Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. JÄÄSKINEN
fremsat den 15. december 2011 [1]

Sag C-378/10

VALE Építési kft

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága (Ungarn))

»Etableringsfrihed — artikel 49 TEUF og 54 TEUF — flytning af hjemsted for et selskab henhørende under en medlemsstats ret til en anden medlemsstat med ændring af de retsregler, der finder anvendelse på selskabet til følge (»grænseoverskridende omdannelse af et kapitalselskab«) — national lovgivning, der ikke tillader optagelse i det nationale selskabsregister som retlig forgænger for et selskab oprettet i en anden medlemsstat — national ret, der tillader en sådan optagelse, hvis forgængeren er et selskab oprettet i Ungarn«

I – Indledning

1. Denne præjudicielle forelæggelsessag vedrører problematikken omkring selskabers grænseoverskridende mobilitet inden for det indre marked. Den anmodning, der er forelagt Domstolen, vedrører fortolkning af artikel 43 EF og 48 EF – nu artikel 49 TEUF og 54 TEUF – og er blevet fremsat i forbindelse med en udenretlig sag vedrørende en grænseoverskridende flytning af et selskab henhørende under italiensk ret til Ungarn ved en flytning af dets hjemsted, som har medført en sletning af det fra det italienske virksomhedsregister, en ændring af de retsregler, der finder anvendelse på selskabet, og gendannelse af selskabet til et selskab henhørende under ungarsk ret, der hævder at være den universelle efterfølger til det italienske selskab.

2. Den omhandlede ungarske lovgivning i denne sag tillader registrering af et selskab oprettet i Ungarn i det nationale selskabsregister som retlig forgænger for et selskab. Til gengæld tillader den nævnte lovgivning ikke en sådan registrering, hvis forgængeren er et selskab oprettet i en anden medlemsstat, som det er tilfældet i hovedsagen.

3. Denne sag indgår i en række domme afsagt af Domstolen vedrørende europæisk selskabsret, såsom dommen i sagen Daily Mail og General Trust, Centros-dommen, Überseering-dommen, Inspire Art-dommen, SEVIC System-dommen og Cartesio-dommen [2]. Den indebærer dog et nyskabende aspekt, da Domstolen anmodes om at udtale sig om rækkevidden af værtsmedlemsstatens forpligtelser i tilfælde af en »grænseoverskridende omdannelse af et kapitalselskab« [3].

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Dom af 27.9.1988, sag 81/87, Daily Mail og General Trust, Sml. s. 5483, af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459, af 5.11.2002, sag C-208/00, Überseering, Sml. I, s. 9919, af 30.9.2003, sag C-167/01, Inspire Art, Sml. I, s. 10155, af 13.12.2005, sag C-411/03, SEVIC Systems, Sml. I, s. 10805, og af 16.12.2008, sag C-210/06, Cartesio, Sml. I, s. 9641.

3 — I dette forslag til afgørelse henviser jeg til den handling, der ligger til grund for hovedsagen, som en »grænseoverskridende omdannelse af et kapitalselskab«. Jeg vil på et senere tidspunkt redegøre for årsagerne til denne betegnelse.

II – Retsforskrifter

A – *EU-retten*

4. Hverken EU's primærret eller afledte ret indeholder bestemmelser om en grænseoverskridende omdannelse af et selskab fra en medlemsstat eller international flytning af et sådant selskabs vedtægtsmæssige hjemsted [4].

5. Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE) indeholder imidlertid i artikel 8 detaljerede bestemmelser om flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted for SE-selskabet [5]. Rådets forordning (EF) nr. 1435/2003 af 22. juli 2003 om statut for det europæiske andelsselskab (SCE) giver ligeledes europæiske kooperativer mulighed for at flytte deres vedtægtsmæssige hjemsted [6]. Desuden indføres der med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF af 26. oktober 2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar en retlig ramme for sådanne fusioner [7].

B – *National ret*

6. De vigtigste bestemmelser i national ret findes i to instrumenter [8].

7. Der er dels tale om lov nr. V af 2006 om offentlighed vedrørende selskaber, procedurer i sager om retslig registrering og frivillig likvidation (A cégnyilvánosságról, a bírósági cégeljárásról és a végelszámolásról szóló 2006. évi V. Törvény) (herefter »lov om registrering af selskaber«) [9]. De relevante bestemmelser i denne lov findes i artikel 24-29 og artikel 57, stk. 4.

8. Dels er der tale om lov nr. IV af 2006 om erhvervsdrivende selskaber (A gazdasági társaságokról szóló 2006. évi IV. Törvény) (herefter »lov om erhvervsdrivende selskaber«) [10]. De relevante bestemmelser i denne lov i forbindelse med den foreliggende sag findes navnlig i artikel 3, artikel 69, stk. 1, artikel 71 og 73-75.

III – Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

9. Det erhvervsdrivende selskab VALE Costruzioni srl (herefter »VALE Costruzioni«), et italiensk selskab med begrænset hæftelse, blev registreret i Roms (Italien) selskabsregister den 16. november 2000.

10. Den 3. februar 2006 anmodede VALE Costruzioni om sletning af registret og angav, at det ønskede at flytte sit hjemsted til Ungarn og dér fortsætte sin virksomhed, idet det samtidig ophørte med sin virksomhed i Italien.

4 — Det skal understreges, at Kommissionen i sin meddelelse af 21.5.2003 om modernisering af selskabsretten (KOM(2003) 284 endelig) redegjorde for sin hensigt om at udarbejde et forslag til 14. direktiv om overførsel af hjemsted i en medlemsstat til en anden og lancerede i denne forbindelse en offentlig høring, der blev afsluttet den 15.4.2004. Kommissionen har imidlertid endnu ikke vedtaget et sådant forslag.

5 — EFT L 294, s. 1.

6 — EUT L 207, s. 1.

7 — EUT L 310, s. 1.

8 — Indholdet af disse instrumenter er, for så vidt som det forekommer relevant, gengivet i nedenstående punkter.

9 — Magyar Közlöny 2006/1 (I. 4.), 4.1.2006, s. 99.

10 — Magyar Közlöny 2006/1 (I. 4.), 4.1.2006, s. 24.

11. Den registrerende myndighed i Rom imødekom anmodningen og slettede VALE Costruzionis registrering den 13. februar 2006. Som det fremgår af sagsakterne, er det i registret under overskriften »Sletning og flytning af hjemsted« anført, at »selskabet er flyttet til Ungarn«. Udskriften af det italienske selskabsregister viser, at VALE Costruzioni har angivet Ungarn som selskabets hjemsted med anførelse af adressen i Budapest (Ungarn).

