FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

fremsat den 7. juli 2005 [1]

I — Indledning

1. Den foreliggende sag vedrører et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af artikel 43 EF og 48 EF, som Landgericht Koblenz (Tyskland) har forelagt Domstolen i henhold til artikel 234 EF.

2. Den forelæggende ret har nærmere bestemt anmodet Domstolen om at præcisere, om nationale forskrifter, der er til hinder for registrering af fusioner mellem tyske selskaber og selskaber fra andre medlemsstater i det tyske handelsregister, strider mod princippet om etableringsfriheden.

1 — Originalsprog: italiensk.

II — Retsforskrifter

Den relevante fællesskabsret

3. Tvisten i hovedsagen vedrører først og fremmest traktatens bestemmelser om etableringsfriheden. Det er i den forbindelse vigtigt at fremhæve artikel 43 EF, der som bekendt giver fællesskabsborgere ret til at etablere såvel primære (stk. 2) som sekundære forretningssteder (stk. 1). Den har følgende ordlyd:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 48 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

4. Artikel 48 EF bestemmer endvidere følgende:

»Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje.«

5. Artikel 46, stk. 1, EF bestemmer imidlertid følgende:

»Bestemmelserne i dette kapitel og de forholdsregler, der træffes i medfør heraf, udelukker ikke anvendelse af love eller administrativt fastsatte bestemmelser, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.«

6. I den foreliggende sag bør der desuden henvises til traktatens bestemmelser om frie kapitalbevægelser og navnlig til artikel 56, stk. 1, EF, der lyder således:

»Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.«

7. Jeg vil endelig erindre om, at Kommissionen i flere år har arbejdet på at få vedtaget et retligt fællesskabsinstrument om grænseoverskridende fusioner, som imødekommer behovet for samarbejde og sammenlægninger mellem selskaber fra forskellige medlemsstater.

8. Direktivforslaget om grænseoverskridende fusioner af kapitalselskaber [2] er dog, selv om der er gjort store fremskridt [3], endnu ikke blevet endeligt vedtaget af Parlamentet og Rådet.

National ret

9. Fusioner er i Tyskland omfattet af Umwandlungsgesetz (lov om selskabsomdannelse, herefter »UmwG«) [4].

10. I lovens § 1, stk. 1, der vedrører omdannelser, tales der kun om fusioner mellem selskaber med hjemsted i Tyskland, hvorom det hedder:

»Retssubjekter med hjemsted i indlandet kan omdannes

1. ved fusion

[...]«

11. Lovens § 2 beskriver dernæst forskellige former for fusion, hvor selskaber opløses uden likvidation, bl.a. — som det er tilfældet her — gennem overtagelse ved overdragelse af et eller flere retssubjekters formue til et andet bestående retssubjekt.

12. I de øvrige bestemmelser i UmwG, der specifikt vedrører fusion ved overtagelse, opstilles der endelig en række betingelser, heriblandt, for så vidt angår den foreliggende sag, krav om registrering af transaktionerne i handelsregisteret på det overtagende selskabs hjemsted (§ 19).

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

13. SEVIC Systems Aktiengesellschaft (herefter »Sevic«), der har hjemsted i Neuwied (Tyskland), og Security Vision Concept SA (herefter »SVC«), der har hjemsted i Luxembourg (Luxembourg), indgik i 2002 en fusionsaftale, hvori det var fastsat, at SVC

2 — KOM(2003) 703 endelig. Forslaget bygger på et grundlæggende princip om, at medlemsstaterne hver især skal gøre det muligt at gennemføre grænseoverskridende fusioner.

3 — Den 10.5.2005 godkendte Europa-Parlamentet direktivforslaget ved førstebehandlingen.

4 — BGBl 1994, s. 3210, og BGBl 1995, s. 428, senest ændret den 12.6.2003.

skulle opløses uden likvidation, og at dette selskabs formue skulle overdrages som helhed til Sevic.

14. Amtsgericht Neuwied afslog at efterkomme anmodningen om registrering af fusionen i det tyske handelsregister, idet den henviste til, at UmwG's § 1, stk. 1, udelukkende omhandler fusioner mellem retssubjekter med hjemsted i Tyskland. I det foreliggende tilfælde var det imidlertid et tysk selskab og et luxembourgsk selskab, der var fusioneret.

15. Sevic indbragte denne afgørelse til prøvelse ved Landgericht Koblenz, som var i tvivl om fortolkningen af artikel 43 EF og 48 EF og derfor besluttede at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at det er i strid med etableringsfriheden for selskaber at nægte et udenlandsk europæisk selskab at få registreret dets tilsigtede fusion med et tysk selskab i det tyske handelsregister i henhold til [UmwG's] §§ 16 ff., fordi UmwG's § 1, stk. 1, nr. 1, kun hjemler omdannelse af juridiske personer med hjemsted i Tyskland?«

16. Appellanten i hovedsagen, den tyske regering, den nederlandske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg for Domstolen.

