



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
LAILA MEDINA
föredraget den 19 oktober 2023¹

Mål C-276/22

**Edil Work 2 S.r.l.,
S.T. S.r.l.
mot
STE sarl,
ytterligare deltagare i rättegången
CM**

(begäran om förhandsavgörande från Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Etableringsfrihet – Artiklarna 49 och 54 FEUF –
Räckvidd – Gränsöverskridande verksamhet – Bedrivande av verksamhet i en annan
medlemsstat än den där bolaget bildats – *Lex societatis* – Förvaltning och organisation av
bolag – Huvudföremål – Tillämplig rätt”

1. Ett italienskt bolag vars huvudsakliga tillgång var ett slott beläget i Italien flyttade sitt säte till Luxemburg. Bolaget ombildades till ett privaträttsligt aktiebolag och registrerades enligt luxemburgsk lag. Sex år senare utsåg bolagets aktieägare en ensam verkställande direktör som i sin tur utsåg en generalagent. Generalagenten överlät därefter äganderätten till slottet till ett annat bolag, S.T. S.r.l. (nedan kallat ST), som i sin tur sålde det till klaganden i det nationella målet, Edil Work 2 S.r.l (nedan kallat Edil Work 2).

2. Tvisten i det nationella målet avser i huvudsak giltigheten av dessa båda överlåtelse, som beror på vilken nationell lagstiftning som ska anses vara tillämplig på den omtvistade tilldelningen av befogenheter. Om luxemburgsk rätt var tillämplig skulle dessa överlåtelse vara giltiga, medan de däremot, om italiensk rätt var tillämplig, skulle vara ogiltiga till följd av en bestämmelse enligt vilken endast ledamöterna i bolagets styrelse kan tilldelas en generalfullmakt.

3. Det är mot denna bakgrund som Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen, Italien) har ställt en tolkningsfråga till EU-domstolen som i huvudsak rör huruvida den italienska lagstiftningen om internationell privaträtt, enligt vilken ett bolag som har sitt säte i en annan medlemsstat i Europeiska unionen omfattas av italiensk rätt om det antingen har bildats i Italien eller har sitt huvudkontor eller ”huvudföremål” beläget i Italien,² är förenlig med artiklarna 49 och 54 FEUF.

¹ Originalspråk: engelska.

² Begreppet ”huvudföremål” definieras inte i begäran om förhandsavgörande. Den hänskjutande domstolen har emellertid förklarat att appellationsdomstolen ansåg att ”huvudföremålet” i förhållande till STE sarl (nedan kallat STE), som är ett luxemburgskt privaträttsligt aktiebolag, utgörs av ett fastighetskomplex, som är bolagets ”enda och hela tillgångsbas”.

I. Tillämpliga bestämmelser

4. I artikel 25 i legge di diritto internazionale privato (legge n. 218/1995)³ (lagen om internationell privaträtt nr 218/1995) (nedan kallad lag 218/1995), som har rubriken ”Bolag och andra enheter”, föreskrivs följande:

”1. Bolag, föreningar, stiftelser och andra offentligrättsliga eller privaträttsliga enheter ska, även om de inte har karaktär av sammanslutning, regleras av lagen i den stat där de bildades. Italiensk lag ska dock vara tillämplig om dessa enheter har sitt huvudkontor eller huvudföremål beläget i Italien.

2. Särskilt följande ska regleras av den lag som är tillämplig på sådana enheter: a) juridisk form, b) företagsnamn eller firma, c) bildande, ombildning och upplösning, d) rättskapacitet, e) bildande av bolagsorgan samt deras befogenheter och arbetsmetoder, f) enhetens företrädare, g) förfaranden för förvärv respektive förlust av ställning som aktieägare eller delägare samt de rättigheter och skyldigheter som är förenade därmed, h) ansvaret för enhetens förpliktelser, och i) följderna av åsidosättanden av lagstiftningen eller bolagsordningen.

3. Överflyttning av en enhets säte till en annan stat och fusioner av enheter med säte i olika stater får verkan endast om de genomförs i enlighet med lagstiftningen i de berörda staterna.”

5. I artikel 2381 andra stycket i Codice civil (den italienska civillagen) anges att styrelsen, om bolagsordningen eller bolagsstämman tillåter det, kan delegera sina befogenheter till ett verkställande utskott bestående av några av dess ledamöter, eller till en eller flera av dess ledamöter. Den hänskjutande domstolen har konstaterat att ett aktiebolags styrelse enligt denna bestämmelse endast kan delegera sina befogenheter till styrelsens ledamöter.

II. Bakgrund

6. År 2004 flyttade ett italienskt aktiebolag, vars tillgångar och affärsverksamhet uteslutande utgjordes av ett fastighetskomplex i närheten av Rom, känt som Castello di Tor Crescenza (nedan kallat slottet), sitt säte till Storhertigdömet Luxemburg, där det registrerades som STE, ett privaträttsligt aktiebolag. Den 30 augusti 2010 hölls en extra bolagsstämma i Luxemburg för aktieägarna i bolaget STE, vid vilken SB utsågs till ensam verkställande direktör (*gérant*).⁴ SB utsåg vid detta tillfälle FF till STE:s generalagent (*mandataire général*) och gav honom befogenhet att ”i Storhertigdömet Luxemburg och utomlands, i bolagets namn och för dess räkning, utan undantag vidta alla nödvändiga åtgärder och bedriva all nödvändig verksamhet, dock i samtliga fall inom ramen för föremålet för bolagets verksamhet”.

7. År 2012 överlät FF slottet till det italienska bolaget ST, som sedan överlät det till Edil Work 2, ett italienskt bolag som kontrollerades av FF.

³ GURI nr 128 av den 3 juni 1995.

⁴ Av handlingarna i målet framgår att STE fram till 2010 – 90 procent ägdes av bolaget STA s.r.l., till vilket FF var ensam ägare. Återstående 10 procent av aktierna ägdes av FF:s hustru, SB. Under 2010 överlät dock STA s.r.l. 40 procent av aktierna till SB.

8. År 2013 väckte STE talan vid Tribunale di Roma (Distriktsdomstolen i Rom, Italien) mot ST och Edil Work 2 och yrkade att de båda överlåtelsehandlingarna skulle ogiltigförklaras på den grunden att tilldelningen av befogenheter till FF saknade rättslig verkan. Tribunale di Roma (Distriktsdomstolen i Rom) ogillade talan och fann att FF hade tilldelats befogenheter som agent på ett giltigt sätt.

9. Efter överklagande biföll Corte d'appello di Roma (Appellationsdomstolen i Rom, Italien) yrkandet. Denna domstol konstaterade för det första att italiensk lag är tillämplig i enlighet med artikel 25.1 i lag 218/1995, eftersom slottet – bolagets ”enda och hela tillgångsbas” – det vill säga ”huvudföremålet”, är beläget i Italien. Corte d'appello di Roma (Appellationsdomstolen i Rom, Italien) fann därefter att tilldelningen av obegränsade förvaltningsbefogenheter avseende bolaget till en tredje part, såsom FF, stod i strid med artikel 2381 andra stycket i Codice civile (civillagen), som slår fast att en bolagsstyrelse endast kan delegera sina befogenheter till ledamöter i bolagsstyrelsen. Nämda domstol ogiltigförklarade därför det beslut varigenom bolagets verkställande direktör hade tilldelat FF befogenheter och slog fast att de efterföljande handlingar varigenom slottet överläts till de två motpartsbolagen följaktligen saknade rättslig verkan.

