



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

L. MEDINA

fremSAT den 19. oktober 2023¹

Sag C-276/22

Edil Work 2 S.r.l.,

S.T. S.r.l.

mod

STE S.a.r.l.,

proceddeltager:

CM

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – etableringsfrihed – artikel 49 TEUF og 54 TEUF – anvendelsesområde – grænseoverskridende aktiviteter – udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed i en anden medlemsstat end den stat, hvor selskabet er stiftet – lex societatis – selskabers ledelse og drift – hovedformål – gældende ret«

1. Et italiensk selskab, hvis hovedaktiv var et slot, der var beliggende i Italien, flyttede sit hjemsted til Luxembourg. Selskabet blev omdannet til et selskab med begrænset ansvar, der var stiftet i henhold til luxembourgsk ret. Seks år senere udnævnte selskabsdeltagerne én direktør, der udnævnte en generalfuldmægtig. Den generalfuldmægtige overdrog dernæst ejerskabet af slottet til et andet selskab, S.T. S.r.l. (herefter »ST«), der dernæst solgte det til sagsøgte i hovedsagen, Edil Work 2 S.r.l. (herefter »Edil Work 2«).

2. Tvisten i hovedsagen omhandler nærmere bestemt gyldigheden af disse to overdragelser, der afhænger af den nationale lovgivning, der finder anvendelse på overdragelsen af de omhandlede beføjelser. Såfremt luxembourgsk ret finder anvendelse, ville disse overdragelser være gyldige i henhold til denne lovgivning, hvorimod omvendt såfremt italiensk ret finder anvendelse, ville disse overdragelser være ugyldige i henhold til en bestemmelse, hvorefter en generalfuldmagt alene kan delegeres til medlemmer af samme bestyrelse i selskabet.

3. Det er under disse omstændigheder, at Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol, Italien) har forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål, der nærmere bestemt omhandler foreneligheden med artikel 49 TEUF og 54 TEUF af den italienske lovgivning vedrørende

¹ – Originalsprog: engelsk.

international privatret, der bestemmer, at et selskab med sit registrerede hjemsted i en anden medlemsstat i Den Europæiske Union er genstand for italiensk ret, når det enten er stiftet i Italien, eller ledelsens hjemsted eller »hovedformålet« befinder sig i Italien².

I. Retsforskrifter

4. Artikel 25 i legge di diritto internazionale privato (legge 218/1995)³ (lov om international privatret nr. 218/1995, herefter »lov nr. 218/1995«) med overskriften »Selskaber og andre enheder« bestemmer følgende:

»1. Selskaber, foreninger, fonde og alle andre offentlige eller private enheder, også selv om de ikke er af foreningsmæssig karakter, er underlagt lovgivningen i den stat, på hvis område de er oprettet. Italiensk lov finder dog anvendelse, hvis hovedkontoret er beliggende i Italien, eller hvis hovedformålet med en sådan enhed er beliggende i Italien.

2. Særligt reguleres følgende forhold af den lov, der vedrører ovenstående organer: a) den retlige karakter, b) forretningsnavn eller firmanavn, c) stiftelse, omdannelse og ophør, d) kapacitet, e) enhedernes oprettelse, beføjelser og funktionsmåde, f) enhedens repræsentation, g) nærmere bestemmelser om erhvervelse og fortabelse af status som associeret eller partner samt de rettigheder og forpligtelser, der er forbundet med denne status, h) ansvaret for enhedens forpligtelser og i) følgerne af overtrædelser af loven eller vedtægtsbestemmelserne.

3. Flytninger af det registrerede hjemsted til en anden stat og fusioner af enheder, der har deres registrerede hjemsted i forskellige stater, har kun virkning, hvis de er gennemført i overensstemmelse med lovgivningen i disse stater.«

5. Artikel 2381, stk. 2, i den italienske civile lovbog bestemmer, at såfremt vedtægterne eller generalforsamlingen giver mulighed herfor, kan bestyrelsen uddelegere sine beføjelser til et udvalg, bestående af visse af dens medlemmer, eller til en eller flere af dens medlemmer. Den forelæggende ret har anført, at et selskab med begrænset ansvars bestyrelse ifølge denne bestemmelse alene kan overdrage sine beføjelser til medlemmer af bestyrelsen.

II. Faktiske omstændigheder

6. I 2004 flyttede et italiensk selskab med begrænset ansvar, der ejede aktiver og drev økonomisk virksomhed udelukkende bestående af et fast ejendomskompleks i nærheden af Rom (Italien), bedre kendt som Castello di Tor Crescenza (herefter »slottet«), dets registrerede hjemsted til Storhertugdømmet Luxembourg, hvor det blev stiftet som STE, et selskab med begrænset ansvar. Den 30. august 2010 blev der afholdt en ekstraordinær generalforsamling blandt ejerne af selskabet STE i Luxembourg, hvor SB blev udnævnt eneste direktør (gérante)⁴. SB udnævnte ved denne lejlighed FF som STE's generalfuldmægtig (mandataire général) og tildelte ham beføjelser

² – Udtrykket »hovedformål« defineres ikke i anmodningen om præjudiciel afgørelse. Den forelæggende ret har imidlertid forklaret, at appeldomstolen er af den opfattelse, at »hovedformålet« for så vidt angår STE S.a.r.l (herefter »STE«), et selskab med begrænset ansvar i Luxembourg, udgøres af et ejendomskompleks, som er selskabets »eneste og samlede aktiver«.

³ – GURI nr. 128 af 3.6.1995.

⁴ – Det fremgår af Domstolens sagsakter, at frem til 2010 var STE 90% ejet af STA s.r.l., der var et selskab, som FF var eneejer af. De resterende 10% var ejet af FF's kone, SB. I 2010 overdrog STA s.r.l. imidlertid 40% af aktierne til SB.

til »i Storhertugdømmet Luxembourg og i udlandet i selskabets navn og for dets regning [at foretage] alle nødvendige handlinger og transaktioner uden undtagelse, dog inden for grænserne af selskabets formål«.

7. I 2012 overdrog FF slottet til det italienske selskab ST, der dernæst overdrog det til Edil Work 2, der er et italiensk selskab, der er ejet af FF.

8. I 2013 indledte STE en retssag mod ST og Edil Work 2 ved Tribunale di Roma (retten i Rom, Italien), idet selskabet nedlagde påstand om, at det blev fastslået, at de to overdragelsesdokumenter var ugyldige på det grundlag, at overdragelsen af beføjelser til FF ikke var gyldig. Tribunale di Roma (retten i Rom) gav ikke STE medhold, idet den fastslog, at FF's beføjelse som fuldmægtig var blevet gyldigt overdraget.

9. Corte d'appello di Roma (appeldomstolen i Rom, Italien) tog påstanden til følge under appelsagen. Den anførte indledningsvis, at italiensk ret i henhold til artikel 25, stk. 1, i lov nr. 218/1995 finder anvendelse, eftersom slottet udgjorde selskabets »eneste og samlede aktiver«, dvs. at »hovedformålet« var beliggende i Italien. Den nævnte domstol fastslog dernæst, at overdragelsen til en tredjemand uden for selskabet, som eksempelvis FF, af ubegrænsede forvaltningsbeføjelser var i strid med artikel 2381, stk. 2, i den civile lovbog, der bestemmer, at selskabets bestyrelses beføjelser alene kan uddelegeres til medlemmer af samme bestyrelse. Den nævnte domstol fastslog følgelig, at overdragelsen af beføjelser til FF af selskabet direktør var ugyldig, og besluttede derfor, at efterfølgende overdragelsesaftaler, der overførte slottet til sagsøgte, ikke havde nogen retsvirkning.