12. Direktøren for VALE Costruzioni og en anden fysisk person godkendte den 14. november 2006, dvs. ni måneder senere, i Rom vedtægterne for selskabet med begrænset hæftelse VALE Építési kft (herefter »VALE Építési«) med henblik på dets optagelse i det ungarske selskabsregister. I præamblen til stiftelsesdokumentet anføres det, at »selskabet, der oprindelig var stiftet i Italien i henhold til italiensk ret, har besluttet at flytte sit hjemsted til Ungarn og drive virksomhed efter ungarsk ret«. Ifølge stiftelsesdokumentet er halvdelen af selskabskapitalen blevet frigivet i det krævede omfang i henhold til ungarsk ret og indbetalt den 14. december 2006 til den konto, der er åbnet i VALE Építésis navn i Ungarn. Ifølge stiftelsesdokumentet er hjemstedet den samme adresse i Budapest.

13. Den retlige repræsentant for VALE Építési forelagde den 19. januar 2007 en anmodning om registrering efter ungarsk selskabsret for Fővárosi Bíróság (byretten i Budapest, Ungarn), i dens egenskab af cégbíróság (handelsret) med henblik på registrering af selskabet i henhold til ungarsk ret. I sin anmodning angav han VALE Costruzioni som retlig forgænger for VALE Építési.

14. Retten, som i første instans har til opgave at føre selskabsregistret, gav afslag på anmodningen om registrering fra VALE Építési. Fővárosi Ítélőtábla (regionalretten i Budapest) stadfæstede i anden instans afgørelsen om afslag. I henhold til afgørelsen kan et selskab, der er stiftet og registreret i Italien, ikke i henhold til den ungarske registreringslovgivning flytte sit hjemsted til Ungarn, og det kan ikke optages i handelsregistret i den ansøgte form. Retten anførte, at det i henhold til den ungarske lovgivning om registrering af selskaber ikke er muligt at angive et selskab, der ikke er ungarsk, som retlig forgænger. Der kan i selskabsregistret kun opføres de data, der er opstillet i den nævnte lovs artikel 24-29.

15. VALE Építési iværksatte en kassationsappel ved Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága (Republikken Ungarns højesteret), dvs. den forelæggende ret. VALE Építési har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse tilsidesatte de umiddelbart anvendelige bestemmelser i artikel 43 EF og 48 EF, der ikke sondrer mellem international flytning af hjemsted, som ikke indebærer hverken ændring af selskabets oprindelige status som juridisk person eller en ændring af de retsregler, der finder anvendelse på selskabet, og international omdannelse af et selskab, som indebærer en sådan ændring.

16. Den forelæggende ret mener, at det praktiske problem i den foreliggende sag ligger i den omstændighed, at selskabsregistret er organiseret i henhold til et system med »poster«, og indholdet af de forskellige poster bestemmes af artikel 24-29 i lov om registrering af selskaber. Hvis et erhvervsdrivende selskab ønsker at udøve sin etableringsfrihed ikke ved at flytte hjemstedet til Ungarn, men ved at stifte et ungarsk selskab, og det ønsker at angive i stiftelsesdokumentet, at det tidligere opererede i en anden medlemsstat, kan det kun henvise til den nævnte omstændighed ved angivelse af den dato, hvor omdannelsen fandt sted. I denne henseende bekræfter den forelæggende ret den vurdering, som Fővárosi Bíróság har foretaget, idet den har anført, at flytning af hjemstedet sammen med en ny selskabsstiftelse i overensstemmelse med ungarsk ret og angivelsen af den italienske retlige forgænger, som er anført i VALE Építésis anmodning, følgelig ikke kan anses for en omdannelse i henhold til ungarsk ret.

17. Under disse omstændigheder har den nationale ret besluttet at udsætte sagen og anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Skal værtsmedlemsstaten henholde sig til bestemmelserne i artikel [49 TEUF og 54 TEUF] i en situation, hvor et selskab, der er stiftet i en anden (oprindelses)medlemsstat, flytter sit hjemsted til værtsmedlemsstaten og samtidig med henblik herpå sletter sin registrering i

oprindelsesmedlemsstaten, selskabets indehavere opretter et nyt stiftelsesdokument i henhold til værtsmedlemsstatens lovgivning, og selskabet anmoder om optagelse i selskabsregistret i værtsmedlemsstaten i henhold til denne stats ret?

2) Skal artikel [49 TEUF og 54 TEUF], såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, i den beskrevne situation fortolkes således, at de er til hinder for en (værts)medlemsstats lovgivning eller praksis, som forhindrer, at et selskab, der er lovlig stiftet i en anden (oprindelses)medlemsstat, flytter sit hjemsted til værtsmedlemsstaten og fortsætter sin virksomhed efter den sidstnævnte stats ret?

3) Er det med henblik på besvarelsen af det andet spørgsmål relevant, af hvilken grund værtsmedlemsstaten afviser selskabets optagelse i selskabsregistret? Nærmere bestemt:

— Hvis selskabet i det i værtsmedlemsstaten oprettede stiftelsesdokument som virksomhed, hvis rettigheder det er succederet i, angiver det i oprindelsesmedlemsstaten stiftede selskab, hvis registrering det har slettet, og anmoder om, at det nævnte selskab i egenskab af dets retlige forgænger registreres i værtsmedlemsstatens selskabsregister?

— Er værtsmedlemsstaten, i forbindelse med international omdannelse inden for Fællesskabet, med henblik på dens afgørelse vedrørende anmodningen om selskabets optagelse i selskabsregistret, forpligtet til at tage hensyn til den akt, hvorved oprindelsesmedlemsstaten i sit selskabsregister indførte flytningen af hjemsted, og i bekræftende fald, i hvilket omfang?

4) Kan værtsmedlemsstaten i henhold til bestemmelserne i dens selskabsret, som regulerer nationale selskabsomdannelser, træffe afgørelse vedrørende en anmodning om optagelse i den pågældende stats selskabsregister fra et selskab, som foretager en international omdannelse inden for Fællesskabet, og kræve af det nævnte selskab, at det opfylder alle kravene i værtsmedlemsstatens selskabsret vedrørende nationale omdannelser (f.eks. udarbejdelse af en balance og opgørelse af formuen), eller er den derimod forpligtet til på grundlag af artikel [49 TEUF og 54 TEUF] at sondre mellem internationale omdannelser inden for Fællesskabet og nationale omdannelser, og i bekræftende fald, i hvilken udstrækning?

IV – Retsforhandlingerne ved Domstolen

18. Anmodningen om præjudiciel afgørelse blev registreret på Domstolens Justitskontor den 28. juli 2010. VALE Építési, den ungarske og den tyske regering, Irland, den italienske og den østrigske regering, Det Forenede Kongeriges regering samt Europa-Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har afgivet skriftlige indlæg i sagen.

19. Som supplement til sagsakterne rettede Domstolen en række spørgsmål til skriftlig besvarelse til den italienske regering og til repræsentanten for VALE Építési om rækkevidden af bestemmelserne i italiensk ret og sagens faktiske omstændigheder. Svarene blev registreret på Domstolens Justitskontor den 22. juli 2011.

