FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO

föredraget den 22 maj 2008 [1]

1. Begäran om förhandsavgörande har sitt ursprung i ett överklagande av ett beslut som fattades av Bács-Kiskun Megyei Bíróság (regional domstol, Bács-Kiskun i Ungern) i egenskap av registerförande domstol. Det förevarande målet avser ett kommanditbolag som vill flytta sin huvudverksamhet från Ungern till Italien, men som önskar förbli registrerat i Ungern så att bolaget i rättsligt avseende även fortsättningsvis anses lyda under ungersk rätt. Vid utövandet av uppgiften att föra handelsregistret avslog emellertid den registerförande domstolen ansökan om att registrera den nya adressen i det lokala handelsregistret på grund av att flytten inte var möjlig enligt ungersk rätt. Den registerförande domstolen fastslog att ett bolag som önskar flytta sin huvudverksamhet till en annan medlemsstat först ska upplösas i Ungern för att sedan bildas på nytt enligt lagstiftningen i den andra medlemsstaten. Inom ramen för målet om överklagande har Szegedi Ítélőtábla ställt tolkningsfrågor till domstolen för att få klarhet i huruvida den ungerska lagstiftningen på området är förenlig med etableringsrätten. Den hänskjutande domstolen har även ställt flera tolkningsfrågor avseende tillämpningen av artikel 234 EG.

I — Bakgrund och begäran om förhandsavgörande

2. Cartesio är ett ”betéti társaság” (kommanditbolag) bildat enligt ungersk rätt och registrerat i Baja, Ungern. Bolaget har två bolagsmän som är bosatta i Ungern och som är ungerska medborgare. Kommanditdelägaren är skyldig att tillskjuta ett enligt avtal bestämt kapital och är endast ansvarig för det tillskjutna beloppet. Komplementären är ansvarig för kommanditbolagets samtliga skulder. [2]

3. Den 11 november 2005 ansökte Cartesio, hos den registerförande domstolen, om ändring av registreringen i det lokala handelsregistret till följande adress, såsom platsen för bolagets nya huvudverksamhet: ”21013 Gallarte (Italien), Via Roma No 16”. Den registerförande domstolen avslog emellertid Cartesios ansökan. Domstolen fann att ungersk lagstiftning inte innehåller någon möjlighet för bolag att flytta sin huvudverk-

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Oaktat Cartesios juridiska form som kommanditbolag, avser de aktuella tolkningsfrågorna både personbolag och kapitalassociationer som bildats enligt ungersk rätt. Således kommer det generella begreppet ”bolag” att användas nedan i fråga om de aktuella frågeställningarna och som hänvisning till Cartesio självt. På samma sätt bör med ”bolagets bildande” i förekommande fall förstås hänvisningar till registreringen eller bildandet av ett bolag.

samhet till en annan medlemsstat och ändå, fortsättningsvis, i rättsligt avseende lyda under ungersk rätt. Följaktligen måste Cartesio, för att kunna flytta sin huvudverksamhet, först upplösas i Ungern för att sedan bildas på nytt enligt italiensk rätt.

4. Cartesio överklagade den registerförande domstolens beslut vid Szegedi Ítélőtábl. Den domstolen begärde förhandsavgörande från domstolen beträffande följande frågor:

”1) Kan en domstol i andra instans, som ska avgöra ett överklagande av ett beslut avseende ett förfarande avseende ändring av registrering som meddelats av en domstol som har att föra handelsregister (cégbíróság), begära förhandsavgörande i enlighet med artikel 234 [EG], när varken förfarandet i den registerförande domstolen eller förfarandet för överklagande är kontradiktoriskt?

2) Skall en domstol i andra instans, för det fall den omfattas av det domstolsbegrepp som medför behörighet att ställa tolkningsfrågor i enlighet med artikel 234 [EG], anses utgöra en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel, som därmed är skyldig enligt artikel 234 [EG] att ställa frågor angående tolkningen av gemenskapsrätten till Europeiska gemenskapernas domstol?

3) Kan en nationell bestämmelse, enligt vilken det är tillåtet att i enlighet med inhemsk lagstiftning överklaga ett beslut om hänskjutande, begränsa ungerska domstolars möjlighet att ställa tolkningsfrågor eller begränsa den rätten – som härleds direkt från artikel 234 [EG] –, om den nationella överinstansen i fall av överklagande kan ändra nämnda beslut, göra begäran om förhandsavgörande verkningslös och ålägga den domstol som fattade nämnda beslut om hänskjutande att återuppta det vilandeförklarade nationella förfarandet?

4 a) Om ett bolag, som har bildats i Ungern i enlighet med ungersk bolagsrätt och som har registrerats i det ungerska handelsregistret, önskar flytta sitt säte till en annan medlemsstat inom Europeiska unionen, omfattas då denna situation av gemenskapens lagstiftningsbehörighet eller är endast nationell rätt tillämplig för det fall lagstiftningarna inte har harmoniserats?

b) Kan ett ungerskt bolag ansöka om flyttning av sätet till en annan medlemsstat inom Europeiska unionen under direkt åberopande av gemenskapsrätten (artiklarna 43 [EG]

och 48 [EG]? Om svaret på denna fråga är jakande, kan då bytet av sätet villkoras av något rekvisit eller tillstånd från ursprungsmedlemsstaten eller värdmedlemsstaten?

c) Kan artiklarna 43 [EG] och 48 [EG] tolkas så, att det enligt dessa är oförenligt med gemenskapsrätten att tillämpa nationella bestämmelser eller praxis som innebär att det görs skillnad mellan bolag i fråga om utövande av bolagens rättigheter, beroende på i vilken medlemsstat bolagen har säte?

Kan artiklarna 43 [EG] och 48 [EG] tolkas så, att nationella bestämmelser eller praxis som innebär förbud för ett ungerskt bolag att flytta sitt säte till en annan medlemsstat i Europeiska unionen är oförenliga med gemenskapsrätten?"

II — Bedömning

A — *Den första tolkningsfrågan*

5. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida en begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning såvitt avser ett överklagande av ett beslut i lägre instans, när varken förfarandet för att fatta beslutet i den lägre instansen eller överklagandet är kontradiktoriskt. Således inleder den hänskjutande domstolen med att fråga om den får ställa en fråga till domstolen. [3] Svaret framgår tydligt av rättspraxis. I förevarande mål fullgjorde den registerförande domstolen endast uppgiften att föra handelsregistret genom att vidta "åtgärder i egenskap av administrativ myndighet utan att därvid avgöra någon tvist". [4] Enligt artikel 234 EG ska detta anses som ett agerande i egenskap av icke-rättskipande myndighet inom ramen för vilket den registerförande domstolen inte är behörig att begära förhandsavgörande. [5] Däremot är förfarandet för överklagande av den registerförande domstolens beslut ett domstolsförfarande enligt artikel 234 EG, oaktat det faktum att förfarandet inte är kontradiktoriskt. [6] En domstol vid vilken ett sådant överklagande ges in är följaktligen behörig att begära

3 — Se även, exempelvis, dom av den 23 mars 1982 i mål 102/81, Nordsee mot Reederei Mond (REG 1982, s. 1095; svensk specialutgåva, volym 6, s. 345).