10. Edil Work 2 og ST har iværksat en appel til prøvelse af denne afgørelse ved Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol), idet de anfægtede anvendelsen af artikel 25, stk. 1, andet punktum, i lov nr. 218/1995, for så vidt som Corte d'appello di Roma (appeldomstolen i Rom) ikke fandt, at denne bestemmelses betydning og rækkevidde var blevet væsentligt påvirket af EU-retten, der foreskriver, at national ret skal undlades anvendt, hvis fortolkningen deraf er uforenelig med EU-retten.

11. Den anden part, STE, har bestridt appellen og navnlig anført, at da selskabets hovedformål er beliggende i Italien, skal retskraften af de beføjelser, der blev tildelt F.F., og gyldigheden af de efterfølgende overdragelser til de appellerende selskaber undersøges på grundlag af italiensk ret uden nogen EU-retlig fortolkningsmæssig påvirkning.

12. Den forelæggende ret har påpeget, at det af artikel 25, stk. 3, i lov nr. 218/1995 klart fremgår, at denne bestemmelse gør det muligt at omdanne italienske selskaber til udenlandske selskaber ved at flytte deres registrerede hjemsted til en anden medlemsstat, forudsat at flytningen er gyldig både i oprindelsesmedlemsstaten og i bestemmelsesmedlemsstaten. Denne flytning indebærer endvidere ikke, selv efter selskabets sletning fra det italienske selskabsregister, at selskabets status som juridisk person ophører.

13. Ifølge den forelæggende ret opstår spørgsmålet om, hvorvidt stiftelsen af STE, der opretholdt sit hovedvirksomhed i Italien, som et luxembourgsk selskab, betyder, at handlinger i forbindelse med ledelsen og driften af dette selskab er underlagt luxembourgsk ret, hvorefter den omhandlede overdragelse af beføjelser vil være gyldig. Såfremt det derimod er italiensk ret, der finder anvendelse, vil den omhandlede overdragelse af beføjelserne være ugyldig.

14. For så vidt angår fastlæggelsen af den lovgivning, der finder anvendelse på overdragelsen af beføjelser, har den forelæggende ret anført, at i henhold til artikel 25, stk. 1, første punktum, i lov nr. 218/1995 er den generelle tilknytningsfaktor det sted, hvor selskabet er blevet stiftet. I henhold til første punktum af bestemmelsen gælder følgelig i den foreliggende sag, at den omhandlede overdragelse af beføjelser er underlagt luxembourgsk lovgivning. Andet punktum af denne bestemmelse indfører imidlertid en undtagelse til denne regel, hvorefter italiensk ret finder anvendelse for selskaber, der har deres »hovedformål« i Italien. I henhold til denne undtagelse er den lovgivning, der finder anvendelse for så vidt angår den omhandlede overdragelse af beføjelser følgelig italiensk ret, eftersom det eneste aktiv og følgelig selskabets hovedformål, nærmere bestemt slottet, er beliggende i Italien. I sidstnævnte tilfælde gælder, at eftersom artikel 2381, stk. 2, i den civile lovbog bestemmer, at bestyrelsen i et selskab med begrænset ansvar⁵ kun kan uddelegere sine beføjelser til medlemmer af samme bestyrelse, kan overdragelsen af disse beføjelser til en tredjepart i forhold til selskabet, i dette tilfælde FF, være ulovlig i henhold til italiensk ret.

15. Den forelæggende ret har under disse omstændigheder for det første anført, at eftersom etableringsfriheden i henhold til artikel 49 TEUF omfatter retten for et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, til at omdanne sig til et selskab, som reguleres i henhold til en anden medlemsstats lovgivning, forudsat at de betingelser, der er fastsat i denne anden medlemsstats lovgivning er opfyldt, og navnlig, at den tilknytningsfaktor, som er fastsat af den anden medlemsstat, er opfyldt, vil den omstændighed, at alene det vedtægtsmæssige hjemsted flyttes og ikke hovedkontoret eller hovedvirksomheden, ikke i sig selv være til hinder for anvendelsen af denne frihed.

16. Den forelæggende ret har for det andet fremhævet, at etableringsfriheden, der er fastlagt i artikel 49 TEUF, ikke alene omfatter etableringen, men ligeledes ledelsen af selskaber. Disse aktiviteter skal udføres i overensstemmelse med anden betragtning til direktiv (EU) 2019/2121⁶ under de betingelser, der er fastsat ved lovgivningen af etableringsmedlemsstaten. Der er i den foreliggende sag enighed om, at denne medlemsstat er Luxembourg.

17. Den forelæggende ret har for det tredje henvist til, at artikel 2507 i den civile lovbog, som er placeret i et kapitel, der bærer overskriften »Selskaber, der er stiftet i udlandet«, fastlægger, at bestemmelserne i dette kapitel skal fortolkes i overensstemmelse de EU-retlige principper.

18. Den forelæggende ret har anført, at selv om lovgivningen i omdannelsesmedlemsstaten (i dette tilfælde Luxembourg) bør finde anvendelse for så vidt angår ledelsen og driften af et selskab, opretholder selskabet i den foreliggende sag sin virksomhed i Italien. Denne omstændighed kan ifølge den forelæggende ret begrunde anvendelsen af italiensk ret i forhold til den omhandlede overdragelse af beføjelser.

19. Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) har under disse omstændigheder besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål med henblik på en præjudiciel afgørelse:

»Er artikel 49 [TEUF] og 54 [TEUF] til hinder for, at en medlemsstat, hvori et selskab (et selskab med begrænset ansvar) oprindeligt blev stiftet, anvender de nationale bestemmelser om selskabets [drift] og ledelse på dette selskab, når selskabet efter at have flyttet sit hjemsted og efter at være

⁵ – Både STA og STE er selskaber med begrænset ansvar.

⁶ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 27.11.2019 om ændring af EU-direktiv 2017/1132 for så vidt angår grænseoverskridende omdannelser, fusioner og spaltninger (EUT 2019, L 321, s. 1).

blevet stiftet på ny i henhold til lovgivningen i bestemmelsesmedlemsstaten bevarer sin hovedvirksomhed i oprindelsesmedlemsstaten, og den pågældende ledelseshandling har afgørende betydning for selskabets virksomhed?»

20. Der er indgivet skriftlige indlæg af Edil Work 2, STE, den italienske regering og Europa-Kommissionen. Disse parter har ligeledes afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 11. juli 2023.

III. Bedømmelse

A. *Indledende bemærkninger*

21. Den forelæggende ret ønsker oplyst, hvorvidt etableringsfriheden er til hinder for en national lovgivning, hvorefter det er muligt for den medlemsstat, hvor et selskab oprindeligt er blevet stiftet (i dette tilfælde Italien), at anvende dens nationale lovgivning på handlinger i forbindelse med ledelsen og driften af dette selskab, såfremt dette selskab i forbindelse med en grænseoverskridende omdannelse har flyttet sit registrerede hjemsted til en anden medlemsstat (i dette tilfælde Luxembourg), men har opretholdt sit hovedformål i den oprindelige medlemsstat (Italien).

22. Jeg skal indledningsvis erindre om, at det kan tænkes, at Domstolen vil skulle omformulere det præjudicielle spørgsmål. Det kan endvidere være nødvendigt for Domstolen at tage stilling til andre EU-retlige bestemmelser end dem, som den nationale domstol har nævnt i sit spørgsmål⁷. Omfanget af det præjudicielle spørgsmål skal med henblik på at give et nyttigt svar på forelæggelsesafgørelsen i den foreliggende sag defineres korrekt.