20. VALE Építési, den ungarske og den tyske regering, Irland, den italienske, den østrigske og Det Forenede Kongeriges regering samt Europa-Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden deltog i retsmødet, der blev afholdt den 14. september 2011.

V – Bedømmelse

A – *Indledende bemærkninger*

21. Med sine spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om EU-retten finder anvendelse og i bekræftende fald med hvilke virkninger i tilfælde af en flytning af hjemsted, dvs. en omdannelse af et kapitalselskab, der er lovligt stiftet i medlemsstat A og dernæst slettes af et selskabsregister i denne medlemsstat med henblik på flytning og registrering i medlemsstat B med ændring af de retsregler, der finder anvendelse på selskabet. Da bestemmelserne i ungarsk ret ikke tillader registrering af et sådant selskab med angivelse af et selskab i en anden medlemsstat som retlig forgænger, har den forelæggende ret anmodet Domstolen om at afgøre, hvilken løsning der skal anvendes med hensyn til EU-rettens bestemmelser om etableringsfrihed.

22. I lyset af den problematik, der er forelagt for Domstolen, foreslår jeg, at spørgsmålene behandles i to dele, den første vedrørende anvendelsen af artikel 49 TEUF og 54 TEUF[11] på omdannelse af selskaber, den anden vedrørende virkningerne af bestemmelserne om etableringsfrihed på de nationale bestemmelser, der kan udgøre en hindring for etableringsfriheden.

23. Tre punkter skal dog behandles først, før jeg går over til at behandle de præjudicielle spørgsmål. For det første gav nogle af parterne udtryk for tvivl om, hvorvidt den præjudicielle forelæggelse kunne antages til realitetsbehandling. For det andet mener jeg, at det er nødvendigt at klarlægge den terminologi, der skal anvendes. For det tredje vedrører et sidste vigtigt forudgående spørgsmål VALE Costruzionis retlige eksistens på tidspunktet for indgivelse af anmodningen om registrering i Ungarn.

B – *Formaliteten*

24. Det Forenede Kongeriges regering og EFTA-Tilsynsmyndigheden har i deres skriftlige bemærkninger vedrørende de sidste to spørgsmål anført, at forelæggelsesafgørelsen indeholder mangler, der kan medføre, at de stillede spørgsmål ikke kan realitetsbehandles. Det fremgår således ikke af denne afgørelse, hvilke retsvirkninger der i italiensk ret er forbundet med sletningen af VALE Costruzioni fra selskabsregistret. Den ungarske regering og Kommissionen har gjort gældende, at det ikke fremgår af denne beslutning, om VALE Costruzioni har udøvet erhvervsvirksomhed eller ej efter sletningen. Den ungarske og den østrigske regering samt Det Forenede Kongeriges regering har endvidere anført, at VALE Építésis vedtægter var blevet godkendt af personer, der til dels var forskellige fra selskabsdeltagerne i VALE Costruzioni. Endelig er det ifølge Irland uklart, om der med flytningen af »hjemsted« menes det vedtægtsmæssige hjemsted eller det reelle hjemsted.

25. Der er imidlertid ikke for mig nogen tvivl om, at de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Det fremgår efter min mening af Domstolens praksis, hvorefter Domstolen inden for rammerne af den procedure, der er indført med artikel 267 TEUF, principielt er forpligtet til at træffe afgørelse[12]. Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende en anmodning om præjudiciel afgørelse fra en national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål[13].

11 — Ny nummerering som følge af Lissabontraktatens ikrafttræden.

12 — Jf. navnlig dom af 10.6.2010, forenede sager C-395/08 og C-396/08, Bruno m.fl., Sml. I, s. 5119, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis.

13 — Henset til fast retspraksis jf. bl.a. dom af 7.6.2007, forenede sager C-222/05 - C-225/05, van der Weerd m.fl., Sml. I, s. 4233, præmis 22, af 22.6.2010, forenede sager C-188/10 og C-189/10, Melki og Abdeli, Sml. I, s. 5667, præmis 19.

26. Dette er imidlertid klart ikke tilfældet i den foreliggende sag. Til trods for de upræcise oplysninger i forelæggelsesafgørelsen om de særlige kendetegn ved italiensk ret mener jeg, at Domstolen er i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne træffe afgørelse. De stillede spørgsmål indgår korrekt i den retlige og faktuelle ramme og vedrører et reelt problem, der kan have tværgående konsekvenser for hele det indre marked. Disse spørgsmål er desuden endnu ikke blevet besvaret præcist af Domstolen.

27. Desuden synes problematikken omkring retsvirkningerne af sletningen af et kapitalselskab fra det italienske selskabsregister – et faktum, der udtrykkeligt nævnes af den nationale ret – at være særlig kompleks og langt fra at kunne fortolkes entydigt.

C – *Den præcise kvalifikation af den foreliggende sag*

28. Jeg mener, at det er vigtigt at præcisere den terminologi, der skal anvendes til at definere arten af stiftelsesdokumentet for VALE Építési ved personer, der har udøvet en økonomisk aktivitet i form af selskab med begrænset hæftelse under italiensk ret, nemlig VALE Costruzioni, som ønsker, at VALE Építési skal indtræde i VALE Costruzionis rettigheder. Det første spørgsmål, der opstår i denne forbindelse, er, om der findes lignende tilfælde i ungarsk ret.

29. Det fremgår af sagsakterne, at et ungarsk selskab med begrænset hæftelse naturligvis kan flytte sit hjemsted til et andet sted inden for landets grænser. I dette tilfælde ændres hverken den juridiske form eller de retsregler, der finder anvendelse på selskabet, og den juridiske person forbliver den samme.

30. Ifølge ungarsk ret kan »et erhvervsdrivende selskab stiftes ved omdannelse (dvs. ved ændring af selskabsform, fusion eller spaltning)« [14]. Et selskab med begrænset hæftelse kan f.eks. omdannes til et aktieselskab. Ved en sådan ændring af selskabsformen skabes der en ny juridisk person, men denne er den universelle efterfølger til den omdannede juridiske person, der mister sin juridiske handleevne på tidspunktet for omdannelsen [15]. Ifølge ungarsk lov kan ændringen af selskabsformen også ske ved flytning af hjemstedet inden for landet [16].

31. Handlingen i den foreliggende sag adskiller sig fra en flytning af hjemsted på nationalt plan, idet den kræver oprettelse af en ny juridisk person og sletning af det eksisterende selskab, da den ungarske lovgivning ikke tillader en grænseoverskridende flytning af hjemstedet for et selskab, der er stiftet i udlandet.

32. Den forelæggende ret har endvidere fremhævet, at et tilfælde af et selskabs mobilitet, som det, der foreligger i hovedsagen, ifølge ungarsk ret ikke kan betegnes som en »omdannelse af et selskab«, da der i ungarsk selskabsret kun findes de tre ovennævnte former for omdannelse.

14 — Jf. artikel 3, stk. 3, i lov om erhvervsdrivende selskaber.

