Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 14 oktober 2020 [1]

Mål C-469/19

All in One Star Ltd

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Etableringsfrihet – Bolag med begränsat ansvar som önskar etablera en filial i en annan medlemsstat – Registrering i handelsregistret – Lagstiftning i värdmedlemsstaten enligt vilken aktiekapitalets storlek eller ett jämförbart kapitalbelopp ska uppges och den verkställande direktören ska lämna vissa upplysningar”

I. Inledning

1. De två tolkningsfrågor som Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) har ställt omfattas av EU-domstolens praxis om etableringen av en filial i en medlemsstat av ett bolag med säte i en annan medlemsstat och det handlingsutrymme som värdmedlemsstaten förfogar över vad gäller ett sådant driftställe. Frågorna ger således domstolen tillfälle att precisera bland annat målen Centros [2] och Inspire Art. [3]

2. På domstolens begäran kommer enbart den andra tolkningsfrågan att bedömas i detta förslag till avgörande. Den andra tolkningsfrågan avser skyldigheterna enligt tysk rätt för den verkställande direktören för ett bolag i en annan medlemsstat att avge en försäkran om att det inte finns något hinder för att förordna denne, och om att vederbörande har informerats av, bland annat, en notarie om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till den registerförande domstolen. I detta sammanhang vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida dessa skyldigheter är förenliga med unionsrätten.

1 Originalspråk: franska.

2 Dom av den 9 mars 1999 (C-212/97, EU:C:1999:126).

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

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

3. I artikel 29.1 i direktiv (EU) 2017/1132,[4] med rubriken ”Offentliggörande av handlingar och uppgifter som avser en filial”, i avdelning I, kapitel III, avsnitt 2, med rubriken ”Bestämmelser om offentlighet som gäller för filialer till bolag från andra medlemsstater”, föreskrivs följande:

”Handlingar och uppgifter som avser en filial vilken har öppnats i en medlemsstat av ett bolag i en bolagsform som anges i bilaga II, vilket lyder under lagstiftningen i en annan medlemsstat, ska i överensstämmelse med artikel 16 offentliggöras enligt lagstiftningen i den medlemsstat där filialen är belägen.”

4. Enligt bilaga II till direktiv 2017/1132 utgör, när det gäller Förenade kungariket, ”compan[y] incorporated with limited liability” en av de bolagsformer som avses i bland annat artikel 29.1 i direktivet.

5. I artikel 30 i direktiv 2017/1132, med rubriken ”Handlingar och uppgifter som ska offentliggöras”, föreskrivs följande:

”1. Skyldigheten att offentliggöra enligt artikel 29 ska endast avse följande handlingar och uppgifter:

a) Filialens adress.

b) Filialens verksamhet.

c) Det register i vilket bolagets akt har lagts upp som avses i artikel 16 med uppgift om bolagets nummer i registret.

d) Namn och rättslig form för bolaget samt namnet på filialen, om detta avviker från namnet på bolaget.

e) Tillsättande och entledigande samt personuppgifter i fråga om dem som är behöriga att företräda bolaget mot tredje man och i rättegång

   – …

f) – upplösning av bolaget, utseende av likvidatorer, personuppgifter om dem, uppgift om deras behörighet samt uppgift om likvidationens avslutande, i överensstämmelse med den offentlighet som gäller för bolaget enligt artikel 14 h, j och k,

   – insolvensförfaranden, ackord och liknande förfaranden som bolaget är föremål för.

g) Räkenskapshandlingar enligt artikel 31.

h) Nedläggning av filialen.

[4] Europaparlamentets och rådets direktiv av den 14 juni 2017 om vissa aspekter av bolagsrätt (EUT L 169, 2017, s. 46).

2. Den medlemsstat i vilken filialen har öppnats får föreskriva ett offentliggörande enligt artikel 29 av

…

b) stiftelseurkunden och, om den har tagits in i en särskild handling, bolagsordningen, allt enligt artikel 14 a, b och c, samt ändringar i dessa handlingar,

…”

B. Tysk rätt

1. Handelslagen

6. I 13e § i Handelsgesetzbuch (handelslagen) (nedan kallad HGB), med rubriken ”Filialer till kapitalbolag med säte i utlandet”, föreskrivs följande:

”(1) Följande bestämmelser är dessutom tillämpliga … på filialer till … bolag med begränsat ansvar för aktiebolag med säte i utlandet.

…

(3) … Vad gäller de rättsliga företrädarna för ett bolag, ska bestämmelserna … 6 § stycke 2 andra och tredje meningen i lagen om bolag med begränsat ansvar tillämpas på motsvarande sätt på filialen.

…”

7. I 13g § styckena 1–3 HGB, med rubriken ”Bolag med begränsat ansvar med säte i utlandet”, föreskrivs följande:

”(1) Följande bestämmelser är dessutom tillämpliga på filialer till bolag med begränsat ansvar med säte i utlandet.

(2) Till anmälan om registrering ska bifogas en bestyrkt kopia av bolagets stiftelseurkund och, om urkunden inte är avfattad på tyska, en bestyrkt översättning till tyska. 8 § stycke 1 led 2, 8 § stycke 3 och 8 § stycke 4 i lagen om bolag med begränsat ansvar är tillämpliga …

(3) Registreringen av filialens bildning ska också innehålla de uppgifter som avses i 10 § i lagen om bolag med begränsat ansvar …”

2. Lagen om bolag med begränsat ansvar

8. I 6 § stycke 2 i Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (lagen om bolag med begränsat ansvar) (RGBl. 1898, s. 846, i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet) (nedan kallad GmbHG), föreskrivs följande:

”Endast fysiska personer som har full rättshandlingsförmåga kan vara verkställande direktörer. Följande personer kan inte förordnas som verkställande direktörer:

2. De personer som genom ett domstolsavgörande eller ett verkställbart beslut som fattats av en förvaltningsmyndighet förbjuds att utöva all verksamhet inom ett visst yrke eller yrkesområde, inom ett visst hantverk eller hantverksområde, när föremålet för bolagets verksamhet helt eller delvis motsvarar förbudets föremål,

3. De personer som dömts för att ha begått ett eller flera av de uppsåtliga brott [som anges i 6 § stycke 2 andra meningen led 3 a–e GmbHG].

   Andra meningen led 3 ska tillämpas analogt vid fällande domar i utlandet för brott som är jämförbara med de brott som avses i andra meningen led 3.”

9. I 8 § stycke 3 GmbHG, med rubriken ”Innehållet i försäkran”, föreskrivs följande:

”I försäkran ska verkställande direktörer ange att det inte finns något hinder för deras förordnande i den mening som avses i 6 § stycke 2 andra meningen leden 2 och 3 samt tredje meningen och att de har informerats om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till domstolen. Upplysningarna i den mening som avses i 53 § stycke 2 i Bundeszentralregistergesetz (lagen om straffregistret och registret över ungdomsförseelser) får lämnas skriftligen. Upplysningarna får även lämnas av en notarie, en notarie som utsetts i utlandet, en företrädare för en jämförbar juridisk rådgivningsverksamhet eller en konsulär tjänsteman.”

10. Enligt 82 § stycke 1 led 5 GmbHG döms den som har lämnat oriktiga uppgifter till fängelse på upp till tre år eller till böter ”i egenskap av verkställande direktör för ett bolag med begränsat ansvar eller i egenskap av verkställande direktör för en utländsk juridisk person, i den försäkran som ska avges i enlighet med 8 § stycke 3 första meningen”.

3. Lagen om straffregistret och registret över ungdomsförseelser

11. I 53 § i Bundeszentralregistergesetz (lagen om straffregistret och registret över ungdomsförseelser) av den 21 september 1984 (BGBl. 1985 I, s. 195 och 1229), med rubriken ”Skyldighet att lämna upplysningar vid fällande domar”, i dess lydelse sedan den 29 juli 2017 (nedan kallad BZRG), föreskrivs följande:

”(1) Den dömde kan uppge att den inte är dömd och behöver inte avslöja de omständigheter som ligger till grund för den fällande domen, när den fällande domen

1. inte behöver anges i ett intyg om god sed eller endast ska anges i det intyg som avses i 32 § styckena 3 och 4, eller

2. ska gallras.

