

SODBA SODIŠ?A

z dne 5. novembra 2002(*)

„?lena 43 ES in 48 ES – Družba, ustanovljena v skladu z zakonodajo države ?lanice, v kateri ima svoj statutarni sedež – Družba, ki svobodo ustanavljanja izvršuje v drugi državi ?lanici – Družba, za katero se v skladu s pravom države ?lanice gostiteljice šteje, da je svoj dejanski sedež prenesla na njeno ozemlje – Dejstvo, da država ?lanica gostiteljica ne prizna pravne in procesne sposobnosti – Omejitev svobode ustanavljanja – Upravi?enje“

V zadevi C?208/00,

katere predmet je predlog Bundesgerichtshof (Nem?ija), naslovljen na Sodiš?e, naj to na podlagi ?lena 234 ES v postopku v glavni stvari, ki poteka pred predložitvenim sodiš?em med

Überseering BV

in

Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC),

izda predhodno odlo?bo o razlagi ?lenov 43 ES in 48 ES,

SODIŠ?E,

v sestavi G. C. Rodríguez Iglesias, predsednik, J.?P. Puissochet, M. Wathelet (poro?evalec) in R. Schintgen, predsedniki senatov, C. Gulmann, D. A. O. Edward, A. La Pergola, P. Jann in V. Skouris, sodniki, F. Macken in N. Colneric, sodnici, S. von Bahr in J. N. Cunha Rodrigues, sodnika,

generalni pravobranilec: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

sodni tajnik: H. A. Rühl, glavni administrator,

ob upoštevanju pisnih stališ?, ki so jih predložili:

- za Überseering BV W. H. Wagenführ, odvetnik,
- za Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) F. Kösters, odvetnik,
- za nemško vlado A. Dittrich in B. Muttelsee-Schön, zastopnika,
- za špansko vlado M. López-Monís Gallego, zastopnica,
- za italijansko vlado U. Leanza, zastopnik, skupaj s F. Quadri, avvocato dello Stato,
- za vlado Združenega kraljestva R. Magrill, zastopnica, skupaj z J. Stratford, barrister,
- za Komisijo Evropskih skupnosti M. Patakia in C. Schmidt, zastopnici,
- za Nadzorni organ EFTA P. Dyrberg in J. F. Jónsson ter E. Wright, zastopniki,

ob upoštevanju poročila za obravnavo,

po predstavitvi stališ?, ki so jih na obravnavi 16. oktobra 2001 podali za družbo Überseering BV njen pooblaščenec W. G. Wagenführ, za Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) njen pooblaščenec F. Kösters, za nemško vlado njen zastopnik A. Dittrich, za špansko vlado njena zastopnica N. Díaz Abad, za nizozemsko vlado njena zastopnica H. G. Sevenster, za vlado Združenega kraljestva njena zastopnica R. Magrill, skupaj z J. Stratford, za Komisijo njena zastopnica C. Schmidt in za Nadzorni organa EFTA njegov zastopnik P. Dyrberg,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 4. decembra 2001

izreka naslednjo

Sodbo

1 Bundesgerichtshof je s sklepom z dne 30. marca 2000, ki ga je sodno tajništvo Sodišča prejelo 25. maja 2000, v skladu s členom 234 ES v predhodno odločanje predložilo vprašnji o razlagi členov 43 ES in 48 ES.

2 Ti vprašnji sta bili zastavljeni v postopku med Überseering BV (v nadaljevanju: Überseering), družbo nizozemskega prava, vpisano v sodni register v Amsterdamu in Haarlemu 22. avgusta 1990, ter Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (v nadaljevanju: NCC), v Nemčiji ustanovljeno družbo, glede odprave napak pri izvedbi gradbenih del, ki jih je v Nemčiji za družbo Überseering opravila družba NCC.

Nacionalno pravo

3 Zivilprozessordnung (nemški zakonik o pravdnem postopku) določa, da je treba tožbo stranke, ki nima procesne sposobnosti, zavreči kot nedopustno. V skladu s njegovim členom 50(1) ima procesno sposobnost vsaka oseba, vključno z družbami, ki ima pravno sposobnost, to je sposobnost biti nosilec pravic in obveznosti.

4 V skladu z ustaljeno sodno prakso Bundesgerichtshof, s katero se strinja tudi večina nemških pravnih strokovnjakov, se pravna sposobnost neke družbe presoja po pravu, ki velja v kraju, kjer je njen dejanski sedež („Sitztheorie“ ali teorija sedeža), v nasprotju z „Gründungstheorie“ ali s teorije ustanovitve, v skladu s katero se pravna sposobnost določa po pravu države, v kateri je bila družba ustanovljena. To pravilo velja, tudi če se družbo ustanovi v drugi državi in se nato njen sedež prenese v Nemčijo.

5 Ker se pravna sposobnost take družbe presoja po nemškem pravu, ta ne more biti nosilec pravic in obveznosti ali stranka v pravnem postopku, razen če se ponovno ustanovi v Nemčiji, tako da pridobi pravno sposobnost po nemškem pravu.

Postopek v glavni stvari

6 Družba Überseering je oktobra 1990 v Düsseldorfu (Nemčija) pridobila zemljišče za poslovne namene. Družbi NCC je s pogodbo o nadzoru del z dne 27. novembra 1992 poverila obnovo garaže in motela na tem zemljišču. Storitve so bile opravljene, vendar pa je družba Überseering uveljavljala napake pri izvedbi pleskarskih del.

7 Nemška državljana s prebivališčem v Düsseldorfu sta decembra 1994 pridobila vse lastniške deleže v družbi Überseering.

8 Družba Überseering je leta 1996, potem ko je od družbe NCC zaman zahtevala odpravo ugotovljenih napak pri izvedbi del, na podlagi pogodbe o nadzoru del, sklenjene z družbo NCC, pred Landgericht Düsseldorf vložila tožbo zoper to družbo zaradi stroškov popravila domnevnih napak in iz tega izvirajoče škode, s katero je zahtevala plačilo 1.163.657,77 DEM in obresti.

9 Landgericht je tožbo zavrglo. Oberlandesgericht Düsseldorf je to odločitev o zavrženju potrdilo. Ugotovilo je, da je družba Überseering svoj dejanski sedež prenesla v Düsseldorf, potem ko sta njegove poslovne deleže pridobila nemška državljana. Oberlandesgericht je ugotovilo, da družba Überseering kot družba nizozemskega prava v Nemčiji nima pravne sposobnosti in zato tudi nima procesne sposobnosti.

10 Oberlandesgericht je zato razsodilo, da tožba družbe Überseeringa ni dopustna.

11 Družba Überseering je zoper to sodbo Oberlandesgericht vložila revizijo pri Bundesgerichtshof.

12 Iz navedb družbe Überseering med drugim izhaja, da je bila ta družba, vzporedno s postopkom, ki poteka pred Bundesgerichtshof, tožena pred enim od nemških sodišč na podlagi nekaterih drugih neopredeljenih pravil nemškega prava. Tako naj bi jo Landgericht Düsseldorf obsodilo na plačilo honorarjev arhitektom, kot kaže zato, ker je bila 11. septembra 1991 v zemljiški knjigi v Düsseldorfu vpisana kot lastnica zemljišča, na katerem sta bili zgrajena garaža in motel, ki ju je obnovila družba NCC.