15 — Jf. artikel 70, stk. 1, i lov om erhvervsdrivende selskaber. Følgende fremgår af artikel 57, stk. 3, i lov om registrering af selskaber »[v]ed ændring af selskabsformen skal omdannelsen af selskabet meddeles den ret, der har til opgave at føre handelsregistret, og som er kompetent i området for den retlige forgængers hjemsted, inden for en frist på 60 dage efter undertegnelsen eller oprettelsen af stiftelsesdokumentet. Der skal samtidig anmodes om sletning af registreringen af forgængeren«. Det synes dog at fremgå af formuleringen af denne tekst, at ændringen af selskabsform opfattes mere som en universel efterfølgning mellem to juridiske personer, som har den samme identitet, end som en omdannelse af en og samme juridiske persons juridiske form.

16 — Jf. artikel 57, stk. 4, i lov om registrering af selskaber.

33. Ydermere har VALE Costruzioni og VALE Építési i henhold til EU-retten den samme selskabsform, nemlig et selskab med begrænset hæftelse [17]. Det er indlysende, at der i den nationale retsorden kun er behov for regler for omdannelse af et selskab med begrænset hæftelse til et selskab af samme art, hvis der er tale om en fusion eller en spaltning.

34. Henset til ovenstående betragtninger finder jeg det hensigtsmæssigt at betegne den handling, der er foretaget i den foreliggende sag som en »*grænseoverskridende omdannelse af et selskab*«. En sådan handling indebærer en flytning af hjemstedet med ændring af de retsregler, der finder anvendelse på selskabet (denne ændring følger af behovet for at oprette et nyt selskab i henhold til værtsmedlemsstatens lovgivning for at kunne videreføre det oprindelige selskabs aktiviteter) samt sletning af det oprindelige selskab i oprindelseslandet.

35. Jeg skal desuden bemærke, at det formål, der forfølges af selskaberne og selskabsdeltagerne i denne sag, ligeledes kunne være nået ved at foretage en grænseoverskridende fusion, hvorved VALE Construzioni fusionerede med VALE Építési i medfør af direktiv 2005/56 [18].

D – *Den retlige eksistens af VALE Costruzioni i medfør af italiensk ret*

1. Indledende bemærkninger

36. Domstolen har gentagne gange understreget, at et selskab, der er oprettet i henhold til en national retsorden, kun eksisterer i kraft af den nationale lovgivning, som er bestemmende for dets stiftelse og funktion [19]. I denne optik er der her tale om en omdannelse af et selskab med begrænset hæftelse efter italiensk ret til et selskab med begrænset hæftelse efter ungarsk ret. En sådan omdannelse er imidlertid ikke omfattet af hverken den nuværende EU-ret [20] eller af ungarsk ret.

37. Det skal understreges, at sagsøger i forbindelse med registreringsproceduren i Ungarn er et ungarsk selskab under stiftelse (nemlig VALE Építési), der ser ud til at have en begrænset processuel handleevne, selv om det ikke er registreret. Desuden skulle det ungarske selskab ifølge de oplysninger, som VALE Építésis repræsentant fremkom med under retsmødet, være i besiddelse af aktiver svarende til en del af den selskabskapital, der kræves for at kunne blive registreret, samt en ledelse og selskabsdeltagere, der dog ikke er identiske med ledelsen og selskabsdeltagerne i det italienske selskab.

38. Da selskabet VALE Costruzioni imidlertid er blevet slettet af det italienske selskabsregister, opstår spørgsmålet om selve eksistensen af en forgænger for VALE Építési.

39. På grund af behovet for at klarlægge en række elementer i national ret anmodede Domstolen VALE Építési og den italienske regering om at udtale sig om nogle supplerende spørgsmål.

17 — Med hensyn til ordningen for sådanne selskaber på europæisk plan jf. f.eks. H.-J. De Kluiver »Europe and the Private Company, An Introduction« i H.-J. De Kluiver og W.M. Van Gerven (redaktører), *The European private company?*, Antwerpen, Maklu, 1995, s. 23. Det skal bemærkes, at en sådan form indgår i anvendelsesområdet for Rådets første direktiv 68/151/EØF af 9.3.1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (jf. artikel 1, EFT 1968 I, s. 41), men ikke i anvendelsesområdet for Rådets andet direktiv 77/91/EØF af 13.12.1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelsen af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (jf. ligeledes artikel 1, EFT L 26, s. 1).

18 — Den grænseoverskridende fusion anvendes hyppigt i USA med henblik på fra en stat til en anden at ændre den lovgivning, der finder anvendelse på en virksomhed, jf. J. Armour og W.-G. Ringe, »European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis«, *Common Market Law Review*, bind 48 (2011), nr. 1, s. 125-174, navnlig s. 161 og 162.

19 — Jf. dommen i sagen Daily Mail og General Trust, præmis 19, og Cartesio-dommen, præmis 104.

20 — Jf. KOM(2003) 284 endelig.

2. VALE Építésis og den italienske regerings standpunkt

40. Det første spørgsmål, som Domstolen stillede den italienske regering, vedrørte de betingelser, det italienske selskab skal opfylde, hvis det ved en flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted ønsker at omdanne sig til et selskab, der henhører under en anden medlemsstats ret. I sit svar bekræftede den italienske regering, at italiensk ret tillader flytning af hjemstedet for et selskab stiftet i Italien til en anden medlemsstat. Efter italiensk ret får flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted kun betydning, hvis det sker under overholdelse af lovgivningen i begge de to berørte medlemsstater. Ifølge den italienske regering fortsætter selskabet kun med at eksistere som juridisk person i italiensk ret, hvis de medlemsstater, mellem hvilke det flytter, er enige om retsvirkningen af en sådan handling. Når flytningen af hjemstedet ledsages af et ønske fra selskabet om ikke længere at henhøre under italiensk ret, kan sletningen af registret først ske, når selskabet er blevet registreret i udlandet [21].

41. Det andet spørgsmål, som Domstolen stillede den italienske regering, vedrørte virkningerne i italiensk ret af sletningen af et selskab af registret. Ifølge den italienske regering forårsager sletningen af kapitalselskaber efter reformen af den italienske selskabsret i 2003 en ekstinktionsvirkning. Spørgsmålet består dog fortsat, når der findes eller opstår retlige forbindelser eller aktiver efter sletningen. Det er imidlertid muligt at annullere sletningen af kapitalselskaber, hvilket indebærer, at det pågældende selskab fortsat betragtes som aktivt, indtil der foreligger bevis for det modsatte. Den italienske regering præciserede under retsmødet, at den aktuelle bemærkning i selskabsregistret »er flyttet til Ungarn« kan annulleres med tilbagevirkende kraft ved hjælp af en annullationsanmodning fra selskabsdeltagerne, hvis denne sletning af selskabet af registret var baseret på en ulovlig beslutning. I dette tilfælde vil spørgsmålet om, hvorvidt VALE Costruzioni eksisterer eller ej, nødvendigvis være forsvundet.

