.[55] Sodišče je v sodni praksi o prostem pretoku blaga in svobodi opravljanja storitev sprožilo razvoj temeljnih svoboščin od načela prepovedi diskriminacije v skladu z načelom „strukturne enakosti temeljnih svoboščin“ k splošni prepovedi omejitev.[56]

72. Izhodišče premislekov pri preveritvi omejevalnega značaja sporne ureditve mora po mojem mnenju biti hipotetično dejansko stanje, v katerem družba, ki ima sedež v Uniji, svoj glavni sedež (primarna svoboda ustanavljanja) prenese v Grčijo ali tam ustanovi podružnico (sekundarna svoboda ustanavljanja).[57] Ni mogoče izključiti, da bi možnost morebitnega spregleda omejitve odgovornosti delniške družbe in s tem tudi tveganje osebne soodgovornosti družbenikov ob kršitvi zakonskih določb in stanovskih pravil, ki veljajo za poslovanje televizijskih postaj, lahko učinkovalo odvračalno na podjetja, ki želijo svoj sedež iz druge države članice prenesti v Grčijo ali v njej ustanoviti podružnico. Naložitev sankcije, ki je povezana s finančno izgubo, tudi družbenikom je primerna, da to družbo, skupaj z njenimi delničarji, odvrne od udejstvovanja v grškem medijskem področju. Kot je pojasnilo predložitveno sodišče, razširitev odgovornosti na družbenike povzroči, da je tudi nakup delnic takšnih družb, kot v primeru tožeče stranke v postopku v glavni stvari, neprivlačen.[58] Sporna ureditev je posledično načeloma primerna za zmanjšanje privlačnosti izvrševanja svobode ustanavljanja, ki je zagotovljena s Pogodbo, s strani tujih družb.

73. V skladu s splošno opredelitvijo omejitve v smislu člena 43 ES, ki je bila doslej

54 – Primerjaj Schwarz, G. C. (opomba 15), točka 136, str. 89.

55 – V tem smislu Mustaki, G., V. Engammare (opomba 8), str. 40; Prats Jané, S. (opomba 25), str. 94, in Forsthoff, U., M. Schulz, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften, v: *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (ur. H. Hirte, T. Bücker), 2. izd., Berlin 2006, točka 38, str. 82, s sklicevanjem na sodno prakso Sodišča. Jung, P., *EU-Kommentar* (ur. J. Schwarze), 2. izd., Baden-Baden 2009, člen 48 ES, točka 21, kot klasični primer omejitve svobode ustanavljanja v smislu člena 43(1) ES npr. navaja pristojbine za vpis družb ali njihovih podružnic v sodni register.

56 – Ulmer, P., Schutzinstrumente gegen die Gefahren einer Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, v: *Juristenzeitung* 1999, str. 665, opozarja, da formula Cassis de Dijon, ki je bila razvita za področje prostega pretoka blaga, velja tudi pri svobodi ustanavljanja, kar je priznano v novejši sodni praksi Sodišča. Glej tudi Habersack, M. (opomba 10), § 3, točka 4, str. 4, ki opozarja na širino pojma omejitve svobode ustanavljanja, ki ga je Sodišče razvilo v sodbah Kraus in Gebhard.

57 – V povezavi s tem je treba upoštevati sodbo Sodišča z dne 27. septembra 1988 v zadevi Daily Mail (81/87, Recueil, str. 5483, točka 25), v skladu s katero člena 43 ES in 48 ES v trenutnem stanju prava Skupnosti družbi, ki je ustanovljena v skladu s pravom ene države članice in ima v njej svoj statutarni sedež, ne dajeta pravice, da prenese sedež uprave v drugo državo članico. V nasprotju s tem pa je Sodišče v sodbi Centros (navedena v opombi 53) priznalo pravico družb do ustanavljanja podružnic v drugi državi članici. O tem glej Maranelli, K., Il diritto comunitario di stabilimento delle società, v: *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino 2000, str. 122 in naslednja.

58 – Glej str. 4 predložitvenega sklepa.

zastopana v sodni praksi, bi bilo treba v primeru v glavni stvari izhajati iz omejitve svobode ustanavljanja.[59]

– Možnost teleološke redukcije prepovedi omejitev

74. Sicer Sodišče, kot je že bilo navedeno, tudi pri svobodi ustanavljanja očitno izhaja iz konvergence temeljnih svoboščin, saj pojem omejitve v skladu s členom 43 ES razlaga ustrezno široko.[60] Sočasno pa se doslej še ni jasno izjasnilo o obsegu člena 43(1) ES. Glede na to, da je na podlagi sodne prakse Keck in Mithouard[61] prišlo do omejitve prostega pretoka blaga iz člena 28 ES, pa se postavlja vprašanje, ali je prav tako potrebna dogmatska omejitev pojma omejevanja glede svobode ustanavljanja. Temu v prid bi lahko govoril cilj te temeljne svoboščine, ki omogoča prosto izbiro kraja poslovanja, ne bi pa smel biti instrument udeležencev na trgu za spremembo krajevnih pogojev v razmerju do nacionalnih konkurentov.[62]

75. Glede na smisel in namen svobode ustanavljanja, in sicer odpraviti ovire priselitve za družbe iz drugih držav članic glede na cilj prava družb Evropske unije, da se varuje obstoj in identiteta družbe pri čezmejnem prenosu sedeža,[63] bi bilo načeloma možno, da

59 – Glej Grundmann, S. (opomba 13) § 9, točka 311, str. 137, ki prav tako pritrjuje, da je zakonsko odrejen spregled omejitve odgovornosti omejevalen, a to drugače navaja. Po njegovem mnenju se gotovo spodbuja svoboda ustanavljanja v čezmejnih dejanskih stanjih, če v tujini ni nevarnosti spregleda omejitve odgovornosti. Müller-Graff, P.-C., *EUV/EGV-Kommentar* (ur. R. Streinz), člen 48, točka 22, str. 692, obravnava pravila spregleda pravne osebnosti iz razloga varstva upnikov v okviru analize vprašanja, ali so omejitve priselitve družbe iz drugih držav članic združljive s členom 43 ES. Po njegovem mnenju je to v posamičnih primerih lahko upravičeno. Tako avtor očitno izhaja iz tega, da gre pri pravilih spregleda pravne osebnosti za omejitev svobode ustanavljanja v smislu člena 43 ES. Ulmer, P. (opomba 56), str. 665, ob spregledu pravne osebnosti očitno prav tako izhaja iz omejitve svobode ustanavljanja, ki pa bi lahko prestala tudi test sorazmernosti.

60 – Glej Skouris, V., Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, v: *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, str. 94, ki opozarja, da se v medsebojnem razmerju temeljnih svoboščin kaže težnja vzporednosti (krilatica: „enotna dogmatika temeljnih pravic“). Pri preizkusu omejitev to omogoča kombinacijo posebnih omejitev, ki so glede na primer predvidene pri vsakokratni temeljni svoboščini, in splošnega instituta višjih razlogov v javnem interesu. Tako imenovana formula Gebhard, ki je velikokrat uporabljena (glej točko 70 teh sklepnih predlogov), se tako ali tako ne nanaša posebej na eno temeljno svoboščino, temveč na vse.