Vprašanja za predhodno odločanje

13 Čeprav Bundesgerichtshof ugotavlja, da se del nemških pravnih teoretikov ne strinja z njegovo sodno prakso, navedeno v točkah 4 in 5 te sodbe, se mu zdi kljub temu primerno, da jo glede na trenutno stanje prava Skupnosti in prava družb v Evropski uniji iz različnih razlogov še naprej uporablja.

14 Najprej bi bilo treba izločiti vse rešitve, po katerih se pravni položaj neke družbe, ob upoštevanju različnih naveznih okoliščin, presoja v skladu z več pravnimi ureditvami. Po mnenju Bundesgerichtshof bi taka rešitev pripeljala do pravne negotovosti, saj naj se pravnih področij, za katera bi veljalo več pravnih ureditev, ne bi dalo med seboj jasno razločevati.

15 Dalje, navezna okoliščina kraja ustanovitve bi pomenila prednost za ustanovitelje družbe, ki bi lahko ob izbiri kraja ustanovitve izbrali tudi pravno ureditev, ki jim najbolj ustreza. To pa naj bi bila odločilna slabost teorije ustanovitve, ki naj ne bi upoštevala dejstva, da ustanovitev in dejavnost družbe vplivata tudi na interese tretjih in na interese tiste države, v kateri je njen dejanski sedež, če je ta v državi, v kateri družba ni bila ustanovljena.

16 Končno, naj bi navezna okoliščina kraja dejanskega sedeža po drugi strani omogočila, da bi se z ustanovitvijo družbe v tujini obšle določene prava družb države – v kateri je njen dejanski sedež –, ki so namenjene varovanju določenih temeljnih interesov. V obravnavani zadevi so interesi, ki jih želi nemško pravo varovati, zlasti interesi upnikov družbe: zakonodaja v zvezi z „Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)“ (družbe nemškega prava z omejeno odgovornostjo) naj bi to varstvo zagotavljala s podrobnimi pravili o vplatu in ohranitvi kapitala družbe. Prav tako se pri povezanih družbah varuje odvisne družbe in njihove manjšinske družbenike, kar v Nemčiji med drugim zagotavljajo pravila koncernskega prava, pri sporazumih o obvladovanju in prenosu dobička pa pravila v zvezi z izplačilom nadomestil in odpravnin družbenikom, ki so bili zaradi teh pogodb prikrajšani. Končno pa pravila o soupravljanju zagotavljajo varstvo zaposlenih v družbi. Bundesgerichtshof poudarja, da nimajo vse države

¶lanice primerljivih dolo¶b.

17 Kljub temu se Bundesgerichtshof sprašuje, ali ni morda pri ¶ezmejnem prenosu dejanskega sedeža svoboda ustanavljanja, ki jo zagotavljata ¶lena 43 ES in 48 ES, ovira za navezovanje pravnega položaja družbe na pravo države ¶lanice, v kateri je njen dejanski sedež. Po njegovem mnenju se iz sodne prakse Sodiš¶a ne da jasno razbrati odgovora na to vprašanje.

18 V zvezi s tem ugotavlja, da je Sodiš¶e v sodbi z dne 27. septembra 1988 v zadevi Daily Mail and General Trust (81/87, Recueil, str. 5483), potem ko je navedlo, da lahko družbe svobodo ustanavljanja izvršujejo tako, da v neki drugi državi ¶lanici ustanovijo zastopstva, podružnice ali h¶erinske družbe oziroma da na neko novo družbo v drugi državi ¶lanici prenesejo ves svoj kapital, zaklju¶ilo, da družbe v nasprotju s fizi¶nimi osebami ne morejo obstajati zunaj nacionalne pravne ureditve, ki ureja njihovo ustanovitev in obstoj. Iz iste sodbe izhaja tudi, da je Pogodba ES sprejela raznolikost nacionalnih kolizijskih pravil in da je rešitev s tem povezanih težav pridržala za prihodnje zakonodajno delo.

19 V sodbi z dne 9. marca 1999 v zadevi Centros (C-212/97, Recueil, str. I¶1459) Sodiš¶e ni sprejelo tega, da je danski organ zavrnil vpis v sodni register podružnice družbe, ki je bila zakonito ustanovljena v Združenem kraljestvu. Vendar pa Bundesgerichtshof opozarja, da ta družba svojega sedeža ni prenesla, saj je bil od ustanovitve njen statutarni sedež v Združenem kraljestvu, njen dejanski sedež pa na Danskem.

20 Bundesgerichtshof se sprašuje, ali je ob upoštevanju navedene sodbe Centros v nasprotju z dolo¶bami Pogodbe o svobodi ustanavljanja, da se v položaju, kot je ta v glavni stvari, uporabijo kolizijska pravila, ki veljajo v državi ¶lanici, kjer je dejanski sedež družbe, zakonito ustanovljene v drugi državi ¶lanici, ¶e je posledica uporabe teh pravil, da se tej družbi v navedeni državi ¶lanici ne prizna pravne sposobnosti in s tem procesne sposobnosti, da bi v njej lahko uveljavljala svoje pravice iz pogodbe.

21 V teh okoliš¶inah je Bundesgerichtshof prekinilo odlo¶anje in Sodiš¶u v predhodno odlo¶anje predlo¶ilo ti vprašnji:

„1. Ali je treba ¶lena 43 ES in 48 ES razlagati tako, da je v nasprotju s svobodo ustanavljanja družb, da se pravno in poslovno sposobnost neke družbe, zakonito ustanovljene po pravu države ¶lanice, ugotavlja po pravu neke druge države ¶lanice, v katero je navedena družba prenesla svoj dejanski sedež, ¶e iz tega prava izhaja, da v državi ustanovitve ne more ve¶ pravno uveljavljati pravic iz pogodbe?

2. ¶e je odgovor pritrdilen:

ali je treba v skladu s svobodo ustanavljanja družb (¶lena 43 ES in 48 ES) pravno in procesno sposobnost družbe dolo¶iti po pravu države, v kateri je bila ustanovljena?“

Prvo vprašanje za predhodno odlo¶anje

22 S prvim vprašanjem predlo¶itveno sodiš¶e v bistvu sprašuje, ali je v nasprotju s ¶lenoma 43 ES in 48 ES – ¶e se za družbo, ustanovljeno v skladu z zakonodajo države ¶lanice, na ozemlju katere ima svoj statutarni sedež, šteje, da je ta po pravu druge države ¶lanice svoj dejanski sedež prenesla v to drugo državo –, da slednja država navedeni družbi odre¶e pravno sposobnost in s tem procesno sposobnost pred njenimi nacionalnimi sodiš¶i, da bi tako uveljavljala pravice, ki jih ima iz pogodbe, sklenjene z družbo, ustanovljeno v navedeni državi.

Sodiš?u predložena stališ?a

23 Po mnenju družbe NCC ter nemške, španske in italijanske vlade ni v nasprotju z dolo?bami Pogodbe o svobodi ustanavljanja, da se pravno in procesno sposobnost družbe, zakonito ustanovljene po pravu države ?lanice, ugotavlja po pravih pravilih druge države ?lanice, za katero velja, da je ta družba vanjo prenesla svoj dejanski sedež, ter, odvisno od primera, da navedena družba v tej drugi državi ?lanici ne bi mogla pravno uveljavljati pravic iz pogodbe, sklenjene z drugo družbo, ki je bila ustanovljena v navedeni državi.

