# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK fremsat den 2. juni 2010[1]

## Indhold


I — Indledning ..... I - 10165

II — Retsforskrifter ..... I - 10166

A — Fællesskabsretlige regler ..... I - 10166

1. Den primære ret ..... I - 10166

2. Afledt ret ..... I - 10167

a) Direktiv 68/151/EØF ..... I - 10167

b) Direktiv 89/667/EØF ..... I - 10168

B — Nationale bestemmelser ..... I - 10168

III — De faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål ..... I - 10170

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen ..... I - 10171

V — Parternes vigtigste anbringender ..... I - 10171

VI — Retlig vurdering ..... I - 10172

A — Indledende bemærkninger ..... I - 10172

1. Tilnærmelse af lovgivningerne som et instrument i europæisk selskabsret I - 10172

2. Formålet med direktiv 68/151 ..... I - 10173


1 — Originalsprog: tysk.

B — Det præjudicielle spørgsmål ..... I - 10174

1. Afledt ret som kriterium ..... I - 10176

a) Anvendelsesområdet for direktiv 68/151 ..... I - 10176

i) Eksistensen af et aktieselskab som omhandlet i artikel 1 i direktiv 68/151 ..... I - 10176

ii) Anerkendelse af en ansvarsbegrænsning ..... I - 10176

iii) Hæftelse for aktieselskabets forpligtelser ..... I - 10178

iv) Omfanget af et aktieselskabs ansvar ..... I - 10180

b) Foreneligheden med direktiv 68/151 ..... I - 10180

2. Forenelighed med den primære ret ..... I - 10183

a) Adgangen til at påberåbe sig den primære ret ..... I - 10183

b) Etableringsfrihed ..... I - 10184

i) Anvendeligheden af artikel 43 EF og 48 EF ..... I - 10184

ii) Begrænsning af etableringsfriheden ..... I - 10187

— Artikel 43 EF som et omfattende forbud mod restriktioner .. I - 10187

— Muligheden for en teleologisk afgrænsning af forbuddet mod restriktioner ..... I - 10189

iii) Begrundelsen for en begrænsning af etableringsfriheden ..... I - 10191

— Beskyttelsen af grundlæggende rettigheder som legitim interesse ..... I - 10192

— Undersøgelse af proportionaliteten ..... I - 10193

iv) Foreløbig konklusion ..... I - 10200

c) Frie kapitalbevægelser ..... I - 10200

i) Anvendelsesområdet for artikel 56 EF ..... I - 10200

ii) Begrænsning af de frie kapitalbevægelser ..... I - 10201

— Artikel 56 EF som et omfattende forbud mod restriktioner .. I - 10201

— Muligheden for en teleologisk afgrænsning af forbuddet mod begrænsning ..... I - 10202

iii) Begrundelse ..... I - 10203

— Beskyttelsen af grundrettigheder som legitim interesse .... I - 10203

— Undersøgelse af proportionaliteten ..... I - 10203

iv) Foreløbig konklusion ..... I - 10204

VII — Forslag til afgørelse ..... I - 10204

## I — Indledning

1. Til grund for den foreliggende sag ligger en præjudiciel anmodning fra det græske Symvoulio tis Epikrateias (øverste forvaltningsdomstol, herefter »den forelæggende ret«) i henhold til artikel 234 EF [2], hvormed Domstolen anmodes om en fortolkning af Rådets første direktiv 68/151/EØF af 9. marts 1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde [3].

2. Den præjudicielle anmodning udspringer af en retstvist mellem Idryma Typou A.E.

2 — I henhold til Lissabontraktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, underskrevet i Lissabon den 13.12.2007, EUT C 306, s. 1, reguleres proceduren i præjudicielle sager nu i artikel 267 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

3 — EFT 1968 I, s. 41.

(herefter »sagsøgeren i hovedsagen«), et aktieselskab, der er aktivt inden for presse- og tv-sektoren, og Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis (ministeren for presse og massemedier, herefter »sagsøgte i hovedsagen«). Tvisten angår lovligheden af en bøde, der er blevet pålagt sagsøgeren i hovedsagen på grund af en overtrædelse af lovgivningen og af de for driften af tv-stationer gældende fagetiske regler, og som fastsætter en solidarisk hæftelse for både sagsøgeren samt dennes aktionærer og bestyrelsesmedlemmer.

3. I retlig henseende rejses der i denne anmodning i grunden to indbyrdes forbundne spørgsmål. For det første spørges der, om der i Den Europæiske Unions selskabsret findes et tilstrækkelig klart begreb for et aktieselskabs retlige form, der ligesom i adskillige medlemsstaters retsordener kender til et princip, der begrænser et kapitalselskabs hæftelse til selskabsformuen. For det andet ønsker den forelæggende ret oplyst, om nævnte princip under visse omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende undtagelsesvis tillader en fravigelse fra denne ansvarsbegrænsning. Kun hvis et såkaldt »hæftelsesgennembrud« er foreneligt med fællesskabsretten, er det nemlig muligt at udvide aktieselskabets hæftelse til også at gælde selskabsdeltagernes formue.

## II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretlige regler*

1. Den primære ret

4. Artikel 43 EF lyder:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 48 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

5. Artikel 44 EF bestemmer:

»1. Efter fremgangsmåden i artikel 251 og efter høring af Det Økonomiske og Sociale

Udvalg udsteder Rådet direktiver om gennemførelse af etableringsfriheden inden for en bestemt erhvervsgren.

2. Rådet og Kommissionen udfører de opgaver, som er overdraget dem i henhold til ovennævnte bestemmelser, navnlig ved:

[...]

g) i det nødvendige omfang og med det formål at gøre dem lige byrdefulde at samordne de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i artikel 48, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser.«

6. Artikel 48 EF lyder:

»Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje.«

7. Artikel 56 EF bestemmer:

»1. Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.

2. Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for betalinger mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.«

2. Afledt ret

a) Direktiv 68/151/EØF

8. Direktiv 68/151, som tidsmæssigt finder anvendelse her, indførte en samordning af de selskabsretlige bestemmelser i medlemsstaterne til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, indtil det blev ophævet ved direktiv 2009/101/EF, som trådte i kraft den 21. oktober 2009 [4].

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/101/EF af 16.9.2009 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 48, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde, EUT L 258, s. 11.

9. Af betragtningerne til dette direktiv fremgår det for det første, at »[d]en samordning, der omtales i artikel 54, stk. 3, litra g), [i traktaten om oprettelsen af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab], og i den almindelige plan om ophævelse af begrænsninger i etableringsfriheden, er tvingende nødvendig, især i forhold til aktieselskaber og selskaber med begrænset ansvar, da disse selskabers virksomhed ofte rækker ud over den enkelte stats område«. For det andet henvises der i betragtningerne til dette direktiv til, at »på de nævnte områder må fællesskabsbestemmelser gives samtidigt for disse selskaber, da de kun giver tredjemand selskabsformuen at holde sig til som sikkerhed for fyldestgørelse«.

10. Artikel 1 i dette direktiv fastsætter i den ordlyd, som er ændret i forbindelse med Grækenlands tiltrædelse [5]:

»De i dette direktiv foreskrevne bestemmelser om samordning finder anvendelse på medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om følgende selskabsformer: […]

i Grækenland:

ανώνυμη εταιρία, εταιρία περιωρισμένης ευθύνης, ετερόρρυθμη κατά μετοχές εταιρία [aktieselskab, selskab med begrænset ansvar, kommanditselskab med aktier].«

11. Direktiv 68/151 omfatter tre afdelinger. Første afdeling behandler offentlighed vedrørende selskabers dokumenter, anden afdeling indeholder bestemmelser vedrørende gyldigheden af selskabers forpligtelser, og tredje afdeling fastsætter regler om et selskabs eventuelle ugyldighed.

b) Direktiv 89/667/EØF

12. Rådets tolvte direktiv af 21. december 1989 på selskabsrettens område om enkeltmandsselskaber med begrænset ansvar (89/667/EØF) [6] udtaler i betragtningerne hertil, at »der bør tilvejebringes et retligt instrument, der åbner mulighed for en begrænsning af den individuelle virksomhedsejers hæftelse i hele Fællesskabet, dog med forbehold af de lovgivninger i medlemsstaterne, som i visse tilfælde foreskriver, at sådanne virksomhedsindehavere hæfter for virksomhedens forpligtelser«.

B — *Nationale bestemmelser*

13. Artikel 5, stk. 1, i den græske grundlov fastlægger alle borgeres ret til frit at udfolde deres personlighed og deltage i det sociale, økonomiske og politiske liv på betingelse af,

5 — EFT 1979 L 291.

6 — EFT L 395, s. 40.

at andres rettigheder, grundloven samt god sæd og skik respekteres. I henhold til artikel 5, stk. 3, er den personlige frihed uantastelig.

14. I henhold til grundlovens artikel 106, stk. 2, må et privat økonomisk initiativ ikke udfolde sig til skade for friheden og den menneskelige værdighed, mens grundlovens artikel 15, stk. 2 (i den affattelse, der var gældende før grundlovsrevisionen i 2001), bestemmer, at radio og fjernsyn under tilsyn af staten skal sikre overførsel af objektive informationer og udsendelsernes kvalitetsniveau.

