FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO

fremsat den 22. maj 2008 [1]

1. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse udspringer af en appelsag anlagt til prøvelse af en afgørelse truffet af Bács-Kiskun Megyei Bíróság (herefter Bács-Kiskun), Ungarn, i egenskab af handelsret. Den vedrører et kommanditselskab, der har ansøgt om at flytte sit ledelsesmæssige hovedsæde fra Ungarn til Italien, men som fortsat ønsker at være registreret i Ungarn, således at det bevarer sin retsstilling som selskab i henhold til ungarsk lovgivning. Under udøvelsen af sin opgave bestående i at føre handelsregistret afviste handelsretten imidlertid at registrere den nye adresse i det lokale register med den begrundelse, at flytningen ikke var mulig i henhold til ungarsk lovgivning. Retten fastslog, at en virksomhed, der ønsker at flytte hovedsædet for ledelsen til en anden medlemsstat, først skal opløses i Ungarn og herefter stiftes igen i overensstemmelse med den pågældende medlemsstats lovgivning. Inden for rammerne af appelsagen har Szegedi Ítélőtábla (appelretten i Szeged) anmodet Domstolen om vejledning for at kunne afgøre, hvorvidt den relevante ungarske lovgivning er forenelig med etableringsfriheden. Den forelæggende ret har desuden rejst en række spørgsmål vedrørende anvendelsen af artikel 234 EF.

I — Sagens faktiske omstændigheder og anmodningen om præjudiciel afgørelse

2. Cartesio er et »betéti társaság« (kommanditselskab), som er stiftet i henhold til ungarsk lovgivning og registreret i Baja, Ungarn. Selskabet har to selskabsdeltagere, der har bopæl i Ungarn og er af ungarsk nationalitet: kommanditisten, der er forpligtet til at bidrage med et kapitalindskud, som er fastsat i kapitalaftalen — og kun hæfter for dette indskud — og den anden partner, komplementaren, der hæfter ubegrænset for selskabets gæld [2].

3. Den 11. november 2005 indgav Cartesio en anmodning til handelsretten om ændring af indførelsen i det lokale handelsregister, således at adressen »21013 Gallarate (Italien), Via Roma 16« blev registreret som det nye hovedsæde for selskabets ledelse. Handelsretten afviste imidlertid Cartesios anmodning, idet den fastslog, at ungarsk lovgivning ikke giver selskaber mulighed for at flytte deres ledelsesmæssige hovedsæde til

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Uanset Cartesios retsstilling som kommanditselskab vedrører de præjudicielle spørgsmål både ungarske personselskaber og kapitalselskaber. I forbindelse med de fortolkningsmæssige spørgsmål, der er rejst, såvel som når jeg henviser til Cartesio, vil jeg derfor anvende den bredere betegnelse »selskab«. På samme måde skal henvisninger til »stiftelse«, hvor dette er relevant, fortolkes som henvisninger til indførelse i registret eller stiftelse af et personselskab.

en anden medlemsstat, samtidig med at de bevarer deres retsstilling som ungarsk selskab. For at ændre ledelsens hovedsæde skulle Cartesio derfor først opløses i Ungarn og derefter stiftes igen i overensstemmelse med italiensk lovgivning.

4. Cartesio iværksatte en appel til prøvelse af handelsrettens afgørelse ved Szegedi Ítélőtábla, som har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan en ret i anden instans, som skal træffe afgørelse i en appelsag anlagt til prøvelse af en afgørelse truffet af en handelsret (»cégbíróság«) i en sag om ændring af indførsler i et register, indgive anmodning om en præjudiciel afgørelse i medfør af artikel 234 EF, når hverken proceduren for handelsretten eller proceduren for appelretten har karakter af en kontradiktorisk procedure?

2) Såfremt den pågældende ret i anden instans er omfattet af begrebet en ret, som er beføjet til at forelægge præjudicielle spørgsmål i medfør af artikel 234 EF, skal denne ret i anden instans da anses for en ret, der træffer afgørelse som øverste instans, og som derfor i henhold til artikel 234 EF har pligt til at forelægge De Europæiske Fællesskabers Domstol spørgsmål, der rejses vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten?

3) For så vidt som forelæggelseskendelser i medfør af en national retsforskrift kan kæres i overensstemmelse med bestemmelser i national ret, begrænser eller kan en sådan retsforskrift da begrænse de ungarske retters beføjelse til at forelægge præjudicielle spørgsmål — som umiddelbart følger af artikel 234 EF — når den overordnede ret, såfremt et kæremål rejses, kan ændre kendelsen, kende anmodningen om en præjudiciel afgørelse ugyldig og pålægge den ret, som har afsagt forelæggelseskendelsen, at genoptage retsforhandlingerne i den nationale sag, som er blevet udsat?

4) a) Når et selskab, som er stiftet i Ungarn i overensstemmelse med ungarsk selskabsret og registreret i det ungarske handelsregister, ønsker at forlægge sit hjemsted til en anden af Den Europæiske Unions medlemsstater, er der da tale om et område, som er reguleret af fællesskabsretten, eller er det — når lovgivningerne ikke er harmoniseret — alene national ret, som finder anvendelse?

b) Kan et ungarsk selskab anmode om forlæggelse af sit hjemsted til en anden af Den Europæiske Unions

medlemsstater under direkte påberåbelse af fællesskabsretten (artikel 43 EF og 48 EF)? Kan fraflytningsstaten eller værtsstaten, hvis svaret er bekræftende, stille betingelser for eller kræve indhentelse af tilladelse til forlæggelsen af selskabets hjemsted?

c) Skal artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at en national lovgivning eller praksis, som indebærer, at erhvervsdrivende selskaber hvad angår udøvelsen af de rettigheder, som er tillagt sådanne selskaber, behandles forskelligt, afhængigt af i hvilken medlemsstat selskabet har hjemsted, er uforenelig med fællesskabsretten?

Skal artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at en national lovgivning eller praksis, som forhindrer et ungarsk selskab i at forlægge sit hjemsted til en anden af Den Europæiske Unions medlemsstater, er uforenelig med fællesskabsretten?«

II — Bedømmelse

A — *Det første spørgsmål*

5. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om en anmodning om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, når den fremsættes i en appelsag, der er iværksat til prøvelse af en afgørelse truffet af en underinstans, og når hverken proceduren for underinstansen eller proceduren for appelretten har karakter af en kontradiktorisk procedure. Den forelæggende ret begynder således med at spørge, om den har adgang til at stille Domstolen et spørgsmål [3]. Svaret fremgår tydeligt af retspraksis. I forbindelse med denne sag har handelsretten udelukkende udført en registreringsfunktion, hvor den virkede »som administrativ myndighed uden samtidig at skulle træffe afgørelse i en retssag« [4]. Dette må, hvad angår artikel 234 EF, klassificeres som en ikkejudiciel funktion, inden for rammerne af hvilken handelsretten ikke har beføjelse til at anmode om en præjudiciel afgørelse [5]. Den appel, der er iværksat til prøvelse af handelsrettens afgørelse, er derimod, set på baggrund

3 — Jf. også f.eks. dom af 23.3.1982, sag 102/81, Nordsee, Sml. s. 1095.