24 Njihovo mnenje najprej temelji na dolo?bah ?lena 293, tretja alineja, ES, ki dolo?a:

„Države ?lanice se, kolikor je potrebno, med seboj pogajajo, zato da bi v korist svojih državljanov zagotovile:

[...]

– vzajemno priznavanje družb ali podjetij v smislu drugega odstavka ?lena 48, ohranitev pravne osebnosti pri prenosu sedeža iz ene države v drugo in možnost združevanja družb ali podjetij, za katera veljajo zakonodaje razli?nih držav [...]"

25 Po mnenju družbe NCC temelji ?len 293 ES na tem, da vse države ?lanice priznavajo, da družba, ustanovljena v državi ?lanici, ob prenosu svojega sedeža v drugo državo ?lanico ne ohrani samodejno svoje pravne osebnosti in da morajo zato države ?lanice skleniti poseben sporazum, ki pa do danes še ni bil sklenjen. Družba NCC iz tega sklepa, da je izguba pravne osebnosti družbe pri prenosu njenega dejanskega sedeža v drugo državo ?lanico združljiva s predpisi Skupnosti o svobodi ustanavljanja. Dejstvo, da država ?lanica ne prizna tuje pravne osebnosti družbi, ki je bila ustanovljena v drugi državi ?lanici in je svoj dejanski sedež prenesla na ozemlje prve države ?lanice, naj tako ne bi pomenilo omejitve svobode ustanavljanja, ker ima ta družba možnost, da se ponovno ustanovi po pravu te države. Edini pravici, ki ju varuje svoboda ustanavljanja, sta pravica do ponovne ustanovitve v tej državi in pravica, da tam ustanavlja podružnice.

26 Po mnenju nemške vlade so avtorji Pogodbe vanjo zapisali ?lena 43 ES in 48 ES, s tem da so se zavedali, da obstajajo v državah ?lanicah pomembne razlike glede prava družb, ter z namenom, da se ohranita nacionalna pristojnost in veljavnost nacionalnega prava, dokler se ne bo izvedla uskladitev zakonodaj. ?eprav na podro?ju prava družb obstajajo številne direktive za uskladitev, ki so bili sprejete na podlagi ?lena 44 ES, ne obstaja nobena taka direktiva o prenosu sedeža, prav tako pa v zvezi s tem ni bil sklenjen noben ve?stranski sporazum v skladu s ?lenom 293 ES. Nemška uporaba teorije pravega ali dejanskega sedeža ter njen vpliv na priznavanje pravne in procesne sposobnosti družb naj bi zato bila združljiva s pravom Skupnosti.

27 Tudi po mnenju italijanske vlade naj bi dejstvo, da ?len 293 ES predvideva sklenitev sporazumov med državami ?lanicami, ki naj bi zlasti zagotavljali, da bi lahko neka družba pri prenosu sedeža iz ene države ?lanice v drugo ohranila svojo pravno osebnost, pomenilo, da predpisi prava Skupnosti o svobodi ustanavljanja ne rešujejo vprašanja ohranitve pravne osebnosti pri prenosu sedeža neke družbe.

28 Španska vlada poudarja, da Konvencija o medsebojnem priznavanju družb in pravnih oseb, podpisana 29. februarja 1968 v Bruslju, ni nikoli za?ela veljati. Ker ni konvencije, ki bi jo države ?lanice na podlagi ?lena 293 ES sklenile med seboj, na ravni Skupnosti ni nobene usklajenosti, ki bi omogo?ila rešitev vprašanja ohranitve pravne osebnosti neke družbe pri prenosu sedeža. ?lena 43 ES in 48 ES v zvezi s tem ne dolo?ata ni?esar.

29 Družba NCC ter nemška, španska in italijanska vlada navajajo tudi, da njihovo analizo potrjuje navedena sodba Daily Mail and General Trust, zlasti točki 23 in 24, ki določata:

„[...] Pogodba razlike med nacionalnimi zakonodajami glede naveznih okoliščin za njihove družbe ter možnost in, odvisno od primera, podrobnosti prenosa sedeža, statutarne ali dejanskega, družbe nacionalnega prava iz ene države članice v drugo obravnava kot probleme, ki se jih ne da rešiti s pravili o pravici do ustanavljanja, ampak jih je treba rešiti z zakonodajo ali s konvencijami, ki pa jih še ni.

V teh okoliščinah členov 52 [Pogodbe EGS (po spremembi člen 43 ES)] in 58 [EGS (zdaj 48 ES)] ni mogoče razlagati tako, da družbam nacionalnega prava podeljujeta pravico do prenosa sedeža njihovega posloводства in glavne uprave v drugo državo članico, s tem da pri tem ohranijo status družb v tisti državi članici, po pravu katere so bile ustanovljene.“

30 Nemška vlada meni, da je, čeprav je res, da navedena sodba Daily Mail and General Trust zadeva razmerje te družbe do države članice, po pravu katere je bila ustanovljena, pri prenosu dejanskega sedeža neke družbe v drugo državo članico, sklepanje Sodišča v navedeni sodbi mogoče uporabiti za razmerje med družbo, zakonito ustanovljeno v eni od držav članic, in drugo državo članico (države gostiteljice, v nasprotju z državo ustanovitve družbe), v katero prenaša svoj dejanski sedež. Na podlagi tega navaja, da če v prvi državi članici zakonito ustanovljena družba izkoristi svojo pravico do ustanovitve v drugi državi članici, s tem da vse njene deleže pridobijo državljani slednje države, ki tam tudi prebivajo, vprašanje, ali pravo, ki se uporablja po kolizijskih pravilih države prejemnice, dopušča nadaljnji obstoj navedene družbe, ne spada na področje uporabe določb v zvezi s svobodo ustanavljanja.

31 Italijanska vlada prav tako meni, da iz navedene sodbe Daily Mail and General Trust izhaja, da merila za ugotavljanje identitete družb ne zadevajo izvrševanja pravice do ustanavljanja, ki jo urejata člena 43 ES in 48 ES, ampak sodijo v pristojnost nacionalnih pravnih redov. Na pravila v zvezi s svobodo ustanavljanja se zato ni mogoče sklicevati zaradi uskladitve naveznih okoliščin, katerih določitev je ob sedanjem stanju prava Skupnosti izključno stvar pravnih ureditev držav članic. Ker lahko družbe navedejo navezne okoliščine z več državami, mora vsak nacionalni pravni red določiti, v katerih okoliščinah morajo za družbe veljati njegova pravila.

32 Za špansko vlado ni nezdržljivo s členom 48 ES, če se zahteva, da naj ima po pravu ene od držav članic ustanovljena družba tam tudi dejanski sedež, da bi se jo v drugi državi članici lahko štelo za družbo, ki bi lahko bila upravičena do svobode ustanavljanja.