15. Lov nr. 2328/1995 fastlægger rammerne for driften af private tv-stationer. I artikel 1, stk. 9, bestemmes det, at aktier i de aktieselskaber, som driver tv-stationer, skal lyde på navn. I henhold til artikel 1, stk. 10, i samme lov kan ethvert aktieselskab have højst én tilladelse til at oprette, etablere og drive en tv-station eller deltage i højst ét selskab, der er indehaver af en sådan tilladelse. Fysiske eller juridiske personers andel i et sådant selskab må ikke overstige 25% af aktiekapitalen. Aktionærer, der besidder mere end 2,5%, og bestyrelsesmedlemmer i selskaber, som søger om eller besidder en driftstilladelse til en tv-station, må ikke være dømt for strafbare handlinger, som er til hinder for en fast ansættelse i det offentlige. Der påhviler endvidere aktionærerne en forpligtelse til at redegøre for den måde, de har erhvervet deres formue på, som fastsat i den pågældende lov. Desuden fastsætter artikel 1, stk. 11, at deltagelse i et selskab, som påtager sig at udføre arbejde for eller levere varer til det offentlige, er uforenelig med deltagelse i et selskab, der driver en tv-station. I samme artikels stk. 13 fastsættes en forpligtelse til at underrette den kompetente minister om enhver overdragelse af en aktieandel i et sådant selskab, som overstiger 2,5% af aktiekapitalen. Artikel 3 i lov nr. 2328/95 fastlægger de fagetiske regler, som tv-stationerne skal respektere, mens artikel 4 fastlægger de administrative sanktioner, der pålægges i tilfælde af overtrædelse heraf. Hvad angår disse sanktioner bestemmes nærmere, at bøderne pålægges som solidarisk hæftelse, der ikke kun rammer det selskab, som besidder oprettelses- og driftstilladelse til tv-stationen, dets lovlige repræsentanter og medlemmerne af dets bestyrelse, men også alle de aktionærer, der besidder en aktieandel på over 2,5%.

16. Lov nr. 2190/1920 opstiller de generelle regler for aktieselskaber. I henhold til artikel 1 i denne lov er et aktieselskab »et kapitalselskab, som er en juridisk person, og

for hvilket kun selskabet selv hæfter med sin formue«.

**III — De faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

17. Ved sin beslutning af 11. maj 2001 pålagde ministeren for presse og massemedier aktieselskabet »Nea Tileorasi«, der ejer tv-stationen »Star Channel«, tillige med dets aktionærer og bestyrelsesmedlemmer en bøde på 10 000 000 drachmer som solidarisk hæftelse. Bøden blev pålagt efter indstilling fra Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (det nationale radio- og tv-råd, ESR), som er en kompetent uafhængig myndighed, idet nogle oplysninger, der blev udsendt i tv-stationen Star Channels vigtigste nyhedsudsendelse den 14. februar 2000, udgjorde en krænkelse af pligten til at respektere to sangeres og en modedesigners personlighed, ære, anseelse og familieliv.

18. Sagsøgeren i hovedsagen, som er aktionær i selskabet »Nea Tileorasi«, har for den forelæggende ret nedlagt påstand om ophævelse af den ministerielle beslutning om at pålægge bøden og den af ESR trufne afgørelse, der lå til grund for beslutningen.

19. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, har den forelæggende ret under denne sag undersøgt både forfatningsmæssigheden og foreneligheden med fællesskabsretten af ordningen i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/95.

20. Den forelæggende ret har for det første undersøgt, om en ordning, ifølge hvilken både selskabet og en bestemt kategori af aktionærer hæfter solidarisk for bøder, følger bestemmelserne i den græske grundlov med hensyn til økonomisk frihed. For det andet har den forelæggende ret undersøgt, om den omtvistede ordning henhører under anvendelsesområdet for direktiv 68/151, og om den er forenelig med dettes artikel 1. Medlemmerne af den kompetente retsafdeling har her givet udtryk for forskellige retsopfattelser.

21. I forelæggelseskendelsen ytrer den forelæggende ret tvivl angående fortolkningen af direktiv 68/151. Den har derfor udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Indeholder direktiv 68/151, som i artikel 1 fastsætter, at »[d]e i dette direktiv foreskrevne bestemmelser om samordning finder anvendelse på medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om følgende selskabsformer: [...] — i Grækenland: ανώνυμη εταιρία, [aktieselskaber]«, en bestemmelse, der forbyder indførelse af en national regel som den i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/1995 [omhandlede], i det omfang denne bestemmer, at de bøder, der er fastsat i samme artikels foregående stykker for overtrædelse af lovgivningen og af de for driften

af tv-stationer gældende fagetiske regler, ikke kun pålægges det selskab, der er indehaver af en tilladelse til oprettelse og drift af tv-stationen, men tillige også alle de aktionærer, som besidder en aktieandel på over […] 2,5%, som solidarisk hæftelse?«

## IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

22. Forelæggelseskendelsen, dateret den 17. september 2008, blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 26. februar 2009.

23. Der er indgivet skriftlige indlæg af Den Hellenske Republiks regering og af Kommissionen inden for den i artikel 23 i Domstolens statut nævnte frist.

24. Ved den mundtlige forhandling, som fandt sted den 11. marts 2010, har [repræsentanterne for Den Hellenske Republik og Kommissionen] afgivet indlæg.

## V — Parternes vigtigste anbringender

25. Den *græske regering* og *Kommissionen* er i deres indlæg enige om, at artikel 1 i direktiv 68/151 ikke er til hinder for en national ordning som den i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/95 omhandlede.

26. Både den græske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at direktiv 68/151 ikke har til formål at harmonisere konceptet eller begrebet aktieselskab, men begrænser sig til at opregne de i medlemsstaterne eksisterende selskabsformer, som direktivets bestemmelser finder anvendelse på.

27. I overensstemmelse hermed har medlemsstaterne ret til at oprette nye selskabsformer eller pålægge de selskaber, der står anført i artikel 1 i direktiv 68/151, yderligere forpligtelser. Kommissionen henviser i den forbindelse til direktiv 89/667, som i sin præambel anerkender nødvendigheden af at opretholde sådanne nationale bestemmelser, der i visse tilfælde foreskriver, at individuelle virksomhedsindehavere hæfter for virksomhedens forpligtelser, dette dog som en fravigelse af det sammesteds nævnte retlige instrument, der åbner mulighed for en begrænsning af et selskabs hæftelse, som sådanne virksomhedsejere ifølge direktivet skal have mulighed for i hele Fællesskabet. Både den *græske regering* og *Kommissionen* når til den konklusion, at fællesskabsretten ikke sikrer selskabsdeltagerne en fritagelse for ansvaret for et aktieselskabs forpligtelser.

28. For en sikkerheds skyld gør den *græske regering* gældende, at artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/95 ikke ophøjer den solidariske hæftelse for selskabsdeltagere, hvis aktieandel overstiger 2,5%, til en generel regel. Derimod fastsætter denne bestemmelse i tilfælde af en overtrædelse af lovgivningen og de fagetiske regler, som gælder for driften af tv-stationer, at der kan gives bøder til det selskab, som besidder driftstilladelsen til tv-stationerne, men også til selskabsdeltagerne, da de sidstnævnte spiller en særlig rolle ved oprettelsen og driften af selskabet.

## VI — Retlig vurdering

### A — *Indledende bemærkninger*

#### 1. Tilnærmelse af lovgivningerne som et instrument i europæisk selskabsret

29. Selskabsretten i Den Europæiske Union beskæftiger sig hovedsageligt med rammebetingelserne for virksomheder af national eller europæisk oprindelse i fællesmarkedet [7]. Den konkrete udformning af disse rammebetingelser er på den ene side præget af bestræbelserne på at harmonisere de nationale selskabsretsregler i medlemsstaterne og på den anden side af at skabe en overnational selskabsret, der primært er forankret i unionsretten.

30. Der er forskellige grunde til at tilnærme de selskabsretlige bestemmelser, som eksisterer i de enkelte medlemsstater, til hinanden. Et centralt kriterium bygger på princippet om etableringsfrihed, der er fastlagt i artikel 43 EF og i henhold til artikel 48 EF også gælder for selskaber, et princip, ifølge hvilket restriktioner i den frie etableringsret for statsborgere fra én medlemsstat i en anden skal ophæves [8]. Men netop for selskaber gælder det, at de rent faktisk kun kan og vil gøre brug af deres ret til frit at etablere sig, hvis de retlige rammebetingelser er harmoniseret. Et yderligere incitament til at tilnærme lovgivningerne ligger i erkendelsen af, at det er i Unionens samlede erhvervslivs interesse, at valget af etableringssted træffes efter rationelle økonomiske synspunkter og ikke afhænger af, hvor de selskabsretlige rammebetingelser er

7 — Jf. P. Behrens, »Gesellschaftsrecht«, i: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (udgivet af Manfred A. Dauses), E. III, afsnit 3, s. 3.