17. Sevic, den tyske regering og Kommissionen afgav mundtlige indlæg i retsmødet den 10. maj 2005.

IV — Juridisk vurdering

A — *Anvendeligheden af traktatens bestemmelser om etableringsfriheden i den foreliggende sag*

18. Jeg vil indledningsvis bemærke, at den pågældende nationale bestemmelse, selv om den kun vedrører fusioner mellem selskaber med hjemsted i Tyskland, alligevel har direkte betydning for muligheden for at gennemføre internationale fusioner. Det fremgår nemlig af sagen, hvilket den tyske regering bekræftede under retsmødet, at det

netop er med henvisning til UmwG's § 1, stk. 1 — og fordi denne bestemmelse kun omhandler »interne« fusioner — at Tyskland generelt [5] afviser at registrere en fusionsaftale mellem et tysk selskab og et selskab fra en anden medlemsstat i handelsregisteret, med det resultat, at fusionen ikke får fuld virkning.

19. Hertil kommer, at parterne slet ikke er enige om, hvorvidt man kan betegne de pågældende transaktioner som udøvelse af etableringsfriheden. Før man kan besvare den forelæggende rets spørgsmål om, hvorvidt de relevante tyske forskrifter er forenelige med artikel 43 EF og 48 EF, skal det derfor undersøges, om disse nationale forskrifter under omstændigheder som de foreliggende er omfattet af de nævnte fællesskabsbestemmelsers anvendelsesområde.

20. Den tyske regering og den nederlandske regering mener ikke, at det er tilfældet. Efter deres opfattelse giver den omhandlede fusion nemlig ikke anledning til en »etablering« i traktatens forstand.

21. Den tyske regering har forklaret, at dette begreb henviser til den omstændighed, at en fysisk eller juridisk person udøver erhvervsmæssig virksomhed i en anden medlemsstat på permanent basis, hvilket for et selskab vil sige, at det har etableret sit primære forretningssted i denne stat eller flyttet det dertil (artikel 43, stk. 2), eller at det har etableret et sekundært forretningssted i denne stat (artikel 43, stk. 1).

22. Regeringen har videre anført, at i det foreliggende tilfælde er det luxembourgske selskab (SVC) imidlertid blevet overtaget af det tyske selskab (Sevic) som følge af fusionen, hvilket betyder, at det har mistet sin status som juridisk person. Da et selskab, der ikke længere eksisterer, pr. definition hverken i primær eller sekundær henseende kan »etablere sig« i en anden medlemsstat, må det efter den tyske regerings opfattelse konkluderes, at betingelserne for at anvende traktatens artikel 43 og 48 ikke er opfyldt.

23. Den nederlandske regering har på samme baggrund tilføjet, at opløsningen af et selskab har direkte betydning for dets stiftelse og funktion, dvs. aspekter, som, hvilket Domstolen fastslog i den velkendte Daily Mail-dom [6], falder uden for fælles-

5 — Den forelæggende ret har dog anført i kendelsen, at visse tyske domstole, selv om der kun er tale om et fåtal, for nylig har fastslået, at det er muligt at registrere fusioner mellem selskaber med hjemsted i Tyskland og udenlandske selskaber.

6 — Dom af 27.9.1988, sag 81/87, Daily Mail og General Trust, Sml. s. 5483.

skabsrettens anvendelsesområde og i lighed med fysiske personers statsborgerskab udelukkende er omfattet af de nationale lovgivninger. Artikel 43 EF og 48 EF kan derfor ikke fortolkes således, at de giver selskaber ret til at ophøre med at eksistere, fordi de medvirker i grænseoverskridende fusioner.

24. Lad mig straks bemærke, at jeg ikke deler denne opfattelse.

25. Det skyldes først og fremmest, at den synes at bygge på omvendt logik, eftersom det antages, at en konsekvens af fusionen, nemlig at det overtagne selskab opløses, er årsag til, at dette selskab (der endnu ikke er ophørt med at eksistere!) ikke kan medvirke i transaktionen, og dermed berettiger det forbud mod registrering, der netop er til hinder for denne transaktion.