33 V zvezi s tem španska vlada opozarja, da člen 48, prvi odstavek, določa dva pogoja za to, da so lahko v drugem odstavku istega člena opredeljene družbe pod enakimi pogoji kot državljani drugih držav članic upravičene do pravice do ustanavljanja, morajo biti ustanovljene v skladu s zakonodajo države članice in morajo imeti statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti. Navaja, da je bil drugi pogoj spremenjen s Splošnim programom za odpravo omejitev svobode ustanavljanja, sprejetim v Bruslju 18. decembra 1961 (UL 1962, L 2, str. 36, v nadaljevanju: Splošni program).

34 Splošni program pod naslovom I, „Upravičenci“, določa:

„[D]o koristi zaradi odprave omejitev svobode ustanavljanja [so] upravičeni:

[...]

– družbe, ustanovljene v skladu z zakonodajo ene od držav članic [...], ki imajo statutarni

sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti ali v eni od ?ezmorskih držav ali ozemelj,

za opravljanje samostojnih dejavnosti na ozemlju ene od držav ?lanic;

[...]

– zgoraj navedene družbe, ?e imajo v Skupnosti ali v ?ezmorski državi ali na ozemlju sedež ter njihova dejavnost predstavlja dejansko in stalno povezanost z gospodarstvom države ?lanice ali ?ezmorske države ali ozemlja, pri tem pa ta povezanost ne sme temeljiti na državljanstvu [...]

za ustanovitev zastopstev, podružnic ali h?erinskih družb na ozemlju ene od držav ?lanic.“

35 Španska vlada navaja, da ?eprav Splošni program določa uporabo merila dejanske in stalne povezanosti le za izvrševanje svobode ustanovitve podružnice, bi bilo treba tako merilo uporabiti tudi, ko gre za ustanovitev glavnega kraja poslovanja, da bi bili pogoji navezovanja, zahtevani za upravi?enost do pravice do ustanavljanja, enotni.

36 Po mnenju družbe Überseering, nizozemske vlade in vlade Združenega kraljestva ter Komisije in Nadzornega organa EFTA je v nasprotju s ?lenom 43 ES, v povezavi s ?lenom 48 ES, da – ?e se za neko družbo, ki je bila zakonito ustanovljena po pravu prve države ?lanice, po pravu druge države ?lanice šteje, da je svoj dejanski sedež prenesla v slednjo državo – kolizijska pravila, ki veljajo v slednji državi ?lanici, določajo, da se pravna in procesna sposobnost te družbe presojata po pravu te države. Tak primer bi se zgodil, ?e bi se po pravu druge države ?lanice navedeni družbi odreklo vsakršno možnost pravno uveljavljati pravice, ki jih ima iz pogodbe, sklenjene z neko družbo, ustanovljeno v tej državi. Njihovi argumenti so navedeni v nadaljevanju.

37 Prvi?, Komisija navaja, da so v skladu s ?lenom 293 ES pogajanja za odpravo razlik glede priznavanja tujih družb v nacionalnih zakonodajah predvidena le, „kolikor je potrebno“. Po njenem mnenju naj sklicevanje na ?len 293 ES ne bi bilo potrebno, ?e bi leta 1968 obstajala ustrezna sodna praksa. To naj bi pojasnilo odlo?ilni pomen, ki ga ima danes ustrezna sodna praksa Sodiš?a za opredelitev vsebine in podro?ja uporabe svobode ustanavljanja podjetij iz ?lenov 43 ES in 48 ES.

38 Drugi?, družba Überseering, vlada Združenega kraljestva, Komisija in Nadzorni organ EFTA navajajo, da v tej zadevi navedena sodba Daily Mail and General Trust ni pomembna.

39 Navajajo, da je v tej zadevi šlo, kot izhaja iz dejstev, navedenih v sodbi v tej zadevi, za presojo, kakšne so bile v državi ?lanici ustanovitve neke družbe pravne posledice prenosa dejanskega sedeža te družbe v drugo državo ?lanico, tako da navedena sodba ne more biti podlaga za presojo pravnih posledic takega prenosa v državi gostiteljici.

40 Navedena sodba Daily Mail and General Trust naj bi veljala le za odnos med državo ?lanico ustanovitve in družbo, ki želi to državo zapustiti in ob tem ohraniti pravno osebnost, ki ji jo je podelila zakonodaja navedene države. Ker družbe ustvarja nacionalno pravo, bi morale še naprej spoštovati zahteve zakonodaje države, v kateri so bile ustanovljene. Navedena sodba Daily Mail and General Trust naj bi tako državi ?lanici ustanovitve neke družbe priznavala pravico, da v skladu s pravili svojega mednarodnega zasebnega prava dolo?i pravila o ustanovitvi in pravnem obstoju družb. Ne ukvarja pa se z vprašanjem, ali bi morala država ?lanica priznati družbo, ustanovljeno po pravu druge države ?lanice.

41 Tretji?, po mnenju družbe Überseering, vlade Združenega kraljestva, Komisije in Nadzornega organa EFTA se za odgovor na vprašanje v tej zadevi ni mogo?e sklicevati na

navedeno sodbo Daily Mail and General Trust, ampak se je treba sklicevati na navedeno sodbo Centros, v kateri se je spor o glavni stvari, kot v obravnavani zadevi, nanašal na obravnavo, ki naj jo država članica gostiteljica zagotovi družbi, ustanovljeni po pravu druge države članice, ki izvršuje svojo pravico do ustanavljanja.

42 Opozarjajo, da se navedena zadeva Centros nanaša na to, da se na Danskem, državi gostiteljici, ustanovi podružnica družbe Centros Ltd, ki je bila zakonito ustanovljena v Združenem kraljestvu, kjer je imela svoj statutarni sedež, ne da bi tam izvrševala poslovno dejavnost. Družba Centros Ltd je hotela na Danskem ustanoviti podružnico, da bi v tej državi lahko izvrševala glavni del svojih poslovnih dejavnosti. Danski organi niso podvomili v obstoj te družbe po angleškem pravu, odrekli pa so ji izvrševanje svobode ustanavljanja z ustanovitvijo podružnice na Danskem, ker ni bilo sporno, da je bil namen ustanovitve take sekundarne poslovne enote izogniti se uporabi danskih pravil o ustanavljanju družb, zlasti tistih o vplatu najnižjega zneska osnovnega kapitala.

43 V sodbi Centros je Sodišče razsodilo, da mora država članica (država gostiteljica) neki družbi, ki je bila zakonito ustanovljena v drugi državi članici in ima tam svoj statutarni sedež, dovoliti, da lahko na njenem ozemlju registrira še eno poslovno enoto (v obravnavani zadevi podružnico), od koder lahko razvije vse svoje poslovne dejavnosti. Država članica gostiteljica zato družbi, veljavno ustanovljeni v drugi državi članici, ne more vsiliti svojega materialnega prava, zlasti ne pravil v zvezi z osnovnim kapitalom družb. Komisija meni, da mora enako veljati tudi, kadar se država članica gostiteljica sklicuje na svoje mednarodno zasebno pravo, ki ureja družbe.

44 Za nizozemsko vlado uporaba teorije dejanskega sedeža ni v nasprotju z določbami Pogodbe o svobodi ustanavljanja. Nasprotno pa so posledice, ki izhajajo iz tega, kar nemško pravo šteje za prenos sedeža neke družbe v Nemčijo, ki ima poleg tega pravno osebnost iz naslova ustanovitve v drugi državi članici, ovira za svobodo ustanavljanja, če je njihov cilj, da se navedeni družbi ne prizna pravne osebnosti.