4 — Dom af 15.1.2002, sag C-182/00, Lutz m.fl., Sml. I, s. 547, præmis 14.

5 — Dommen i sagen Lutz m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 13. jf. desuden dom af 14.6.2001, sag C-178/99, Salzmann, Sml. I, s. 4421, præmis 15, og af 19.10.1995, sag C-111/94, Job Centre, Sml. I, s. 3361, præmis 11, kendelse af 22.1.2002, sag C-447/00, Holto, Sml. I, s. 735, præmis 17 og 18, samt dom af 30.6.2005, sag C-165/03, Längst, Sml. I, s. 5637, præmis 25, og af 27.4.2006, sag C-96/04, Standesamt Stadt Niebüll, Sml. I, s. 3561, præmis 14.

af artikel 234 EF, en retssag, selv om den ikke har karakter af kontradiktorisk procedure [6]. Derfor kan en domstol, som en sådan sag indbringes for, anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse [7]. Det må derfor konkluderes, at den nationale rets første præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling og desuden skal besvares bekræftende.

B — *Det andet spørgsmål*

6. For det andet har den forelæggende ret spurgt, hvorvidt den skal anses for en ret, der træffer afgørelse som øverste instans, og som er omfattet af den i artikel 234, stk. 3, EF omhandlede forpligtelse. Man kunne hævde, at dette spørgsmål bør afvises, fordi besvarelsen ikke er nødvendig for at kunne afgøre tvisten i hovedsagen — når det kommer til stykket, har den forelæggende ret jo besluttet at forelægge sine øvrige præjudicielle spørgsmål under alle omstændigheder. Når et spørgsmål tydeligvis er af videre praktisk betydning for fællesskabsrettens ensartede fortolkning og anvendelse og ikke er kunstigt knyttet til de faktiske omstændigheder [8], bør formalitetsreglerne dog ikke anvendes på en sådan måde, at de bliver praktisk talt uoverstigelige hindringer. Når den eneste realistiske mulighed, en national ret har, er at forelægge et sådant spørgsmål inden for rammerne af en sag, hvor svaret måske ikke er strengt nødvendigt for at afgøre tvisten, bør formalitetstærskelen efter min opfattelse ikke sættes for højt [9].

7. For så vidt angår det konkret forelagte spørgsmål er det vanskeligt at få øje på andre realistiske måder, hvorpå det ville kunne forelægges Domstolen, selv om det er åbenlyst relevant for den præjudicielle procedures funktion, og i betragtning af, at dets tilknytning til de faktiske omstændigheder i sagen ikke kan betegnes som kunstig. Det ville være alt for besværligt at kræve, at en national ret som det første trin forelægger et præjudicielt spørgsmål udelukkende med det formål at spørge, om den er omfattet af forpligtelsen i henhold til artikel 234 EF, og herefter, hvis svaret er bekræftende, forelægger de faktiske præjudicielle spørgsmål i andet trin [10]. Jeg foreslår derfor, at Domstolen yder sin bistand på dette punkt, som den gjorde i en lignende sammenhæng i Lyckeskog-sagen [11].

6 — Job Centre-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 11, og Holto-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 19.

7 — Jf. også forudsætningsvis dom af 13.12.2005, sag C-411/03, SEVIC Systems, Sml. I, s. 10805.

8 — Jf. dom af 30.11.2000, sag C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. I, s. 10497, hvor Domstolen anerkender spørgsmål, som har »generel betydning«, og som kun har abstrakt tilknytning til nogle faktiske omstændigheder. Jf. også generaladvokat Jacobs' bedømmelse i denne sag, hvor han argumenterede for en restriktiv fortolkning af begrebet hypotetiske spørgsmål.

9 — Tilsyneladende bekræfter Domstolens praksis, at formalitetsreglerne skal fortolkes under hensyntagen til det forhold, at der i lyset af nationale procesregler, procesomkostninger og procesøkonomiske hensyn ikke findes brugbare alternativer til at forelægge sådanne spørgsmål for Domstolen. Jf. f.eks. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, især spørgsmålene vedrørende udlændingeklausulerne. Dette behandles mere indgående nedenfor i forbindelse med det tredje spørgsmål.

10 — Andre måder, hvorpå spørgsmålet kunne forelægges Domstolen, forekommer endnu mere bebyrdende, jf. f.eks. dom af 30.9.2003, sag C-224/01, Köbler, Sml. I, s. 10239.

11 — Dom af 4.6.2002, sag C-99/00, Sml. I, s. 4839.

8. Ifølge forelæggelseskendelsen kan den berørte part i sager som denne rejse kæremål vedrørende Szegedi Ítélőtáblas afgørelse ved Legfelsőbb Bíróság (højesteret). Den forelæggende ret har dog bemærket, at der kun kan iværksættes kassationsanke til Legfelsőbb Bíróság vedrørende retsspørgsmål. Den forelæggende ret har i denne forbindelse nævnt § 270, stk. 2, i Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (lov III af 1952 om den civile retspleje), der fastsætter følgende: »En sags parter og intervenienter samt personer, som berøres af en endelig dom eller en endelig kendelse, hvorved en sag afsluttes, kan iværksætte kassationsanke heraf vedrørende de dele af afgørelsen, som berører vedkommende, til Legfelsőbb Bíróság, med påstand om fejlagtig anvendelse af retsregler.« Endvidere har den forelæggende ret gjort opmærksom på, at iværksættelse af kassationsanke ikke automatisk har suspensiv virkning. § 273, stk. 3, første punktum, i den nævnte lov fastslår: »Iværksættelse af kassationsanke har ikke suspensiv virkning, men Legfelsőbb Bíróság kan på parts begæring undtagelsesvis anordne udsættelse af gennemførelsen.«

9. Disse begrænsninger taler dog ikke for den konklusion, at Szegedi Ítélőtábla skal anses for en »ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres«. Et spørgsmål, der vedrører gyldigheden eller fortolkningen af fællesskabsretten, vil formodentlig altid være et retsspørgsmål, som derfor kan gøres til genstand for en kassationsanke. Desuden er nationale processuelle regler, hvorefter en sådan kassationsanke kun har suspensiv virkning i særlige tilfælde, i princippet forenelige med fællesskabsretten, forudsat at disse bestemmelser for det første ikke anvendes således, at kassationsanker vedrørende fællesskabsretten behandles mindre gunstigt end kassationsanker vedrørende den nationale ret (ækvivalensprincippet), og at de for det andet ikke gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet) [12].