8 — Jf. M. Rondinelli, »Il processo di armonizzazione del diritto societario europeo«, *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, 2000, s. 38, der påpeger den tætte sammenhæng mellem harmoniseringen af selskabsretten i Den Europæiske Union og etableringsfriheden. Således også A. Grünwald, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Wien, 1999, s. 12, og G. Mustaki og V. Engammare, V., *Droit européen des sociétés*, Basel, 2009, s. 105.

gunstigst for virksomhederne [9]. Endvidere skal tilnærmelsen af de nationale retsordener sikre, at konkurrencevilkårene i Unionen er så ens som muligt for virksomhederne. Endelig bidrager eksistensen af sammenlignelige retlige rammebetingelser til, at virksomheder og selskabsdeltagere foretager grænseoverskridende investeringer til gavn for den økonomiske og sociale udvikling i Unionen.

2. Formålet med direktiv 68/151

31. Direktiv 68/151, som blev vedtaget den 9. marts 1968, dvs. ti år efter Romtraktatens ikrafttræden, er ikke blot det første direktiv på selskabsrettens område; den er overhovedet den første tilnærmelsesforanstaltning på civilretsområdet [10]. Med EØF-traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), [artikel 44, stk. 2, litra g), EF] [11] som grundlag har den til formål at beskytte tredjemand, og navnlig selskabets medkontrahenter. Disse bør ikke alene kunne skaffe sig de nødvendige oplysninger om selskabet, men bør også kunne stole på gyldigheden af de viljeserklæringer, der afgives i selskabets navn, såvel som på eksistensen af et registreret selskab [12]. Som det fremgår af fjerde og sjette betragtning til direktivet, tager dette således sigte på at samordne de nationale bestemmelser om offentlighed af vigtige oplysninger vedrørende selskabet, om gyldigheden af de forpligtelser, der er indgået på selskabets vegne, og om selskabets ugyldighed. Ganske vist indgik tilsvarende bestemmelser til beskyttelse af retsforholdene i samtlige retsordener i de stater, der grundlagde EØF. Disse bestemmelser var dog på ingen måde ligeværdige. På baggrund af, at selskaberne i stigende grad udfoldede grænseoverskridende aktiviteter, mente medlemsstaterne, at det hastede med at tilnærme de nationale bestemmelser til hinanden for på den måde at sikre en ligeværdig beskyttelse i hele Fællesskabet af retsforholdene i almindelighed og af kreditorerne i særdeleshed.

32. Forud for vedtagelsen af direktivet gik der flerårige forhandlinger inden for Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, som dengang endnu bestod af de seks stater, der havde grundlagt det. Efterhånden som de øvrige medlemsstater tiltrådte Fællesskabet, herunder Grækenland i 1981, overtog de direktiv 68/151 som en del af »acquis communautaire«. Ved de enkelte landes tiltrædelsesakter er direktivets bestemmelser, især artikel 1 om de berørte selskaber, blevet tilpasset udvidelsen af kredsen af medlemsstater. Denne bestemmelse i direktivet, som den forelæggende ret i sit spørgsmål har anmodet Domstolen om en fortolkning af, fastsætter

9 — M. Rondinelli, nævnt ovenfor i fodnote 8, s. 38, er af den opfattelse, at det med tilnærmelsen af lovgivningerne skal forhindres, at valget af etableringssted og kapitalbevægelser ikke træffes ud fra økonomiske synspunkter, men afhængigt af, hvor man finder de gunstigste selskabsretlige rammebetingelser.

10 — Jf. M. Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3. oplag, München, 2006, § 5, afsnit 1, s. 82.

11 — Svarer til artikel 50, stk. 2, TEUF.

12 — Jf. K. Hempel, *Kommentar zu EU- und EF-Vertrag* (udgivet af Heinz Mayer), artikel 44, afsnit 19, s. 19, og M. Rondinelli, nævnt ovenfor i fodnote 8, s. 42.

direktivets personelle anvendelsesområde, da det opregner de selskabsformer, som det gælder for i hver enkel medlemsstat. Det drejer sig her udelukkende om kapitalselskaber [13], nemlig aktieselskaber, kommanditselskaber med aktier og selskaber med begrænset ansvar, som er karakteriseret ved visse fælles kendetegn uanset enkelte forskelle i udformningen af den pågældende selskabsform i medlemsstaternes selskabsret.

B — *Det præjudicielle spørgsmål*

33. Et af disse fælles kendetegn er det i den foreliggende sag relevante forhold, at et kapitalselskabs hæftelse for selskabsgæld principielt er begrænset til selskabsformuen. Et kapitalselskabs egenskab af skyldner og den dermed forbundne hæftelse over for en kreditor for selskabsgæld hviler på, at der i henhold til national ret tillægges dem retsevne. Denne selvstændige retsevne hos selskabet bevirker, at de forpligtelser, der er indgået i selskabets navn, ikke samtidig udgør en gæld for selskabsdeltagerne. Som et korrektiv til begrænsningen af hæftelse til den juridiske persons formue skal f.eks. et aktieselskab og et selskab med begrænset ansvar have en kapitalbasis, hvis tilvejebringelse og bevarelse strengt overvåges af retsordenen af hensyn til beskyttelsen af kreditorerne. På trods af den principielle adskillelse mellem selskabs- og selskabsdeltagerformuer i forbindelse med kapitalselskaber tillader retspraksis og lovgivning i medlemsstaterne undtagelsesvis under særlige omstændigheder, at selskabsdeltagerne hæfter personligt for selskabsgæld [14].

34. Så vidt jeg kan overskue det, anerkendes dette princip, bortset fra enkelte forskelle,

13 — Strukturen i den europæiske selskabsret som et retsområde, hvor der i det mindste også eksisterer en fællesskabsretlig del, omfatter stort set kun kapitalselskaber, jf. P. Behrens, nævnt ovenfor i fodnote 7, afsnit 15, s. 8. Ganske vist gælder etableringsfriheden, artikel 43 EF, 48 EF, og artikel 44, stk. 2, litra g), EF som hovedkompetenceregel i Den Europæiske Unions selskabsret for alle selskaber, der drives med gevinst for øje, også selv om de er offentligretlige. Bortset fra virkningen af de grundlæggende friheder er det normative indhold af den europæiske selskabsret imidlertid udelukkende indeholdt i én retsakt for personhandelsselskaber: Statutten for den europæiske økonomiske firmagruppe, jf. S. Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, § 1, afsnit 12, s. 6. Grunden til, at lovgivningen lægger hovedvægten på aktieselskaber, ligger vel i, at denne selskabstype på grund af sin struktur i sig selv må anses for den optimale selskabsform for virksomheder med aktiviteter i hele Fællesskabet, jf. A. Grünwald, nævnt ovenfor i fodnote 8, s. 13.

14 — Jf. vedrørende princippet om adskillelse af selskabs- og selskabsdeltagerformuer A. Kraft og P. Kreutz, *Gesellschaftsrecht*, 10. oplag, Berlin, 1997, s. 50 f., eller adskillelse af selskabs- og selskabsdeltagerhæftelse i forbindelse med kapitalselskaber M. Kocbek, *Zakon o gospodarskih družbah, ZGD, s komentarjem*, 2. oplag, GV Založba 2002, bind I, s. 127.

i samtlige medlemsstater [15]. Desuden er dette princip blevet optaget i forordning nr. 2157/2001 [16], som danner grundlaget for etableringen af den overnationale selskabsform det europæiske aktieselskab (Societas Europaea, SE) [17]. Hvorvidt og i hvilket omfang fællesskabsretten, henset til omstændighederne i hovedsagen, undtagelsesvis tillader et hæftelsesgennembrud rettet mod selskabsdeltagernes formue, skal afklares ved hjælp af en fortolkning af de relevante direktivbestemmelser, nemlig ud fra deres ordlyd, systematiske sammenhæng samt mening og formål, idet der samtidig skal tages hensyn til den nuværende grad af harmonisering på selskabsrettens område i Unionen.