(2) När domstolar eller myndigheter har en obegränsad rätt att begära upplysningar kan de dömda som har informerats därom inte göra gällande någon rätt enligt stycke 1 led 1.”

III. Bakgrund, förfarandet vid domstolen och prövningsfrågorna

12. All in One Star Ltd är ett aktiebolag med begränsat ansvar (*private company limited by shares*) som år 2013 registrerades i handelsregistret vid Companies House i Cardiff (Förenade kungariket) med stadgeenligt säte i Great Bookham (Förenade kungariket).

13. År 2014 anmälde All in One Star registrering av en filial i handelsregistret vid Amtsgericht Frankfurt am Main (Distriktsdomstolen i Frankfurt am Main, Tyskland), i egenskap av registerförande domstol.

14. Genom interimistiskt avgörande meddelade den registerförande domstolen All in One Star att registreringen inte kunde utföras av bland annat följande skäl: Storleken på All in One Stars aktiekapital hade inte angetts. Bolagets verkställande direktör och enda aktieägare hade i sin anmälan visserligen försäkrat att inget av de hinder som nämns i 6 § stycke 2 andra meningen leden 2 och 3 samt tredje meningen i GmbHG förelåg som hindrade att han förordnades, men inte att han också hade informerats av en notarie, en företrädare för en jämförbar juridisk rådgivningsverksamhet eller en konsulär tjänsteman om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till domstolen. All in One Star överklagade detta avgörande.

15. Genom beslut av den 8 augusti 2017 ogillade Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Regionala överdomstolen i Frankfurt am Main, Tyskland) överklagandet från All in One Star avseende den registerförande domstolens anmärkningar.

16. All in One Star har då invänt mot beslutet genom ett överklagande till Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen). Bundesgerichtshof finner att utgången i det nationella målet beror på hur artikel 30 i direktiv 2017/1132 och artiklarna 49 och 54 FEUF ska tolkas.

17. Enligt den hänskjutande domstolen regleras registreringen i det tyska handelsregistret av filialer till utländska bolag i 13d § HGB. I egenskap av aktiebolag med begränsat ansvar (*private company limited by shares*) kan All in One Star likställas med ett tyskt bolag med begränsat ansvar (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), vilket innebär att de bestämmelser som tillämpas på denna bolagsform är analogt tillämpliga på registreringen av All in One Stars tyska filial.

18. För att en sådan filial ska registreras krävs enligt 13g § stycke 3 HGB, jämförd med 8 § stycke 3 GmbHG, att bolagets verkställande direktör, när denne anmäler en filial för registrering, avger en försäkran om att det inte finns något hinder enligt 6 § stycke 2 andra meningen leden 2 och 3 samt tredje meningen GmbHG för att förordna denna person. Enligt 13g § stycke 2 andra meningen HGB, jämförd med 8 § stycke 3 GmbHG, ska den verkställande direktören även avge en försäkran om att vederbörande har informerats av en notarie, en företrädare för en jämförbar juridisk rådgivningsverksamhet eller en konsulär tjänsteman om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till domstolen.

19. Den hänskjutande domstolen har förklarat att skyldigheten att avge en sådan försäkran syftar till att underlätta förfarandet med anmälan och kontroll av den registerförande domstolen. Den hänskjutande domstolen har tillagt att den registerförande domstolen i princip har en obegränsad rätt att begära upplysningar. I 53 § stycke 2 BZRG anges även kravet på att

vederbörande ska ha informerats om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till domstolen. Om vederbörande inte har informerats därom, har denne rätt att förklara sig fri från straff i vissa situationer. Skyldigheten enligt tysk rätt påverkar däremot inte på något sätt själva den organiska ställning som den verkställande direktören har enligt den utländska bolagsrätt som denne omfattas av, men utgör hinder för att den verkställande direktören, i egenskap av organ i detta bolag, anmäler en filial för registrering i Tyskland.

20. Ombudet för All in One Star uppgav dessutom under förfarandet om överklagande att denne, i enlighet med 8 § stycke 3 GmbHG, hade informerat den verkställande direktören för All in One Star om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till den registerförande domstolen innan han anmälde filialen för registrering. Den hänskjutande domstolen har emellertid angett att försäkran ska avges personligen av den verkställande direktören och dokumenteras i en bestyrkt handling.

21. Den hänskjutande domstolen har i det avseendet funnit att, om skyldigheten att avge en försäkran enligt 13g § stycke 2 andra meningen HGB jämförd med 8 § stycke 3 GmbHG omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2017/1132, strider den mot direktivet. Den hänskjutande domstolen har påpekat att den tyska lagstiftaren, när den antog dessa nationella bestämmelser, ansåg att bestämmelserna inte omfattades av tillämpningsområdet för då gällande direktiv 89/666/EEG. [5]

22. Om denna skyldighet att avge en försäkran inte omfattas av direktiv 2017/1132 uppkommer frågan om huruvida den är förenlig med primärrätten och, närmare bestämt, med den etableringsfrihet som garanteras genom artiklarna 49 och 54 FEUF. Den hänskjutande domstolen ställer sig framför allt tveksam till huruvida denna skyldighet inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet. För det första ska det beaktas att också samtliga utländska bolag som bildas utomlands med utländsk ledningspersonal omfattas av denna skyldighet. Det kan inte förutsättas att dessa bolag har ingående kunskaper om det tyska rättsläget beträffande hinder för tillsättning av bolags verkställande direktörer. Det torde således vara svårt för utländska verkställande direktörer att faktiskt avge en sanningsenlig försäkran. För det andra syftar skyldigheten, i avsaknad av konkreta uppgifter som talar mot en persons lämplighet att vara verkställande direktör, endast till att förhindra att bolagets företrädare som inte är lämpade enligt nationell rätt gör sig skyldiga till missbruk av etableringsfriheten och bedrägerier.

23. Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1. Utgör artikel 30 i direktiv 2017/1132 hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken aktiekapitalets storlek eller ett jämförbart kapitalvärde ska anges vid registrering i handelsregistret av en filial till ett bolag med begränsat ansvar med säte i en annan medlemsstat?

2. a) Utgör artikel 30 i direktiv 2017/1132 hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken bolagets verkställande direktör, när filialen till ett bolag med begränsat ansvar med säte i en annan medlemsstat anmäls för registrering i handelsregistret, måste avge en försäkran om att det inte finns något hinder för förordnande av denne enligt nationell rätt i form av yrkes- eller näringsförbud som utfärdats av en domstol eller en myndighet, vilket helt eller

[5] Rådets elfte direktiv av den 21 december 1989 om krav på offentlighet i filialer som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan stat (EGT L 395, 1989, s. 36).

delvis avser föremålet för bolagets verksamhet, eller i form av en lagakraftvunnen dom på grund av vissa brott, och om att vederbörande har informerats av en notarie, en företrädare för en jämförbar juridisk rådgivningsverksamhet eller en konsulär tjänsteman om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till domstolen?

b) Om fråga 2 a besvaras nekande:

Utgör artiklarna 49 och 54 FEUF hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken ett bolags verkställande direktör måste avge en sådan försäkran när en filial till ett bolag med begränsat ansvar med säte i en annan medlemsstat anmäls för registrering i handelsregistret?”

24. Skriftliga yttranden har getts in av All in One Star, den tyska regeringen och Europeiska kommissionen. Dessa har även skriftligen besvarat domstolens frågor, eftersom domstolen har beslutat att avgöra målet utan muntlig förhandling.