45 Nizozemska vlada ugotavlja, da so v Pogodbi vse tri navezne okoliščine, to je statutarni sedež, dejanski sedež (glavna uprava) in glavni kraj poslovanja, postavljene na enako mesto. Nikjer v Pogodbi ni določeno, da se za sklicevanje na svobodo ustanavljanja zahteva, da sta statutarni sedež in glavna uprava v isti državi članici. Nizozemska vlada zato meni, da ima pravico do ustanavljanja tudi družba, katere dejanski sedež ni v državi ustanovitve te družbe. Tako naj bi bilo v nasprotju z določbami Pogodbe o svobodi ustanavljanja, da država članica ne prizna pravne sposobnosti družbi, ki je bila zakonito ustanovljena v drugi državi članici in na ozemlju prve države izvršuje svobodo do ustanovitve druge poslovne enote.

46 Vlada Združenega kraljestva pa navaja, da so nemška pravna pravila, ki se jih obravnava v glavni stvari, v nasprotju s členoma 43 ES in 48 ES, ker je njihov učinek, da družbi, kot je družba Überseering, omejujejo opravljanje dejavnosti prek agencije ali podružnice v Nemčiji, če se to agencijo ali podružnico po nemškem pravu šteje za dejanski sedež družbe, saj navedena pravila pomenijo izgubo pravne sposobnosti, brez katere pa neka družba ne more poslovati.

47 Nadzorni organ EFTA dodaja, da pomeni svoboda ustanavljanja ne le pravico do ustanovitve druge poslovne enote v drugi državi članici, ampak tudi pravico, da družba, ki svoj dejanski sedež prenese v drugo državo članico, ohrani izvorni kraj poslovanja v državi članici, v kateri je bila ustanovljena. Nemška pravna pravila, ki so obravnavana v sporu o glavni stvari, naj bi imela za posledico spremembo svobode ustanavljanja v obveznost ustanavljanja zaradi ohranitve pravne sposobnosti te družbe in s tem njene procesne sposobnosti. Ta pravila naj bi zato omejevala svobodo ustanavljanja, ki jo določa Pogodba. Tak zaključek naj ne bi pomenil, da države članice med družbo in njihovim ozemljem ne morejo vzpostaviti naveznih okoliščin, vendar pa morajo pri izvajanju te pristojnosti spoštovati Pogodbo.

48 Nizozemska vlada in vlada Združenega kraljestva ter Nadzorni organ EFTA poudarjajo tudi, da družba Überseering ni nameravala v Nemčijo prenesti dejanskega sedeža v smislu nemškega prava. Družba Überseering navaja, da se ni nameravala razpustiti na Nizozemskem in se ponovno ustanoviti v Nemčiji ter da želi biti še naprej družba z omejeno odgovornostjo nizozemskega prava (BV). Poleg tega naj bi bilo protislovno, da bi jo nemško pravo štelo kot tako, ko gre za to, da se proti njej sproži postopek, zato da se jo obsodi na plačilo honorarjev arhitektom.

49 Nizozemska vlada je na obravnavi navedla, da gre po nizozemskem pravu v položaju, kakršen je ta v zadevi v glavni stvari, za ustanovitev podružnice in torej za drugo poslovno enoto. Pri presoji te zadeve bi bilo napačno izhajati iz izhodišča, da je do prenosa dejanskega sedeža družbe Überseering v Nemčijo prišlo s preprostim prenosom poslovnih deležev na nemške državljane s prebivališčem v Nemčiji. Taka presoja bi bila namreč značilna za nemško pravo. Ni ne kaže na to, da bi družba Überseering želela svoj dejanski sedež prenesti v Nemčijo. Poleg tega bi sklepanje v smislu, kot da je šlo za glavni kraj poslovanja, pomenilo nepriznavanje pomembnosti navedene sodbe Centros, v kateri je šlo za obliko ustanovitve še ene poslovne enote, ki je nastala zaradi ustanovitve podružnice, in poskus izenačitve obravnavane zadeve z navedeno zadevo Daily Mail and General Trust.

50 Vlada Združenega kraljestva opozarja, da je bila družba Überseering zakonito ustanovljena na Nizozemskem, da je bila v sodni register v Amsterdamu in Haarlemu vpisana kot družba nizozemskega prava ter da ni poskušala prenesti svojega dejanskega sedeža v Nemčijo. Od leta 1994 naprej naj bi zaradi spremembe lastništva večinoma svojih dejavnosti preprosto izvajala v Nemčiji, tam pa so potekali tudi določeni sestanki. V praksi bi bilo zato treba šteti, da je v Nemčiji delovala prek zastopstva ali podružnice. Tak položaj pa je popolnoma drugačen od tistega iz navedene zadeve Daily Mail and General Trust, v kateri je šlo za zavesten poskus prenosa sedeža družbe in nadzora nad družbo angleškega prava iz Združenega kraljestva v drugo državo članico, s tem da bi se pri tem ohranil status v Združenem kraljestvu zakonito ustanovljene družbe, ne pa tudi veljavnost zahtev davčnega prava, ki so v Združenem kraljestvu povezane s prenosom upravljanja in nadzora nad neko družbo zunaj njenega ozemlja.

51 Po stališču Nadzornega organa EFTA dejstvo, da družbi Überseering ni bila priznana sposobnosti biti stranka v Nemčiji zaradi očitno neželenega prenosa njenega dejanskega sedeža v to državo, dejansko razkriva negotovost, ki jo lahko na ravni čezmejnih poslov povzroči uporaba različnih pravil mednarodnega zasebnega prava držav članic. Ker je opredelitev dejanskega sedeža neke družbe v veliki meri odvisna od dejanskega stanja, pa je vedno mogoče, da različni nacionalni pravni sistemi in znotraj njih različna sodišča dejanskega sedeža ne opredeljujejo enako. Poleg tega naj bi bilo v mednarodnem in neformatiziranem gospodarstvu, v katerem postaja fizična prisotnost tistih, ki odločajo, vse manj pomembna, vse težje določiti dejanski sedež.

Presoja Sodišča

Veljavnost določb Pogodbe o svobodi ustanavljanja

52 Najprej in v nasprotju s tistim, kar so navedle družba NCC ter nemška, španska in italijanska vlada, je treba pojasniti, da se se po pravu neke države članice šteje, da je družba, ki je bila zakonito ustanovljena v drugi državi članici in ima v njej svoj statutarni sedež, prenesla dejanski sedež v prvo državo članico, potem ko so vse njene poslovne deleže prevzeli državljani navedene države, ki v njej prebivajo, za pravila prve države članice, ki se uporabljajo za to družbo, glede na sedanje stanje prava Skupnosti veljajo predpisi Skupnosti v zvezi s svobodo ustanavljanja.

53 V zvezi s tem je treba najprej zavrniti trditve družbe NCC ter nemške, španske in italijanske vlade, ki temeljijo na členu 293 ES.