42. Spørgsmålet til VALE Építési vedrørte navnlig de elementer, der kunne dokumentere VALE Costruzionis ønske om at foretage en omdannelse. I sit svar understregede VALE Építési gentagne gange, at omdannelsen af VALE Costruzioni og flytningen af dets hjemsted til Ungarn var baseret på en hensigt om reelt og permanent at udøve en økonomisk aktivitet. VALE Építési har gjort gældende, at denne beslutning, som blev truffet af VALE Costruzioni på behørig vis, i god tid inden sletningen af registret er bevis for en konstant og udtrykkelig hensigt hos selskabsdeltagerne, der ikke blev berørt af det forholdsvis lange tidsrum, der gik mellem sletningen af VALE Costruzioni i Italien og fremsættelse af anmodningen om registrering af VALE Építési i Ungarn.

3. Bedømmelse

43. På baggrund af ovenstående elementer er det muligt at bedømme situationen ud fra to forskellige synsvinkler.

44. Dels eksisterer VALE Costruzioni ikke længere i henhold til italiensk lovgivning, og den flytning, der er accepteret i italiensk lovgivning, kan ikke gennemføres, da selskabet ikke længere findes. Der opstår dog et spørgsmål om, hvem selskabets aktiver tilhører, navnlig den kapital, der blev frigivet med henblik på registreringen i Ungarn, og hvem der bærer ansvaret for selskabets forpligtelser over for tredjepersoner [22]. Man må navnlig se på arten af forholdet mellem selskabsdeltagerne i det slettede selskab.

21 — Det må konstateres, at de italienske myndigheder ikke ser ud til at have fulgt denne kronologiske rækkefølge i den foreliggende sag.

22 — Dette spørgsmål forekommer særlig relevant, når selskabet ikke er blevet opløst. Ifølge Cartesio-dommen (præmis 112) har Den Italienske Republik ikke kunnet kræve opløsning som en forudsætning for flytning af hjemstedet ledsaget af en ændring af de retsregler, der finder anvendelse på selskabet.

45. Dels eksisterer VALE Építési endnu ikke som juridisk person i henhold til ungarsk lovgivning, da registreringen af selskabet i Ungarn blev afslået. Dette selskab under stiftelse har imidlertid haft den egenskab af juridisk person, der kræves for at kunne indtræde som part ved den nationale ret såvel som ved Domstolen.

46. Disse to aspekter vil sandsynligvis give anledning til metafysiske diskussioner baseret på klassiske teorier vedrørende eksistensen og arten af juridiske personer, som navnlig vedrører den tidsmæssige videreførelse af deres identiteter i tilfælde af omdannelse eller succession. Jeg mener dog, at virkeligheden og det praktiske økonomiske liv bør tillægges større vægt end de teoretiske aspekter af lovgivningen om juridiske personer i forbindelse med anvendelsen af de EU-retlige bestemmelser om etableringsfrihed.

47. I denne forbindelse vil jeg gerne fremhæve generaladvokat Darmons formulering i sagen Daily Mail og General Trust vedrørende formålet med retten til fri etablering, hvorefter det at etablere sig vil sige at »indgå i en national erhvervsmæssig sammenhæng«, og at »[b]egrebet etablering i det væsentlige [er] af økonomisk karakter. Det indebærer altid et egentligt økonomisk bånd« [23]. Som generaladvokat La Pergola endvidere fastslog i Centros-sagen: »[e]tableringsretten er afgørende med henblik på at nå de mål, der er opstillet i [EF-] traktaten, som – på lige vilkår for alle statsborgere i Fællesskabet – sikrer retten til frit at udøve økonomisk virksomhed på det grundlag, der er fastsat i national ret, således at borgerne sikres en mulighed for at komme ind på markedet«, og det er »det økonomiske initiativ set ud fra et hensigtsmæssighedssynspunkt, der er beskyttet, og dermed også friheden til at disponere under anvendelse af de muligheder, der i denne forbindelse findes i medlemsstaternes retsordener« [24].

48. I VALE Costruzionis tilfælde er der tale om en økonomisk enhed, der er stiftet i henhold til italiensk ret af selskabsdeltagerne på grundlag af deres gensidige forpligtelser, selskabsaktiver og et mål om at videreføre VALE Costruzionis aktivitet i Ungarn i form af et tilsvarende selskab henhørende under ungarsk ret. Selv om denne enhed skulle have mistet sin egenskab af juridisk person i henhold til italiensk ret, og dets efterfølger endnu ikke har erhvervet den i henhold til ungarsk ret, bør VALE Építési eller dets selskabsdeltagere kunne påberåbe sig retten til fri etablering i Ungarn med henblik på dér at videreføre sin økonomiske aktivitet som defineret i det slettede selskabs vedtægter og i vedtægterne for det selskab, der er under oprettelse.

49. Dette aspekt, der vedrører selskabsdeltagernes hensigt, forekommer mig at være af afgørende betydning i forbindelse med en bedømmelse af, om retten til fri etablering finder anvendelse [25]. Det er ikke det italienske selskab, der under de forhåndenværende omstændigheder sandsynligvis er ikke-eksisterende, men er i stand til at genopstå, der påberåber sig retten til fri etablering, men det ungarske selskab, der er under oprettelse, og de fysiske personer, der er deltagere heri.

50. Da dette nu står fast, er det uden betydning med hensyn til anvendelsen af retten til fri etablering, om VALE Costruzioni fortsat eksisterede efter februar 2006, eller om selskabet ophørte med at eksistere for tidligt som følge af en eventuelt fejlagtig indførsel i selskabsregistret i Rom. Under alle omstændigheder findes der fysiske personer, nærmere betegnet statsborgere i en medlemsstat, der har benyttet sig af etableringsfriheden i en medlemsstat, og som fortsat agter at benytte sig af den i en anden medlemsstat. Situationen er således omfattet af artikel 54 TEUF eller artikel 49 TEUF.

23 — Jf. punkt 3 og 5 i det forslag til afgørelse fra generaladvokat Darmon, der gav anledning til dommen i sagen Daily Mail og General Trust.

24 — Jf. punkt 20 i forslag til afgørelse fra generaladvokat La Pergola i den sag, der gav anledning til Centros-dommen.

25 — Jeg skal understrege, at VALE Építésis vedtægter er blevet godkendt af selskabsdeltagere, der er delvist forskellige fra selskabsdeltagerne i VALE Costruzioni.

51. Med hensyn til anvendelsen af disse bestemmelser i EUF-traktaten vil jeg gerne præcisere, at selskabsdeltagernes nationalitet ikke burde spille en afgørende rolle: Hvis der er tale om italienske statsborgere, findes det grænseoverskridende element til Ungarn, og selv om der skulle være tale om ungarske statsborgere, ville løsningen være den samme, da selskabsdeltagerne i dette tilfælde flytter den italienske virksomhed tilbage til deres oprindelsesland.

