

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
ANTONIA TIZZANA
přednesené dne 7. července 2005¹

I – Úvod

II – Právní rámec

A – Relevantní právo Společenství

1. Projednávaná věc se týká předběžné otázky týkající se výkladu článků 43 ES a 48 ES, kterou předložil Soudnímu dvoru ve smyslu článku 234 ES Landgericht Koblenz (Německo).

3. Spor v původním řízení se týká zejména pravidel Smlouvy týkajících se svobody usazování. V tomto ohledu je významný především článek 43 ES, který, jak je známo, zakotvuje právo usazování občanů Společenství, jak pokud jde o hlavní usazení (první pododstavec), tak pokud jde o vedlejší usazení (druhý pododstavec). Stanoví zejména, že:

2. Podstatou předběžné otázky předkládajícího soudu je zjištění toho, zda vnitrostátní pravidla, která brání zápisu přeshraničních fúzí mezi německými společnostmi a společnostmi z jiných členských států do německého obchodního rejstříku, jsou v rozporu se zásadou svobody usazování.

„V rámci níže uvedených ustanovení jsou zakázána omezení svobody usazování pro státní příslušníky jednoho členského státu na území státu druhého. Stejně tak jsou zakázána omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností státními příslušníky jednoho členského státu na území druhého státu.

¹ — Původní jazyk: italština.

Svoboda usazování zahrnuje přístup k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkon, jakož i zřizování a řízení podniků, zejména společností ve smyslu čl. 48 druhého pododstavce, za podmínek stanovených pro vlastní státní příslušníky právem země usazení, nestanoví-li kapitola o pohybu kapitálu jinak.“

4. Dále je třeba připomenout článek 48 ES, který stanoví:

„Se společnostmi založenými podle práva některého členského státu, jež mají své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní provoznu uvnitř Společenství, se pro účely této kapitoly zachází stejně jako s fyzickými osobami, které jsou státními příslušníky členských států.

Společnostmi se rozumějí společnosti založené podle občanského nebo obchodního práva včetně družstev a jiné právnické osoby veřejného nebo soukromého práva s výjimkou neziskových organizací.“

5. Článek 46 odst. 1 však stanoví, že:

„Ustanovení této kapitoly a opatření přijatá na jejich základě nevylučují užití těch ustanovení právních a správních předpisů, které stanoví zvláštní režim pro cizí státní příslušníky z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví.“

6. Pro účely projednávané věci je třeba kromě toho zmínit ustanovení Smlouvy v oblasti volného pohybu kapitálu a zejména ustanovení čl. 56 odst. 1 ES, který stanoví toto:

„V rámci této kapitoly jsou zakázána všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi.“

7. Konečně je třeba připomenout, že Komise se již několik let snaží, aby byl v oblasti přeshraničních fúzí zaveden právní nástroj Společenství, který by byl schopen odpovědět na potřeby spolupráce a reorganizace společností z různých členských států.

8. V této chvíli však návrh směrnice o přeshraničních fúzích kapitálových společností², přestože je ve velmi pokročilém stadiu zpracování³, nebyl Parlamentem a Radou ještě s konečnou platností přijat.

1. fúzi

[...].“

B – Vnitrostátní právo

9. V Německu upravuje přeshraniční fúze Umwandlungsgesetz (vnitrostátní zákon o přeměnách společností, dále jen „UmwG“)⁴.

11. Článek 2 tohoto zákona poté popisuje různé případy fúze se zrušením společnosti a bez likvidace a mezi nimi, což nás v tomto případě zajímá, fúzi sloučením, při kterém dojde k převodu jmění jednoho nebo více právních subjektů na jiný existující právní subjekt.

10. Článek 1 odst. 1 tohoto zákona, který upravuje přeměny společností, uvádí pouze fúzi společností majících sídlo v Německu a stanoví:

12. Konečně další ustanovení UmwG týkající se konkrétně fúzí sloučením vyžadují splnění řady podmínek, mezi nimi, což nás v tomto případě zajímá, zápisu do obchodního rejstříku místa sídla nástupnického právního subjektu (článek 19).

„Právní subjekty se sídlem na vnitrostátním území mohou být přeměněny

III – Skutkový stav a řízení

2 — KOM (2003) 703 konečný. Zásadou, která je základem tohoto návrhu, je, aby členské státy ve svém právním řádu uznaly možnost provádět přeshraniční fúze.

3 — Dne 10. května 2005 Evropský parlament totiž schválil v prvním čtení návrh směrnice.

4 — BGBl 1994, s. 3210 (1995, 428), naposledy upravován dne 12. června 2003.

