Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 14. oktober 2020 [1]

Sag C-469/19

All in One Star Ltd

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – etableringsfrihed – selskab med begrænset ansvar, der ønsker at etablere en filial i en anden medlemsstat – registrering i handelsregistret – lovgivning i værtsmedlemsstaten, der kræver angivelse af selskabskapitalen eller en sammenlignelig værdi samt visse erklæringer fra direktøren«

I. Indledning

1. De to præjudicielle spørgsmål, som Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) har forelagt, falder i tråd med Domstolens praksis vedrørende et selskab i en anden medlemsstats etablering af en filial i en medlemsstat og værtsmedlemsstatens råderum med hensyn til en sådan etablering. Spørgsmålene er således navnlig opstået som følge af Centros-dommen [2] og Inspire Art-dommen [3].

2. I overensstemmelse med Domstolens anmodning begrænser dette forslag til afgørelse sig til bedømmelse af det andet præjudicielle spørgsmål. Det vedrører de forpligtelser, som i henhold til tysk ret påhviler direktøren for et selskab fra en anden medlemsstat til at afgive erklæring om, at der med hensyn til hans person ikke foreligger nogen hindring for udnævnelsen, og at han bl.a. af en notar er blevet oplyst om sin ubegrænsede oplysningspligt over for den registerførende ret. I denne sammenhæng er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt disse forpligtelser er i overensstemmelse med EU-retten.

[1] – Originalsprog: fransk.

[2] – Dom af 9.3.1999 (C-212/97, EU:C:1999:126).

[3] – Dom af 30.9.2003 (C-167/01, EU:C:2003:512).

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

3. Artikel 29 i direktiv (EU) 2017/1132[4] med overskriften »Offentlighed af dokumenter og oplysninger vedrørende filialer«, som er indeholdt i direktivets afsnit I, kapitel III, afdeling 2, med overskriften »Regler om offentliggørelse for filialer af selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater«, bestemmer i stk. 1:

»Dokumenter og oplysninger vedrørende filialer, som er oprettet i en medlemsstat af et selskab med en af de i bilag II opførte selskabsformer, som er henhørende under en anden medlemsstats retsregler, skal offentliggøres i henhold til retsreglerne i den medlemsstat, hvor filialen er beliggende, i overensstemmelse med artikel 16.«

4. Ifølge bilag II til direktiv 2017/1132 udgør et »compan[y] incorporated with limited liability« for så vidt angår Det Forenede Kongerige en af de selskabsformer, der bl.a. er omhandlet i dette direktivs artikel 29, stk. 1.

5. Artikel 30 i direktiv 2017/1132 med overskriften »Dokumenter og oplysninger, der skal offentliggøres« bestemmer:

»1. Den i artikel 29 omhandlede offentlighedsforpligtelse omfatter kun følgende dokumenter og oplysninger:

a) filialens adresse

b) angivelse af formålet med filialens virksomhed

c) det register, i hvilket den i artikel 16 omhandlede aktmappe er oprettet for selskabet, samt registreringsnummeret i dette register

d) selskabets benævnelse, retlige form samt filialens benævnelse, hvis denne ikke svarer til selskabets

e) udnævnelse, udtræden samt identitet for de personer, der er beføjede til at forpligte selskabet over for tredjemand og til at repræsentere det under retssager:

   – […]

f) – opløsning af selskabet, udnævnelse af likvidatorer med angivelse af disses identitet og beføjelser, og likvidationens afslutning i overensstemmelse med offentligheden vedrørende selskabet i henhold til artikel 14, litra h), j) og k)

   – åbning af konkurs, tvangsakkord eller en anden tilsvarende procedure vedrørende selskabet

g) regnskabsdokumenter i overensstemmelse med artikel 31

h) lukning af filialen.

[4] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 14.6.2017 om visse aspekter af selskabsretten (EUT 2017, L 169, s. 46).

2. Den medlemsstat, i hvilken en filial er oprettet, kan fastsætte, at følgende skal offentliggøres som omhandlet i artikel 29:

[…]

b) stiftelsesoverenskomsten og vedtægterne, såfremt disse foreligger som et særskilt dokument, jf. artikel 14, litra a), b) og c), samt ændringer i disse dokumenter

[…]«

B. Tysk ret

1. Handelsloven

6. § 13 i Handelsgesetzbuch (handelsloven, herefter »HGB«) med overskriften »Filialer af kapitalselskaber med hjemsted i udlandet« bestemmer:

»(1) Endvidere finder følgende bestemmelser anvendelse på filialer af […] selskaber med begrænset ansvar i kapitalselskaber, der har hjemsted i udlandet.

[…]

(3) […] For så vidt angår selskabets retlige repræsentanter finder bestemmelserne i […] § 6, stk. 2, andet og tredje punktum, i lov om selskaber med begrænset ansvar tilsvarende anvendelse på filialen.

[…]«

7. HGB's § 13g, stk. 1-3, med overskriften »Filialer af selskaber med begrænset ansvar med hjemsted i udlandet« bestemmer:

»(1) Følgende bestemmelser finder tillige anvendelse på filialer af selskaber med begrænset ansvar med hjemsted i udlandet.

(2) Registreringserklæringen vedlægges en bekræftet kopi af selskabets stiftelsesoverenskomst og, såfremt denne kontrakt ikke er affattet på tysk, en bekræftet oversættelse til tysk. Bestemmelserne i § 8, stk. 1, nr. 2, og stk. 3 og 4, i lov om selskaber med begrænset ansvar finder anvendelse. […]

(3) Registreringen af filialens stiftelse omfatter ligeledes de oplysninger, der er omhandlet i § 10 i lov om selskaber med begrænset ansvar […].«

2. Lov om selskaber med begrænset ansvar

8. § 6, stk. 2, i Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (lov om selskaber med begrænset ansvar, herefter »RGBl«. 1898, s. 846, i den affattelse, der finder anvendelse i hovedsagen, herefter »GmbHG«) bestemmer:

»Kun en fysisk person, der har fuld retsevne, kan være direktør. Følgende personer må ikke være direktør

[…]

2. for hvem en retsafgørelse eller en eksigibel afgørelse fra en administrativ myndighed forbyder enhver form for virksomhed inden for et erhverv, en erhvervssektor, en håndværksvirksomhed eller en håndværkssektor, når selskabets formål helt eller delvist svarer til genstanden for dette forbud

3. som er dømt for forsætligt at have begået en eller flere af de i [GmbHG's § 6, stk. 2, andet punktum, nr. 3, litra a)-e),] beskrevne overtrædelser.

   Andet punktum, nr. 3, finder tilsvarende anvendelse i tilfælde af domfældelse i udlandet for en lovovertrædelse, der kan sammenlignes med de i nr. 3, andet punktum, omhandlede.«

9. GmbHG's § 8, stk. 3, med overskriften »Erklæringens indhold« bestemmer:

»Direktørerne skal i erklæringen give tilsagn om, at der ikke er noget til hinder for deres udnævnelse som omhandlet i § 6, stk. 2, andet punktum, nr. 2 og 3, og tredje punktum, og at de er blevet underrettet om deres ubetingede pligt til at afgive alle oplysninger til retten. Oplysninger som omhandlet i § 53, stk. 2, i Bundeszentralregistergesetz (lov om centralregistret) kan afgives skriftligt og kan ligeledes afgives af en notar, en notar udnævnt i udlandet, en repræsentant for et tilsvarende juridisk rådgivende erhverv eller en konsulær embedsmand.«

10. I henhold til GmbHG's § 82, stk. 1, nr. 5, straffes den, der har afgivet urigtige oplysninger »som direktør for et selskab med begrænset ansvar eller som direktør for en udenlandsk juridisk person i henhold til den erklæring, der skal afgives i henhold til § 8, stk. 3, første punktum«, med frihedsstraf på op til tre år eller med bøde.

3. Lov om centralregistret

11. § 53 i Bundeszentralregistergesetz (lov om centralregistret) af 21. september 1984 (BGBl. 1985 I, s. 195 og 1229) med overskriften »Oplysningspligt i tilfælde af domfældelse« i den affattelse, der har været gældende siden den 29. juli 2017 (herefter »BZRG«), bestemmer:

»(1) Domfældte kan betegne sig som ikke domfældte og er ikke forpligtet til at oplyse om de forhold, der ligger til grund for domfældelsen, når domfældelsen

1. ikke skal fremgå af en vandelsattest eller kun skal fremgå af den i § 32, stk. 3 og 4, omhandlede attest eller

2. skal slettes.