52. Den fortsatte juridiske eksistens af det første selskab på tidspunktet for den retlige opståen af det selskab, der skal være dets retlige efterfølger, er til gengæld et andet aspekt, som vedrører de betingelser, som værtsmedlemsstaten har fastsat for, at det selskab, der er ved at blive oprettet, kan betragtes som det første selskabs efterfølger. Den italienske lovgivning og de tilsvarende bestemmelser i EU-retten [26] går ud fra princippet om, at succession kun er mulig, hvis efterfølgeren eksisterer, inden forløberen mister sin retsevne. Rækkevidden af dette princip skal bedømmes i forbindelse med det tredje og fjerde spørgsmål.

E – *Etableringsfrihedens anvendelse på den foreliggende sag (det første og andet spørgsmål)*

53. Selskabernes mobilitet på det indre marked kan antage mange forskellige former såsom oprettelse af filialer eller afdelinger, flytning af hjemsted eller grænseoverskridende fusion. Problematikken omkring selskabsretten henhører dels under etableringsfriheden i primærretten, dels under en mere specifik gennemførelse af lovgivningen i den afledte ret.

54. Det er velkendt, at den lovgivningsmæssige harmonisering på dette område langt fra er fuldført i Den Europæiske Union. EU-lovgiver har dog allerede reguleret bestemte områder.

55. I forordning nr. 2157/2001 [27] bestemmes det således f.eks., at et europæisk selskab kan flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted fra en medlemsstat til en anden medlemsstat og samtidig bevare sin egenskab af juridisk person, uden at en sådan flytning giver anledning til oprettelse af en ny juridisk person. En sådan flytning indebærer imidlertid nødvendigvis en ændring af den nationale lovgivning, der finder anvendelse på dette selskab. Forordning nr. 1435/2003 [28] tillader ligeledes en sådan flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted for europæiske andelsselskaber. Til overflod omhandler direktiv 2005/56 situationer, hvor et selskab fusionerer med et selskab stiftet i en anden medlemsstat.

56. Overførsel af hjemstedet er således ikke et ukendt begreb i EU-retten. Den mulighed, der findes i ovennævnte retsakter, finder naturligvis kun anvendelse på de typer selskaber, der er omfattet af disse retsakter. Ikke desto mindre findes en sådan mulighed, og den fremgangsmåde, som EU-lovgiver foreslår, er ret sammenhængende på de tre områder.

57. Når der er tale om omdannelse af en juridisk person fra en retsorden til en anden uden for de tre nævnte tilfælde, findes der ingen bestemmelser på unionsplan. På EU-rettens nuværende udviklingstrin, er det derfor op til medlemsstaterne at fastsætte reglerne for en sådan omdannelse. I denne forbindelse skal det understreges, at det i artikel 293 EF bestemmes, at medlemsstaterne i det omfang, det er nødvendigt, indleder forhandlinger for til fordel for deres statsborgere at sikre gensidig anerkendelse af selskaber, opretholdelse af status som juridisk person i tilfælde af flytning af hjemsted fra et land til et andet og mulighed for sammenslutning af selskaber, som er underkastet forskellige nationale lovgivninger. Artikel 293 EF blev imidlertid ophævet ved Lissabontraktaten, således at primærretten ikke længere indeholder en mulighed for at indgå aftaler mellem medlemsstaterne om gensidig anerkendelse af selskaber.

26 — Jf. artikel 8 i forordning (EF) nr. 2157/2001, hvorefter sletningen fra registret først finder sted efter den nye registrering. Jf. også mutatis mutandis artikel 13 i direktiv 2005/56.

27 — Jf. forordningens artikel 8.

28 — Jf. forordningens artikel 7.

58. Til trods for disse juridiske problemer i tilknytning til selskabsretten, den nationale skatteret og den internationale privatret, tilkommer det imidlertid Domstolen at udstikke de vigtigste retningslinjer med henblik på at udvikle EU-retten på det selskabsretlige område ved hjælp af dens principielle domme, der åbner mulighed for en grænseoverskridende mobilitet for selskaber.

59. EUF-traktatens bestemmelser om etableringsfrihed sikrer således retten til fri etablering i en anden medlemsstat ikke blot for EU-statsborgere i medfør af artikel 49 TEUF, men også for de selskaber, der er omhandlet i artikel 54 TEUF. Ifølge Domstolens faste praksis, har disse bestemmelser navnlig til formål at sikre en national behandling i værtsmedlemsstaten, men de forbyder også enhver hindring for, at en statsborger i en medlemsstat eller et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i en medlemsstat, etablerer sig i en anden medlemsstat [29].

60. Medlemsstaterne er således, navnlig siden Überseering-dommen, forpligtede til at anerkende de selskaber, der lovligt er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i oprindelsesmedlemsstaten, selv om der ikke findes nogen materiel forbindelse til denne medlemsstat. Når en enhed er lovligt stiftet, skal den kunne gøre brug af etableringsfriheden i EU [30].

61. Denne mobilitet, der er knæsat i retspraksis, kan begrænses af nationale foranstaltninger, der kan genere eller gøre det mindre attraktivt at gøre brug af de grundlæggende frihedsrettigheder, som EU-borgerne er tilsikret ved TEU-traktaten. Sådanne foranstaltninger er dog kun tilladt, hvis de opfylder fire betingelser, nemlig at de anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige 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 nå formålet [31].

62. Denne begrænsning kommer ligeledes til udtryk i begrebet misbrug af lovgivningen, som medlemsstaterne kan præcisere og gennemføre [32].

63. Uafhængigt af den meget brede fortolkning af bestemmelserne om etableringsfrihed, der udgør et selvstændigt begreb i EU-retten, følger der en anden begrænsning af selskabernes mobilitet af de regler, hvorefter det pågældende selskab er stiftet, og hvis relevans Domstolen har fremhævet. I Überseering-sagen understregede den således, at retningslinjerne for flytning af hjemsted bestemmes af den nationale lovgivning, hvorefter det pågældende selskab er stiftet [33].

64. I Cartesio-dommen fandt Domstolen ligeledes, at »[e]n medlemsstat kan […] definere såvel den tilknytning, som kræves af et selskab, for at det kan anses for at være stiftet i henhold til national ret og dermed er omfattet af etableringsretten, som den tilknytning, der kræves for efterfølgende at opretholde denne egenskab. Denne beføjelse omfatter muligheden for medlemsstaten for ikke at tillade et selskab, der henhører under dens nationale lovgivning, at bevare denne egenskab, når det agter at etablere sig i en anden medlemsstat ved at flytte sit hjemsted til sidstnævntes område og derved bryde den tilknytning, som kræves i henhold til stiftelsesmedlemsstatens nationale ret« [34].