26. Sandheden er derimod, at de to selskaber i hele forløbet op til fusionen og dens registrering fortsætter med at eksistere og handler som juridiske personer, der fuldt ud er i stand til at forhandle om og indgå den pågældende fusionsaftale. Det er først, når fusionen er gennemført, og aftalen herom er registreret, at det ene af de to selskaber ophører med at eksistere [7]. Når det ikke sker tidligere, skyldes det ikke mindst, at det selskab, der skal overtages, fortsat vil eksistere som selvstændig juridisk person, hvis planerne ikke gennemføres.

27. Den omtvistede nationale lovgivning rammer således retssubjekter, som har fuld retsevne, og som afskæres fra at udøve deres etableringsfrihed netop som følge af denne lovgivning. Det er kun, hvis man forveksler årsag og virkning, muligt at påstå, at traktatens regler ikke finder anvendelse på grænseoverskridende fusioner, fordi det overtagne selskab angiveligt ikke har status som juridisk person.

28. Efter min opfattelse er formålet med den pågældende nationale bestemmelse imidlertid netop at fjerne enhver tvivl om, hvorvidt den er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43 EF og 48 EF som fortolket i Fællesskabets faste praksis.

7 — Det fremgår i øvrigt udtrykkeligt af UmwG's § 20.

29. Domstolen har som bekendt for at sikre, at etableringsretten kan udnyttes fuldt ud, dvs. at det er muligt »på stabil og vedvarende måde [at] deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat« [8], fastslået, at artikel 43 EF og 48 EF ikke blot gælder for regler og national praksis, der direkte og specifikt vedrører udøvelsen af den pågældende erhvervsmæssige virksomhed, men også for »reglerne om forskellige almindelige forhold af betydning for denne« [9].

30. Anvendelsesområdet for etableringsfriheden omfatter således enhver foranstaltning, som muliggør, eller blot letter, adgangen til en anden medlemsstat og/eller udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed i denne stat, hvorved de berørte erhvervsdrivende får mulighed for reelt at deltage i denne medlemsstats erhvervsliv på samme betingelser som dem, der gælder for indenlandske erhvervsdrivende [10].

31. Domstolen har med hensyn til disse principper næsten altid henvist udtrykkeligt til den almindelige plan for ophævelse af begrænsninger i etableringsfriheden, som Rådet vedtog den 18. december 1961. I denne plan bestemmes, at de begrænsninger, der skal ophæves, omfatter »bestemmelser og praksis, som alene for udlændinges vedkommende udelukker, begrænser eller stiller betingelser for beføjelsen til at udøve de rettigheder, som normalt er knyttet til udøvelse af en selvstændig virksomhed« [11]. Planen opregner for eksemplets skyld en række af disse »beføjelser«, heriblandt den i sagen relevante beføjelse til at »indgå kontrakter« og til at »erhverve, udnytte eller overdrage rettigheder og formuegoder, såvel løsøre som fast ejendom«.

32. Etableringsretten omfatter altså ikke kun retten til at flytte til en anden medlemsstat for at udøve erhvervsmæssig virksomhed der, men alle aspekter, der på en eller anden måde kompletterer eller medvirker til udøvelsen af denne virksomhed og således gør det muligt at udnytte den traktatsikrede frihed fuldt ud.

33. Jeg mener dog, at det er indlysende, at dette også gælder for den omhandlede nationale bestemmelse. Den vedrører nemlig aspekter, som ikke er kompletterende, men nødvendige for en erhvervsdrivendes virksomhed, eftersom de forbyder denne at gennemføre bestemte retlige transaktioner (fusioner) og navnlig transaktioner, der sigter mod at erhverve/overdrage eller stifte nye selskaber.

8 — Dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 25.

9 — Dom af 14.1.1988, sag 63/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 29, præmis 14, og af 30.5.1989, sag 305/87, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1461, præmis 21.

10 — Jf. navnlig dommen i sagen Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 14 og 16, og sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 19, dom af 1.6.1999, sag C-302/97, Konle, Sml. I, s. 3099, præmis 22, af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 22, og af 5.11.2002, sag C-208/00, Überseering, Sml. I, s. 9919, præmis 93.

11 — EFT Anden Serie IX, s. 7.

34. Der er imidlertid et andet aspekt, som efter min opfattelse kan have direkte betydning for denne vurdering, men som de intervenerende regeringer har glemt at tage i betragtning, fordi de udelukkende har fokuseret på opløsningen af det overtagne selskab.

35. Jeg tænker på den omstændighed, at den omhandlede fusion kan betragtes ikke blot som en primær etablering, men også som en sekundær etablering. Overtagelsen af et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, (i det foreliggende tilfælde det luxembourgske selskab) forhindrer nemlig ikke, at det overtagende selskab (i dette tilfælde det tyske selskab) netop som følge af fusionen kommer til at drive virksomhed på permanent basis i den medlemsstat, hvor det overtagne selskab var hjemmehørende, dvs. i en anden medlemsstat end sin egen, ved at etablere et — ganske vist sekundært — forretningssted i denne medlemsstat.