13. SEVIC Systems Aktiengesellschaft (dále jen: „Sevic“) se sídlem v Neuwiedu (Německo) a Security Vision Concept SA (dále jen: „SVC“) se sídlem v Lucemburku (Lucembursko) uzavřely v roce 2002

smlouvu o fúzi, v níž dohodly zrušení SVC bez likvidace a převod celého jmění této společnosti na Sevic.

ností německou, do německého obchodního rejstříku, protože čl. 1 odst. 1 bod 1 tohoto zákona upravuje přeměnu pouze u právních subjektů se sídlem v Německu?“

14. Amtsgericht Neuwied (Soud prvního stupně v Neuwiedu) zamítl návrh na zápis fúze do německého obchodního rejstříku a odůvodnil toto zamítnutí na základě čl. 1 odst. 1 UmwG, který umožňuje fúze výhradně mezi společnostmi majícími sídlo v Německu. V projednávaném případě se však fúze týká společnosti německé a společnosti podle lucemburského práva.

16. V takto zahájeném řízení předložili písemná vyjádření žalobce v původním řízení, německá vláda, nizozemská vláda a Komise.

17. Na jednání dne 10. května 2005 byly vyslechnuty Sevic, německá vláda a Komise.

15. Proti tomuto rozhodnutí se tedy Sevic odvolal k Landgericht Koblenz, který, jelikož měl pochybnosti o výkladu článků 43 ES a 48 ES, se rozhodl přerušit řízení před ním probíhající a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

IV – Právní posouzení

A – Použitelnost ustanovení Smlouvy týkajících se svobody usazování na projednávaný případ

„Musí být články 43 ES a 48 ES vykládány v tom smyslu, že je v rozporu se svobodou usazování společností zamítnout návrh na zápis – v souladu s článkem 16 a následujícími Umwandlungsgesetz (zákon o přeměnách společností, dále jen „UmwG“) – fúze, kterou má v úmyslu uskutečnit evropská zahraniční společnost se společ-

18. Úvodem poznamenávám, že dotčená vnitrostátní pravidla, přestože se omezují na fúze mezi společnostmi majícími sídlo v Německu, mají přímý vliv i na možnost uskutečňovat mezinárodní fúze. Jak ukázal tento případ a jak potvrdila německá vláda na jednání, v Německu se skutečně na

základě čl. 1 odst. 1 UmwG zpravidla⁵ zamítá – a to právě proto, že toto ustanovení upravuje pouze „vnitrostátní“ fúze – zápis podniků vzniklých fúzí mezi společnostmi podle německého práva a společností z jiného členského státu do rejstříku, s tím výsledkem, že tato operace nemůže mít žádné účinky.

21. Tento pojem, vysvětluje německá vláda, se vztahuje k výkonu hospodářské činnosti fyzickou nebo právnickou osobou v jiném členském státě prostřednictvím trvalé přítomnosti vyplývající, pokud jde o společnosti, z umístění nebo přemístění hlavního centra činnosti do daného státu (čl. 43 druhý pododstavec) nebo ze zřízení vedlejšího centra činnosti v tomto státě (čl. 43 první pododstavec).

19. Za tohoto předpokladu upozorňuji na to, že účastníci řízení nesouhlasí zejména se samotnou možností kvalifikovat dotčené operace jako výkon svobody usazování. Dříve, než si pološím otázku, zda příslušná německá pravidla jsou či nejsou v souladu s články 43 ES a 48 ES, jak požaduje předkládající soud, je třeba ověřit, zda ve vztahu ke zkoumanému případu tato pravidla spadají do rozsahu působnosti těchto ustanovení.

22. V projednávaném případě je však, pokračuje německá vláda, lucemburská společnost (SVC) sloučena v důsledku fúze s nástupnickou německou společností (Sevic) a ztrácí tak vlastní právní subjektivitu. Jelikož se však již pojmově zaniklá společnost nemůže „usadit“, a to ani pokud jde o hlavní usazení, ani pokud jde o vedlejší usazení, v jiném členském státě, je třeba z toho podle německé vlády vyvodit, že v tomto případě nejsou splněny podmínky pro uplatnění článků 43 a 48 Smlouvy.

20. Německá a nizozemská vláda odpovídají v tomto bodě záporně, protože podle jejich názoru dotčená fúze nevede k „usazení“ ve smyslu Smlouvy.

23. Nizozemská vláda, která vychází z obdobné úvahy, dodává, že zánik společnosti má přímý vliv na její zřízení a fungování, tedy na aspekty, které, jak uznal Soudní dvůr v rozsudku Daily Mail⁶, se nyní vymykají použití práva Společenství a řídí se

5 — Ve svém usnesení však předkládající soud uvádí, že některé německé soudy v poslední době připustily, přestože se jedná o menšinový směr v judikatuře, zápis fúzí společností se sídlem v Německu se zahraničními společnostmi.

6 — Rozsudek ze dne 27. září 1988, Daily Mail a General Trust (81/87, Recueil, s. 5483).

pouze vnitrostátními právními předpisy, což platí i pro státní příslušnost fyzických osob. Články 43 ES a 48 ES tedy nelze vykládat v tom smyslu, že přiznávají společnostem právo zaniknout tím, že se účastní přeshraničních fúzí.

a především po zápisu tohoto aktu jeden ze dvou subjektů zanikne⁷, ale až do té doby tomu tak není, takže pokud nedojde k uskutečnění operace, existuje společnost, která by měla být převzata, nadále jako samostatná právnická osoba.