(2) Såfremt domstole eller myndigheder har en ubegrænset ret til at anmode om oplysninger, kan domfældte, som er blevet underrettet herom, ikke gøre rettigheder i henhold til stk. 1, nr. 1, gældende over for disse.«

III. De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne for Domstolen og de præjudicielle spørgsmål

12. All in One Star Ltd er et aktieselskab (*private company limited by shares*), der i 2013 blev registreret ved handelsregistret ved Companies House i Cardiff (Det Forenede Kongerige), og som har sit vedtægtsmæssige hjemsted i Great Bookham (Det Forenede Kongerige).

13. I 2014 bad All in One Star Amtsgericht Frankfurt am Main (byretten i Frankfurt am Main, Tyskland), som er registerførende ret, om at registrere en filial i handelsregistret.

14. Ved en foreløbig afgørelse meddelte den registerførende ret ham, at anmodningen om registrering ikke kunne godkendes, bl.a. med den begrundelse, for det første, at aktiekapitalens størrelse ikke var oplyst, og for det andet, at selv om selskabets direktør og eneindehaver ganske vist i sin anmodning forsikrede, at intet ved hans person var til hinder for hans udnævnelse som omhandlet i GmbHG's § 6, stk. 2, andet punktum, nr. 2 og 3, og tredje punktum, havde han derimod ikke garanteret, at han var blevet oplyst om sin ubegrænsede oplysningspligt over for retten af en notar, en repræsentant for et tilsvarende juridisk rådgivende erhverv eller en konsulær embedsmand. All in One Star anlagde sag til prøvelse af denne afgørelse.

15. Ved kendelse af 8. august 2017 forkastede Oberlandesgericht Frankfurt am Main (regional appeldomstol i Frankfurt am Main, Tyskland) All in One Stars søgsmål til prøvelse af disse konstateringer fra den registerførende ret.

16. All in One Star iværksatte derefter appel for Bundesgerichtshof (forbundsdomstol). Denne ret er af den opfattelse, at udfaldet af den tvist, der er indbragt for den, afhænger af fortolkningen af artikel 30 i direktiv 2017/1132 og artikel 49 TEUF og 54 TEUF.

17. Ifølge den forelæggende ret er optagelse i det tyske handelsregister af en filial af et udenlandsk selskab reguleret i HGB's § 13d ff. Som aktieselskab (*private company limited by shares*) kan All in One Star sidestilles med et tysk anpartsselskab (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), således at de bestemmelser, der finder anvendelse på denne type selskab, finder analog anvendelse på registreringen af All in One Stars tyske filial.

18. I denne forbindelse forudsætter registreringen af en sådan filial i henhold til HGB's § 13g, stk. 3, sammenholdt med GmbHG's § 8, stk. 3, at selskabets direktør i forbindelse med sin anmodning om registrering garanterer, at der ikke foreligger nogen af de hindringer for hans udnævnelse, der er omhandlet i GmbHG's § 6, stk. 2, andet punktum, nr. 2 og 3, og tredje punktum. I henhold til HGB's § 13g, stk. 2, andet punktum, sammenholdt med GmbHG's § 8, stk. 3, skal direktøren desuden afgive erklæring om, at en notar, en repræsentant for et tilsvarende juridisk rådgivende erhverv eller en konsulær embedsmand har oplyst ham om hans ubegrænsede oplysningspligt over for retten.

19. Den forelæggende ret har forklaret, at forpligtelsen til at afgive en sådan erklæring har til formål at lette den registrerings- og kontrolprocedure, der gennemføres af den registerførende ret. Den har tilføjet, at den registerførende ret i princippet uden forbehold kan anmode om alle

oplysninger. I BZRG's § 53, stk. 2, tilføjes den forudgående betingelse, at den pågældende skal være blevet underrettet om sin ubetingede oplysningspligt over for retten. Hvis den pågældende ikke er blevet underrettet herom, vil han i visse tilfælde have ret til at erklære sig fritaget for enhver strafferetlig sanktion. De forpligtelser, der følger af tysk ret, påvirker derimod på ingen måde selve den organiske stilling, som direktøren indtager i henhold til den udenlandske selskabsret, der finder anvendelse på ham, men er til hinder for, at direktøren som organ i dette selskab anmoder om registrering af en filial i Tyskland.

20. Endvidere erklærede All in One Stars advokat under appelsagen, at selskabet i overensstemmelse med GmbHG's § 8, stk. 3, havde underrettet direktøren for All in One Star om dennes forpligtelse til at afgive alle oplysninger til den registerførende ret, inden han indgav anmodningen om registrering af filialen. Den forelæggende ret har imidlertid anført, at erklæringen skal hidrøre fra den behørigt underrettede direktør personligt og udfærdiges som et officielt bekræftet dokument.

21. Den forelæggende ret er i denne forbindelse af den opfattelse, at hvis forpligtelsen til at afgive en erklæring i henhold til HGB's § 13g, stk. 2, andet punktum, sammenholdt med GmbHG's § 8, stk. 3, var omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2017/1132, ville den være i strid med dette direktiv. Den forelæggende ret har imidlertid bemærket, at den tyske lovgiver på tidspunktet for vedtagelsen af disse bestemmelser i national ret var af den opfattelse, at disse bestemmelser ikke var omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 89/666/EØF[5], der var gældende.

22. Hvis denne forpligtelse til at afgive erklæring ikke er omfattet af direktiv 2017/1132, opstår spørgsmålet om, hvorvidt den er forenelig med den primære ret og nærmere bestemt med etableringsfriheden, der er sikret ved artikel 49 TEUF og 54 TEUF. I denne henseende ønsker den forelæggende ret navnlig oplyst, om den nævnte forpligtelse ikke er mere vidtgående, end hvad der er nødvendigt for at opnå det formål, den forfølger. For så vidt som den samme forpligtelse også gælder for udenlandske selskaber, hvis ledelse er udenlandsk, kan det for det første ikke forventes, at sådanne selskaber har et indgående kendskab til bestemmelserne i tysk ret om hindringer for udnævnelse af direktører i selskaber. Det vil således være meget vanskeligt for disse udenlandske direktører at afgive en erklæring, der afspejler sandheden. For det andet har den omhandlede forpligtelse i mangel af konkrete holdepunkter for at afvise en persons egnethed til at være direktør udelukkende til formål at forhindre, at repræsentanter for selskabet, som er uegnede i henhold til national ret, eventuelt misbruger etableringsfriheden og begår svig.

23. På denne baggrund har Bundesgericht (forbundsdomstolen) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er artikel 30 i direktiv (EU) 2017/1132 til hinder for en national bestemmelse, hvorefter det er en betingelse for at registrere en filial af et selskab med begrænset ansvar med hjemsted i en anden medlemsstat i handelsregistret, at størrelsen af aktiekapitalen eller en tilsvarende kapitalværdi oplyses?

2) a) Er artikel 30 i direktiv (EU) 2017/1132 til hinder for en national bestemmelse, hvorefter selskabets direktør ved anmodning om registrering af en filial af et selskab med begrænset ansvar med hjemsted i en anden medlemsstat i handelsregistret skal afgive en erklæring om, at der med hensyn til hans person ikke foreligger nogen hindring for udnævnelsen efter national ret i form af et domstols- eller myndighedsforbud mod at udøve en bestemt

[5] – Rådets ellevte direktiv af 21.12.1989 om offentlighed vedrørende filialer oprettet i en medlemsstat af visse former for selskaber henhørende under en anden stats retsregler (EFT 1989 L 395, s. 36).

profession eller et bestemt erhverv, som stemmer helt eller delvis overens med selskabets genstand, eller i form af en retskraftig dom for bestemte strafbare handlinger, og at han er blevet oplyst om sin ubegrænsede pligt til at oplyse retten herom af en notar, en repræsentant for et tilsvarende juridisk rådgivende erhverv eller en konsulær embedsmand?

b) Såfremt spørgsmål 2, litra a), besvares benægtende:

Er artikel 49 [TEUF] og 54 TEUF til hinder for en national bestemmelse, hvorefter selskabets direktør ved anmodningen om registrering af en filial af et selskab med begrænset ansvar med hjemsted i en anden medlemsstat i handelsregistret skal afgive en sådan erklæring?«

24. All in One Star, den tyske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. De samme parter har ligeledes besvaret de af Domstolen stillede spørgsmål skriftligt, og Domstolen har besluttet at træffe afgørelse uden at afholde retsmøde.