36. I den foreliggende sag blev det nemlig bekræftet under retsmødet, at det overtagende selskab (Sevic) i henhold til fusionsaftalen beholdt det overtagne selskabs (SVC) formuegoder, personale og produktionsmidler i Luxembourg og som følge heraf rådede over et »sekundært« forretningssted i udlandet.

37. Der er i så tilfælde tale om en særlig måde at udøve etableringsfriheden på, som også er omhandlet i artikel 43 EF, nemlig hvor et selskab, der har hjemsted i en medlemsstat, foretager en »sekundær« etablering i en anden medlemsstat, idet det ifølge denne bestemmelse har ret til »at indrette og opretholde mere end et centrum for erhvervsudøvelse på Fællesskabets område« [12].

38. At den sekundære etablering i det foreliggende tilfælde gennemføres af et privat foretagende, der ikke har selvstændig status som juridisk person, ændrer intet herved. Artikel 43, stk. 1, EF bestemmer nemlig, at etableringsfriheden gælder for alle foretagender, uanset om de er juridiske personer (datterselskaber) eller ej (agenturer og filialer).

39. Det fremgår i øvrigt af Fællesskabets retspraksis, at henvisningen i denne bestemmelse til »agenturer, filialer eller datterselskaber« udelukkende er anført som eksempel og ikke udgør en udtømmende opregning af de etableringsformer, som et selskab kan gøre brug af, når det driver virksomhed i en anden medlemsstat. Domstolen har således fastslået, at bestemmelserne om etableringsretten finder anvendelse i tilfælde, hvor et selskabs tilstedeværelse i et andet fælles-

12 — Dom af 12.7.1984, sag 107/83, Onno Klopp, Sml. s. 2971, præmis 19.

skabsland ikke har »form af en filial eller et agentur, men består i, at selskabet blot opretter et kontor, der drives af selskabets eget personale, eller i, at en selvstændig person får fuldmagt til permanent at repræsentere selskabet på samme måde som et agentur« [13].

40. På grundlag af denne retspraksis kan jeg heller ikke tilslutte mig den tyske regerings indvending om, at udøvelsen af etableringsretten nødvendigvis må kræve, at der foretages en ny eller supplerende etablering i udlandet og derfor ikke som i det foreliggende tilfælde kan ske ved overtagelse af et selskab, der findes i forvejen.

41. Som Domstolen i fuld overensstemmelse med den ovenfor anførte retspraksis har præciseret, indebærer den i artikel 43 EF omhandlede ret nemlig en frihed »til at vælge den mest hensigtsmæssige retsform for udøvelse af virksomhed i en anden medlemsstat« [14]. Denne virksomhed kan derfor udøves på mange forskellige måder, bl.a. ved at erhverve kapitalandele i et selskab, der allerede findes i en anden medlemsstat, forudsat at disse andele giver indehaveren »en sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet, at han kan træffe afgørelse om dets drift« [15]. Dette kriterium vil naturligvis altid være opfyldt, når der som i den foreliggende sag er tale om overtagelse af et andet selskab.

42. På grundlag af det anførte mener jeg derfor, at en national bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede fuldt ud er omfattet af artikel 43 EF og 48 EF's anvendelsesområde.

B — *Vurdering af den omhandlede nationale lovgivning*

43. Jeg vil nu gå videre til spørgsmålets besvarelse. Det skal i den forbindelse undersøges, om den omhandlede nationale bestemmelse, som under ingen omstændigheder tillader registrering i det tyske han-

13 — Dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, præmis 21.

14 — Dom af 21.9.1999, sag C-307/97, Saint-Gobain ZN, Sml. I, s. 6161, præmis 43.

15 — Jf. navnlig Baars-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 21 og 22, og Überseering-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 77. Det skal dog understreges, at erhvervelsen af kapitalandele, der ikke resulterer i en sådan indflydelse, ikke af den grund falder uden for traktatens bestemmelser. Dette forhold vil nemlig være omfattet af reglerne om frie kapitalbevægelser.

delsregister af fusioner mellem selskaber, der har hjemsted i Tyskland, og selskaber fra andre medlemsstater, udgør en restriktion for etableringsfriheden.

44. Jeg vil indlede min vurdering med at minde om, at ud fra den brede definition af etableringsfriheden, der som nævnt (punkt 24-27) er anlagt i Fællesskabets retspraksis, skal »[a]lle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af denne frihed mindre interessant« [16], betragtes som restriktioner for denne frihed. Nationale foranstaltninger, som blot risikerer at »afholde« en erhvervsdrivende fra at benytte sig af etableringsretten, kan derfor også omfattes af dette forbud [17].