IV. Prövning av den andra tolkningsfrågan

25. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida artikel 30 i direktiv 2017/1132 eller artiklarna 49 och 54 FEUF utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken en person som önskar bli registrerad som verkställande direktör för en filial, när filialen till ett bolag med begränsat ansvar med säte i en annan medlemsstat anmäls för registrering i handelsregistret, måste avge en försäkran om att det inte finns något hinder för förordnande av denne som verkställande direktör enligt nationell rätt och om att vederbörande har informerats av en notarie, en företrädare för en jämförbar juridisk rådgivningsverksamhet eller en konsulär tjänsteman om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till den registerförande domstolen.

26. Tolkningsfrågan består av två delar. Den första delen avser bedömningen av de skyldigheter som följer av tysk rätt mot bakgrund av direktiv 2017/1132 och den andra delen en bedömning av dessa skyldigheter mot bakgrund av artiklarna 49 och 54 FEUF.

27. Med hänsyn till hur begäran om förhandsavgörande har formulerats kan det utläsas att den andra frågans andra del endast uppkommer om den första delen av frågan besvaras nekande. Det framgår av skälen till denna begäran att den andra delen ställs för det fall dessa skyldigheter inte omfattas av direktiv 2017/1132. De nationella bestämmelser som reglerar frågor som omfattas av ett direktivs tillämpningsområde ska nämligen prövas mot bakgrund av direktivet, medan de bestämmelser som avser frågor som inte omfattas av direktivet ska prövas mot bakgrund av primärrätten. [6]

28. Mot bakgrund av det ovan anförda ska jag, efter att först ha prövat huruvida den andra tolkningsfrågan (avsnitt A) kan tas upp till prövning, pröva de två delarna av denna fråga i den ordning som den hänskjutande domstolen har fastställt (avsnitten B och C).

[6] Se dom av den 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, punkt 73).

A. Upptagande till prövning

29. Även om parterna inte har ifrågasatt att tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning, anser jag att det är lämpligt att pröva denna aspekt med avseende på den andra tolkningsfrågan.

30. Av dess formulering kan slutsatsen dras att den andra frågan avser två skyldigheter – och att två försäkringar ska avges för att fullgöra dessa skyldigheter – som är tillämpliga när ett bolag i en medlemsstat önskar etablera en filial i en annan medlemsstat. Den första skyldigheten består i att försäkran måste avges om att det enligt tysk rätt inte finns något hinder för att bolagets verkställande direktör förordnas och, för det andra, att försäkran måste avges om att en notarie, en företrädare för en jämförbar juridisk rådgivningsverksamhet eller en konsulär tjänsteman har informerat den verkställande direktören om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar om sådana hinder till den registerförande domstolen.

31. Det framgår av skälen till begäran om förhandsavgörande att den verkställande direktören för All in One Star, i sin anmälan om registrering av filialen, försäkrade att det inte förelåg något rättsligt hinder för hans förordnande. Han avgav däremot inte någon försäkran om att han hade informerats om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till den registerförande domstolen.

32. Frågan om huruvida den andra frågan kan tas upp till prövning kan således föranleda tvivel vad avser den första skyldigheten. Utan att tolka den nationella rätten är det emellertid inte möjligt att avgöra huruvida det, utan försäkran om den andra skyldigheten, kan anses att den första skyldigheten har fullgjorts på ett korrekt sätt i det nationella målet.

33. Enligt domstolens praxis ankommer det uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken tvisten anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl nödvändigheten som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen.[7] Under dessa omständigheter föreslår jag att den andra frågan tas upp till prövning.

B. Den nationella lagstiftningen mot bakgrund av direktiv 2017/1132

34. Den hänskjutande domstolen har ställt den första delen av den andra frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 2017/1132 utgör hinder för två skyldigheter som är tillämpliga när ett bolag i en medlemsstat försöker etablera en filial i Tyskland. Som jag har förklarat i punkt 27 i detta förslag till avgörande ska det, för att bedöma dessa skyldigheter mot bakgrund av direktiv 2017/1132, först fastställas huruvida de omfattas av detta direktiv. I detta sammanhang ska det, redan innan domstolen prövar det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för direktiv 2017/1132, fastställas huruvida detta direktiv tidsmässigt är tillämpligt (*ratione temporis*) i det nationella målet.

[7] Dom av den 9 juli 2020, Raiffeisen Bank och BRD Groupe Société Générale (C-698/18 och C-699/18, EU:C:2020:537, punkt 46 och där angiven rättspraxis).

1. Det tidsmässiga tillämpningsområdet (ratione temporis)

35. Den hänskjutande domstolen har angett att All in One Star registrerades år 2013 i Förenade kungariket och att All in One Star anmälde en filial för registrering i det tyska handelsregistret år 2014. Den hänskjutande domstolen har påpekat att förfarandet om överklagande inleddes innan direktiv 2017/1132 trädde i kraft den 20 juli 2017.[8] Den hänskjutande domstolen har emellertid angett att den, i ett mål om överklagande, är skyldig att tillämpa de bestämmelser som gäller när den meddelar sin dom och, i synnerhet, de bestämmelser genom vilka direktiv 2017/1132 införlivats.

36. I linje med detta har All in One Star och den tyska regeringen, som svar på domstolens fråga, i likhet med den hänskjutande domstolen angett att de bestämmelser som är i kraft den dag då domen i målet om överklagande meddelas enligt tysk rättspraxis måste tillämpas i ett sådant förfarande som det nu aktuella i det nationella målet.

37. I domen i målet I.G.I.[9] fann domstolen visserligen att eftersom samtliga faktiska omständigheter i det nationella målet hänförde sig till tiden före ikraftträdandet av direktiv 2017/1132, skulle det tidigare direktivet tillämpas. Domstolen förde ett liknande resonemang i domen i målet Miravitlles Ciurana m.fl.[10] Detta resonemang skulle kunna tyda på att direktiv 2017/1132 inte heller är tillämpligt i det nationella målet.

38. Det bör emellertid påpekas att det, i båda de mål som anges ovan, rörde sig om den ordning som var tillämplig på omständigheter som hänförde sig till tiden innan förfarandet om överklagande hade inletts.[11] I det nationella målet rör det sig emellertid om den ordning som är tillämplig på registrering av filialer och föremålet för det nationella målet är fortfarande de villkor som gällde vid tidpunkten för registreringen. Under dessa omständigheter och med beaktande av de samstämmiga klargöranden som den hänskjutande domstolen och parterna har lämnat om den ordning som enligt tysk rätt är tillämplig i förfarandet om överklagande, kommer jag att pröva den andra frågan mot bakgrund av direktiv 2017/1132.

39. Vidare utgör direktiv 2017/1132, såsom anges i skäl 1 i direktivet, en kodifiering av direktiven på bolagsrättens område. Denna kodifiering medförde bland annat att artikel 2 i direktiv 89/666 ersattes med artikel 30 i direktiv 2017/1132, vars innehåll är oförändrat. I artikel 166 i direktiv 2017/1132 anges att upphävandet av direktiv 89/666 inte påverkar medlemsstaternas skyldighet att införliva direktiv om bolagsrätt. I denna bestämmelse anges dessutom att hänvisningar till de upphävda direktiven ska anses som hänvisningar till direktiv 2017/1132.

40. Slutligen påverkas inte slutsatsen att direktiv 2017/1132 är tillämpligt i tiden (*ratione temporis*) i det nationella målet av den omständigheten att direktivet under tiden har varit föremål för flera ändringar som införts genom direktiv 2019/1151, till vilka parterna har hänvisat för att fastställa innehållet i den ordning som var tillämplig enligt direktiv 2017/1132. Den tyska regeringen har i detta sammanhang förklarat att det i tysk rätt inte är möjligt att i det nationella målet tillämpa de ändringar i direktiv 2017/1132 som införts genom direktiv (EU)

8 Se artikel 167 i direktiv 2017/1132.

9 Se dom av den 30 januari 2020 (C-394/18, EU:C:2020:56, punkt 38).

10 Se dom av den 14 december 2017 (C-243/16, EU:C:2017:969, punkterna 3 och 9).

11 Dom av den 30 januari 2020, I.G.I. (C-394/18, EU:C:2020:56, punkt 38) avsåg nämligen en återvinningstalan (*actio pauliana*) mot en delning, medan dom av den 14 december 2017, Miravitlles Ciurana m.fl. (C-243/16, EU:C:2017:969, punkterna 3 och 9) avsåg en ansvarstalan på grund av en lönefordran.

