



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE

LAILE MEDINA,

predstavljeni 19. oktobra 2023¹

Zadeva C-276/22

Edil Work 2 S.r.l.,

S.T. S.r.l.

proti

STE S.a.r.l.,

ob udeležbi

CM

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče, Italija))

„Svoboda ustanavljanja – Člena 49 in 54 PDEU – Področje uporabe – Čezmejne dejavnosti – Opravljanje dejavnosti v državi članici, ki ni država članica ustanovitve – *Lex societatis* – Upravljanje in organizacija družb – Glavna dejavnost – Pravo, ki se uporablja“

1. Italijanska družba, katere glavno premoženje je bil nepremičninski kompleks v Italiji, je svoj sedež prenesla v Luksemburg. Družba se je preoblikovala v družbo z omejeno odgovornostjo luksemburškega prava. Šest let kasneje so družbeniki družbe imenovali edino poslovodjo, ta pa je imenovala pooblaščenega zastopnika. Pooblaščen zastopnik je nato lastništvo nad navedenim nepremičninskim kompleksom prenesel na drugo družbo, S.T. S.r.l. (v nadaljevanju: ST), ta pa je ga je prodala tožeči stranki v postopku v glavni stvari, to je družbi Edil Work 2 S.r.l (v nadaljevanju: Edil Work 2).

2. Spor v postopku v glavni stvari se v bistvu nanaša na veljavnost navedenih dveh prenosov, ki je odvisna od nacionalnega prava, ki se uporablja za zadevno podelitev pooblastil. Če bi veljalo luksemburško pravo, bi bila navedena prenosa po tem pravu veljavna; če pa bi se, nasprotno, uporabljalo italijansko pravo, ta prenosa ne bi bila veljavna v skladu z določbo, po kateri je mogoče splošno pooblastilo podeliti samo članom upravnega odbora družbe.

3. V teh okoliščinah je Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče, Italija) Sodišču v predhodno odločanje predložilo vprašanje, ki se v bistvu nanaša na združljivost italijanske zakonodaje o mednarodnem zasebnem pravu, ki določa, da za družbo, ki ima statutarni sedež v drugi državi članici Evropske unije, velja italijansko pravo, če je bodisi ustanovljena v Italiji bodisi ima v Italiji sedež uprave ali „glavno dejavnost“, s členoma 49 in 54 PDEU.²

¹ Jezik izvirnika: angleščina.

² Pojem „glavna dejavnost“ v predlogu za sprejetje predhodne odločbe ni opredeljen. Vendar predložitveno sodišče pojasnjuje, da je višje sodišče menilo, da v primeru družbe STE S.a.r.l. (v nadaljevanju: STE), ki je luksemburška družba z omejeno odgovornostjo, „glavno dejavnost“ predstavlja nepremičninski kompleks, ki je „edino in celotno premoženje“ družbe.

I. Pravni okvir

4. Člen 25 legge di diritto internazionale privato (legge 218/1995)³ (zakon o mednarodnem zasebnem pravu št. 218/1995, v nadaljevanju: zakon št. 218/1995), naslovljen „Družbe in drugi subjekti“, določa:

„1. Družbe, združenja, fundacije in vse druge subjekte, javne ali zasebne, tudi če nimajo lastnosti združenja, ureja pravo države, na ozemlju katere so bili ustanovljeni. Italijansko pravo pa se uporablja, če je sedež uprave v Italiji oziroma če je v Italiji glavna dejavnost teh subjektov.

2. Pravo, ki se uporablja za te subjekte, ureja zlasti: (a) pravno obliko; (b) ime ali firmo; (c) ustanovitev, preoblikovanje ali prenehanje; (d) sposobnost; (e) oblikovanje, pooblastila in način delovanja organov; (f) zastopanje subjekta; (g) način pridobitve in izgube statusa partnerja ali družbenika ter njihove pravice in obveznosti; (h) odgovornost za obveznosti subjekta; (i) posledice kršitve zakona ali ustanovnega akta.

3. Prenosi statutarnega sedeža podjetja v drugo državo in združitve subjektov s statutarnimi sedeži v različnih državah so veljavni samo, če so izvedeni v skladu s pravom zadevnih držav“.

5. Člen 2381(2) italijanskega civilnega zakonika določa, da lahko upravni odbor, če ustanovni akt ali skupščina to dopušča, svoja pooblastila prenese na izvršni odbor, ki ga sestavljajo nekateri od njegovih članov, ali na enega ali več članov upravnega odbora. Predložitveno sodišče navaja, da lahko v skladu z navedeno določbo upravni odbor družbe z omejeno odgovornostjo pooblastila podeli samo članom upravnega odbora.

II. Dejansko stanje

6. Italijanska družba z omejeno odgovornostjo, katere premoženje in dejavnost sestavlja izključno nepremičninski kompleks v bližini Rima, imenovan Castello di Tor Crescenza (v nadaljevanju: nepremičninski kompleks), je leta 2004 svoj statutarni sedež prenesla v Veliko vojvodstvo Luksemburg, kjer je bila registrirana in se je preimenovala v STE, to je družbo z omejeno odgovornostjo (v nadaljevanju: STE). V Luksemburgu je 30. avgusta 2010 potekala izredna skupščina družbenikov družbe STE, na kateri je bila oseba SB imenovana za edino poslovodjo (*gérante*).⁴ Ob tej priložnosti je SB imenovala osebo FF za pooblaščenega zastopnika (*mandataire générale*) družbe STE in mu podelila pooblastilo, da „v Velikem vojvodstvu Luksemburg in v tujini v imenu in za račun družbe opravi vse potrebne posle in transakcije, brez izjem in izključitev, vendar v vseh primerih v mejah dejavnosti družbe“.

7. FF je leta 2012 nepremičninski kompleks prenesel na italijansko družbo ST, ta pa ga je nato prenesla na italijansko družbo Edil Work 2, ki je bila pod nadzorom FF

8. Družba STE je leta 2013 zoper družbi ST in Edil Work 2 pri Tribunale di Roma (sodišče v Rimu, Italija) vložila tožbo, s katero je predlagala, naj se oba akta o prenosu razglasita za nična, ker naj podelitev pooblastil FF ne bi bila veljavna. Tribunale di Roma (sodišče v Rimu) je predlog zavrnilo, ker je menilo, da so bila pooblastila FF podeljena zakonito.

³ GURI št. 128, 3. junij 1995.

⁴ Iz spisa, predloženega Sodišču, je razvidno, da je bila družba STE do leta 2010 v 90-odstotni lasti družbe STA s.r.l., ki je bila v izključni lasti FF. Preostalih 10 % delnic je bilo v lasti soproge FF, SB. Leta 2010 pa je družba STA s.r.l. na SB prenesla 40 % delnic.

9. Corte d'appello di Roma (višje sodišče v Rimu, Italija) je v pritožbenem postopku temu predlogu ugodilo. Najprej je navedlo, da se na podlagi člena 25(1) zakona št. 218/1995 uporablja italijansko pravo, saj se nepremičninski kompleks, ki je „edino in celotno premoženje“ družbe in torej „glavna dejavnost“, nahaja v Italiji. To sodišče je nato ugotovilo, da je prenos neomejenih pooblastil za upravljanje osebi, ki je glede na družbo tretja oseba, kot je FF, v nasprotju s členom 2381(2) civilnega zakonika, ki določa, da lahko upravni odbor družbe prenese pooblastila samo na člane tega upravnega odbora. To sodišče je zato ugotovilo, da je pravni posel, s katerim je edina poslovodja družbe pooblastila prenesla na FF, ničten in da sta zato kasnejši razpolaganji, s katerima je bil nepremičninski kompleks prenesen na toženi družbi, neveljavni.