4 — Dom av den 15 januari 2002 i mål C-182/00, Lutz m.fl. (REG 2002, s. I-547), punkt 14.

5 — Se domen i det ovannämnda målet Lutz m.fl. (ovan fotnot 4), punkt 13. Se även dom av den 14 juni 2001 i mål C-178/99, Doris Salzmann (REG 2001, s. I-4421), punkt 15. Beslut av den 19 oktober 1995 i mål C-111/94, Job Centre (REG 1995, s. I-3361), punkt 11. Beslut av den 22 januari 2002 i mål C-447/00, Holto (REG 2002, s. I-735), punkterna 17 och 18, av den 30 juni 2005 i mål C-165/03, Längst (REG 2005, s. I-5637), punkt 25, och av den 27 april 2006 i mål C-96/04, Standesamt Stadt Niebüll (REG 2006, s. I-3561), punkt 14.

6 — Se domen i målet Job Centre (ovan fotnot 5), punkt 11, och i målet Holto (ovan fotnot 5), punkt 19.

förhandsavgörande från EG-domstolen.[7] Slutsatsen är således att den första fråga som den hänskjutande domstolen har ställt kan tas upp till sakprövning och ska vidare besvaras jakande.

B — *Den andra tolkningsfrågan*

6. Den hänskjutande domstolen frågar huruvida den ska anses utgöra en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning och som ska iaktta den skyldighet som föreskrivs i artikel 234 tredje stycket EG. Det skulle kunna hävdas att denna fråga inte kan prövas i sak, då svaret inte är en nödvändighet för att lösa tvisten vid den nationella domstolen – den hänskjutande domstolen har när allt kommer omkring trots allt beslutat att begära förhandsavgörande beträffande de övriga frågorna. Då en fråga är av klart större praktisk betydelse för en enhetlig tolkning och tillämpning av gemenskapsrätten och inte har ett konstruerat samband med omständigheterna i målet,[8] ska sakprövningsreglerna inte tillämpas på ett sätt som gör dem i praktiken oöverstigliga. Då det enda realistiska alternativ som står en nationell domstol till buds är att ställa en sådan fråga inom ramen för ett förfarande där svaret möjligen inte är en strikt nödvändighet för att lösa tvisten, ska det enligt min mening inte uppställas alltför restriktiva krav för upptagande till sakprövning.[9]

7. Vad gäller den aktuella frågan är det svårt att se några alternativa sätt på vilka frågan kan ställas till domstolen, trots frågans uppenbara relevans för syftet med förfarandet för förhandsavgöranden och givet att frågans samband med omständigheterna i målet inte kan beskrivas som konstruerat. Det vore överdrivet betungande att kräva av en nationell domstol att såsom första steg begära förhandsavgörande endast för att fråga huruvida domstolen omfattas av den skyldighet som föreskrivs i artikel 234 EG för att sedan, om svaret blir jakande, som andra steg ställa själva tolkningsfrågorna.[10] Således föreslår jag att domstolen ger vägledning i målet, såsom den gjorde i ett motsvarande sammanhang i målet Lyckeskog.[11]

7 — Se även, underförstått, dom av den 13 december 2005 i mål C-411/03, SEVIC Systems AG (REG 2005, s. I-10805).

8 — Se dom av den 30 november 2000 i mål C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund (REG 2000, s. I-10497), i vilken domstolen erkänner frågor av ”allmän betydelse” som endast har ett abstrakt samband med en rad omständigheter. Se även generaladvokaten Jacobs bedömning i det målet vad gäller hans argument för en restriktiv tolkning av begreppet hypotetiska frågor.

9 — Domstolens rättspraxis synes bekräfta att sakprövningsreglerna ska tolkas med beaktande av avsaknaden av genomförbara alternativ till att ställa tolkningsfrågor till domstolen, mot bakgrund av nationella processuella regler och rättegångskostnader samt av processekonomiska skäl. Se exempelvis dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93 (Bosman, REG 1995, s. I-4921), särskilt frågorna om utlänningsklausuler. Denna frågeställning prövas nedan mer i detalj i samband med den tredje frågan.

10 — Alternativen för att ställa sådana frågor till domstolen är mer betungande. Se, bland annat, dom av den 30 september 2003 i mål C-224/01, Köbler (REG 2003, s. I-10239).

11 — Dom av den 4 juni 2002 i mål C-99/00, brottmål mot Kenny Roland Lyckeskog (REG 2002, s. I-4839).

8. Av begäran om förhandsavgörande framgår att i sådana mål som det aktuella kan den berörda parten överklaga det beslut som meddelades av Ítélőtábla till Legfelsőbb Bíróság (högsta domstolen). Den hänskjutande domstolen anser emellertid att ett överklagande till Legfelsőbb Bíróság är begränsat till rättsfrågor. I detta hänseende hänvisar den hänskjutande domstolen till artikel 270.2 i Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (1952 års lag III om civilprocess), i vilken följande föreskrivs: ”Parterna, intervenienterna och personer som berörs av avgörandet får, såvitt avser den del av avgörandet som berör dem, överklaga domar och slutliga beslut såvitt avser rättsfrågor till Legfelsőbb Bíróság, och därvid åberopa att gällande rätt överträtts.” Den hänskjutande domstolen anser även att överklagande inte automatiskt leder till uppskov med verkställigheten. I artikel 273.3 första meningen i samma lag föreskrivs följande: ”Överklagandet ska inte ha inhiberande verkan, men på ansökan av en av parterna får Legfelsőbb Bíróság, när synnerliga skäl föreligger, inhibera ett avgörande.”

9. Dessa begränsningar räcker emellertid inte för att slutsatsen ska dras att Ítélőtábla ska anses utgöra ”en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning”. Sannolikt utgör alla frågor avseende giltigheten eller tolkningen av gemenskapsrätten rättsfrågor och kan således läggas till grund för ett avgörande. Nationella processregler enligt vilka ett sådant överklagande endast under synnerliga omständigheter leder till uppskov med verkställigheten är vidare i princip förenliga med gemenskapsrätten, förutsatt att sådana regler inte tillämpas på ett sätt som innebär att överklagande rörande en gemenskapsrättslig fråga behandlas mindre förmånligt än överklagande rörande en nationell rättsfråga (likvärdighetsprincipen) och att reglerna inte i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som föreskrivs i gemenskapsrätten (effektivitetsprincipen). [12]

10. Den omständigheten, att ett överklagande av ett beslut som meddelats av en nationell domstol är begränsat till rättsfrågor och inte automatiskt leder till uppskov med verkställigheten, innebär inte att den domstolen omfattas av den skyldighet som föreskrivs i artikel 234 tredje stycket EG.