IV. Bedømmelse af det andet præjudicielle spørgsmål

25. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 30 i direktiv 2017/1132 eller artikel 49 TEUF og 54 TEUF er til hinder for en national lovgivning, hvorefter den person, der ønsker at blive registreret som selskabets direktør, ved anmodningen om registrering af en filial af et selskab med begrænset ansvar med hjemsted i en anden medlemsstat i handelsregistret skal afgive en erklæring om, at der med hensyn til hans person ikke foreligger nogen hindring for hans udnævnelse til direktør, og at han er blevet oplyst om sin ubegrænsede oplysningspligt over for den registerførende ret af en notar, en repræsentant for et tilsvarende juridisk rådgivende erhverv eller en konsulær embedsmand.

26. Dette præjudicielle spørgsmål falder i to dele: Den første vedrører vurderingen af de forpligtelser, der er pålagt ved tysk ret i forhold til direktiv 2017/1132, og den anden vedrører vurderingen af disse forpligtelser i forhold til artikel 49 TEUF og 54 TEUF.

27. I denne sammenhæng kan formuleringen af anmodningen om præjudiciel afgørelse give anledning til at antage, at anden del af det andet spørgsmål bliver relevant, hvis første del af dette spørgsmål besvares benægtende. Det fremgår imidlertid af begrundelsen for denne anmodning, at anden del af spørgsmålet stilles for det tilfælde, at disse forpligtelser ikke er omfattet af direktiv 2017/1132. Nationale bestemmelser, der regulerer spørgsmål, der er omfattet af et direktivs anvendelsesområde, skal nemlig undersøges på grundlag af dette direktiv, mens bestemmelser, der regulerer spørgsmål, der ikke er omfattet af direktivet, skal undersøges i forhold til den primære ret[6].

28. På baggrund af det ovenstående vil jeg efter først at have undersøgt, om det andet præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling (afsnit A), undersøge de to dele af dette spørgsmål i den af den forelæggende ret fastsatte rækkefølge (afsnit B og C).

[6] – Jf. dom af 30.9.2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, præmis 73).

A. Formaliteten

29. Selv om parterne ikke har rejst tvivl om, at de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, finder jeg det hensigtsmæssigt at undersøge dette aspekt for så vidt angår det andet præjudicielle spørgsmål.

30. Det kan udledes af formuleringen af det andet spørgsmål, at det vedrører to forpligtelser – og to erklæringer, der skal afgives med henblik på opfyldelsen af disse forpligtelser – der finder anvendelse, når et selskab i en medlemsstat søger at oprette en filial i en anden medlemsstat. Den første forpligtelse består i at give tilsagn om, at der for så vidt angår selskabets direktør ikke er nogen hindring for dennes udnævnelse i henhold til tysk ret, og den anden består i at sikre, at han er blevet oplyst om sin ubegrænsede oplysningspligt over for den registerførende ret af en notar, en repræsentant for et tilsvarende juridisk rådgivende erhverv eller en konsulær embedsmand.

31. Det fremgår af begrundelsen for anmodningen om præjudiciel afgørelse, at direktøren for All in One Star i sin ansøgning om registrering af filialen erklærede, at han ikke var omfattet af nogen af de retlige hindringer for sin udnævnelse. Han har derimod ikke afgive erklæring om, at han var blevet underrettet om sin ubegrænsede oplysningspligt over for den registerførende ret.

32. Der kan således herske tvivl om, hvorvidt det andet spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som det vedrører den første forpligtelse. Når dette er sagt, er det ikke uden at fortolke national ret muligt at afgøre, hvorvidt man uden erklæringen vedrørende den anden forpligtelse kan antage, at den første forpligtelse er blevet opfyldt korrekt i hovedsagen.

33. Det følger under alle omstændigheder af Domstolens faste praksis, at det udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retlige afgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen [7]. Jeg foreslår derfor, at det antages, at det andet spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

B. De nationale bestemmelser i forhold til direktiv 2017/1132

34. Med den første del af det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktiv 2017/1132 er til hinder for to forpligtelser, der finder anvendelse, når et selskab i en medlemsstat søger at oprette en filial i Tyskland. Som jeg har forklaret i punkt 27 i dette forslag til afgørelse, skal det med henblik på at vurdere disse forpligtelser på grundlag af direktiv 2017/1132 først afgøres, om de er omfattet af dette direktiv. Inden der foretages en undersøgelse af det materielle anvendelsesområde for direktiv 2017/1132, skal det i denne sammenhæng fastslås, om dette direktiv tidsmæssigt finder anvendelse på hovedsagen.

[7] – Dom af 9.7.2020, Raiffeisen Bank og BRD Groupe Societé Générale (C-698/18 og C-699/18, EU:C:2020:537, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

1. Det tidsmæssige anvendelsesområde

35. Den forelæggende ret har anført, at appellanten blev registreret i Det Forenede Kongerige i 2013 og har anmodet om registrering af en filial i det tyske handelsregister i 2014. Den har bemærket, at appelsagen blev iværksat før ikrafttrædelsen af direktiv 2017/1132 den 20. juli 2017 [8]. Den forelæggende ret har imidlertid anført, at den i appelsager er forpligtet til at anvende den lovgivning, der er gældende på tidspunktet for afsigelsen af dommen, og navnlig bestemmelserne til gennemførelse af direktiv 2017/1132.

36. På denne baggrund har appellanten og den tyske regering som svar på Domstolens spørgsmål i lighed med den forelæggende ret anført, at det følger af tysk retspraksis, at den ordning, der er gældende på tidspunktet for afsigelsen af dommen i appelsagen, ifølge tysk retspraksis skal anvendes inden for rammerne af en sag som den i hovedsagen omhandlede.

37. Domstolen fastslog ganske vist i I.G.I-dommen [9], at da de faktiske omstændigheder i hovedsagen alle lå forud for ikrafttrædelsesdatoen for direktiv 2017/1132, var det det tidligere direktiv, der fandt anvendelse i sagen. Domstolen lagde tilsvarende overvejelser til grund i dommen i sagen Miravitlles Ciurana m.fl. [10]. Disse betragtninger kan give anledning til at tro, at direktiv 2017/1132 heller ikke finder anvendelse i hovedsagen.

38. Det skal imidlertid for det første bemærkes, at der i de to nævnte domme var tale om den ordning, der fandt anvendelse på begivenheder, der fandt sted forud for indgivelsen af stævningen [11]. I den foreliggende sag er der imidlertid tale om den ordning, der finder anvendelse på registreringen af en filial, og det er stadig de betingelser, der anvendes ved denne registrering, der i det væsentlige er genstand for hovedsagen. Under disse omstændigheder vil jeg, henset til den forelæggende rets og parternes samstemmende præciseringer med hensyn til den ordning, der i tysk ret finder anvendelse i appelsagen, undersøge det andet spørgsmål i lyset af direktiv 2017/1132.

39. For det andet er direktiv 2017/1132, som det fremgår af første betragtning hertil, en kodificering af selskabsretlige direktiver. Denne kodificering bevirkede bl.a., at artikel 2 i direktiv 89/666 blev erstattet af artikel 30 i direktiv 2017/1132, uden at dens indhold blev ændret. I artikel 166 i direktiv 2017/1132 præciseres det, at ophævelsen af direktiv 89/666 ikke berører medlemsstaternes forpligtelser med hensyn til gennemførelse af direktiver om selskabsret. Det fremgår endvidere af denne bestemmelse, at henvisninger til de ophævede direktiver gælder som henvisninger til direktiv 2017/1132.

40. Endelig og for det tredje ændres betragtningen om den tidsmæssige anvendelse af direktiv 2017/1132 på hovedsagen ikke af den omstændighed, at dette direktiv i mellemtiden har været genstand for flere ændringer, der blev indført ved direktiv 2019/1151, som parterne har henvist til med henblik på at fastlægge indholdet af den ordning, der gælder i henhold til direktiv 2017/1132. Den tyske regering har i denne forbindelse forklaret, at det i tysk ret ikke er muligt at anvende de ændringer af direktiv 2017/1132, der er foretaget ved direktiv (EU) 2019/1151 [12], på

8 – Jf. artikel 167 i direktiv 2017/1132.

9 – Jf. dom af 30.1.2020 (C-394/18, EU:C:2020:56, præmis 38).

10 – Jf. dom af 14.12.2017 (C-243/16, EU:C:2017:969, præmis 3 og 9).