2019/1151,[12] eftersom de relevanta införlivandefrister som avses i artikel 2 i direktiv 2019/1151 ännu inte har löpt ut. Det ska för övrigt påpekas att det, till skillnad från i direktiv 2017/1132 som inte påverkade medlemsstaternas skyldighet vid införlivande av tidigare direktiv, i direktiv 2019/1151 preciseras när de ändringar som införs genom detta direktiv ska införlivas.

41. Det ska således fastställas huruvida direktiv 2017/1132 är materiellt tillämpligt (*ratione materiae*) i det nationella målet.

2. Det materiella tillämpningsområdet (ratione materiae)

42. I artikel 1 i direktiv 2017/1132 anges att det genom direktivet fastställs åtgärder för bland annat krav på offentlighet i filialer som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan medlemsstat.[13] Bestämmelserna om dessa åtgärder anges i avdelning I, kapitel III, avsnitt 2 i direktivet, med rubriken ”Bestämmelser om offentlighet som gäller för filialer till bolag från andra medlemsstater”.

43. Enligt artikel 29.1 i direktiv 2017/1132 ska handlingar och uppgifter som avser en filial vilken har öppnats i en medlemsstat av ett bolag i en bolagsform som anges i bilaga II, vilket lyder under lagstiftningen i en annan medlemsstat, offentliggöras enligt lagstiftningen i den medlemsstat där filialen är belägen. Den hänskjutande domstolen har angett att All in One Star, i egenskap av *private company limited by shares*, ingår bland de bolag i Förenade kungariket som avses i bilaga II till direktiv 2017/1132 (*companies incorporated with limited liability*). Handlingar och uppgifter om All in One Stars filial omfattas följaktligen, såsom den hänskjutande domstolen har funnit i förevarande fall, av bestämmelserna om offentlighet i avsnitt 2 i detta direktiv, inklusive dem som avses i artikel 30.

44. Frågan uppkommer emellertid huruvida försäkringar om de skyldigheter som föreskrivs i tysk rätt utgör sådana handlingar eller uppgifter som avses med den skyldighet att offentliggöra som föreskrivs i artikel 29 och följande artiklar i direktiv 2017/1132.

a) Parternas argument

45. All in One Star har gjort gällande att tillsättande, entledigande samt personuppgifter i fråga om dem som är behöriga att företräda bolaget enligt artikel 30.1 e i direktiv 2017/1132 ska offentliggöras när en filial registreras i handelsregistret. All in One Star har av denna bestämmelse dragit slutsatsen att direktiv 2017/1132 innehåller en uttömmande förteckning av verkställande direktörers personuppgifter. Denna tolkning stöds av skäl 8 i direktivet enligt vilket offentligheten bör ge tredje man möjlighet att ta del av bland annat personuppgifter om dem som företräder bolaget.

46. Enligt den tyska regeringen framgår det däremot av artikel 30.1 e i direktiv 2017/1132, tolkad *e contrario*, att direktivet endast avser tillsättande, entledigande samt personuppgifter i fråga om dem som är behöriga att företräda bolaget. Den tyska regeringen anser dessutom att skyldigheten att avge en försäkran om att den verkställande direktören vederbörligen har informerats om sin

[12] Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1151 av den 20 juni 2019 om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 vad gäller användningen av digitala verktyg och förfaranden inom bolagsrätt (EUT L 186, 2019, s. 80).

[13] Det ska påpekas att Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands utträde ur unionen, åtminstone fram till utgången av den övergångsperiod som fastställts i utträdesavtalet, inte påverkar tillämpligheten av direktiv 2017/1132 i det nationella målet. Vid tillämpningen av detta direktiv ska All in One Star alltid betraktas som ett bolag i en annan medlemsstat.

obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till den registerförande domstolen hänför sig till den del av handelsregistrets förfarande som avser registreringen av en filial. Denna skyldighet föreskrivs i en processuell bestämmelse.

47. I linje med detta har kommissionen gjort gällande att den försäkran som ska avges om den verkställande direktörens personliga lämplighet inte utgör något offentliggörande av en filials avgörande egenskaper, utan ett administrativt och processuellt krav som föreskrivs i den tyska bolagsrätten.

b) Bedömning

48. För att kunna ge ett användbart svar på den första delen av den andra tolkningsfrågan måste det fastställas huruvida de skyldigheter som föreskrivs i tysk rätt utgör skyldigheter att offentliggöra i den mening som avses i artikel 30 i direktiv 2017/1132 eller – såsom den tyska regeringen och kommissionen har gjort gällande – villkor för att bilda eller registrera ett bolag eller en filial till detta.

49. I detta sammanhang kan användbara lärdomar dras från domen i målet Inspire Art. [14]

50. Det framgår av denna dom att en nationell bestämmelse enligt vilken värdmedlemsstatens handelsregister ska innehålla uppgifter om hemvisten för bolagsmannen i ett enmansbolag omfattas av artikel 2 i direktiv 89/666 och följaktligen av artikel 30 i direktiv 2017/1132. Domstolen fann nämligen i denna dom att artikel 2 i direktiv 89/666 utgör hinder för en bestämmelse enligt vilken en filial till ett bolag som bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat åläggs en sådan skyldighet, eftersom en sådan skyldighet inte föreskrivs i direktiv 89/666. [15] För att direktiv 89/666 ska kunna utgöra hinder för en sådan skyldighet måste den omfattas av direktivets materiella tillämpningsområde (*ratione materieae*).

51. I artikel 2.1 e i direktiv 89/666 föreskrevs nämligen – såsom för närvarande föreskrivs i artikel 30.1 e i direktiv 2017/1132 – att skyldigheten att offentliggöra avsåg handlingar och uppgifter om tillsättande och entledigande samt *personuppgifter* i fråga om dem som är behöriga att företräda bolaget mot tredje man och i rättegång. Enligt skälen 8 och 16 i direktiv 2017/1132 syftar skyldigheten att offentliggöra till att skydda tredje man som kommer i kontakt med ett bolag genom en filial. Att känna till var bolagets företrädare har sin hemvist behövs i princip inte för att skydda tredje man. Under dessa omständigheter kan företrädaren inte identifieras på grundval av att dennes hemvist har offentliggjorts, trots att detta offentliggörande rör företrädaren och omfattas av direktiven 89/666 och 2017/1132. Detta offentliggörande kan följaktligen inte likställas med offentliggörandet av ”personuppgifter” i den mening som avses i dessa direktiv.

52. För det andra följer det av domen Inspire Art [16] att direktiv 89/666 däremot inte är tillämpligt på nationella bestämmelser enligt vilka öppnandet av en filial i en värdmedlemsstat underkastas vissa regler om bolagsbildning som föreskrivs i denna medlemsstat. Detta måste även gälla med avseende på direktiv 2017/1132.

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

[15] Dom av den 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, punkterna 65 och 73).

[16] Dom av den 30 september 2003 (C-167/01, EU:C:2003:512, punkterna 65, 73, 101 och 105).