61 – Sodba z dne 24. novembra 1993 v združenih zadevah Keck in Mithouard (C-267/91 in C-268/91, Recueil, str. I-6097).

62 – V tem smislu Forsthoff, U., Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt – Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften, v: *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (ur. H, Hirte, T. Bücker), 2. izd., Berlin 2006, točki 38 in 39, str. 82 in naslednja.

63 – Kot ovire za dostop učinkujejo vsekakor tisti predpisi držav članic, ki zadevajo identiteto družb. Na to pa naj prehajanje meje ne bi vplivalo. Predpisov, ki posegajo v identiteto družbe, ni mogoče razumeti kot del krajevnih pogojev, ker ne vplivajo od zunaj na gospodarski subjekt, temveč od znotraj navzven spremenijo obliko nosilca svobode ustanavljanja, torej družbe. Ideja varstva identitete je zasidrana tudi v sodni praksi Sodišča (primerjaj sodbo z dne 5. novembra 2002 v zadevi Überseering, C-208/00, Recueil, str. I-9919, točka 80 in naslednja).

se obseg prepovedi omejitev določa v skladu s tem, ali zadevna nacionalna ureditev vzpostavlja „specifične omejitve za dostop“ ali pa določa le „krajevne pogoje“. V prvem primeru bi veljala prepoved omejitev, drugače pa le prepoved neposredne in posredne diskriminacije, ki jo zajema svoboda ustanavljanja.[64] Posamezne sodbe glede svobode opravljanja storitev[65] in prostega pretoka kapitala[66] kažejo, da Sodišče temeljne svoboščine razume predvsem kot instrument odpiranja trga in temu ustrezno pri vprašanju, ali v posameznem primeru gre za omejitev temeljnih svoboščin, nacionalne določbe presoja glede na to, ali ovirajo dostop do trga.

76. Če natančneje analiziram to zadevo, pa pri sporni nacionalni ureditvi ne gre niti za določbo, katere namen je posebej urediti „dostop“ delniških družb do grškega medijskega sektorja, niti ne učinkuje kot „ovira“ za nekoga, ki želi dostop do tega posebnega sektorja. Bolj je sestavina splošnega pravnega okvira, ki ureja poslovanje televizijskih postaj. Zagotovila naj bi spoštovanje predpisov in stanovskih pravil, ki veljajo za poslovanje televizijskih postaj. S stališča objektivnega opazovalca pa so to okvirni pogoji medijskega prava, ki jih mora upravljavec televizijske postaje vedno upoštevati. Pravno gledano je dolžnost upoštevanja teh okvirnih pogojev medijskega prava oblikovana kot „nalog“, ki

64 – O tem primerjaj Forsthoff, U. (opomba 62), točki 73 in 74, str. 544 in naslednja. Habersack, M. (opomba 10), § 3, točka 7, str. 13, meni, da člena 43 ES in 48 ES vsebujeta prepoved omejitev, če gre za dostop do trga in za ustanavljanje kot takšno. Nasprotno pa se za družbo, ki je enkrat izbrala sedež na ozemlju druge države članice, glede izvajanja poslovne dejavnosti uporabljajo splošne nacionalne določbe. Zlasti naj varstveno področje svobode ustanavljanja ne bi več zajemalo omejitev, ki so povezane s prisilnimi, a nediskriminatornimi določbami nacionalnega konkurenčnega in delovnega prava ter ureditve gospodarske dejavnosti. Pri teh gre prej za gole „načine prodaje“ v smislu sodne prakse Keck. Nadzora nacionalnega prava, ki je usmerjeno v načelo sorazmernosti, torej ne sme biti. Nacionalno pravo se lahko uporablja proti družbam s sedežem v drugi državi članici, če ni diskriminatorno.

65 – Glej sodbo z dne 10. maja 1995 v zadevi Alpine Investments (C-384/93, Recueil, str. I-1141, točka 37). Sodba se je nanašala na nacionalno prepoved tako imenovanega „cold calling“, ki pa je po mnenju Sodišča neposredno *vplivala na dostop do trga storitev v drugih državah članicah*. Sodišče je zato sklenilo, da je bila primerna za oviranje prometa storitev v Skupnosti. To dokazuje tudi, da Sodišče temeljne svoboščine razume predvsem kot instrument odprtja trga. Dalje primerjaj sodbo z dne 11. aprila 2000 v združenih zadevah Deliège (C-51/96 in C-191/97, Recueil, str. I-2549, točka 60 in naslednja).

66 – Primerjaj sodbo z dne 13. maja 2003 v zadevi Komisija proti Španiji (C-463/00, Recueil, str. I-4581, točka 61) glede prostega pretoka kapitala. V tej je Sodišče nacionalne določbe, ki omejujejo investicije, obravnavalo kot omejitve prostega pretoka kapitala v smislu člena 56 ES. Po mnenju Sodišča so se sporne omejitve investicij sicer uporabljale brez razlikovanja tako za rezidente kot za nerezidente, toda dotikale so se položaja pridobitelja kot takšnega in so bile zato primerne, da vlagatelje iz drugih držav članic odvrnejo od takšnih investicij in tako *vplivajo na dostop do trga*. Primerjaj tudi sodbo z istega dne v zadevi Komisija proti Združenemu kraljestvu (C-98/01, Recueil, str. I-4641, točka 47).

je povezan s poslovanjem televizijske postaje, in ne kot „pogoj“.[67] To pomeni, da ne določa, „če“ ali „kdaj“, temveč le, „kako“ je treba upravljati televizijsko postajo. Tako so urejene le „podrobnosti“ za delovanje televizijske postaje. Poleg tega njihovo izpolnjevanje ne vpliva niti na obstoj niti na identiteto delniške družbe.

78. V zvezi s tem pa menim, da je nujno opozoriti na to, da sicer v sodni praksi Sodišča obstajajo nekatere oporne točke za to, da je Sodišče v posamičnih primerih pripravljeno odobriti bolj restriktivno razlago; vendar pa tega ni mogoče razumeti tako, da je Sodišče odstopilo od svoje dosedanje razlage pojma omejitev. Nasprotno, načeloma je treba izhajati iz širokega razumevanja tega pojma. V skladu s tem naslednji razlogi temeljijo na zasnovi celostne prepovedi omejitev.[68]

79. Torej gre za omejitev svobode ustanavljanja.

iii) Utemeljitev omejitve pravice ustanavljanja

77. Če bi se Sodišče odločilo za teleološko redukcijo prepovedi omejitve, bi bilo treba sporno nacionalno ureditev uvrstiti v kategorijo „krajevnih pogojev“, ki se jih v skladu s to razlago ne bi smelo razumeti kot omejitve v smislu člena 43(1) ES. Zaradi neobstoja omejitve svobode ustanavljanja bi bila načeloma nadaljnja preučitev na podlagi členov 43 ES in 48 ES odveč.