11 – Dom af 30.1.2020, I.G.I. (C-394/18, EU:C:2020:56, præmis 38), vedrørte et omstødelsessøgsmål mod en spaltning, mens dom af 14.12.2017, Miravitlles Ciurana m.fl. (C-243/16, EU:C:2017:969, præmis 3 og 9), vedrørte et erstatningssøgsmål baseret på en fordring, der udspringer af et ansættelsesforhold.

12 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1151 af 20.6.2019 om ændring af direktiv (EU) 2017/1132, for så vidt angår brugen af digitale værktøjer og processer inden for selskabsret (EUT 2019, L 186, s. 80).

hovedsagen, da de relevante gennemførelsesfrister i sidstnævnte direktivs artikel 2 endnu ikke er udløbet. Jeg skal i øvrigt bemærke, at til forskel fra direktiv 2017/1132, som ikke berører medlemsstaternes forpligtelser med hensyn til gennemførelsen af tidligere direktiver, fastsætter direktiv 2019/1151 gennemførelsesdatoer for de ændringer, som det indfører.

41. Det skal derfor nu undersøges, om direktiv 2017/1132 finder materiel anvendelse på hovedsagen.

2. Det materielle anvendelsesområde

42. I henhold til artikel 1 i Rådets ellevte direktiv 2017/1132 fastsætter direktivet foranstaltninger vedrørende bl.a. offentlighedskravene til filialer oprettet i en medlemsstat af visse former for selskaber henhørende under en anden stats retsregler[13]. Bestemmelserne vedrørende disse foranstaltninger findes i afsnit I, kapitel III, afdeling 2, i dette direktiv med titlen »Regler om offentliggørelse for filialer af selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater«.

43. I denne forbindelse og i overensstemmelse med artikel 29, stk. 1, i direktiv 2017/1132 skal dokumenter og oplysninger vedrørende filialer, som er oprettet i en medlemsstat af et selskab med en af de i bilag II opførte selskabsformer, som er henhørende under en anden medlemsstats retsregler, offentliggøres i henhold til retsreglerne i den medlemsstat, hvor filialen er beliggende. Den forelæggende ret har anført, at appellanten som *private company limited by shares* er blandt de selskaber i Det Forenede Kongerige, der er omhandlet i bilag II til direktiv 2017/1132 (*companies incorporated with limited liability*). Som den forelæggende ret har anført i den foreliggende sag, er dokumenter og oplysninger vedrørende appellantens filial følgelig underlagt reglerne om offentliggørelse i direktivets afdeling 2, herunder dem, der er fastsat i direktivets artikel 30.

44. Imidlertid opstår spørgsmålet, om erklæringerne vedrørende de forpligtelser, der er fastsat i tysk ret, udgør dokumenter eller oplysninger, der er omfattet af den offentlighedsforpligtelse, der er fastsat i artikel 29 ff. i direktiv 2017/1132.

a) Parternes synspunkter

45. Appellanten har gjort gældende, at det følger af artikel 30, stk. 1, litra e), i direktiv 2017/1132, at udnævnelse, udtræden samt identitet for de personer, der er beføjede til at forpligte selskabet, skal offentliggøres ved registreringen af en filial i handelsregistret. Kommissionen har af denne bestemmelse udledt, at direktiv 2017/1132 udtømmende regulerer personoplysningerne om direktørerne. Denne fortolkning bekræftes af ottende betragtning til dette direktiv, hvorefter offentlighed bør gøre det muligt for tredjemand at gøre sig bekendt med bl.a. identiteten af de personer, som er beføjede til at forpligte selskabet.

46. Ifølge den tyske regering følger det derimod af artikel 30, stk. 1, litra e), i direktiv 2017/1132, fortolket modsætningsvis, at dette direktiv udelukkende vedrører udnævnelse, udtræden samt identitet for selskabets repræsentant. Ifølge den tyske regering vedrører forpligtelsen til at fremlægge en erklæring om, at direktøren er blevet behørigt underrettet om sin ubegrænsede

[13] – Det bemærkes, at i det mindste indtil udløbet af den overgangsperiode, der er fastsat i udtrædelsesaftalen, påvirker Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands udtræden af Unionen ikke anvendelsen af direktiv 2017/1132 for så vidt angår hovedsagen. Med henblik på anvendelsen af dette direktiv skal appellanten altid anses for et selskab i en anden medlemsstat.

oplysningspligt over for den registerførende ret, desuden den del af proceduren i forbindelse med selskabsregistret, der vedrører registreringen af en filial. Denne forpligtelse er fastsat ved en procedureregel.

47. Kommissionen har i denne forbindelse gjort gældende, at den erklæring, der skal afgives med hensyn til direktørens personlige egnethed, ikke udgør offentliggørelse af afgørende karakteristika ved en filial, men en administrativ og processuel betingelse i henhold til tysk selskabsret.

b) Bedømmelse

48. For at kunne komme med en hensigtsmæssig besvarelse på den første del af det andet præjudicielle spørgsmål skal det afgøres, om de i tysk ret pålagte forpligtelser udgør offentlighedsforpligtelser som omhandlet i artikel 30 i direktiv 2017/1132 eller – som den tyske regering og Kommissionen i det væsentlige har gjort gældende – betingelser for stiftelse eller registrering af et selskab eller en filial af selskabet.

49. I denne sammenhæng kan der udledes nyttige oplysninger af Inspire Art-dommen [14].

50. Det fremgår for det første af denne dom, at en national bestemmelse, hvorefter den eneste selskabsdeltagers bopæl skal angives i værtslandets handelsregister, henhører under artikel 2 i direktiv 89/666 og derfor er omfattet af artikel 30 i direktiv 2017/1132. Domstolen fastslog nemlig i denne dom, at artikel 2 i direktiv 89/666 er til hinder for en national lovgivning, der pålægger en filial af et selskab, som er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning, offentlighedsforpligtelser, der ikke fremgår af direktiv 89/666 [15]. Men for at direktiv 89/666 kan være til hinder for en sådan forpligtelse, skal denne henhøre under direktivets materielle anvendelsesområde.

51. Artikel 2, stk. 1, litra e), i direktiv 89/666 bestemte nemlig – således som det nu er fastsat i artikel 30, stk. 1, litra e), i direktiv 2017/1132 – at offentlighedsforpligtelsen omfattede dokumenter og oplysninger vedrørende udnævnelse, udtræden samt *identitet* for de personer, der er beføjede til at forpligte selskabet over for tredjemand og til at repræsentere det under retssager. I denne forbindelse fremgår det af 8. og 16. betragtning til direktiv 2017/1132, at offentlighedsforpligtelsen har til formål at beskytte tredjemænd, som gennem en filial kommer i kontakt med et selskab. Kendskab til selskabets repræsentants bopæl er i princippet ikke relevant for beskyttelsen af tredjemand. Under disse omstændigheder gør offentlighed vedrørende en repræsentants bopæl, selv om den vedrører repræsentanten og, idet der er tale om en offentlighedsforpligtelse, henhører under direktiv 89/666 og 2017/1132, det ikke som sådan muligt at identificere denne repræsentant. Denne offentlighed kan derfor ikke sidestilles med offentlighed om »*identiteten*« i disse direktivers forstand.

52. For det andet fremgår det af Inspire Art-dommen [16], at direktiv 89/666 derimod ikke fandt anvendelse på nationale bestemmelser, hvorefter oprettelsen af en filial i en værtsmedlemsstat er underlagt visse regler, som i denne medlemsstat er fastsat for stiftelse af et selskab. Det samme må gælde for direktiv 2017/1132.

[14] – Dom af 30.9.2003 (C-167/01, EU:C:2003:512).

[15] – Dom af 30.9.2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, præmis 65 og 73).

[16] – Dom af 30.9.2003 (C-167/01, EU:C:2003:512, præmis 65, 73, 101 og 105).