10. Det forhold, at en appel vedrørende en national rets afgørelse kun kan vedrøre retsspørgsmål og ikke automatisk har suspensiv virkning, indebærer således ikke, at den pågældende ret er omfattet af forpligtelsen i henhold til artikel 234, stk. 3, EF.

C — *Det tredje spørgsmål*

11. Det tredje præjudicielle spørgsmål vedrører den mulighed, som ungarsk procesret giver for særskilt kære af afgørelser om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål. § 155/A i lov III af 1952 om den civile retspleje fastsætter: »Afgørelser om forelæggelse af

12 — Jf. analogt dom af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, af 14.12.1995, forenede sager C-430/93 og C-431/93, Van Schijndel og van Veen, Sml. I, s. 4705, præmis 17, og af 7.6.2007, forenede sager C-222/05 — C-225/05, Van der Weerd m.fl., Sml. I, s. 4233, præmis 28.

spørgsmål til præjudiciel afgørelse kan kæres særskilt. Afgørelser, hvorved en anmodning om forelæggelse af spørgsmål til præjudiciel afgørelse afvises, kan ikke gøres til genstand for et særskilt kæremål« [13]. I denne sammenhæng finder de almindelige bestemmelser om den suspensive virkning af en appel tilsyneladende anvendelse [14]. Den nationale ret har i sin forelæggelseskendelse forklaret, at hvis der rejses et kæremål vedrørende en afgørelse om forelæggelse af spørgsmål til præjudiciel afgørelse, kan den ret, der behandler kæremålet, ændre forelæggelseskendelsen eller kende anmodningen om præjudiciel afgørelse ugyldig og pålægge den ret, som har afsagt forelæggelseskendelsen, at genoptage retsforhandlingerne i den nationale sag, som var blevet udsat. Den forelæggende ret ønsker med sit tredje spørgsmål oplyst, om disse nationale processuelle regler er forenelige med den procedure for præjudicielle afgørelser, der er fastsat i traktaten.

12. Også her kunne det argumenteres, at spørgsmålet ikke kan antages til realitetsbehandling, da der i denne sag tilsyneladende ikke er rejst noget kæremål vedrørende forelæggelseskendelsen [15]. Muligheden for et kæremål er imidlertid et nationalretligt anliggende, som det tilkommer den nationale ret at afgøre. Desuden mener jeg, at Domstolen i denne sag bør være særligt lydhør over for den nationale rets ønsker og benytte lejligheden til at vejlede i dette anliggende. Min begrundelse herfor er den samme som begrundelsen for, at jeg mener, at det andet spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

13. For det første er dette spørgsmål ikke rent hypotetisk. Det er snævert forbundet med de faktiske omstændigheder i sagen (som er ubestridt), og det svar, den nationale ret får, kan meget vel være af betydning for dens afgørelse, hvis der rejses et kæremål — en mulighed, som den nationale ret anså for at være relevant, da den udarbejdede sin kendelse. Efter min opfattelse er der kun tale om et hypotetisk spørgsmål, som ikke kan antages til realitetsbehandling, hvis de faktiske omstændigheder i sig selv er kunstige, eller spørgsmålets tilknytning til omstændighederne er kunstig. Kun i disse tilfælde gør årsagerne til, at hypotetiske spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling (misforståelse af de faktiske omstændigheder, foregribelse af afgørelse og risiko for misbrug), sig gældende [16]. I den aktuelle sag ville Domstolen imidlertid ikke skulle give et juridisk svar på grundlag af en hypotetisk faktisk baggrund, som kunne påvirke den retslige afgørelses kvalitet og legitimitet ved at undlade at tage den faktiske sammenhæng i betragtning ved fortolkningen og anvendelsen af en retsregel. Det eneste såkaldte hypotetiske aspekt i denne sag kan i virkeligheden snarere betegnes en eventualitet, nemlig, at det svar, Domstolen giver, eventuelt alligevel ikke bliver afgørende for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, hvis der rent faktisk ikke rejses noget kæremål vedrørende forelæggelseskendelsen. En sådan even-

13 — Desuden fastsætter § 249/A, at »afgørelser truffet i *anden* instans, hvorved en anmodning om forelæggelse af spørgsmål til præjudiciel afgørelse *afvises*, […] ligeledes kan gøres til genstand for et særskilt kæremål« (min fremhævelse).

14 — I henhold til bestemmelsen om forelæggelse af spørgsmål til præjudiciel afgørelse i § 259 i lov III af 1952 om den civile retspleje.

15 — Kommissionen har gjort gældende, at forelæggelseskendelsen er blevet endelig. Dette aspekt er imidlertid ikke omfattet af forelæggelseskendelsen og bør efter min opfattelse ikke være afgørende for beslutningen om, hvorvidt spørgsmålet kan antages til realitetsbehandling.

16 — Jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Österreichischer Gewerkschaftbund-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 8, punkt 53-55.

tualitet findes imidlertid også i andre juridiske spørgsmål, som Domstolen normalt besvarer. Domstolen kan aldrig være helt sikker på, at det svar, den giver, rent faktisk vil være relevant for udfaldet af tvisten i hovedsagen. Måske ender den nationale ret f.eks. med at afgøre sagen på grundlag af et nationalt processuelt retsspørgsmål uden på noget tidspunkt at anvende det fællesskabsretlige svar, som den har fået fra Domstolen. Det betyder ikke, at Domstolen har besvaret et hypotetisk spørgsmål, når blot spørgsmålet udsprang af virkelige omstændigheder, hvis tilknytning til fællesskabsretten ikke var kunstig. Man er nødt til at sondre mellem et spørgsmål, der er baseret på kunstige omstændigheder eller uden tilknytning til de faktiske omstændigheder i sagen (som efter min opfattelse er hypotetisk og ikke kan antages til realitetsbehandling), og et spørgsmål, som har tilknytning til de faktiske omstændigheder i sagen, men som måske vil vise sig ikke at være afgørende for det endelige udfald (som efter min mening ikke er hypotetisk og derfor kan antages til realitetsbehandling).