80. Iz sodne prakse Sodišča[69] izhaja, da morajo nacionalni ukrepi, ki omejujejo izvrševanje s Pogodbo zagotovljenih temeljnih svoboščin s strani državljanov Skupnosti, izpolnjevati naslednje predpostavke, da so združljivi s členom 43 ES: utemeljeni morajo biti z nujnimi razlogi v javnem interesu, morajo biti primerni, da zagotovijo uresničitev cilja, ki mu sledijo, in ne smejo presegati tistega, kar je potrebno za njegovo dosego. Poleg tega varstvo

67 – Za pogoj v splošnem delu upravnega prava je značilno, da sta začetek ali prenehanje veljavnosti upravnega akta odvisna od dogodka, katerega nastop je negotov. Pri tem pa je lahko negotovo ne samo, „kdaj“ nastopi dogodek, ampak tudi, „ali“ sploh nastopi. Nasprotno pa nalog za razliko od pogoja vsebuje samostojno vsebinsko ureditev, namreč obveznost stranke, ki ji upravni akt koristi, da nekaj stori, dopusti ali opusti. Upravni akt, ki vsebuje naloge, pravno začne veljati takoj, ne glede na to, ali je nalog izpolnjen. Upravni akt pod odložilnim pogojem pa začne veljati šele z nastopom pogoja. Nalog zavezuje in se ga lahko prisilno izvrši. Odložilni pogoj ni zavezujoč, zato ga ni mogoče izvršiti. O tem primerjaj Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. izd., München 1997, točka 6 in naslednja, str. 315 in naslednja.

68 – Glej točke od 70 do 73 teh sklepnih predlogov.

69 – Glej sodbi Kraus (navedena v opombi 53, točka 32) in Gebhard (navedena v opombi 53, točka 37).

temeljnih pravic pomeni upravičen interes, ki je načeloma primeren za utemeljitev omejitve ene od temeljnih svoboščin, ki jo zagotavlja Pogodba ES.[70]

– Varstvo temeljnih pravic kot upravičen interes

81. Kot je že bilo navedeno,[71] grška vlada meni, da je sporna nacionalna ureditev utemeljena iz razlogov javnega in socialnega interesa. Iz celostne analize upoštevnih nacionalnih določb izhaja, da je namen glob, ki so predvidene v členu 4(3) zakona 2328/95, preganjati kršitve prepovedi spoštovanja nekaterih ustavnopravno varovanih temeljnih vrednot, h katerim spada varstvo individualnih osebnostnih pravic in družinskega ter zasebnega življenja. Globa, za katero tožeča stranka v postopku v glavni stvari odgovarja skupno in nerazdelno, je bila – kot to izhaja iz ugotovitev o dejanskem stanju v predložitvenem sklepu – izrečena na podlagi takšne kršitve zgoraj navedenih temeljnih vrednot. Ob razumni presoji je navedbe grške vlade treba razumeti tako, da se ta očitno sklicuje na varstvo ustavnopravno zagotovljenih temeljnih pravic.

82. Pri tem je treba opozoriti, da so v skladu z ustaljeno sodno prakso temeljne pravice del splošnih pravnih načel, katerih spoštovanje zagotavlja Sodišče. S tem namenom se Sodišče zgleduje po ustavnih tradicijah, ki so skupne državam članicam, in po usmeritvah iz mednarodnih pogodb o varstvu človekovih pravic, pri sklenitvi katerih so države članice sodelovale ali h katerim so pristopile. EKČP ima pri tem poseben pomen.[72] Ta načela, ki so bila oblikovana v sodni praksi, so potrjena v členu 6(2) PEU. V skladu s tem „Unija spoštuje temeljne pravice, kakršne zagotavlja Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisana v Rimu 4. novembra 1950, in ki kot splošna načela prava Skupnosti izhajajo iz skupnih ustavnih tradicij držav članic." Poleg tega se je Sodišče v potrditev obstoja nekaterih splošnih načel večkrat sklicevalo na Listino

70 – Glej sodbo z dne 12. junija 2003 v zadevi Schmidberger (C-112/00, Recueil, str. I-5659, točka 74).

71 – Glej točko 56 teh sklepnih predlogov.

72 – Glej zlasti sodbe z dne 18. junija 1991 v zadevi ERT (C-260/89, Recueil, str. I-2925, točka 41); z dne 6. marca 2001 v zadevi Connolly proti Komisiji (C-274/99 P, Recueil, str. I-1611, točka 37) in z dne 22. oktobra 2002 v zadevi Roquette Frères (C-94/00, Recueil, str. I-9011, točka 25); sodbo Schmidberger (navedena v opombi 70, točka 71) ter sodbi z dne 27. junija 2006 v zadevi Parlament proti Svetu (C-540/03, ZOdl., str. I-5769, točka 35) in z dne 18. januarja 2007 v zadevi PKK in KNK proti Svetu (C-229/05 P, ZOdl., str. I-439, točka 76).

Evropske unije o temeljnih pravicah,[73] ki je bila razglašena 7. decembra 2000 v Nici.[74]

83. Kot je večkrat pojasnilo Sodišče,[75] se v Skupnosti ne morejo priznati kot zakoniti ukrepi, ki niso združljivi s spoštovanjem tako priznanih in zagotovljenih človekovih pravic. Ker spoštovanje temeljnih pravic veže Skupnost in tudi njene države članice, pomeni varstvo navedenih pravic po mnenju Sodišča zakoniti interes, ki je načeloma primeren za utemeljitev omejitve obveznosti, ki izhajajo iz prava Skupnosti, tudi v smislu temeljne svoboščine, ki jo zagotavlja Pogodba.[76]

84. V zvezi s tem je treba opozoriti na to, da je pravica do spoštovanja zasebnega življenja, katere varstvo naj bi bilo v skladu s sodno prakso Sodišča temeljna pravica, ki se jo varuje tudi v pravnem redu Evropske unije.[77] Poleg tega je ta temeljna pravica zasidrana v členu 8(1) EKČP[78] in v členu 7 Listine temeljnih pravic.[79]

85. V tem delu sporna nacionalna ureditev sledi cilju, ki ga priznava pravni red Unije, zato je torej upravičen.

– Preizkus sorazmernosti

86. Kot sem navedla že v svojih sklepnih predlogih z dne 14. aprila 2010 v zadevi Komisija proti Nemčiji, C-271/08, je treba izhajati iz razmerja enakovrednosti med temeljnimi

73 – UL C 364, str. 1.

74 – Glej sodbi z dne 14. februarja 2008 v zadevi Dynamic Medien (C-244/06, ZOdl., str. I-505, točka 42) in z dne 11. decembra 2007 v zadevi International Transport Workers' Federation in Finnish Seamen's Union (C-438/05, ZOdl., str. I-10779, točka 43) in sodbo Parlament proti Svetu (navedena v opombi 72, točka 38).

75 – Glej zlasti sodbo ERT (navedena v opombi 72, točka 41) ter sodbi z dne 29. maja 1997 v zadevi Kremzow (C-299/95, Recueil, str. I-2629, točka 14) in z dne 3. septembra 2008 v združenih zadevah Kadi in Al Barakaat International Foundation proti Svetu in Komisiji (C-402/05 P in C-415/05 P, ZOdl., str. I-6351, točka 284).