45. Det fremgår endvidere af denne retspraksis, at artikel 43 EF ikke blot forbyder, at en medlemsstat forhindrer eller begrænser udenlandske erhvervsdrivendes adgang til at etablere sig på sit område, men også er til hinder for, at medlemsstaten opstiller hindringer for, at dens egne erhvervsdrivende etablerer sig i en anden medlemsstat [18]. Det er med andre ord både restriktioner for »indrejse til« og »udrejse fra« det nationale område, der er forbudt.

46. Hvis disse principper anvendes på den foreliggende sag, kan der efter min mening ikke være tvivl om, at en bestemmelse som den her omhandlede i hvert fald vil kunne afholde såvel indenlandske som udenlandske erhvervsdrivende fra at udnytte etableringsfriheden.

47. En fusion udgør nemlig et meget effektivt middel til omdannelse af selskaber, for så vidt som den inden for rammerne af en enkelt disposition gør det muligt at udøve en bestemt virksomhed i en ny form og uden afbrydelse, således at der er tale om en reducering af de komplikationer, det tidsforbrug og de omkostninger, som er forbundet med andre former for sammenlægning af selskaber, som eksempelvis opløsning af et selskab ved likvidation og stiftelse af et nyt selskab, overførsel af dele af formuen og udveksling af aktier.

48. Det skyldes dog udelukkende den omtvistede nationale bestemmelse, at Sevic i lighed med alle tyske selskaber, der befinder sig i en tilsvarende situation, mister muligheden for at gennemføre den fusion, som det ellers havde kunnet gennemføre, blot fordi det har til hensigt at overtage et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat. Selskabet

16 — Jf. senest dom af 5.10.2004, sag C-442/02, Caixa Bank France, Sml. I, s. 8961, præmis 11 og den deri nævnte retspraksis.

17 — Jf. bl.a. Daily Mail-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 16, dom af 18.11.1999, sag C-200/98, X og Y, Sml. I, s. 8261, præmis 26, og af 11.3.2004, sag C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Sml. I, s. 2409, præmis 45.

18 — Jf. navnlig Baars-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 28, og Hughes de Lasteyrie du Saillant-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 42.

går derfor glip af en vigtig og åbenlys mulighed på et integreret marked som det europæiske, medmindre det tyr til andre midler, der, som jeg netop har påpeget, ikke frembyder de samme kendetegn og fordele.

49. Dette udgør en åbenlys »hindring«, som kan få direkte betydning for, om tyske virksomheder vælger at etablere sig eller opretholde deres tilstedeværelse i andre medlemsstater og dermed udøver den frihed, som de har i henhold til artikel 43 EF og 48 EF.

50. Den omhandlede bestemmelse har også restriktiv virkning for selskaber, der har hjemsted i andre medlemsstater. Den forbyder dem nemlig enhver adgang til det tyske marked. Det betyder konkret, at et selskab med hjemsted i udlandet ikke vil kunne drive virksomhed i Tyskland ved at slutte sig sammen med et eller flere tyske selskaber med henblik på at overtage et bestående selskab eller danne et nyt selskab. For at opnå et sådant resultat vil selskabet sandsynligvis være nødt til først at stifte et nyt selskab i Tyskland, hvilket, som Domstolen tidligere har præciseret, er ensbetydende med »en ren nægtelse af etableringsfriheden« [19].

51. På grundlag af det anførte mener jeg således, at den tyske bestemmelse i den ovenfor anførte forstand udgør en restriktion for etableringsfriheden og derfor strider mod artikel 43 EF og 48 EF.

C — *Den påståede begrundelse for den omhandlede nationale lovgivning*

52. Det bør dog alligevel undersøges, om den omtvistede nationale bestemmelse kan begrundes i de almene hensyn, der — som det vil fremgå af det følgende — kan påberåbes til støtte herfor.

53. Den tyske regering har nemlig med støtte fra den nederlandske regering gjort gældende, at medlemsstaten i mangel af særlige harmoniseringsbestemmelser på fællesskabsplan ikke har mulighed for at anerkende grænseoverskridende fusioner, da der stadig er væsentlig forskel på medlemsstaternes selskabslovgivning, og de pågældende transaktioner derfor er meget komplekse.

19 — Überseering-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 81.

Det omhandlede forbud er derfor begrundet i behovet for at sikre en tilstrækkelig retssikkerhed i forbindelse med handelstransaktioner og for at beskytte tyske selskabers ansattes, kreditorers og mindretalsaktionærers interesser.