C — Den tredje tolkningsfrågan

11. Den tredje tolkningsfrågan avser den möjlighet som föreligger enligt ungersk civilprocessrätt att föra särskild talan mot ett beslut om hänskjutande. I artikel 155/A i 1952 års lag III om civilprocess föreskrivs följande:

12 — Se, analogt, dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261). Dom av den 14 december 1995 i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, Van Schijndel och van Veen (REG 1995, s. I-4705), punkt 17, och dom av den 7 juni 2007 i de förenade målen C-222/05–C-225/05, Van der Weerd m.fl. (REG 2007, s. I-4233), punkt 28.

”Ett beslut om hänskjutande får överklagas särskilt. Ett särskilt överklagande får inte ges in mot ett avgörande att inte bifalla en ansökan om att ett beslut om hänskjutande ska fattas.” [13] I detta sammanhang tycks de allmänna bestämmelserna om ett överklagandes inhiberande verkan vara tillämpliga. [14] Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande förklarat att om ett beslut om hänskjutande överklagas kan den domstol som prövar överklagandet ändra beslutet eller göra begäran om förhandsavgörande verkningslös och ålägga den hänskjutande domstolen att återuppta det vilandeförklarade nationella förfarandet. Den hänskjutande domstolen har ställt sin tredje fråga för att få klarhet i huruvida sådana nationella processuella regler är förenliga med det förfarande för förhandsavgörande som föreskrivs i fördraget.

12. Det kan hävdas att den tredje tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning. I det aktuella målet har nämligen inget överklagande getts in mot beslutet om hänskjutande. [15] Möjligheten att överklaga är i vart fall en frågeställning som rör den nationella rätten och som ska avgöras av den nationella domstolen. Jag anser att EG-domstolen i det aktuella målet särskilt bör beakta den nationella domstolens önskemål och ta tillfället i akt att ge vägledning i frågan, av samma anledning som jag anser att den andra frågan kan tas upp till sakprövning.

13. Denna fråga är inte strikt hypotetisk. Frågan har nära samband med de (ostridiga) faktiska omständigheterna i målet, och det svar som ges till den nationella domstolen kan med visshet ha relevans för domstolens avgörande i ett mål om överklagande – en realitet som den nationella domstolen ansåg vara relevant då den utformade begäran om förhandsavgörande. Enligt min mening föreligger det en hypotetisk fråga som ska avvisas på grund av rättegångshinder endast då antingen de faktiska omständigheterna i målet är konstruerade, eller förhållandet mellan frågorna och de faktiska omständigheterna i målet är konstruerat. Endast i dessa situationer aktualiseras de anledningar som motiverar avvisning av hypotetiska frågor (missuppfattning av de faktiska omständigheterna, förhastade slutsatser och risken för missbruk). [16] I det aktuella målet skulle EG-domstolen emellertid inte ge ett rättsligt svar grundat på en hypotetisk faktisk bakgrund som riskerar att påverka kvaliteten och lagenligheten av avgörandet genom att det konkreta sammanhanget kring tolkningen och tillämpningen av en bestämmelse kringgås. Den enda omständighet som i detta mål kan betraktas som så kallad hypotetisk bör i själva verket snarare betraktas som ett osäkerhetsmoment, det vill säga den omständigheten att domstolens svar kan komma att inte bli avgörande för lösningen av tvisten vid den nationella domstolen, om

13 — I artikel 249/A föreskrivs att ett särskilt överklagande ”också får ges in mot ett avgörande i *andra* instans att *inte bifalla* en ansökan om att ett beslut om hänskjutande ska fattas” (min kursivering).

14 — Enligt bestämmelsen om begäran om förhandsavgörande i artikel 259 i 1952 års lag III om civilprocess.

15 — Kommissionen har påpekat att beslutet om hänskjutande har vunnit laga kraft. Denna aspekt omfattas emellertid inte av begäran om förhandsavgörande, och enligt min mening borde denna aspekt inte vara avgörande vid bedömningen av huruvida frågan kan tas upp till sakprövning.

16 — Se generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Österreichischer Gewerkschaftbund (ovan fotnot 8), punkterna 53–55.

beslutet att begära förhandsavgörande inte överklagas. Ett sådant osäkerhetsmoment ingår emellertid i andra rättsliga frågor som domstolen rutinmässigt besvarar. Domstolen kan aldrig vara absolut säker på att det svar den ger har relevans för utgången i målet vid den nationella domstolen. Den nationella domstolen kan exempelvis slutligen avgöra målet mot bakgrund av en nationell processrättslig bestämmelse utan att tillämpa domstolens gemenskapsrättsliga svar. Det innebär inte att domstolen har besvarat en hypotetisk fråga, förutsatt att frågan härrör från reella omständigheter som inte har ett konstruerat samband med gemenskapsrätten. Frågor grundade på konstruerade omständigheter eller frågor som inte har samband med omständigheterna i målet (vilka enligt min mening är hypotetiska och inte kan tas upp till sakprövning) ska skiljas från frågor som har samband med omständigheterna i målet men som kan visa sig inte ha avgörande betydelse för utgången i målet (vilka enligt min mening inte är hypotetiska och bör tas upp till sakprövning).