53. Om de lärdomar som dragits i domen i målet Inspire Art [17] överförs till förevarande fall, råder det tvivel om att en skyldighet att avge en försäkran om omständigheter som kan leda till att ett bolags företrädare diskvalificeras kan likställas med en skyldighet att offentliggöra. Det framgår nämligen av 6 § stycke 2 GmbHG att denna försäkran avser omständigheter som, särskilt när ett bolag bildas i Tyskland, avgör huruvida personen är lämplig för att registreras som bolagets verkställande direktör. Vad gäller den försäkran om att en notarie, en företrädare för en jämförbar juridisk rådgivningsverksamhet eller en konsulär tjänsteman har informerat den verkställande direktören om dennes obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till domstolen, har den hänskjutande domstolen angett att ”ingen registrering [får] gör[a]s i handelsregistret” utan denna försäkran. Under vissa omständigheter kan en sådan försäkran även krävas för att en verkställande direktör påförs straffrättsliga påföljder. Skyldigheten för en verkställande direktör att avge båda försäkringarna kan därför inte likställas med skyldigheten att offentliggöra att en filial har öppnats i en värdmedlemsstat, utan med att den ska omfattas av vissa regler för bolagsbildning som föreskrivs i denna medlemsstat.

54. Den omständigheten att försäkringar om omständigheter som har samband med den personliga lämpligheten automatiskt faller utanför tillämpningsområdet för direktiv 2017/1132 stöds dessutom av direktiv 2019/1151.

55. Såsom den tyska regeringen har påpekat infördes genom direktiv 2019/1151 bestämmelser om ”diskvalificerade styrelseledamöter” i direktiv 2017/1132. Kommissionen har, för sin del, särskilt hänvisat till artikel 13i.2 i direktiv 2017/1132, i dess lydelse enligt direktiv 2019/1151, där det föreskrivs att ”[m]edlemsstaterna får kräva att personer som ansöker om att bli styrelseledamöter avger en försäkran om huruvida de är medvetna om eventuella omständigheter som skulle kunna leda till diskvalificering i den medlemsstaten” och att ”[e]n medlemsstat får vägra att en person utnämns till styrelseledamot i ett bolag om denna person för närvarande är diskvalificerad från att inneha ett styrelseuppdrag i en annan medlemsstat”.

56. I detta sammanhang har direktiv 2019/1151 ändrat artikel 1 i direktiv 2017/1132, där syftet med direktivet definieras, [18] endast på så sätt att meningen enligt vilken det i direktivet även föreskrivs åtgärder som avser ”regler om bildandet av bolag online, om registrering av filialer online och om bolags och filialers ingivande av handlingar och information online” har infogats. Härav kan man sluta sig till att de nationella bestämmelserna om den försäkran som personer som söker uppdrag som styrelseledamot måste avge om hinder för förordnande av verkställande direktörer som avses i artikel 13i i direktiv 2017/1132, i dess lydelse enligt direktiv 2019/1151, enligt unionslagstiftaren utgör bestämmelser om bolagsbildning eller registrering av filialer. För att återge ordalydelsen i artikel 1 i direktiv 2017/1132 i dess ursprungliga lydelse avser, enligt unionslagstiftaren, sådana bestämmelser däremot inte ”krav på offentlighet i filialer som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan stat”.

57. De skyldigheter som avses i den andra tolkningsfrågan omfattas således inte av det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för direktiv 2017/1132. Mot bakgrund av vad som anförts i punkt 27 ovan ska det nu prövas huruvida dessa skyldigheter är förenliga med artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF.

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

[18] Se punkt 42 ovan.

C. Den nationella lagstiftningen mot bakgrund av etableringsfriheten

58. Den hänskjutande domstolen anser att de skyldigheter som enligt tysk rätt åläggs den verkställande direktören för ett bolag i en annan medlemsstat som önskar etablera en filial i en annan medlemsstat utgör en begränsning av etableringsfriheten.

59. I detta hänseende erinrar domstolen om att nationella åtgärder som kan hindra eller göra utövandet av de grundläggande friheter som garanteras av fördraget mindre attraktivt, ska uppfylla fyra förutsättningar för att vara motiverade. De ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås, och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. [19]

60. Den hänskjutande domstolen har förklarat att de skyldigheter om försäkringar som avses i den andra tolkningsfrågan enligt den tyska lagstiftaren motiveras av det tvingande behovet av att skydda handeln mot olämpliga företrädare för ett bolag. Syftet är att hindra personer som enligt tysk rätt är olämpliga från att registrera en filial i Tyskland i egenskap av företrädare för ett utländskt bolag, och på så sätt kringgå de hinder för att förordna verkställande direktörer som gäller i denna medlemsstat. Den hänskjutande domstolen har angett att dessa skyldigheter, enligt dess uppfattning, motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, nämligen att skydda borgenärer och god handelssed mot olämpliga företrädare för ett bolag.

61. Den hänskjutande domstolen finner emellertid att de aktuella skyldigheterna går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de eftersträvade målen, eftersom verkställande direktörer för det utländska bolaget omfattas av en anmälningsplikt som är förenad med straffrättsliga påföljder. Det kan emellertid inte krävas av utländska verkställande direktörer att de ska ha ingående kunskaper om det nationella rättsläget beträffande hinder för deras tillsättning.

62. Syftet med att uppställa sådana villkor är dessutom endast att i förebyggande syfte säkerställa att de hinder för tillsättning som följer av tysk rätt inte kringgås genom att en filial etableras. Det handlar således om att förhindra missbruk av etableringsfriheten och bedrägerier som bolagets företrädare kan göra sig skyldiga till och som anses som olämpliga enligt denna rätt. Mot bakgrund av domen i målet Centros [20] kan detta emellertid inte motivera en vägran att registrera filialen.

1. Parternas argument

63. Samtliga parter, inklusive All in One Star för det fall att dessa skyldigheter inte omfattas av direktiv 2017/1132, har medgett att de skyldigheter som avses i den andra tolkningsfrågan, mot bakgrund av artiklarna 49 och 54 FEUF, utgör en begränsning av etableringsfriheten.

64. All in One Star har anslutit sig till den hänskjutande domstolens ståndpunkt och anser att det i förevarande fall rör sig om en begränsning av etableringsfriheten som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dess mål. Kommissionen har likaså gjort gällande att de aktuella försäkringarna ska avges när den verkställande direktören redan har förordnats som verkställande direktör för ett bolag i enlighet med de villkor som uppställs i en annan medlemsstat. Den verkställande direktören måste i så fall återigen lämna intyg om sin lämplighet

[19] Dom av den 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, punkt 133).

[20] Dom av den 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punkt 38).

att vara verkställande direktör. Detta strider mot proportionalitetsprincipen, som bland annat syftar till att undvika att formaliteter dubbleras, det vill säga att formaliteter som redan uppfyllts i en annan medlemsstat måste uppfyllas på nytt.

65. Den tyska regeringen har däremot gjort gällande att artiklarna 49 och 54 FEUF inte utgör hinder för den aktuella skyldigheten, vilken motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, nämligen att skydda god handelssed. Den aktuella skyldigheten är nämligen inte diskriminerande; den gör det möjligt att uppnå det eftersträvade målet på ett lämpligt sätt och är proportionerlig. Att den tyska, registerförande domstolen gör egna efterforskningar om huruvida det föreligger eventuella hinder säkerställer inte på ett adekvat sätt att detta mål uppnås. Sådana efterforskningar är endast möjliga om det redan finns ett system för automatiskt informationsutbyte mellan medlemsstaternas register. Systemet föreskrevs dock för första gången i artikel 13i i direktiv 2017/1132, vilken infördes genom direktiv 2019/1151. Den skyldighet att avge en försäkran som avses i 8 § GmbHG är för övrigt adekvat, eftersom den syftar till att i förebyggande syfte säkerställa att de skäl som föreskrivs i nationell rätt för att bestämma huruvida en person är lämplig inte kringgås genom att etablera filialer till bolag som är etablerade i en annan medlemsstat.