10. Edil Work 2 och ST har överklagat denna dom till Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) och bestritt tillämpligheten av artikel 25.1 första stycket andra delen i lag 218/1995, såtillvida som Corte d'appello di Roma (Appellationsdomstolen i Rom) underlät att beakta att denna bestämmelse innebär och räckvidd har påverkats i grunden av unionsrätten, vilken kräver att nationell lagstiftning inte ska tillämpas om tolkningen av den är oförenlig med unionsrätten.

11. Motparten, STE, har bestritt överklagandet och i synnerhet anfört att eftersom bolagets huvudföremål är beläget i Italien, ska rättsverkan av de befogenheter som tilldelats FF och giltigheten av de efterföljande överlåtelsehandlingarna till klagandebolagen prövas enligt italiensk rätt, utan inblandning från unionsrätten såvitt avser tolkningen.

12. Den hänskjutande domstolen har inledningsvis påpekat att det framgår av artikel 25.3 i lag 218/1995 att denna bestämmelse tillåter att italienska bolag ombildas till utländska bolag genom att deras säte flyttas till en annan medlemsstat, under förutsättning att överflyttningen är giltig i såväl ursprungsmedlemsstaten som destinationsmedlemsstaten. Denna överflyttning innebär för övrigt inte att bolaget förlorar sin ställning som juridisk person, även om det avförs från det italienska registret.

13. Enligt den hänskjutande domstolen uppkommer frågan huruvida bildandet av STE som ett luxemburgskt bolag med huvudsaklig verksamhet i Italien innebär att detta bolags förvaltningsrelaterade och organisatoriska åtgärder omfattas av luxemburgsk rätt, enligt vilken den omtvistade tilldelningen av befogenheter skulle vara giltig. Om däremot italiensk lag skulle vara tillämplig, skulle den omtvistade tilldelningen av befogenheter sakna giltig verkan.

14. Vad gäller frågan om vilken lag som ska anses tillämplig på tilldelningen av befogenheter har den hänskjutande domstolen påpekat att den allmänna anknytningsfaktorn enligt artikel 25.1 första meningen i lag 218/1995 är den plats där bolaget bildades. Enligt den första meningen i denna bestämmelse ska således den omtvistade tilldelningen av befogenheter i förevarande fall regleras av luxemburgsk rätt. Genom den andra meningen i denna bestämmelse införs emellertid ett undantag från denna regel, enligt vilket italiensk rätt är tillämplig på bolag som har sitt ”huvudföremål” i Italien. I enlighet med detta undantag skulle således italiensk rätt vara tillämplig på den omtvistade tilldelningen av befogenheter, eftersom den enda tillgången och

således detta bolags huvudföremål, nämligen slottet, är beläget i Italien. Eftersom det i artikel 2381 andra stycket i civillagen föreskrivs att styrelsen i ett aktiebolag⁵ endast får delegera sina befogenheter till ledamöterna i den styrelsen, skulle det i sistnämnda fall vara rättsstridigt enligt italiensk rätt att tilldela en tredje part, i förevarande fall FF, dessa befogenheter.

15. Mot bakgrund av dessa omständigheter har den hänskjutande domstolen för det första angett att eftersom etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF innefattar en rätt för ett bolag som bildats i enlighet med en medlemsstats lagstiftning att ombildas till ett bolag som regleras av lagstiftningen i en annan medlemsstat, förutsatt att villkoren i lagstiftningen i denna andra medlemsstat, och särskilt denna andra medlemsstats kriterium för att fastställa att bolaget har en anknytning till dess rättsordning, är uppfyllda, utesluter den omständigheten att det endast är det stadgeenliga sätet som flyttas, och inte huvudkontoret eller den huvudsakliga verksamheten, inte i sig att denna frihet kan tillämpas.

16. För det andra har den hänskjutande domstolen framhållit att den etableringsfrihet som stadfästs i artikel 49 FEUF inte endast omfattar bildandet, utan även driften, av bolag. Sådan verksamhet ska, i enlighet med det andra skälet i direktiv (EU) 2019/2121,⁶ bedrivas på de villkor som anges i etableringsmedlemsstatens lagstiftning. I förevarande mål är det ostridigt att denna medlemsstat är Luxemburg.

17. För det tredje har den hänskjutande domstolen påpekat att det i artikel 2507 i civillagen – vilken ingår i ett kapitel som har rubriken ”Bolag som bildats utomlands” – anges att bestämmelserna i detta kapitel ska tolkas i enlighet med unionsrättsliga principer.

18. Den hänskjutande domstolen har konstaterat att även om det är lagstiftningen i den medlemsstat där ombildningen sker (i förevarande fall Luxemburg) som ska reglera ett bolags förvaltning och organisation, har bolaget i förevarande fall bibehållit sin huvudsakliga verksamhet i Italien. En sådan omständighet kan, enligt den hänskjutande domstolen, motivera att italiensk rätt tillämpas på den omtvistade tilldelningen av befogenheter.

19. Mot denna bakgrund har Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) beslutat att vilandeförklara målet och att ställa följande fråga till EU-domstolen:

”Utgör artiklarna 49 och 54 [FEUF] hinder för att en medlemsstat, i vilken ett bolag (med begränsat ansvar) ursprungligen bildades, på detta bolag tillämpar bestämmelser i sin nationella lagstiftning om [organisationen] och förvaltningen av bolaget när bolaget, efter att ha flyttat sitt säte och ombildats enligt lagstiftningen i destinationsmedlemsstaten, har bibehållit sin huvudsakliga verksamhet i ursprungsmedlemsstaten och det ifrågavarande förvaltningsbeslutet har en avgörande inverkan på bolagets verksamhet?”

20. Skriftliga yttranden har inkommit från Edil Work 2, STE, den italienska regeringen och Europeiska kommissionen. Dessa parter yttrade sig även muntligen vid förhandlingen den 11 juli 2023.

⁵ Både STA och STE är aktiebolag.

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/2121 av den 27 november 2019 om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 vad gäller gränsöverskridande ombildningar, fusioner och delningar (EUT L 321, 2019, s. 1).

III. Rättslig bedömning

A. Inledande synpunkter

21. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i om etableringsfriheten utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken den medlemsstat där ett bolag ursprungligen bildades (i förevarande fall Italien) får tillämpa sin nationella lagstiftning på detta bolags förvaltningsrelaterade och organisatoriska åtgärder när bolaget, inom ramen för en gränsöverskridande ombildning, har flyttat sitt säte till en annan medlemsstat (i förevarande fall Luxemburg), men har behållit sitt huvudföremål i ursprungsmedlemsstaten (Italien).

22. Inledningsvis vill jag erinra om att EU-domstolen kan behöva omformulera den fråga som hänskjutits. EU-domstolen kan dessutom behöva ta hänsyn till unionsbestämmelser som den nationella domstolen inte har hänvisat till i sin fråga.⁷ För att i förevarande fall kunna ge ett användbart svar på begäran om förhandsavgörande är det nödvändigt att på ett korrekt sätt definiera tolkningsfrågans omfattning.