14. For det andet er det på trods af spørgsmålets åbenlyse relevans for den præjudicielle forelæggelsesprocedures funktion svært at se, hvordan det ellers ville kunne blive forelagt Domstolen. Teoretisk kunne man selvfølgelig godt forestille sig den situation, hvor en part i en national sag ved en underinstans kærede en forelæggelseskendelse til en højere instans, og at underinstansen opretholdt sin forelæggelseskendelse uanset nationale processuelle bestemmelser, hvorefter appellen har suspensiv virkning. Under disse omstændigheder ville spørgsmålet om appellens virkning givetvis være umiddelbart relevant. Dette scenario ville imidlertid også kræve, at underinstansen gik imod de nationale processuelle regler uden at vide, om den ifølge fællesskabsretten har beføjelse hertil, hvilket helt klart ville bringe underinstansen i en meget ubehagelig situation [17]. Dette er sandsynligvis forklaringen på, at et sådant spørgsmål aldrig har været udtrykkeligt forelagt Domstolen, selv om tidligere sager og velkendt national lovgivning og praksis kunne tyde på, at det har betydelig relevans i de nationale retters daglige anvendelse af fællesskabsretten [18]. Jeg vil derfor foreslå Domstolen, at den overlader det til den nationale ret at afgøre, om dette spørgsmål er relevant for hovedsagen, ved at besvare Szegedi Ítélőtáblas tredje spørgsmål og benytte lejligheden til at behandle dette omdiskuterede emne, som har stor praktisk betydning for fællesskabsretten. På denne

17 — Man kunne også forestille sig den modsatte situation, at den højere instans, som får indbragt et kæremål vedrørende kendelsen om præjudiciel forelæggelse, først udsætter sagen for at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt et sådant kæremål er foreneligt med fællesskabsretten. Det forekommer dog også usandsynligt, at dette skulle ske. Hvis den nationale højere instans besluttede at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål, kan det desuden med rimelighed formodes, at den af procesøkonomiske årsager ville gøre dette i forbindelse med de materielle, fællesskabsretlige spørgsmål, som oprindeligt var rejst af den nationale underinstans (som det var tilfældet i dom af 9.7.1985, sag 19/84, Pharmon mod Hoechst, Sml. s. 2281, som oprindeligt var en forelæggelseskendelse fra en underinstans, registreret under sagsnummer 271/80, der blev kæret og efterfølgende slettet af registeret), eller i det mindste ved at medtage disse spørgsmål (med den konsekvens, at det oprindelige processuelle spørgsmål muligvis ville blive afvist som hypotetisk i lyset af forelæggelsen af de materielle spørgsmål). Dette ville rent faktisk svare til at bringe nationale retter i en form for ond cirkel og kan måske også forklare, hvorfor et sådant spørgsmål aldrig udtrykkeligt er forelagt Domstolen (jf. D. O'Keeffe, »Appeals against an Order to Refer under Article 177 of the EEC Treaty«, *9 European Law Review* (1984) 87, s. 101).

18 — I sit forslag til afgørelse i Rheinmühlen-Düsseldorf-sagerne (domme af 12.2.1974, sag 146/73 og sag 166/73, Sml. s. 40) bemærkede generaladvokat Warner på s. 44, at en sådan mulighed for at appellere en forelæggelseskendelse, som han anså for at være i strid med fællesskabsretten, fandtes i hvert fald i nogle medlemsstater i medfør af nationale processuelle regler.

måde kan Domstolen måske foregribe fremtidige hindringer i forbindelse med dens samarbejde med de nationale retter, hvis forelæggelseskendelser kunne gøres til genstand for et kæremål.

15. Artikel 234 EF fastsætter, at enhver national ret har mulighed for at henvende sig til Domstolen, når den skønner, at en præjudiciel afgørelse af et spørgsmål om fortolkningen eller gyldigheden af en fællesskabsretsakt er nødvendig, for at den kan afsige sin dom [19]. De nationale retters mulighed for at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse er således fastsat i selve traktaten. Desuden har de en »meget vid adgang« til at gå til Domstolen [20].

16. En underinstans' afgørelse, der indeholder en forelæggelse af præjudicielle spørgsmål, er naturligvis ikke i medfør af fællesskabsretten undtaget fra de retsmidler, som normalt er til rådighed inden for den nationale lovgivning [21]. Såfremt der er rejst kæremål vedrørende en afgørelse, der indeholder en forelæggelseskendelse, vil Domstolen dog i princippet skulle efterkomme anmodningen om en præjudiciel afgørelse, så længe den forelæggende ret ikke har trukket sine spørgsmål tilbage [22]. Domstolen kan udsætte den præjudicielle procedure og afvente udfaldet af den nationale appelprocedure, hvis appellen har suspensiv virkning, og hvis den nationale ret har meddelt Domstolen dette. Denne meddelelse anses for en implicit anmodning om udsættelse af den præjudicielle procedure [23]. Domstolen vil dog uden videre fortsætte den præjudicielle procedure på trods af de virkninger, en appel måtte have i medfør af den nationale lovgivning, hvis den forelæggende ret udtrykkeligt har anmodet Domstolen herom [24].

17. Det afgørende spørgsmål er, hvorvidt underinstanser i henhold til nationale processuelle regler kan være forpligtet til at udsætte eller endog trække en anmodning om præjudiciel afgørelse tilbage, såfremt der er rejst kæremål vedrørende en forelæggelseskendelse. Dette spørgsmål er rent faktisk blevet behandlet af generaladvokat Warner i dennes forslag til afgørelse i Rheinmühlen-sagen [25] — og jeg er næsten fristet til blot at henvise til dette forslag til afgørelse, hvor han gjorde gældende, at national lovgivning ikke kan indskrænke den mulighed, som de lavere retsinstanser i en medlemsstat har for at forelægge Domstolen spørgsmål. Jeg vil slet ikke indlade mig på blot at forsøge at efter-

19 — Jf. desuden dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 19.

20 — Dom af 16.1.1974, sag 166/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, Sml. s. 33, præmis 4.

21 — Dom af 12.2.1974, sag 146/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, Sml. s. 139, præmis 3.

22 — Rheinmühlen-Düsseldorf-dommen (sag 146/73), nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 3, dom af 6.4.1962, sag 13/61, de Geus, Sml. 1954-1964, s. 293, præmis 50, org.ref.: Rec. s. 89, og af 6.10.1983, forenede sager 2/82-4/82, Le Leon m.fl., Sml. s. 2973, præmis 9.

23 — Jf. f.eks. kendelse af 3.6.1969, sag 31/68, Chanel, org.ref.: Rec. 1970, s. 403, og af 14.7.1992, sag C-269/92, Bosman.

24 — Dom af 30.1.1974, sag 127/73, BRT mod SABAM, Sml. s. 51, præmis 3. Jf. desuden D. O'Keeffe, artiklen nævnt ovenfor i fodnote 17.