1. *Grænseoverskridende omdannelse i modsætning til grænseoverskridende økonomisk virksomhed*

23. Det er efter min opfattelse afgørende at sondre mellem to særskilte spørgsmål. Det første omhandler de restriktioner, der pålægges selskaber, når de foretager en grænseoverskridende omdannelse eller en nyetablering i en anden medlemsstat⁸. Dette spørgsmål opstår, når medlemsstater fastsætter restriktioner for den grænseoverskridende omstrukturering af selskaber, og i forbindelse med tilladelse til omdannelse af et selskab til et selskab, der er omfattet af lovgivningen i en anden medlemsstat – disse sager er blevet omtalt som »emigrationsagerne«⁹. Domstolen skulle eksempelvis tage stilling til dette forhold i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Daily Mail og General Trust¹⁰, der omhandlede et selskab i Det Forenede Kongerige, der ønskede at flytte sit hovedkontor fra Det Forenede Kongerige (der på dette tidspunkt var en medlemsstat) til Nederlandene uden at miste sin status som en juridisk person eller ophøre med at være et selskab, der var stiftet i henhold til lovgivningen i Det Forenede Kongerige. Skattemyndighederne i Det Forenede Kongerige nægtede at give den tilladelse til

⁷ – Dom af 13.10.2016, M. og S. (C-303/15, EU:C:2016:771, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis), og af 31.5.2018, Zheng (C-190/17, EU:C:2018:357, præmis 27).

⁸ – Denne kategori omfatter de restriktioner, der er pålagt selskaber, som er stiftet i henhold til en medlemsstats lovgivning, der har til formål at underlægge sig en anden medlemsstats lovgivning uden at gennemgå en likvidationsprocedure i deres oprindelige jurisdiktion. Jf. senest dom af 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804). Jf. ligeledes G. Søgaard, »Cross-boarder Transfer and Change of *Lex Societatis* After Polbud, C-106/16: Old Companies Do Not Die [...] They Simply Fade Away to Another Country«, *European Company Law*, bind 15, nr. 1, 2018, s. 21-24.

⁹ – Jf. F.M. Mucciarelli, *European Business Organization Law Review*, bind 9, s. 267-303.

¹⁰ – Dom af 27.9.1988, Daily Mail og General Trust (81/87, EU:C:1988:456).

flytningen af hovedkontoret, der var nødvendig i henhold til national ret. Domstolen fastslog, at reglerne vedrørende denne flytning var fastsat i national ret, efter hvilke regler selskabet var blevet stiftet¹¹.

24. Det andet spørgsmål omhandler de restriktioner, der er fastlagt for selskaber, som er stiftet i en medlemsstat, men som ønsker at udøve økonomisk virksomhed i en anden medlemsstat¹². I den sag, der gav anledning til *Überseering*-dommen¹³, blev Domstolen eksempelvis anmodet om at tage stilling til, hvorvidt den medlemsstat, hvortil et selskab havde flyttet sit hovedkontor (Tyskland), havde ret til at beslutte retsejnen for selskabet, der var stiftet i Nederlandene. Spørgsmålet var med andre ord, hvorvidt en værtsmedlemsstat kunne nægte at anerkende et udenlandsk selskabs retsevne, når enheden havde flyttet sit hovedkontor til denne værtsmedlemsstat. I den sag, der gav anledning til *Inspire Art*-dommen¹⁴, blev Domstolen endvidere anmodet om at tage stilling til en sag, der omhandlede den nederlandske lovgivning vedrørende udenlandske selskaber, der udførte deres økonomiske aktivitet i denne medlemsstat. Sagen omhandlede et selskab, der var stiftet i henhold til lovgivningen i Det Forenede Kongerige. Selskabet havde efterfølgende åbnet en filial i Nederlandene, hvor det udførte sin primære økonomiske aktivitet. Selskabet anmodede om registrering af dets nederlandske filial i det nederlandske handelsregister, hvorefter registret ønskede at pålægge selskabet at overholde visse regler. Domstolen fastslog, at en række krav, der var fastsat i nederlandske lovgivning, var i strid med princippet om fri bevægelighed. Domstolen foretog en klar sondring mellem disse to sager og den sag, der gav anledning til dommen i sagen *Daily Mail og General Trust*, der omhandlede muligheden for den stat, hvori selskabet var stiftet, mulighed for at begrænse et selskabs flytning til en anden medlemsstat¹⁵.

25. I den foreliggende sag havde STE, som er et italiensk selskab, allerede gyldigt flyttet dets hjemsted til Luxembourg ved at omdanne sig til et selskab, der var stiftet i henhold til luxembourgsk ret og var ophørt med at eksistere i Italien. Dette selskab har ingen hensigt om at etablere sig i Italien, men udfører alene en økonomisk aktivitet i denne medlemsstat. Det er følgelig afgørende at fremhæve, at den foreliggende sag, i modsætning til det anførte i de indlæg, der er indgivet af STE og den italienske regering, ikke omhandler spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om restriktioner for den grænseoverskridende omdannelse af selskaber, men derimod snarere om, hvorvidt en luxembourgsk virksomhed, der forfølger en økonomisk aktivitet i Italien, er pålagt restriktioner.

26. For det første fremgår det af Domstolens sagsakter, at STE, der oprindeligt var registreret i Italien, blev omdannet til et selskab, der er registreret i henhold til luxembourgsk ret i 2004, *uden at der blev pålagt restriktioner*, af hverken Italien eller Luxembourg, hvilket ligeledes blev bekræftet i retsmødet. Efter stiftelsen i Luxembourg tyder det med andre ord på, at omdannelsen af dette selskab var accepteret af lovgivningerne i både bestemmelseslandet (Luxembourg) og afganglandet (Italien). Det fremgår for det andet, at fra 2004 (det år, hvor omdannelsen fandt sted) til 2010, drev selskabet virksomhed i Italien, uden at nogle af myndighederne modsatte sig omdannelsen. Parterne i retsmødet bekræftede navnlig, at de italienske myndigheder i en periode

¹¹ – *Ibidem*, præmis 19-23.

¹² – Jf. eksempelvis dom af 21.12.2016, *AGET Iraklis* (C-201/15, EU:C:2016:972, præmis 53-55), hvor Domstolen fastslog, at udøvelsen af etableringsfriheden omfatter friheden til at ansætte arbejdstagere i værtsmedlemsstaten, friheden til at fastlægge arten og omfanget af den økonomiske aktivitet, der skal udøves i værtsmedlemsstaten, og følgelig friheden til at indskrænke omfanget af denne aktivitet eller opgive sin aktivitet og etablering.

¹³ – Dom af 5.11.2002 (C-208/00, EU:C:2002:632).

¹⁴ – Dom af 30.9.2003 (C-167/01, EU:C:2003:512).

¹⁵ – Jf. dom af 5.11.2002, *Überseering* (C-208/00, EU:C:2002:632, præmis 66-73), og af 30.9.2003, *Inspire Art* (C-167/01, EU:C:2003:512, præmis 102 og 103).

på seks år ikke ønskede at anvende italiensk selskabsret på selskabets handlinger. Artikel 25, stk. 1, i lov nr. 218/1995 finder for det tredje anvendelse uden forskel for begge selskaber, der oprindeligt var stiftet i en anden medlemsstat, og for selskaber, der har været genstand for en omdannelse. Lovvalgsbestemmelserne, der er fastlagt i denne bestemmelse, omhandler ikke grænseoverskridende omdannelsesspørgsmål og virkningerne heraf. Følgelig opstår der efter min opfattelse det samme spørgsmål i en situation, hvor et selskab, der oprindeligt var registreret i Luxembourg har sit hovedformål i Italien, dvs. såfremt STE altid havde været et luxembourgsk selskab, der ejede slottet.

27. Heraf følger, med henblik på den foreliggende sag, at spørgsmålet med hensyn til, hvorvidt den omhandlede italienske lovgivning begrænser flytningen til og/eller omdannelsen af et selskab i en anden medlemsstat, ikke er relevant og ikke skal behandles. Kernen i den foreliggende sag er, hvorvidt anvendelsen af italiensk ret i kraft af »hovedformålet« som tilknytningsfaktor for så vidt angår handlinger i forbindelse med ledelsen og driften af et selskab, der er etableret i en anden medlemsstat (end den hvor det er blevet stiftet), udgør en restriktion for udøvelsen af en grundlæggende rettighed. Med henblik på bedømmelsen i det foreliggende forslag til afgørelse er oprindelsesmedlemsstaten Luxembourg og den medlemsstat, hvor det omhandlede selskab udøver sin erhvervsmæssige virksomhed, Italien.