10. Družbi Edil Work 2 in ST sta zoper to odločbo vložili pritožbo pri Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče), s katero sta ugovarjali uporabi drugega dela odstavka 1 člena 25 zakona št. 218/1995, ker Corte d'appello di Roma (višje sodišče v Rimu) ni upoštevalo, da na pomen in področje uporabe te določbe močno vpliva pravo Unije, v skladu s katerim se nacionalno pravo ne uporabi, če njegova razlaga ni združljiva s pravom Unije.

11. Nasprotna stranka, družba STE, je nasprotovala pritožbi, pri čemer je zlasti trdila, da je zato, ker je glavna dejavnost družbe v Italiji, treba veljavnost pooblastil, podeljenih FF, in nadaljnjih prenosov družbama pritožnicama preučiti na podlagi italijanskega prava brez vpliva razlage prava Unije.

12. Predložitveno sodišče uvodoma ugotavlja, da je iz člena 25(3) zakona št. 218/1995 jasno razvidno, da ta določba omogoča preoblikovanje italijanskih družb v tuje družbe s prenosom njihovega statutarnega sedeža v drugo državo članico, če je prenos veljaven tako v matični kot v ciljni državi članici. Poleg tega ta prenos niti po tem, ko je družba izbrisana iz italijanskega registra, nima za posledico prenehanja pravne osebnosti te družbe.

13. Po navedbah predložitvenega sodišča se postavlja vprašanje, ali to, da je bila družba STE, ki je obdržala glavni kraj poslovanja v Italiji, ustanovljena kot luksemburška družba, pomeni, da za akte o upravljanju in organizaciji te družbe velja luksemburško pravo, v skladu s katerim bi bila zadevna podelitev pooblastil veljavna. Če bi se, nasprotno, uporabljalo italijansko pravo, bi bila zadevna podelitev pooblastil neveljavna.

14. Kar zadeva določitev prava, ki se uporablja za podelitev pooblastil, predložitveno sodišče ugotavlja, da je v skladu s prvim stavkom člena 25(1) zakona št. 218/1995 splošna navezna okoliščina kraj, v katerem je bila družba ustanovljena. Tako bi v skladu s tem stavkom v obravnavani zadevi zadevno podelitev pooblastil moralo urejati luksemburško pravo. Vendar je z drugim stavkom navedene določbe uvedena izjema od tega pravila, v skladu s katero se za družbe, ki imajo „glavno dejavnost“ v Italiji, uporablja italijansko pravo. V skladu s to izjemo bi se za zadevno podelitev pooblastil tako uporabljalo italijansko pravo, saj je edino premoženje in torej glavna dejavnost te družbe, to je nepremičninski kompleks, v Italiji. V zadnjenavedenem primeru bi bila podelitev pooblastil upravnega odbora osebi, ki je glede na družbo tretja oseba, v obravnavani zadevi FF, po italijanskem pravu nezakonita, saj člen 2381(2) civilnega zakonika določa, da lahko upravni odbor družbe z omejeno odgovornostjo⁵ pooblastila prenese samo na člane tega upravnega odbora.

⁵ Tako družba STA kot družba STE sta družbi z omejeno odgovornostjo.

15. V teh okoliščinah predložitveno sodišče navaja, da, prvič, ker pravica do ustanavljanja v skladu s členom 49 PDEU zajema pravico družbe ali podjetja, ustanovljenega v skladu z zakonodajo ene države članice, da se preoblikuje v družbo druge države članice, če so izpolnjeni pogoji, ki jih določa zakonodaja te druge države članice, in zlasti merilo navezne okoliščine, ki jo določi ta druga država članica, dejstvo, da se prenese samo statutarni sedež, ne pa sedež uprave ali glavni kraj poslovanja, samo po sebi ne izključuje uporabe pravice do ustanavljanja.

16. Drugič, predložitveno sodišče opozarja, da pravica do ustanavljanja iz člena 49 PDEU ne vključuje samo ustanavljanja podjetij, temveč tudi njihovo upravljanje. Take dejavnosti je treba v skladu z uvodno izjavo 2 Direktive (EU) 2019/2121⁶ izvajati pod pogoji, ki jih določa zakonodaja države članice ustanovitve. V obravnavani zadevi ni sporno, da je ta država članica Luksemburg.

17. Tretjič, predložitveno sodišče ugotavlja, da člen 2507 civilnega zakonika, ki je v poglavju „Družbe, ustanovljene v tujini“, določa, da je treba določbe iz navedenega poglavja razlagati v skladu z načeli prava Unije.

18. Predložitveno sodišče navaja, da bi moralo upravljanje in organizacijo družbe sicer urejati pravo države članice preoblikovanja (v tem primeru Luksemburg), da pa v obravnavani zadevi družba ohranja kraj poslovanja v Italiji. Po navedbah predložitvenega sodišča lahko tako dejstvo upravičuje uporabo italijanskega prava za zadevno podelitev pooblastil.

19. V teh okoliščinah je Corte suprema di cassazione (kasacijsko sodišče) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali člena 49 in 54 [PDEU] nasprotujeta temu, da država članica, v kateri je bila prvotno ustanovljena družba (družba z omejeno odgovornostjo), za to družbo uporablja določbe nacionalnega prava o [organizaciji] in upravljanju družb, če ta družba, potem ko preseli svoj sedež in je ponovno ustanovljena po pravu ciljne države članice, obdrži kraj poslovanja v prvotni državi članici in zadevni akt o upravljanju odločilno vpliva na dejavnost družbe?“

20. Pisna stališča so predložile družba Edil Work 2, družba STE, italijanska vlada in Evropska komisija. Te stranke so tudi ustno predstavile stališča na obravnavi 11. julija 2023.

III. Presoja

A. Uvodne ugotovitve

21. Predložitveno sodišče sprašuje, ali svoboda ustanavljanja nasprotuje nacionalni zakonodaji, ki državi članici, v kateri je bila družba prvotno ustanovljena (v tem primeru Italiji), dovoljuje, da za akte o upravljanju in organizaciji te družbe uporabi nacionalno pravo, če ta družba v okviru čezmejnega preoblikovanja prenese statutarni sedež v drugo državo članico (v tem primeru Luksemburg), glavno dejavnost pa ohrani v prvotni državi članici (Italiji).

⁶ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. novembra 2019 o spremembi Direktive (EU) 2017/1132 glede čezmejnih preoblikovanj, združitvev in delitev (UL 2019, L 321, str. 1).

22. Uvodoma naj spomnim, da mora Sodišče po potrebi preoblikovati vprašanje, ki mu je bilo predloženo. Poleg tega lahko Sodišče upošteva določbe prava Unije, na katere se nacionalno sodišče v vprašanju za predhodno odločanje ni sklicevalo.⁷ V obravnavani zadevi je treba za koristen odgovor na predlog za sprejetje predhodne odločbe pravilno opredeliti obseg postavljenega vprašanja.