25 — Forslag til afgørelse fremsat den 12.12.1973 i Rheinmühlen-Düsseldorf-sagerne, nævnt ovenfor i fodnote 20 og 21.

ligne de overbevisende og klare argumenter, der ledte ham frem til denne konklusion, men vil blot nøjes med at tilslutte mig hans forslag til afgørelse og tilføje nogle enkelte bemærkninger.

18. Der kan være flere årsager til, at en underinstans måtte *ønske* at trække sin anmodning om præjudiciel afgørelse tilbage, efter at der er rejst et kæremål vedrørende forelæggelseskendelsen. Parterne kan f.eks. have fundet en anden måde til at bringe deres tvist ud af verden under appelproceduren [26]. Det kunne også tænkes, at afgørelsen i appelsagen har medført, at de præjudicielle spørgsmål har mistet deres relevans, fordi det f.eks. har vist sig, at den sag, der var rejst ved underinstansen, ikke kunne antages til realitetsbehandling. Appelprocedurer og deres udfald kan således sagtens medføre, at en underinstans anmoder om udsættelse af dens anmodning om præjudiciel afgørelse eller endog trækker sin anmodning tilbage. Dette bør dog ikke føre til den konklusion, at der er omstændigheder, hvorunder en dom afsagt af en appelret kan *forpligte* en underinstans til at gøre dette.

19. Den mulighed, en underinstans i en hvilken som helst medlemsstat har for direkte kontakt med Domstolen, er afgørende for fællesskabsrettens ensartede fortolkning og effektive anvendelse. Det er også det redskab, der gør alle nationale domstole til domstole, der anvender fællesskabsretten. Gennem anmodningen om præjudiciel afgørelse indgår den nationale domstol i en EF-retlig dialog, uafhængigt af andre nationale myndigheder eller retsinstanser [27]. Det var ikke hensigten med traktatbestemmelserne, at andre nationale domstole skulle fungere som »filter« i en sådan dialog, uanset hvilket retshierarki der måtte være i den pågældende stat. Som den irske højesteret fastslog (da den afviste at behandle et kæremål vedrørende en forelæggelseskendelse): »I henhold til traktaten har [underinstansen] denne beføjelse uden nogen som helst udtrykkelige eller forudsatte begrænsninger, i medfør af hvilke dens afgørelse ville kunne underkendes af en anden national domstol« [28].

20. Derfor er spørgsmålet, om en anmodning om præjudiciel afgørelse er nødvendig, noget, der kan afgøres mellem den forelæggende ret og Domstolen. Dette er i sidste ende også grunden til, at spørgsmålet, om en anmodning om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, afgøres af Domstolen, og ikke af nationale domstole, som inden for den nationale processuelle struktur er højere instanser end den forelæggende ret. Hvis det modsatte var gældende, kunne det føre til, at forelæggelseskendelser afsagt af underinstanser systematisk blev anket i medfør af national lovgivning eller praksis, så der opstod en situation, hvor den nationale lovgivning — i hvert fald de facto — kun gav domstole i sidste instans mulighed for at forelægge præjudicielle spørgsmål. Risikoen for, at et sådant spørgsmål behandles som et nationalt

26 — Jf. f.eks. Chanel-kendelsen, nævnt ovenfor i fodnote 23.

27 — D. Sarmiento, *Poder Judicial e integración europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, s. 58.

28 — Irish Supreme Courts dom af 17.6.1983 i Campus Oil Ltd m.fl. mod The Minister for Industry and Energy, Ireland, The Attorney General, and the Irish National Petroleum Co. Ltd, *Common Law Review*, bind 1, s. 479.

procesretligt spørgsmål i stedet for et fællesskabsretligt spørgsmål, belyses af denne sag, hvor den nationale lovgivning giver mulighed for et særskilt kæremål vedrørende en forelæggelseskendelse. Dette kunne føre til, at national proceslovgivning kunne ændre de vilkår, der er fastsat i artikel 234 EF, for forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

21. Kort sagt giver fællesskabsretten alle domstole i alle medlemsstater beføjelse til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål. Denne beføjelse kan ikke indskrænkes af national lovgivning. Min konklusion er derfor, at artikel 234 EF er til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser, hvorefter nationale domstole kan være forpligtet til at udsætte eller trække en anmodning om præjudiciel afgørelse tilbage.

D — *Det fjerde spørgsmål*

22. Det fjerde spørgsmål vedrører etableringsfriheden. I henhold til ungarsk selskabsret, som angivet i forelæggelseskendelsen, er hjemstedet for et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med ungarsk lovgivning, det sted, hvor dets ledelsesmæssige hovedsæde (»központi ügyintézés helye«) er beliggende [29]. Det sted, hvor et selskab har sit ledelsesmæssige hovedsæde, formodes med andre ord at være det samme sted som det, hvor selskabet er registreret. Hvis et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med ungarsk lovgivning, flytter hovedsædet for selskabets ledelse, vil dette normalt blive registreret i handelsregisteret, hvis flytningen sker inden for Ungarn [30]. Det fremgår af de faktiske omstændigheder, som er anført i forelæggelseskendelsen, at Cartesio ønsker at flytte ledelsens hovedsæde til Italien. I stedet for at blive stiftet igen som italiensk selskab ønsker Cartesio imidlertid fortsat at være registreret i Ungarn og dermed være omfattet af ungarsk selskabsret.

23. Tilsyneladende ligger teorien om det »faktiske hjemsted« til grund for ungarsk selskabsret. I henhold til denne teori skal et selskab opfylde alle gældende selskabsretlige krav i den stat, hvor det har sit faktiske hjemsted [31]. I henhold til teorien om det faktiske hjemsted er et »selskabs nationalitet og hjemsted uløseligt forbundet« [32]. Anvendt i sin yderste konsekvens betyder denne teori, at ungarsk selskabsret — som denne fortolkes og anvendes af handelsretten — forbyder »eksport« af en ungarsk juridisk person til en anden medlemsstats område. Selv om et

29 — Artikel 16, stk. 1, i cégnyilvántartásról, a cégnyilvánosságról és a bírosági cégeljárásról szóló 1997. évi CXLV. törvény (lov CXLV af 1997 om handelsregistret, offentlighed vedrørende selskaber og procedurerne i handelsretlige sager). I henhold til denne bestemmelse er »hjemstedet […] det sted, hvor det ledelsesmæssige hovedsæde er beliggende. Dette skal være angivet på et skilt«.