14. Trots frågans uppenbara relevans för förfarandet för förhandsavgörande är det svårt att se hur frågan annars kan ställas till domstolen. Det är naturligtvis teoretiskt möjligt att en part i ett mål vid en nationell domstol i lägre instans överklagar ett beslut om hänskjutande till högre instans och att den lägre instansen vidhåller sitt beslut, oaktat nationella processrättsliga bestämmelser enligt vilka överklagandet leder till uppskov med verkställigheten. I en sådan situation är överklagandets verkan med säkerhet av direkt relevans. En sådan situation kräver emellertid även att den lägre instansen åsidosätter sina nationella processrättsliga regler utan vetskap om huruvida denna behörighet föreskrivs i gemenskapsrätten. Detta skulle helt klart innebära att den lägre instansen hamnar i en mycket besvärande situation. [17] Troligtvis är detta anledningen till att en sådan fråga aldrig uttryckligen har ställts till domstolen, även om vissa tidigare mål och välkända nationella bestämmelser och rättspraxis kan tyda på att en sådan fråga verkligen är av relevans för de nationella domstolarna i den dagliga tillämpningen av gemenskapsrätten. [18] Mitt förslag till domstolen är således att godta den nationella domstolens bedömning av frågans betydelse för nationell processrätt genom att besvara Szegedi Ítélőtáblas tredje tolkningsfråga och ta tillfället i akt att behandla denna fråga som är av stor praktisk betydelse för gemenskapsrätten. Domstolen kan däri-

17 — Även den motsatta situationen bör beaktas, det vill säga situationen att den överinstans vid vilken ett överklagande getts in mot beslutet om hänskjutande först vilandeförklarar målet för att begära förhandsavgörande av EG-domstolen avseende förenligheten av ett sådant överklagande med gemenskapsrätten. Rimligheten av en sådan hypotes verkar emellertid tveksam. Om den nationella överinstansen faktiskt beslutar att begära förhandsavgörande av EG-domstolen, kan det antas att överinstansen fattar ett sådant beslut uteslutande av processekonomiska skäl och avseende de materiella gemenskapsrättsliga frågor som inledningsvis ställdes av den nationella underinstansen (såsom skedde i mål 19/84, Parmon mot Hoechst (REG 1985, s. 2281; svensk specialutgåva, volym 8, s. 265), som var en följd av en begäran om förhandsavgörande från en lägre instans registrerat som mål 271/80, vilket överklagades och sedan avskrevs) eller åtminstone tar in dessa i sitt beslut (vilket leder till att den inledande processrättsliga frågan kan bli hypotetisk mot bakgrund av hänskjutandet av de materiella frågorna). Detta skulle innebära att nationella domstolar hamnar i ett Moment 22, vilket återigen kan vara anledningen till att en sådan fråga aldrig uttryckligen har ställts till domstolen, se O'Keeffe, D., Appeals against an Order to Refer under Article 177 of the EEC Treaty, 9 *European Law Review* (1984) s. 87, på s. 101.

18 — Generaladvokaten Warner påpekade på sidan 44 i sitt förslag till avgörande i målen 146/73 och 166/73 (Rheinmühlen, REG 1974, s. 33; svensk specialutgåva, volym 2, s. 195), att en sådan rätt att överklaga, vilken han inte ansåg vara förenlig med gemenskapsrätten, var i kraft i åtminstone flera medlemsstater enligt nationella processrättsliga regler.

genom förebygga hinder som kan uppstå i framtiden avseende samarbetet mellan domstolen själv och de nationella domstolar vars beslut om hänskjutande kan bli föremål för överklagande.

15. I artikel 234 EG föreskrivs att en domstol i en medlemsstat har behörighet att begära förhandsavgörande från EG-domstolen så snart den nationella domstolen anser att ett förhandsavgörande angående en tolknings- eller giltighetsfråga som rör gemenskapsrätten är nödvändigt för att den ska kunna döma i saken. [19] Nationella domstolars behörighet att begära förhandsavgörande härleds följaktligen från fördraget. De har dessutom ”en vittgående möjlighet” att hänskjuta frågan till domstolen. [20]

16. Ett beslut om hänskjutande av en domstol i lägre instans är enligt gemenskapsrätten inte undantaget från de rättsmedel som vanligen föreskrivs i nationell rätt. [21] EG-domstolen beaktar i princip en begäran om förhandsavgörande trots att beslutet om hänskjutande har överklagats, förutsatt att den hänskjutande domstolen inte har återkallat sina frågor. [22] I väntan på utgången av det nationella överklagandeförfarandet får EG-domstolen låta målet om förhandsavgörande vila, om överklagandet har inhiberande verkan och om den hänskjutande domstolen har meddelat EG-domstolen härom. Meddelandet betraktas som en underförstådd framställan om upphävande av förfarandet för förhandsavgörande. [23] Trots den verkan som ett överklagande kan ha enligt nationell rätt, fortsätter emellertid EG-domstolen handläggningen av målet om förhandsavgörande, om den hänskjutande domstolen uttryckligen har begärt det av domstolen. [24]

17. Den avgörande frågan är huruvida domstolar i lägre instans, genom nationella processrättsliga regler, kan åläggas att upphäva eller till och med återkalla en begäran om förhandsavgörande i situationer då ett överklagande har getts in mot ett beslut om hänskjutande. Denna fråga har i själva verket behandlats av generaladvokaten Warner i hans förslag till avgörande i målet Rheinmühlen [25]. Jag är nästan frestad att enbart hänvisa till det förslaget till avgörande, i vilket generaladvokaten Warner anförde att den behörighet som tillkommer medlemsstaternas lägre instanser att begära förhandsavgörande från EG-domstolen inte kan begränsas genom nationell lagstiftning. Jag ska inte ens försöka överträffa den kraft och den klarhet som han använde i sina argument till stöd för sitt förslag. I stället begränsar jag

19 — Se även dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym, 4, s. 75), punkt 19.

20 — Dom av den 16 januari 1974 i mål 166/73, Rheinmühlen I (REG 1974, s. 33; svensk specialutgåva, volym 2, s. 195), punkt 4.

21 — Dom av den 12 februari 1974 i mål 146/73, Rheinmühlen II (REG 1974, s. 139), punkt 3.

22 — Se domen i målet Rheinmühlen II (ovan fotnot 21), punkt 3. Dom av den 6 april 1962 i mål 13/61 (De Geus, REG 1962, s. 45; svensk specialutgåva, volym 1, s. 121), punkt 50. Dom av den 6 oktober 1963 i de förenade målen 2/82–4/82, Delhaize, REG 1983, s. 2973, punkt 9.

23 — Se, bland annat, beslut av den 3 juni 1969 i mål 31/68, Chanel (REG 1970, s. 403), och beslut av den 14 juli 1992 i mål C-269/92, Bosman (ej publicerat i rättsfallssamlingen).

24 — Dom av den 27 mars 1974 i mål 127/73, SABAM (REG 1974, s. 313; svensk specialutgåva, volym 2, s. 249), punkt 3. Se även O’Keeffe, D., Appeals against an Order to Refer under Article 177 of the EEC Treaty, 9 European Law Review (1984) 87.

25 — Förslag till avgörande av den 12 december 1973 i målen 166/73 och 146/73 (ovan fotnot 20 och 21).

mig till att ange att jag har samma uppfattning som generaladvokat Warner har i sitt förslag till avgörande och till att göra några kompletterande anföranden.