1. Čezmejna preoblikovanja v primerjavi s čezmejno gospodarsko dejavnostjo

23. Menim, da je bistveno razločevati med dvema ločenima vprašanjema. Prvo se nanaša na omejitve, ki veljajo za družbe, ki se preoblikujejo v družbe prava druge države članice ali ponovno ustanovijo v drugi državi članici.⁸ To vprašanje se postavi, kadar države članice določijo omejitve za čezmejno prestrukturiranje družb in v okviru dopustitve preoblikovanja družbe v družbo, ki jo ureja pravo druge države članice – tako imenovane „zadeve v zvezi s prenosom sedeža v tujino“.⁹ Sodišče je moralo o tem vprašanju odločati na primer v zadevi Daily Mail,¹⁰ ki se je nanašala na družbo Združenega kraljestva, ki je želela prenesti svojo glavno upravo iz Združenega kraljestva (ki je bilo takrat država članica) na Nizozemsko, ne da bi izgubila status pravne osebe ali prenehala biti družba prava Združenega kraljestva. Davčni organi Združenega kraljestva niso izdali dovoljenja za prenos sedeža, ki je bilo potrebno v skladu z nacionalnim pravom. Sodišče je ugotovilo, da so pravila glede navedenega prenosa določena z nacionalnim pravom, po katerem je bila družba ustanovljena.¹¹

24. Drugo vprašanje se nanaša na omejitve, ki veljajo za družbe, ki so ustanovljene v eni državi članici, vendar želijo opravljati gospodarsko dejavnost v drugi državi članici.¹² Na primer, v zadevi Überseering¹³ je bilo Sodišče pozvano, naj odloči, ali ima država članica, v katero je družba prenesla svojo glavno upravo (Nemčija), pravico, da odloči o pravni sposobnosti te družbe, ki je bila ustanovljena na Nizozemskem. Povedano drugače, vprašanje je bilo, ali lahko država članica gostiteljica zavrne priznanje pravne sposobnosti tuje družbe, če je ta subjekt preselil svojo glavno upravo v to državo gostiteljico. Poleg tega je bilo Sodišče v zadevi Inspire Art¹⁴ pozvano, naj odloči glede nizozemske zakonodaje o tujih družbah, ki opravljajo gospodarsko dejavnost v tej državi članici. Zadeva se je nanašala na družbo, ki je bila ustanovljena v skladu s pravom Združenega kraljestva. Družba je pozneje odprla podružnico na Nizozemskem in je tam opravljala svojo glavno gospodarsko dejavnost. Družba je vložila zahtevo za vpis svoje nizozemske podružnice v nizozemski poslovni register, register pa je ta vpis pogojeval s spoštovanjem nekaterih pravil. Sodišče je razsodilo, da je več zahtev, ki jih določa nizozemska

⁷ Sodbi z dne 13. oktobra 2016, M. in S. (C-303/15, EU:C:2016:771, točka 16 in navedena sodna praksa), in z dne 31. maja 2018, Zheng (C-190/17, EU:C:2018:357, točka 27).

⁸ Ta kategorija zajema omejitve, ki veljajo za družbe, ustanovljene po pravu ene države članice, ki želijo, da bi se zanje uporabljalo pravo druge države članice, ne da bi izvedle likvidacijski postopek v skladu s pravnim redom matične države članice. Glej nedavno sodbo z dne 25. oktobra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804). Glej tudi Soegaard, G., „Cross-border 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, zv. 15, izdaja 1, 2018, str. od 21 do 24.

⁹ Glej Mucciarelli, F. M., European Business Organization Law Review, zv. 9, str. od 267 do 303.

¹⁰ Sodba z dne 27. septembra 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456).

¹¹ Prav tam (točke od 19 do 23).

¹² Glej na primer sodbo z dne 21. decembra 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, točke od 53 do 55), v kateri je Sodišče pojasnilo, da uresničevanje svobode ustanavljanja vključuje svobodo zaposlovanja delavcev v državi članici gostiteljici, svobodo opredelitve narave in obsega gospodarske dejavnosti, ki se bo opravljala v državi članici gostiteljici, ter s tem svobodo, da se obseg te dejavnosti zmanjša oziroma da se navedena dejavnost in poslovna enota opusti.

¹³ Sodba z dne 5. novembra 2002 (C-208/00, EU:C:2002:632).

¹⁴ Glej sodbo z dne 30. septembra 2003 (C-167/01, EU:C:2003:512).

zakonodaja, v nasprotju z načelom prostega gibanja. Sodišče je ti dve zadevi jasno razlikovalo od zadeve Daily Mail, v kateri je bila obravnavana možnost države članice, v kateri je bila družba ustanovljena, da omeji selitev te družbe v drugo državo članico.¹⁵

25. V obravnavani zadevi je italijanska družba STE že zakonito prenesla svoj sedež v Luksemburg, tako da se je preoblikovala v družbo luksemburškega prava in prenehala obstajati v Italiji. Ta družba nima namena ustanoviti sedeža v Italiji, temveč v tej državi članici zgolj opravlja gospodarsko dejavnost. Zato je pomembno navesti, da se obravnavana zadeva v nasprotju s trditvami družbe STE in italijanske vlade ne nanaša na vprašanje, ali obstajajo omejitve za čezmejno preoblikovanje družb, temveč bolj na vprašanje, ali veljajo omejitve za luksemburško podjetje, ki izvaja gospodarsko dejavnost v Italiji.

26. V zvezi s tem, prvič, iz spisa, predloženega Sodišču, izhaja in je bilo potrjeno na obravnavi, da je bila družba STE prvotno registrirana v Italiji, leta 2004 pa je bila preoblikovana v družbo, registrirano po luksemburškem pravu, pri čemer ne Italija ne Luksemburg zanjo nista določila *nobene omejitve*. Povedano drugače, zdi se, da je bilo preoblikovanje te družbe po njeni ustanovitvi v Luksemburgu sprejeto tako po pravu ciljne države (Luksemburga) kot po pravu matične države (Italije). Drugič, videti je, da je bila družba od leta 2004 (ko se je preoblikovala) do leta 2010 dejavna v Italiji, ne da bi katerakoli od oblasti nasprotovala preoblikovanju. Stranke so na obravnavi zlasti potrdile, da italijanski organi v tem šestletnem obdobju niso poskušali uporabiti italijanskega prava družb za akte te družbe. Tretjič, člen 25(1) zakona št. 218/1995 se nediskriminatorno uporablja tako za družbe, ki so bile prvotno ustanovljene v drugi državi članici, kot za preoblikovane družbe. Kolizijska pravila iz navedene določbe ne obravnavajo vprašanj čezmejnega preoblikovanja in njegovih posledic. Zato bi se po mojem mnenju enako vprašanje postavilo v položaju, v katerem ima družba, ki je bila prvotno registrirana v Luksemburgu, glavno dejavnost v Italiji, torej tudi če bi bila družba STE od vedno luksemburška družba, ki je lastnica navedenega nepremičninskega kompleksa.

27. Iz tega sledi, da je za namene tega postopka vprašanje, ali zadevna italijanska zakonodaja omejuje prenos družbe v drugo državo članico in/ali njeno čezmejno preoblikovanje, brezpredmetno in ga ni treba obravnavati. Ključno vprašanje v obravnavani zadevi je, ali uporaba italijanskega prava, prek „glavne dejavnosti“ kot navezne okoliščine, za akte o upravljanju in organizaciji družbe s sedežem v drugi državi članici (ki ni država ustanovitve) pomeni omejitev izvrševanja temeljne svoboščine. Zato je za namene analize v teh sklepnih predlogih matična država članica Luksemburg, država članica, v kateri zadevna družba opravlja gospodarsko dejavnost, pa je Italija.

2. Predmet postopka v glavni stvari

28. Postopek v glavni stvari se nanaša na veljavnost podelitve pooblastil tretji osebi, ki ni član upravnega odbora, in veljavnost aktov o prenosu nepremičninskega kompleksa. Za opredelitev predmeta vprašanja za predhodno odločanje je pomembno razlikovati med podelitvijo pooblastil in prenosom nepremičninskega kompleksa. Menim, da je v obravnavani zadevi pomembno razlikovati med vprašanjem *lex societatis*, ki se uporablja za akte družbe, na eni strani, in omejitvijo prenosa nepremičnine, ki jo določi država članica, na drugi strani. Medtem ko prvo

¹⁵ Glej točke od 66 do 73 sodbe Überseering ter točki 102 in 103 sodbe Inspire Art.

vprašanje spada na področje uporabe svobode ustanavljanja, lahko drugo spada na področje uporabe prostega pretoka kapitala iz člena 63 PDEU. Da bi ugotovili, katera temeljna svoboščina se uporablja, je treba najprej ugotoviti namen zakonodaje¹⁶ in upoštevati okoliščine zadeve.