65. Dette er imidlertid møntet på en situation, i hvilken der ikke sker nogen ændring af de retsregler, der finder anvendelse på selskabet. Som Domstolen ligeledes har understreget i Cartesio-dommen, skal der imidlertid sondres mellem et sådant tilfælde af flytning af hjemstedet for et selskab, der er stiftet i henhold til en medlemsstats ret, til en anden medlemsstat uden ændring med hensyn til, hvilken ret det henhører under, og et tilfælde, hvor et selskab, der henhører under en medlemsstat, flytter til en

29 — Jf. i denne retning bl.a. dommen i sagen Daily Mail og General Trust, præmis 15 og 16.

30 — Centros-dommen (præmis 26), Überseering-dommen (præmis 95) og Inspire Art-dommen (præmis 137).

31 — Jf. i denne retning dom af 11.6.2009, sag C-564/07, Kommissionen mod Østrig, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis.

32 — Jf. dom af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis, samt Centros-dommen, præmis 24, og Inspire Art-dommen, præmis 136.

33 — Überseering-dommen, præmis 70.

34 — Cartesio-dommen, præmis 110.

anden medlemsstat med ændring med hensyn til den nationale ret, der finder anvendelse, idet selskabet omdannes til en selskabsform, der henhører under national ret i den medlemsstat, hvortil det flytter [35]. I sidstnævnte tilfælde kan den mulighed, der er nævnt i Cartesio-dommen, navnlig ikke begrunde, at stiftelsesmedlemsstaten ved at foreskrive opløsning og likvidation af dette selskab forhindrer dette i at blive omdannet til et selskab efter den anden medlemsstats nationale ret, for så vidt som dette er tilladt efter denne ret [36].

66. Det følger heraf, at en ændring af gældende ret nødvendigvis har indflydelse på etableringsfrihedens anvendelse.

67. Når der derimod er tale om værtsmedlemsstaten, er det vigtigt at understrege løsningen i SEVIC Systems-dommen om en diskriminerende afvisning af at registrere en grænseoverskridende fusion, mens den nationale lovgivning indeholdt muligheden for at registrere nationale fusioner. Ifølge Domstolen »omfatter anvendelsesområdet for etableringsfriheden enhver foranstaltning, som muliggør, eller blot letter, adgangen til en anden medlemsstat end etableringsmedlemsstaten og udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed i denne stat, hvorved de berørte erhvervsdrivende får mulighed for reelt at deltage i denne medlemsstats erhvervsliv på samme betingelser som dem, der gælder for indenlandske erhvervsdrivende« [37].

68. Som EFTA-Tilsynsmyndigheden understregede, bør selskaberne i det indre marked indrømmes muligheden for frit at vælge den selskabsret, der bør finde anvendelse på dem. En sådan valgfrihed ville gøre det muligt for selskaberne at vælge de mest gunstige økonomiske vilkår og den mest fordelagtige selskabsret [38]. Selskaberne ønsker således generelt at flytte deres vedtægtsmæssige hjemsted til en anden medlemsstat for at drage fordel af en bedre adgang til finansiering og til nedbringelse af omkostningerne. Desuden er det muligt, at størstedelen af et selskabs aktiviteter fremover udføres i en anden medlemsstat. Den grænseoverskridende omdannelse af et selskab, der er forbundet med en ændring af de retsregler, der finder anvendelse på selskabet, udgør således en særlig udøvelse af etableringsfriheden, der kan sammenlignes med grænseoverskridende fusioner. En sådan omdannelse er således omfattet af økonomiske aktiviteter, i forbindelse med hvilke medlemsstaterne er forpligtede til at respektere etableringsfriheden i artikel 49 TEUF.

69. Henset til det ovenstående må det fastslås, at EUF-traktatens artikler om etableringsfrihed finder anvendelse på en grænseoverskridende omdannelse af et selskab, der indebærer, at de retsregler, der finder anvendelse på selskabet, ændres, hjemstedet flyttes, og der stiftes et selskab i overensstemmelse med værtsmedlemsstatens nationale ret, som overtager det pågældende selskabs rettigheder og pligter som retlig efterfølger. Det tilkommer den nationale retsinstans at bedømme, om de nationale bestemmelser og national praksis vil kunne udgøre en hindring for denne grundlæggende frihedsrettighed, hvilket i mine øjne ser ud til at være tilfældet.

F – *Restriktionerne og begrundelsen herfor (det tredje og fjerde spørgsmål)*

70. Domstolen fastslog i Cartesio-dommens præmis 112, at omdannelse af et selskab til et selskab henhørende under en anden medlemsstats ret er mulig, »for så vidt som dette er tilladt efter denne lovgivning« [39]. Det forekommer mig indlysende, at Domstolen med »denne lovgivning« mener værtsmedlemsstatens lovgivning. Kan dommen fortolkes således, at værtsmedlemsstaten vilkårligt enten kan forbyde eller tillade en handling, hvor et kapitalselskabs hjemsted og den nationale ret, det henhører under, ændres? Efter min mening er dette ikke tilfældet.

35 — Ibidem, præmis 111.

36 — Ibidem, præmis 112.

37 — SEVIC Systems-dommen, præmis 18.

38 — Jf. i denne retning konsekvensvurdering af direktivet om grænseoverskridende flytning af vedtægtsmæssigt hjemsted, SEK(2007) 1707, s. 11.

39 — Cartesio-dommen, præmis 112.

71. Jeg vil gerne her nævne, at det aktuelle tilfælde i en grænseoverskridende ramme kombinerer elementer fra to tilladte og anerkendte operationer på nationalt plan i ungarsk lovgivning, nemlig flytning af et selskab og omdannelse af et selskab til et andet i form af universel retlig efterfølgelse mellem disse to enheder. Den ungarske lovgivning tillader udtrykkeligt, at flytningen og omdannelsen indgår i en enkelt operation [40].

72. Jeg mener, at princippet om forbud mod forskelsbehandling, sådan som Domstolen har anvendt det i SEVIC Systems-dommen, kræver, at værtsmedlemsstaten i princippet tillader en grænseoverskridende omdannelse af et selskab.

73. Værtsmedlemsstaten kan ganske vist pålægge selskabet igen at opfylde alle de betingelser, der i henhold til national ret finder anvendelse på tilsvarende situationer. Den kan dog ikke anvende interne regler, der vil kunne forhindre en grænseoverskridende omdannelse, alene med den begrundelse, at den nationale selskabsret ikke omhandler en sådan grænseoverskridende handling. Det gælder navnlig de hindringer, der følger af retningslinjerne for registrering af oplysninger i det relevante nationale register. I SEVIC systems-dommens præmis 30 fastslog Domstolen, at den omstændighed, at det i en medlemsstat generelt afslås at registrere en fusion mellem et selskab med hjemsted i denne medlemsstat og et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, i handelsregisteret, medfører en restriktion for gennemførelsen af grænseoverskridende fusioner, selv om tvingende almene hensyn såsom beskyttelse af kreditorers, minoritetsdeltageres og lønmodtageres interesser samt bevarelse af den fiskale kontrols effektivitet og de kommercielle transaktioners loyalitet ikke er truet. Under alle omstændigheder ville en sådan regel gå videre end det, der er nødvendigt for at nå de mål, der skal beskytte de pågældende interesser.