30 — Artikel 34, stk. 1, i lov CXLV af 1997 fastsætter følgende: »Hvis et selskab flytter sit hjemsted til et sted, som hører under en anden rets jurisdiktion, idet denne ret er ansvarlig for at føre selskabsregisteret, skal dette registreres som en ændring hos den ret, der har jurisdiktion i det område, hvor det tidligere hjemsted var beliggende. Sidstnævnte ret vil godkende flytningen efter at have behandlet ansøgningerne vedrørende ændringer, der er opstået inden ændringen af hjemstedet.«

31 — V. Edwards, *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, s. 336.

32 — Ibidem.

selskab, der er stiftet efter ungarsk selskabsret, har mulighed for at udøve erhvervsmæssig virksomhed eller oprette et datterselskab i en anden medlemsstat, skal hovedsædet for ledelsen fortsat være i Ungarn. Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 43 EF og 48 EF er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med national lovgivning, ikke kan flytte sit ledelsesmæssige hovedsæde til en anden medlemsstat.

24. Den ungarske regering har gjort gældende, at denne sag ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43 EF og 48 EF. Den irske, polske og slovenske regering samt Det Forenede Kongeriges regering har den samme holdning. Til gengæld har Cartesio, Kommissionen og den nederlandske regering gjort gældende, at der foreligger en restriktion af etableringsfriheden, og at artikel 43 EF og 48 EF derfor finder anvendelse.

25. Jeg mener ikke, det er korrekt, at denne sag falder uden for anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om etableringsfriheden. Nationale bestemmelser, som kun giver et selskab mulighed for at flytte sin ledelses hovedsæde inden for det nationale område, behandler helt klart grænseoverskridende situationer mindre fordelagtigt end rent nationale situationer [33]. Sådanne bestemmelser udgør nemlig forskelsbehandling i forbindelse med udøvelsen af den frie bevægelighed [34]. Cartesio vil gerne flytte hovedsædet for sin ledelse til Italien. Derfor er det, Cartesio ønsker, tilsyneladende »faktisk […] udøvelse af en økonomisk aktivitet ved hjælp af en fast indretning i en anden medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum« [35]. Under disse omstændigheder finder traktatens bestemmelser om etableringsfriheden klart anvendelse [36].

26. Det er korrekt, at Domstolen i dommen i sagen Daily Mail og General Trust fastslog, at et selskab ikke kunne påberåbe sig etableringsfriheden med henblik på at overføre sit hovedsæde og hovedkontor til en anden medlemsstat (Nederlandene) med det formål at sælge en væsentlig del af sine ikke-permanente aktiver og med provenuet fra dette salg at tilbagekøbe en del af sine egne aktier uden at skulle betale de skatter, som disse transaktioner ville medføre i henhold til oprindelsesmedlemsstatens (Det Forenede Kongerige) skattelovgivning [37]. I henhold til britisk selskabslovgivning kunne et selskab — betinget af skattemyndighedernes tilladelse — flytte sit hovedsæde og hovedkontor til en anden medlemsstat uden at miste sin status

33 — Jf. i denne retning dom af 18.11.1999, sag C-200/98, X og Y, Sml. I, s. 8261, præmis 26-28, af 11.3.2004, sag C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, Sml. I, s. 2409, præmis 42 og 46, SEVIC Systems-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 14, 22 og 23, og dom af 18.7.2007, sag C-231/05, Oy AA, Sml. I, s. 6373, præmis 31-43.

34 — Jf. desuden mit forslag til afgørelse i sagen Alfa Vita Vassilopoulos og Carrefour-Marinopoulos (dom af 14.9.2006, forenede sager C-158/04 og C-159/04, Sml. I, s. 8135), punkt 41 og 46.

35 — Dom af 25.7.1991, sag C-221/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 3905, præmis 20. Jf. desuden dom af 4.10.1991, sag C-246/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4585, præmis 21, og af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 54 og 66.

36 — Jf. f.eks. dom af 5.10.2004, sag C-442/02, CaixaBank France, Sml. I, s. 8961, præmis 11 og den deri nævnte retspraksis.

37 — Dom af 27.9.1988, sag 81/87, Sml. s. 5483, præmis 7.

som juridisk person eller egenskab af britisk selskab [38]. Under de pågældende omstændigheder modsatte skattemyndighederne sig dog flytningen og fastholdt, at selskabet skulle sælge i det mindste en del af aktiverne, før det skattemæssige hjemsted blev flyttet ud af Det Forenede Kongerige [39]. Domstolen afviste selskabets påstand om, at skattemyndighederne havde tilsidesat etableringsfriheden. Med henvisning til forskellene mellem medlemsstaternes selskabsret fastslog Domstolen, at selskaber kun eksisterer i kraft af national ret, og at »[t]raktaten […] ikke [kan] fortolkes således, at de[n] giver selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med national ret, en ret til at flytte deres hovedsæde og hovedkontor til en anden medlemsstat under opretholdelse af deres egenskab af selskaber i den medlemsstat, ifølge hvis lovgivning de er stiftet« [40]. Vilkårene for et selskabs »liv og død« fastsættes således alene af den stat, efter hvis lovgivning selskabet er stiftet [41]. Staten giver, staten tager, og vi må slå os til tåls dermed.

27. Siden Daily Mail og General Trust-dommen har retspraksis vedrørende selskabers etableringsfrihed imidlertid udviklet sig, og Domstolens tilgang til emnet er blevet mere nuanceret [42]. Udviklingen har ganske vist været præget af en række modsatrettede signaler i retspraksis. Især som følge af Centros-dommen [43], Überseering-dommen [44] og Inspire Art-dommen [45] syntes Domstolens praksis at bevæge sig i præcis den modsatte retning af den, den havde fulgt i Daily Mail og General Trust-dommen. Domstolen afviste nemlig konsekvent det argument, at nationale selskabsretlige bestemmelser lå uden for anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om etableringsfriheden. F.eks. fastslog Domstolen i Inspire Art-dommen, at »den omstændighed, at Inspire Art er blevet stiftet i den hensigt at undgå den nederlandske selskabslovgivning, som stiller strengere krav, navnlig hvad angår størrelsen af mindstekapitalen og indbetaling af selskabsandele, [udelukker] således ikke, at selskabets oprettelse af en filial i Nederlandene er omfattet af etableringsfriheden i medfør af artikel 43 EF og 48 EF« [46]. Denne udtalelse stemmer slet ikke overens med den tanke, at selskabers stiftelse og funktion udelukkende er bestemt af medlemsstaternes forskellige nationale selskabslovgivninger.