35. Ved besvarelsen af det forelagte spørgsmål skal det dog først undersøges, om den

15 — Enhver af de nationale retsordener indeholder en ansvarsbegrænsning for kapitalselskaber, blot med forskellige formuleringer. Nogle steder hedder det, at det kun er selskabsformuen, der hæfter for selskabets forpligtelser over for kreditorer; andre retsordener bestemmer, at selskabsdeltagerne kun hæfter med et vist indskud, eller at de ikke er personligt ansvarlige. Dermed menes der altid, at selskabsdeltagerne ikke hæfter over for selskabets kreditorer, dvs. i eksterne relationer, jf. G.C: Schwarz, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 1. oplag, Baden-Baden, 2000, afsnit 289, s. 187. Tyskland: § 1, stk. 1, i Aktiengesetz, AktG, og § 13, stk. 2, i Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG, bestemmer, at det kun er selskabsformuen, der hæfter for selskabets forpligtelser over for kreditorer; Frankrig: artikel L. 223-1, stk. 1, i handelsloven (*code de Commerce)* bestemmer, at et selskab med begrænset ansvar (*société à responsabilité limitée)*, stiftes af en eller flere personer, som kun hæfter for tab op til deres andele. Det fremgår ligeledes af artikel L. 225-1 i handelsloven, at selskabsdeltagerne i et aktieselskab (*société anonyme)* kun hæfter for tab op til deres andele. Østrig: § 48 i Bundesgesetz über Aktiengesellschaften, AktG, og § 61, stk. 2, i Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG, bestemmer, at det kun er selskabsformuen, der hæfter for selskabets forpligtelser over for kreditorer. Slovenien: Artikel 7, stk. 2, i Šelskabsloven, Zakon o gospodarskih družbah — ZGD-1, fastsætter, at det bestemmes ved lov, hvornår og hvordan selskabsdeltagerne hæfter ved siden af selskabet. I henhold til artikel 168, stk. 2, i ZGD-1 hæfter et aktieselskab med hele sin formue for sine forpligtelser over for kreditorer. I henhold til artikel 168, stk. 3, i ZGD-1 hæfter aktionærer ikke for selskabets forpligtelser over for kreditorer. Det samme gælder i henhold til artikel 472 for selskabsdeltagere i et selskab med begrænset ansvar med hensyn til selskabets forpligtelser, jf. herom M. Kocbek, nævnt ovenfor i fodnote 14, bind I, s. 122, på s. 530 og bind II, s. 336. Det Forenede Kongerige: Reglerne for kapitalselskaber, såsom *public company limited by shares* og *private company limited by shares* findes i lov om kapitalselskaber (Companies Act 2006). Det førstnævnte kan sammenlignes med det tyske aktieselskab, det sidstnævnte med det tyske selskab med begrænset ansvar, jf. C. Just, *Die englische Limited in der Praxis*, München, 2005, s. 4. Artikel 1, stk. 1, i Companies Act fastsætter, at et selskab er et *limited company*, når dets medlemmers ansvar er begrænset af selskabets vedtægter, og at hæftelsen kan være begrænset ved andele (*shares)* eller ved en garantisum (*guarantee)*. Spanien: Artikel 1 i lov nr. 2/1995 af 23.3.1995 om selskaber med begrænset ansvar (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) bestemmer, at selskabets kapital er sammensat af andele, som selskabsdeltagerne har indskudt, og at selskabsdeltagerne ikke hæfter for selskabets forpligtelser. Det samme siges i artikel 1 i lov nr. 1564/1989 om aktieselskaber (Ley de Sociedades Anónimas).

16 — Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8.10.2001 om statut for det europæiske selskab (SE), EFT L 294, s. 1.

17 — Det europæiske aktieselskab har i henhold til artikel 1 i forordning (EF) nr. 2157/2001 status som juridisk person. Som juridisk person er det således selskabet selv, og ikke den samlede gruppe af selskabsdeltagere, der er indehaver af rettigheder og forpligtelser over for tredjemand. Den enkelte aktionær, dvs. selskabsdeltageren, hæfter i henhold til forordningens artikel 1, stk. 2, andet punktum, kun for et beløb svarende til den kapital, den pågældende har tegnet. Det fremgår ikke af reglen, om hæftelsen med hensyn til indbetaling af indskuddet er begrænset til det interne forhold, eller om kreditorer til et europæisk aktieselskab også kan gribe direkte ind over for en aktionær. Det forhold, at selskabet er en juridisk person, udelukker ganske vist ikke på forhånd en ekstern hæftelse. Da en juridisk person imidlertid selv har rettigheder og forpligtelser, kræver det i princippet en særlig bestemmelse for at begrunde en ekstern hæftelse for dennes medlemmer. Kreditorerne står nemlig kun i et retligt forhold til selskabet, men ikke til selskabsdeltagerne. Som A. Schröder, *Europäische aktieselskab SE*, udgivet af Gerhard Manz, Barbara Mayer og Albert Schröder, Baden-Baden, 2005, artikel 1, SE-VO, afsnit 25-29, s. 49 f., korrekt forklarer, mangler der et grundlag for at kunne pålægge selskabsaktionærer en generel ekstern hæftelse over for tredjemand. Efter forfatterens opfattelse danner artikel 1, stk. 2, andet punktum, i forordningen ikke grundlag for en sådan forpligtelse, idet aktionærens forpligtelse til at yde sit indskud begrænses til et bestemt beløb, uden at det fastsættes, om forpligtelsen kun gælder i det interne forhold, eller om det også gælder eksternt. Princippet om en sondring mellem selskab og selskabsdeltagere kan kun undtagelsesvis gennembrydes, således at også selskabsdeltagerne rammes, hvis kreditorernes interesser ikke kan tilgodeses på anden vis.

omtvistede nationale ordning falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 68/151, og i et følgende trin, om den er forenelig med direktivets bestemmelser.

1. Afledt ret som kriterium

a) Anvendelsesområdet for direktiv 68/151

i) Eksistensen af et aktieselskab som omhandlet i artikel 1 i direktiv 68/151

36. Artikel 1 i direktiv 68/151 definerer den klassiske kreds af kapitalselskaber, hvortil også selskabsformen aktieselskab hører, den form, som sagsøgeren i hovedsagen har i henhold til de tilsvarende græske bestemmelser. Som følge af denne formelle tilknytning til en bestemt selskabsform er der således i det mindste åbnet for direktivets personelle anvendelsesområde.

37. Det skal endvidere undersøges, om der er åbnet for det materielle anvendelsesområde for direktiv 68/151. Hertil kræves, at princippet om ansvarsbegrænsning for aktieselskabets forpligtelser nogenlunde anerkendes.

ii) Anerkendelse af en ansvarsbegrænsning

38. Aktieselskabslovgivningen har været genstand for adskillige unionsretlige ordninger, som alt i alt lader erkende et samlet koncept, der i det væsentlige er fuldstændigt [18]. Ifølge dette koncept er et aktieselskab retligt set selvstændigt og udstyret med en minimumskapital, der er opdelt i aktier. Aktionærerne er fritaget for at hæfte for selskabets gæld; til gengæld er tilvejebringelsen og bevarelsen af selskabets kapital sikret gennem hertil svarende ordninger. Selskabets organisationsstruktur er kendetegnet ved en adskillelse af ledelsesniveau og generalforsamling, samt på ledelsesniveau ved adskillelse af direktion og bestyrelse. Dette gælder uafhængigt af, om der på ledelsesniveau er krav om to adskilte organer (dualistisk system) eller kun et organ (monistisk system); selskabsretten i Den Europæiske Union giver mulighed for at vælge mellem de to modeller. Aktierne kan i princippet frit overdrages og børsnoteres; aktionærerne har samme rettigheder (navnlig stemmeret og krav på dividende) og forpligtelser (indskudspligt). Regnskabsaflæggelsen er udførligt reguleret; der kræves revision og offentliggørelse af regnskabsbilagene. Regler inden for koncernlovgivningen skal klare de

18 — Denne opfattelse udtrykkes også af P. Behrens, nævnt ovenfor i fodnote 7, afsnit 15, s. 8, som henviser til de talrige karakteristika, der præger aktieselskabslovgivningen i Den Europæiske Union.

særlige problemer ved forbundne selskaber. Dette samlede koncept om aktieselskabslovgivning er dog på vigtige punkter omstridt blandt medlemsstaterne — f.eks. hvad angår ledelsesorganernes struktur — således at der endnu ikke er gennemført dertil svarende tilnærmelsesforanstaltninger.

39. Hvad angår det her relevante aspekt af ansvarsbegrænsningen skal det fastslås, at direktiv 68/151 tydeligvis anerkender den som et princip inden for kapitalselskabsretten [19]. Således fremgår det af tredje betragtning til direktivet, at fællesskabslovgiver har fastslået, at de i artikel 1 anførte selskaber »kun giver tredjemand selskabsformuen at holde sig til som sikkerhed for fyldestgørelse«. Endvidere indeholder artikel 7 i dette direktiv en regel, som placerer et solidarisk ansvar for selskabets forpligtelser, der er opstået som følge af handlinger foretaget i selskabets navn, inden dette har opnået retsevne, hos de personer, der har foretaget dem. Også dette tyder på en anerkendelse af det ovennævnte princip om sondring mellem selskabs- og selskabsdeltagerformue. En lignende formulering som den i tredje betragtning til dette direktiv foreliggende finder man i øvrigt, med henvisning til de deri fastsatte regler, i direktiv 78/660 [20], ifølge hvilket det er nødvendigt med hensyn til de nævnte selskabsformer at foretage »en samtidig samordning på disse områder, idet [...] selskaberne kun giver tredjemand sikkerhed i selskabsformuen«. Derudover tager også det af den forelæggende ret og procesdeltagerne nævnte direktiv 89/667 åbenbart udgangspunkt i eksistensen af et tilsvarende princip, idet ansvarsbegrænsningen betegnes som et nødvendigt »retligt instrument« for et såkaldt enkeltmandsselskab [21].

40. Jeg når således til den konklusion, at fællesskabslovgiver ved udstedelsen af de omhandlede direktiver ganske vist ikke udtrykkeligt fastsatte nogen begrænsning for hæftelsen, men dog tydeligvis tog udgangspunkt i et princip i denne retning i de nationale selskabslovgivninger og i en uskreven fællesskabsret gående i samme retning [22]. Det siger selvfølgelig ingenting om dets nøjagtige

19 — Jf. i denne forbindelse G.C. Schwarz, nævnt ovenfor i fodnote 15, afsnit 289, s. 187, ifølge hvem begrænsningen af ansvaret til kun at gælde selskabsformuen efter retslitteraturens opfattelse anses for et karakteristisk træk ved de selskaber, der er omfattet af direktiv 68/151.

20 — Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25.7.1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer, EFT L 222, s. 11.