2. *Genstanden for hovedsagen*

28. Hovedsagen omhandler gyldigheden af overdragelsen af beføjelser til en tredjepart, der ikke er medlem af bestyrelsen, og gyldigheden af dokumenter om overdragelse af et ejendomskompleks. Det er med henblik på at definere genstanden for det præjudicielle spørgsmål vigtigt at sondre mellem tildeling af beføjelser og overdragelse af ejendomskomplekset. Det er i den foreliggende sag efter min opfattelse vigtigt at sondre mellem på den ene side spørgsmålet om *lex societatis*, der finder anvendelse på selskabets handlinger, og på den anden side en medlemsstats begrænsninger for overdragelse af fast ejendom. Selv om det første spørgsmål er omfattet af etableringsfriheden, kan det andet være omfattet af anvendelsesområdet for de frie kapitalbevægelser i artikel 63 TEUF. Man skal med henblik på fastlæggelsen af gældende grundlæggende rettigheder først fastlægge formålet med lovgivningen¹⁶ og tage hensyn til sagens omstændigheder.

29. Det er korrekt, at Corte d'appello di Roma (appeldomstolen i Rom) i hovedsagen fastslog, at selskabets »eneste og samlede aktiver« og følgelig selskabets hovedformål er beliggende i Italien og på det grundlag anvendte de relevante italienske retsfor skrifter. Den synes følgelig at have baseret dens begrundelse for anvendelsen af italiensk ret på, hvor selskabets hovedaktiv befinder sig og følgelig på ejendomsretten over fast ejendom. Den nævnte domstol fastslog navnlig, at tildelingen af beføjelser og de to overdragelsesaftaler, der omhandlede slottet, var omfattet af reglen om *lex rei sitae*, og følgelig havde disse overdragelsesaftaler ingen retskraft i henhold til italiensk ret.

¹⁶ – For så vidt angår fastlæggelsen af, hvorvidt en national foranstaltning er omfattet af anvendelsesområdet for de grundlæggende rettigheder, fremgår det klart af fast retspraksis, at der skal tages hensyn til formålet med den omhandlede lovgivning (jf. navnlig dom af 1.7.2010, *Dijkman og Dijkman-Lavaleije*, C-233/09, EU:C:2010:397, præmis 26, af 13.11.2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, præmis 90, og af 21.5.2015, *Wagner-Raith*, C-560/13, EU:C:2015:347, præmis 31).

30. Jeg skal ikke desto mindre fremhæve, at hovedsagen omhandler gyldigheden af tildelingen af beføjelser til en tredjepart, der ikke er medlem af bestyrelsen. Denne gyldighed synes ikke prima facie at være et spørgsmål vedrørende tinglige rettigheder over fast ejendom¹⁷. Som Kommissionen har gjort gældende i retsmødet ved Domstolen, er gyldigheden af direktørens overdragelse af beføjelserne til en tredjepart et forhold, der vedrører ledelsen og driften af et selskab, der følgelig er omfattet af *lex societatis*, der knytter selskabet til et specifikt retssystem¹⁸. En sådan konklusion støttes af ordlyden af artikel 25, stk. 2, i lov nr. 218/1995, der opregner genstanden for anvendelsen af *lex societatis* i form af eksempelvis »organernes oprettelse, beføjelser og funktionsmåde« og »enhedens repræsentation«. Formålet med den nationale lovgivning er følgelig, at italiensk ret skal finde anvendelse for så vidt angår ovennævnte foranstaltninger, der træffes af udenlandske selskaber, hvilket betyder, at de er omfattet af etableringsfriheden i artikel 49 TEUF.

31. Eftersom genstanden for hovedsagen er spørgsmålet om at identificere den *lex societatis*, der finder anvendelse på et selskab, der er etableret i en anden medlemsstat, bør det spørgsmål, der er forelagt Domstolen af den forelæggende ret, behandles i lyset af etableringsfriheden som defineret i artikel 49 TEUF, hvilket omfatter retten for unionsborgere til at oprette og drive virksomhed under de betingelser, der er fastsat for statsborgerne i den omhandlede medlemsstat, og omfatter i overensstemmelse med artikel 54 TEUF en ret for selskaber i Den Europæiske Union til at udøve virksomhed i den omhandlede medlemsstat via et datterselskab, en filial eller et agentur¹⁹. Såfremt en erhvervsdrivende faktisk har til hensigt at forfølge sin økonomiske aktivitet inden for stabile rammer og i en ubestemt periode, skal den pågældendes situation behandles i lyset af etableringsfriheden som defineret i artikel 49 TEUF²⁰.

32. For så vidt angår tildelingen af beføjelser til en tredjepart, der ikke er medlem af bestyrelsen, foreslår jeg at foretage behandlingen af den omhandlede nationale lovgivning i lyset af denne frihed.

33. Hvad angår overdragelsen af fast ejendom gælder, at såfremt Domstolen skulle foretage en bedømmelse af lovgivningen i lyset af retten til frie kapitalbevægelser, bør det fastslås, at der er enighed om, at handlinger, der vedrører overdragelse af fast ejendom, traditionelt set er omfattet

¹⁷ – For så vidt angår sondringen mellem de selskabsretlige spørgsmål og tinglige rettigheder over fast ejendom jf. eksempelvis artikel 1, stk. 2, litra f), og artikel 4, stk. 1, litra c), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008 af 17.6.2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) (EUT 2008, L 177, s. 6) (herefter »Rom I-forordningen«). Ved at udvide anvendelsen af *lex rei sitae*-reglen til at omfatte tildeling af beføjelser, selv om de to overdragelsesaftaler blev indgået efter overdragelsen, synes Corte d'appello di Roma (appeldomstolen i Rom) efter min opfattelse at have slået tildelingen af beføjelser og overdragelsesaftalerne sammen og anvendt i det væsentlige *lex rei sitae*-reglen for så vidt angår dem begge. Den gav følgelig forrang til denne regel i forhold til den regel, der skal anvendes på tildelingen af beføjelserne. Det tilkommer den forelæggende ret at fastlægge, hvorvidt selve den omstændighed, at der foreligger overdragelsesaftaler for så vidt angår fast ejendom, som eksempelvis slottet, i henhold til national ret er tilstrækkelig til, at tildelingen af beføjelser skal anses for at være knyttet til tinglige rettigheder over fast ejendom. Jeg skal i denne forbindelse fremhæve, at selv om den første overdragelse synes at indeholde et grænseoverskridende element, som Rom I-forordningen kan finde anvendelse på, synes den anden overdragelse at være en transaktion, der er »rent intern«. Den forelæggende ret bør følgelig foretage en prøvelse af, hvorvidt de to overdragelser skal klassificeres og bedømmes samlet.

¹⁸ – De områder, der typisk er omfattet af *lex societatis*, omfatter stiftelsen og opløsningen af selskabet, selskabets navn, retsevne, kapitalstruktur, rettigheder og forpligtelser for medlemmer samt interne ledelsesforhold. Jf. Europa-Kommissionen, Generaldirektoratet for Retlige Anliggender og Forbrugere, E. Schuster, C. Gerner-Beuerle, M. Siems og F. Mucciarelli, *Study on the law applicable to companies – Final report*, Den Europæiske Unions Publikationskontor, 2016, s. 16, tilgængelig på <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/259a1dae-1a8c-11e7-808e-01aa75ed71a1/language-en>. Jf. generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse Verein für Konsumenteninformation (C-272/18, EU:C:2019:679) for så vidt angår udelukkelsen og definitionen af *lex societatis* som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra f), i Rom I-forordningen.

¹⁹ – Jf. navnlig dom af 17.7.2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

²⁰ – Jf. navnlig dom af 29.9.2011, Kommissionen mod Østrig (C-387/10, EU:C:2011:625, præmis 22), og af 23.2.2016, Kommissionen mod Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, præmis 148-150).

af lovgivningen i den medlemsstat, hvor ejendommen er beliggende. Det synes følgelig umiddelbart muligt, at selve anvendelsen af denne lovgivning ikke i sig selv udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser.