28. Der er gjort flere forsøg — også af Domstolen selv — på at sondre, på grundlag af de faktiske omstændigheder, mellem Daily Mail og General Trust-dommen og Centros-,

38 — Daily Mail og General Trust-dommen, præmis 3 og 5.
39 — Daily Mail og General Trust-dommen, præmis 8.
40 — Daily Mail og General Trust-dommen, præmis 24.
41 — Daily Mail og General Trust-dommen, præmis 19: »Det bemærkes, at selskaber i modsætning til fysiske personer er enheder oprettet i henhold til en retsorden, og på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin en national retsorden. De eksisterer kun i kraft af de forskellige nationale lovgivninger, som er bestemmende for deres stiftelse og funktion.«

42 — Domstolens holdning ligger faktisk i dag nærmere på generaladvokat Darmons holdning i hans forslag til afgørelse i Daily Mail og General Trust-sagen.
43 — Dom af 9.3.1999, sag C-212/97, Sml. I, s. 1459.
44 — Dom af 5.11.2002, sag C-208/00, Sml. I, s. 9919.
45 — Dom af 30.9.2003, sag C-167/01, Sml. I, s. 10155.
46 — Inspire Art-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 98.

Überseering- og Inspire Art-dommen ved at fokusere på aspekter såsom primær kontra sekundær etablering og forskellen på et selskab, der kommer fra en anden medlemsstat og etablerer sig i den pågældende medlemsstat, og et selskab, der flytter ud af den pågældende medlemsstat. Ikke overraskende har ingen af disse forsøg dog været særligt overbevisende [47]. Især har sondringen mellem situationer, hvor en medlemsstat hindrer eller bremser selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med denne stats *egen* selskabsret, i at etablere sig i udlandet, og situationer, hvor *værtsmedlemsstaten* begrænser etableringsfriheden, aldrig passet ind i Domstolens overordnede analyserammer for artikel 43 EF og 48 EF [48]. Desuden afveg denne sondring også fra Domstolens ræsonnement i Daily Mail og General Trust-dommen [49]. Som generaladvokat Tizzano helt korrekt bemærkede i sit forslag til afgørelse i SEVIC Systems-sagen: »Det fremgår […] af denne retspraksis, at artikel 43 EF ikke blot forbyder, at en medlemsstat forhindrer eller begrænser udenlandske erhvervsdrivendes adgang til at etablere sig på sit område, men også er til hinder for, at medlemsstaten opstiller hindringer for, at dens egne erhvervsdrivende etablerer sig i en anden medlemsstat. Det er med andre ord både restriktioner for »indrejse til« og »udrejse fra« det nationale område, der er forbudt« [50].

29. Efter min opfattelse består problemet i, at ovennævnte citater fra Daily Mail og General Trust-dommen og Inspire Art-dommen ikke giver et retvisende billede af praksis og af den tankegang, der ligger til grund herfor. På den ene side kan man, på trods af, hvad der synes at følge af Inspire Art-dommen og Centros-dommen, måske ikke altid påberåbe sig etableringsfriheden med henblik på at etablere et selskab proforma i en anden medlemsstat med det ene formål at omgå den nationale selskabsret. I sin dom for nylig i Cadbury Schweppes-sagen gentog Domstolen, at »den omstændighed, at et selskab er blevet oprettet i en medlemsstat med det formål at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning, ikke *i sig selv* er tilstrækkelig til at konkludere, at der foreligger misbrug af [etableringsfriheden]« [51]. Den understregede imidlertid også, at medlemsstaterne må træffe foranstaltninger med henblik på at hindre »rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet«, og hvis formål er at omgå den nationale lovgivning [52]. Især er etableringsfriheden ikke til hinder for, at medlemsstaterne er på vagt over for »postkasse«- eller »skærm«-selskaber [53]. Efter min opfattelse udgør dette en væsentlig indskrænkning af Centros-dommen og Inspire Art-dommen samt en bekræftelse af

47 — Et overblik over og en kritisk vurdering af teorier, der forsøger at forklare forskellen mellem på den ene side Daily Mail og General Trust-dommen og på den anden side Centros- og Überseering-dommen, kan ses i W.-G. Ringe, »No Freedom of Emigration for Companies?«, 2005 *European Business Law Review*, 2005, s. 621.

48 — Jf. Centros-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 43, Überseering-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, Inspire Art-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45, dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 28, og de Lasteyrie du Saillant-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 42.

49 — Daily Mail og General Trust-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 16.

50 — Generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i SEVIC Systems-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 45. Generaladvokatens synspunkter blev bekræftet af Domstolen i dommens præmis 22 og 23.

51 — Dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 37 (min fremhævelse). Bemærk, at Domstolen henviste til præmis 96 i Inspire Art-dommen, men valgte at anvende en let ændret ordlyd (»med det formål« i stedet for »alene […] med henblik på«).

52 — Dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 51-55.

53 — Dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 68.

fast praksis vedrørende princippet om misbrug af fællesskabsretten [54], selv om Domstolen fortsat — med rette — er meget tilbageholdende med at anvende ordet »misbrug« [55].

30. På den anden side, og uanset hvad Daily Mail og General Trust-dommen kunne tyde på, udelukker Domstolen imidlertid ikke på forhånd bestemte dele af medlemsstaternes lovgivning fra anvendelsesområdet for etableringsfriheden [56]. Domstolen fokuserer snarere på de *virkninger*, som national lovgivning eller praksis kan have på etableringsfriheden, og vurderer, om disse virkninger er i overensstemmelse med etableringsfriheden som fastsat i traktaten. For så vidt angår nationale bestemmelser om stiftelse af selskaber er Domstolens tilgang til emnet præget af to hensyn. For det første kan medlemsstaterne på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin frit vælge, om de vil have et regelsæt, der tager udgangspunkt i teorien om det faktiske hjemsted, eller regler baseret på stiftelsesteorien, og de forskellige medlemsstater har da også valgt vidt forskellige regler for selskabsstiftelse. For det andet kræver en effektiv udøvelse af etableringsfriheden, at der er i det mindste en vis grad af gensidig anerkendelse og koordinering af de forskellige retlige systemer. Resultatet af denne tilgang til spørgsmålet er, at retspraksis typisk respekterer nationale regler vedrørende selskaber, uanset om de er baseret på teorien om det faktiske hjemsted eller på stiftelsesteorien. Samtidig indebærer en effektiv udøvelse af etableringsfriheden imidlertid, at ingen af teorierne kan anvendes ud i sin yderste konsekvens — her er det hidtil bedste eksempel nok Überseering-sagen [57].