18. Det kan finnas olika skäl till att en domstol i lägre instans *vill* återkalla en begäran om förhandsavgörande då ett överklagande har getts in mot beslutet om hänskjutande. Under överklagandeförfarandet kan parterna exempelvis ha funnit ett alternativ för att lösa tvisten. [26] Det kan även förhålla sig så att den dom som meddelades i det överklagade målet har medfört att tolkningsfrågorna förlorat sitt föremål, eftersom det exempelvis har visat sig att det förelåg rättegångshinder för talan vid den lägre instansen. Överklagandeförfaranden och deras utgång kan således mycket väl förmå en lägre instans att begära upphävande av eller till och med att återkalla sin begäran om förhandsavgörande. Detta leder emellertid inte till slutsatsen att en appellationsdomstol under vissa omständigheter kan *ålägga* en längre instans att göra det.

19. Den möjlighet som tillkommer en domstol i lägre instans i en medlemsstat att direkt ställa frågor till EG-domstolen är nödvändig för en enhetlig tolkning och en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten. Det är även detta som gör samtliga nationella domstolar till domstolar som tillämpar gemenskapsrätten. En nationell domstol deltar i den gemenskapsrättsliga debatten genom att begära förhandsavgörande, utan att vara beroende av andra nationella myndigheter eller domstolar. [27] Avsikten hos fördragets upphovsmän var aldrig att en sådan dialog ska kunna filtreras av någon annan nationell domstol, oavsett domstolshierarkin i medlemsstaten. Supreme Court (Irland) har (genom att avvisa ett överklagande av ett beslut om hänskjutande) fastslagit följande: ”Behörigheten ges till [domstolen i lägre instans] genom fördraget utan något förbehåll, uttryckligt eller implicit, enligt vilket avgörandet skulle kunna upphävas av någon annan nationell domstol.” [28]

20. Frågan om det är nödvändigt att begära förhandsavgörande ska således avgöras av den hänskjutande domstolen och EG-domstolen. Av denna anledning är det i slutändan EG-domstolen som beslutar om en begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning, och inte de nationella domstolar som är överordnade den hänskjutande domstolen enligt nationell processuell lagstiftning. Om motsatsen vore fallet, skulle det kunna leda till att beslut att begära förhandsavgöranden av domstolar i lägre instans systematiskt överklagas enligt nationella bestämmelser och praxis, vilket åtminstone de facto skulle ge upphov till en situation där nationell lag endast ger domstolar i sista instans behörighet att begära förhandsavgörande. Risken att en sådan fråga behandlas som en nationell processrättslig fråga i stället för som en

26 — Se, bland annat, domen i målet Chanel (ovan fotnot 23).

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

28 — Campus Oil Ltd m.fl. mot The Minister for Industry and Energy, Ireland, The Attorney General, and the Irish National Petroleum Co. Ltd, dom av Irlands högsta domstol av den 17 juni, 1983 [1984] 1 *CMLR*, s. 479.

gemenskapsrättslig fråga belyses genom det aktuella målet, i vilket ett separat överklagande av ett beslut om hänskjutande tillåts enligt nationell lagstiftning. Detta skulle kunna likställas med att det gjordes möjligt att genom nationella processuella bestämmelser ändra förutsättningarna i artikel 234 EG för att framställa en begäran om förhandsavgörande till domstolen.

21. Enligt gemenskapsrätten har alla domstolar i alla medlemsstater rätt att begära förhandsavgörande från EG-domstolen. Denna behörighet kan inte begränsas av nationell rätt. Jag anser därför att artikel 234 EG utgör hinder för att tillämpa nationell lagstiftning enligt vilken nationella domstolar kan åläggas att upphäva eller återkalla en begäran om förhandsavgörande.

D — *Den fjärde tolkningsfrågan*

22. Den fjärde frågan avser etableringsrätten. Enligt ungersk bolagsrätt, såsom den beskrivits i beslutet om hänskjutande, är sätet för ett bolag som har bildats enligt ungersk rätt den plats där bolagets huvudverksamhet (”központi ügyintézés helye”) är belägen. [29] Den plats där ett bolag har sin huvudverksamhet anses med andra ord sammanfalla med platsen för bolagets bildande. Flyttning av huvudverksamheten för ett bolag bildat enligt ungersk rätt registreras normalt sett i handelsregistret, om flytten sker inom Ungern. [30] Av de fakta som framställts i beslutet om hänskjutande framgår att Cartesio ansökte om att flytta sin huvudverksamhet till Italien. I stället för att bildas på nytt som ett italienskt bolag, önskar Cartesio emellertid förbli registrerat i Ungern och således lyda under ungersk bolagsrätt.

23. Det förefaller som om ungersk bolagsrätt grundas på ”faktiska sätesteorin”, enligt vilken ett bolag är skyldigt att uppfylla samliga krav som uppställs i den bolagsrätt som är tillämplig i den medlemsstat där bolaget har sitt faktiska säte. [31] Den faktiska sätesteorin innebär att ”ett bolags nationalitet och säte är oupplösligt förbundna”. [32] Genomförs denna teori i full utsträckning föreligger det enligt ungersk bolagsrätt, såsom tolkad och tillämpad av den registerförande domstolen, förbud mot ”export” av en ungersk juridisk person till en annan medlemsstat. Ett bolag bildat enligt ungersk bolagsrätt kan visserligen bedriva ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat eller etablera ett dotterbolag där, men huvudverksamheten ska förbli i Ungern. Den nationella domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida

29 — Artikel 16.1 i cégnyilvántartásról, a cégnyilvánosságról és a bírosági cégeljárásról szóló 1997. évi CXLV. törvény (1997 års lag CXLV om handelsregister, företagens marknadsföring och domstolsförfaranden i handelsrättsliga frågor). I denna bestämmelse anges: ”Sätet … ska vara på den ort där huvudverksamheten är placerad och ska anges medelst registreringsskylt.”

30 — Artikel 34.1 i 1997 års lag CXLV: ”*Varje flytt av ett bolags säte till en ort som omfattas av en annan registerförande domstols domsaga ska registreras, såsom en förändring, vid domstolen med domsaga över det tidigare sätet. Denna kommer att pröva ansökningar om förändringar som uppstått före flytten och kommer att anteckna flytten.*”

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

32 — Ibid.

artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken det är omöjligt för ett bolag bildat enligt nationell rätt att flytta sin huvudverksamhet till en annan medlemsstat.

24. Den ungerska regeringen har i detta avseende hävdat att det aktuella målet faller utanför räckvidden för artiklarna 43 EG och 48 EG. Irland, den polska och den slovenska regeringen och Förenade kungarikets regering är av samma uppfattning. Däremot har Cartesio, kommissionen och den nederländska regeringen gjort gällande att det är fråga om en inskränkning i etableringsrätten och att artiklarna 43 EG och 48 EG följaktligen är tillämpliga.