2. Bedömning

a) Tillämpningen av hinder för förordnande av verkställande direktörer på filialer till bolag som är etablerade i andra medlemsstater

66. Det ska inledningsvis påpekas att de skyldigheter som avses i den andra tolkningsfrågan tillämpas i förebyggande och allmänt syfte på bolag som redan är etablerade i enlighet med lagstiftningen i en annan medlemsstat och på verkställande direktörer för sådana bolag, även om de är registrerade som verkställande direktörer för dessa bolag i den medlemsstat där de är etablerade. Tillämpningen av dessa skyldigheter på verkställande direktörer för bolag som är etablerade i andra medlemsstater bygger således på antagandet att de hinder för förordnande av verkställande direktörer som föreskrivs i tysk rätt är tillämpliga på dessa verkställande direktörer. [21]

67. Med beaktande av vad som anförts i punkt 56 ovan har unionslagstiftaren ansett att sådana hinder är kopplade till villkoren för att bilda bolag eller eventuellt för registrering av deras filialer.

68. De bolag som avses i artikel 54 FEUF har rätt att bedriva verksamhet i en annan medlemsstat bland annat genom en filial, medan sätet, huvudkontoret eller den huvudsakliga verksamheten tjänar till att fastställa bolagens anknytning till en medlemsstats rättsordning. [22] Etableringsfriheten innefattar för dessa bolag bland annat en möjlighet att bilda och driva sådana bolag på de villkor som föreskrivs i en medlemsstats lagstiftning för inhemska bolag. Det ska i detta hänseende påpekas att tillämpningen av de hinder för tillsättning av verkställande

[21] I linje med detta har kommissionen, som svar på domstolens fråga, angett att de skyldigheter som avses i den andra tolkningsfrågan medför att den tyska lagstiftningen om diskvalificering av styrelseledamöter blir tillämplig på styrelseledamöter i bolag som är registrerade i andra medlemsstater och som önskar öppna en filial i Tyskland. Den tyska regeringen har dessutom, med hänvisning till de handlingar som ingetts under lagstiftningsförfarandet, anfört att ”det enda syftet är att förhindra att personer som är olämpliga enligt tysk rätt – till exempel som inte kan bli verkställande direktörer för ett bolag med begränsat ansvar – registrerar en filial i Tyskland i egenskap av företrädare för ett utländskt bolag”.

[22] Se dom av den 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, punkt 97 och där angiven rättspraxis).

direktörer för bolag som föreskrivs i tysk rätt inte tycks grunda sig på uppfattningen att den omständigheten att en filial är belägen i Tyskland innebär att ett bolag är helt knutet till rättsordningen i denna medlemsstat. [23]

69. Under dessa omständigheter är det visserligen riktigt att den omständigheten att det uppställs ytterligare villkor för att registrera en filial enligt en annan medlemsstats lagstiftning än enligt lagstiftningen i den medlemsstat där bolaget är etablerat, till vilken bolaget har anknytning, inte kan likställas med att i sig förneka denna etableringsfrihet. [24] Denna omständighet medför emellertid åtminstone att det blir svårare att registrera sig och utgör således en begränsning av etableringsfriheten. [25]

70. Det är även riktigt att villkoren inte avser bolaget självt utan omedelbart den personliga lämpligheten hos den verkställande direktören. Om villkoren inte är uppfyllda ska emellertid registrering av en filial till detta bolag nekas. Det ska således anses att hindren för tillsättning av verkställande direktörer enligt tysk rätt inte är tillämpliga på den egentliga bolagsverksamheten, utan avser bildandet av ett bolag eller dess senare etablering i en annan medlemsstat. [26]

71. I domen i målet Segers [27] slog domstolen dessutom fast att en diskriminering avseende en direktörs sociala skydd som grundar sig på orten där det bolag som direktören leder har sitt säte indirekt begränsar friheten för bolag i en annan medlemsstat att via ett kontor, filial eller dotterbolag etablera sig i den berörda medlemsstaten. Tillämpningen av de ytterligare villkor som utgör hinder för tillsättning av verkställande direktörer begränsar även denna frihet.

72. Härvidlag kan en medlemsstat, där en anmälan om att registrera en filial har lämnats, vidta åtgärder för att hindra att vissa medborgare på ett otillbörligt sätt försöker undandra sig den nationella lagstiftningen genom att utnyttja de möjligheter som ges i fördraget. [28] Det ska således fastställas huruvida tillämpningen av de hinder för förordnande av verkställande direktörer som gäller i en sådan medlemsstat för filialer till bolag som är etablerade i andra medlemsstater kan motiveras av detta mål.

[23] Den hänskjutande domstolen har angett att de skyldigheter som avses i den andra tolkningsfrågan även är tillämpliga på ”samtliga utländska bolag som bildas utomlands med utländsk ledningspersonal och också har ett existerande huvudkontor där”. Om denna frågeställning, se Avout, L., ”L’entreprise et les conflits internationaux de loi”, *Recueil des cours de l’Académie de La Haye*, 2019, volym 397, s. 264.

[24] Se, *e contrario*, vad gäller en medlemsstats rätt, när ett bolag som bildats enligt lagstiftningen i en annan medlemsstat inom vars territorium det har sitt säte anses ha flyttat sitt faktiska säte till den förstnämnda staten, att neka bolaget rättskapacitet, dom av den 5 november 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632, punkt 93). Se även, analogt, mitt förslag till avgörande i målet McCarthy m.fl. (C-202/13, EU:C:2014:345, punkterna 138 och 139).

[25] Se, för ett liknande resonemang, om tillämpningen av hindren för tillsättning som gäller de filialer till bolag etablerade i en annan medlemsstat, Ebke, W.F., ”The ”Real Seat” Doctrine in the Conflict of Corporate Laws”, *The International Lawyer*, 2002, volym 36, s. 1031, fotnot 112; Gerner-Beuerle, C., Mucciarelli, F., Schuster, E., Siems, M., ”Study on the Law Applicable to Companies. Final Report”, *Publications Office in the European Union*, 2016, Luxemburg, s. 139; Sørensen, K.E., ”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, volym 11(1), s. 83; och Tridimas, T., ”Abuse of Rights in the EU Law: Some Reflections with Particular Reference to Financial Law”, i de la Feria, R., Vogenauer, S. (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law*? Hart Publishing, Oxford – Portland, 2011, s. 178.

[26] Se, *e contrario*, dom av den 10 december 2015, Kornhaas (C-594/14, EU:C:2015:806, punkt 28). I den domen fann domstolen att tillämpningen av en nationell bestämmelse som varken avsåg huruvida det hade bildats ett bolag i en viss medlemsstat eller huruvida detta bolag senare hade etablerat sig i en annan medlemsstat, och som enbart var tillämplig på dess verksamhet, inte påverkade etableringsfriheten.

[27] Dom av den 10 juli 1986 (79/85, EU:C:1986:308, punkt 15).

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

b) Huruvida missbruk av etableringsfriheten bekämpas

73. Det framgår av domstolens praxis att begreppet rättsmissbruk är ett självständigt unionsrättsligt begrepp enligt vilket det ”[f]ör att det skall kunna fastställas att det är fråga om ett sådant förfarande som utgör missbruk av rättigheter krävs … att vissa objektiva förhållanden skall föreligga varav det framgår att målsättningen med den berörda [unionsbestämmelsen] inte har uppnåtts, trots att de villkor som uppställs i bestämmelsen formellt har uppfyllts. Vidare krävs det att en subjektiv faktor föreligger, nämligen en avsikt att erhålla en förmån som följer av [unionsbestämmelserna] genom att konstruera de omständigheter som krävs för att få förmånen”. [29]

74. När det gäller beaktandet av de mål som eftersträvas med de unionsbestämmelser som en enskild inte kan åberopa på ett otillbörligt eller bedrägligt sätt, föreföll domstolen i domen i målet Centros [30] göra en åtskillnad i de nationella bestämmelser som de berörda parterna har försökt undgå att tillämpa mellan, å ena sidan, bestämmelser om bolagsbildning och, å andra sidan, bestämmelser om bedrivande av viss näringsverksamhet. Domstolen fann i detta avseende att de aktuella nationella bestämmelserna mycket väl hörde till den första kategorin och att deras tillämpning, under omständigheterna i det aktuella målet, inte kunde motiveras med hänvisning till att missbruk av etableringsfriheten bekämpas. Härav har man i doktrinen dragit slutsatsen att det kan vara enklare att åberopa missbruk i de fall där avsikten är att förhindra en tillämpning av bestämmelserna om bedrivande av viss näringsverksamhet. [31]