29. Corte d'appello di Roma (višje sodišče v Rimu) je v postopku v glavni stvari res ugotovilo, da je „edino in celotno premoženje“ družbe, torej njena glavna dejavnost, v Italiji in je na tej podlagi uporabilo upoštevno italijansko pravo. Zato se zdi, da je svojo utemeljitev uporabe italijanskega prava oprlo na kraj glavnega premoženja družbe in torej na lastninsko pravico na nepremičnini. Navedeno sodišče je v bistvu zlasti menilo, da so podelitev pooblastil in oba akta o prenosu nepremičninskega kompleksa zajeti s pravilom *lex rei sitae* in da sta zato ta akta po italijanskem pravu neveljavna.

30. Vendar moram opozoriti, da se v postopku v glavni stvari obravnava veljavnost podelitve pooblastil tretji osebi, ki ni član upravnega odbora. Na prvi pogled se zdi, da taka veljavnost ni vprašanje v zvezi s stvarno pravico na nepremičninah.¹⁷ Kot je trdila Komisija na obravnavi pred Sodiščem, je veljavnost podelitve pooblastil tretji osebi, ki jo izvede poslovodja, stvar upravljanja in organizacije družbe, kar je torej zajeto z *lex societatis*, ki to družbo povezuje z določenim pravnim sistemom.¹⁸ Taka ugotovitev je podprta z besedilom člena 25(2) zakona št. 218/1995, v katerem so navedena področja, za katere se uporablja *lex societatis*, kot sta „oblikovanje, pooblastila in način delovanja organov družbe“ in „zastopanje subjekta“. Namen nacionalne zakonodaje je torej uporaba italijanskega prava za zgoraj navedene ukrepe, ki jih izvedejo tuje družbe, kar pomeni, da spada na področje uporabe svobode ustanavljanja iz člena 49 PDEU.

31. Ker je predmet postopka v glavni stvari vprašanje, ki se nanaša na določitev *lex societatis*, ki se uporablja za družbo s sedežem v drugi državi članici, je treba vprašanje, ki ga je predložitveno sodišče postavilo Sodišču, preučiti glede na svobodo ustanavljanja, kot je opredeljena v členu 49 PDEU, ki državljanom Unije daje pravico do ustanavljanja in upravljanja podjetij pod enakimi pogoji, kot so določeni za državljane zadevne države članice, in v skladu s členom 54 PDEU za družbe v Uniji vključuje pravico opravljanja dejavnosti v zadevni državi članici prek hčerinske družbe, podružnice ali agencije.¹⁹ Kadar namreč gospodarski subjekt namerava dejansko

¹⁶ Za ugotovitev, ali nacionalni ukrep spada na področje uporabe temeljne svoboščine, iz ustaljene sodne prakse izhaja, da je treba upoštevati namen zadevne zakonodaje (glej zlasti sodbe z dne 1. julija 2010, *Dijkman in Dijkman-Lavaleije*, C-233/09, EU:C:2010:397, točka 26; z dne 13. novembra 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, točka 90, in z dne 21. maja 2015, *Wagner-Raith*, C-560/13, EU:C:2015:347, točka 31).

¹⁷ V zvezi z razlikovanjem med vprašanji, ki jih ureja pravo družb, in vprašanji, ki se nanašajo na stvarne pravice na nepremičninah, glej na primer člen 1(2)(f) in člen 4(1)(c) Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (*Rim I*) (UL 2008, L 177, str. 6, v nadaljevanju: *Uredba Rim I*). Menim, da je Corte d'appello di Roma (višje sodišče v Rimu) s tem, ko je uporabo pravila *lex rei sitae* razširilo na podelitev pooblastil, čeprav je do razpolaganj prišlo po tej podelitvi, podelitev pooblastil združilo s tema razpolaganjema in v bistvu pravilo *lex rei sitae* uporabilo za oboje. Tako je temu pravilu dalo prednost pred pravilom, ki ga je treba uporabiti za podelitev pooblastil. Predložitveno sodišče mora ugotoviti, ali je v skladu z nacionalnim pravom sam obstoj razpolaganja z nepremičnino, kot je zadevni nepremičninski kompleks, dovolj za to, da se podelitev pooblastil enači s stvarnimi pravicami na nepremičnini. Naj v zvezi s tem poudarim, da čeprav se zdi, da prvi prenos vsebuje čezmejni element, za katerega bi se lahko uporabljala *Uredba Rim I*, pa je drugi prenos „povsem notranja“ transakcija. Predložitveno sodišče bi zato moralo preveriti, ali je treba prenosa uvrstiti v isto kategorijo in preučiti skupaj.

¹⁸ Področja, ki so običajno zajeta z *lex societatis*, vključujejo ustanovitev in prenehanje družbe, naziv družbe, pravno sposobnost, strukturo kapitala, pravice in obveznosti članov ter vprašanja notranjega upravljanja. Glej Evropska komisija, Generalni direktorat za pravosodje in potrošnike, Schuster, E., Gerner-Beuerle, C., Siems, M., in Mucciarelli, F., „Study on the Law Applicable to Companies – Final report“, Urad za publikacije, 2016, str. 16, dostopno na: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/259a1dae-1a8c-11e7-808e-01aa75ed71a1/language-en>. Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca H. Saugmandsgaarda Øeja v zadevi Verein für Konsumenteninformation (C-272/18, EU:C:2019:679) v zvezi z izključitvijo in opredelitvijo *lex societatis* v smislu člena 1(2)(f) Uredbe Rim I.

¹⁹ Glej zlasti sodbo z dne 17. julija 2014, *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087, točka 17 in navedena sodna praksa).

opravljati svojo gospodarsko dejavnost prek stalne poslovne enote in za nedoločen čas, je treba njegov položaj preučiti glede na svobodo ustanavljanja, kakor je opredeljena v členu 49 PDEU.²⁰

32. V zvezi s podelitvijo pooblastil tretji osebi, ki ni član upravnega odbora, zato predlagam, da se zadevna nacionalna zakonodaja preuči glede na svobodo ustanavljanja.

33. Kar zadeva prenos nepremičnine, če bi moralo Sodišče zakonodajo analizirati glede na prosti pretok kapitala, je treba ugotoviti, da ni sporno, da se za akte v zvezi s prenosom nepremičnin tradicionalno uporablja pravo države, v kateri je nepremičnina. Zato se na prvi pogled zdi verjetno, da zgolj uporaba tega prava sama po sebi ne pomeni omejitve prostega pretoka kapitala.

3. *Vmesni predlog*

34. Glede na navedeno predlagam, da je treba vprašanje za predhodno odločanje preoblikovati tako, da je poudarek na podelitvi pooblastil tretji osebi, ki ni član upravnega odbora. Pravilo, ki se uporablja za podelitev pooblastil, je namreč ločeno od vprašanja veljavnosti prenosov, ki spadajo v kategorijo stvarnih pravic, nastalih na nepremičnini, in nastopi pred tem vprašanjem. Zato je treba vprašanje preoblikovati tako, da bo z njim mogoče ugotoviti, ali je treba svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU razlagati tako, da nasprotuje zakonodaji države članice, ki določa, da je treba uporabiti njeno nacionalno pravo za akt o upravljanju in organizaciji – kot je podelitev pooblastil – družbe, ki je ustanovljena po pravu druge države članice, vendar ima glavno dejavnost na njenem ozemlju.