25. Uppfattningen att det aktuella målet faller utanför räckvidden för fördragets bestämmelser om etableringsrätten är, enligt min mening, felaktig. Nationella bestämmelser enligt vilka det endast är tillåtet för ett bolag att flytta sin huvudverksamhet inom landet, behandlar klart och tydligt transnationella situationer på ett mindre fördelaktigt sätt än situationer som är rent nationella. [33] Sådana bestämmelser leder i själva verket till diskriminering vid utövandet av rätten till fri rörlighet. [34] Cartesio önskar flytta sin huvudverksamhet till Italien. Följaktligen förefaller det som om det som Cartesio föreslår är ett ”faktiskt utövande av en ekonomisk verksamhet genom en fast inrättning i en annan medlemsstat under obestämd tid”. [35] Fördragets bestämmelser om etableringsrätt är uttryckligen tillämpliga på sådana situationer. [36]

26. I domen i målet Daily Mail and General Trust slog domstolen fast att ett bolag inte kan åberopa etableringsrätten för att flytta sitt säte för bolagsledningen och sitt huvudkontor till en annan medlemsstat (Nederländerna) i syfte att sälja en väsentlig del av sina icke-permanenta tillgångar och använda intäkterna från försäljningen till att köpa tillbaka sina egna aktier utan att behöva betala den skatt som dessa transaktioner normalt skulle medföra i ursprungsmedlemsstaten (Förenade kungariket). [37] Enligt Förenade kungarikets associationsrättsliga bestämmelser tilläts bolag, som var underkastade auktorisation från skattemyndigheterna, att flytta sitt säte för bolagsledningen och sitt huvudkontor till en annan medlemsstat utan att förlora sin rättskapacitet

33 — Se, i detta avseende, även dom av den 18 november 1999 i mål C-200/98, X och Y (REG 1999, s. I-8261), punkterna 26–28, och dom av den 11 mars 2004 i mål C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant (REG 2004, s. I-2409), punkterna 42 och 46. Se domen i målet SEVIC Systems (ovan fotnot 7), punkterna 14, 22 och 23, och dom av den 18 juli 2007 i mål C-231/05, Oy (REG 2007, s. I-6373), punkterna 31-43.

34 — Se även mitt förslag till avgörande i de förenade målen C-158/04 och C-159/04, Alfa Vita Vassilopoulos och Carrefour-Marinopoulos (REG 2006, s. I-8135), punkterna 41 och 46.

35 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-221/89, Factortame m.fl. (REG 1991, s. I-3905; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-313), punkt 20. Se även dom av den 4 oktober 1991 i mål C-246/89, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 1991, s. I-4585, punkt 21, och dom av den 12 september 2006 i mål C-196/04, Cadbury Schweppes (REG 2006, s. I-7995), punkterna 54 och 66.

36 — Se, exempelvis, dom av den 5 oktober 2004 i mål C-442/02, CaixaBank France (REG 2004, s. I-8961), punkt 11 och där angiven rättspraxis.

37 — Domstolens dom av den 27 september 1988 i mål 81/87, Daily Mail and General Trust plc (REG 1988, s. 5483; svensk specialutgåva, volym 9, s. 693), punkt 7.

och utan att upphöra att betraktas som bolag bildat i Förenade kungariket. [38] I förevarande fall godtog inte skattemyndigheterna flytten av säte och vidhöll att bolaget måste sälja åtminstone en del av sina tillgångar innan bolaget flyttade sitt skatterättsliga hemvist från Förenade kungariket. [39] Domstolen godtog inte bolagets uppfattning att skattemyndigheterna hade åsidosatt etableringsrätten. Med beaktande av de skillnader som föreligger i medlemsstaternas associationsrätt fastslog domstolen att bolag endast kan bildas enligt nationell rätt och att det inte går att ”tolka fördraget så att de ger nationella bolag rätt att flytta sätet för bolagsledningen och huvudkontoret till en annan medlemsstat och samtidigt bibehålla ställningen som bolag i den medlemsstat enligt vars lagstiftning de har bildats”. [40] Villkoren för bolags ”bildande och upplösning” bestäms således enbart av den medlemsstat enligt vars lagstiftning det bolaget har bildats. [41] Staten gav och vi får foga oss när staten sedermera tar tillbaka.

27. Rättspraxis i fråga om bolags etableringsrätt har emellertid utvecklats sedan domen i det ovannämnda målet Daily Mail and General Trust, och domstolens synsätt har blivit mer förfinat. [42] Den utveckling som skett av rättspraxis har visserligen varit motsägelsefull i en rad avseenden. Det förefaller som om rättspraxis, bland annat som en följd av domarna i målen Centros [43], Überseering [44] och Inspire Art [45], utvecklades i rakt motsatt riktning jämfört med den rättspraxis domstolen hade utvecklat i målet Daily Mail and General Trust. Domstolen underkände nämligen konsekvent argumentet att nationella associationsrättsliga bestämmelser faller utanför fördragsbestämmelserna inom området för etableringsrätten**.** I exempelvis domen i målet Inspire Art angav domstolen: ”Den omständigheten i målet vid den nationella domstolen att Inspire Art har bildats i Förenade kungariket i syfte att undandra sig den nederländska bolagsrätten, vilken innehåller strängare villkor avseende främst minimikapital och betalning av aktier, utesluter inte att etableringsfriheten enligt artiklarna 43 EG och 48 EG gäller för bolagets öppnande av en filial i Nederländerna.” [46] Ett sådant uttalande är fullständigt oförenligt med uppfattningen att bildandet av bolag och deras funktion uteslutande regleras av medlemsstaternas olika lagstiftningar.

28. Flera försök gjordes, däribland av domstolen själv, för att särskilja omständigheterna i målet Daily Mail and General Trust från omständigheterna i målen Centros,

38 — Se domen i målet Daily Mail and General Trust, punkterna 3 och 5.

39 — Se domen i målet Daily Mail and General Trust, punkt 8.

40 — Se domen i målet Daily Mail and General Trust, punkt 24.

41 — Ibidem, punkt 19: ”I detta hänseende skall det erinras om att bolag, till skillnad från fysiska personer, är enheter som bildats i överensstämmelse med en rättsordning och, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, i överensstämmelse med en nationell rättsordning. De existerar endast i kraft av de olika nationella lagstiftningarna som reglerar bildandet av dem och deras funktion.”

42 — I själva verket har domstolens ståndpunkt närmat sig generaladvokaten Darmons ståndpunkt i hans förslag till avgörande i målet Daily Mail and General Trust.

43 — Dom av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (REG 1999, s. I-1459).

44 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-208/00, Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) (REG 2002, s. I-9919).