1. Gränsöverskridande ombildningar i motsats till gränsöverskridande näringsverksamhet

23. Det är enligt min mening viktigt att hålla isär två separata frågor. Den första rör begränsningar som uppställs för bolag som genomför en gränsöverskridande ombildning eller en ombildning i en annan medlemsstat.⁸ Denna fråga uppkommer när medlemsstaterna inför begränsningar för gränsöverskridande omstrukturering av bolag och i samband med att ombildningen av ett bolag till ett bolag som lyder under lagstiftningen i en annan medlemsstat tillåts – dessa fall har kallats ”utflyttningsfall”.⁹ Som exempel kan nämnas att EU-domstolen hade att ta ställning till denna fråga i målet *Daily Mail*,¹⁰ som gällde ett brittiskt bolag som önskade flytta sitt huvudkontor från Förenade kungariket (som vid den tidpunkten var en medlemsstat) till Nederländerna utan att förlora sin ställning som juridisk person eller att upphöra att vara ett bolag bildat enligt brittisk rätt. De brittiska skattemyndigheterna vägrade att ge tillstånd till en överflyttning av det faktiska sätet, vilket var nödvändigt enligt nationell rätt. EU-domstolen fann att denna överflyttning reglerades av den nationella lagstiftning enligt vilken bolaget hade bildats.¹¹

24. Den andra frågan rör begränsningar som uppställs för bolag som har bildats i en medlemsstat men som avser att bedriva näringsverksamhet i en annan medlemsstat.¹² I målet *Überseering*¹³ ombads EU-domstolen exempelvis att fastställa huruvida den medlemsstat till vilken ett bolag hade flyttat sitt huvudkontor (Tyskland) hade rätt att bedöma rättskapaciteten för bolaget, som

⁷ Dom av den 13 oktober 2016, *M. and S.* (C-303/15, EU:C:2016:771, punkt 16 och där angiven rättspraxis), och dom av den 31 maj 2018, *Zheng* (C-190/17, EU:C:2018:357, punkt 27).

⁸ Denna kategori inbegriper inskränkningar som uppställs för bolag som bildats enligt lagstiftningen i en medlemsstat och som vill underkasta sig lagstiftningen i en annan medlemsstat utan att träda i likvidation i sin ursprungliga jurisdiktion. Se, senast, dom av den 25 oktober 2017, *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804). Se även 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*, vol. 15, 1 uppl, 2018, s. 21–24.

⁹ Se Mucciarelli, F. M., *European Business Organization Law Review*, vol. 9, s. 267–303.

¹⁰ Dom av den 27 september 1988, *Daily Mail och General Trust* (81/87, EU:C:1988:456).

¹¹ *Ibidem*, punkterna 19–23.

¹² Se, exempelvis, dom av den 21 december 2016, *AGET Iraklis* (C-201/15, EU:C:2016:972, punkterna 53–55), i vilken EU-domstolen slog fast att utövandet av etableringsfriheten förutsätter frihet att anställa arbetstagare i värdmedlemsstaten, frihet att bestämma arten och omfattningen av den näringsverksamhet som ska äga rum i värdmedlemsstaten och därmed frihet att minska verksamhetens omfattning eller att lägga ned den.

¹³ Dom av den 5 november 2002 (C-208/00, EU:C:2002:632).

hade bildats i Nederländerna. Frågan var med andra ord om en värdmedlemsstat hade rätt att vägra att erkänna ett utländskt bolags rättskapacitet när detta bolag hade flyttat sitt faktiska säte till värdmedlemsstaten. I målet Inspire Art¹⁴ ombads EU-domstolen vidare att uttala sig om nederländsk lagstiftning rörande utländska bolag som bedrev näringsverksamhet i den medlemsstaten. Målet rörde ett bolag som hade bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i Förenade kungariket. Bolaget hade därefter öppnat en filial i Nederländerna och bedrev sin huvudsakliga näringsverksamhet där. Bolaget ansökte om registrering av sin nederländska filial vid handelsregistret i Nederländerna, varvid handelskammaren ville uppställa vissa regler för bolaget. EU-domstolen slog fast att ett antal krav i den nederländska lagstiftningen stred mot principen om fri rörlighet [etableringsfrihet]. EU-domstolen gjorde tydlig åtskillnad mellan dessa båda mål och målet Daily Mail, som rörde möjligheten för den stat där ett bolag bildats att begränsa dess rätt att flytta till en annan medlemsstat.¹⁵

25. I förevarande fall har STE, ett italienskt bolag, redan med giltig verkan flyttat sitt säte till Luxemburg genom att ombildas till ett bolag enligt luxemburgsk rätt och upphöra att existera i Italien. Detta bolag har inte för avsikt att etablera sig i Italien, utan bedriver endast näringsverksamhet i den medlemsstaten. Det är därför viktigt att notera att förevarande mål, i motsats till vad STE och den italienska regeringen har anfört, inte rör huruvida det finns begränsningar för gränsöverskridande ombildning av bolag, utan snarare huruvida det uppställs begränsningar för ett luxemburgskt bolag som bedriver näringsverksamhet i Italien.

26. I detta avseende framgår det för det första av handlingarna i målet, vilket bekräftades vid förhandlingen, att STE, som ursprungligen bildades i Italien, ombildades till ett bolag enligt luxemburgsk rätt år 2004, *utan att några begränsningar uppställdes* för bolaget från vare sig Italiens eller Luxemburgs sida. Det förefaller med andra ord som om ombildningen av det bolaget, efter det att det bildats i Luxemburg, godtogs av lagstiftningen i såväl destinationslandet (Luxemburg) som ursprungslandet (Italien). För det andra framgår det att bolaget var verksamt i Italien från år 2004 (det år då ombildningen ägde rum) till år 2010, utan att någon av myndigheterna motsatte sig ombildningen. Framför allt bekräftade parterna vid förhandlingen att de italienska myndigheterna inte gjorde några försök att tillämpa italiensk bolagsrätt på bolagets åtgärder under denna sexårsperiod. För det tredje är artikel 25.1 i lag 218/1995 utan åtskillnad tillämplig på bolag som ursprungligen bildats i en annan medlemsstat och på bolag som har ombildats. Lagvalsreglerna i denna bestämmelse behandlar inte frågor om gränsöverskridande ombildning och dess verkningar. Enligt min mening skulle således samma fråga uppkomma för det fall att ett bolag som ursprungligen bildats i Luxemburg hade sitt huvudföremål i Italien, det vill säga om STE alltid hade varit ett luxemburgskt bolag som ägde slottet.

27. Härav följer att frågan huruvida den omtvistade italienska lagstiftningen utgör hinder för överflyttning och/eller ombildning av ett bolag till en annan medlemsstat inte är relevant och inte behöver behandlas i förevarande mål. Knäckfrågan i förevarande mål är huruvida tillämpningen av italiensk rätt – med hänvisning till ”huvudföremålet” som anknytningsfaktor – på åtgärder av förvaltningsrelaterad och organisatorisk karaktär som vidtas av ett bolag som är etablerat i en annan medlemsstat (än den medlemsstat där bolaget bildades) utgör en inskränkning i utövandet av en grundläggande frihet. I samband med bedömningen i förevarande förslag till avgörande ska Luxemburg därför anses vara ursprungsmedlemsstat och Italien den medlemsstat där bolaget i fråga bedriver sin näringsverksamhet.

¹⁴ Dom av den 30 september 2003 (C-167/01, EU:C:2003:512).

¹⁵ Se domen i målet Überseering, punkterna 66–73, och domen i målet Inspire Art, punkterna 102 och 103.

2. Saken i det nationella målet

28. Det nationella målet rör giltigheten av tilldelningen av befogenheter till en tredje part som inte sitter i bolagets styrelse och giltigheten av överlåtelsehandlingarna avseende ett fastighetskomplex. Vid fastställandet av sakföremålet för tolkningsfrågan är det viktigt att skilja mellan tilldelningen av befogenheter och överlåtelsen av fastighetskomplexet. Enligt min mening är det i förevarande fall viktigt att skilja mellan, å ena sidan, frågan om vilken bolagsrätt (*lex societatis*) som är tillämplig på bolagets rättshandlingar och, å andra sidan, de begränsningar som en medlemsstat uppställer på överlåtelser av fast egendom. Den första frågan faller inom ramen för etableringsfriheten, medan den andra frågan kan falla inom tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital som stadfästs i artikel 63 FEUF. För att avgöra vilken grundläggande frihet som är tillämplig är det nödvändigt att först fastställa syftet med lagstiftningen¹⁶ och beakta omständigheterna i det enskilda fallet.