76 – Glej sodbo Schmidberger (navedena v opombi 70, točka 74) v zvezi z omejitvijo prostega pretoka blaga. Glej dalje sodbo z dne 13. decembra 2007 v zadevi United Pan-Europe Communications Belgium in drugi (C-250/06, ZOdl., str. I-11135, točka 41) (kulturna politika in svoboda izražanja kot omejitev svobode opravljanja storitev); sodbo Dynamic Medien (navedena v opombi 74, točka 42) in sodbo z dne 14. oktobra 2004 v zadevi Omega (C-36/02, ZOdl., str. I-9609, točka 35) (človekovo dostojanstvo kot omejitev svobode opravljanja storitev).

77 – Izrecno priznana v sodbi z dne 8. aprila 1992 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-62/90, Recueil, str. I-2601, točka 23). Glej dalje sodbi z dne 19. oktobra 2004 v zadevi Chen (C-200/02, ZOdl., str. I-9925, točka 16) in z dne 25. julija 2008 v zadevi Metock in drugi (C-127/08, ZOdl., str. I-6241, točka 79).

78 – V skladu s členom 8(1) EKČP (zapoved spoštovanja zasebnega območja) ima vsakdo pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, doma in dopisovanja.

79 – V skladu s členom 7 (spoštovanje zasebnega in družinskega življenja) Listine temeljnih pravic ima vsakdo pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, stanovanja ter komunikacij.

svoboščinami in temeljnimi pravicami.[80] To zahteva, da je, če je v konkretnem primeru zaradi izvrševanja temeljne pravice omejena temeljna svoboščina, treba iskati primerno izravnavo med obema pravnima položajema. Na eni strani je v zvezi s tem treba izhajati iz tega, da je uresničevanje temeljne svoboščine legitimen cilj, ki lahko omeji neko temeljno pravico. Obratno je tudi uresničevanje treba priznati kot legitimen cilj, ki lahko omeji neko temeljno svoboščino. Načelo sorazmernosti ima poseben pomen pri natančni razmejitvi med temeljnimi svoboščinami in temeljnimi pravicami. V okviru sorazmernosti je zlasti treba izhajati iz tristopenjske sheme preizkusa, na podlagi katere je treba nadzirati primernost, nujnost in sorazmernost zadevnega ukrepa.[81]

87. Iz zgoraj navedenih razlogov izhaja, da čeprav varstvo temeljne pravice do spoštovanja zasebnega življenja pomeni tak legitimni interes, ki načeloma lahko utemeljuje omejitev temeljne svoboščine, ki jo zagotavlja Pogodba ES, kot je svoboda ustanavljanja, pa je take omejitve mogoče upravičiti samo, če zagotavljajo uresničitev zastavljenega cilja in ne presegajo tega, kar je potrebno za njegovo uresničitev.[82]

88. Za presojo sorazmernosti je potrebna analiza pravnih in dejanskih okoliščin, ki so značilne za položaj v zadevni državi članici, za izvedbo takšne analize pa je pristojno predložitveno sodišče.[83] V tem primeru je Sodišče seznanjeno z dejanskim in pravnim stanjem dovolj, da lahko opravi abstraktno presojo predloženega primera na podlagi načela sorazmernosti. Predložitveno sodišče pa je dolžno pri uporabi prava Skupnosti v okviru spora o glavni stvari upoštevati napotke Sodišča za razlago.[84]

80 – Primerjaj moje sklepne predloge z dne 14. aprila 2010 v še tekoči zadevi Komisija proti Nemčiji, C-271/08, točki 187 in 188. Skouris, V. (opomba 60), str. 93, ne izhaja iz razmerja hierarhičnosti med temeljnimi svoboščinami in temeljnimi pravicami. V prid načelni enakovrednosti navaja različne dejavnike, npr. naravo temeljnih svoboščin, ki je podobna temeljnim pravicam, in konvergenco temeljnih svoboščin in temeljnih pravic v sodni praksi Sodišča.

81 – Glej moje sklepne predloge v zadevi Komisija proti Nemčiji, C-271/08, točka 189.

82 – Glej v tem smislu sodbe Omega (navedena v opombi 76, točka 36); International Transport Workers' Federation in Finnish Seamen's Union (navedena v opombi 74, točka 75) in Dynamic Medien (navedena v opombi 74, točka 42).

83 – Glej sodbe z dne 8. marca 2001 v zadevi Gourmet International (C-405/98, Recueil, str. I-1795, točka 33); z dne 13. januarja 2000 v zadevi Estée Lauder (C-220/98, Recueil, str. I-117, točka 30 in naslednje) in z dne 26. junija 1997 v zadevi Familiapress (C-368/95, Recueil, str. I-3689, točka 28 in naslednje).

84 – Po Craig, P., G. De Búrca, *EU Law*, 4. izd., Oxford 2008, str. 492, člen 234 ES Sodišču sicer podeljuje pooblastilo za razlago Pogodbe, vendar pa ne izrecno za njeno uporabo v postopku v glavni stvari. Razmejitev med razlago in uporabo označuje razdelitev pristojnosti med Sodiščem in nacionalnimi sodišči. V skladu s tem Sodišče razlaga Pogodbo, nacionalna sodišča pa to razlago uporabijo v konkretnih primerih.

Primernost

89. Kot je v okviru ustne obravnave na vprašanje Sodišča pritrdilno odgovorila grška vlada, je treba izhajati iz tega, da sporna ureditev v bistvu temelji na domnevi grškega zakonodajalca, na podlagi katere je delničarju, katerega delež presega 2,5 % kapitala delniške družbe, omogočen vpliv na vodenje družbe. Na to domnevo nacionalnega zakonodajalca sta se oprla tako predložitveno sodišče kot tudi grška vlada v vsakokratnih navedbah in jo natančnejše razložila. Tako predložitveno sodišče[85] opozarja, da delničar, ki je v kapitalu delniške družbe udeležen z več kot 2,5 %, ni navaden vlagatelj, temveč delničar, ki nastopa kot podjetnik, ki ima možnost vplivati na vodenje pravne osebe in posledično na poslovanje televizijske postaje. Grška vlada[86] pa pojasnjuje, da družbeniki te kategorije na podlagi udeležbe na skupščini kot tudi pri imenovanju članov poslovodnega organa družbe lahko vplivajo na to, da se sprejmejo jasne smernice glede oblikovanja programa in stališča televizijske postaje o aktualnih temah.

90. Ne glede na vprašanje, ali je ta zakonska domneva v tem primeru pravilna, z drugimi besedami, ali ima tožeča stranka postopka v glavni stvari – kot je to pojasnila grška vlada na ustni obravnavi – z le 5-odstotno udeležbo v kapitalu delniške družbe „Nea Tileorasi“ resnično odločilen vpliv na postopke odločanja v tej družbi, kar mora konkretno ugotoviti predložitveno sodišče,[87] pa je več kot vprašljivo, ali se ta vpliv lahko obravnava kot zadosten za ciljno usmerjeno vplivanje na oblikovanje programa televizijske postaje, da sploh ne bi prišlo do kršitev predpisov in stanovskih pravil, ki veljajo za poslovanje televizijskih postaj.