21 — Enkeltmandsselskabet er et kapitalselskab, i hvilket alle andele ejes af en fysisk eller juridisk person. Det drejer sig altså i praksis her om et enkeltmandsfirma, en enkeltvirksomhed, som via sit selskab med begrænset ansvar deltager i retsforhold, men som kun hæfter for et beløb svarende til den pågældendes indskud.

22 — Således også S. Grundmann, nævnt ovenfor i fodnote 13, § 9, afsnit 286, s. 127.

normative indhold. Dette spørgsmål kommer jeg tilbage til ved undersøgelsen af den omtvistede nationale ordnings forenelighed med direktiv 68/151.

iii) Hæftelse for aktieselskabets forpligtelser

41. Direktiv 68/151 anerkender ganske vist, at ansvaret er en begrænset til selskabsformuen, men dette gælder udtrykkeligt kun for selskabets »forpligtelser«, som det fremgår af anden betragtning. Dermed rejser der sig et spørgsmål om, hvorvidt også bøder pålagt af staten falder ind under dette begreb.

42. Efter Domstolens faste praksis [23] følger det såvel af kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af sin betydning og rækkevidde, normalt i hele Fællesskabet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning. Hvis fællesskabslovgiver i en fællesskabsretsakt stiltiende henviser til de enkelte landes nationale sædvaner, tilkommer det imidlertid ikke Domstolen at give det anvendte udtryk en ensartet fællesskabsdefinition [24].

43. Der kan imidlertid ikke i direktivet findes nogen retlig definition af dette ubestemte retsbegreb, ej heller lader der sig udlede nogen fortolkningsvejledning. Det skal i den forbindelse påpeges, at selskabsretten i Den Europæiske Union ikke tilstræber nogen omfattende ensretning af de nationale regler om selskaber, men indtil nu har begrænset sig til gennem en tilnærmelse af lovgivningerne at regulere enkelte aspekter af selskabsretten ved hjælp af den legislative teknik med udstedelse af direktiver [25], hvilket også forklarer anvendelsen af udtrykkene »samordne« og »gøre dem lige byrdefulde« i artikel 44, stk. 2, litra g), EF. Disse udtryk implicerer en lavere harmoniseringsgrad. Dette adskiller de direktiver, der støtter sig på artikel 44, stk. 2,

23 — Jf. f.eks. dom af 18.1.1984, sag 327/82, Ekro, Sml. s. 107, præmis 11, af 19.9.2000, sag C-287/98, Linster, Sml. I, s. 6917, præmis 43, af 9.11.2000, sag C-357/98, Yiadom, Sml. I, s. 9265, præmis 26, af 6.2.2003, sag C-245/00, SENA, Sml. I, s. 1251, præmis 23, af 12.10.2004, sag C-55/02, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 9387, præmis 45, af 27.1.2005, sag C-188/03, Junk, Sml. I, s. 885, præmis 27-30, og af 7.12.2006, sag C-306/05, SGAE, Sml. I, s. 11519, præmis 31.

24 — Jf. Ekro-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 14.

25 — Ifølge P. Jung og W. Müller-Huschke, *EU-Kommentar* (udgivet af Jürgen Schwarze), 2. oplag, Baden-Baden, 2009, artikel 44 EF, afsnit 14, følger det af ordlyden af artikel 44, stk. 2, litra g), EF (»samordne«, »gøre dem lige byrdefulde«), og den systematiske sammenhæng med artikel 44, stk. 1, EF, som begrænser kompetencereglen til udstedelse af direktiver, at der ikke tilstræbes nogen ensretning af lovgivningen, men blot en tilnærmelse af lovgivningerne. En lignende opfattelse også hos K. Hempel, nævnt ovenfor i fodnote 12, artikel 44, afsnit 13, s. 17. S. Prats Jané, *Evolución del Derecho societario europeo*, Badajoz, 2007, s. 13, fremhæver den grundlæggende forskel mellem tilnærmelse af lovgivning og ensretning af lovgivning. G. Mustaki og V. Engammare, nævnt ovenfor i fodnote 8, s. 105, påpeger, at EF-traktaten kun giver mulighed for at pålægge en samordning og ikke en ensretning, hvad der tillader medlemsstaterne at bevare nationale særtræk i selskabsretten.

litra g), EF, fra de retsakter inden for selskabsretten i Den Europæiske Union, som f.eks. er udstedt på grundlag af artikel 95 EF. Det i artikel 95 EF anvendte begreb »tilnærmelse af lovgivningerne« skal nemlig ikke forstås i teknisk forstand, da det både omfatter tilnærmelse i snævrere betydning og ensretning af lovgivning [26]. Bortset herfra giver artikel 95 EF ikke kun mulighed for at udstede direktiver, men også for udstedelse af forordninger og vedtagelse af beslutninger som de andre bindende foranstaltninger i henhold til artikel 249 EF.

44. Endvidere skal der kun ske en tilnærmelse af lovgivningerne *i det nødvendige omfang*, som det udtrykkeligt fremgår af retsgrundlaget i artikel 44, stk. 2, litra g), EF. Denne formulering viser, at subsidiaritetsprincippet allerede var etableret her, før det blev knæsat i artikel 5, stk. 2, EF [27]. For at Unionen træder i aktivitet, kræves det altså, at formålene med de foranstaltninger, der kommer i betragtning, ikke i tilstrækkelig grad kan nås på medlemsstatsniveau og derfor på grund af deres omfang eller virkning bedre kan nås på unionsplan. Ud fra ordlyden og den systematiske stilling af artikel 44, stk. 2, litra g), EF i reglerne om etableringsfrihed er kun sådanne foranstaltninger til tilnærmelse af lovgivningerne nødvendige, som effektivt fjerner eller i det mindste hindrer de barrierer, der er betinget af forskellene mellem medlemsstaternes selskabsretlige bestemmelser, for en gennemførelse af etableringsretten for selskaber. Intet i direktivet tyder dog på, at direktivets lovgiver har anset en unionsdækkende ordning for nødvendig på dette område.

45. Manglen på en indholdsmæssig bestemmelse af begrebet selskabsforpligtelser kan hermed tydes således, at direktivets lovgiver åbenbart ikke tilstræbte nogen harmonisering af dette begreb, men ønskede at give den nationale lovgivning plads til en nærmere lovbestemt udformning af reglerne. Da direktivets lovgiver ikke har udøvet sin lovgivningskompetence på dette område, men i stedet stiltiende har henvist til medlemsstaternes ret, er Domstolen afskåret fra at give en ensartet fællesskabsretlig definition af dette begreb.

46. Det påhviler derfor den nationale ret på grundlag af den nationale lovgivning at fastslå, om bøder pålagt af staten kan betragtes som forpligtelser, der påhviler et aktieselskab. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, benægtes dette spørgsmål af flertallet af den forelæggende rets medlemmer. Et mindretal af den forelæggende rets medlemmer svarer imidlertid bekræftende på spørgsmålet med henvisning til den økonomiske frihed, som er beskyttet af den græske grundlov, samt til de principper, der er anerkendt i denne medlemsstats selskabsret.

26 — Således også G.C. Schwarz, nævnt ovenfor i fodnote 15, afsnit 201, s. 129.

27 — I retslitteraturen gives der udtryk for den opfattelse, at udøvelsen af denne koordineringskompetence sker med forbehold af handlingens proportionalitet, som omhandlet i artikel 5, stk. 3, EF. Nogle steder gives der udtryk for, at kravet om nødvendighed i artikel 44, stk. 2, litra g), EF udmøntes konkret i subsidiaritetsprincippet, jf. P. Behrens, nævnt i fodnote 7, afsnit 6a, s. 4. Derimod ser G.C. Schwarz, nævnt ovenfor i fodnote 15, afsnit 198, s. 128, dette som en tidlig udformning af subsidiaritetsprincippet.

47. Skulle den forelæggende ret komme til den konklusion, at bøder i henhold til national lovgivning ikke kan betragtes som forpligtelser, der påhviler et aktieselskab, måtte man i den foreliggende sag lægge til grund, at den omtvistede nationale ordning ikke henhører under anvendelsesområdet for direktiv 68/151. Som konsekvens heraf måtte spørgsmålet om forenelighed så besvares med, at direktiv 68/151 i så fald ikke er til hinder for en regel som den i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/95 omhandlede.

48. I betragtning af, at man inden for den græske retsorden åbenbart endnu ikke er nået til en ensartet opfattelse med hensyn til dette retsspørgsmål, og i betragtning af nødvendigheden af at give den forelæggende ret et brugbart svar på dens spørgsmål [28], skal jeg i det følgende for en sikkerheds skyld også undersøge retsstillingen i det tilfælde, at bøder skal betragtes som selskabsforpligtelser, der medfører, at aktieselskabet og i tilfælde af hæftelsesgennembrud undtagelsesvis også aktionærerne hæfter for dem.