29. Det är riktigt att Corte d'appello di Roma (Appellationsdomstolen i Rom) i det nationella målet fann att bolagets "enda och hela tillgångsbas", och därmed bolagets huvudföremål, är belägen i Italien och att den på den grunden tillämpade relevant italiensk rätt. Denna domstol förefaller följaktligen ha grundat sin tillämpning av italiensk rätt på var bolagets huvudsakliga tillgång var belägen och således på äganderätten till fast egendom. Nämnda domstol fann särskilt att tilldelningen av befogenheter och de två handlingar varigenom slottet överläts omfattades av regeln att lagen på den ort där föremålet befinner sig är tillämplig (*lex rei sitae*) och att dessa rättsakter följaktligen saknade rättslig verkan enligt italiensk rätt.

30. Jag vill dock framhålla att det nationella målet avser giltigheten av att en tredje part som inte är styrelseledamot i bolaget har tilldelats befogenheter. Denna giltighet förefaller vid första anblicken inte vara en fråga som rör sakrätt (*in rem*) till fast egendom.¹⁷ Såsom kommissionen gjorde gällande vid förhandlingen inför EU-domstolen är giltigheten av en verkställande direktörs bemyndigande av tredje part en fråga som är kopplad till förvaltningen och organisationen av ett bolag, vilken således omfattas av den bolagsrätt (*lex societatis*), som binder bolaget till en specifik rättsordning.¹⁸ En sådan slutsats stöds av ordalydelsen i artikel 25.2 i lag 218/1995, i vilken det anges inom vilka sakområden som italiensk bolagsrätt (*lex societatis*) ska vara tillämplig, såsom "bildande av bolagsorgan samt deras befogenheter och arbetsmetoder" och

¹⁶ Frågan huruvida en nationell lagstiftning omfattas av den ena eller andra fria rörligheten ska enligt numera fast rättspraxis avgöras med beaktande av ändamålet med den aktuella lagstiftningen (se, särskilt, dom av den 1 juli 2010, Dijkman och Dijkman-Lavaleije, C-233/09, EU:C:2010:397, punkt 26; dom av den 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, EU:C:2012:707, punkt 90; och dom av den 21 maj 2015, Wagner-Raith, C-560/13, EU:C:2015:347, punkt 31).

¹⁷ Vad avser distinktionen mellan bolagsrättsliga frågor och frågor som rör sakrätt (*in rem*) till fast egendom, se exempelvis artikel 1.2 f och artikel 4.1 c i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) (EUT L 177, 2008, s. 6) (nedan kallad Rom I-förordningen). Genom att utvidga tillämpningen av regeln om att lagen på den ort där föremålet befinner sig är tillämplig (*lex rei sitae*) till att omfatta tilldelningen av befogenheter förefaller Corte d'appello di Roma (Appellationsdomstolen i Rom), trots att de båda överlåtelsehandlingarna upprättades efter denna tilldelning, enligt min mening ha slagit samman tilldelningen av befogenheter och överlåtelsehandlingarna och i huvudsak tillämpat nämnda regel på dem båda. Denna domstol gav således företräde åt denna regel framför den regel som är tillämplig vid tilldelning av befogenheter. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida det enligt nationell rätt är tillräckligt att det finns en överlåtelsehandling avseende fast egendom, såsom slottet, för att tilldelningen av befogenheter ska anses vara likställd med sakrätten (*in rem*) till fast egendom. I det avseendet vill jag markera att medan det verkar finnas ett gränsöverskridande inslag i den första överlåtelsen där Rom I-förordningen kan vara tillämplig, verkar den andra överlåtelsen vara en "rent intern" transaktion. Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida de två överlåtelsehandlingarna ska klassificeras och bedömas tillsammans.

¹⁸ De områden som typiskt sett faller under tillämplig bolagsrätt (*lex societatis*) innefattar bildande och upplösning av bolaget, firmanamn, rättskapacitet, kapitalstruktur, styrelseledamöters rättigheter och skyldigheter samt interna förvaltningsfrågor. Se Europeiska kommissionen, generaldirektoratet för rättsliga frågor och konsumentfrågor, Schuster, E., Gerner-Beuerle, C., Siems, M., och Mucciarelli, F., "Study on the law applicable to companies" – slutrapport, Publikationsbyrå, 2016, s. 16, tillgänglig på engelska på <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/259a1dae-1a8c-11e7-808e-01aa75ed71a1/language-en>. Se förslag till avgörande av generaladvokat Saugmandsgaard Øe i målet Verein für Konsumenteninformation (C-272/18, EU:C:2019:679), vad avser undantaget i och definitionen av *lex societatis* i den mening som avses i artikel 1.2 f i Rom I-förordningen.

”enhetens företrädare”. Syftet med den nationella lagstiftningen är således att italiensk rätt ska vara tillämplig på ovannämnda åtgärder som vidtas av utländska bolag, vilket innebär att den faller inom tillämpningsområdet för den etableringsfrihet som stadfästs i artikel 49 FEUF.

31. Eftersom saken i det nationella målet gäller vilken bolagsrätt (*lex societatis*) som är tillämplig på ett bolag som är etablerat i en annan medlemsstat, ska den fråga som den hänskjutande domstolen har ställt till EU-domstolen prövas mot bakgrund av etableringsfriheten, såsom den definieras i artikel 49 FEUF, som för unionsmedborgarna innefattar en rätt att bilda och driva företag på samma villkor som dem som föreskrivs i den berörda medlemsstatens lagstiftning för dess egna medborgare, och som, i enlighet med artikel 54 FEUF, innefattar en rätt för bolag inom EU att utöva verksamhet i den berörda medlemsstaten genom ett dotterbolag, en filial eller ett kontor.¹⁹ När en aktör avser att faktiskt bedriva näringsverksamhet från ett fast driftsställe under obestämd tid, ska dennes situation prövas utifrån etableringsfriheten, såsom den definieras i artikel 49 FEUF.²⁰

32. När det gäller tilldelningen av befogenheter till en tredje part som inte är styrelseledamot i bolaget, föreslår jag följaktligen att den omtvistade nationella lagstiftningen prövas mot bakgrund av denna frihet.

33. Såvitt avser överlåtelsen av fast egendom ska det, för det fall att EU-domstolen skulle bedöma lagstiftningen mot bakgrund av den fria rörligheten för kapital, konstateras att det är vedertaget att åtgärder som rör överlåtelse av fast egendom traditionellt omfattas av lagen i den medlemsstat där fastigheten är belägen. Vid första anblicken framstår det därför som osannolikt att enbart det förhållandet att denna lag tillämpas i sig skulle utgöra en inskränkning av den fria rörligheten för kapital.