91. Glede tega je treba najprej preučiti položaj delničarja v delniški družbi. Pravice delničarja se na splošno lahko razdelijo na premoženjske pravice, pravice do sodelovanja in varstvene pravice.[88] Drugače kot član poslo-

85 – Glej str. 4 predložitvenega sklepa.

86 – Glej točko 10 vloge grške vlade.

87 – Glej točko 66 teh sklepnih predlogov.

88 – Premoženjske pravice: pravice do dividende; pravica do vpisovanja novih delnic; pravica do deleža po likvidaciji; pravica do obresti za uporabo kapitala (torej obresti za obdobje, ki ga zahtevata priprava in vzpostavitev polnega poslovanja podjetja, pravica do uporabe vložkov v družbo). Pravice do sodelovanja: pravica do vabila in objave dnevnega reda skupščine; pravica do vlaganja predlogov in izjave mnenja; pravica biti zastopan na skupščini; glasovalna pravica in pravica do imenovanja na skupščini; pravica do izpodbijanja nezakonitih sklepov in sklepov, ki kršijo statut. Varstvene pravice: pravice do informiranosti, ki zajemajo pravico do vpogleda in do obveščenosti; skupinska pravica do zastopanja v upravnem odboru; pravice zaščite manjšine do tožbe za razvezo in izredno revizijo in pravica do sklica skupščine; druge pravice do tožbe, ki zajemajo pravico do izpodbijanja, ugotovitev ničnosti skupščinskih sklepov in pravice zaradi odškodninske odgovornosti.

vodnega organa delniške družbe – ki bi prej imel možnost vplivanja na televizijsko postajo v lasti družbe – pa povprečni družbenik praviloma svoje pravice do sodelovanja izvršuje na skupščini, kjer ima glasovalno pravico.[89] Te pravice do sodelovanja pa glede na pravni red in statut vključujejo imenovanje in odpoklic poslovodnih ali nadzornih organov.[90] Pri tem je treba upoštevati, da je v drugem primeru vpliv posameznega delničarja na vodenje družbe šibkejši, saj je le posreden.[91] Poleg tega pa so materialne pravice o imenovanju in odpoklicu organov v podrobnostih različne glede na pravni red in statut. Sicer je za imenovanje organov značilno splošno načelo, da večina na skupščini določa vse člane, vendar pa je od vsakokratnih določb statuta odvisno, ali pride do proporcionalnega glasovanja oziroma ali je posameznim delničarjem ali organom treba priznati pravico do imenovanja za določeno mesto. Nazadnje se zaradi teh številnih okoliščin pri natančnejši analizi domnevne možnosti vplivanja posameznega delničarja na vodenje družbe zdijo manj izrazite, kot se domneva.

92. Od strukture družbe je treba ločiti lastno strukturo televizijske postaje, v kateri ima posebno vlogo programski direktor kot odgovorni vodja celotnega področja redakcije televizijske postaje. Njemu so podrejeni glavni uredniki, ki so odgovorni za posamezna področja. K tem pa pridejo še sodelavci postaje, ki so pristojni za izvedbo posamezne oddaje. Te osebe v okviru svojega področja odgovornosti ravnajo bolj ali manj neodvisno.

93. Posamezni delničar je tako na koncu dolge verige tistih, ki odločajo, na njihovo vedenje pa lahko vpliva le pogojno. Tako zlasti ne more predvideti, ali bo eden od sodelavcev televizijske postaje – najsi bo to namenoma ali le iz malomarnosti – kršil predpise in stanovska pravila, ki veljajo za poslovanje takšnih postaj. Ti razlogi kažejo, da vpliv delničarja, ki ga ima ta *v družbi*, malo pove o njegovem dejanskem vplivu *na notranje ravnanje televizijske postaje*. Predložitveno sodišče bi moralo glede na primer preizkusiti, ali možnosti vplivanja posameznega delničarja, ki jo sporna

89 – Primerjaj Mustaki, G., V. Engammare (opomba 8), str. 189. Kot pravilno pojasni Schmidt, K., *Gesellschaftsrecht*, 4. izd., Köln [etc.] 2002, str. 837, je skupščina „sedež delničarske demokracije“, na kateri delničarji izvršujejo svoje pravice v zadevah družbe.

90 – Tako Grundmann, S. (opomba 13), § 11, točka 394, str. 180, opozarja na razlike pri imenovanju in razrešitvi organov v posameznih državah članicah. Pristojnost za imenovanje članov organa vodenja je različna že zaradi tega, ker se je deloma izbral enotirni in deloma dvotirni organ vodenja. Ne glede na to pa niti v prvem primeru ni v vseh državah članicah zagotovljena pristojnost skupščine za imenovanje in odpoklic članov organov. V drugem primeru pa je skupščina tipično pristojna le za imenovanje organa nadzora, torej je vpliv le posreden.

91 – Primerjaj Grundmann, S. (opomba 13), § 11, točka 394, str. 180.

nacionalna ureditev obravnava kot samo po sebi umevno, v resnici ni le teoretična.

94. Na drugi strani pa bi, kot to pravilno pripomni grška vlada, lahko posamezni delničar izvrševal svoje pravice do sodelovanja s ciljem uveljaviti jasne smernice glede oblikovanja programa. Pri tem bi si bilo mogoče zamislili izdelavo kodeksa ravnanja za sodelavce televizijske postaje, ki bi jih zavezoval k spoštovanju nekaterih pravnih dobrin ustavne ravni, kakršna je varstvo individualnih osebnostnih pravic ter družinskega in zasebnega življenja. Če bi od poslovodnega organa zahtevali, da televizijska postaja v lasti družbe in tudi delavci upoštevajo nekatere etične napotke, pa bi to lahko znižalo vsaj tveganje kršitev.

95. To bi verjetno predpostavljalo usklajeno ukrepanje več delničarjev, ker bi o tem morala odločati skupščina. Pravica predlagati sklic skupščine in določiti dnevni red pa je v pravnih redih držav članic po navadi odvisna od tega, ali delež zainteresiranih delničarjev v vplačanem kapitalu družbe dosega neki odstotek. V skladu s členom 55(1) Uredbe 2157/2001 za evropsko delniško družbo ta delež znaša najmanj 10 %. Vendar tudi če se preseže ta prag, bi bilo dvomljivo, ali bi lahko ustrezen preventivni ukrep popolnoma izključil kršitve posameznega sodelavca televizijske postaje.

96. Pri preizkusu primernosti ukrepa pa je upoštevno, ali ta ukrep lahko z vidikov vzročnosti in verjetnosti potek dogodkov vodi v smer, ki ga želi država članica, pri čemer pa je treba državam članicam dopustiti določeno polje predvidevanja. Ukrep države članice bi bilo treba opredeliti kot neprimeren šele, če ne bi vplival na uresničevani cilj.[92] Po mojem mnenju se zakonodajni razlogi, na katerih temelji sporna nacionalna ureditev, izkažejo za bolj teoretične. Grožnja z globo bi sicer lahko delničarje prepričala k sprejetju preventivnih ukrepov za preprečitev kršitev. Ne more pa popolnoma izključiti takšnih kršitev. Primernosti takšne ureditve za varstvo individualnih osebnostnih pravic ter družinskega ali zasebnega življenja pa je treba v pritrditi v obsegu, v katerem vsekakor spodbuja varstvo teh pravnih dobrin.