75. De hinder mot förordnande av verkställande direktörer som föreskrivs i tysk rätt är emellertid tillämpliga på all näringsverksamhet som bedrivs genom en filial och hänger, mot bakgrund av vad som utvecklats genom direktiv 2019/1151, samman med villkoren för bolagsbildning eller registrering av filialer. [32]

76. Det framgår för övrigt av rättspraxis att det inte systematiskt och generellt kan presumeras att missbruk eller bedrägeri föreligger. Etableringsfriheten ska nämligen nekas på grund av missbruk eller bedrägeri från fall till fall. [33]

77. I detta sammanhang finns det inte några objektiva eller subjektiva omständigheter på grundval av vilka man kan anse att en anmälan om registrering av en filial i handelsregistret i det nationella målet utgör missbruk eller bedrägeri. Den hänskjutande domstolen har dessutom angett att det inte heller är säkert att det i förevarande fall finns ett hinder för att den verkställande direktören förordnas enligt tysk rätt. Inget tyder nämligen på att det föreligger ett sådant hinder. Det förefaller som att en förebyggande och generell tillämpning av de hinder för att förordna verkställande direktörer enligt tysk rätt samt av de skyldigheter som avses i den andra tolkningsfrågan för att bekämpa missbruk av etableringsfriheten bygger på antagandet att

[29] Se dom av den 14 december 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, punkterna 52 och 53).

[30] Se dom av den 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

[31] Se, för ett liknande resonemang, Sørensen, K.E., ”The fight against letterbox companies in the internal market”, *Common Market Law Review*, 2015, volym 25(1), s. 92, och Munari, F., Terrile, P., ”The Centros case and the rise of an EC market for corporate law ”, i Ferrarini, G., Hopt, K.J., Wymeersch, E. (eds.), *Capitalmarket in the Age of the Euro: Cross-Border Transactions, Listed Companies and Regulation*, Kluwer Law International, Haag – London – New York, 2002, s. 47.

[32] Se punkt 56 ovan.

[33] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punkt 25). Se, även, Tridimas, T., ”Abuse of Rights in the EU Law: Some Reflections with Particular Reference to Financial Law”, i de la Feria, R., Vogenauer, S. (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law*?, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2011, s. 178.

registrering av filialer i Tyskland sker för att undgå sådana hinder. Mot bakgrund av vad som anförts i föregående punkt kan varken tillämpningen av dessa omständigheter eller tillämpningen av dessa skyldigheter i detta avseende anses vara förenlig med artiklarna 49 och 54 FEUF.

78. För fullständighetens skull har den tyska regeringen gjort gällande att det resonemang som har förts i direktiv 2019/1151 för de styrelseledamöter som diskvalificeras [34] visar att medlemsstaterna enligt detta direktiv fortfarande är behöriga att själva fastställa den personliga lämplighet som krävs hos en företrädare för ett bolag. Enligt nämnda regering finns det ingen anledning för medlemsstaterna att inte använda det medel som den förebyggande kontrollen av missbruk utgör.

79. Dessa argument, som inte är tillämpliga i det nationella målet, påverkar emellertid inte de överväganden som gjorts i föregående punkter.

80. I skäl 3 i direktiv 2019/1151 anges visserligen att direktivet syftar till att ge nödvändigt skydd mot missbruk och bedrägeri. I detta sammanhang får medlemsstaterna enligt skäl 23 i direktivet neka till att en person utnämns till styrelseledamot i ett bolag inte endast på grundval av personens tidigare beteende på deras eget territorium utan även, om det föreskrivs i nationell rätt, på grundval av upplysningar som lämnas av andra medlemsstater. På samma sätt anges i skäl 24 att det, för att säkerställa att alla personer som interagerar med bolag eller filialer skyddas och att bedrägligt eller annat otillbörligt beteende förhindras, är viktigt att behöriga myndigheter i medlemsstaterna kan verifiera huruvida den person som utses till styrelseledamot inte är föremål för ett förbud mot att agera som styrelseledamot.

81. Enligt skälen till förslaget till direktiv 2019/1151 [35] innehåller artikel 13i i direktiv 2017/1132, i dess lydelse enligt det förstnämnda direktivet, en rättslig ram för medlemsstaternas begäranden av information från andra medlemsstater när det gäller uteslutna styrelseledamöter. Bestämmelsen gör det möjligt för medlemsstater att kontrollera med andra medlemsstater om en person som är på väg att registreras som styrelseledamot i ett företag har uteslutits från att inneha ett styrelseuppdrag i en annan medlemsstat på grundval av nationell rätt i den medlemsstaten.

82. Direktiv 2019/1151 bygger emellertid på antagandet att det systematiska och generella förebyggandet av missbruk eller bedrägeri som består i att ett bolag bildas i en annan medlemsstat för att undgå ett förbud mot att agera som styrelseledamot på grundval av dessa bestämmelser kan ske i den medlemsstat där bolaget är etablerat. Härvidlag får en medlemsstat, i enlighet med artikel 13i.2 andra meningen i direktiv 2017/1132, i dess lydelse enligt direktiv 2019/1151, vägra att en person utnämns till styrelseledamot i ett bolag, om personen har förlorat sin rätt att inneha ett styrelseuppdrag i en annan medlemsstat.

83. Denna bedömning stöds av en analys av andra bestämmelser som införts genom direktiv 2019/1151.

[34] Enligt artikel 13i i direktiv 2017/1132, i dess lydelse enligt direktiv 2019/1151, ska ”styrelseledamöter” minst omfatta de personer som avses i artikel 14 d i) i det förstnämnda direktivet, det vill säga de personer som i egenskap av i lagstiftningen föreskrivet bolagsorgan eller som medlemmar i ett sådant organ är behöriga att företräda bolaget mot tredje man och i rättegång. Det framgår av förevarande begäran om förhandsavgörande att bolagets rättsliga ställföreträdare, enligt den terminologi som används av den hänskjutande domstolen, i själva verket är bolagets ”verkställande direktör”. Den verkställande direktören kan således anses vara en ”styrelseledamot” i den mening som avses i de ovannämnda bestämmelserna.

[35] Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 vad gäller användningen av digitala verktyg och förfaranden inom bolagsrätten, COM(2018) 239 final, s. 15.

84. Såsom kommissionen har gjort gällande omfattar enligt artikel 13g.3 f i direktiv 2017/1132, i dess lydelse enligt direktiv 2019/1151, de närmare regler för bildande av bolag online som medlemsstaterna ska fastställa och däribland regler om ”förfaranden för att kontrollera utnämningen av styrelseledamöter”. Artikel 28a i direktivet innehåller liknande bestämmelser om registrering av filialer online. Förteckningen i artikel 28a.3 i nämnda direktiv av de områden inom vilka medlemsstaterna ska fastställa närmare regler, även om de i hög grad är analoga med dem i artikel 13g, hänvisar emellertid inte till förfaranden för att kontrollera styrelseledamöter.

85. Det ska vidare prövas huruvida en begränsning av etableringsfriheten som följer av tillämpningen av de hinder för förordnande av verkställande direktörer enligt tysk rätt kan motiveras av de andra skäl som åberopats av såväl den hänskjutande domstolen som den tyska regeringen, nämligen skydd för borgenärer och för god handelssed.

c) Skydd för borgenärer och för god handelssed

86. Även om skyddet för borgenärer och för god handelssed utgör tvingande skäl av allmänintresse,[36] ska de åtgärder som motiveras av detta skäl även uppfylla de krav på icke-diskriminering, effektivitet och proportionalitet som anges i punkt 59 ovan.

87. För det första finns det inget som tyder på att dessa krav tillämpas på ett diskriminerande sätt, eftersom hinder för förordnande av verkställande direktörer enligt tysk rätt även gäller bolag som är etablerade i Tyskland.