54. Selv om Domstolen afgør, at bestemmelsen i UmwG's § 1, stk. 1, nr. 1, udgør en restriktion for etableringsfriheden, vil denne restriktion alligevel være lovlig, fordi den efter de to intervenerende regeringers opfattelse har til formål at opfylde behov, som ifølge Fællesskabets retspraksis kan berettige, at der træffes sådanne foranstaltninger.

55. Jeg skal først og fremmest påpege, at fællesskabsretten med hensyn til tilladte undtagelser fra de grundlæggende friheder sondrer klart mellem de foranstaltninger, der resulterer i forskelsbehandling, og dem, der ikke gør det. De førstnævnte foranstaltninger tillades faktisk kun, hvis de kan henføres under en af traktatens udtrykkelige undtagelsesbestemmelser, hvilket for etableringsrettens vedkommende vil sige artikel 46 EF. Foranstaltninger, der anvendes uden forskel på landets egne retssubjekter og retssubjekter fra andre medlemsstater, kan derimod kun tillades, hvis de er egnede til at sikre virkeliggørelsen af det forfulgte mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål [20].

56. I det foreliggende tilfælde må det dog konstateres, at der er tale om en diskriminerende forskrift. Som jeg har nævnt, er det nemlig klart, at den omhandlede bestemmelse fører til en klar forskelsbehandling af selskaber på grundlag af deres hjemsted, idet de pågældende selskaber gives tilladelse til fusion, hvis de har hjemsted i Tyskland, men ikke, hvis et af selskaberne har hjemsted i udlandet.

57. Den eneste undtagelse er i så tilfælde den, der er fastsat i artikel 46 EF, hvorefter diskriminerende foranstaltninger skal være begrundet i hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed. Derudover skal den pågældende foranstaltning, for så vidt som den begrænser et grundlæggende princip i traktaten, fortolkes restriktivt, hvorfor Domstolen har

20 — Jf. navnlig dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32, Gebhard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 37, dom af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459, præmis 34, og Caixa Bank-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 17.

præciseret, at den kun kan anvendes, såfremt der foreligger en »virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn« [21].

58. Det er efter min opfattelse klart, at de eventuelle koordineringsvanskeligheder eller uoverensstemmelser mellem medlemsstaternes selskabsretlige bestemmelser, som de tyske og nederlandske myndigheder i øvrigt henviser til i meget vage og generelle vendinger, ikke kan betragtes som en »trussel« af en sådan art og omfang mod et af de nævnte »grundlæggende samfundshensyn«, at foranstaltningen falder ind under anvendelsesområdet for artikel 46 EF.

59. Men selv om det antages, at den omtvistede bestemmelse ikke er diskriminerende, vil resultatet være det samme, eftersom de betingelser, som opstilles i Fællesskabets retspraksis, og som jeg har beskrevet i det foregående, med hensyn til restriktioner, der finder anvendelse uden forskel (punkt 55 ovenfor), ikke er opfyldt.

60. Jeg skal først undersøge, om der foreligger tvingende almene hensyn. Set i dette perspektiv er det måske — i hvert fald i teorien — muligt at forstå, hvorfor den stat, det overtagne selskab stammer fra, modsætter sig fusionens gennemførelse med henvisning til tvingende almene hensyn [22]. Denne stat mister nemlig muligheden for direkte at kontrollere et selskab, som tidligere var omfattet af dennes retsorden, men som ophørte med at eksistere, efter at det blev overtaget af et selskab fra en anden medlemsstat.

61. Det er straks vanskeligere at forstå, hvorfor den stat, som det overtagende selskab er hjemmehørende i, modsætter sig en fusion, når denne fusion ikke påvirker selskabets tilknytning til denne stats retsorden. I det foreliggende tilfælde ville Sevic faktisk beholde sit hjemsted i Tyskland efter den planlagte fusion, og selskabets samlede aktiviteter ville stadig være underlagt tysk lovgivning.

62. Uanset om disse forhold tillægges betydning, er det dog under alle omstændigheder usikkert, om de påståede problemer med overensstemmelsen og koordineringen mellem de forskellige retsordener kan betegnes som tvingende almene hensyn. Når dette er

21 — Jf. bl.a. dom af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 35, og af 26.11.2002, sag C-100/01, Oteiza Olazabal, Sml. I, s. 10981, præmis 39.

22 — Det fremgår af akterne i den foreliggende sag, at Luxembourg ikke havde noget at indvende og slettede SVC i det nationale handelsregister.

tilfældet, skyldes det ikke mindst, at internationale fusioner angiveligt er tilladt i flere nationale retsordener, uden at dette, modsat hvad de to intervenerende regeringer synes at mene, giver anledning til uoverstigelige vanskeligheder [23].