54 Kot navaja generalni pravobranilec v točki 42 sklepnih predlogov, člen 293 ES dejansko ne pomeni, da države članice zadržijo zakonodajno pristojnost. Če ta določba države članice spodbuja k začetku pogajanj zlasti za to, da se reši težava, ki izhajajo iz razlik med zakonodajami v zvezi z medsebojnim priznavanjem družb in ohranjanjem njihove pravne osebnosti pri omejenem prenosu njihovega sedeža, je to izključno toliko, „kolikor je potrebno“, z drugimi besedami, če določbe Pogodbe ne omogočajo uresnitve ciljev Pogodbe.

55 Še posebej je treba poudariti, da čeprav lahko sporazumi, s katerimi se sklenitvi katerih spodbuja člen 293 ES, tako kot direktive za uskladitev iz člena 44 ES olajšajo uresnitve svobode ustanavljanja, pa izvrševanje te svobode kljub temu ne more biti pogojeno z njihovo sklenitvijo.

56 V zvezi s tem je treba opozoriti, kot je Sodišče že imelo priložnost poudariti, da svoboda ustanavljanja, ki jo člen 43 ES priznava državljanom Skupnosti, zajema njihovo pravico začetni in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij pod enakimi pogoji, kot jih za svoje državljane določa zakonodaja države članice, v kateri se taka ustanovitev izvede. Poleg tega pa se v skladu s členom 48 ES „[d]ružbe ali podjetja, ustanovljena v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti, [...] v tem poglavju [Pogodbe, ki ureja pravico do ustanavljanja,] obravnavajo enako kakor fizične osebe, ki so državljani držav članic“.

57 Iz tega neposredno sledi, da imajo družbe pravico svoje dejavnosti izvajati v drugi državi članici, pri tem pa se, kot to velja pri državljanstvu fizičnih oseb, njihovo navezanost na pravni red neke države članice določa glede na njihov statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja.

58 Na teh premisah temelji obrazložitev Sodišča v sodbi Centros (točki 19 in 20).

59 Izvrševanje svobode ustanavljanja pa nujno predvideva priznavanje navedenih družb v vseh državah članicah, kjer se želijo ustanoviti.

60 Tako ni nujno, da države članice sklenejo neki sporazum o medsebojnem priznavanju družb, zato da bi tiste družbe, ki izpolnjujejo pogoje iz člena 48 ES, lahko izvrševale svobodo ustanavljanja, ki jim jo priznavata člena 43 ES in 48 ES, ki se neposredno uporabljata od konca prehodnega obdobja. Posledično iz tega, da do danes na podlagi člena 293 ni bil sklenjen noben sporazum v zvezi z medsebojnim priznavanjem družb, ni mogoče sklepati, da je omejitev polnega uveljavljanja teh členov mogoče upravičiti.

61 Drugič, treba je preučiti trditev, izpeljano iz sodne prakse v navedeni sodbi Daily Mail and General Trust, ki je bila osrednja tema razprav na Sodišču, v delu, v katerem se je nanjo sklicevalo zato, da bi se položaj iz navedene sodbe Daily Mail and General Trust na neki način izenačil s položajem, v katerem nemško pravo za neko družbo, ustanovljeno po pravu druge države članice, šteje, da nima pravne sposobnosti in procesne sposobnosti.

62 V zvezi s tem je treba poudariti, da se zadeva v glavni stvari v nasprotju z navedeno sodbo Daily Mail and General Trust, ki se nanaša na razmerje med družbo in državo članico, v skladu z zakonodajo katere je bila ustanovljena, ko želi ta družba prenesti svoj dejanski sedež v drugo državo članico in ob tem ohraniti pravno osebnost iz države ustanovitve, nanaša na priznanje družbe, ustanovljene po pravu države članice, v drugi državi članici, s tem da država članica gostiteljica tej družbi zanika vsakršno pravno sposobnost, ker šteje, da je ta družba svoj dejanski

sedež prenesla na njeno ozemlje, ne glede na to, ali je ta družba sedež dejansko želela prenesti.

63 Kot navajajo nizozemska vlada, vlada Združenega kraljestva, Komisija in Nadzorni organ EFTA, družba Überseering nikoli ni izrazila volje po prenosu sedeža v Nemčijo. Njen pravni obstoj v državi njene ustanovitve zaradi odstopa vseh poslovnih deležev nemškimi državljanom nikoli ni bil vprašljiv. Družba Überseering po nizozemskem pravu namreč ni bila likvidirana, ni pa tudi prenehala biti veljavno ustanovljena.

64 Še več, celo če bi postopek v glavni stvari razumeli tako, da se nanaša na čezmejni prenos dejanskega sedeža, bi bila razlaga navedene sodbe Daily Mail and General Trust, ki jo predlagajo družba NCC ter nemška, španska in italijanska vlada, napačna.

65 V zadevi, v kateri je bila izdana navedena sodba, je Daily Mail and General Trust plc, po pravu Združenega kraljestva ustanovljena družba s statutarnim in z dejanskim sedežem tam, želela dejanski sedež prenesti v drugo državo članico, ne da bi pri tem izgubila pravno osebnost ali status družbe angleškega prava, za kar je potrebovala odobritev pristojnih britanskih organov, ki pa je ni dobila. Navedene organe je zato tožila pred High Court of Justice, Queen's Bench Division (Združeno kraljestvo), in predlagala, naj se ugotovi, da ima v skladu s členoma 52 in 58 Pogodbe EGS pravico svoj dejanski sedež prenesti v drugo državo članico brez odobritve in brez izgube pravne osebnosti.

66 V nasprotju z zadevo v glavni stvari se torej zadeva, v kateri je bila izdana navedena sodba Daily Mail and General Trust, ne nanaša na obravnavanje družbe, ki je zakonito ustanovljena v drugi državi članici in izvršuje svobodo ustanavljanja v prvi državi članici, s strani države članice.

67 Na vprašanje High Court of Justice o tem, ali določbe Pogodbe o svobodi ustanavljanja dajejo neki družbi pravico do prenosa sedeža uprave v drugo državo članico, je Sodišče v točki 19 navedene sodbe Daily Mail and General Trust opozorilo na to, da družba, ustanovljena v skladu z nacionalno pravno ureditvijo, obstaja le v nacionalni zakonodaji, ki določa njeno ustanovitev in delovanje.

68 V točki 20 iste sodbe je Sodišče opozorilo na razlike med nacionalnimi zakonodajami glede zahtevanega navezovanja na nacionalno ozemlje v zvezi z ustanovitvijo neke družbe in na možnosti, da neka družba, ustanovljena po neki taki zakonodaji, kasneje to navezno okoliščino spremeni.

69 Sodišče je v točki 23 navedene sodbe ugotovilo, da šteje Pogodba te razlike za težave, ki jih pravila Pogodbe v zvezi s svobodo ustanavljanja ne rešijo, ampak jih je treba rešiti z zakonodajami ali s sporazumi, za katere pa je Sodišče ugotovilo, da jih še ni.

70 Pri tem se je Sodišče omejilo na ugotovitev, da so bile možnost neke po pravu države članice ustanovljene družbe, da prenese statutarni ali dejanski sedež v drugo državo članico, ne da bi pri tem izgubila pravno osebnost, ki jo ima po pravnem redu države članice ustanovitve, in, odvisno od primera, podrobnosti v zvezi s tem prenosom, opredeljene z nacionalno zakonodajo, po kateri je bila navedena družba ustanovljena. Iz tega je sklepalo, da je država članica imela možnost, da neki družbi, ustanovljeni po njenem pravnem redu, omeji prenos dejanskega sedeža z njenega ozemlja, s tem da bi pri tem ohranila pravno osebnost, ki jo je imela po pravu te države.