45 — Dom av den 30 september 2003 i mål C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mot Inspire Art Ltd (REG 2003, s. I-10155).

46 — Se domen i målet Inspire Art (ovan fotnot 45), punkt 98.

Überseering och Inspire Art genom att fokusera på aspekter såsom primär etablering till skillnad från sekundär etablering, inhemsk etablering till skillnad från etablering i utlandet. Dessa försök var emellertid, föga överraskande, aldrig riktigt övertygande. [47] Åtskillnaden mellan bland annat situationer där medlemsstaterna förhindrar eller avråder bolag, som har bildats enligt medlemsstatens egen associationsrätt, från att etablera sig utomlands, och situationer där värdmedlemsstaten begränsar etableringsfriheten, passade aldrig in i domstolens allmänna analytiska ramverk beträffande artiklarna 43 EG och 48 EG. [48] Denna åtskillnad avvek dessutom från domstolens resonemang i domen i målet Daily Mail and General Trust. [49] Såsom generaladvokaten Tizzano med rätta påpekade i sitt förslag till avgörande i målet SEVIC Systems: ”Det framgår inte enbart men dock alltid av denna rättspraxis att artikel 43 EG inte endast innebär ett förbud mot att en medlemsstat hindrar eller inskränker utländska aktörers etablering på det egna territoriet, utan även utgör ett hinder för att denna medlemsstat hindrar nationella aktörers etablering i en annan medlemsstat. Med andra ord är inskränkningar både ”vid inträdet i” och ”vid utträdet ur” det nationella territoriet förbjudna.” [50]

29. Problemet är, enligt min mening, att de uttalanden som citerats ovan från målen Daily Mail and General Trust och Inspire Art inte korrekt återspeglar rättspraxis och dess underliggande logik. Trots vad domarna i målen Inspire Art och Centros å ena sidan kan förefalla antyda, är det inte alltid möjligt att med framgång göra gällande etableringsrätten för att formellt etablera ett bolag i en annan medlemsstat med enda syfte att kringgå den egna nationella bolagsrätten. I den nyligen meddelade domen i målet Cadbury Schweppes upprepade domstolen att ”den omständigheten att bolaget har bildats i en medlemsstat för att ett mera förmånligt skattesystem skall kunna utnyttjas inte i sig räcker för ett konstaterande av att denna [etablerings]frihet har missbrukats”. [51] Domstolen påpekade emellertid även att medlemsstaterna kan vidta åtgärder för att förhindra ”rent konstlade upplägg som inte har någon ekonomisk förankring” och som görs i syfte att kringgå nationell lagstiftning. [52] Etableringsrätten utgör bland annat inte hinder för att medlemsstater har en skeptisk inställning gentemot brevlådeföretag. [53] Enligt min mening utgör detta en viktig nyansering av vad domstolen fastslog i domarna i målen Centros och Inspire Art. Det är även en bekräftelse av fast rättspraxis om principen om förbud mot missbruk av gemenskaps-

47 — För en översikt och kritisk granskning av teorier vilka söker förklara skillnaderna mellan målet Daily Mail and General Trust och målen Centros och Überseering, se Ringe, W.-G., No Freedom of Emigration for Companies?, 2005 *European Business Law Review* 621.

48 — Se domen i målet Centros (ovan fotnot 43), i målet Überseering (ovan fotnot 44) och i målet Inspire Art (ovan fotnot 45). Dom av den 13 april 2000 i mål C-251/98, Baars (REG 2000, s. I-2787), punkt 28. Se domen i målet Hughes de Lasteyrie du Saillant (ovan fotnot 33), punkt 42.

49 — Se domen i målet Daily Mail and General Trust (ovan fotnot 37), punkt 16.

50 — Förslag till avgörande av generaladvokat Tizzano i målet SEVIC Systems (ovan fotnot 7), punkt 45. Generaladvokatens bedömning bekräftades av domstolen i punkterna 22 och 23 i domen.

51 — Se domen i målet Cadbury Schweppes (ovan fotnot 35), punkt 37 (min kursivering). Bemärk att domstolen hänvisade till punkt 96 i domen i målet Inspire Art, men valde att använda en något annorlunda formulering (”syfte” i stället för ”enda syfte”).

52 — Se domen i målet Cadbury Schweppes (ovan fotnot 35), punkterna 51–55.

53 — Se domen i målet Cadbury Schweppes (ovan fotnot 35), punkt 68.

rätten, [54], även om domstolen med rätta fortsätter att restriktivt tillämpa begreppet missbruk. [55]

30. Trots vad å andra sidan domen i målet Daily Mail and General Trust kan förefalla antyda, undantas a priori inte särskilda delar av medlemsstaternas lagstiftning från etableringsrättens räckvidd enligt domstolen. [56] Domstolens resonemang gäller snarare den *inverkan* som en nationell reglering eller praxis kan ha på etableringsfriheten, och domstolen gör bedömningen att denna inverkan är förenlig med etableringsrätten, såsom den garanteras i fördraget. När det gäller nationella regler om bolagsbildning lägger domstolen två omständigheter till grund för sin bedömning. För det första är medlemsstaterna, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, fria att besluta huruvida de ska inrätta en ordning grundad på faktiska sätesteorin eller på inkorporeringsteorin. De olika medlemsstaterna har också mycket riktigt valt väsentligt olika regler om bolagsbildning. För det andra förutsätter effektivt utövande av etableringsfriheten åtminstone någon form av ömsesidigt erkännande och samordning av de olika lagstiftningarna. Följden av detta synsätt är att rättspraxis typiskt sett respekterar nationella associationsrättsliga bestämmelser, oavsett om de grundas på faktiska sätesteorin eller inkorporeringsteorin. Effektivt utövande av etableringsrätten innebär emellertid samtidigt att ingen av de två ovannämnda teorierna i full logisk utsträckning kan tillämpas. Det bästa exempel hittills är kanske målet Überseering. [57]

31. Enligt min mening är det omöjligt att med stöd av gemenskapsrätten på dess nuvarande stadium göra gällande att medlemsstaterna har absolut frihet att besluta om ”bildandet och upplösningen” av bolag som bildats enligt deras nationella rätt, utan avseende på de konsekvenser för etableringsfriheten som det kan få. Annars skulle medlemsstaterna fritt kunna ådöma bolag bildade enligt deras nationella rätt ”dödsstraff”, enbart på grund av att bolaget hade beslutat att utöva etableringsfriheten. Att flytta huvudverksamheten inom gemenskapen kan särskilt för små och medelstora företag vara ett enkelt och effek-

54 — Se punkt 9 i generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i målet Daily Mail and General Trust (ovan fotnot 37) och där angiven rättspraxis. Jag har i detalj diskuterat principen om förbud mot missbruk av gemenskapsrätten i mitt förslag till avgörande i mål C-255/02, Halifax m.fl. (REG 2006, s. I-1609). Se även R. de la Feria, Prohibition of abuse of (Community) law: The creation of a new general principle of EC Law through tax, [2008] 45 *CMLR* s. 405–408.