53. Hvis man overfører den lære, der kan udledes af Inspire Art-dommen [17], til den foreliggende sag, er det tvivlsomt, om en forpligtelse til at afgive erklæring om omstændigheder, der kan medføre, at en repræsentant for et selskab frakendes retten til at være ledelsesmedlem, kan sidestilles med en offentlighedsforpligtelse. Det fremgår således af GmbHG's § 6, stk. 2, at denne erklæring vedrører omstændigheder, som navnlig ved stiftelsen af et selskab i Tyskland først og fremmest afgør den personlige formåen til at være registreret som direktør. Hvad desuden angår garantien for, at en notar, en repræsentant for et tilsvarende juridisk rådgivende erhverv eller en konsulær embedsmand har underrettet direktøren om dennes ubegrænsede oplysningspligt over for retten, har den forelæggende ret anført, at der uden denne erklæring »ikke sker nogen registrering i handelsregistret«. Under visse omstændigheder er afgivelsen af denne erklæring ligeledes en betingelse for muligheden for at pålægge en direktør strafferetlige sanktioner. Den omstændighed, at en direktør forpligtes til at afgive disse to erklæringer, kan således ikke sammenlignes med, at oprettelsen af en filial i en værtsmedlemsstat underlægges en offentlighedsforpligtelse, men med den omstændighed, at den er underlagt visse regler, der er fastsat i denne medlemsstat for stiftelsen af et selskab.

54. Den omstændighed, at erklæringer vedrørende forhold relateret til den personlige formåen, på forhånd falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 2017/1132, underbygges i øvrigt ligeledes af direktiv 2019/1151.

55. Som den tyske regering har anført, indførte direktiv 2019/1151 bestemmelser i direktiv 2017/1132 om »ledelsesmedlemmer, frakendt retten til at være ledelsesmedlem«. Kommissionen har for sin del navnlig henvist til artikel 13i, stk. 2, i direktiv 2017/1132, som ændret ved direktiv 2019/1151, der bestemmer, at »[m]edlemsstaterne kan kræve, at personer, der ansøger om en stilling i ledelsen, skal afgive en erklæring om, hvorvidt de er bekendt med forhold, der kan føre til frakendelse af retten til at være ledelsesmedlem i den berørte medlemsstat«, og at »[m]edlemsstaterne kan afvise udnævnelsen af en person som ledelsesmedlem af et selskab, hvis vedkommende på det aktuelle tidspunkt er frakendt retten til at være ledelsesmedlem i en anden medlemsstat«.

56. I denne sammenhæng er den eneste ændring, der ved direktiv 2019/1151 er foretaget af artikel 1 i direktiv 2017/1132, som definerer direktivets formål [18], indsættelsen af sætningen om, at direktivet ligeledes fastsætter foranstaltninger, der vedrører »regler om onlineoprettelse af selskaber, onlineregistrering af filialer og om selskabers og filialers onlineindberetning af dokumenter og oplysninger«. Det kan således udledes heraf, at nationale bestemmelser om erklæringer fra ansøgere til hvervet som direktør for så vidt angår hindringer for udnævnelse af direktører i selskaber som omhandlet i artikel 13i i direktiv 2017/1132, som ændret ved direktiv 2019/1151, for EU-lovgiver udgør regler om stiftelse af selskaber eller registrering af filialer. Ifølge EU-lovgiver vedrører sådanne bestemmelser derimod ikke, for at gentage ordlyden af artikel 1 i direktiv 2017/1132 i den oprindelige affattelse, »offentlighedskravene til filialer oprettet i en medlemsstat af visse former for selskaber henhørende under en anden stats retsregler«.

57. Det må derfor fastslås, at de forpligtelser, der er omhandlet i det andet præjudicielle spørgsmål, ikke er omfattet af det materielle anvendelsesområde for direktiv 2017/1132. Henset til betragtningerne i punkt 27 i dette forslag til afgørelse skal det nu undersøges, om disse forpligtelser er i overensstemmelse med artikel 49 TEUF og 54 TEUF.

[17] – Dom af 30.9.2003 (C-167/01, EU:C:2003:512).

[18] – Jf. punkt 42 i dette forslag til afgørelse.

C. Den nationale lovgivning med hensyn til etableringsfriheden

58. Den forelæggende ret er selv af den opfattelse, at de forpligtelser, der i henhold til tysk ret pålægges direktøren for et selskab i en anden medlemsstat, der ønsker at oprette en filial i en anden medlemsstat, udgør en begrænsning af etableringsfriheden.

59. Som den forelæggende ret har anført, skal nationale foranstaltninger, der kan genere udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre attraktiv, opfylde fire strenge betingelser for at være berettigede. Disse foranstaltninger skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende almene hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet [19].

60. Den forelæggende ret har forklaret, at ifølge den tyske lovgiver er forpligtelserne vedrørende de erklæringer, der er omhandlet i det andet præjudicielle spørgsmål, begrundet i et tvingende hensyn til at beskytte en fair samhandel mod uegnede repræsentanter for et selskab. Formålet er at forhindre, at personer, der er uegnede i henhold til tysk ret, lader en filial registrere i Tyskland som repræsentanter for et udenlandsk selskab og således omgår de hindringer for at blive udnævnt til direktør for selskaber, der er gældende i denne medlemsstat. Den forelæggende ret har anført, at disse forpligtelser efter dens opfattelse er begrundet i tvingende almene hensyn, nemlig beskyttelse af kreditorer og fair samhandel mod uegnede repræsentanter for et selskab.

61. Den forelæggende ret er imidlertid af den opfattelse, at de omhandlede forpligtelser går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet, idet direktørerne for det udenlandske selskab dermed underkastes en erklæringspligt, som endda er sanktionsbelagt. Det kan imidlertid ikke kræves af udenlandske direktører, at de har indgående kendskab til den nationale ret, der finder anvendelse på hindringerne for deres udnævnelse.

62. Desuden har sådanne krav kun til formål på forhånd at sikre, at hindringer for udnævnelse, der følger af tysk ret, ikke omgås ved oprettelse af en filial. Der er således tale om at forhindre misbrug af etableringsfriheden og svig begået af repræsentanter for selskabet, som er uegnede i forhold til denne ret. I lyset af Centros-dommen [20] kan dette imidlertid ikke begrunde en afvisning af at registrere filialen.

1. Parternes synspunkter

63. Alle parter, herunder appellanten, har medgivet, at de forpligtelser, der er omhandlet i det andet præjudicielle spørgsmål, i forhold til artikel 49 TEUF og 54 TEUF udgør en begrænsning af etableringsfriheden, såfremt disse forpligtelser ikke er omfattet af direktiv 2017/1132.

64. Appellanten har tilsluttet sig den forelæggende rets synspunkt og er af den opfattelse, at der i den foreliggende sag er tale om en begrænsning af etableringsfriheden, der går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet. Kommissionen har i denne forbindelse gjort gældende, at de pågældende erklæringer kræves, selv om direktøren allerede er blevet udpeget som direktør for et selskab i en anden medlemsstat. Direktøren skal således for anden gang fremlægge erklæringer

[19] – Dom af 30.9.2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, præmis 133).

[20] – Dom af 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, præmis 38).

vedrørende sin egnethed som direktør. Dette er ifølge Kommissionen i strid med proportionalitetsprincippet, som bl.a. har til formål at undgå, at formaliteterne overlapper, dvs. at man på ny skal opfylde formaliteter, der allerede er opfyldt i en anden medlemsstat.

65. Den tyske regering har derimod gjort gældende, at artikel 49 TEUF og 54 TEUF ikke er til hinder for den omhandlede forpligtelse, som er begrundet i et tvingende alment hensyn, nemlig hensynet til at beskytte fair samhandel. Den omhandlede forpligtelse er nemlig ikke udtryk for forskelsbehandling, men den gør det muligt at opnå det forfulgte formål på passende vis og er forholdsmæssig. Den registerførende tyske rets egne undersøgelser vedrørende eventuelle grunde til manglende egnethed sikrer ikke i samme udstrækning opfyldelsen af dette formål. En sådan undersøgelse er kun mulig, når der foreligger et eksisterende system for automatisk udveksling af oplysninger mellem medlemsstaternes registre, hvilket system først blev fastlagt ved artikel 13i i direktiv 2017/1132, der blev indført ved direktiv 2019/1151. Forpligtelsen til at afgive erklæring som omhandlet i GmbHG's § 8 er i øvrigt tilstrækkelig, eftersom den har til formål på forhånd at sikre, at de nationale grunde til uegnethed ikke omgås ved oprettelse af filialer af selskaber, der er etableret i en anden medlemsstat.