31. Sammenfattende mener jeg ikke, at man på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin kan hævde, at medlemsstaterne har absolut frihed til at afgøre »liv og død« for selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med deres nationale lovgivning, uanset konsekvenserne for etableringsfriheden. Hvis dette var tilfældet, ville en medlemsstat have frit spil til at afsige »dødsdom« over et selskab, som var stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning, blot fordi det havde besluttet at udøve sin etableringsfrihed. Især for små og mellemstore virksomheder kan en flytning af det ledelsesmæssige hovedsæde inden for Fællesskabet være en simpel og effektiv

54 — Jf. punkt 9 i generaladvokat Darmons forslag til afgørelse i Daily Mail og General Trust-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 37 og den deri nævnte retspraksis. Princippet om forbud mod misbrug af fællesskabsretten har jeg behandlet indgående i mit forslag til afgørelse i sagen Halifax m.fl. (dom af 21.2.2006, sag C-255/02, Sml. I, s. 1609). Jf. også R. de la Feria, *Prohibition of abuse of (Community) law: The creation of a new general principle of EC Law through tax*, *Common Market Law Review,* 2008, bind 45, s. 405-408.

55 — Princippet om misbrug af rettigheder er blevet beskrevet som »narkotika, der først forekommer harmløst, men som kan have meget ubehagelige eftervirkninger« (H.C. Gutteridge, »Abuse of Rights«, *Cambridge Law Journal*, bind 5, 1933-1935, s. 22, på s. 44). Derfor er det nok klogt at anvende det meget varsomt.

56 — »Der findes ingen kerne af suveræniteter, som en medlemsstat kan påberåbe sig som sådan over for Fællesskabet« (K. Lenaerts, »Constitutionalism and the many faces of federalism«, *American Journal of Comparative law,* bind 38, 1990, s. 205 ff., på s. 220). Jf. f.eks. dom af 13.12.2005, sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837, præmis 29, af 13.3.2007, sag C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Sml. I, s. 2107, præmis 25 (inden for beskatning), af 14.1.1997, sag C-124/95, Centro-Com, Sml. I, s. 81, præmis 25 (inden for udenrigs- og sikkerhedspolitik), og af 11.12.2007, sag C-438/05, International Transport Workers' Union og Finnish Seamen's Union, Sml. I, s. 10779, præmis 40 (inden for socialpolitik). For så vidt som disse områder hører under medlemsstaternes kompetence, skal disse imidlertid udøve denne kompetence i overensstemmelse med fællesskabsretten.

57 — Nævnt ovenfor i fodnote 44. Sagen drejede sig om tyske bestemmelser, hvorefter kun parter med retsevne også havde partsevne, hvorimod selskaber — i streng overensstemmelse med den tyske »Sitztheorie« — kun ansås for at have retsevne, hvis deres faktiske hovedsæde var beliggende i Tyskland. I henhold til dommens præmis 93 er den manglende anerkendelse af, at et selskab, der er forskriftsmæssigt stiftet i en anden medlemsstat, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, har partsevne, »ensbetydende med en ren nægtelse af […] etableringsfrihed[en]«, som ikke kan begrundes i almene hensyn.

måde til at udøve ægte økonomisk virksomhed i en anden medlemsstat uden at skulle bære de omkostninger og administrative byrder, der er forbundet med først at skulle opløse selskabet i oprindelseslandet og derefter starte det igen fra bunden i bestemmelsesmedlemsstaten. Desuden kan det, som Kommissionen ganske rigtigt har understreget, være en meget tidskrævende proces først at opløse et selskab i én medlemsstat og derefter gendanne det under en anden medlemsstats lovgivning, i hvilket tidsrum det pågældende selskab måske slet ikke kan drive virksomhed.

32. Selv om den begrænsning af etableringsfriheden, som denne sag omhandler, er en direkte følge af nationale bestemmelser om selskabers stiftelse og funktion, er man derfor nødt til at stille spørgsmålet, om de er begrundet i almene hensyn [58], såsom hindring af misbrug eller svig [59] eller beskyttelse af f.eks. kreditorers, minoritetsaktionærers, ansattes eller skattemyndigheders interesser [60].

33. I lyset af disse interesser kan det accepteres, at en medlemsstat opstiller visse betingelser for, at et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med landets egen selskabsret, kan flytte hovedsædet for sin ledelse til udlandet [61]. Det kunne f.eks. tænkes, at medlemsstaten ud fra den betragtning, at den ikke længere vil kunne føre effektiv kontrol med selskabet, kræver, at det ændrer struktur og ophører med i fuldt omfang at høre under den selskabslovgivning, som det blev stiftet under [62].

34. Sådan forholder det sig imidlertid ikke i denne sag. De bestemmelser, som behandles her, giver slet ingen mulighed for, at et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med ungarsk lovgivning, kan flytte sin ledelses hovedsæde til en anden medlemsstat. Som ungarsk lovgivning anvendes af handelsretten, nøjes den ikke med at opstille betingelser for en sådan flytning, men kræver derimod, at selskabet opløses. Især da den ungarske regering ikke har anført nogen grunde, der retfærdiggør dette, er det svært at se, hvordan en »ren nægtelse af […] etableringsfrihed[en]« [63] kan være nødvendig af almene hensyn [64].

58 — Dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4155, præmis 37, CaixaBank France-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 11, og dom af 28.2.2008, sag C-293/06, Deutsche Shell, Sml. I, s. 1129, præmis 28.

59 — Dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 51-55.

60 — Überseering-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 92, og SEVIC Systems-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 28.

61 — Jf. analogt artikel 8 i Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8.10.2001 om statut for det europæiske selskab (SE) (EFT L 294, s. 1).

62 — Som det f.eks. er tilfældet ifølge det system, som oprettes ved forordning nr. 2157/2001.

63 — Überseering-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 93.

64 — Jf. også SEVIC Systems-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 29 og 30.

35. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer den nationale rets fjerde præjudicielle spørgsmål således: »Artikel 43 EF og 48 EF er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter det ikke er muligt for et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med national lov, at flytte sit ledelsesmæssige hovedsæde til en anden medlemsstat.«

III — Forslag til afgørelse

36. På ovenstående baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, som er stillet af Szegedi Ítélőtábla, således:

»1) I en situation som den, der foreligger i denne sag, kan en appelret forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål i en sag, der er anlagt til prøvelse af en afgørelse truffet af en underinstans, selv om hverken proceduren for underinstansen eller proceduren for appelretten har karakter af kontradiktorisk procedure.

2) Det forhold, at en appel til prøvelse af en national rets afgørelse er begrænset til retsspørgsmål og ikke automatisk har suspensiv virkning, indebærer ikke, at den pågældende ret er omfattet af forpligtelsen i henhold til artikel 234, stk. 3, EF.

3) Artikel 234 EF er til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser, hvorefter nationale retter kan være forpligtet til at udsætte eller trække en anmodning om præjudiciel afgørelse tilbage.

4) Artikel 43 EF og 48 EF er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter det ikke er muligt for et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med national lov, at flytte sit ledelsesmæssige hovedsæde til en anden medlemsstat.«