24. Sám za sebe říkám, že tento přístup nesdílím.

25. To zejména proto, že se mi zdá, že tento postup má převrácenou logiku v tom smyslu, že považuje důsledek fúze, tedy zánik společnosti, za příčinu toho, proč je nemožné, aby tato zanikající společnost (v okamžiku, kdy ještě nezanikla!) uskutečnila fúzi, a tedy za odůvodnění zákazu zápisu, který právě brání takové operaci.

26. Naopak je pravda, že po dobu trvání celé fáze předcházející fúzi a až do jejího zápisu existují a jednají obě společnosti jako právnické osoby plně způsobilé jednat o aktu fúze a uzavřít jej. Až po dokončení fúze

27. Sporná vnitrostátní právní úprava zasahuje tedy právní subjekty mající plnou právní způsobilost, jimž právě tato právní úprava, a pouze ona, předem neumožňuje využít svobody usazování. Tedy pouze díky záměně příčin a následků lze odůvodňovat nepoužitelnost pravidel Smlouvy na přeshraniční fúze ve jménu údajné neexistence právnické osoby zanikající společnosti.

28. Podle mého názoru je však samotný předmět dotčeného vnitrostátního ustanovení takový, že vyvrací veškeré pochybnosti o tom, zda toto ustanovení spadá do působnosti článků 43 ES a 48 ES tak, jak jsou vykládány v ustálené judikatuře Společenství.

7 — To je ostatně výslovně stanoveno v článku 20 UmwG.

29. Jak je známo, aby bylo zajištěno plné využití práva usazování, které je chápáno jako možnost „podílet se trvale a nepřetržitě na hospodářském životě [jiného] členského státu“⁸, podrobil Soudní dvůr ustanovením článků 43 ES a 48 ES nejen vnitrostátní předpisy a praxi týkající se přímo a specificky výkonu dotyčné hospodářské činnosti, ale i veškeré předpisy a praxi „vztahující se k různým obecným schopnostem potřebným k výkonu uvedených činností“⁹.

usazování přijatý Radou dne 18. prosince 1961, který stanoví, že omezení, která se mají zrušit, představují „ustanovení a praxe, které pouze ve vztahu k cizincům vylučují, omezují nebo podmiňují způsobilost vykonávat práva obvykle spojená se samostatně výdělečnou činností“¹¹. Program přináší, pouze příkladmo, seznam takových „způsobilostí“, mezi nimiž je, což nás v tomto případě zajímá, způsobilost „uzavírat smlouvy“ a „nabývat, užívat a zcizovat práva a movitý nebo nemovitý majetek“.

30. Do rozsahu působnosti práva na usazování tedy patří každé opatření, které umožňuje nebo jen usnadňuje přístup do jiného členského státu nebo výkon hospodářské činnosti v tomto státě tím, že umožňuje účinnou účast zúčastněných hospodářských subjektů na hospodářském životě země za stejných podmínek, jako jsou podmínky vztahující se na vnitrostátní hospodářské subjekty¹⁰.

32. Shrnuji tedy, že právo usazování se netýká pouze práva přemístit se do jiného členského státu s cílem vykonávat v něm svou činnost, ale týká se všech aspektů, které jsou nějakým způsobem doplňkově a funkčně spojeny s uvedenou činností, a tedy s plným výkonem svobody zakotvené ve Smlouvě.

31. Při vytyčování těchto zásad se Soudní dvůr téměř vždy výslovně odvolal na Obecný program pro odstranění omezení svobody

33. Zdá se mi přitom zřejmé, že tak je tomu také v případě přezkoumávané vnitrostátní právní úpravy. Týká se totiž aspektů, které nejsou doplňkové, ale přímo podstatné pro činnost hospodářského subjektu, neboť mu předem zamezuje uskutečňovat určité právní operace (fúze) a zejména operace spojené s nabýváním/zcizováním nebo zřizováním nových společností.

8 — Rozsudek ze dne 30. listopadu 1995, Gebhard (C-55/94, Recueil, s. I-4165, bod 25).

9 — Rozsudky ze dne 14. ledna 1988, Komise v. Itálie (63/86, Recueil, s. 29, bod 14) a ze dne 30. května 1989, Komise v. Řecko (305/87, Recueil, s. 1461, bod 21).

10 — Viz zejména výše uvedené rozsudky Komise v. Itálie, body 14 a 16; Komise v. Řecko, bod 19; a rozsudky ze dne 1. června 1999, Konle (C-302/97, Recueil, s. I-3099, bod 22); ze dne 13. dubna 2000, Baars (C-251/98, Recueil, s. I-2787, bod 22), a ze dne 5. listopadu 2002, Überseering (C-208/00, Recueil, s. I-9919, bod 93).