71 Po drugi strani pa Sodišče ni odločilo o tem, ali ima država članica, če se šteje, kot je to v postopku v glavni stvari, da je družba, ustanovljena po pravu neke druge države članice, prenesla vanjo svoj dejanski sedež, pravico zavrniti priznanje pravne osebnosti, ki jo ima ta družba v skladu s pravo ureditvijo države njene ustanovitve.

72 Sodišče torej kljub splošnosti izrazov iz točke 23 navedene sodbe Daily Mail and General Trust državam članicam ni hotelo priznati možnosti, da na svojem ozemlju pravico družb, ki so zakonito ustanovljene v drugih državah članicah in za katere štejejo, da so svoj sedež prenesle na navedeno ozemlje, do uinkovitega izvrševanja svobode ustanavljanja podredijo svojemu nacionalnemu pravu družb.

73 Posledično iz navedene sodbe Daily Mail and General Trust ni mogoče sklepati, da je družba, ustanovljena po pravu države članice, v kateri ima pravno osebnost, izvršuje svobodo ustanavljanja v drugi državi članici, vprašanje priznavanja pravne in procesne sposobnosti v državi članici ustanovitve ne zadeva določbe Pogodbe o svobodi ustanavljanja, čeprav se za to družbo ob uporabi prava države članice ustanovitve šteje, da je svoj dejanski sedež prenesla v to državo.

74 Tretjič, treba je zavrniti navedbo španske vlade, po kateri naj bi se v položaju, kot je v zadevi v glavni stvari, s Splošnim programom v naslovu I pogojevalo uživanje svobode ustanavljanja, ki jo zagotavlja Pogodba, z obstojem dejanske in stalne povezanosti z gospodarstvom neke države članice.

75 Iz besedila Splošnega programa namreč izhaja, da ta zahteva dejansko in stalno povezanost izključno le, če ima neka družba v Skupnosti samo svoj statutarni sedež. To pa gotovo ne velja v primeru družbe Überseering, ki ima v Skupnosti svoj statutarni in dejanski sedež. Za tak primer je Sodišče v točki 19 navedene sodbe Centros ugotovilo, da člen 58 Pogodbe družbe, ki so ustanovljene v skladu z zakonodajo države članice in imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti, enači s fizičnimi osebami, državljani držav članic.

76 Iz navedenega izhaja, da ima družba Überseering pravico sklicevati se na svobodo ustanavljanja, zato da izpodbija dejstvo, da ji nemško pravo zanika status pravne osebe, ki ima procesno sposobnost.

77 Poleg tega je treba opozoriti na to, da dejstvo, da je ena ali več fizičnih oseb s prebivališčem v državi članici pridobila poslovne deleže v družbi, ki je ustanovljena v drugi državi članici in ima tam svoj sedež, napoloma spada na področje uporabe določbe Pogodbe o prostem pretoku kapitala, če taka udeležba tem fizičnim osebam ne zagotavlja določenega vpliva na odločitve družbe in jim ne omogoča odločati o njenih dejavnostih. Nasprotno pa, če se pridobitev nanaša na vse poslovne deleže družbe, ki ima svoj statutarni sedež v drugi državi članici, in če taka udeležba zagotavlja določen vpliv na odločitve družbe ter jim omogoča, da odločajo o njenih dejavnostih, se uporabljajo določbe Pogodbe o svobodi ustanavljanja (v zvezi s tem glej sodbo z dne 13. aprila 2000 v zadevi Baars, C/251/98, Recueil, str. I-2787, točki 21 in 22).

Obstoj omejitve svobode ustanavljanja

78 Najprej je treba presoditi, ali je dejstvo, da so nemška sodišča družbi, zakonito ustanovljeni po pravu druge države članice, zavrnila priznanje pravne in procesne sposobnosti, omejitev svobode ustanavljanja.

79 V položaju, kakršen je v zadevi v glavni stvari, družba, ki je ustanovljena po pravu države članice, ki ni Zvezna republika Nemčija, in ima v tej državi tudi svoj statutarni sedež, nima po nemškem pravu nobene druge možnosti, kot da se ponovno ustanovi v Nemčiji, če želi pred nemškim sodiščem uveljavljati pravice iz pogodbe, sklenjene z neko družbo nemškega prava.

80 Družba Überseering, ki je zakonito ustanovljena na Nizozemskem in ima tam svoj statutarni sedež, se za izvrševanje svobode ustanavljanja v Nemčiji kot družba nizozemskega prava opira na člena 43 ES in 48 ES. V tem smislu ni pomembno, da so po ustanovitvi te družbe večino

poslovnih deležev pridobili nemški državljani s prebivališčem v Nemčiji, saj ta okoliščina ni pomenila izgube njene pravne osebnosti, ki jo ima po nizozemskem pravu.

81 Njen obstoj je dejansko neločljivo povezan z njenim statusom družbe nizozemskega prava, saj kot je bilo že navedeno, neka družba zunaj nacionalne zakonodaje, ki določa njeno ustanovitev in delovanje, ne obstaja (v tem smislu glej zgoraj navedeno sodbo *Daily Mail and General Trust*, točka 19). Zahteva po ponovni ustanovitvi te družbe v Nemčiji zato pomeni zanikanje svobode ustanavljanja.

82 V teh okoliščinah je dejstvo, da država članica družbi, ki je bila ustanovljena po pravu druge države članice, v kateri ima svoj statutarni sedež, zavrne priznanje pravne sposobnosti, med drugim zato, ker je ta družba, potem ko so vse njene poslovne deleže pridobili državljani prve države članice, ki v njej tudi prebivajo, prenesla svoj dejanski sedež na ozemlje prve države članice, posledično pa ta družba v državi članici gostiteljici nima procesne sposobnosti in tako ne more uveljavljati svojih pravic iz neke pogodbe, razen če se ponovno ustanovi po pravu te države, omejitev svobode ustanavljanja, ki na celoma ni združljiva s členoma 43 ES in 48 ES.

Morebitna upravičenost omejitve svobode ustanavljanja

83 Končno je treba presoditi tudi, ali se lahko tako omejitev svobode ustanavljanja upraviči z razlogi, na katere se sklicujeta predložitveno sodišče in nemška vlada.

84 Nemška vlada je podrejeno navajala, da se bo Sodišče razsodilo, da uporaba teorije sedeža pomeni omejitev svobode ustanavljanja, se ta omejitev uporablja nediskriminacijsko, je upravičena iz nujnih razlogov v splošnem interesu in sorazmerna z zastavljenimi cilji.

85 Po mnenju nemške vlade naj bi nediskriminatornost izhajala iz dejstva, da se pravna pravila, ki izhajajo iz teorije sedeža, uporabljajo ne le za vsako tujo družbo, ki se v Nemčiji ustanovi, s tem da vanjo prenese svoj dejanski sedež, ampak tudi za družbe nemškega prava, ki svoj dejanski sedež prenesejo iz Nemčije.