3. Resultat i denna del

34. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att den hänskjutna frågan omformuleras så att den inriktas på tilldelning av befogenheter till en tredje part som inte är styrelseledamot. Den regel som är tillämplig på tilldelningen av befogenheter är nämligen skild från, och föregår, frågan om giltigheten av de överlåtelser som omfattas av kategorin sakrätt (*in rem*) till fast egendom. Tolkningsfrågan ska således omformuleras på så sätt att den avser att få klarhet i huruvida etableringsfriheten som stadfästs i artikel 49 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för lagstiftning i en medlemsstat som föreskriver att dess nationella rätt ska tillämpas på en åtgärd av förvaltningsrelaterad och organisatorisk karaktär, såsom en tilldelning av befogenheter, som vidtagits av ett bolag som bildats i enlighet med lagstiftningen i en annan medlemsstat, men vars huvudföremål är beläget inom dess territorium.

¹⁹ Se, särskilt, dom av den 17 juli 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

²⁰ Se, särskilt, dom av den 29 september 2011, kommissionen/Österrike (C-387/10, EU:C:2011:625, punkt 22), och dom av den 23 februari 2016, kommissionen/Ungern (C-179/14, EU:C:2016:108, punkt 148–150).

B. Åsidosättande av etableringsfriheten

1. Diskrimineringssynsättet i motsats till inskränkningssynsättet

35. Det bör erinras om att bolag som bildas i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom unionen enligt artikel 54 FEUF ska likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna vid tillämpningen av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet.²¹

36. På bolagsrättens område har medlemsstaterna nämligen sedan domen i målet *Überseering*²² varit skyldiga att erkänna bolag som bildats rättsenligt i enlighet med lagstiftningen i en annan medlemsstat även om de saknar ett konkret samband med denna andra medlemsstat. Ett bolag som har bildats rättsenligt kan utöva rätten till etableringsfrihet inom unionen.

37. Enligt artikel 49 andra stycket FEUF jämförd med artikel 54 FEUF innefattar nämligen etableringsfriheten för de bolag som avses i den sistnämnda artikeln en möjlighet att bilda och driva sådana bolag på de villkor som föreskrivs i en medlemsstats lagstiftning för inhemska bolag.²³ En sådan frihet omfattar alla stadier av dessa bolags utveckling, från det första fotfästet på marknaden i en medlemsstat fram till det faktiska utövandet av en verksamhet.²⁴ Om det accepterades att en medlemsstat fritt kunde välja att tillämpa en annorlunda behandling uteslutande av det skälet att ett bolag har sitt säte i en annan medlemsstat, skulle detta innebära att innehållet i artikel 49 FEUF inte längre fick någon verkan. Syftet med etableringsfriheten är således att säkerställa nationell behandling i värdmedlemsstaten, genom att all diskriminering som grundas på var bolag har sitt säte förbjuds.²⁵

38. Det är viktigt att understryka att etableringsfriheten inte bara förbjuder direkt och indirekt diskriminering (diskrimineringssynsättet) som innebär att utländska bolag behandlas ”mindre förmånligt” än inhemska bolag,²⁶ utan även nationella åtgärder som är icke-diskriminerande men som försvårar tillträdet till marknaden (inskränkningssynsättet). EU-domstolen har i detta avseende slagit fast att nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna utgör en inskränkning av denna frihet.²⁷ Taget till sin spets undanröjer detta synsätt, åtminstone teoretiskt sett, behovet av jämförelse eller av att identifiera oförmånlig behandling såvitt avser likartade situationer.

²¹ Se, särskilt, dom av den 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punkt 25).

²² Dom av den 5 november 2002 (C-208/00, EU:C:2002:632).

²³ Dom av den 25 oktober 2017, *Polbud - Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 33).

²⁴ Se förslag till avgörande av generaladvokat Hogan i målet *VAS Shipping* (C-71/20, EU:C:2021:474, punkt 63).

²⁵ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 februari 2021, *Novo Banco* (C-712/19, EU:C:2021:137, punkt 21 och där angiven rättspraxis).

²⁶ Såsom generaladvokat Bobek förklarade i sitt förslag till avgörande i målet *Hornbach-Baumarkt* (C-382/16, EU:C:2017:974, punkt 29) krävs det "[e]nligt *det synsätt som grundar sig på diskriminering* ... för att en nationell åtgärd ska anses åsidosätta etableringsfriheten att jämförbara situationer behandlas olika till nackdel för de bolag som utövar etableringsfriheten".

²⁷ Dom av den 30 november 1995, *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411, punkt 37). Se även dom av den 21 januari 2010, *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, punkt 56). I sin senaste praxis har EU-domstolen formulerat det så, att detta inbegriper varje åtgärd som *innebär att utövandet av etableringsfriheten förbjuds, försvåras eller blir mindre attraktivt* (dom av den 27 februari 2019, *Associação Peço a Palavra m.fl.*, C-563/17, EU:C:2019:144, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

2. Teorin om faktiskt säte och inkorporeringsteorin

39. När det gäller erkännandet av bolag enligt reglerna i internationell privaträtt finns det i huvudsak två olika teorier, nämligen teorin om faktiskt säte²⁸ och inkorporeringsteorin.²⁹ EU-domstolen har slagit fast att platsen för sätet, huvudkontoret eller den huvudsakliga verksamheten för de bolag som avses i artikel 54 FEUF kan tjäna till att fastställa deras anknytning till en viss medlemsstats rättsordning.³⁰ Enligt denna bestämmelse är dessa tre anknytningsfaktorer med andra ord jämställda.³¹ Av detta följer att det står medlemsstaterna fritt att välja vilken anknytningsfaktor de vill tillämpa och vilka lagvalsregler som ska tillämpas. Synsättet och reglerna i nationell internationell privaträtt kan därför skilja sig avsevärt från en medlemsstat till en annan.³²

40. Likaså har EU-domstolen, mot bakgrund av att artikel 54 FEUF jämställer anknytningsfaktorerna säte, huvudkontor och huvudsaklig verksamhet, slagit fast att i avsaknad av en enhetlig definition i unionsrätten av de bolag som kan omfattas av etableringsrätten i kraft av en enda anknytningsfaktor som avgör vilken nationell lagstiftning som ska tillämpas på ett bolag, har en medlemsstat befogenhet att definiera såväl den anknytning som krävs för att ett bolag ska anses ha bildats enligt dess nationella rätt och för att det i denna egenskap ska kunna omfattas av etableringsrätten, som den anknytning som krävs för bibehållande av denna status i ett senare skede.³³

41. I förevarande mål ska det noteras att tolkningsfrågan avser ett bolag som *redan* har bildats i enlighet med en medlemsstats rättsordning och som har vidtagit åtgärder av förvaltningsrelaterad och organisatorisk karaktär avseende en tillgång som är belägen i en annan medlemsstat. En sådan situation tycks i princip falla inom tillämpningsområdet för artikel 25.1 första meningen i lag 218/1995, där det föreskrivs att bolag ska regleras av lagen i den stat där de bildades. I artikel 25.1 andra meningen i lag 218/1995 utvidgas emellertid räckvidden för italiensk rätt till att omfatta bolag som har sitt "huvudkontor" eller "huvudföremål" i Italien. Genom denna mening tillkommer således ytterligare två lagvalsregler som i huvudsak grundas på ett bolags faktiska säte och på dess huvudföremål. Av den hänskjutande domstolens förklaring följer att även om inkorporeringsteorin förefaller vara huvudregeln, ska italiensk rätt även tillämpas på bolag som har sitt huvudkontor och huvudföremål i denna stat.

42. Sammanfattningsvis utgör artikel 25.1 första meningen i lag 218/1995 en tillämpning av inkorporeringskriteriet och bekräftar därmed att luxemburgsk rätt är tillämplig i förevarande fall. Tillämpning av den andra meningen i denna bestämmelse har emellertid lett till att de italienska myndigheterna tillämpar italiensk rätt på den omtvistade tilldelningen av befogenheter. Såvitt jag vet har EU-domstolen ännu inte uttalat sig i ett mål som rör frågan huruvida nationell lagstiftning som kräver kumulativ tillämpning av flera lagvalsregler är förenlig med unionsrätten.