11 — Úř. věst. 1962, 2, s. 36.

34. Je zde však ještě jiný aspekt, který vlády, jež předložily vyjádření, ztratily nakonec ze zřetelů soustředíce se pouze na zánik převzaté společnosti, a který může mít, podle mého názoru, přímý význam pro toto posouzení.

usazování stanovený rovněž v článku 43 ES: tedy „vedlejší“ usazování společnosti se sídlem v jiném členském státě v členském státě díky způsobilosti stanovené právě tímto ustanovením, tedy „vytvořit a zachovat [...] více než jedno centrum činnosti na území Společenství“¹².

35. Odvolávám se zejména na skutečnost, že dotčená fúze může být posuzována nejen jako případ hlavního usazení, ale i vedlejšího usazení. Převzetí společnosti se sídlem v jiném členském státě (v tomto případě lucemburské) nevylučuje, aby nástupnická společnost (zde německá) mohla právě v důsledku fúze působit trvale v členském státě, v němž měla sídlo zanikající společnost, tedy v jiném než vlastním členském státě, s tím, že se v tomto státě usadí, i když jde pouze o vedlejší usazení.

38. Skutečnost, že v projednávaném případě by vedlejší usazení představovala entita bez samostatné právní subjektivity, nemůže vést k jinému závěru. Článek 43 první pododstavec ES stanoví totiž možnost vykonávat právo usazování prostřednictvím entit jak s právní subjektivitou (dceřiné společnosti), tak bez právní subjektivity (zastoupení a pobočky).

36. V projednávaném případě, jak bylo potvrzeno v průběhu jednání, by si totiž ve smyslu smlouvy o fúzi nástupnická společnost (Sevic) ponechala v Lucembursku majetek, personál a výrobní prostředky zanikající společnosti (SVC), a měla by tak „vedlejší“ centrum činnosti v zahraničí.

39. Krom toho z judikatury Společenství vyplývá, že odkaz v uvedeném ustanovení na „zastoupení, pobočky nebo dceřiné společnosti“ musí být chápán jako příklad, nikoli taxativní výčet podob usazení, jichž může využít společnost působící v jiném členském státě. Soudní dvůr tak připustil použití pravidel o usazování v případech, v nichž například přítomnost společnosti v jiné zemi

37. V takovém případě by se tedy vytvořil zvláštní způsob výkonu svobody „vedlejšího“

¹² — Rozsudek ze dne 12. července 1984, Onno Klopp (107/83, Recueil, s. 2971, bod 19).

Společenství nenabude „podoby pobočky nebo zastoupení, ale sestává z pouhé kanceláře řízené vlastními zaměstnanci podniku nebo nezávislé osoby, pověřené však jednat trvale za podnik stejným způsobem jako zastoupení“¹³.

podmínky, že taková účast přízná nabyvateli „jistý vliv na rozhodování společnosti a dovolí mu určovat její činnost“¹⁵, což je kritérium, které je pojmově vždy splněno v případech převzetí jiné společnosti, tedy v případě, jako je tento.

40. Na základě výše uvedeného se mi nezdá opodstatněná ani námitka německé vlády, podle níž výkon práva usazování nutně vyžaduje vytvoření nového nebo dalšího sídla v zahraničí, a nemůže se tedy projevit jako převzetí dříve existující společnosti, jak je tomu v projednávaném případě.

42. Ve světle předcházejících úvah mám však za to, že vnitrostátní právní úprava jako je ta, jež je předmětem sporu v původním řízení, spadá plně do působnosti článků 43 ES a 48 ES.

B – Posouzení dotčené vnitrostátní právní úpravy

41. Jak mohl totiž Soudní dvůr v plném souladu se zaměřením výše připomínané judikatury upřesnit, právo potvrzené článkem 43 ES zahrnuje možnost „zvolit si právní formu odpovídající vykonávaným činnostem v jiném členském státě“¹⁴. To může být učiněno mnohými způsoby, včetně získání podílů ve společnosti již existující a mající sídlo v jiném členském státě, za

43. Po vyjasnění tohoto bodu a přechodu k podstatě otázky je třeba položit si otázku, zda dotčené vnitrostátní opatření proto, že v žádném případě neumožňuje zápis fúzí mezi společnostmi se sídlem v Německu

13 — Rozsudek ze dne 4. prosince 1986, Komise v. Německo (205/84, Recueil, s. 3755, bod 21).

14 — Rozsudek ze dne 21. září 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Recueil, s. I-6161, bod 43).

15 — Viz zejména výše uvedené rozsudky Baars, body 21 a 22 a Überseering, bod 77. Je však třeba upřesnit, že získání akcionářského podílu, který nepřiznává takový vliv, se proto nevymyká použití ustanovení Smlouvy, neboť se na něj nadále vztahují pravidla pro volný pohyb kapitálu.

a společnostmi z jiných členských států do německého obchodního rejstříku, představuje omezení svobody usazování.

jak omezení „na vstupu“, tak omezení „na výstupu“ z vnitrostátního území.