92 – V tem smislu Schroeder, W., *EUV/EGV – Kommentar* (ur. Rudolf Streinz), člen 30 ES, člen 52, str. 476.

Potrebnost

97. Dalje načelo sorazmernosti predpostavlja izbiro najmanj obremenjujočega ukrepa, če je na izbiro več primernih ukrepov.[93]

98. Kot je pravilno pojasnila grška vlada v okviru ustne obravnave, pride v medijskem sektorju kot alternativni ukrep namesto izreka globe v poštev odvzem licence za poslovanje televizijske postaje, ki ga opravi pristojni organ za nadzor nad mediji. Vendar pa je odvzem licence najhujša sankcija v medijskem sektorju,[94] ker je z njim povezana prepoved oddajanja programa.[95] V razmerju do tega pa enkratna globa ob morebitni kršitvi zakonskih predpisov brez dvoma pomeni manj obremenjujoč ukrep.

99. Sočasno se postavlja vprašanje, ali tudi pri tej vrsti sankcije ne bi bila možna manj obremenjujoča ureditev.

100. Načeloma bi bila grožnja z globami le zoper delniško družbo – brez spregleda omejitve odgovornosti – prav tako primerna, da jo spodbudi k spoštovanju predpisov in stanovskih pravil, ki veljajo za poslovanje televizijskih postaj. Vprašljivo pa je, ali bi se dosegel enak odvračalni učinek, ker bi bile s tem povezane le finančne izgube družbe. Glede na finančni položaj pa bi družba lahko prenesla takšne izgube, ne da bi morala bistveno spremeniti svoje ravnanje. Učinka takšne sankcije ne bi bilo mogoče oceniti z gotovostjo. To

93 – Primerjaj med drugim sodbe z dne 18. novembra 1987 v zadevi Maizena in drugi (137/85, Recueil, str. 4587, točka 15); z dne 7. decembra 1993 v zadevi ADM Ölmühlen (C-339/92, Recueil, str. I-6473, točka 15); z dne 11. julija 2002 v zadevi Käserei Champignon Hofmeister (C-210/00, Recueil, str. I-6453, točka 59); z dne 7. septembra 2006 v zadevi Španija proti Svetu (C-310/04, ZOdl., str. I-7285, točka 97) in z dne 12. decembra 2006 v zadevi Nemčija proti Parlamentu in Svetu (C-380/03, ZOdl., str. I-11573, točka 144).

94 – Zakoni o medijih so v vsaki državi drugačni. Kljub temu pa kažejo skupne značilnosti, ki jih ni mogoče spregledati. Odvzem dovoljenja za oddajanje se odredi kot najhujša sankcija in praviloma šele ob ponovitvi. Pri prvi kršitvi se najprej zagrozi z odvzemom. Poleg preklica dovoljenja pride v poštev tudi začasen odvzem dovoljenja ali pa naložitev naknadnih nalogov. Nekateri zakoni o medijih medijskim ustanovam, ki izvajajo nadzor nad zasebno televizijo, omogočajo izrek glob (primerjaj Kühn, F., *Rundfunkrecht in Indien und Deutschland*, Berlin 2006, str. 208; Bayer, J., T. Ricke, Die Medienaufsicht in Ungarn, v: *Medien und Recht International*, 2009, str. 32 in naslednja; Kieserling, H., *Das Fernsehrecht Spaniens*, Frankfurt am Mein 2002, str. 159; Ruhle, E.-O. … [*et al.*], *Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht*, Wien 2004, str. 268).

95 – To pa ima posledice na področju človekovih pravic, zlasti glede spoštovanja svobode medijev. Člen 10(1), stavek 3, EKČP sicer omogoča, da države pogodbenice Konvencije zahtevajo dovoljenje (licenco), da tako npr. nadzirajo radio in televizijo na svojem ozemlju. Dovoljenja in druge omejitve pa je treba presojati glede na zahteve odstavka 2. Ta določba določa, da je lahko medijska raznolikost podrejena obličnosti in pogojem, omejitvam ali kaznim, ki jih določa zakon in so v demokratični družbi nujne zaradi varnosti države, zaradi javne varnosti, preprečevanja kaznivih dejanj, za varovanje zdravja ali morale, za varovanje ugleda ali pravic drugih ljudi, za preprečitev razkritja zaupnih informacij ali za varovanje avtoritete in nepristranskosti sodstva.

pa je bistveno drugače v primeru nerazdelne odgovornosti družbenikov, pri kateri vsak posameznik odgovarja s svojim celotnim premoženjem. V takšnem primeru bi bil družbenik prej nagnjen k temu, da kaj stori, da bi se izognil odgovornosti. Tako se obeh pristopov ne more obravnavati kot enakovrednih.

Sorazmernost

103. Nazadnje pa naložene neugodnosti ne smejo biti nesorazmerne z zastavljenimi cilji.[96]

101. Misliti pa bi bilo treba predvsem na diferenciran pristop, ki bi čim bolj upošteval okoliščine posamičnega primera. V skladu s tem bi se lahko predvidela le odgovornost tistih delničarjev, ki jim je mogoče pripisati konkretno kršitev. Glede na to, da je treba globo opredeliti kot sankcijo, pa ta nujno zahteva protipravno ravnanje, ki ga je mogoče pripisati zadevni osebi. Z ustrezno spremembo bi se preprečilo, da bi bili kaznovani delničarji, ki sicer glede na okoliščine hočejo doseči prenehanje kršitve, vendar sami ali v okviru skupne iniciative tega ne morejo. Trenutno veljavna ureditev namreč na podlagi širokega področja uporabe zajema tudi te delničarje. Diferenciran pristop bi ne samo manj omejil svobodo ustanavljanja, ampak dosegel tudi enak učinek, kot je trenutno veljavni. Nacionalni zakonodajalec pa je pristojen za natančno izoblikovanje te ureditve.

104. V zvezi z varstvom pravnih dobrin ustavne ravni, kot so individualne osebnostne pravice in tudi družinsko in zasebno življenje, je po mojem mnenju priporočljivo, da se nacionalnemu zakonodajalcu odobri nekaj proste presoje.[97] Vendar to polje proste presoje ne more iti tako daleč, da bi delničarji odgovarjali za kršitve, ki jim jih ni mogoče pripisati. K temu je treba dodati še, da takšnih kršitev zaradi posebne strukture v družbi in v televizijski postaji ni mogoče popolnoma izključiti. V takšnem primeru bo torej svoboda ustanavljanja omejena močneje, kot je brezpogojno potrebno za varstvo zgoraj navedenih pravnih dobrin.

105. Če pa se lahko domneva, da je v bistvu namen sporne nacionalne ureditve delničarje spodbuditi k sprejetju preventivnih ukrepov, pa bi bilo bolj smiselno, da odgovarjajo le tisti delničarji, ki imajo nekaj vpliva ne le na

102. Tako se sporne nacionalne ureditve ne more obravnavati kot potrebno za doseganje zastavljenega cilja.

96 – Glej sodbe Maizena (navedena v opombi 93, točka 15); ADM Ölmühlen (navedena v opombi 93, točka 15); Käserei Champignon Hofmeister (navedena v opombi 93, točka 59); Španija proti Svetu (navedena v opombi 93, točka 97) in Nemčija proti Parlamentu in Svetu (navedena v opombi 93, točka 144).