²⁸ Enligt teorin om faktiskt säte ska lagen i den stat där bolaget har sitt huvudkontor och sitt faktiska säte avgöra vilken lag som är tillämplig.

²⁹ Inkorporeringsteorin å andra sidan hänvisar till lagen i den stat där bolaget bildades.

³⁰ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juli 2023, Xella Magyarorszá (C-106/22, EU:C:2023:568, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

³¹ Dom av den 27 september 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456, punkterna 19–21), och dom av den 25 oktober 2017, Polbud - Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 34).

³² Se 2016 års studie som det hänvisas till i fotnot 18. För skillnaderna mellan nationella bolagsrättsliga lagstiftningar, se Andenas, M., och Wooldridge, F., *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2010.

³³ Se, i detta hänseende, dom av den 16 december 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punkterna 109 och 110).

43. I avsaknad av enhetliga regler på unionsnivå är det i detta hänseende, såsom nämnts ovan,³⁴ upp till medlemsstaterna att självständigt definiera anknytningsfaktorerna. Det kan därför vid första påseendet förefalla som om etableringsfriheten inte utgör hinder för nationell lagstiftning som kräver att flera lagvalsregler tillämpas kumulativt. Vid en bedömning av den omtvistade nationella lagstiftningens *verkan* står det emellertid klart att den försvårar utövandet av den etableringsfrihet som stadfästs i artikel 49 FEUF och gör den mindre attraktiv.

3. Tillämpning av inskränkningssynsättet i förevarande mål

44. Sätillvida som STE i förevarande mål har bildats enligt luxemburgsk rätt och har sitt säte i denna medlemsstat, omfattas bolagets förvaltningsrelaterade och organisatoriska åtgärder av luxemburgsk rätt. Denna situation omfattas vid en första anblick av lagvalsregeln i artikel 25.1 första meningen i lag 218/1995.

45. Genom att artikel 25.1 andra meningen i lag 218/1995 kräver att ett bolag som bildats i Luxemburg ska vidta åtgärder av förvaltningsrelaterad och organisatorisk karaktär som är förenliga med italiensk rätt, ålägger denna bestämmelse emellertid i praktiken detta bolag en skyldighet att iaktta bolagsrätten i två olika medlemsstater *på ett kumulativt sätt*. Det är per definition omöjligt att jämföra denna situation med de villkor under vilka italienska bolag bedriver sin verksamhet. Dessa bolag omfattas nämligen redan av italiensk rätt och eftersom kriteriet "huvudföremål" som den italienska lagstiftaren har valt i sig endast är tillämpligt på gränsöverskridande situationer, saknar det relevans för dessa bolag. Det är således omöjligt – eller skulle i vart fall vara tautologiskt – att hävda att den omtvistade italienska lagstiftningen innebär en särbehandling av de berörda utländska bolagen och att denna särbehandling missgynnar utländska bolag jämfört med inhemska bolag. Följaktligen anser jag att de tillämpliga bolagsrättsliga reglerna inte gör någon åtskillnad beroende på säte eller "ursprung" och att inhemska och utländska bolag inte kan jämföras med avseende på kriteriet "huvudföremål". Härav följer att diskrimineringssynsättet enligt min mening bör lämnas utan avseende i förevarande mål.

46. Frågan är då huruvida tillämpningen av den regel som anges i artikel 25.1 andra meningen i lag 218/1995 försvårar utövandet av etableringsfriheten eller gör den mindre attraktiv.³⁵

47. Enligt min mening bör svaret vara att så är fallet. En *kumulativ* tillämpning av ursprungsmedlemsstatens bolagsrätt och italiensk bolagsrätt, den sistnämnda eftersom bolagets "huvudföremål" är beläget i Italien, innebär att bolag kan behöva uppfylla de krav som uppställs i lagstiftningen i ursprungsmedlemsstaten och i den medlemsstat där "huvudföremålet" är beläget på samma gång. Teoretiskt sett skulle en sådan allmän dubbel börda kunna göra det mindre attraktivt för ett bolag som är etablerat i ursprungsmedlemsstaten (i förevarande fall Luxemburg) att bedriva verksamhet med fast egendom belägen i Italien, och därigenom försvåra utövandet av etableringsfriheten.

48. I förevarande mål är det emellertid inte STE, det vill säga det bolag som har utövat sin etableringsfrihet, som vill återropa etableringsfriheten. Det är i stället de båda förvärvarna vid de överlåtelse som genomförts av STE – ST och Edil Works 2 – som har återopat denna frihet. Med hänsyn till de särskilda omständigheterna i målet anser jag följaktligen att den omständigheten att bolagsrätten i två medlemsstater tillämpas på ett kumulativt sätt skapar

³⁴ Punkterna 39 och 40 ovan.

³⁵ Se punkt 38 ovan.

rättsosäkerhet för den avtalsslutande bolagspart som försöker åberopa två nationella lagstiftningar för att ogiltigförklara de befogenheter som tilldelats av dess verkställande direktör och skydda detta bolags intressen. På grundval av rättssäkerhetsprincipen³⁶ måste nämligen en part som ingår ett rättsförhållande, såsom ett avtal, kunna veta vilken nationell rätt som är tillämplig på bolaget i fråga. I det avseendet ger tillämpningen av artikel 25.1 andra meningen i lag 218/1995 på den omtvistade tilldelningen av befogenheter i syfte att ogiltigförklara de två efterföljande överlåtelseerna nämligen upphov till rättsosäkerhet för förvärvarna, eftersom STE hade bildats på ett giltigt sätt enligt luxemburgsk rätt och enligt uppgift iakttagit bolagsrätten i detta land. Innan STE väckte talan vid domstol och i huvudsak gjorde gällande att italiensk rätt skulle tillämpas – trots att STE hade flyttat till Luxemburg och ombildats till ett luxemburgskt bolag – fanns det inget som tydde på att detta bolag, utöver att omfattas av luxemburgsk rätt, även skulle omfattas av italiensk bolagsrätt, inbegripet dess skyddslagstiftning. STE har gjort gällande att så är fallet och att italiensk rätt ska tillämpas retroaktivt på den omtvistade tilldelningen, vilket således skulle leda till rättsosäkerhet för förvärvarna när det gäller dessa överlåtelser.

49. Det är uppenbart att en sådan valmöjlighet i fråga om tillämplig lag och överlappning av två nationella lagstiftningar kan orsaka betydande osäkerhet och ekonomiska bördor för de avtalsslutande bolagsparter som försöker förlita sig på bolagsrätten i två stater. Om den som utövar sin etableringsfrihet retroaktivt skulle kunna upphäva de rättsförhållanden som har skapats med stöd av denna frihet, skulle det allvarligt undergräva etableringsfrihetens ändamålsenliga verkan.

50. Dessutom förefaller den retroaktiva tillämpningen av italiensk rätt på en bolagsrättslig åtgärd, såsom den omtvistade tilldelningen av befogenheter, ha föranletts av en annan anknytningsfaktor, nämligen sakrätt (*in rem*) till fast egendom. Utvidgningen av begreppet ”huvudföremål” till att omfatta åtgärder som vidtagits före åtgärder som avser sakrätt (*in rem*) till fast egendom, utan att ge någon närmare förklaring till varför och hur kan åsidosätta principen om rättslig klarhet och, följaktligen, rättssäkerhetsprincipen för de avtalsslutande parterna.