44. Zahájím toto posouzení připomenutím toho, že na základě široké definice svobody usazování, která, jak je vidět (výše v bodech 24 až 27), vyplývá z judikatury Společenství, je třeba považovat za omezení této svobody „všechna opatření, která výkon této svobody zakazují, tvoří překážku pro tento výkon nebo jej činí méně atraktivním“¹⁶. Pod tento zákaz tedy mohou spadat i vnitrostátní opatření způsobila jednoduše „odradit“ hospodářský subjekt, aby využil práva usazování¹⁷.

45. Kromě toho z této judikatury vyplývá, že článek 43 ES se neomezuje pouze na to, že zakazuje, aby členský stát bránil usazování zahraničních hospodářských subjektů na svém území nebo je omezoval, ale brání i tomu, aby kladl překážky usazování vnitrostátních hospodářských subjektů v jiném členském státě¹⁸. Jinými slovy, jsou zakázána

46. Při aplikaci těchto zásad na projednávaný případ se mi zdá nesporné, že taková právní úprava, jako je ta, jež je dotčena v původním řízení, může přinejmenším odradit jak domácí, tak zahraniční hospodářské subjekty od výkonu svobody usazování.

47. Fúze představuje účinný způsob přeměny společností, jelikož v rámci jediné operace umožňuje vykonávat určitou činnost v nové právní formě a bez přerušení, v důsledku čehož se zmenší komplikace, zkrátí lhůty a sníží náklady spojené s jinými formami reorganizace společností, které zahrnují například zrušení společnosti s likvidací majetku a následné založení nové společnosti, převod jednotlivých částí jmění, změnu vlastnických titulů, atd.

48. Je tedy nutno konstatovat, že na základě sporné vnitrostátní právní úpravy a pouze v jejím důsledku Sevic ztrácí, stejně jako všechny společnosti podle německého práva, které jsou v obdobné situaci, z pouhého důvodu, že má v úmyslu převzít společnost

16 — Viz naposledy rozsudek ze dne 5. října 2004, Caixa Bank France (C-442/02, Recueil, s. I-8961, bod 11 a judikatura v něm citovaná).

17 — Viz například výše uvedený rozsudek Daily Mail, bod 16; a rozsudky ze dne 18. října 1999, X a Y (C-200/98, Recueil, s. I-8261, bod 26), a ze dne 11. března 2004, Hughes de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Recueil, s. I-2409, bod 45).

18 — Viz zejména výše uvedené rozsudky Baars, bod 28, a Hughes de Lasteyrie du Saillant, bod 42.

mající sídlo v jiném členském státě, možnost přistoupit k fúzi, kterou by jinak mohla uskutečnit. Ztrácí tedy možnost, která je značně a zjevně důležitá na trhu tak integrovaném, jako je trh evropský, ledaže by se chtěla uchýlit k alternativním způsobům, které, jak jsem před okamžikem zdůraznil, nemají tytéž vlastnosti a výhody.

nost v Německu, což se rovná, jak měl Soudní dvůr možnost upřesnit, „samotnému popření svobody usazování“¹⁹.

51. Ve světle uvedených úvah se tedy domnívám, že německé opatření představuje ve smyslu toho, co bylo řečeno, omezení svobody usazování, a je tedy v rozporu s články 43 ES a 48 ES.

49. Toto vše představuje očividně „překážku“, která může mít přímý vliv na rozhodování německých podniků o usazení v jiných členských státech nebo o rozšíření činnosti do jiných členských států, a tedy na výkon svobody, na niž mají právo ve smyslu článků 43 ES a 48 ES.

C – Údajné odůvodnění dotčených vnitrostátních právních předpisů

52. Navzdory tomu je třeba si ještě položit otázku, zda může být neslučitelnost dotčené vnitrostátní právní úpravy odstraněna z obecných důvodů, kterých, jak hned uvidíme, by bylo možné dovolat se na její odůvodnění.

50. Dotčené opatření má však omezující účinek i vůči společnostem se sídlem v jiných členských státech. Naprosto totiž brání těmto subjektům v jednom ze způsobů přístupu na německý trh. Společnost se sídlem v zahraničí konkrétně nemůže rozvíjet svou činnost v Německu tak, že by se spojila s jednou nebo s více německými společnostmi prostřednictvím převzetí již existující společnosti nebo založením nové společnosti. K dosažení takového výsledku by musela být nejdříve založena nová společ-

53. Německá vláda totiž za podpory nizozemské vlády uplatňuje, že za současného stavu, při neexistenci specifických harmonizačních opatření Společenství, nemůže tento stát uznávat přeshraniční fúze, neboť stále existují značné rozdíly v právu společností jednotlivých členských států, a povaha takových operací je tedy zvláště složitá. Zkoumaný zákaz je tedy motivován potřebou

19 — Výše uvedený rozsudek Überseering, bod 81.

zajistit odpovídající úroveň právní jistoty v obchodních transakcích a ochránit rovněž zájmy zaměstnanců, věřitelů a menšinových podílníků německých společností.

něna případnými kategorickými požadavky, a i v tomto případě však pod podmínkou, že jsou způsobilá zaručit uskutečnění sledovaného cíle a nepřekračují rámec toho, co je nezbytné k jeho dosažení²⁰.