74. Den betingelse, der er opstillet i Cartesio-dommens præmis 112, skal derfor efter min mening fortolkes således, at værtsmedlemsstaten i hovedsagen havde mulighed for at anvende nationale bestemmelser om stiftelse og omdannelse af et selskab med begrænset hæftelse og således pålægge VALE Építési de forpligtelser, der i den nationale lovgivning er fastsat for sådanne tilfælde.

75. Det påhviler VALE Építési at opfylde alle de betingelser, som i den nationale lovgivning pålægges et selskab med begrænset hæftelse, for så vidt angår f.eks. selskabskapital, selskabsdeltagere og vedtægternes indhold. Desuden kan værtsmedlemsstaten for at kunne verificere overførslen af aktiver og passiver til det nye selskab kræve en regnskabsmæssig kontinuitet mellem selskaberne og kræve, at åbningsbalancen for det selskab, der oprettes, svarer til slutbalancen for det selskab, der var forgængeren for dette. Jeg mener ligeledes, at den pågældende medlemsstat kan kræve, at selskabets aktiver og passiver opgøres og verificeres af en revisor for at sikre overholdelse af reglerne om selskabskapital.

76. I lighed med Kommissionen er jeg desuden af den opfattelse, at medlemsstaten også kan anvende specifikke regler på grænseoverskridende situationer, når det er begrundet i disse situationers særlige karakteristika, for så vidt som disse regler hverken er diskriminerende eller uforholdsmæssige. Når oplysningerne i selskabsregistret f.eks. i henhold til national ret er bindende over for tredjeparter i god tro og har en retsstiftende virkning samtidig med, at medlemsstaten er objektivt ansvarlig i tilfælde af unøjagtigheder, er der ingen grund til at anvende disse principper på oplysninger fra myndighederne i andre medlemsstater, hvis nøjagtighed ikke kan verificeres af værtsmedlemsstaten.

40 — Jf. artikel 57 i lov om registrering af selskaber.

77. Det grundlæggende spørgsmål er således, om det selskab, der stiftes, kan kræve, at selskabet i den anden medlemsstat anføres som dets retlige forgænger. Jeg mener, at dette spørgsmål bør besvares bekræftende, da dette selskab er i stand til at bevise, at successionen er godkendt i oprindelsesmedlemsstatens lovgivning. Jeg mener således, at overførslen af aktiver mellem det forudgående selskab og det selskab, der stiftes, kun kan ske i henhold til oprindelsesmedlemsstatens retsorden.

78. Når der til gengæld er tale om det forudgående selskabs fordringer og andre forpligtelser, er jeg enig med EFTA-Tilsynsmyndigheden i, at en oplysning i det ungarske selskabsregister om den retlige succession vil beskytte kreditorerne, mens det i henhold til Cartesio-dommen er muligt, at et selskab i en medlemsstat »forsvinder« uden nogen form for likvidation. Værtsmedlemsstatens nationale ret skal tillade et selskab at redegøre for sin status som efterfølger til et andet selskab, hvilket indebærer, at det selskab, der stiftes, indtræder i alle de rettigheder og forpligtelser, som det forudgående selskab havde [41].

79. En sådan universel overførsel er imidlertid ikke mulig, hvis det forudgående selskab allerede har mistet sin status som juridisk person på tidspunktet for registreringen af det efterfølgende selskab. I dette tilfælde ligger det forudgående selskabs rettigheder og forpligtelser enten hos et selskab, der de facto ikke har status som juridisk person, eller hos selskabsdeltagerne kollektivt eller endog individuelt. Et sådant tilfælde tillader ikke en universel retlig succession mellem de to selskaber. Det følger efter min mening heraf, at de ungarske myndigheder i den foreliggende sag ikke er forpligtede til at anerkende VALE Építési som den retlige efterfølger til VALE Costruzioni, medmindre sletningen af VALE Costruzioni af selskabsregistret i Italien først annulleres.

VI – Forslag til afgørelse

80. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 49 TEUF og 54 TEUF finder anvendelse i tilfælde af en »grænseoverskridende omdannelse af et selskab«, dvs. en situation, hvor et selskab, der er stiftet i en medlemsstat (oprindelsesmedlemsstaten) flytter sit hjemsted til en anden medlemsstat (værtsmedlemsstaten) og – af denne grund – slettes fra selskabsregistret i oprindelsesmedlemsstaten, når selskabets aktionærer godkender det nye selskabs stiftelsesdokument, der er oprettet i overensstemmelse med lovgivningen i værtsmedlemsstaten, og dette sidstnævnte selskab anmoder om optagelse i selskabsregistret i værtsmedlemsstaten i henhold til lovgivningen i dette land.

2) Artikel 49 TEUF og 54 TEUF er til hinder for retsforskrifter eller en praksis i en værtsmedlemsstat, hvorefter et selskab, der er lovligt stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i en anden oprindelsesmedlemsstat, nægtes retten til at flytte sit hjemsted til værtsmedlemsstaten og dér fortsætte sin aktivitet i form af et selskab, der er stiftet i henhold til lovgivningen i denne medlemsstat, medmindre denne restriktion anvendes uden forskelsbehandling, er begrundet i tvingende hensyn af almen interesse, er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende formål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det tilsigtede formål.

3) I tilfælde af en grænseoverskridende omdannelse af et selskab skal det pågældende selskab i sin registreringsanmodning med støtte i legaliseret dokumentation bevise, at det selskab, der er stiftet i en anden medlemsstat, skal betragtes som den retlige forgænger. Den omstændighed, at

41 — Med hensyn til virkningerne af en sådan erklæring på skatteområdet skal vurderingen dels tage hensyn til forebyggelse af misbrug af rettigheder, dels til Domstolens retspraksis vedrørende skattemæssige hindringer for etableringsfriheden.

selskabet anmoder om, at denne retlige forgænger indføres i selskabsregistret i værtsmedlemsstaten, er ikke i sig selv en gyldig grund til at afvise anmodningen om registrering i selskabsregistret.

4) Er der tale om en grænseoverskridende omdannelse af et selskab, kan medlemsstaterne foreskrive anvendelse af bestemmelserne i den nationale ret, som selskaberne henhører under, vedrørende flytninger af hjemsted samt nationale omdannelser, for så vidt de finder anvendelse uden forskelsbehandling, er begrundet i tvingende hensyn af almen interesse, er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende formål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det tilsigtede formål. Medlemsstaterne kan imidlertid også foreskrive, at der anvendes specifikke bestemmelser på grænseoverskridende situationer, for så vidt som de pågældende bestemmelser ikke pålægger de selskaber, der ønsker at gøre brug af deres etableringsfrihed, en byrde, der er tungere end den, der gælder ved en national flytning af hjemsted eller omdannelse.«