2. Bedømmelse

a) Anvendelse af hindringer for udnævnelse af direktører på filialer af selskaber med hjemsted i andre medlemsstater

66. Det bemærkes indledningsvis, at de forpligtelser, der er omhandlet i det andet præjudicielle spørgsmål, finder forebyggende og generel anvendelse på selskaber, der allerede er etableret i overensstemmelse med lovgivningen i en anden medlemsstat, og på sådanne selskabers direktører, selv om disse er registreret som direktører for disse selskaber i deres etableringsmedlemsstat. Anvendelsen af disse forpligtelser på direktører for selskaber med hjemsted i andre medlemsstater hviler således på den forudsætning, at de hindringer for udnævnelse af direktører for selskaber, der er fastsat i tysk ret, finder anvendelse på disse direktører [21].

67. Henset til de betragtninger, der er anført i punkt 56 i dette forslag til afgørelse, vedrører sådanne hindringer betingelserne for stiftelse af selskaber eller eventuelt registrering af deres filialer.

68. De i artikel 54 TEUF omhandlede selskaber har ret til at udøve virksomhed i en anden medlemsstat, bl.a. gennem en filial, idet deres vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed, som det er tilfældet med fysiske personers nationalitet, tjener til at fastlægge deres tilknytning til en medlemsstats retssystem [22]. Etableringsfriheden for disse selskaber omfatter bl.a. stiftelse og ledelse af disse selskaber på de vilkår, som i etableringsmedlemsstatens lovgivning er fastsat for landets egne selskaber. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at

[21] – På denne baggrund har Kommissionen som svar på Domstolens spørgsmål anført, at de forpligtelser, der er omhandlet i det andet præjudicielle spørgsmål, bevirker, at tysk ret vedrørende frakendelse af retten til at være ledelsesmedlem i selskaber, der er registreret i andre medlemsstater, og som ønsker at åbne en filial i Tyskland, finder anvendelse. Desuden har den tyske regering under henvisning til de dokumenter, der blev fremlagt under lovgivningsproceduren, anført, at »det eneste formål her er at forhindre, at personer, der ville være uegnede i henhold til tysk ret – f.eks. som ikke kan blive direktører for et anpartsselskab – får registreret en filial i Tyskland som repræsentanter for et udenlandsk selskab«.

[22] – Jf. dom af 30.9.2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis).

anvendelsen af de hindringer for udnævnelse af direktører for selskaber, der er fastsat i tysk ret, ikke synes at hvile på den betragtning, at placeringen af en filial i Tyskland indebærer, at et selskab fuldt ud er underlagt denne medlemsstats retsorden [23].

69. Under disse omstændigheder er det ganske vist korrekt, at det forhold, at registreringen af en filial underlægges yderligere betingelser, der fastlægger disse hindringer i lovgivningen i en anden medlemsstat end den, hvori selskabet er etableret, og som dette selskab er knyttet til, ikke er ensbetydende med, at denne etableringsfrihed nægtes [24]. Denne omstændighed gør det imidlertid i det mindste vanskeligere at foretage en registrering og udgør derfor en begrænsning af etableringsfriheden [25].

70. Det er ligeledes korrekt, at de omhandlede betingelser ikke vedrører selskabet selv, men direkte den personlige egnethed hos et selskabs direktør. Den manglende overholdelse af de nævnte betingelser medfører imidlertid, at registreringen af selskabets filial nægtes. Det må derfor antages, at hindringerne for at udnævne direktører i henhold til tysk ret ikke finder anvendelse i forbindelse med selskabers virksomhed som sådan, men derimod vedrører stiftelsen af et selskab eller dets senere etablering i en anden medlemsstat [26].

71. I Segers-dommen [27] fastslog Domstolen desuden, at forskelsbehandling af en direktør med hensyn til social beskyttelse afhængig af placeringen af hjemstedet for det selskab, han er direktør for, indirekte begrænser friheden for selskaber fra en anden medlemsstat til via et agentur, en filial eller et datterselskab at etablere sig i den pågældende medlemsstat. Anvendelsen af de supplerende betingelser, der skaber hindringer for udnævnelse af direktører for selskaber, anses også som begrænsninger af denne frihed.

72. I denne forbindelse kan en medlemsstat, hvor en filial ønskes registreret, træffe foranstaltninger for at hindre, at visse af dens statsborgere gennem misbrug af de ved traktaten indrømmede muligheder søger at unddrage sig dens nationale lovgivning [28]. Det skal derfor afgøres, om anvendelsen af hindringer for udnævnelse af direktører for selskaber, der er i kraft i en sådan medlemsstat, for så vidt angår filialer af selskaber med hjemsted i andre medlemsstater kan begrundes i dette formål.

[23] – Den forelæggende ret har anført, at de forpligtelser, der er omhandlet i det andet præjudicielle spørgsmål, også finder anvendelse på »udenlandske selskaber, som stiftes i udlandet med udenlandsk ledelsespersonale og også har en faktisk hovedafdeling dér«. Jf. vedrørende denne problematik L. Avout: »L'entreprise et les conflits internationaux de lois«, *Recueil des cours de l'Académie de La Haag*, 2019, bind 397, s. 264.

[24] – Jf. modsætningsvis vedrørende en medlemsstats ret til, når et selskab, der er forskriftsmæssigt stiftet i en anden medlemsstat, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, anses for at have flyttet sit faktiske hjemsted til denne første medlemsstat, at nægte dette selskab retsevne, dom af 5.11.2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632, præmis 93). Jf. ligeledes analogt mit forslag til afgørelse McCarthy m.fl. (C-202/13, EU:C:2014:345, punkt 138 og 139).

[25] – Jf. i denne retning for så vidt angår anvendelsen af hindringer for udnævnelse i filialer af selskaber med hjemsted i en anden medlemsstat W.F. Ebke, »The »Real Seat« Doctrine in the Conflict of Corporate Laws«, *The International Lawyer*, 2002, bind 36, s. 1031, fodnote 112, C. Gerner-Beuerle, F. Mucciarelli, E. Schuster, M. Siems, »Study on the Law Applicable to Companies. Final Report«, Den Europæiske Unions Publikationskontor, 2016, Luxembourg, s. 139, K.E. Sørensen, »Branches of Companies in the EU: Balancing the Eleventh Company Law Directive, National Company Law and the Right of Establishment«, *European Company and Financial Law Review*, 2014, bind 11(1), s. 83, samt T. Tridimas, »Abuse of Rights in the EU Law: Some Reflections with Particular Reference to Financial Law«, i R. de la Feria, S. Vogenauer (red.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law*? Oxford – Portland, Hart Publishing, 2011, s. 178.

[26] – Jf. modsætningsvis dom af 10.12.2015, Kornhaas (C-594/14, EU:C:2015:806, præmis 28). I denne dom fastslog Domstolen, at anvendelsen af en national bestemmelse, som på ingen måde vedrørte stiftelsen af et selskab i en given medlemsstat eller dets senere etablering i en anden medlemsstat, men som derimod fandt anvendelse i forbindelse med dette selskabs virksomhed, ikke vil berøre etableringsfriheden.

[27] – Dom af 10.7.1986 (79/85, EU:C:1986:308, præmis 15).

[28] – Jf. i denne retning dom af 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 39).

b) Bekæmpelse af misbrug af etableringsfriheden

73. Det fremgår af Domstolens praksis, at begrebet »misbrug af rettigheder« er et selvstændigt EU-retligt begreb, hvorefter »konstateringen af, at der er tale om misbrug, nødvendiggør dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som [EU-bestemmelserne] forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt. Der kræves dels et subjektivt element, der består i ønsket om at drage fordel af [EU-bestemmelserne] ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel« [29].

74. I forbindelse med hensyntagen til de formål, der forfølges med de EU-retlige bestemmelser, som en borger ikke kan påberåbe sig som følge af misbrug eller svigagtig adfærd, synes Domstolen i Centros-dommen [30] at foretage en sondring i de nationale bestemmelser, som de pågældende har forsøgt at undgå anvendelsen af, mellem på den ene side reglerne om stiftelse af selskaber og på den anden side reglerne om udøvelse af bestemte former for erhvervsmæssig virksomhed. Domstolen fandt i denne forbindelse, at de omhandlede nationale bestemmelser fuldt ud henhørte under denne første kategori, og at anvendelsen af dem under de foreliggende omstændigheder ikke var begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug af etableringsfriheden. Heraf har retslitteraturen udledt, at det kan være lettere at påberåbe sig misbrug i tilfælde, hvor hensigten er at undgå anvendelsen af reglerne om udøvelse af visse former for erhvervsvirksomhed [31].

75. De hindringer for udnævnelse af direktører for selskaber, der er fastsat i tysk ret, finder imidlertid anvendelse på enhver erhvervsmæssig virksomhed, der udøves gennem en filial, og knytter sig i lyset af udviklingen i medfør af direktiv 2019/1151 til betingelserne vedrørende stiftelse af selskaber eller registrering af filialer [32].