B. *Kršitev svobode ustanavljanja*

1. *Pristop na podlagi razlikovanja v primerjavi s pristopom na podlagi omejitve*

35. Spomniti je treba, da se v skladu s členom 54 PDEU družbe, ustanovljene v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Uniji, za namene uporabe pravil Pogodbe DEU o svobodi ustanavljanja obravnavajo enako kakor fizične osebe, ki so državljani držav članic.²¹

36. Na področju prava družb morajo države članice, odkar je bila izdana sodba *Überseering*²², priznati družbe, ki so veljavno ustanovljene v skladu z zakonodajo druge države članice, tudi če ni dejanske povezave s to drugo državo. Ko je subjekt veljavno ustanovljen, mora imeti možnost uresničiti svobodo ustanavljanja v Uniji.

37. V skladu s členom 49, drugi odstavek, PDEU, v povezavi s členom 54 PDEU namreč svoboda ustanavljanja za družbe, ki so navedene v zadnjem navedenem členu, zajema tudi ustanovitev in vodenje teh družb pod pogoji, ki jih zakonodaja države članice, v kateri se taka ustanovitev izvede, določa za svoje družbe.²³ Ta svoboda zajema vse faze razvoja takih subjektov, vključno z njihovo začetno uveljavitvijo na trgu države članice do dejanskega opravljanja gospodarske

²⁰ Glej zlasti sodbi z dne 29. septembra 2011, Komisija/Avstrija (C-387/10, EU:C:2011:625, točka 22), in z dne 23. februarja 2016, Komisija/Madžarska (C-179/14, EU:C:2016:108, točke od 148 do 150).

²¹ Glej zlasti sodbo z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 25).

²² Sodba z dne 5. novembra 2002 (C-208/00, EU:C:2002:632).

²³ Sodba z dne 25. oktobra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, točka 33).

dejavnosti.²⁴ Če bi se priznalo, da lahko država članica svobodno uporablja različno obravnavanje zgolj zato, ker je statutarni sedež družbe v drugi državi članici, bi namreč to členu 49 PDEU odvzelo njegov smisel. Namen svobode ustanavljanja je torej zagotoviti nacionalno obravnavo v državi članici gostiteljici s prepovedjo vsakršne diskriminacije na podlagi kraja statutarnega sedeža družb.²⁵

38. Pomembno je poudariti, da svoboda ustanavljanja ne prepoveduje le neposredne in posredne diskriminacije (pristop na podlagi razlikovanja), v okviru katere so tuje družbe obravnavane „slabše“ od nacionalnih družb,²⁶ ampak tudi nacionalne ukrepe, ki niso diskriminatorni, vendar ovirajo dostop do trga (pristop na podlagi omejitve). V zvezi s tem je Sodišče razsodilo, da nacionalni ukrepi, ki bi lahko ovirali uresničevanje temeljnih svoboščin ali zaradi katerih bi to lahko postalo manj privlačno, pomenijo omejitve te svoboščine.²⁷ S tem pristopom, če se izpelje v celoti, se vsaj teoretično odpravi potreba po kakršni koli primerjavi ali ugotavljanju neugodnega obravnavanja glede na analogni položaj.

2. Teorija dejanskega sedeža in teorija ustanovitve

39. Kar zadeva priznanje družbe po določbah mednarodnega zasebnega prava, v bistvu obstajata dve različni teoriji, in sicer teorija dejanskega sedeža²⁸ in teorija ustanovitve.²⁹ Sodišče je razsodilo, da so lahko kraj statutarnega sedeža, glavne uprave ali glavni kraj poslovanja družb iz člena 54 PDEU namenjeni temu, da se določi povezava družb s pravnim redom države članice.³⁰ Povedano drugače, v skladu z navedeno določbo so te tri navezne okoliščine enakovredne.³¹ Iz tega sledi, da lahko države članice prosto izberejo navezno okoliščino, ki jo bodo uporabile, in kolizijska pravila, ki se uporabljajo. Zato se lahko pristop in nacionalne določbe o mednarodnem zasebnem pravu znatno razlikujejo od ene države članice do druge.³²

40. Podobno je Sodišče glede na to, da člen 54 PDEU statutarni sedež, glavno upravo in glavni kraj poslovanja obravnava enako, menilo, da ker v pravu Unije ni enotne opredelitve družb, ki imajo pravico do ustanavljanja zgolj na podlagi navezne okoliščine, ki določa nacionalno pravo, ki se uporabi za družbo, lahko država članica opredeli navezno okoliščino, ki se zahteva za družbo, da bi se lahko štelo, da je bila ustanovljena po pravu te države članice in ima na podlagi tega pravico do ustanavljanja, kot tudi navezno okoliščino, ki se zahteva, da bi družba kasneje lahko ohranila ta status.³³

²⁴ Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca G. Hogana v zadevi *VAS Shipping* (C-71/20, EU:C:2021:474, točka 63).

²⁵ Glej v tem smislu sodbo z dne 25. februarja 2021, *Novo Banco* (C-712/19, EU:C:2021:137, točka 21 in navedena sodna praksa).

²⁶ Kot je pojasnjeno v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca M. Bobka v zadevi *Hornbach-Baumarkt* (C-382/16, EU:C:2017:974, točka 29), „[d]a bi se v zvezi z nacionalnim ukrepom v okviru *pristopa na podlagi razlikovanja* ugotovilo, da je v nasprotju s svobodo ustanavljanja, se morajo primerljivi položaji obravnavati različno, in sicer v škodo družb, ki uresničujejo svobodo ustanavljanja“.

²⁷ Sodba z dne 30. novembra 1995, *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411, točka 37). Glej tudi sodbo z dne 21. januarja 2010, *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 56). V najnovejši sodni praksi se formulacija, ki jo je uporabilo Sodišče, nanaša na ukrepe, ki *prepovedujejo, ovirajo ali zmanjšujejo privlačnost uresničevanja svobode ustanavljanja* (sodba z dne 27. februarja 2019, *Associação Peço a Palavra* in drugi, C-563/17, EU:C:2019:144, točka 54 in navedena sodna praksa).

²⁸ V skladu s teorijo dejanskega sedeža je pravo, ki se uporablja, določeno z zakonodajo države, v kateri ima družba glavno upravo in dejanski sedež.

²⁹ Nasprotno pa teorija ustanovitve napotuje na pravo, po katerem je bila družba ustanovljena.

³⁰ Glej v tem smislu sodbo z dne 13. julija 2023, *Xella Magyarorszá*g (C-106/22, EU:C:2023:568, točka 45 in navedena sodna praksa).

³¹ Sodbi z dne 27. septembra 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, EU:C:1988:456, točke od 19 do 21), in z dne 25. oktobra 2017, *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, točka 34).

³² Glej študijo, citirano v opombi št. 18. Za razlike med nacionalnimi zakonodajami o gospodarskih družbah glej Andenas, M., in Wooldridge, F., *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2010.

³³ Glej v tem smislu sodbo z dne 16. decembra 2008, *Cartesio* (C-210/06, EU:C:2008:723, točki 109 in 110).