86 Glede nujnih razlogov v splošnem interesu, ki naj bi upravičevali domnevno omejitev, nemška vlada najprej navaja, da sekundarno pravo Skupnosti na drugih področjih predvideva, da sta sedež uprave in statutarni sedež identična. Pravo Skupnosti naj bi tako priznalo na celno utemeljenost enotnosti statutarnega sedeža in sedeža uprave.

87 Po mnenju nemške vlade so nemška pravila mednarodnega zasebnega prava namenjena zagotavljanju pravne varnosti in varstva upnikov. V zvezi s tem poudarja, da na ravni Skupnosti podrobnosti varstva kapitala družb z omejeno odgovornostjo niso usklajene in da so te družbe v državah članicah, ki niso Zvezna republika Nemčija, podvržene deloma precej manj strogim zahtevam. Teorija sedeža, ki se uporablja v nemškem pravu, naj bi v tem kontekstu zagotavljala, da ima neka družba, katere središče dejavnosti je na nemškem ozemlju, določen najnižji znesek osnovnega kapitala, kar naj bi prispevalo k varstvu njenih pogodbenih partnerjev in upnikov. To naj bi prav tako oviralo izkrivljanja konkurence, ker za vse družbe, katerih središče dejavnosti je v Nemčiji, velja isti pravni okvir.

88 Dodatni razlog za upravičenost je po mnenju nemške vlade v varstvu manjšinskih družbenikov. Ker na področju navedenega varstva ni standardov Skupnosti, bi bilo treba državi članici omogočiti, da za vsako družbo, katere središče dejavnosti je na njenem ozemlju, uporabi enake pravne zahteve za varstvo manjšinskih družbenikov.

89 Tudi varstvo zaposlenih prek soupravljanja podjetja pod zakonsko določenimi pogoji naj bi upravičevalo uporabo teorije sedeža. Po mnenju nemške vlade bi prenos dejanskega sedeža neke

družbe, ustanovljene po pravu druge države članice, v Nemčijo lahko pomenil nevarnost, da bi se obšlo nemške predpise o soupravljanju, ki delojemalcem omogočajo, da so pod določenimi pogoji zastopani v nadzornem svetu družbe, če bi ta družba ohranila status družbe po tem pravu. Tak organ naj ne bi obstajal vedno v družbah drugih držav članic.

90 Končno, morebitna omejitev, ki izhaja iz uporabe teorije sedeža, naj bi bila upravičena zaradi davčnih interesov. Nemška vlada v zvezi s tem navaja, da teorija ustanovitve bolj kot teorija sedeža omogoča nastanek družb z dvema sedežema, ki so zato neomejeno zavezane za plačilo davkov v najmanj dveh državah članicah. Take družbe naj bi predstavljale nevarnost, da bodo zahtevale in prejemale davčne ugodnosti vzporedno v več državah. Nemška vlada kot primer navaja premejno izravnavanje izgub z dobičkom med povezanimi podjetji.

91 Nizozemska vlada, vlada Združenega kraljestva, Komisija in Nadzorni organ EFTA menijo, da zadevna omejitev ni utemeljena. Navajajo zlasti, da so se tudi danski organi v navedeni zadevi Centros sklicevali na varstvo upnikov, da bi tako upravičili, da se na Danskem zavrne vpis podružnice družbe, ki je bila zakonito ustanovljena v Združenem kraljestvu in katere celotna dejavnost naj bi se izvajala na Danskem, ne da bi izpolnila zahteve danskega prava o ustanovitvi in vplačilu najnižjega zneska osnovnega kapitala. Dodajajo, da je vprašljivo, ali so zahteve po najnižjem znesku osnovnega kapitala res učinkovito sredstvo za varstvo upnikov.

92 V zvezi s tem ni mogoče izključiti, da lahko nujni razlogi v splošnem interesu, kot je varstvo interesov upnikov, manjšinskih družbenikov, zaposlenih ali davčnih organov, v določenih okoliščinah in pod določenimi pogoji upravičujejo omejitve svobode ustanavljanja.

93 Vendar pa ti cilji ne morejo upravičiti tega, da se družbi, ki je zakonito ustanovljena v neki drugi državi članici, kjer ima tudi svoj statutarni sedež, odreče pravno sposobnost in s tem poslovno sposobnost. Tak ukrep namreč pomeni negacijo svobode ustanavljanja, ki jo družbam priznavata člena 43 ES in 48 ES.

94 Na prvo vprašanje je zato treba odgovoriti, da je v nasprotju s členoma 43 ES in 48 ES – če se za družbo, ustanovljeno v skladu z zakonodajo države članice, na ozemlju katere ima svoj statutarni sedež, po pravu druge države članice šteje, da je svoj dejanski sedež prenesla v to drugo državo –, da ta država navedeni družbi odreče pravno sposobnost in s tem procesno sposobnost pred njenimi nacionalnimi sodišči, da bi lahko uveljavljala pravice, ki jih ima iz pogodbe, sklenjene z družbo, ustanovljeno v navedeni državi.

Drugo vprašanje za predhodno odločanje

95 Iz odgovora na prvo vprašanje za predhodno določanje izhaja, da če družba, ustanovljena v skladu z zakonodajo države članice, v kateri ima svoj statutarni sedež, izvršuje svobodo ustanavljanja v drugi državi članici, člena 43 ES in 48 ES leti nalagata, da upošteva pravno sposobnost in s tem procesno sposobnost, ki ju ima ta družba po pravu države svoje ustanovitve.

Stroški

96 Stroški nemške, španske, italijanske in nizozemske vlade, vlade Združenega kraljestva, Komisije in Nadzornega organa EFTA, ki so Sodišču predložili stališča, se ne povrnejo. Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred nacionalnim sodiščem, to odloči o stroških.

Iz teh razlogov je

SODIŠ?E

v odgovor na vprašanja, ki mu jih je predložilo Bundesgerichtshof s sklepom z dne 30. marca 2000, razsodilo:

1) **V nasprotju s ?lenoma 43 ES in 48 ES je – ?e se za družbo, ustanovljeno v skladu z zakonodajo države ?lanice, na ozemlju katere ima svoj statutarni sedež, po pravu druge države ?lanice šteje, da je svoj dejanski sedež prenesla v to drugo državo –, da ta država navedeni družbi odre?e pravno sposobnost in s tem procesno sposobnost pred njenimi nacionalnimi sodiš?i, da bi lahko uveljavljala pravice, ki jih ima iz pogodbe, sklenjene z družbo, ustanovljeno v navedeni državi.**

2) **?e družba, ustanovljena v skladu z zakonodajo države ?lanice, v kateri ima svoj statutarni sedež, izvršuje svobodo ustanavljanja v drugi državi ?lanici, ?lena 43 ES in 48 ES le-tej nalagata, da upošteva pravno sposobnost in s tem procesno sposobnost, ki ju ima ta družba po pravu države svoje ustanovitve.**

Rodríguez Iglesias

Puissochet

Wathelet

Schintgen

Gulmann

Edward

La Pergola

Jann

Skouris

Macken

Colneric von Bahr

Cunha Rodrigues

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourg, 5. novembra 2002.

Sodni tajnik

Predsednik

R. Grass

* Jezik postopka: nemščina.