76. Det fremgår i øvrigt af retspraksis, at det ikke systematisk og generelt kan antages, at der foreligger misbrug eller svigagtig adfærd. Nægtelse af at kunne drage fordel af etableringsfriheden på grund af misbrug eller svigagtig adfærd skal således vurderes i hvert enkelt tilfælde [33].

77. I denne sammenhæng er der intet, hverken objektivt eller subjektivt, der gør det muligt at antage, at den omstændighed, at der anmodes om registrering af en filial i handelsregistret i hovedsagen, udgør misbrug eller svigagtig adfærd. Den forelæggende ret har endvidere anført, at det ikke er sikkert, at der foreligger hindringer for udnævnelsen af direktøren i det foreliggende tilfælde i henhold til tysk ret, og der er intet, der tyder på, at der findes et sådant forbud. Den forebyggende og generelle anvendelse af hindringerne for udnævnelse af direktører for selskaber i henhold til tysk ret og af de forpligtelser, der er omhandlet i det andet præjudicielle spørgsmål med henblik på bekæmpelse af misbrug af etableringsfriheden, synes således at hvile på den forudsætning, at enhver registrering af en filial i Tyskland foretages for at undgå sådanne

[29] – Jf. dom af 14.12.2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, præmis 52 og 53).

[30] – Jf. dom af 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

[31] – Jf. i denne retning K.E. Sørensen, »The fight against letterbox companies in the internal market«, *Common Market Law Review*, 2015, bind. 25(1), s. 92, og F. Munari, P. Terrile, »The Centros case and the rise of an EC market for corporate law«, i G. Ferrarini, K.J. Hopt, E. Wymeersch (red.), *Capitalmarket in the Age of the Euro: Cross-Border Transactions, Listed Companies and Regulation*, Kluwer Law International, La Haye, Londres, New York, 2002, s. 47.

[32] – Jf. punkt 56 i dette forslag til afgørelse.

[33] – Jf. i denne retning dom af 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, præmis 25). Jf. ligeledes T. Tridimas »Abuse of Rights in the EU Law: Some Reflections with Particular Reference to Financial Law«, i R. de la Feria, S. Vogenauer (red.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law*?, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2011, s. 178.

hindringer. I lyset af de betragtninger, der er anført i ovenstående punkt, kan hverken anvendelsen af disse betingelser eller anvendelsen af disse forpligtelser anses for at være i overensstemmelse med artikel 49 TEUF og 54 TEUF i denne henseende.

78. For fuldstændighedens skyld har den tyske regering gjort gældende, at udviklingen i direktiv 2019/1151 for så vidt angår ledelsesmedlemmer, der er frakendt retten til at være ledelsesmedlem,[34] viser, at medlemsstaterne i henhold til dette direktiv fortsat selv kan definere den personlige egnethed, som kræves af en repræsentant for et selskab. Ifølge den tyske regering er der ingen grund til, at medlemsstaterne ikke kan anvende det instrument, som den forebyggende kontrol med misbrug udgør.

79. Denne redegørelse – som ikke finder anvendelse i hovedsagen – rejser imidlertid ikke tvivl om betragtningerne i de foregående punkter i dette forslag til afgørelse.

80. Det anføres ganske vist i 3. betragtning til direktiv 2019/1151, at direktivet har til formål at tilvejebringe de nødvendige sikkerhedsforanstaltninger mod misbrug og svig. I denne forbindelse giver 23. betragtning til dette direktiv medlemsstaterne mulighed for at afvise at udnævne en person til en stilling som direktør for et selskab af årsager, som ikke alene tager højde for denne persons tidligere adfærd på deres eget territorium – men hvor det fastsættes i henhold til national ret – også tager højde for oplysninger fra andre medlemsstater. I samme retning anføres det i 24. betragtning, at for at sikre at alle personer, som interagerer med selskaber eller filialer, er beskyttet, og for at forebygge svigagtig adfærd eller anden misbrug er det vigtigt, at medlemsstaternes kompetente myndigheder er i stand til at verificere, at personen, der skal udnævnes til ledelsesmedlem, ikke er frakendt retten til at være ledelsesmedlem.

81. Ifølge begrundelsen for forslaget til direktiv 2019/1151[35] fastsætter artikel 13i i direktiv 2017/1132, som ændret ved dette første direktiv, en retlig ramme, der gør det muligt for medlemsstaterne at anmode de øvrige medlemsstater om oplysninger vedrørende ledelsesmedlemmer, der er frakendt retten til at være ledelsesmedlem. Ifølge denne bestemmelse kan medlemsstaterne hos andre medlemsstater efterprøve, om en person, der skal registreres som direktør for et selskab, har fortabt retten til at udøve dette hverv i en anden medlemsstat i henhold til denne anden medlemsstats nationale lovgivning.

82. Direktiv 2019/1151 hviler imidlertid på den forudsætning, at inden for denne retlige ramme kan den systematiske og generelle forebyggelse af misbrug eller svigagtig adfærd, der består i at stifte et selskab i en anden medlemsstat med henblik på at undgå et forbud mod at udøve hvervet som direktør, gennemføres i den medlemsstat, hvor selskabet er etableret. Det er i denne sammenhæng, at en medlemsstat i henhold til artikel 13i, stk. 2, andet punktum, i direktiv 2017/1132, som ændret ved direktiv 2019/1151, kan nægte at udnævne en person til hvervet som direktør for et selskab, hvis denne person er frakendt retten til at udøve dette hverv i en anden medlemsstat.

[34] – Ifølge artikel 13i i direktiv 2017/1132, som ændret ved direktiv 2019/1151, omfatter »ledelsesmedlemmer« som minimum de i det første direktivs artikel 14, litra d), nr. i), omhandlede personer, dvs. personer, der i deres egenskab af lovbestemt selskabsorgan eller som medlemmer af et sådant organ er beføjede til at forpligte selskabet over for tredjemand og til at repræsentere det under retssager. I denne henseende fremgår det af den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, at ifølge den af den forelæggende ret anvendte terminologi er en »direktør for selskabet« faktisk selskabets retlige repræsentant. Han kan derfor anses for at være det »administrative organ« i de nævnte bestemmelsers forstand.

[35] – Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af direktiv (EU) 2017/1132 for så vidt angår brugen af digitale værktøjer og processer inden for selskabsret, COM(2018) 239 final, s. 15.

83. Denne betragtning understøttes af en gennemgang af de øvrige bestemmelser, der blev indført ved direktiv 2019/1151.

84. Som Kommissionen har gjort gældende, fremgår det af artikel 13g, stk. 3, litra f), i direktiv 2017/1132, som ændret ved direktiv 2019/1151, at de regler for onlineoprettelse af selskaber, som medlemsstaterne skal fastsætte, bl.a. omfatter regler om »procedurer til verificering af udnævnelsen af ledelsesmedlemmer«. Direktivets artikel 28a indeholder tilsvarende bestemmelser om onlineregistrering af filialer. Opregningen i direktivets artikel 28a, stk. 3, af de områder, inden for hvilke medlemsstaterne skal fastsætte de pågældende regler, svarer i høj grad til listen i artikel 13g, men henviser imidlertid ikke til procedurer for verificering af ledelsesmedlemmer.

85. Det skal endvidere undersøges, om en begrænsning af etableringsfriheden, der følger af anvendelsen af hindringer fastsat i tysk ret for udnævnelse af direktører for selskaber, kan begrundes i andre hensyn, som både den forelæggende ret og den tyske regering har påberåbt sig, nemlig beskyttelsen af kreditorer og fair samhandel.

c) Beskyttelse af kreditorer og fair samhandel

86. Selv om beskyttelsen af kreditorer og fair samhandel udgør et tvingende alment hensyn [36], skal de foranstaltninger, der er begrundet i dette hensyn, ligeledes opfylde de kriterier om forbud mod forskelsbehandling, effektivitet og proportionalitet, der nævnes i punkt 59 i dette forslag til afgørelse.

87. For så vidt som hindringer i henhold til tysk ret for udnævnelse af direktører ligeledes finder anvendelse på selskaber med hjemsted i Tyskland, er der indledningsvis intet, der tyder på, at disse betingelser anvendes på en diskriminerende måde.