97 – Sodišče je državam članicam priznalo diskrecijsko pravico pri izboru primernih ukrepov za preprečevanje posegov v temeljne svoboščine z obrazložitvijo, da te ostajajo edine pristojne za varovanje javne varnosti in reda (primerjaj sodbo z dne 9. decembra 1997 v zadevi Komisija proti Franciji, C-265/95, Recueil, str. I-6959, točka 33).

družbo, ampak tudi na njen poslovodni organ in tako posredno na odločujoče televizijske postaje. O tem pa lahko pri deležu 2,5 % v kapitalu družbe dvomimo. Kot je bilo navedeno zgoraj, je vprašljivo že, ali en sam družbenik lahko doseže ukrepe za preprečitev kršitve zakonov in stanovskih pravil, ki veljajo za poslovanje televizijske postaje.

106. Torej neugodnosti, naložene delničarjem, niso sorazmerne z zastavljenimi cilji.

107. Po vsem tem ugotavljam, da sporne nacionalne ureditve ne moremo obravnavati kot sorazmerno. Temelji na tehtanju med svobodo ustanavljanja kot temeljno svoboščino in temeljno pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, ki pa ne ustreza pravu Skupnosti.

iv) Vmesni rezultat

108. Če povzamemo, ugotoviti je treba, da člena 43 ES in 48 ES nasprotujeta takšni nacionalni ureditvi, kakršna je v členu 4(3) zakona 2328/1995.

c) Prosti pretok kapitala

i) Uporaba člena 56 ES

109. V nadaljevanju je treba analizirati vprašanje združljivosti z določbami Pogodbe o prostem pretoku kapitala le v delu, v katerem sporna nacionalna ureditev lahko vsebuje samostojno omejitev glede na te določbe Pogodbe in v katerem določbe Pogodbe o svobodi ustanavljanja niso upoštevne.[98]

110. Glede na moje navedbe v točkah od 63 do 66 teh sklepnih predlogov o področju uporabe členov 43 ES in 48 ES se analiza na podlagi člena 56 ES izkaže kot nujna le glede tistih družbenikov, ki sicer imajo 2,5-odstotni delež v kapitalu družbe, vendar pa nimajo takšne udeležbe, ki bi jim omogočala vplivanje na odločitve družbe in na opredeljevanje njenih dejavnosti.[99]

98 – Glej sodbo X in Y (navedena v opombi 45, točka 66).

99 – Glej v opombi 45 navedeni sodbi X in Y (točka 68) in Komisija proti Španiji (točke od 35 do 39).

ii) Omejitev prostega pretoka kapitala

„pretok kapitala“ v smislu člena 56(1) ES zlasti neposredne naložbe v obliki udeležbe v podjetju z lastništvom delnic, ki omogoča učinkovito sodelovanje pri upravljanju in njegovem nadzoru (tako imenovane neposredne naložbe), in pridobitev vrednostnih papirjev na trgu kapitala, opravljena izključno kot denarna naložba, brez namena vplivati na upravljanje in nadzor podjetja (tako imenovane portfeljske naložbe).[102]

111. Člen 56(1) ES v skladu z ustaljeno sodno prakso[100] splošno prepoveduje omejitve pretoka kapitala med državami članicami.

– Člen 56 ES kot celostna prepoved omejitev

112. Ker v pogodbi ES ni definiran pojem „pretok kapitala“ v smislu člena 56(1) ES, je Sodišče predhodno priznalo usmerjevalno vrednost nomenklature v prilogi k Direktivi Sveta 88/361/EGS z dne 24. junija 1988 o izvajanju člena 67 Pogodbe (ta člen je razveljavila Amsterdamska pogodba).[101] Torej pomenijo

113. V zvezi s tema oblikama naložb je Sodišče ugotovilo, da je treba kot „omejitve“ v smislu člena 56(1) ES opredeliti nacionalne ukrepe, ki bi lahko preprečili oziroma omejevali pridobitev delnic v zadevnih podjetjih ali ki bi lahko odvrnili vlagatelje drugih držav članic od naložb v njihov kapital.[103]

100 – Glej med drugimi sodbo Komisija proti Nemčiji (navedena v opombi 45, točka 17); sodbo z dne 28. septembra 2006 v združenih zadevah Komisija proti Nizozemski (C-282/04 in C-283/04, ZOdl., str. I-9141, točka 18); sodbo Komisija proti Združenemu kraljestvu (navedena v opombi 66, točki 38 in 43) in sodbo z dne 4. junija 2002 v zadevi Komisija proti Franciji (C-483/99, Recueil, str. I-4781, točki 35 in 40). Enako bi moralo veljati za člen 40 Sporazuma EGP, ki vsebinsko ustreza členu 56 ES. Kot je Sodišče EFTA ugotovilo v sodbi z dne 23. novembra 2004 v zadevi Fokus Bank (E-1/04, ECR, str. 11, točki 22 in 23) s sklicevanjem na sodbo Sodišča z dne 23. septembra 2003 v zadevi Ospelt in Schlössle Weissenberg (C-452/01, Recueil, str. I-9743, točka 28) in na sklepne predloge generalnega pravobranilca Jacobsa z dne 10. aprila 2003 v isti zadevi (točki 72 in 73), so določbe o prostem pretoku kapitala v Pogodbi ES in v Sporazumu EGP v bistvu enake.

101 – UL L 178, str. 5.

102 – Glej v tem smislu sodbo z dne 16. marca 1999 v zadevi Trummer in Mayer (C-222/97, Recueil, str. I-1661, točka 21) in sodbe Komisija proti Franciji (navedena v opombi 100, točki 36 in 37); Komisija proti Združenem kraljestvu (navedena v opombi 66, točki 39 in 40) in Komisija proti Nizozemski (navedena v opombi 100, točka 19).

103 – Glej v tem smislu sodbo z dne 4. junija 2002 v zadevi Komisija proti Portugalski (C-367/98, Recueil, str. I-4731, točka 45); sodbo Komisija proti Franciji (navedena v opombi 100, točka 41); sodbi z dne 2. junija 2005 v zadevi Komisija proti Italiji (C-174/04, ZOdl., str. I-4933, točki 30 in 31) in z dne 19. januarja 2006 v zadevi Bouanich (C-265/04, ZOdl., str. I-923, točki 34 in 35) ter sodbi Komisija proti Nizozemski (navedena v opombi 100, točka 20) in Komisija proti Nemčiji (navedena v opombi 45, točka 19).

114. Kot sem že navedla,[104] lahko tveganje osebne soodgovornosti družbenikov odvračalno učinkuje na potencialne investitorje, ker je z udeležbo v takšnem podjetju povezano dodatno finančno tveganje, ki presega običajno poslovno tveganje. V zvezi s tem se je treba ponovno sklicevati na ugotovitve predložitvenega sodišča, v skladu s katerimi razširitev odgovornosti na družbenike povzroči, da je neprivlačen tudi nakup delnic takšnih družb, kot v primeru tožeče stranke v postopku v glavni stvari.