41. V obravnavani zadevi je treba navesti, da se vprašanje za predhodno odločanje nanaša na družbo, ki je že ustanovljena v skladu s pravom ene države članice ter je sprejela akta o upravljanju in organizaciji, ki se nanašata na premoženje v drugi državi članici. Zdi se, da ta položaj načeloma spada na področje uporabe prvega stavka člena 25(1) zakona št. 218/1995, ki določa, da za družbo, ustanovljeno v drugi državi, velja pravo te države. Vendar je v drugem stavku člena 25(1) zakona št. 218/1995 področje uporabe italijanskega prava razširjeno na družbo, ki ima „sedež uprave“ ali „glavno dejavnost“ v Italiji. S tem stavkom sta tako dodani dve dodatni kolizijski pravili, ki v bistvu temeljita na dejanskem sedežu družbe in njeni glavni dejavnosti. Zato se glede na razlago predložitvenega sodišča zdi, da medtem ko je teorija ustanovitve splošno pravilo, je uporaba italijanskega prava razširjena tudi na podjetja, ki imajo sedež uprave in glavno dejavnost v tej državi.

42. Skratka, v prvem stavku člena 25(1) zakona št. 218/1995 se uporablja merilo ustanovitve, ki tako potrjuje uporabo luksemburškega prava v obravnavani zadevi. Uporaba drugega stavka te določbe pa vodi k temu, da italijanski organi uporabijo italijansko pravo za zadevno podelitev pooblastil. Kolikor vem, Sodišče še ni odločalo o zadevi, v kateri se obravnava skladnost nacionalnega ukrepa, s katerim se nalaga kumulativna uporaba več kolizijskih pravil, s pravom Unije.

43. V zvezi s tem je, kot je navedeno zgoraj,³⁴ določitev naveznih okoliščin, ker ni enotnih pravil na ravni Unije, prepuščena nacionalni avtonomiji. Na prvi pogled se torej lahko zdi, da svoboda ustanavljanja ne bi smela nasprotovati nacionalni zakonodaji, ki nalaga kumulativno uporabo več kolizijskih pravil. Vendar je iz preučitve *učinka* zadevnega nacionalnega ukrepa jasno razvidno, da ta ovira izvrševanje svobode ustanavljanja iz člena 49 EU in zmanjšuje njegovo privlačnost.

3. Pristop na podlagi omejitve v obravnavani zadevi

44. V obravnavani zadevi je bila družba STE ustanovljena po luksemburškem pravu in ima v tej državi članici statutarni sedež, zato se je za akte o upravljanju in organizaciji te družbe uporabljalo luksemburško pravo. Za ta položaj na prvi pogled velja kolizijsko pravilo iz prvega stavka člena 25(1) zakona št. 218/1995.

45. Vendar se z drugim stavkom člena 25(1) zakona št. 218/1995, s tem ko se z njim zahteva, da družba, ustanovljena po luksemburškem pravu, sprejme ukrepe upravljanja in organizacije, ki so v skladu z italijanskim pravom, tej družbi dejansko nalaga obveznost, da *kumulativno* spoštuje pravo družb dveh različnih držav. Tega položaja po definiciji ni mogoče primerjati s pogoji, v katerih delujejo italijanske družbe. Za te družbe se namreč že uporablja italijansko pravo, merilo „glavne dejavnosti“, za katero se je odločil italijanski zakonodajalec, pa se nujno uporablja samo za čezmejne položaje, zato je za te družbe brezpredmetno. Zato ni mogoče – ali bi bilo vsaj tavnološko – trditi, da zadevni italijanski ukrep pomeni neenako obravnavanje zadevnih tujih družb in da so tuje družbe zaradi tega neenakega obravnavanja v manj ugodnem položaju v primerjavi z domačimi. Zato menim, da se s pravili, ki urejajo pravo družb, ki se uporablja, ne razlikuje glede na sedež ali „izvor“ družbe in da, kar zadeva merilo „glavne dejavnosti“, domačih in tujih družb ni mogoče primerjati. Iz tega sledi, da je treba po mojem mnenju pristop na podlagi razlikovanja v obravnavani zadevi zavrnilo.

³⁴ Točki 39 in 40 teh sklepnih predlogov.

46. Postavlja se torej vprašanje, ali uporaba pravila iz drugega stavka člena 25(1) zakona št. 218/1995 ovira uresničevanje svobode ustanavljanja ali zmanjšuje njegovo privlačnost.³⁵

47. Po mojem mnenju je treba nanj odgovoriti pritrdilno. *Kumulativna* uporaba prava družb matične države članice in italijanskega prava, zadnjenavedenega zato, ker je „glavna dejavnost“ družbe v Italiji, pomeni, da morajo družbe istočasno izpolnjevati zahteve iz zakonodaje matične države članice in zakonodaje države članice, v kateri je „glavna dejavnost“. Tako splošno dvojno breme bi lahko povzročilo, da bi bilo za družbo, ustanovljeno v matični državi članici (v obravnavani zadevi Luksemburgu), opravljanje dejavnosti v zvezi z nepremičnino v Italiji teoretično manj privlačno, in bi tako oviralo uresničevanje svobode ustanavljanja.

48. Vendar se v obravnavani zadevi na svobodo ustanavljanja ne poskuša sklicevati družba STE, to je družba, ki uresničuje svojo pravico do ustanavljanja. Na to svobodo se namreč poskušata sklicevati družbi, ki sta imeli korist od prenosov, ki jih je izvedla družba STE, in sicer družbi ST in Edil Work 2. Zato ob upoštevanju posebnih okoliščin te zadeve menim, da kumulativna uporaba prava družb dveh držav članic povzroči pravno negotovost za pogodbeno stranko družbe, ki se poskuša sklicevati na dva sklopa nacionalnih zakonov, da bi razveljavila pooblastila, ki jih je podelil poslovodja te družbe, in zaščitila svoje interese. V skladu z načelom pravne varnosti³⁶ mora namreč stranka ob sklenitvi pravnega razmerja, kot je pogodba, imeti možnost izvedeti, katero nacionalno pravo se uporablja za zadevno družbo. V tem smislu uporaba drugega stavka člena 25(1) zakona št. 218/1995 za zadevno podelitev pooblastil za namene razveljavitve obeh poznejših prenosov povzroča pravno negotovost za družbi, ki sta imeli korist od teh prenosov, saj je bila družba STE zakonito ustanovljena po luksemburškem pravu in naj bi spoštovala pravo družb te države. Preden je družba STE začela postopek pred sodiščem, v katerem se je v bistvu sklicevala na uporabo italijanskega prava – kljub temu da se je preselila v Luksemburg in preoblikovala v luksemburško družbo – ni nič kazalo na to, da se za to družbo poleg luksemburškega prava uporablja tudi italijansko pravo družb, vključno z njegovimi zaščitnimi ukrepi. Družba STE zahteva tako uporabo in se sklicuje na retroaktivno uporabo italijanskega prava za zadevno podelitev, kar bi torej povzročilo pravno negotovost za družbi, ki sta imeli korist od navedenih prenosov, kar zadeve te prenose.

49. Očitno je, da tako selektivno izbiranje prava, ki se uporablja, in prekrivanje dveh sklopov nacionalnih zakonov lahko povzroči precejšnjo negotovost in finančno breme za pogodbene stranke družbe, ki se poskuša sklicevati na uporabo prava družb dveh držav. Če bi oseba, ki uresničuje svobodo ustanavljanja, lahko retroaktivno razveljavila pravna razmerja, ustvarjena na podlagi te svobode, bi taka razveljavitve resno ogrozila učinkovitost svobode ustanavljanja.

50. Poleg tega se zdi, da je retroaktivno uporabo italijanskega prava za akt, sprejet v skladu s pravom družb, kot je zadevna podelitev pooblastil, sprožila druga navezna okoliščina, in sicer stvarne pravice na nepremičninah. Razširitev pojma „glavna dejavnost“ na akte, sprejete pred akti, povezanimi s stvarnimi pravicami na nepremičninah, brez dodatnih pojasnil, zakaj in kako je bilo to storjeno, lahko krši načeli pravne jasnosti in s tem pravne varnosti za pogodbene stranke.