28 — I dom af 12.7.1979, sag 244/78, Union Laitière Normande, Sml. s. 2663, præmis 5, fastslog Domstolen, at selv om artikel 234 EF ikke giver Domstolen mulighed for at bedømme baggrunden for forelæggelsen, kan nødvendigheden af at nå til en hensigtsmæssig fortolkning af fællesskabsretten kræve, at de retlige rammer for den udbedte fortolkning fastlægges. Ifølge K. Lenaerts, A. Arts og I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. oplag, s. 188, afsnit 6-021, er der intet, der hindrer Domstolen i at gøre rede for sin forståelse af de faktiske omstændigheder i hovedsagen og visse aspekter af den nationale lovgivning som udgangspunkt for en relevant fortolkning af de fællesskabsretlige bestemmelser, der skal anvendes, og af fællesskabsrettens principper.

iv) Omfanget af et aktieselskabs ansvar

49. Da direktiv 68/151 heller ikke sætter nogen begrænsning for sit materielle anvendelsesområde med hensyn til bestemte kategorier af selskabsforpligtelser, men omfatter selskabsformen aktieselskab under ét, henhører også en ordning som den i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/95 omhandlede under anvendelsesområdet for direktiv 68/151.

b) Foreneligheden med direktiv 68/151

50. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 1 i direktiv 68/151 forbyder en national ordning som den i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/95 omhandlede. Dermed rejser der sig uvægerligt et spørgsmål om en sådan ordnings forenelighed med fællesskabsretten, hvorved det dog skal bemærkes, at det ikke tilkommer Domstolen inden for rammerne af den præjudicielle procedure at tage stilling til, om nationale retsregler er forenelige med de fællesskabsretlige bestemmelser, eller til at fortolke nationale bestemmelser. Domstolen er dog beføjet til at forsyne den forelæggende ret med alle de bidrag til en fortolkning af fællesskabsretten, som gør det muligt for denne ret at vurdere

spørgsmålet om forenelighed ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne [29].

51. Domstolen skal således i den foreliggende sag indskrænke sin undersøgelse og fortolke fællesskabsretten på en måde, der er relevant for den forelæggende ret; det påhviler så denne at tage stilling til, om de berørte nationale bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten, med henblik på at afgøre den tvist, der verserer for den [30].

52. Artikel 1 i direktiv 68/151 ville kun være til hinder for en national ordning som den i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/95, såfremt artiklen indeholdt en udtømmende regulering af et aktieselskabs ansvarsbegrænsning, der udelukkede et hæftelsesgennembrud rettet mod selskabsdeltagerne under de omstændigheder, der foreligger i hovedsagen.

53. Som allerede forklaret kan der i direktiv 68/151 ganske vist konstateres en anerkendelse af princippet om sondring mellem selskabsformue og selskabsdeltagerformue [31], men heraf kan det dog ikke uden videre sluttes, at der er tale om en udtømmende regulering af dette område. Som Kommissionen med rette har forklaret, tager direktiv 68/151 ikke sigte på at harmonisere selskabsformen aktieselskab som sådan — således som den kendes i medlemsstaternes retsordener. Som allerede anført [32] tjener artikel 44, stk. 2, litra g), EF som direktivets retsgrundlag for at tilnærme lovgivningerne, men ikke for at ensrette dem. Denne bestemmelse kan heller ikke anvendes som grundlag for at danne overnationale selskabsformer. De direktiver, der er udstedt på grundlag af denne traktatbestemmelse, tilsigter ikke nogen omfattende regulering af selskabsretten. De skaber ikke nogen ensartet lovgivning, men harmoniserer udelukkende delområder, og ved hjælp af den legislative teknik med udstedelse af direktiver overlader de medlemsstaterne et handlerum. Direktivets formål er at indføre materielt ligeværdige regler til beskyttelse af selskabsdeltagere og kreditorer i Unionen [33].

54. Korrekt opfattet begrænser artikel 1 i direktiv 68/151 sig derfor til for hver enkelt medlemsstat at fastsætte de selskabsformer, som oplysningsforpligtelserne i direktiv 68/151 skal finde anvendelse på. Denne bestemmelse definerer hverken bestemte selskabsformer eller refererer til specifikke kriterier. I stedet bygger den ved en simpel opregning på de selskabsformer, der allerede

29 — Jf. f.eks. dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Hünermund m.fl., Sml. I, s. 6787, præmis 8, af 23.3.2006, sag C-237/04, Enirisorse, Sml. I, s. 2843, præmis 24, af 31.1.2008, sag C-380/05, Centro Europa 7, Sml. I, s. 349, præmis 49 og 50, og af 16.12.2008, sag C-213/07, Michaniki, Sml. I, s. 9999, præmis 51.

30 — Jf. f.eks. Michaniki-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 52.

31 — Jf. punkt 39 ovenfor.

32 — Jf. punkt 43 ovenfor.

33 — I samme retning K. Hempel, nævnt ovenfor i fodnote 12, artikel 44, afsnit 13, s. 17.

er kendt i medlemsstaternes retsorden [34]. Følgelig kan det ikke være forbudt for medlemsstaterne at pålægge de deri opførte selskabsformer yderligere forpligtelser på betingelse af, at disse ikke er i strid med direktivet eller andre fællesskabsretlige bestemmelser.

55. Der kan således f.eks. ikke nævnes en eneste direktivbestemmelse, der pålægger medlemsstaterne i deres nationale selskabsret at fastsætte, at et aktieselskabs hæftelse skal være begrænset til selskabsformuen, skønt adskillige nationale lovgivninger indeholder sådanne bestemmelser [35]. Snarere synes det modsatte at være tilfældet, især da direktiv 89/667 i femte betragtning hertil ganske vist anfører princippet om ansvarsbegrænsning som et nødvendigt »retligt instrument« for et enkeltmandsselskab, men samtidig ikke antaster medlemsstaternes ret til i visse tilfælde at lade sådanne virksomhedsindehavere hæfte for virksomhedens forpligtelser. Dette tillader den konklusion, at et hæftelsesgennembrud er fuldt tilladeligt ifølge fællesskabsretten. Dog etablerer fællesskabslovgiver den ikke selv. Som direktiv 89/667 viser, tillader fællesskabslovgiver den [36], dels eksplicit for klart afgrænsede tilfælde (f.eks. artikel 2, stk. 2, i direktiv 89/667), dels mindre eksplicit og åbent i form af en generel regel (femte betragtning: »i visse tilfælde«). Mens artikel 2, stk. 2, i direktiv 89/667, jf. sjette betragtning, klart skal betragtes som udtømmende, skal et hæftelsesgennembrud ved påberåbelse af et såkaldt undtagelsestilfælde i femte betragtnings forstand begrundes med omstændighederne i det enkelte tilfælde.

56. Man skal dog i forbindelse med de anførte regler have for øje, at de udelukkende finder anvendelse på enkeltmandsselskaber. Derimod er der ikke nogen sammenlignelig regel i det direktiv, som skal anvendes på hovedsagen, nemlig direktiv 68/151. Man kan i

34 — I samme retning også A. Grünwald, nævnt ovenfor i fodnote 8, s. 13, der påpeger, at Unionens direktiver på selskabsrettens område kun er knyttet til det formelle kriterium juridisk form. I betragtning heraf og på baggrund af den varierede udbredelse af aktieselskaber bliver der i realiteten tale om en stærkt varieret grad af harmonisering i medlemsstaterne. G.C. Schwarz, nævnt ovenfor i fodnote 15, afsnit 282, s. 182, forklarer, at Unionens direktiver på selskabsrettens område ikke omfatter alle de selskaber, som etableringsfriheden også gælder for. Direktivernes anvendelsesområde omfatter kun visse særligt anførte selskabsformer i de enkelte medlemsstater. Man har altså valgt at anvende en lovgivningsteknik med opregning i stedet for med almene fortolkningskrævende begreber. I artikel 1 i det enkelte direktiv eller direktivforslag benævnes de retlige selskabsformer, som samordningsforanstaltningerne skal gælde for.

35 — I samme retning E. Werlauff, *EU-Company Law*, 2. oplag, København, 2003, s. 40. Forfatteren forklarer for det første, at direktivbestemmelser på selskabsrettens område ikke indeholder nogen forpligtelse for medlemsstaterne til at lade det være et væsentligt punkt i deres definition af et aktieselskab, at selskabets hæftelse er begrænset til selskabsformuen, skønt der kan findes tilsvarende bestemmelser i adskillige nationale lovgivninger. For det andet påpeger forfatteren, at de eksisterende direktivbestemmelser ikke kan hindre medlemsstaterne i enten ved lovgivning eller gennem retspraksis at beholde bestemmelser, som i visse tilfælde pålægger selskabsdeltagerne en direkte hæftelse for selskabsgæld ud fra princippet om hæftelsesgennembrud (tysk: »Haftungsdurchgriff«, dansk: »hæftelsesgennembrud«, svensk: »ansvarsgenombrott«, engelsk: »principle of lifting the veil«).

36 — Således også S. Grundmann, nævnt ovenfor i fodnote 13, § 9, afsnit 288, s. 128.

øvrigt slet ikke finde nogen undtagelser, der tillader et hæftelsesgennembrud af de grunde, den græske regering har anført. Ifølge den græske regerings anbringende er den omtvistede nationale regel berettiget ud fra almene og sociale hensyn. Den sanktion, der er udformet som en begrænsning af selskabsdeltagernes økonomiske aktivitet, er begrundet i, at de sidstnævnte ved deres deltagelse i generalforsamlingen og ved udpegelsen af de ledende organer kan kontrollere overholdelsen af lovgivningen og de for driften af tv-stationer gældende fagetiske regler [37].