88. När det sedan gäller skyddet för borgenärer och för god handelssed är det visserligen riktigt att den omständigheten att en person som enligt lag utsetts till verkställande direktör för ett bolag som är etablerat i en annan medlemsstat stöter på de hinder för förordnande av denna person som avses i 6 § stycke 2 andra meningen leden 2 och 3 och tredje meningen GmbHG inte nödvändigtvis innebär att personen, genom en filial, inte är behörig att företräda bolaget mot tredje man.

89. Enligt tysk rätt har emellertid hindren för att förordna verkställande direktörer, för det första, formen av ett yrkes- eller näringsförbud som utfärdats av en domstol eller en myndighet, vilket avser föremålet för bolagets verksamhet. Ett sådant förbud har införts just för att skydda handeln. För det andra återfinns bland de hinder för förordnande av verkställande direktörer även påföljder för vissa uppsåtliga brott, nämligen de som avser insolvens, felaktiga eller oriktiga uppgifter om affärslivet och sådana som består i bedrägeri. Det är endast sådana fällande domar som i praktiken kan omfattas av avsikten att skydda god handelssed.

90. Vad slutligen gäller deras proportionalitet anser jag att tillämpningen av de hinder som uppställs i tysk rätt för förordnande av verkställande direktörer inte förefaller gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas med tillämpningen av dessa hinder. Även om dessa hinder även är tillämpliga på personer som redan lagligen är registrerade som bolagens verkställande direktörer i andra medlemsstater, finns det, i avsaknad av harmonisering av sådana hinder på unionsnivå, inget som ger anledning att anta att alla medlemsstater föreskriver liknande hinder, vilket innebär att tillämpningen av de hinder som uppställs i tysk rätt för förordnande av verkställande direktörer kan leda till att hindren eller formaliteterna skärps. Vid den tidpunkten då ett bolag bildas är det för övrigt inte möjligt att föregripa alla beslut som kommer att fattas om

[36] Se dom av den 12 juli 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, punkt 39 och där angiven rättspraxis). Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, punkt 140).

registreringen av dess filialer. Det kan därför inte uteslutas att den medlemsstat där ett bolag är etablerat inte fullt ut kan säkerställa att de skyldigheter för förordnande som gäller i den värdmedlemsstat där bolagets filialer är etablerade iakttas. Tillämpningen av dessa hinder gör det dessutom möjligt att säkerställa att de yrkes- eller näringsförbud som utfärdats av en domstol eller en myndighet inom unionens område är effektiva.

91. Sammanfattningsvis utgör den omständigheten att registreringen av en filial underkastas ytterligare villkor som föreskrivs i lagstiftningen i en annan medlemsstat än den där bolaget är etablerat och som föreskriver hinder för förordnande av verkställande direktörer, såsom de som föreskrivs i tysk rätt, en begränsning av etableringsfriheten. Begränsningen kan emellertid motiveras av skyddet för borgenärer och för god handelssed.

92. Det ska nu fastställas om det förhåller sig på samma sätt med de skyldigheter som avses i den andra tolkningsfrågan. Att tillämpningen av de hinder för förordnande av verkställande direktörer som följer av den nationella lagstiftningen är förenliga med unionsrätten innebär inte att detsamma nödvändigtvis gäller alla de åtgärder som enligt denna lagstiftning gör det möjligt att kontrollera att sådana hinder inte föreligger.

d) Huruvida skyldigheterna kan motiveras med hänvisning till skyddet för borgenärer och för god handelssed

93. I och med att de skyldigheter som avses i den andra tolkningsfrågan är tillämpliga på samma villkor som hindren för förordnande av verkställande direktörer enligt tysk rätt, finns det inget som tyder på att dessa skyldigheter tillämpas på ett diskriminerande sätt.

94. Vad gäller effektiviteten av skyldigheten att avge en försäkran om att sådana hinder inte föreligger, erkänns i direktiv 2019/1151 att denna skyldighet är effektiv för att skydda borgenärer och god handelssed. I artikel 13i.2 i direktiv 2017/1132, som införts genom direktiv 2019/1151, jämförd med skälen 23 och 24 i sistnämnda direktiv, föreskrivs att medlemsstaterna, för att garantera skyddet för alla personer som samverkar med bolag, får kräva att ”personer som ansöker om att bli styrelseledamöter avger en försäkran om huruvida de är medvetna om eventuella omständigheter som skulle kunna leda till diskvalificering i den medlemsstaten”.

95. Utan ett system för automatiskt informationsutbyte om hinder för förordnande av verkställande direktörer, förefaller denna skyldighet inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet att skydda borgenärer och god handelssed, och de berörda personerna åläggs inte någon orimlig börda. Det förefaller inte heller krävas någon särskilt ingående forskning för att få kännedom om de tvingande reglerna i registreringsmedlemsstaten, i vilka det fastställs hinder till skydd för god handelssed, såsom de som föreskrivs i tysk rätt.

96. Även om skyldigheten att avge en försäkran om att det inte finns några hinder för förordnande av verkställande direktörer är motiverad, förhåller det sig annorlunda med skyldigheten att avge en försäkran om att vederbörande har informerats av en notarie, en företrädare för en jämförbar juridisk rådgivningsverksamhet eller en konsulär tjänsteman om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till domstolen.

97. Det finns nämligen inget som motiverar att denna försäkran nödvändigtvis ska lämnas av en verkställande direktör och inte av den person som informerat denne om skyldigheten att lämna alla upplysningar till den registerförande domstolen. Skyldigheten att avge denna försäkran följer för övrigt snarare av bestämmelserna i nationell rätt om straffrättsligt ansvar. Utan en sådan

försäkran har den berörda personen rätt att inte lämna upplysningar om vissa fällande domar, och de påföljder som föreskrivs för oriktiga försäkringar tillämpas inte i personens fall. En medlemsstats intresse av att utvidga verkställande direktörers straffrättsliga ansvar till att omfatta upplysningar om att det finns hinder för deras förordnande kan emellertid inte nödvändigtvis likställas med intresset av att skydda borgenärer. Det räcker att verkställande direktörer generellt inte befrias från skyldigheten att lämna upplysningar om fällande domar.

98. För fullständighetens skull påverkar ovanstående överväganden inte frågan om huruvida de straffrättsliga påföljder som är förenade med de skyldigheter som avses i den andra tolkningsfrågan är förenliga med unionsrätten.

V. Förslag till avgörande

99. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den andra frågan från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) på följande sätt:

1. Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2017/1132 av den 14 juni 2017 om vissa aspekter av bolagsrätt ska tolkas så, att det inte är fråga om en ”skyldighet att offentliggöra” i den mening som avses i artikel 30 i direktivet, i de fall där bolagets verkställande direktör, när filialen till ett bolag med begränsat ansvar med säte i en annan medlemsstat anmäls för registrering i handelsregistret, måste avge en försäkran om att det inte finns något hinder för förordnande av denne enligt nationell rätt i form av yrkes- eller näringsförbud som utfärdats av en domstol eller en myndighet, vilket helt eller delvis avser föremålet för bolagets verksamhet, eller i form av en lagakraftvunnen dom på grund av vissa brott, och om att vederbörande har informerats av en notarie, en företrädare för en jämförbar juridisk rådgivningsverksamhet eller en konsulär tjänsteman om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till domstolen.

2. Artiklarna 49 och 54 FEUF utgör inte hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken bolagets verkställande direktör, när filialen till ett bolag med begränsat ansvar med säte i en annan medlemsstat anmäls för registrering i handelsregistret, måste avge en försäkran om att det inte finns något hinder för förordnande av denne.

3. Artiklarna 49 och 54 FEUF utgör däremot hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken bolagets verkställande direktör måste avge en försäkran om att denne har informerats av en notarie, en företrädare för en jämförbar juridisk rådgivningsverksamhet eller en konsulär tjänsteman om sin obegränsade skyldighet att lämna upplysningar till domstolen.