51. Slutligen vill jag för fullständighetens skull tillägga att eftersom artikel 49 FEUF har direkt effekt,³⁷ är den avgörande faktorn i det nationella målet huruvida sakinnehållet i etableringsfriheten som stadfästs i denna bestämmelse sträcker sig så långt att även avtalet – och följaktligen avtalssparten i det nationella målet – skyddas av denna bestämmelse. I detta avseende vill jag påstå att förbudet i artikel 49 FEUF mot att inskränka etableringsfriheten kan åberopas av de personer som utövar sin etableringsfrihet genom att bedriva verksamhet i en annan medlemsstat, men även av deras avtalssparter, särskilt när det finns gränsöverskridande inslag, såsom i förevarande mål där STE, ett luxemburgskt bolag, har gett befogenheter till sin generalagent som i sin tur har överlåtit bolagets huvudsakliga tillgång till ST, ett italienskt bolag, och där dessa transaktioner har ifrågasatts enligt italiensk rätt.³⁸ Ur sakrättslig synvinkel omfattas därför ST:s (och indirekt Edil Work 2:s) individuella rätt av ovannämnda förbud. Det bör tilläggas att när STE utnyttjade sin etableringsfrihet uppstod en situation som omfattades av tillämpningsområdet för denna frihet. De efterföljande transaktionerna, såsom tilldelningen av

³⁶ EU-domstolen har funnit att rättssäkerhetsprincipen – och den därmed sammanhängande principen om skydd för berättigade förväntningar – kräver att en reglering som innebär negativa konsekvenser i förhållande till enskilda ska vara klar och exakt, så att den enskilde kan förutse hur den kan komma att tillämpas (dom av den 12 december 2013, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, C-362/12, EU:C:2013:834, punkt 44 och där angiven rättspraxis).

³⁷ Dom av den 29 november 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punkt 42).

³⁸ Hursomhelst ska det påpekas att EU-domstolen, såsom generaladvokat Kokott i sitt förslag till avgörande i målet *Philips Electronics* (C-18/11, EU:C:2012:222, punkt 83 och i fotnot 52 angiven rättspraxis) har erinrat om, vid flera tillfällen i samband med olika grundläggande friheter har betonat att även andra personer, än de som via den grundläggande friheten åtnjuter en omedelbar rätt, kan utnyttja denna grundläggande frihet, eftersom den grundläggande friheten annars inte kan få full verkan.

befogenheter och överlåtelsen av slottet, omfattades av etableringsfriheten. Om en tredje part visar att det finns en anknytning till den situation som uppstått till följd av denna frihet, bör han eller hon därför kunna åberopa artikel 49 FEUF.³⁹

52. Av detta följer att tillämpningen av italiensk rätt, i enlighet med artikel 25.1 i lag 218/1995, jämförd med artikel 2381 andra stycket i civillagen, på den omtvistade tilldelningen av befogenheter enligt min mening utgör en inskränkning av utövandet av etableringsfriheten i strid med artikel 49 FEUF.

C. Berättigande

53. Nationella åtgärder som inskränker etableringsfriheten kan vara motiverade och visas vara proportionerliga. EU-domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast att icke-diskriminerande nationella åtgärder som försvårar eller gör det mindre attraktivt att utöva etableringsfriheten kan godtas om de är motiverade av tvingande skäl av ”allmänintresse”.⁴⁰ Sådana åtgärder måste vara ägnade att förverkliga det mål som eftersträvas och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.⁴¹

54. Det ska inledningsvis påpekas att den hänskjutande domstolen inte har angett några skäl som motiverar den inskränkning av etableringsfriheten som följer av att italiensk rätt tillämpas på åtgärder som avser förvaltningen och organisationen av ett bolag som med giltig verkan har bildats enligt lagstiftningen i en annan medlemsstat, men som bedriver sin näringsverksamhet och har sitt huvudföremål i Italien. Något sådant skäl framgår inte heller av ordalydelsen i artikel 25.1 i lag 218/1995 eller i artikel 2381 andra stycket i civillagen.

55. Den italienska regeringen har emellertid i sitt skriftliga yttrande anført att hänsyn till skyddet av aktieägare, borgenärer, anställda och tredje man kräver att den ifrågavarande tilldelningen av befogenheter omfattas av italiensk rätt. Det ska påpekas att nämnda regerings argument vidförhandlingen inriktade sig på skyddet av aktieägarna i stället för skyddet av de övriga tredje parternas intressen, vilket i princip inte berördes. Den italienska regeringen har vidare gjort gällande att det är nödvändigt att tillämpa italiensk rätt eftersom STE:s etablering i Luxemburg inte motsvaras av näringsverksamhet i denna medlemsstat och således utgör ett missbruk. Enligt den regeringen tillåter inte unionsrätten att det skapas helt konstlade bolagskonstruktioner, som inte återspeglar den ekonomiska verkligheten. Jag kommer att analysera aktieägarskyddet och det påstådda missbruket mot bakgrund av dessa två huvudargument.

1. Skydd av aktieägarna

56. Det ska påpekas att EU-domstolen redan har godtagit att skyddet av minoritetsägares intressen under vissa omständigheter och med iakttagande av vissa villkor kan motivera begränsningar av etableringsfriheten.⁴² EU-domstolen har erkänt behovet av att skydda

³⁹ I domen av den 16 juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punkt 59), medgav EU-domstolen exempelvis att en person som inte hade utsatts för diskriminering, det vill säga ett åsidosättande av en subjektiv rättighet, kunde väcka talan på grund av diskriminering av ”de andra invånarna i den stadsdel där [vederbörande] bedr[ev] sin verksamhet”. Det kan således hävdas att den som har en direkt anknytning till den ifrågavarande situationen ska kunna försvara sina rättigheter.

⁴⁰ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 februari 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

⁴¹ Dom av den 25 oktober 2017, Polbud - Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 52).

⁴² Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 november 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632, punkt 92), och dom av den 25 oktober 2017, Polbud - Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 54).

”minoritetsägare”. Jag utesluter emellertid inte möjligheten att syftet att skydda aktieägarna (generellt sett) kan utgöra en sådan motivering i vissa mycket specifika situationer, där medlemsstaten har infört begränsningar som syftar till att skydda *samtliga* aktieägare oavsett deras andel i bolaget.⁴³

57. I artikel 25.1 i lag 218/1995 anges dock ingenting om vilka skäl av allmänintresse som föranledde den italienska lagstiftaren att anta denna bestämmelse. Det är därför svårt att fastställa vilka mål som eftersträvas med denna lagstiftning och följaktligen att avgöra om den verkligen syftar till att uppnå dessa mål. I synnerhet förefaller det vid en första anblick som att den italienska lagstiftningen – särskilt artikel 2381 andra stycket i civillagen, som utesluter tilldelning av befogenheter till en tredje part som inte är ledamot i bolagets styrelse – syftar till att skydda dessa styrelseledamöters intressen och den exklusiva ledningsfunktion som tillkommer de verkställande direktörerna, och således endast reglerar förhållandet mellan styrelseledamöterna och ledningen. Det är därför inte klart huruvida den omtvistade lagstiftningen antogs i syfte att säkerställa skyddet för aktieägarna. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att göra denna bedömning.