57. Når der mangler eksplicitte regler i direktiv 68/151, henhører retten til at fastsætte et undtagelsesvis tilladt gennembrud af aktieselskabers ansvarsbegrænsning af de ovennævnte grunde under den nationale lovgivers kompetence [38]. Det følger af manglen på harmonisering, at det principielt tilkommer medlemsstaterne efter deres eget skøn at afgøre, i hvilket omfang de vil tage hensyn til beskyttelsen af den omhandlede interesse i forbindelse med et gennembrud af et aktieselskabs ansvarsbegrænsning.

58. På baggrund heraf skal det præjudicielle spørgsmål besvares med, at direktiv 68/151 ikke er til hinder for en national ordning som den i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/1995 omhandlede, hvorefter ikke kun det selskab, der er indehaver af en tilladelse til at oprette og drive en tv-station, men også alle de aktionærer, der besidder en aktieandel på over 2,5%, hæfter solidarisk ved pålæggelse af bøder, som er fastsat i de foregående stykker i samme artikel for overtrædelse af lovgivningen og de for driften af tv-stationer gældende fagetiske regler.

2. Forenelighed med den primære ret

a) Adgangen til at påberåbe sig den primære ret

59. Som allerede antydet begrænses den nationale lovgivers principielle kompetence til at kunne pålægge de i artikel 1 i direktiv 68/151 opførte selskabstyper yderligere forpligtelser af de andre fællesskabsretlige

37 — Jf. punkt 9 og 10 i det skriftlige indlæg fra den græske regering.

38 — Jf. dom af 16.12.1997, sag C-104/96, Coöperatieve Rabobank, Sml. I, s. 7219, præmis 22-24, hvori Domstolen anerkendte den nationale lovgivers lovgivningskompetence, da der manglede udtrykkelige bestemmelser i direktiv 68/151. Den pågældende sag drejede sig om, hvorvidt den nationale lovgivning også kunne fastsætte restriktioner for selskabsorganers beføjelse til at optræde på selskabets vegne i konkrete tilfælde, når en tredjemand ikke positivt havde kendskab til nogen overtrædelse af reglen. Domstolen bekræftede dette med den begrundelse, at fællesskabslovgiver med direktivet ikke har ønsket at regulere disse tilfælde (interessekonflikt og selvkontrahering); der foreligger altså et hul i lovgivningen, og dette hul skal lukkes ved nationale bestemmelser.

bestemmelser [39], hvorunder der bl.a. menes den primære rets bestemmelser om etableringsfrihed [40]. For det første er formålet med de ovennævnte direktiver netop at fremme gennemførelsen af denne grundlæggende frihed, som det udtrykkeligt fremgår af artikel 44, stk. 1, EF. For det andet har Domstolen i Daihatsu-dommen [41], som havde fortolkningen af direktiv 68/151 til genstand, gjort det klart, at artikel 44, stk. 2, litra g), EF skal læses i sammenhæng med de øvrige bestemmelser i den primære ret [42].

60. Ganske vist fremgår det ikke eksplicit af det præjudicielle spørgsmål, at der anmodes om en fortolkning af disse bestemmelser, men den forelæggende ret henviser alligevel hertil flere steder i sin forelæggelseskendelse [43], hvilket viser, at den er klar over relevansen af disse bestemmelser for afgørelsen i hovedsagen. Desuden har Kommissionen i sit skriftlige indlæg kort udtalt sig om spørgsmålet om den omtvistede nationale ordnings forenelighed med artikel 43 EF og 48 EF.

61. Herved skal der mindes om, at det tilkommer Domstolen at oplyse den nationale ret om alle de momenter, der angår fortolkning af fællesskabsretten, og som kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne, uanset om den henviser til dem i sine spørgsmål [44]. I betragtning af den indflydelse, som en præjudiciel afgørelse vil få på lovgivningen i Grækenland, finder jeg det absolut nødvendigt at tage de ovennævnte bestemmelser op til behandling inden for rammerne af den foreliggende sag.

b) Etableringsfrihed

i) Anvendeligheden af artikel 43 EF og 48 EF

62. I henhold til artikel 43, stk. 2, EF indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed

39 — Jf. punkt 54 ovenfor.

40 — Jf. S. Grundmann, nævnt ovenfor i fodnote 13, § 9, afsnit 311, s. 136, der tilsyneladende følger denne opfattelse. Forfatteren undersøger spørgsmålet, om medlemsstaterne er beføjet til at fastsætte undtagelser fra kapitalselskabers principielle ansvarsbegrænsning. Forfatteren mener, at man også kan forestille sig det argument, at der allerede mangler kompetence til at forbyde den nationale lovgiver yderligere hæftelsesgennembrud, og det er i den retning (i overensstemmelse med den primære ret), at direktivet skal fortolkes. Forfatteren synes at foreslå en undersøgelse ved hjælp af de primærretlige bestemmelser om etableringsfrihed. M. Habersack, nævnt ovenfor i fodnote 10, § 1, afsnit 3, s. 1, påpeger, at de grundlæggende friheder sætter grænser for den nationale lovgivers skønsbeføjelser uden hensyn til den afledte ret.

41 — Dom af 4.12.1997, sag C-97/96, Sml. I, s. 6843.

42 — Ibidem, præmis 18. Domstolen fastslog dér følgende: »Det bemærkes, at artikel 54, stk. 3, litra g), skal læses i sammenhæng med såvel EF-traktatens artikel 52 og 54, hvoraf det fremgår, at samordningen af lovgivningerne om selskaber indgår i den almindelige plan for ophævelse af begrænsningerne i etableringsfriheden, som EF-traktatens artikel 3, litra h), hvorefter Fællesskabets virke skal indebære indbyrdes tilnærmelse af de nationale lovgivninger i det omfang, dette er nødvendigt for det fælles markeds funktion.«

43 — Jf. s. 5 og 7 i forelæggelseskendelsen.

44 — Jf. dom af 12.12.1990, sag C-241/89, SARPP, Sml. I, s. 4695, præmis 8, af 2.2.1994, sag C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb, »Clinique«-dommen, Sml. I, s. 317, præmis 7, af 4.3.1999, sag C-87/97, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola, Sml. I, s. 1301, præmis 16, af 7.9.2004, sag C-456/02, Trojani, Sml. I, s. 7573, præmis 38, og af 17.2.2005, sag C-215/03, Oulane, Sml. I, s. 1215, præmis 47.

samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 48, stk. 2, EF anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere. Det er altså i første række erhvervsvirksomheder, der er omfattet af det personelle anvendelsesområde for denne grundlæggende frihed.

63. For det andet er det fast retspraksis, at nationale regler, som finder anvendelse, når en statsborger i den pågældende medlemsstat er indehaver af en sådan kapitalandel i et selskab hjemmehørende i en anden medlemsstat, giver ham mulighed for at udøve en afgørende indflydelse på beslutningerne i dette selskab og træffe afgørelse om selskabets drift, er omfattet af anvendelsesområdet for EF-traktatens bestemmelser om etableringsfrihed [45]. Artikel 43, stk. 1, EF beskytter derfor i princippet også selskabsdeltagerne i et aktieselskab, for så vidt som deres position i selskabet giver dem en hertil svarende mulighed for at bestemme [46].

64. Denne forudsætning er så igen afgørende for en afgrænsning i forhold til de frie kapitalbevægelser. Er andelen ikke tilstrækkelig til at udøve en afgørende indflydelse på et selskabs beslutninger, er det nemlig ikke den frie etableringsret, men de frie kapitalbevægelser, som er den relevante grundlæggende frihed [47].

65. Nøjagtigt hvornår der er tale om en afgørende indflydelse, som åbner for anvendelsesområdet for etableringsfrihed, har Domstolen ikke defineret generelt, men ifølge dens

45 — Jf. f.eks. dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 21, af 21.11.2002, sag C-436/00, X og Y, Sml. I, s. 10829, præmis 37, af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 31, af 13.3.2007, sag C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Sml. I, s. 2107, præmis 27, af 23.10.2007, sag C-112/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 8995, præmis 13, af 6.12.2007, sag C-298/05, Columbus Container Services, Sml. I, s. 10451, præmis 29, af 17.7.2008, sag C-207/07, Kommissionen mod Spanien, præmis 60, af 22.12.2008, sag C-282/07, Truck Center, Sml. I, s. 10767, præmis 25, af 18.6.2009, sag C-303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha, Sml. I, s. 5145, præmis 34, og af 21.1.2010, sag C-311/08, SGI, Sml. I, s. 487, præmis 27, samt kendelse af 4.6.2009, forenede sager C-439/07 og C-499/07, KBC Bank m.fl. Sml. I, s. 4409, præmis 70.

46 — Jf. f.eks. Baars-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 21. Det drejede sig her om en statsborger i en medlemsstat, som boede i denne og var indehaver af samtlige andele i et selskab, der havde hjemsted i en anden medlemsstat. Domstolen fastslog, at indehavelse af en kapitalandel på 100% af kapitalen i et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, uden tvivl medfører, at en sådan skattepligtig er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om etableringsretten.