3. Foreløbig konklusion

34. Jeg vil i lyset af det ovenstående foreslå, at det præjudicielle spørgsmål bør omformuleres med et fokus på tildelingen af beføjelser til en tredjepart, der ikke er medlem af bestyrelsen. Den regel, der er gældende for tildelingen af beføjelserne, er således adskilt fra og går forud for spørgsmålet om gyldigheden af overdragelserne, der er omfattet af kategorien af de tinglige rettigheder, som en fast ejendom har givet anledning til. Spørgsmålet bør følgelig omformuleres, således at der anmodes om en fastlæggelse af, hvorvidt etableringsfriheden, der er fastlagt i artikel 49 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning, der foreskriver anvendelse af dens nationale ret på handlinger i forbindelse med ledelsen og driften, som eksempelvis tildeling af beføjelser, der foretages af et selskab, der er stiftet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, men hvis hovedformål er beliggende på dens område.

B. Tilsidesættelse af etableringsfriheden

1. Afgrænsning mellem forskelsbehandlingsperspektivet og restriktionsperspektivet

35. Det bør erindres, at i overensstemmelse med artikel 54 TEUF ligestilles selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, for så vidt angår anvendelsen af EUF-traktatens bestemmelser om etableringsfrihed med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne²¹.

36. På området for selskabsretten har medlemsstater siden Überseering-dommen²² skulle anerkende selskaber, der er gyldigt stiftet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, selv om der ikke foreligger en væsentlig tilknytning til denne anden stat. Så snart den er gyldigt stiftet, anses denne enhed for at være berettiget til at udøve etableringsfriheden inden for Den Europæiske Union.

37. I henhold til artikel 49 TEUF, stk. 2, sammenholdt med artikel 54 TEUF, omfatter etableringsfriheden for de selskaber, der er nævnt i sidstnævnte bestemmelse bl.a. retten til at stifte og lede disse selskaber på de vilkår, der er fastsat ved lovgivningen i etableringsmedlemsstaten for egne selskaber²³. Denne frihed omfatter samtlige faser af udviklingen af disse enheder, herunder fra først at få fodfæste på markedet i en medlemsstat til rent faktisk at udøve en aktivitet²⁴. Såfremt det anerkendes, at en medlemsstat frit kunne gennemføre en forskellig behandling alene på grund af, at et selskab har hjemsted i en anden medlemsstat, ville artikel 49 TEUF blive indholdsløs. Etableringsfriheden skal således sikre national behandling i værtsmedlemsstaten, idet den forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af selskabers hjemsted²⁵.

²¹ – Jf. navnlig dom af 29.11.2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, præmis 25).

²² – Dom af 5.11.2002 (C-208/00, EU:C:2002:632).

²³ – Dom af 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 33).

²⁴ – Jf. generaladvokat Hogans forslag til afgørelse VAS Shipping (C-71/20, EU:C:2021:474, punkt 63).

²⁵ – Jf. i denne retning dom af 25.2.2021, Novo Banco (C-712/19, EU:C:2021:137, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis).

38. Det er vigtigt at fremhæve, at etableringsfriheden ikke alene forbyder direkte og indirekte forskelsbehandling (forskelsbehandlingsperspektivet), hvorefter udenlandske selskaber behandles »ringere« end nationale selskaber²⁶, men ligeledes nationale foranstaltninger, der ikke er diskriminerende, men hinder adgangen til markedet (restriktionsperspektivet). Domstolen har i denne forbindelse fastslået, at nationale foranstaltninger, der kan hindre udøvelsen af de grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, udgør en restriktion for denne frihed²⁷. I yderste konsekvens fjerner dette perspektiv i det mindste i teorien behovet for enhver sammenligning eller identifikation af ugunstig behandling for så vidt angår en analog situation.

2. Teorien om det faktiske hovedsæde og stiftelsesteorien

39. Hvad angår anerkendelsen af et selskab i henhold til reglerne om international privatret er der i det væsentlige to forskellige teorier: teorien om det faktiske hjemsted²⁸ og stiftelsesteorien²⁹. Domstolen har fastslået, at lokaliseringen af de i artikel 54 TEUF omhandlede selskabers vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed tjener til at fastlægge deres tilknytning til en medlemsstats retssystem³⁰. I henhold til denne bestemmelse er disse tre tilknytningsfaktorer med andre ord sidestillede³¹. Heraf følger, at det står medlemsstater frit for at vælge, hvilke tilknytningsfaktorer de anvender, og hvilke lovvalgsregler der finder anvendelse. Følgelig vil tilgangen og reglerne om international privatret variere i væsentlig grad fra medlemsstat til medlemsstat³².

40. Henset til, at artikel 54 TEUF på samme måde sidestiller det vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontoret og hovedvirksomheden, har Domstolen fastslået, at da der ikke findes en ensartet definition i EU-retten af, hvilke selskaber etableringsretten gælder for, i henhold til ét enkelt tilknytningskriterium, som fastsætter, hvilken national lovgivning der finder anvendelse på et selskab, kan en medlemsstat således definere såvel den tilknytning, som kræves af et selskab, for at det kan anses for at være stiftet i henhold til national ret og dermed er omfattet af etableringsretten, som den tilknytning, der kræves for efterfølgende at opretholde denne egenskab³³.

41. Det skal i den foreliggende sag påpeges, at det præjudicielle spørgsmål omhandler et selskab, der *allerede* er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i en medlemsstat, og som foretog handlinger i forbindelse med ledelsen og driften vedrørende et aktiv, der er beliggende i en anden medlemsstat. En sådan situation synes principielt at være omfattet af artikel 25, stk. 1, første punktum, i lov nr. 218/1995, der bestemmer, at selskaber, der er stiftet i en anden stat, er

²⁶ – Som forklaret i generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Hornbach-Baumarkt (C-382/16, EU:C:2017:974, punkt 29) gælder, at »[f]or at anse en national foranstaltning i strid med etableringsfriheden ud fra et forskelsbehandlings synspunkt skal ensartede situationer behandles forskelligt til skade for selskaber, som udøver deres etableringsfrihed«.

²⁷ – Dom af 30.11.1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, præmis 37). Jf. ligeledes dom af 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, præmis 56). I den seneste retspraksis omfatter den formulering, som Domstolen anvender, foranstaltninger, som *forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af etableringsfriheden mindre attraktiv* (dom af 27.2.2019, Associação Peço a Palavra m.fl., C-563/17, EU:C:2019:144, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

²⁸ – Ifølge teorien om det faktiske hovedsæde er det lovgivningen i den stat, hvor selskabet har sit hovedkontor og faktiske hovedsæde, der afgør, hvilken lovgivning der finder anvendelse.

²⁹ – Stiftelsesteorien henviser på den anden side til lovgivningen i den stat, hvor selskabet blev stiftet.

³⁰ – Jf. i denne retning dom af 13.7.2023, Xella Magyarorszá (C-106/22, EU:C:2023:568, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

³¹ – Dom af 27.9.1988, Daily Mail og General Trust (81/87, EU:C:1988:456, præmis 19-21), og af 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 34).

³² – Jf. undersøgelsen fra 2016, der er nævnt i fodnote 18. Jf. med henblik på forskellene mellem nationale selskabsretlige lovgivninger M. Andenas og F. Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2010.

³³ – Jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, præmis 109 og 110).

underlagt lovgivningen i denne stat. Artikel 25, stk. 1, andet punktum, i lov nr. 218/1995 udvider imidlertid anvendelsesområdet for italiensk ret til et selskab, der har sit »hovedkontor« eller »hovedformål« i Italien. Dette punktum tilføjer følgelig to yderligere lovvalgsregler, der i det væsentlige er baseret på selskabets faktiske hovedsæde og på dette selskabs hovedformål. Baseret på den forklaring, der er givet af den forelæggende ret, forholder det sig således, at selv om stiftelsesteorien synes at være hovedreglen, omfatter anvendelsen af italiensk ret ligeledes selskaber, der har deres hovedkontor og hovedformål i denne stat.