54. I pokud Soudní dvůr rozhodne, že pravidlo obsažené v čl. 1 odst. 1 prvním pododstavci UmwG představuje omezení svobody usazování, je takové omezení nicméně oprávněné, neboť je určeno k uspokojení požadavků, které, podle obou vlád, jež předložily vyjádření, byly uznány judikaturou Společenství za způsobilé odůvodnit taková opatření.

55. Za sebe především připomínám, že v oblasti povolených výjimek ze základních svobod právo Společenství jasně rozlišuje diskriminační a nediskriminační opatření. Ta první se připouštějí, pouze pokud mohou spadat pod odchylku výslovně stanovenou Smlouvou, tj. pokud jde o právo usazování pod článek 46 ES. Naopak ta, která jsou použitelná bez rozlišení na domácí subjekty a subjekty z jiných členských států, mohou být připuštěna, pouze pokud jsou odůvod-

56. Je nutno konstatovat, že v projednávaném případě jde o pravidlo diskriminační povahy. Jak bylo totiž vidět, zkoumaná právní úprava zakotvuje jasnou nerovnost zacházení se společnostmi na základě jejich sídla tím, že umožňuje fúze, pokud mají zúčastněné společnosti sídlo v Německu, a naopak je vylučuje, má-li jedna z nich sídlo v zahraničí.

57. V takových případech je jedinou použitelnou odchylkou odchylka stanovená článkem 46 ES, na jejímž základě mohou být odůvodněna diskriminační opatření pouze na základě veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a veřejného zdraví. Kromě toho, jelikož jde o odchylku od základní zásady Smlouvy, musí být toto ustanovení vykládáno restriktivně, což je důvod, proč Soudní

20 — Viz zejména rozsudky ze dne 31. března, Kraus (C-19/92, Recueil, s. I-1663, bod 32; Gebhard, uvedený výše, bod 37; ze dne 9. března 1999, Centros (C-212/97, Recueil, s. I-1459, bod 34), a Caixa Bank, uvedený výše, bod 17.

dvůr podřídil jeho použitelnost především existenci „skutečného a dostatečně vážného ohrožení jednoho ze základních zájmů společnosti“²¹.

60. Začnu existencí naléhavých důvodů veřejného zájmu. Pod tímto hlediskem by snad bylo možno chápat, i když naprosto hypoteticky, důvody státu, z něž pochází zanikající společnost, bránit uskutečnění fúze ve jménu naléhavých důvodů veřejného zájmu²². Takový stát je totiž svědkem toho, jak v důsledku sloučení se společností z jiného členského státu zaniká společnost, která patřila do jeho vlastního právního řádu, a nad níž tedy již nebude moci vykonávat přímou kontrolu.

58. Zdá se mi zřejmé, že případné problémy v koordinaci nebo rizika rozdílného charakteru různých vnitrostátních právních úprav v oblasti práva společností, jež ostatně německé a nizozemské orgány uvádějí nanejvýš vágně a obecně, nemohou představovat „ohrožení“ takové povahy a takového rozsahu pro některý ze „základních zájmů společnosti“, a nemohou tedy spadat do působnosti článku 46 ES.

61. Nesouhlas ze strany státu, do něž patří nástupnická společnost, je však složitější odůvodnit, neboť fúze nemá vliv na vztah této společnosti k právnímu řádu tohoto státu. V projednávaném případě by si totiž Sevic ponechala vlastní sídlo v Německu i po plánované fúzi a německé právo by se nadále vztahovalo na veškerou činnost této společnosti.

59. I kdybych chtěl vycházet z předpokladu, že zpochybňovaná právní úprava nemá diskriminační povahu, výsledek by se nezměnil, neboť stejně nejsou splněny podmínky stanovené judikaturou Společenství pro případy omezení použitelných bez rozlišení, o nichž jsem hovořil výše (výše bod 55).

62. I kdybych však chtěl těmito úvahami přiznat určitý význam, zůstává pochybnost, zda údajné problémy se slučitelností nebo koordinací různých právních řádů mohou být kvalifikovány jako naléhavé důvody veřejného zájmu. A to tím spíše, pokud

21 — Viz mimo jiné rozsudek ze dne 27. října 1977, Bouchereau (30/77, Recueil, s. 1999, bod 35), a ze dne 26. listopadu 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, Recueil, s. I-10981, bod 39).