63. Selv om man er enig med disse regeringer heri (hvilket jeg ikke er), skal det under alle omstændigheder efterprøves, om de øvrige ovenfor nævnte betingelser vedrørende den pågældende foranstaltnings nødvendighed og proportionalitet er opfyldt.

64. Som nævnt indfører denne foranstaltning dog et absolut og automatisk forbud, dvs. et forbud, som kan anvendes generelt og forebyggende over for alle grænseoverskridende fusioner, uanset hvilke skader eller risici der måtte være forbundet med det.

65. Efter min opfattelse er det navnlig i lyset af Domstolens praksis [24] fuldstændigt åbenlyst, at denne foranstaltning går videre end nødvendigt for at realisere målet om at overvinde de eventuelle vanskeligheder, der er beskrevet, og at den derfor ikke kan siges at stå i rimeligt forhold til dette mål. Det mål vil nemlig kunne nås ved mindre restriktive foranstaltninger, f.eks. ved at gøre det muligt at nægte registrering i konkrete sager, forudsat at der foreligger klare og påviselige vanskeligheder med koordineringen af de pågældende retsordener, som kan resultere i alvorlige risici for retssikkerheden eller for beskyttelsen af de berørte selskabers ansattes, kreditorers eller mindretalsaktionærers interesser.

66. Der kan som tidligere nævnt ikke være tvivl om, at en foranstaltning, der indfører et sådant absolut og automatisk forbud, ikke kan siges at være forholdsmæssig.

67. Denne foranstaltning kan heller ikke, som de intervenerende regeringer påstår, begrundes i, at Fællesskabets direktiv om grænseoverskridende fusioner af kapitalselskaber endnu ikke er blevet vedtaget. Ifølge disse regeringer er det nemlig ikke muligt at

23 — Det er eksempelvis tilladt at gennemføre sådanne transaktioner efter spansk, portugisisk, italiensk, fransk og belgisk ret, selv om de nærmere bestemmelser er forskellige.

24 — Jf. med hensyn til absolutte og generelle forbuds manglende proportionalitet bl.a. dom af 30.4.1986, sag 96/85, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1475, præmis 14, af 16.6.1992, sag C-351/90, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 3945, præmis 19, af 26.9.2000, sag C-478/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 7587, præmis 45, og af 4.3.2004, sag C-334/02, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2229, præmis 28 og 34.

foretage sådanne transaktioner, så længe der ikke er sket en harmonisering på fællesskabsplan.

68. Det er nemlig velkendt og bekræftes også af Domstolens faste praksis, at udøvelsen af etableringsfriheden ikke kan betinges af, at der udstedes harmoniseringsdirektiver [25]. Det skyldes, at disse direktiver ikke fastsætter de rettigheder, der sikres i traktaten, men udelukkende sigter mod at gøre det lettere at udøve dem. Betragter man den foreliggende sag, bekræftes dette i øvrigt af første betragtning til det nævnte direktivforslag, hvoraf det fremgår, at direktivet har til formål at »*lette* gennemførelsen af grænseoverskridende fusioner« [26]. Det afkræfter påstanden om, at der først skal ske en harmonisering på fællesskabsplan.

69. Alt taget i betragtning mener jeg ikke, at de betingelser, der som nævnt er nødvendige for, at der kan vedtages en traktatstridig national foranstaltning, er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

25 — Jf. navnlig dom af 28.4.1977, sag 71/76, Thieffry, Sml. s. 765, præmis 17 og 27, Kraus-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 30, og Überseering-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 55.

26 — Min fremhævelse.

70. Det følger heraf, at den omhandlede nationale bestemmelse hverken kan begrundes i artikel 46 EF eller i de tvingende hensyn, som de intervenerende regeringer har påberåbt sig. Den må derfor anses for uforenelig med artikel 43 EF og 48 EF.

D — *Frie kapitalbevægelser*

71. Jeg skal endelig bemærke, at Kommissionen under retsmødet henviste til, at den omhandlede foranstaltning også kan opfattes som en restriktion for de frie kapitalbevægelser, som principielt er forbudt i henhold til artikel 56 EF. Når registrering af grænseoverskridende fusioner afvises, hindrer det nemlig de kapitalbevægelser, der er forbundet med sådanne transaktioner.

72. Jeg skal indledningsvis gøre opmærksom på, at den forelæggende ret ikke har anmodet Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af artikel 56 EF.