³⁵ Glej točko 38 teh sklepnih predlogov.

³⁶ Sodišče je razsodilo, da načelo pravne varnosti, katerega posledica je varstvo legitimnih pričakovanj, pomeni, da mora biti zakonodaja, ki ima negativne posledice za posameznike, jasna in natančna ter da mora biti njena uporaba predvidljiva za osebe, na katere se nanaša (sodba z dne 12. decembra 2013, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, C-362/12, EU:C:2013:834, točka 44 in navedena sodna praksa).

51. Naj nazadnje zaradi popolnosti dodam, da ker ima člen 49 PDEU neposreden učinek,³⁷ je v postopku v glavni stvari odločilno, ali predmet urejanja svobode ustanavljanja sega tako daleč, da tudi pogodba, in torej pogodbeni stranka v postopku v glavni stvari, uživata varstvo na podlagi te določbe. V zvezi s tem menim, da se na prepoved določanja omejitev za svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU lahko sklicujejo osebe, ki uresničujejo svobodo ustanavljanja z izvajanjem dejavnosti v drugi državi članici, pa tudi njihove pogodbene stranke, zlasti kadar obstajajo čezmejni elementi, kot v obravnavani zadevi, v kateri je luksemburška družba STE podelila pooblastila svojemu pooblaščenemu zastopniku, ta pa je nato glavno premoženje družbe prenesel na italijansko družbo ST, in v kateri se navedene transakcije izpodbijajo na podlagi italijanskega prava.³⁸ Z vidika materialnega prava je zato individualna pravica družbe ST (in posredno družbe Edil Work 2) zajeta z zgoraj navedeno prepovedjo. Naj pripomnim, da je družba STE pri uresničevanju svobode ustanavljanja ustvarila položaj, ki je spadal na področje uporabe te svobode. Poznejše transakcije, kot sta podelitev pooblastil in prenos nepremičninskega kompleksa, je urejala svoboda ustanavljanja. Če torej tretja oseba ugotovi povezavo s položajem, ustvarjenim na podlagi navedene svobode, mora imeti možnost, da se sklicuje na člen 49 PDEU.³⁹

52. Iz tega sledi, da uporaba italijanskega prava, na podlagi člena 25(1) zakona št. 218/1995 v povezavi s členom 2381(2) civilnega zakonika, za zadevno podelitev pooblastil po mojem mnenju pomeni omejitev uresničevanja svobode ustanavljanja, ki je v nasprotju s členom 49 PDEU.

C. Upravičenost

53. Nacionalne ukrepe, ki omejujejo svobodo ustanavljanja, je mogoče upravičiti in zanje dokazati, da so sorazmerni. Sodišče je večkrat ugotovilo, da je nediskriminatorne nacionalne ukrepe, ki ovirajo uresničevanje svobode ustanavljanja ali ga naredijo manj privlačnega, mogoče upravičiti z razlogi pomembnega „javnega interesa“.⁴⁰ Taki ukrepi morajo biti primerni za uresničitev zastavljenega cilja in ne smejo presegati tega, kar je nujno za dosego zastavljenega cilja.⁴¹

54. Najprej je treba ugotoviti, da predložitveno sodišče ne pojasnjuje razlogov, ki upravičujejo omejitev svobode ustanavljanja, ki jo je povzročila uporaba italijanskega prava za akte o upravljanju in organizaciji družbe, ki je bila zakonito ustanovljena po pravu druge države članice, vendar še vedno opravlja gospodarsko dejavnost in ima glavno dejavnost v Italiji. Taka informacija tudi ne izhaja iz besedila člena 25(1) zakona št. 218/1995 ali člena 2381(2) civilnega zakonika.

55. Vendar italijanska vlada v svojem pisnem stališču meni, da je zaradi razlogov, povezanih z zaščito družbenikov, upnikov, zaposlenih in tretjih oseb, potrebno, da za zadevno podelitev pooblastil velja italijansko pravo. Naj pripomnim, da se je ta vlada med obravnavo svoje

³⁷ Sodba z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 42).

³⁸ Vsekakor ugotavljam, da je Sodišče, kot je opozorila generalna pravobranilka J. Kokott v sklepnih predlogih v zadevi Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:222, točka 83 in sodna praksa, navedena v opombi 52), v zvezi z različnimi temeljnimi svoboščinami večkrat poudarilo, da lahko imajo tudi druge osebe, ne samo tiste, ki imajo neposredno pravico na podlagi temeljne svoboščine, od tega korist, če sicer temeljna svoboščina ne more polno učinkovati.

³⁹ Sodišče je na primer v sodbi z dne 16. julija 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, točka 59), priznalo, da lahko oseba, ki ni bila diskriminirana – zaradi kršitve subjektivne pravice – vložiti tožbo, ki temelji na diskriminaciji, v imenu „drugih prebivalcev mestne četrti, v kateri [ta oseba] opravlja svojo dejavnost“. Tako bi bilo mogoče trditi, da mora imeti oseba, ki je neposredno povezana s položajem, ki se obravnava, možnost, da brani svoje pravice.

⁴⁰ Glej v tem smislu sodbo z dne 3. februarja 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, točka 52 in navedena sodna praksa).

⁴¹ Sodba z dne 25. oktobra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, točka 52).

argumente osredotočila bolj na zaščito družbenikov kot na zaščito interesov drugih tretjih oseb, ki je v bistvu ni omenjala. Poleg tega italijanska vlada trdi, da je uporaba italijanskega prava nujna, ker sedež družbe STE v Luksemburgu ne ustreza opravljanju gospodarske dejavnosti v tej državi članici, kar pomeni zlorabo. Po navedbah te vlade pravo Unije ne dovoljuje ustvarjanja povsem umetnih konstruktov brez gospodarske resničnosti. Ob upoštevanju teh dveh glavnih trditev bom preučila zaščito družbenikov in zatrjevane zlorabe.

1. Zaščita družbenikov

56. Naj spomnim, da je Sodišče že priznalo, da je z zaščito interesov manjšinskih družbenikov v nekaterih okoliščinah in pod nekaterimi pogoji mogoče upravičiti omejitve svobode ustanavljanja.⁴² Sodišče je priznalo potrebo po zaščiti „manjšinskih družbenikov“. Vendar ne izključujem možnosti, da je v nekaterih zelo specifičnih položajih, ko država članica uvede omejitve, namenjene zaščiti *vseh* družbenikov ne glede na njihovo udeležbo v družbi, to mogoče upravičiti s ciljem zaščite družbenikov (na splošno).⁴³

57. Vendar v členu 25(1) zakona št. 218/1995 nikakor niso navedeni razlogi v javnem interesu, na podlagi katerih je italijanski zakonodajalec sprejel to določbo. Zato je težko ugotoviti cilje, ki se poskušajo doseči z navedenim ukrepom, in torej tudi, ali se ta cilj z njim dejansko uresničuje. Zlasti se na prvi pogled zdi, da je namen italijanske zakonodaje, zlasti člena 2381(2) civilnega zakonika, ki nasprotuje podelitvi pooblastil tretji osebi, ki ni član upravnega odbora družbe, zaščititi interese teh članov in ekskluzivni upravljavski položaj, ki je podeljen poslovodjem, s čimer ureja samo razmerje med člani upravnega odbora in poslovodji. Tako ni jasno, ali je bil zadevni ukrep sprejet z namenom zagotoviti zaščito družbenikov. Vendar mora tako presojo opraviti predložitevno sodišče.