42. Sammenfattende anvender artikel 25, stk. 1, første punktum, i lov nr. 218/1995 stiftelseskriteriet, hvilket følgelig bekræfter anvendelsen af luxembourgsk lovgivning i den foreliggende sag. Anvendelsen af andet punktum i denne bestemmelse fører imidlertid til de italienske myndigheders anvendelse af italiensk ret på den omhandlede tildeling af beføjelser. Domstolen har, så vidt jeg ved, ikke endnu taget stilling til en situation, der omhandler foreneligheden med EU-retten af en national foranstaltning, der indfører en kumulativ anvendelse af flere lovvalgsregler.

43. Som nævnt ovenfor³⁴ gælder, at da der ikke på EU-plan findes ensartede regler, er fastlæggelsen af tilknytningsfaktorer i denne forbindelse omfattet af den nationale selvbestemmelsesret. Således synes etableringsfriheden ikke umiddelbart at være til hinder for national lovgivning, der indfører en kumulativ anvendelse af flere lovvalgsregler. Når der imidlertid skal foretages en behandling af *virksomheden* af den omhandlede nationale foranstaltning, bliver det klart, at den hindrer udøvelsen af etableringsfriheden, der beskrevet i artikel 49 TEUF, og gør udøvelsen heraf mindre tiltrækkende.

3. Restriktionsperspektivet i den foreliggende sag

44. Idet STE i den foreliggende sag var stiftet i henhold til luxembourgsk lovgivning med sit registrerede hjemsted i denne medlemsstat, er handlinger, der foretages af ledelsen, og driften af dette selskab genstand for luxembourgsk lovgivning. Denne situation er umiddelbart omfattet af lovvalgsreglerne i artikel 25, stk. 1, første punktum, i lov nr. 218/1995.

45. Ved at kræve, at et selskab, der er stiftet i Luxembourg, træffer ledelses- og driftsmæssige foranstaltninger, der er i overensstemmelse med italiensk ret, pålægger artikel 25, stk. 1, andet punktum, i lov nr. 218/1995 effektivt dette selskab en *kumulativ* forpligtelse til at overholde de selskabsretlige lovgivninger i to forskellige stater. Det er pr. definition umuligt at sammenligne denne situation med de vilkår, som gælder for italienske selskaber. Disse selskaber er allerede genstand for italiensk ret, og eftersom kriteriet om »hovedformål«, der er valgt af den italienske lovgiver, uløseligt alene finder anvendelse for grænseoverskridende situationer, er det irrelevant for disse selskaber. Det er følgelig umuligt eller i hvert fald som minimum tautologisk set at gøre gældende, at den omhandlede italienske foranstaltning udgør forskelsbehandling af de omhandlede selskaber, og at denne forskelsbehandling stiller udenlandske selskaber ringere sammenlignet med nationale selskaber. Jeg er følgelig af den opfattelse, at reglerne for fastlæggelse af den gældende selskabsretlige lovgivning ikke foretager nogen sondring ud fra et selskabs hjemsted eller »oprindelse«, og at nationale og udenlandske selskaber for så vidt angår kriteriet »hovedformål« ikke kan sammenlignes. Det følger, at der efter min opfattelse bør ses bort fra forskelsbehandlingsperspektivet i den foreliggende sag.

³⁴ – Punkt 39 og 40 ovenfor.

46. Spørgsmålet opstår følgelig, hvorvidt anvendelsen af den regel, der er fastsat i artikel 25, stk. 1, andet punktum, i lov nr. 218/1995, hindrer eller gør udøvelsen af etableringsfriheden mindre attraktiv³⁵.

47. Dette bør efter min opfattelse besvares bekræftende. Den *kumulative* anvendelse af selskabsretten i oprindelsesmedlemsstaten og i italiensk ret, sidstnævnte fordi selskabets »hovedformål« er beliggende i Italien, betyder, at de selskabsretlige organer samtidig kan være pålagt de krav, der er indført ved lovgivningen i oprindelsesmedlemsstaten, og i den medlemsstat, hvor »hovedformålet« er beliggende. En sådan generel dobbelt byrde kan i teorien gøre det mindre attraktivt for et selskab, der er etableret i oprindelsesmedlemsstaten (i den foreliggende sag, Luxembourg), at udføre aktiviteter for så vidt angår fast ejendom, der er beliggende i Italien, og derved hindre udøvelsen af etableringsfriheden.

48. I den foreliggende sag er det imidlertid ikke STE, dvs. selskabet, der har udøvet sin etableringsret, som ønsker at påberåbe sig etableringsretten. Det er derimod snarere de to modtagere af de overdragelser, der er foretaget af STE, nemlig ST og Edil Work 2, der ønsker at påberåbe sig denne ret. Under hensyn til sagens specifikke omstændigheder er jeg følgelig af den opfattelse, at den omstændighed, at den kumulative anvendelse af selskabslovgivningen i to medlemsstater skaber en usikkerhed om retsstillingen for medkontrahenten til et selskab, der ønsker at påberåbe sig to nationale lovgivninger med henblik på at tilsidesætte de beføjelser, der er indrømmet af dets direktør, og at beskytte dette selskabs interesser. Sammenholdt med retssikkerhedsprincippet³⁶ forholder det sig nemlig således, at når der indgås et retsforhold som eksempelvis en kontrakt, skal en part kunne vide, hvilken national lovgivning der finder anvendelse på det omhandlede selskab. Anvendelsen af artikel 25, stk. 1, andet punktum, i lov nr. 218/1995 i forbindelse med den omhandlede tildeling af beføjelser med henblik på at tilsidesætte de to efterfølgende overdragelser fører til usikkerhed om retsstillingen for modtagerne, eftersom STE var gyldigt stiftet i henhold til luxembourgsk lovgivning og angiveligt overholdt dette lands selskabsretlige lovgivning. Forud for STE's sagsanlæg, hvorved selskabet i det væsentlige påberåber sig anvendelsen af italiensk ret til trods for, at det har flyttet sig selv til Luxembourg og omdannet sig til et luxembourgsk selskab, var der ikke noget, der pegede i retning af, at dette selskab, ud over at være underlagt luxembourgsk ret, ligeledes var underlagt italiensk selskabsret, herunder de deri indeholdte beskyttelsesforanstaltninger. STE har påberåbt sig denne ret og støtter sig på anvendelsen af italiensk ret med tilbagevirkende kraft for så vidt angår den omhandlede tildeling, der følgelig ville kunne føre til usikkerhed om retsstillingen for modtagerne af disse overdragelser.

49. Det er åbenlyst, at en sådan selektiv udvælgelse af, hvilket lands lovgivning der finder anvendelse, og overlapningen mellem to nationale lovgivninger kan føre til betydelig usikkerhed og en finansiel byrde for selskabets medkontrahenter, hvor selskabet ønsker at påberåbe sig de selskabsretlige lovgivninger i to stater. Såfremt en person, der udøver sin etableringsfrihed, kan ophæve det retsforhold, der er skabt i henhold til denne frihed med tilbagevirkende kraft, ville en sådan tilbagekaldelse i alvorlig grad underminere etableringsfrihedens effektivitet.

³⁵ – Jf. punkt 38 ovenfor.

³⁶ – Domstolen har fastslået, at retssikkerhedsprincippet og det hermed sammenhængende princip om beskyttelse af den berettigede forventning kræver, at retsregler, som har bebyrdende retsvirkninger for borgerne, skal være klare og præcise, og deres anvendelse skal være forudsigelig for borgerne (dom af 12.12.2013, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, C-362/12, EU:C:2013:834, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).