22 — V tomto případě vyplývá ze spisu, že Lucembursko nepředložilo žádnou námitku a vymazalo SVC z vnitrostátního obchodního rejstříku.

uvážím, že podle toho, co z přezkumu vyplývá, mezinárodní fúze jsou připuštěny ve více vnitrostátních právních řádech, aniž by v rozporu s tím, co se snaží tvrdit obě vlády, které předložily vyjádření, způsobovaly nepřekonatelné potíže²³.

63. V každém případě, i kdybych chtěl v této věci naprosto souhlasit s těmito vládami, *quod non*, bylo by stále ještě třeba ověřit, zda jsou ve zkoumaném případě splněny další výše uvedené podmínky, tedy nezbytnost a přiměřenost dotčeného opatření.

64. Jak však bylo vidět, takové opatření stanoví absolutní a automatický zákaz, použitelný tedy obecně a preventivně na všechny případy přeshraniční fúze nezávisle na ověření případných škod nebo rizik s ní spojených.

65. Zdá se mi naprosto zřejmé, zvláště ve světle judikatury Soudního dvora²⁴, že toto

opatření překračuje rámec cíle, kterým je řešení případných těžkostí, o nichž jsem hovořil, a musí být tedy považováno za nepřiměřené ve vztahu ke sledování uvedeného cíle. Toho by totiž mohlo být dosaženo prostřednictvím méně omezujících opatření, jako je například možnost zamítnutí návrh na zápis případ od případu a pouze při zjevném a prokázaném problému s koordinací mezi dotčenými právními řády, který by mohl způsobit závažná rizika v oblasti právní jistoty nebo v oblasti ochrany zájmů zaměstnanců, věřitelů nebo menšinových podílníků zúčastněných společností.

66. Opakuji, že opatření, které obsahuje tak absolutní a automatický zákaz, zcela jistě nelze považovat za přiměřené.

23 — Jak je vidět, provedení takových operací umožňuje například právo španělské, portugalské, italské, francouzské a belgické, i když odlišným způsobem.

24 — K nepřiměřené povaze absolutních a obecných zákazů viz například rozsudky ze dne 30. dubna 1986, Komise v. Francie (96/85, Recueil, s. 1475, bod 14); ze dne 16. června 1992, Komise v. Lucembursko (C-351/90, Recueil, s. I-3945, bod 19); ze dne 26. září 2000, Komise v. Belgie (C-478/98, Recueil, s. I-7587, bod 45), a ze dne 4. března 2004, Komise v. Francie (C-334/02, Recueil, s. I-2229, body 28 a 34).

67. Konečně, pro účely odůvodnění takového opatření není možné dovolávat se ani okolností, připomenuté rovněž vládami, které předložily vyjádření, že ještě nebyla přijata směrnice Společenství o přeshraničních fúzích kapitálových společností. Při

neexistenci harmonizace Společenství totiž podle těchto vlád není možné přistoupit k takovým operacím.

70. Z toho tedy vyvozují, že dotčená vnitrostátní právní úprava není odůvodněná ani na základě článku 46 ES, ani na základě kategorických požadavků uváděných vládami, které předložily vyjádření. Je tedy třeba ji považovat za úpravu v rozporu s články 43 ES a 48 ES.

68. Je totiž známo a také potvrzeno ustálenou judikaturou Soudního dvora, že výkon svobody usazování nemůže být podmíněn přijetím harmonizačních směrnic²⁵. Je tomu tak proto, že takové směrnice nezakládají práva zaručená Smlouvou, ale směřují pouze k tomu, aby usnadnily jejich výkon. To ostatně potvrzuje, pokud jde konkrétněji o případ, kterým se zde zabývám, první bod odůvodnění výše uvedeného návrhu směrnice, podle něhož je cílem směrnice „*usnadnit* provádění přeshraničních fúzí“²⁶. Tímto textem se tak vyvrací tvrzení o nezbytnosti předchozí harmonizace Společenství.

D – K volnému pohybu kapitálu

71. Nakonec chci poukázat na to, že v průběhu jednání Komise připomněla, že na dotyčné opatření by mohlo být nahlíženo také jako na omezení volného pohybu kapitálu zakázané v zásadě článkem 56 ES. Je tomu tak proto, že odmítnutí zápisu přeshraničních fúzí je překážkou pohybu kapitálu, který je takovým operacím vlastní.

72. Ze svého hlediska musím především poznamenat, že předkládající soud nepožádal Soudní dvůr, aby rozhodl o předběžné otázce o výkladu článku 56 ES.

69. V konečném výsledku se mi zdá, že v projednáváním případě nejsou splněny podmínky, které jsem výše označil za nezbytné pro odůvodnění vnitrostátního opatření neslučitelného se Smlouvou.

Přesto si lze položit otázku, zda by odpověď na tento bod nemohla být přece jen potřebná. Jak totiž upřesnila judikatura Společenství, „aby mohl poskytnout užitečnou odpověď soudu, který položil předběž-

25 — Viz zejména rozsudek ze dne 28. dubna 1977, Thieffry (71/76, Recueil, s. 765, body 17 a 27); a výše uvedené rozsudky Kraus, bod 30 a Überseering, bod 55.