55 — Principen om förbud mot missbruk av rättigheter har beskrivits som ”a drug which at first appears to be innocuous, but may be followed by very disagreeable after effects” (Gutteridge, H.C., Abuse of Rights, 5 Cambridge Law Journal, s. 22, 44, 1933–1935). Således vore det klokt att tillämpa principen med stor försiktighet.

56 — ”Det finns inte någon kärna av suveränitet som en medlemsstat kan göra gällande som sådan gentemot gemenskapen.” (Lenaerts, K., Constitutionalism and the many faces of federalism, 38 *American Journal of Comparative law* [1990], s. 205 och följande sidor, s. 220). Se, bland annat, dom av den 13 december 2005 i mål C-446/03, Marks & Spencer (REG 2005, s. I-10837), punkt 29, och dom av den 13 mars 2007 i mål C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group litigation (REG 2007, s. I-2107), punkt 25 (inom området beskattning). Dom av den 14 januari 1997 i mål C-124/95, Centro-Com (REG 1997, s. I-81), punkt 25 (inom området utrikes- och säkerhetspolitik), och av den 11 december 2007 i mål C-438/05, Viking Line (REG 2007, s. I-10779), punkt 40 (inom området socialpolitik). I den mån som dessa rättsområden omfattas av medlemsstaternas behörighet, ska dessa inte desto mindre iaktta gemenskapsrätten när de utövar sin behörighet.

57 — Ovan fotnot 44. Det målet gällde tyska bestämmelser enligt vilka endast parter med rättskapacitet kunde väcka talan, medan bolag bedömdes ha rättskapacitet endast om de hade sitt faktiska säte i Tyskland enligt ”Sitztheorie” eller sätesprincipen. Enligt punkt 93 i domstolens dom står en åtgärd enligt vilken ett bolag som bildats i en annan medlemsstat – där det har sitt säte enligt bolagsordningen, inte tillerkänns rättskapacitet och därmed inte heller partsbehörighet – ”nämligen i direkt strid med den etableringsfrihet för bolag”, vilket inte kan motiveras av allmänhetens intresse.

tivt sätt att starta en faktisk ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat och samtidigt undvika de kostnader och administrativa bördor som är förbundna med att först upplösa bolaget i ursprungslandet och sedan nybilda bolaget i mottagarstaten. Kommissionen har med rätta understrukit att förfarandet för att upplösa ett bolag i den ena medlemsstaten för att sedan nybilda bolaget enligt lagen i en annan medlemsstat kan ta mycket lång tid. Under denna tid kan det aktuella bolaget vara förhindrat från att bedriva all form av verksamhet.

32. Även om inskränkningen i etableringsrätten i det aktuella målet härrör direkt från nationella bestämmelser om bolags bildande och funktion, måste frågan ställas huruvida sådana bestämmelser kan motiveras av allmänintresset [58], såsom att förhindra missbruk eller handlande i bedrägligt syfte, [59] eller att skydda exempelvis borgenärernas, minoritetsägarnas, anställdas och skattemyndigheternas intressen. [60]

33. Mot bakgrund av dessa intressen kan det vara godtagbart för en medlemsstat att uppställa vissa villkor innan flyttningen till utlandet av huvudverksamheten för ett bolag som bildats enligt medlemsstatens associationsrättsliga regler kan fullgöras. [61] Medlemsstaten kan exempelvis anse att den inte längre effektivt kan kontrollera bolaget och således kräva att bolaget ändrar juridisk ställning och upphör att i full utsträckning omfattas av den associationsrätt enligt vilken det bildades. [62]

34. Detta är emellertid inte fallet i detta mål. I den lagstiftning som här är föremål för prövning föreskrivs inga möjligheter för ett bolag bildat enligt ungersk rätt att flytta sin huvudverksamhet till en annan medlemsstat. I ungersk rätt, såsom den tillämpades av den registerförande domstolen, uppställs inte endast villkor för en sådan flytt, utan i stället krav på att bolaget först ska upplösas. Särskilt eftersom den ungerska regeringen inte har framfört några skäl**,** är det svårt att se hur en sådan åtgärd som ”står i direkt strid med … etableringsfrihet[en]” [63] är nödvändig i det allmännas intresse. [64]

58 — Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37. Se domen i målet CaixaBank France (ovan fotnot 36), punkt 11. Dom av den 28 februari 2008 i mål C-293/06, Deutsche Shell (REG 2008, s. I-1129), punkt 28.

59 — Se domen i målet Cadbury Schweppes (ovan fotnot 35), punkterna 51–55.

60 — Se domen i målet Überseering (ovan fotnot 44), punkt 92, och i målet SEVIC Systems (ovan fotnot 7), punkt 28.

61 — Se, analogt, artikel 8 i rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag (EGT L 294, s.1).

62 — Vilket är fallet i exempelvis det förfarande som infördes genom förordning nr 2157/2001.

63 — Se domen i målet Überseering (ovan fotnot 44), punkt 93.

64 — Se även domen i målet SEVIC Systems (ovan fotnot 7), punkterna 29 och 30.

35. Jag föreslår därför att domstolen ska lämna följande svar på den fjärde frågan: Artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken det är omöjligt för ett bolag bildat enligt nationell rätt att flytta sin huvudverksamhet till en annan medlemsstat.

III — Förslag till avgörande

36. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska ge följande svar på de frågor som ställts av Szegedi Ítélőtábla:

1) I ett sådant fall som i det aktuella målet, får en appellationsdomstol begära förhandsavgörande från EG-domstolen i ett förfarande rörande överklagande av ett beslut av en domstol i lägre instans, även om varken förfarandet i domstolen i lägre instans eller förfarandet rörande överklagandet är kontradiktoriskt.

2) Den omständigheten att ett överklagande av ett beslut som meddelats av en nationell domstol är begränsat till rättsfrågor och inte automatiskt har inhiberande verkan innebär inte att den domstolen omfattas av den skyldighet som föreskrivs i artikel 234 tredje stycket EG.

3) Artikel 234 EG utgör hinder för att tillämpa en nationell lagstiftning enligt vilken nationella domstolar kan åläggas att återkalla eller upphäva en begäran om förhandsavgörande.

4) Artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken det är omöjligt för ett bolag bildat enligt nationell rätt att flytta sin huvudverksamhet till en annan medlemsstat.