58. Če je javni interes, ki se uresničuje, dejansko zaščita družbenikov, naj opozorim, da lahko uporaba drugega stavka člena 25(1) zakona št. 218/1995 v povezavi s členom 2381(2) civilnega zakonika presega to, kar je potrebno za zaščito tega interesa. To pa zato, ker vključuje, kot je razvidno iz obravnavane zadeve, uporabo italijanskega prava za akt o upravljanju in organizaciji družbe, ki je bila zakonito ustanovljena po pravu druge države članice, vendar nadaljuje svojo gospodarsko dejavnost v Italiji, ne da bi se upoštevalo, ali so interesi družbenikov zaščiteni že s pravom družb navedene države članice. Povedano drugače, drugi stavek člena 25(1) zakona št. 218/1995 se brez razlikovanja uporablja za *vse* družbe v *vseh* državah članicah in za *vse* akte, ne da bi se upoštevalo, ali so interesi družbenikov dovolj zaščiteni *že* v drugi državi članici z drugimi manj omejevalnimi ukrepi, kot sta, na primer, zahteva, da so člani upravnega odbora uradno obveščeni o prodaji nepremičnine družbe, in možnost, da upravni odbor razveljavi to prodajo.

59. V teh okoliščinah dvomim, da je omejitev, ki je posledica uporabe navedenih določb italijanskega prava, v skladu z načelom sorazmernosti. Prvič, drugi stavek člena 25(1) zakona št. 218/1995 presega to, kar je potrebno, ker se brez razlikovanja uporablja za vse primere splošnega pooblastila, podeljenega tretji osebi zunaj družbe. Drugič, obstajajo manj invazivni alternativni ukrepi, kot je preverjanje, ali so zaščiteni interesi *že* dovolj upoštevani v zakonodaji

⁴² Glej v tem smislu sodbi z dne 5. novembra 2002, *Überseering* (C-208/00, EU:C:2002:632, točka 92), in z dne 25. oktobra 2017, *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, točka 54).

⁴³ Namen zaščite manjšinskih družbenikov se na splošno nanaša na vprašanje reševanja notranjih sporov v družbah, kot so spori med družbeniki, med družbeniki in vodstvom ali med družbo in njenim vodstvom (glej sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Watheleta v zadevi *Dédouch* in drugi, C-560/16, EU:C:2017:872, točka 21). Vendar je taka zaščita lahko potrebna za vse družbenike.

države ustanovitve – kot so lahko v zadevi v postopku v glavni stvari, zlasti ker so bili družbeniki družbe seznanjeni ali bi lahko bili seznanjeni z obstojem podelitve pooblastil in zadevnimi akti, ki so sledili.

2. Zloraba

60. Uvodoma je treba navesti, da v skladu s sodno prakso dejstvo, da se oseba odloči ustanoviti družbo v državi članici, katere pravo družb se ji zdi najmanj omejujoče ali najbolj primerno za njene gospodarske namene, in torej opravljati gospodarsko dejavnost v drugi državi članici, spada v okvir zakonitega uresničevanja svobode ustanavljanja.⁴⁴ Sodišče je menilo, da ustanovitev statutarne ali dejanskega sedeža družbe v skladu z zakonodajo neke države članice zaradi upravičenosti do ugodnejše zakonodaje sama po sebi ni zloraba.⁴⁵ Vendar pravica do ustanavljanja državam članicam ne preprečuje, da se izogibajo družbam, ki so „poštni nabiralniki“ ali „kulise“.⁴⁶ Iz sodne prakse Sodišča izhajajo, da lahko države članice sprejmejo vse ustrezne ukrepe za preprečevanje ali kaznovanje goljufij, kar lahko pomeni utemeljitev omejitve.⁴⁷ Države članice lahko zlasti sprejmejo ukrepe za preprečevanje „povsem umetnih konstruktov brez gospodarske resničnosti“, ki so namenjeni obidu nacionalne zakonodaje.⁴⁸ Nedavno je Sodišče v sodbi Polbud – Wykonawstwo⁴⁹ opozorilo na svojo ustaljeno sodno prakso, v skladu s katero ne more obstajati splošna domneva o goljufiji ali zlorabi.⁵⁰

61. V obravnavani zadevi se s splošno uporabo italijanskega prava, kot načinom za preprečevanje zlorab, za vse akte, sprejete na podlagi prava družb, vseh družb iz vseh drugih držav članic, če je „glavna dejavnost“ družbe v Italiji, ustvarja splošna domneva o goljufiji ali zlorabi. Da bi bil zadevni ukrep sorazmeren, bi moral vsebovati natančen opis narave aktov, ki jih je mogoče šteti za goljufijo, in narave družb, katerim je ukrep posebej namenjen. Poleg tega bi morala biti taka omejitev podprta z verodostojnimi podatki in ustrezno razložena. Sodišču zato predlagam, naj razsodi, da zelo splošno besedilo drugega stavka člena 25(1) zakona št. 218/1995, ki ne razlikuje med različnimi konkretnimi položaji, ki lahko nastanejo, vodi do ugotovitve, da ta določba ne spoštuje načela sorazmernosti.

62. Poleg tega naj poudarim, da lahko države članice v skladu z ustaljeno sodno prakso sprejmejo ukrepe, da bi preprečile, da bi se nekateri njeni državljani z uporabo možnosti, ki jih ponuja Pogodba, izognili nacionalni zakonodaji.⁵¹ Vendar se v postopku v glavni stvari zdi, da je morebitna opredelitev ravnanja družbe STE kot „zlorabe“ brezpredmetna za odgovor na vprašanje za predhodno odločanje, saj je videti, da Italija ne nasprotuje temu, da je družba STE ustanovljena v Luksemburgu.

⁴⁴ Sodba z dne 9. marca 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, točka 27).

⁴⁵ Prav tam. Glej tudi sodbo z dne 30. septembra 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, točka 96).

⁴⁶ Glej sklepe predloge generalnega pravobranilca M. Poiarasa Madura v zadevi Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:294, točka 29), v katerih se sklicuje na sodbo z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 68).

⁴⁷ Glej v zvezi s tem sodbo z dne 25. oktobra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, točka 61).

⁴⁸ Glej v zvezi s tem sodbo z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točke od 51 do 55).

⁴⁹ Sodba z dne 25. oktobra 2017 (C-106/16, EU:C:2017:804, točki 63 in 64).

⁵⁰ Sodišče se je oprlo na predhodno sodno prakso, v skladu s katero samo dejstvo, da družba prenese svoj sedež v drugo državo članico, ne more ustvariti splošne domneve o davčnem izogibanju in upravičiti ukrepa, ki posega v uresničevanje temeljne svoboščine, ki jo zagotavlja Pogodba (glej v tem smislu sodbe z dne 26. septembra 2000, Komisija/Belgija, C-478/98, EU:C:2000:497, točka 45; z dne 4. marca 2004, Komisija/Francija, C-334/02, EU:C:2004:129, točka 27; in z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, točka 50).

⁵¹ Glej v tem smislu sodbo z dne 25. oktobra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, točka 39).

63. Glede na informacije, ki so na voljo Sodišču, menim, da zatrjevana omejitev svobode ustanavljanja, ki izhaja iz uporabe italijanskega prava za tuje družbe, katerih „glavna dejavnost“ je v Italiji, ne bi bila upravičena. Zato je treba na vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti pritrdilno.

IV. Predlog

64. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče, Italija), odgovori:

Svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU je treba razlagati tako, da nasprotuje zakonodaji države članice, ki določa, da se za akt o upravljanju in organizaciji, kakršen je podelitev pooblastil, ki ga sprejme družba, ustanovljena po pravu druge države članice, ker je glavna dejavnost te družbe na ozemlju prvonavedene države članice, retroaktivno uporabi njeno nacionalno pravo, da bi se razveljavila prenosa nepremičnine, ki sta bila izvedena po tem aktu.