115. Po tej široki opredelitvi, ki jo je doslej zastopalo Sodišče, bi bilo v tem primeru treba pritrditi obstoju omejitve v smislu člena 56(1) ES.

– Možnost teleološke redukcije prepovedi omejitev

116. Prav tako kot v zvezi s svobodnim opravljanjem storitev je Sodišče v dosedanji sodni praksi tudi za prosti pretok kapitala nakazalo možnost teleološke redukcije prepovedi omejitev.[105] Zaradi najširše konvergence temeljnih svoboščin bi bilo povsem možno, da se teleološka redukcija prepovedi omejitev uporabi tudi pri prostem pretoku kapitala in da se ustrezno razlikuje glede na to, ali sporna nacionalna ureditev vzpostavlja „specifične omejitve za dostop“ ali določa le „krajevne pogoje“. Različna razlaga obeh temeljnih svoboščin bi nujno vodila do nasprotja pri obravnavanju velikih in malih delničarjev, kajti medtem ko bi bilo sklicevanje na svobodo ustanavljanja velikim delničarjem preprečeno, pa bi lahko mali delničarji izpodbijali takšno sporno nacionalno ureditev, češ da obstaja omejitev prostega pretoka kapitala. Če veliki delničarji iz temeljnih svoboščin ne morejo izpeljati zahtevka za uskladitve krajevnih pogojev,[106] to *a fortiori* ne bi smelo biti dovoljeno malim delničarjem. Za različno obravnavanje poleg tega ni razloga, ker sta obe kategoriji delničarjev v enakem položaju.

117. Ugotoviti je treba, da sporna nacionalna ureditev sama po sebi ne omejuje možnosti delničarjev, da se udeležijo v družbi, da ustvarijo ali z njo vzdržujejo trajne in neposredne gospodarske odnose, ki jim omogočajo, da so

104 – Glej točko 68 teh sklepnih predlogov.

105 – Glej opombo 66 teh sklepnih predlogov.

106 – V točki 74 teh sklepnih predlogov sem v povezavi s svobodo ustanavljanja pojasnila, da naj ta temeljna svoboščina ne bi bila instrument gospodarskih subjektov, da spremenijo krajevne pogoje v razmerju do nacionalnih konkurentov. To mora veljati tudi za prosti pretok kapitala.

učinkovito udeleženi pri njenem upravljanju ali nadzoru. Za dotok neposrednih investicij namreč ni niti pravnih niti dejanskih ovir. Sporna nacionalna ureditev tudi posebej ne ureja načina in podrobnosti investicij v družbe grškega medijskega sektorja. V skladu z mojimi zgoraj podanimi navedbami[107] jo je treba bolj uvrstiti v kategorijo „krajevni pogoji“, ki se jih – če se potrdi razlaga teleološke redukcije – ne bi moglo pojmovati kot omejitve v smislu člena 56(1) ES.

iii) Utemeljitev

– Varstvo temeljnih pravic kot upravičen interes

120. Če je namen sporne nacionalne ureditve varstvo temeljne pravice do spoštovanja zasebnega življenja, ta sledi cilju, ki ga priznava pravni red Unije in je zato upravičen in načeloma lahko utemelji omejitev.[109]

118. Kot sem že navedla,[108] z izjemo posamičnih primerov ni naveznih okoliščin za to, da bi bilo Sodišče pripravljeno odstopiti od dosedanje široke razlage pojma omejitve. Zato naslednji razlogi temeljijo na zasnovi celostne prepovedi omejitev.

– Preizkus sorazmernosti

121. Če na podlagi te ureditve odgovarjajo tudi tisti družbeniki, ki ne izvajajo nekega vpliva na odločitve družbe, se naslednja ureditev izkaže kot neprimerna za varstvo zgoraj navedenih pravnih dobrin, ker ta kategorija družbenikov lahko malo naredi za preprečitev kršitev zakonskih predpisov in stanovskih pravil, ki veljajo za poslovanje televizijske postaje.

119. Tako gre torej za omejitev prostega pretoka kapitala. V nadaljevanju je treba preizkusiti, ali je ta upravičena in ali zdrži preizkus sorazmernosti.

107 – Glej točko 76 teh sklepnih predlogov.

108 – Glej točko 78 teh sklepnih predlogov.

109 – Glej točko 85 teh sklepnih predlogov.

122. Če upoštevamo, da so možni manj obremenjujoči ukrepi, ki obljubljajo enak uspeh, predvsem odgovornost tistih družbenikov, ki dejansko imajo vpliv na poslovodne organe družbe oziroma strukture odločanja televizijske postaje ali ki se jim dejansko lahko pripiše kršitev, odgovornosti tu upoštevne skupine družbenikov tudi ni treba obravnavati kot potrebne.

123. Pomisleki, ki so bili izraženi v povezavi z omejitvijo svobode ustanavljanja, *a fortiori* veljajo za prosti pretok kapitala. Omejitev te temeljne svoboščine, ne da bi bilo to koristno za varstvo temeljnih pravic, ne ustreza zahtevi po sorazmernosti. Prosti pretok kapitala namreč varuje le tiste družbenike, ki ne morejo izvajati določenega vpliva na odločitve te družbe in na opredeljevanje njenih dejavnosti. Okoliščina, da se jim kljub temu naloži globa, pa se izkaže kot nesorazmerna omejitev te temeljne svoboščine.

124. Tako sporne nacionalne ureditve v celoti ni mogoče obravnavati kot sorazmerne. Temelji na tehtanju med prostim pretokom kapitala in temeljno pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja, ki ne ustreza pravu Skupnosti.

iv) Vmesni rezultat

125. Povzamemo lahko, da člen 56(1) ES nasprotuje nacionalni ureditvi, kot je tista v členu 4(3) zakona 2328/1995.

VII – Predlog

126. Na podlagi zgoraj navedenih razlogov Sodišču predlagam, naj na vprašanji za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Symvoulio tis Epikrateias, odgovori:

1. Prva direktiva Sveta 68/151/EGS z dne 9. marca 1968 o uskladitvi zaščitnih ukrepov za varovanje interesov družbenikov in tretjih oseb, ki jih države članice zahtevajo od gospodarskih družb v skladu z drugim odstavkom člena 58 Pogodbe, zato da se oblikujejo zaščitni ukrepi z enakim učinkom v vsej Skupnosti, ne nasprotuje nacionalni ureditvi, kot je tista iz člena 4(3) zakona 2328/1995, v skladu s katero se globe, predvidene v predhodnih odstavkih tega člena za kršitve veljavne zakonodaje in stanovskih pravil, ki urejajo delovanje televizijskih postaj, ne naložijo le družbi, ki je pridobila dovoljenje za ustanovitev in poslovanje televizijske postaje, temveč skupno in nerazdelno tudi vsem njenim delničarjem, ki imajo več kot 2,5 % delnic.

2. Nasprotno pa členi 43 ES, 48 ES in 56 ES nasprotujejo nacionalni ureditvi, kakršna je tista, opisana v točki 1.