88. Hvad dernæst angår beskyttelsen af kreditorer og fair samhandel er det ganske vist korrekt, at den omstændighed, at en person, der lovligt er udpeget som direktør for et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, støder på hindringer for sin udnævnelse som omhandlet i GmbHG's § 6, stk. 2, andet punktum, nr. 2 og 3, og tredje punktum, ikke nødvendigvis indebærer, at denne person ikke har beføjelse til at forpligte selskabet over for tredjemand gennem en filial.

89. I tysk ret har hindringer for udnævnelse af direktører for selskaber imidlertid for det første form af et retsligt eller administrativt forbud mod at udøve et erhverv eller en aktivitet, der svarer til filialens virksomhed. Et sådant forbud er netop indført for at beskytte samhandelen. For det andet omfatter hindringerne for udnævnelse af direktører i selskaber domfældelse for visse forsætlige forbrydelser, nemlig i forbindelse med insolvens, falsk eller urigtig fremlæggelse af oplysninger om virksomhed samt svig. Kun sådanne domfældelser kan faktisk være omfattet af ønsket om at beskytte fair samhandel.

90. Hvad endelig angår deres forholdsmæssighed er det min opfattelse, at anvendelsen af hindringer i tysk ret for udnævnelse af direktører for selskaber ikke synes at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det formål, som forfølges med anvendelsen af disse hindringer. Selv om disse hindringer også finder anvendelse på personer, der allerede lovligt er registreret som direktører for selskaber i andre medlemsstater, er der, når sådanne hindringer ikke er

[36] – Jf. dom af 12.7.2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes i denne retning dom af 30.9.2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, præmis 140).

harmoniseret på EU-plan, intet grundlag for at antage, at enhver medlemsstat fastsætter lignende hindringer, således at anvendelsen af hindringer i tysk ret for udnævnelse af selskabers direktører fører til en overlapning af hindringer eller formaliteter. På tidspunktet for stiftelsen af et selskab er det i øvrigt ikke muligt at foregribe alle de afgørelser, som det vil træffe vedrørende registrering af dets filialer. Det er således ikke udelukket, at den medlemsstat, hvor et selskab har sit hjemsted, ikke er i stand til fuldt ud at sikre overholdelsen af forpligtelserne vedrørende udnævnelse, der gælder i værtsmedlemsstaten for selskabets filialer. Desuden gør anvendelsen af disse hindringer det muligt at sikre effektiviteten af de retslige og administrative forbud mod at udøve et erhverv eller en aktivitet på Unionens område.

91. Sammenfattende udgør den omstændighed, at registreringen af en filial underlægges supplerende betingelser, der er fastsat i lovgivningen i en anden medlemsstat end etableringsmedlemsstaten, og som opstiller hindringer for udnævnelse af direktører for selskaber, således som det er tilfældet med tysk ret, således en begrænsning af etableringsfriheden. Denne begrænsning kan imidlertid begrundes i hensynet til beskyttelse af kreditorer og fair samhandel.

92. Det skal nu undersøges, om det samme gælder for de forpligtelser, der er omhandlet i det andet præjudicielle spørgsmål. Den omstændighed, at anvendelsen af de hindringer for udnævnelse af direktører for selskaber, som følger af den nationale lovgivning, er forenelig med EU-retten, indebærer ikke, at det samme nødvendigvis gælder for enhver foranstaltning, der i henhold til denne lovgivning gør det muligt at efterprøve, om der foreligger sådanne hindringer.

d) Begrundelsen for de pågældende forpligtelser med henvisning til beskyttelse af kreditorer og fair samhandel

93. For så vidt som de forpligtelser, der er omhandlet i det andet præjudicielle spørgsmål, finder anvendelse på samme betingelser som de i tysk ret fastsatte hindringer for udnævnelse af direktører for selskaber, er der ikke grundlag for at antage, at disse forpligtelser anvendes på en måde, der er udtryk for forskelsbehandling.

94. Hvad angår forpligtelsens effektivitet med hensyn til at sikre, at der ikke foreligger sådanne hindringer, er effektiviteten af denne forpligtelse af hensyn til beskyttelse af kreditorer og fair samhandel anerkendt i direktiv 2019/1151. Artikel 13i, stk. 2, i direktiv 2017/1132, der blev indført ved direktiv 2019/1151, sammenholdt med 23. og 24. betragtning i dette direktiv, bestemmer, at for at sikre beskyttelsen af alle personer, der interagerer med selskaberne, kan medlemsstaterne kræve, at »personer, der ansøger om en stilling i ledelsen, skal afgive en erklæring om, hvorvidt de er bekendt med forhold, der kan føre til frakendelse af retten til at være ledelsesmedlem i den berørte medlemsstat«.

95. I mangel af et system til automatisk udveksling af oplysninger om hindringer for udnævnelse af selskabers direktører synes denne forpligtelse ikke at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet om at beskytte kreditorerne og fair samhandel, uden at de berørte personer pålægges en urimelig byrde. Desuden synes en filials kendskab til de overordnede præceptive bestemmelser i registreringsmedlemsstaten, der opstiller hindringer i forbindelse med fair samhandel, såsom dem, der er fastsat i tysk ret, ikke at kræve en usædvanlig indgående undersøgelse af denne ret.

96. Selv om forpligtelsen til at sikre, at der ikke foreligger hindringer for udnævnelse af selskabers direktører, er berettiget, forholder det sig anderledes med forpligtelsen til at give garanti for, at direktøren er blevet oplyst om sin ubegrænsede oplysningspligt over for den registerførende ret af en notar, en repræsentant for et tilsvarende juridisk rådgivende erhverv eller en konsulær embedsmand.

97. Der er således intet, der kan begrunde, at denne erklæring nødvendigvis skal afgives af en direktør og ikke kan afgives af den person, der har underrettet ham om forpligtelsen til at afgive alle oplysninger til den registerførende ret. Forpligtelsen til at afgive den nævnte erklæring følger i øvrigt snarere af reglerne i national ret om strafferetligt ansvar. I mangel af en sådan erklæring ville den pågældende have ret til ikke at informere om visse domfældelser, og de sanktioner, der er fastsat for urigtige oplysninger om disse domfældelser, ville ikke finde anvendelse i hans tilfælde. En medlemsstats interesse i at udvide rækkevidden af direktørernes strafferetlige ansvar til erklæringer om, at der foreligger hindringer for deres udnævnelse, kan imidlertid ikke nødvendigvis sidestilles med interessen i at beskytte kreditorerne. Det er tilstrækkeligt, at direktørerne ikke principielt er fritaget for at informere om disse domfældelser.

98. For fuldstændighedens skyld foregriber ovenstående betragtninger ikke, hvorvidt de strafferetlige sanktioner, som er knyttet til de i det andet præjudicielle spørgsmål omhandlede forpligtelser, er forenelige med EU-retten.

V. Forslag til afgørelse

99. På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det andet spørgsmål fra Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) således:

»1) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2017/1132 af 14. juni 2017 om visse aspekter af selskabsretten skal fortolkes således, at de forpligtelser, der i forbindelse med en anmodning om registrering af en filial af et selskab med begrænset ansvar, der har sit hjemsted i en anden medlemsstat, i handelsregistret pålægger selskabets direktør at afgive erklæring om, at der med hensyn til hans person ikke foreligger nogen hindring for udnævnelsen efter national ret i form af et domstols- eller myndighedsforbud mod at udøve en bestemt profession eller et bestemt erhverv, som stemmer helt eller delvis overens med selskabets genstand, eller i form af en retskraftig dom for bestemte strafbare handlinger, og at han er blevet oplyst om sin ubegrænsede oplysningspligt over for retten af en notar, en repræsentant for et tilsvarende juridisk rådgivende erhverv eller en konsulær embedsmand, udgør ikke en »offentlighedsforpligtelse« som omhandlet i dette direktivs artikel 30.

2) Artikel 49 TEUF og 54 TEUF er ikke til hinder for en national lovgivning, hvorefter selskabets direktør i forbindelse med en anmodning om registrering i handelsregistret af en filial af et selskab med begrænset ansvar med hjemsted i en anden medlemsstat skal afgive erklæring om, at der ikke foreligger sådanne hindringer for hans udnævnelse.

3) Artikel 49 TEUF og 54 TEUF er derimod til hinder for en national lovgivning, hvorefter selskabets direktør skal afgive erklæring om, at han er blevet oplyst om sin ubegrænsede oplysningspligt over for retten af en notar, en repræsentant for et tilsvarende juridisk rådgivende erhverv eller en konsulær embedsmand.«