Det kan dog alligevel være nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål. Det fremgår nemlig af Fællesskabets retspraksis, at Domstolen »[m]ed henblik på at give den nationale ret, som har forelagt spørgsmålet,

den fornødne vejledning, kan [...] inddrage EF-regler, som den nationale ret ikke har henvist til i spørgsmålet« [27].

73. På den anden side mener jeg i princippet ikke, at det i det foreliggende tilfælde er nødvendigt at fortolke artikel 56 EF for at kunne afgøre tvisten i hovedsagen. Da jeg allerede har fastslået, at den omhandlede foranstaltning udgør en ubegrundet restriktion i henhold til artikel 43 EF, er det i virkeligheden overflødigt at undersøge, om den er forenelig med artikel 56 EF. Det er nemlig velkendt, at når Domstolen har konstateret, at der foreligger en restriktion for etableringsfriheden, mener den i princippet ikke, at det er nødvendigt at tage stilling til, om en konkret bestemmelse også er uforenelig med traktatens regler om frie kapitalbevægelser [28].

74. I den foreliggende sag kan det dog blive nødvendigt at foretage en yderligere efterprøvning, hvis Domstolen accepterer den løsning, som de intervenerende regeringer har foreslået, og afviser, at der er sket en tilsidesættelse af bestemmelserne om etableringsfriheden.

75. Hvis det er tilfældet, og spørgsmålet derfor vurderes i forhold til de frie kapitalbevægelser, er det imidlertid min opfattelse, at den omtvistede nationale foranstaltning, som Kommissionen også har anført, udgør en ulovlig begrænsning af denne frihed.

76. Jeg skal for det første gøre opmærksom på, at fusioner er »uadskilleligt knyttet til en kapitalbevægelse« [29], og at det derfor er klart, at de er omfattet af artikel 56 EF. I henhold til afsnit 1, »Direkte investeringer«, i den nomenklatur [30], der findes i bilag I til Rådets direktiv 88/361/EØF om gennemførelse af traktatens artikel 67 [31] omfatter disse investeringer nemlig »fuldstændig overtagelse af bestående virksomheder« (punkt 1) og »[e]rhvervelse af kapitalinteresser i nye eller bestående virksomheder med henblik på

27 — Dom af 20.3.1986, sag 35/85, Tissier, Sml. s. 1207, præmis 9, af 27.3.1990, sag C-315/88, Bagli Pennacchiotti, Sml. I, s. 1323, præmis 10, og af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 39.

28 — Jf. bl.a. dom af 28.4.1998, sag C-118/96, Safir, Sml. I, s. 1897, præmis 35, og af 18.11.1999, sag C-200/98, X og Y, Sml. I, s. 8261, præmis 30, Baars-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 42, dom af 8.3.2001, forenede sager C-397/98 og C-410/98, Metallgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 1727, præmis 75, og af 21.11.2002, sag C-436/00, X og Y, Sml. I, s. 10829, præmis 66.

29 — Dom af 16.3.1999, sag C-222/97, Trummer og Mayer, Sml. I, s. 1661, præmis 24.

30 — Fællesskabets retsinstanser har konsekvent defineret begrebet kapitalbevægelser ud fra denne nomenklatur. Jf. senest Trummer og Mayer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 21, og dom af 6.6.2000, sag C-35/98, Verkooijen, Sml. I, s. 4071, præmis 27.

31 — EFT L 178, s. 5.

etablering eller opretholdelse af varige økonomiske forbindelser« (punkt 2). Det er derfor klart, at fusioner må betragtes som »kapitalbevægelser«.

77. For det andet mener jeg, for så vidt angår den omhandlede foranstaltnings restriktive karakter, at mine bemærkninger om etableringsfriheden (punkt 37-43 ovenfor) uden videre kan anvendes tilsvarende her. Den omhandlede bestemmelse lægger i hvert fald en dæmper på kapitalbevægelserne, idet den forbyder anvendelsen af et særdeles effektivt middel til gennemførelse af transaktioner i form af erhvervelse eller oprettelse af selskaber i udlandet.

78. Endelig mener jeg af de tidligere nævnte årsager (punkt 48-59 ovenfor) ikke, at betingelserne for, at der efter gældende retspraksis kan opstilles hindringer for udøvelsen af en ved traktaten sikret grundlæggende frihed, er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

V — Forslag til afgørelse

79. På baggrund heraf skal jeg foreslå Domstolen at besvare Landgericht Koblenz' spørgsmål således:

»Artikel 43 EF og 48 EF er til hinder for bestemmelser i en medlemsstat som Umwandlungsgesetz, der forbyder registrering i det nationale handelsregister af fusioner mellem selskaber med hjemsted i Tyskland og selskaber fra andre medlemsstater.«