58. Om man utgår från att det allmänintresse som eftersträvas verkligen är skyddet av aktieägarna, vill jag understryka att tillämpningen av artikel 25.1 andra meningen i lag 218/1995, jämförd med artikel 2381 andra stycket i civillagen, kan gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda detta intresse. Det innebär nämligen, såsom framgår av förevarande mål, att italiensk rätt ska tillämpas på en förvaltningsrelaterad och organisatorisk åtgärd som vidtas av ett bolag som bildats i enlighet med lagstiftningen i en annan medlemsstat men som bedriver näringsverksamhet i Italien, utan att det beaktas huruvida aktieägarnas intressen redan skyddas av bolagsrätten i denna andra medlemsstat. Artikel 25.1 i lag 218/1995 är med andra ord tillämplig utan åtskillnad på *alla* bolag i *alla* medlemsstater och på *alla* åtgärder, utan hänsyn till huruvida aktieägarnas intressen redan är tillräckligt skyddade i en annan medlemsstat genom andra, mindre ingripande åtgärder, såsom exempelvis ett krav på att styrelseledamöterna ska underrättas om försäljningen av bolagets fasta egendom och möjligheten för denna styrelse att återkalla försäljningen.

59. Under dessa omständigheter ifrågasätter jag om den inskränkning som följer av tillämpningen av dessa bestämmelser i italiensk rätt är förenlig med proportionalitetsprincipen. För det första går artikel 25.1 andra meningen i lag 218/1995 utöver vad som är nödvändigt, eftersom den utan åtskillnad är tillämplig på alla generalfullmakter som tilldelas en tredje part utanför bolaget. För det andra finns det alternativa åtgärder som är mindre ingripande, såsom en kontroll av huruvida de skyddade intressena redan har beaktats i tillräcklig utsträckning av lagstiftningen i den stat där bolaget bildats – vilket skulle kunna vara fallet i det nationella målet, särskilt som bolagets delägare kände till eller kan ha känt till förekomsten av tilldelningen av befogenheter och de omtvistade åtgärder som följde på denna.

2. Missbruk

60. Det ska inledningsvis konstateras att det följer av rättspraxis att en person som väljer att bilda ett bolag i den medlemsstat vars bolagsrätt förefaller honom eller henne vara minst betungande eller mest lämplig för hans eller hennes egna ekonomiska behov, och följaktligen att bedriva sin

⁴³ Avsikten att skydda minoritetsägare hänför sig i allmänhet till frågan om lösning av interna bolagstvister, såsom tvister mellan aktieägare eller mellan aktieägare och ledning eller mellan bolaget och dess ledning (se förslag till avgörande av generaladvokat Wathelet i målet Dédouch m.fl, C-560/16, EU:C:2017:872, punkt 21). Ett sådant skydd kan emellertid behövas med avseende på samtliga aktieägare.

näringsverksamhet i en annan medlemsstat, utövar etableringsfriheten på ett legitimt sätt.⁴⁴ EU-domstolen har konstaterat att den omständigheten att ett bolag har upprättat sitt stadgeenliga eller faktiska säte enligt lagstiftningen i en medlemsstat, i syfte att omfattas av en gynnsammare lagstiftning inte i sig utgör missbruk.⁴⁵ Med detta sagt utgör etableringsrätten inte hinder för att medlemsstaterna har en skeptisk inställning gentemot brevlådeföretag och bulvanföretag.⁴⁶ Det framgår av EU-domstolens praxis att medlemsstaterna har rätt att vidta åtgärder som är ägnade att förhindra bedrägeri och besluta om påföljder för bedrägeri, vilket skulle kunna motivera en inskränkning.⁴⁷ Medlemsstaterna får särskilt vidta åtgärder för att förhindra ”rent konstlade upplägg som inte har någon ekonomisk förankring” och som skapas i syfte att kringgå nationell lagstiftning.⁴⁸ Mer nyligen, i domen i målet Polbud – Wykonawstwo,⁴⁹ erinrade EU-domstolen om sin fasta praxis enligt vilken det inte kan uppställas en allmän presumtion för bedrägeri eller missbruk.⁵⁰

61. I förevarande fall innebär den allmänna tillämpningen av italiensk rätt på *alla* bolagsrättsliga åtgärder som vidtas av *alla* bolag från *alla* andra medlemsstater, när bolagets ”huvudföremål” är beläget i Italien, att det, som ett sätt att bekämpa missbruk, uppställs en allmän presumtion för bedrägeri eller missbruk. För att den omtvistade lagstiftningen ska vara proportionerlig måste den ange vilken typ av åtgärder som kan anses vara bedrägliga och vilken typ av bolag som specifikt avses. Dessutom bör en sådan inskränkning understödjas av trovärdiga uppgifter och förklaras på ett korrekt sätt. Jag föreslår därför att EU-domstolen slår fast att den mycket allmänna ordalydelsen i artikel 25.1 andra meningen i lag 218/1995, som inte gör någon åtskillnad mellan de olika konkreta situationer som kan uppstå, i stället kan anses leda till slutsatsen att denna bestämmelse inte är förenlig med proportionalitetsprincipen.

62. Vidare vill jag framhålla att en medlemsstat enligt fast rättspraxis får vidta åtgärder för att hindra att vissa av dess medborgare på ett otillbörligt sätt försöker undandra sig den nationella lagstiftningen genom att använda sig av de möjligheter som ges i fördraget.⁵¹ I det nationella målet förefaller det emellertid som om en eventuell kvalificering av STE:s beteende som ”missbruk” saknar relevans för svaret på den hänskjutna frågan, eftersom Italien förefaller ha godtagit att STE bildades i Luxemburg.

63. Mot bakgrund av den information som EU-domstolen har tillgång till anser jag att den påstådda inskränkning av etableringsfriheten som följer av att italiensk rätt tillämpas på utländska bolag som har sitt ”huvudföremål” i Italien inte ska anses vara motiverad. Tolkningsfrågan ska således besvaras jakande.

⁴⁴ Dom av den 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punkt 27).

⁴⁵ Ibidem. Se även dom av den 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, punkt 96).

⁴⁶ Se, generaladvokat Poiras Maduros förslag till avgörande i målet Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:294, punkt 29), i vilket det hänvisas till domen av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 68).

⁴⁷ Se, i detta avseende, dom av den 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 61).

⁴⁸ Se, i detta avseende, dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkterna 51–55).

⁴⁹ Dom av den 25 oktober 2017 (C-106/16, EU:C:2017:804, punkterna 63 och 64).

⁵⁰ EU-domstolen stödde sig här på sin tidigare praxis, enligt vilken endast den omständigheten att ett bolag flyttar sitt huvudkontor till en annan medlemsstat inte kan grunda en allmän presumtion om skattebedrägeri och motivera en åtgärd som medför ett åsidosättande av utövandet av en grundläggande frihet som garanteras i fördraget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 september 2000, kommissionen/Belgien, C-478/98, EU:C:2000:497, punkt 45; dom av den 4 mars 2004, kommissionen/Frankrike, C-334/02, EU:C:2004:129, punkt 27; och dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 50).

⁵¹ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2017, Polbud - Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 39).

IV. Förslag till avgörande

64. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att EU-domstolen ska besvara den frågor som ställts av Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen, Italien) på följande sätt:

Etableringsfriheten som stadfästs i artikel 49 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för lagstiftning i en medlemsstat som föreskriver att dess nationella rätt ska tillämpas retroaktivt på en åtgärd av förvaltningsrelaterad och organisatorisk karaktär, såsom en tilldelning av befogenheter, som vidtagits av ett bolag som bildats i enlighet med lagstiftningen i en annan medlemsstat, eftersom bolagets huvudföremål är beläget inom den förstnämnda medlemsstatens territorium, i syfte att ogiltigförklara överlåtelser av fast egendom som skett efter det att denna åtgärd vidtogs.