50. Anvendelsen af italiensk ret på en handling, der er foretaget i henhold til selskabsretten som eksempelvis den omhandlede tildeling af beføjelser, synes endvidere at blive udløst af en anden tilknytningsfaktor, hvilket er tinglige rettigheder over fast ejendom. Udvidelsen af begrebet »hovedformål« til handlinger, der ligger forud for handlinger, der vedrører tinglige rettigheder i fast ejendom, uden nogen yderligere forklaring på hvorfor og hvordan, kan tilsidesætte princippet om juridisk klarhed og følgelig retssikkerheden for aftalens parter.

51. Jeg skal endelig for fuldstændighedens skyld tilføje, at eftersom artikel 49 TEUF har direkte virkning³⁷, er den afgørende faktor i hovedsagen, hvorvidt det materielle indhold af etableringsfriheden, der er fastsat i denne bestemmelse, kan strækkes så vidt, at kontrakten og følgelig aftalens parter i hovedsagen ligeledes er beskyttet ved denne bestemmelse. Jeg skal i denne forbindelse anføre, at forbuddet mod indførelse af restriktioner for etableringsfriheden i artikel 49 TEUF kan påberåbes af de personer, der udøver deres etableringsfrihed, ved at udføre aktiviteter i en anden medlemsstat, men ligeledes af deres medkontrahenter, særligt når der foreligger grænseoverskridende elementer, som i den foreliggende sag, hvor STE, der er et luxembourgsk selskab, tildelte beføjelser til sin generalfuldmægtig, der flyttede selskabets hovedaktiver til ST, et italiensk selskab, og hvor disse transaktioner var blevet anfægtet i henhold til italiensk ret³⁸. ST's individuelle ret (og indirekte Edil Work 2's ret) er følgelig ud fra en materielretlig synsvinkel omfattet af ovennævnte forbud. Jeg skal tilføje, at da STE udøvede sin etableringsfrihed, skabte selskabet en situation, der var omfattet af anvendelsesområdet for denne frihed. De efterfølgende transaktioner, som eksempelvis tildelingen af beføjelser og overdragelsen af slottet, var omfattet af etableringsfriheden. Såfremt følgelig en tredjemand fastlægger, at der består en forbindelse til den situation, der er skabt i henhold til denne frihed, bør vedkommende kunne påberåbe sig artikel 49 TEUF³⁹.

52. Heraf følger, at anvendelsen af italiensk ret i henhold til artikel 25, stk. 1, i lov nr. 218/1995, sammenholdt med artikel 2381, stk. 2, i den civile lovbog, på overdragelsen af de omhandlede beføjelser efter min opfattelse udgør en restriktion for udøvelsen af etableringsfriheden i strid med artikel 49 TEUF.

C. Begrundelse

53. Nationale foranstaltninger, der begrænser etableringsfriheden, kan være begrundede og forholdsmæssige. Domstolen har løbende fastslået, at en ikke-diskriminerende national foranstaltning, der hindrer etableringsfriheden eller gør den mindre attraktiv, kan tillades, hvis den er begrundet i »tvingende almene hensyn«⁴⁰. Disse foranstaltninger skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det pågældende mål og ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det⁴¹.

³⁷ – Dom af 29.11.2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, præmis 42).

³⁸ – Jeg skal under alle omstændigheder, som anført af generaladvokat Kokott i hendes forslag til afgørelse Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:222, punkt 83 og den i fodnote 52 nævnte retspraksis), påpege, at Domstolen ved talrige lejligheder i forbindelse med forskellige grundlæggende friheder har fastslået, at også andre personer end dem, der umiddelbart kan drage fordel af den grundlæggende frihed, skal kunne have gavn heraf, hvis den grundlæggende frihed ellers ikke kan få fuld virkning.

³⁹ – Domstolen accepterede eksempelvis i dom af 16.7.2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, præmis 59), at en person, der ikke var genstand for forskelsbehandling i form af en tilsidesættelse af en subjektiv rettighed, kunne indlede et søgsmål om forskelsbehandling på vegne af »størstedelen af de andre beboere i den bydel, hvor [den pågældende drev] sin forretning«. Det kan følgelig anføres, at den person, der er direkte knyttet til den omhandlede situation, bør kunne forsvare sine rettigheder.

⁴⁰ – Jf. i denne retning dom af 3.2.2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

⁴¹ – Dom af 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 52).

54. Det skal indledningsvis påpeges, at den forelæggende ret ikke præciserer de grunde, der begrunder en restriktion for etableringsfriheden, der er forårsaget ved anvendelsen af italiensk ret på ledelsen og driften af et selskab, der er gyldigt stiftet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, men som udfører sin erhvervsmæssige virksomhed og har sit hovedformål i Italien. Disse oplysninger fremgår heller ikke klart af ordlyden af artikel 25, stk. 1, i lov nr. 218/1995 eller artikel 2381, stk. 2, i den civile lovbog.

55. Den italienske regering har i sit skriftlige indlæg imidlertid anført, at grunde, der er knyttet til beskyttelse af selskabsdeltagere, kreditorer, ansatte og tredjeparter, kræver, at den omhandlede tildeling af beføjelser skal være underlagt italiensk ret. Jeg skal nævne, at regeringens argumenter i retsmødet fokuserede på beskyttelsen af selskabsdeltagerne frem for beskyttelsen af andre tredjeparters interesser, der i det væsentlige ikke blev påberåbt. Den italienske regering har yderligere gjort gældende, at anvendelsen af italiensk ret er nødvendig, for så vidt som STE's etablering i Luxembourg ikke svarer til udøvelsen af en erhvervsvirksomhed i denne medlemsstat og følgelig udgør misbrug. Ifølge den italienske regering tillader EU-retten ikke oprettelsen af rent kunstige selskabsarrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet. Jeg vil under hensyntagen til disse to hovedargumenter foretage en bedømmelse af beskyttelsen af selskabsdeltagerne og det påståede misbrug.

1. Beskyttelse af selskabsdeltagerne

56. Jeg skal påpege, at Domstolen allerede har accepteret, at beskyttelsen af minoritetsselskabsdeltageres interesser under visse omstændigheder og med forbehold af visse betingelser kan begrunde restriktioner for etableringsfriheden⁴². Domstolen har anerkendt behovet for at beskytte »minoritetsselskabsdeltagere«. I ganske særlige situationer, når medlemsstaten har fastsat restriktioner, der har til formål at beskytte *samtlig*e selskabsdeltagere uanset deres deltagelse i selskabet, udelukker jeg imidlertid ikke muligheden for, at formålet om at beskytte selskabsdeltagere (generel set) kan udgøre en sådan begrundelse⁴³.

57. Artikel 25, stk. 1, i lov nr. 218/1995 præciserer ikke desto mindre på ingen måde de almene hensyn, der førte til, at den italienske lovgiver vedtog denne bestemmelse. Det er følgelig vanskeligt at fastlægge de formål, som denne foranstaltning har til formål at opnå, og følgelig at fastlægge, hvorvidt den faktisk forfølger dette formål. Navnlig fremgår det umiddelbart, at den italienske lovgivning, navnlig artikel 2381, stk. 2, i den civile lovbog, der er til hinder for overdragelse af beføjelser til en tredjepart, der ikke er bestyrelsesmedlem i selskabet, har til formål at beskytte disse medlemmers interesser og den position, der er tillagt den øverste ledelse, således at bestemmelsen alene regulerer forholdet mellem medlemmerne af bestyrelsen. Det er følgelig uklart, hvorvidt den omhandlede foranstaltning blev truffet med henblik på at sikre beskyttelsen af selskabsdeltagerne. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at foretage denne bedømmelse.

58. Jeg skal ud fra en antagelse om, at de almene hensyn, der varetages, faktisk er beskyttelsen af selskabsdeltagere, fremhæve, at anvendelsen af artikel 25, stk. 1, andet punktum, i lov nr. 218/1995, sammenholdt med artikel 2381, stk. 2, i den civile lovbog, kan gå videre end

⁴² – Jf. i denne retning dom af 5.11.2002, *Überseering* (C-208/00, EU:C:2002:632, præmis 92), og af 25.10.2017, *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 54).