26 — Kurziva provedena autorem stanoviska.

nou otázku, může být Soudní dvůr přiveden k tomu, aby vzal v úvahu předpisy práva Společenství, na něž se vnitrostátní soud při formulaci otázky neodvolal“²⁷.

ření, a popře, že v projednávaném případě byla porušena ustanovení o svobodě usazování.

73. V projednávaném případě se mi však v zásadě nezdá, že výklad článku 56 ES je skutečně nezbytný pro řešení sporu v původním řízení. Došel-li jsem totiž již k závěru, že dotčené opatření představuje neoprávněné omezení článku 43 ES, je ověřování jeho slučitelnosti s článkem 56 ES doslova nadbytečné. Je totiž známo, že poté, co Soudní dvůr zjistí omezení svobody usazování, nepovažuje v zásadě za nutné zkoumat, zda je určité opatření v rozporu i s pravidly Smlouvy vztahujícími se k volnému pohybu kapitálu²⁸.

74. V projednávaném případě se však může dodatečné přezkoumání ukázat jako nezbytné, jestliže Soudní dvůr přijme řešení navrhané vládami, které předložily vyjád-

75. Kdyby tomu tak přece jen bylo a kdyby byla otázka posuzována z hlediska volného pohybu kapitálu, došel bych k závěru, že sporné vnitrostátní opatření představuje nezákonné omezení této svobody, jak tvrdí Komise.

76. Především chci poznamenat, že jelikož jsou fúze „nerozlučně spjat[y] s pohybem kapitálu“²⁹, spadají jednoznačně do oblasti působnosti článku 56 ES. Podle bodu 1, nazvaného „Přímé investice“, nomenklatury³⁰ obsažené v příloze 1 směrnice Rady č. 88/361/EHS ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy³¹, patří mezi tyto investice „kupování plné účasti

27 — Rozsudky ze dne 20. března 1986, Tissier (35/85, Recueil, s. 1207, bod 9); ze dne 27. března 1990, Bagli Pennacchiotti (C-315/88, Recueil, s. I-1323, bod 10), a ze dne 18. listopadu 1999, Teckal (C-107/98, Recueil, s. I-8121, bod 39).

28 — Viz například rozsudky; ze dne 28. dubna 1998, Safir (C-118/96, Recueil, s. I-1897, bod 35); ze dne 18. listopadu 1999, X a Y (C-200/98, Recueil, s. I-8261, bod 30); ze dne 13. dubna 2000, Baars (C-251/98, Recueil, s. I-2787, bod 42); ze dne 8. března 2001, Metallgesellschaft a další (C-397/98 a C-410/98, Recueil, s. I-1727, bod 75); a ze dne 21. listopadu 2002, X a Y (C-436/00, Recueil, s. I-10829, bod 66).

29 — Rozsudek ze dne 16. března 1999, Trummer a Mayer (C-222/97, Recueil, s. I-1661, bod 24).

30 — Nomenklatura, na niž se judikatura Společenství neustále odvolávala při definování pojmu pohyb kapitálu. Viz rozsudky z nedávné doby Trummer a Mayer, uvedený výše, bod 21, a ze dne 6. června 2000, Verkooijen (C-35/98, Recueil, s. I-4071, bod 27).

31 — Úř. věst. L 178, s. 5; Zvl. vyd. 10/01, s. 10.

v již existujících podnicích“ (bod 1) a „účast v nových nebo stávajících podnicích s cílem vytvořit nebo udržet dlouhodobé hospodářské vztahy“ (bod 2). Je tedy jasné, že fúze představují „pohyb kapitálu“.

pohyb kapitálu přinejmenším odrazující účinek, neboť zakazuje používání privilegovaného nástroje pro provádění nákupů nebo vytváření nových společností v zahraničí.

77. Zadruhé, pokud jde o omezující povahu dotčeného opatření, zdá se mi, že zde lze snadno použít, *mutatis mutandis*, úvahy o svobodě usazování (viz výše body 37 až 43). Dotčená právní úprava má totiž na

78. Konečně a ze stejných důvodů, jako byly výše uvedené (viz body 48 až 59) se domnívám, že v tomto případě nejsou splněny podmínky stanovené judikaturou pro to, aby mohla být výjimka z výkonu základní svobody zaručené Smlouvou, jako je zkoumaná svoboda, odůvodněná.

V – Závěry

79. Ve světle výše uvedených úvah navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na otázku předloženou Landgericht Koblenz v tom smyslu, že:

„Články 43 ES a 48 ES brání takové právní úpravě členského státu, jako je Umwandlungsgesetz, která neumožňuje zápis fúzí mezi společnostmi se sídlem v tomto státě a společnostmi z jiných členských států do vnitrostátního obchodního rejstříku.“