⁴³ – Hensigten om at beskytte mindretalsdeltagere er generelt knyttet til spørgsmålet om bilæggelse af interne tvister inden for selskaber, som eksempelvis tvister mellem aktionærene indbyrdes eller uoverensstemmelser mellem aktionærene og ledelsen eller mellem selskabet og dets ledelse (jf. generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse *Dédouch m.fl.*, C-560/16, EU:C:2017:872, punkt 21). Denne beskyttelse kan imidlertid være nødvendig med henblik på samtlige selskabsdeltagere.

nødvendigt med henblik på at beskytte denne interesse. Som den foreliggende sag viser, skyldes dette, at anvendelsen af italiensk ret i forhold til en handling, der foretages i forbindelse med ledelsen og driften af et selskab, der var gyldigt stiftet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, men som driver erhvervsmæssig virksomhed i Italien uden at tage hensyn til, hvorvidt selskabsdeltagernes interesser allerede er beskyttet af denne medlemsstats selskabsret. Artikel 25, stk. 1, andet punktum, i lov nr. 218/1995 finder med andre ord anvendelse uden forskel på *samtlig*e selskaber, der er beliggende i *samtlig*e medlemsstater, og for så vidt angår *samtlig*e handlinger uden hensyntagen til, hvorvidt selskabsdeltagernes interesser *allerede* i tilstrækkelig grad er beskyttet i en anden medlemsstat ved andre mindre restriktive foranstaltninger, eksempelvis et krav om, at bestyrelsesmedlemmer skal underrettes om salget af selskabets faste ejendom, og denne bestyrelses mulighed for at tilbagekalde dette salg.

59. Jeg er under disse omstændigheder i tvivl om, hvorvidt den restriktion, der udspringer af anvendelsen af disse bestemmelser i italiensk ret, er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Artikel 25, stk. 1, andet punktum, i lov nr. 218/1995 går for det første videre end nødvendigt, idet bestemmelsen finder anvendelse uden forskel på *samtlig*e tilfælde af generalfuldmagter, der indrømmes en tredjepart uden for selskabet. Der findes for det andet mindre indgribende alternative foranstaltninger såsom at efterprøve, hvorvidt der allerede i tilstrækkelig grad er taget hensyn til de beskyttede interesser i lovgivningen i den stat, hvori selskabet er stiftet, hvilket kan være tilfældet i hovedsagen, navnlig eftersom selskabsdeltagerne var eller kunne have været klar over tildelingen af beføjelser og de omhandlede efterfølgende handlinger.

2. Misbrug

60. Indledningsvis skal det præciseres, at ifølge fast retspraksis udgør det forhold, at en person vælger at stifte et selskab i den medlemsstat, hvis selskabsretlige regler forekommer den pågældende at være de mindst byrdefulde eller bedst egnede til at forfølge den pågældendes erhvervsmæssige formål, og følgelig at drive erhvervsmæssig virksomhed i en anden medlemsstat, en lovlig udøvelse af etableringsfriheden⁴⁴. Ifølge Domstolen udgør det forhold, at et selskabs hjemsted eller hovedsæde var oprettet i overensstemmelse med lovgivningen i en medlemsstat med henblik på at benytte en mere fordelagtig lovgivning, ikke i sig selv et misbrug⁴⁵. Når dette er sagt, er etableringsfriheden ikke til hinder for, at medlemsstater er på vagt over for »postkasse- eller skærmselskaber«⁴⁶. Det følger af Domstolens praksis, at medlemsstater har mulighed for at træffe enhver foranstaltning, som er egnet til at hindre eller sanktionere svigagtige forhold, og som kan udgøre en begrundelse for en restriktion⁴⁷. Medlemsstater kan navnlig træffe foranstaltninger med henblik på at hindre »rent kunstige

⁴⁴ – Dom af 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, præmis 27).

⁴⁵ – Ibidem. Jf. ligeledes dom af 30.9.2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, præmis 96).

⁴⁶ – Jf. generaladvokat Poiras Maduros forslag til afgørelse Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:294, punkt 29), der henviser til dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 68).

⁴⁷ – Jf. i denne retning dom af 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 61).

arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet«, og som har til formål at omgå national lovgivning⁴⁸. I dommen i sagen Polbud – Wykonawstwo⁴⁹ mindede Domstolen senest om dens faste praksis, hvorefter der ikke skal gælde en generel formodning om svig eller misbrug⁵⁰.

61. I den foreliggende sag betyder den generelle anvendelse af italiensk ret til at bekæmpe misbrug i forhold til *samtlig*e selskabsretlige handlinger, der foretages af *alle* selskaber fra *samtlig*e andre medlemsstater, når selskabets »hovedformål« er beliggende i Italien, fastlæggelsen af en generel formodning om svig eller misbrug. For at den omhandlede foranstaltning kan anses for at være forholdsmæssig, bør den afspejle karakteren af de handlinger, der kan anses for at udgøre svig, og karakteren af de selskaber, som de specifikt er rettet mod. En sådan restriktion bør endvidere støttes af troværdig data og forklares på en korrekt måde. Jeg vil følgelig foreslå, at Domstolen fastslår, at den meget generelle affattelse af artikel 25, stk. 1, andet punktum, i lov nr. 218/1995, der ikke foretager nogen sondring mellem de forskellige konkrete situationer, der kan opstå, snarere fører til konklusionen om, at bestemmelsen ikke overholder proportionalitetsprincippet.

62. Jeg skal endvidere fremhæve, at det følger af fast retspraksis, at en medlemsstat kan træffe foranstaltninger med henblik på at hindre, at visse af dens statsborgere gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder søger at unddrage sig deres nationale lovgivning⁵¹. Det fremgår imidlertid i hovedsagen, at den mulige præcisering af, at STE's adfærd udgør »misbrug«, er irrelevant i forbindelse med besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål, eftersom Italien synes at have godtaget, at STE er stiftet i Luxembourg.

63. Jeg er i lyset af de oplysninger, der er fremlagt for Domstolen, af den opfattelse, at den angivelige restriktion for etableringsfriheden, der udspringer af anvendelsen af italiensk ret i forhold til udenlandske selskaber, der har deres »hovedformål« i Italien, ikke er begrundet. Det præjudicielle spørgsmål bør følgelig besvares bekræftende.

IV. Forslag til afgørelse

64. Jeg vil i lyset af de forudgående betragtninger foreslå, at Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål fra Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol, Italien) som følger:

»Etableringsfriheden, der er fastlagt i artikel 49 TEUF, skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning, der foreskriver anvendelse af dens nationale ret med tilbagevirkende kraft for så vidt angår handlinger, der er foretaget i forbindelse med driften og ledelsen, såsom tildeling af beføjelser, der foretages af et selskab, der er stiftet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, da dette selskabs hovedformål er beliggende på førstnævnte medlemsstats område, med henblik på at fastslå, at en efterfølgende overdragelse af fast ejendom er ugyldig.«

⁴⁸ – Jf. i denne retning dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 51-55).

⁴⁹ – Dom af 25.10.2017 (C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 63 og 64).

⁵⁰ – Domstolen støttede sig på tidligere retspraksis, hvorefter selve den omstændighed, at et selskab flytter sit hovedsæde til en anden medlemsstat, ikke kan skabe en generel formodning for skatteunddragelse og begrunde en foranstaltning, der er i strid med udøvelsen af en af de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved traktaten (jf. i denne retning dom af 26.9.2000, Kommissionen mod Belgien, C-478/98, EU:C:2000:497, præmis 45, af 4.3.2004, Kommissionen mod Frankrig, C-334/02, EU:C:2004:129, præmis 27, og af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 50).

⁵¹ – Jf. i denne retning dom af 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 39).