47 — I samme retning Randelzhofer og Forsthoff, *Das Recht der Europäischen Union* (udgivet af Grabitz og Hilf), artikel 43, afsnit 115, s. 31, og Ress og Ukrow, artikel 56, afsnit 156, s. 68. Se også generaladvokat Albers forslag til afgørelse af 14.10.1999 i sag C-251/98, Baars, Sml. 2000 I, s. 2787, punkt 33, hvori generaladvokaten udtalte, at grænsen mellem en ren kapitalinvestering i form af aktier i en virksomhed, som er etableret i en anden medlemsstat, og en etablering i denne medlemsstat må drages dér, hvor aktionæren ikke længere søger at opnå en fortjeneste ved at stille kapital til rådighed for at støtte en erhvervsmæssig virksomhed, som andre personer bestemmer over, men selv driver erhvervsmæssig virksomhed. En sådan erhvervsmæssig virksomhed forudsætter ud over aktionærens stemmeret, at han har en kapitalandel, som giver ham indflydelse på afgørelserne om driften af selskabets virksomhed. I denne forbindelse skal der lægges vægt på de selskabsretlige regler i den stat, hvor selskabet er hjemmehørende. Jf. senest SGI-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 36 og 37, og dommen i sagen Aberdeen Property Fininvest Alpha, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 34 og 35.

praksis vurderer den dette afhængigt af de faktiske omstændigheder og den relevante selskabsret [48]. Baars-dommen [49], som denne faste retspraksis går tilbage til, synes i hvert fald at lægge op til, at dette er tilfældet, når der efter omstændighederne i sagen består en mulighed for »kontrol med eller ledelse af selskabet«, hvilket en betydelig kapitalinteresse ikke nødvendigvis indebærer.

66. Om en andel på 2,5% af selskabskapitalen faktisk er tilstrækkelig til at udøve en afgørende indflydelse på det pågældende selskabs beslutninger og dets aktiviteter, er et spørgsmål, som i princippet skal afgøres [50] af den forelæggende ret ud fra de konkrete omstændigheder i hovedsagen og den relevante selskabsret. På dette sted kan man godt ytre en vis tvivl med hensyn til, om nævnte betingelse er opfyldt. På den anden side må det tages i betragtning, at denne procent kun udgør en minimumstærskel. Den omtvistede nationale ordning omfatter dermed også langt større andele af selskabskapitalen, som teoretisk set kan give de pågældende selskabsdeltagere mulighed for i henhold til Domstolens praksis at udøve en afgørende indflydelse på beslutningerne i dette selskab og træffe afgørelse om selskabets drift.

67. Det fremgår i hvert fald af forelæggelseskendelsen [51], at flertallet af den forelæggende rets medlemmer er af den opfattelse, at det på grund af de særlige regler, som gælder for de aktieselskaber, der driver radio- og tv-stationer, såsom at aktierne skal lyde på navn osv., må vurderes, at en aktionær i sådanne selskaber, som besidder en aktieandel på over 2,5% af aktiekapitalen, ikke er en almindelig investor, men en erhvervsdrivende aktionær, der har mulighed for at påvirke ledelsen af den juridiske person og som følge heraf driften af tv-stationen. Forudsat at disse konstateringer er korrekte, må det lægges til grund, at selskabsdeltagerne i det omhandlede selskab ligeledes er beskyttet af etableringsretten.

48 — Jf. Randelzhofer og Forsthoff, nævnt ovenfor i fodnote 47, artikel 43, afsnit 115, s. 31, og Ress og Ukrow, artikel 56, afsnit 156, s. 68. De sidstnævnte påpeger, at en kapitalandel på under 25% efter Domstolens praksis godt kan være tilstrækkelig til en afgørende indflydelse, hvis den på anden vis skaffer andelsindehaveren en dominerende indflydelse på det investeringsselskab, i hvilket han er knyttet sammen med andre andelsindehavere. Dog er en andel på kun 10% af stemmerettighederne ifølge Domstolens praksis som regel ikke nok til at udøve en sikker indflydelse på beslutningerne og aktiviteterne i et selskab.

49 — Jf. Baars-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 19.

50 — Jf. X og Y-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 37, dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 14, og i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 35-39, 61, samt dom af 26.3.2009, sag C-326/07, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2291, præmis 38 og 39.

51 — Jf. s. 4 i forelæggelseskendelsen.

68. Artikel 48 EF fastlægger på sin side gyldighedsområdet for kapitlet om etableringsretten for selskaber og foreninger, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, idet artiklen på visse betingelser sidestiller dem med fysiske personer [52].

ii) Begrænsning af etableringsfriheden

69. Da der ikke er noget holdepunkt for, at den omtvistede ordning anvendes forskelligt på indenlandske og udenlandske aktieselskaber eller selskabsdeltagere, skal det i det følgende lægges til grund, at denne ordning ikke har nogen diskriminerende karakter.

— Artikel 43 EF som et omfattende forbud mod restriktioner

70. Tilbage står således at undersøge, om ordningen udgør en begrænsning af etableringsfriheden som omhandlet i artikel 43 EF, og om en sådan begrænsning i så fald kan begrundes. Ifølge fast retspraksis [53] er artikel 43 EF til hinder for enhver national ordning, som ganske vist finder anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men som kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for fællesskabsborgerne at udøve den i traktaten sikrede etableringsfrihed.

71. Ifølge denne retspraksis indeholder artikel 43 EF ikke blot et forbud mod åben og skjult forskelsbehandling, men kan også forstås som et omfattende forbud mod restriktioner. Ved restriktioner i henhold til artikel 43 EF forstås derfor ikke kun diskriminerende, men under visse omstændigheder også ikkediskriminerende ordninger, dvs. foranstaltninger, der hverken har til formål eller rent

52 — Jf. Troberg og Tiedje i: *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (udgivet af Hans von der Groeben og Jürgen Schwarze), artikel 48, afsnit 1, s. 1596.

53 — Jf. f.eks. dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32, af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37, af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459, præmis 34, af 1.2.2001, sag C-108/96, Mac Quen m.fl., Sml. I, s. 837, præmis 26, af 17.10.2002, sag C-79/01, Payroll m.fl., Sml. I, s. 8923, præmis 26, af 14.10.2004, sag C-299/02, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9761, præmis 15, af 30.9.2003, sag C-167/01, Inspire, Sml. I, s. 10155, præmis 133, af 21.4.2005, sag C-140/03, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3177, præmis 27, og af 10.3.2009, sag C-169/07, Hartlauer, Sml. I, s. 1721, præmis 33.
Artikel 43 EF svarer i sit indhold til artikel 31 i EØS-aftalen, som det tilkommer EFTA-Domstolen at fortolke med hensyn til EFTA/EØS-stater. I overensstemmelse med kravet om en ensartet retspraksis inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejde har EFTA-Domstolen anvendt Domstolens ovennævnte retspraksis på denne bestemmelse i aftalen. Jf. f.eks. dom af 26.6.2007, sag E-2/06, ESA mod Norge, Sml. s. 163, præmis 64, og af 7.5.2008, sag E-7/07, Seabrokers mod Norge, Sml. s. 171, præmis 50. Jf. vedrørende kravet om ensartethed og nødvendigheden af en dialog mellem Domstolen og EFTA-Domstolen, C. Baudenbacher, »The EFTA Court, the ECJ, and the latter's Advocates General: a tale of judicial dialogue«, *Continuity and change in EU law: essays in honour of Sir Francis Jacobs*, 2008, s. 120 f.

faktisk bevirker, at udlændinge normalt stilles ringere [54]. Artikel 43 EF er i princippet til hinder for enhver national ordning, som kan gøre det vanskeligere eller »mindre attraktivt« at udøve etableringsfriheden [55]. Domstolen har gennem sin praksis vedrørende frie varebevægelser og fri udveksling af tjenesteydelser sat en udvikling af de grundlæggende friheder i gang fra et diskrimineringsforbud, der svarer til tanken om »en strukturel ligestilling af de grundlæggende friheder«, til et generelt forbud mod restriktioner [56].

72. Udgangspunktet for overvejelserne i forbindelse med undersøgelsen af den omtvistede ordnings begrænsende karakter må efter min mening være en hypotetisk situation, i hvilken et i Unionen hjemmehørende selskab enten flytter sit hovedsæde til Grækenland (primær etableringsfrihed) eller åbner en filial dér (sekundær etableringsfrihed) [57]. Det kan ikke udelukkes, at udsigten til et eventuelt gennembrud af aktieselskabets ansvarsbegrænsning og dermed også risikoen for, at selskabsdeltagerne bliver personligt medansvarlige i tilfælde af en tilsidesættelse af lovgivningen og de for driften af tv-stationer gældende fagetiske regler, kan virke afskrækkende på virksomheder, som ønsker enten at flytte virksomheden fra en anden medlemsstat til Grækenland eller at åbne en filial dér. Pålæggelsen af en sanktion, der er forbundet med et finansielt tab, som også rammer selskabsdeltagerne, kan bevirke, at dette selskab og dets aktionærer afholder sig fra at være aktive inden for den græske mediesektor. Som den forelæggende ret forklarer, gør en udvidelse af hæftelsen til også at gælde selskabsdeltagerne det også uattraktivt at købe aktier i sådanne selskaber, som det er tilfældet med sagsøgeren i hovedsagen [58]. Den omtvistede ordning kan derfor principielt gøre det mindre attraktivt for udenlandske selskaber at udøve den etableringsfrihed, som traktaten garanterer dem.

73. I overensstemmelse med den almindelige definition, der indtil nu er kommet til udtryk i retspraksis, af restriktion i henhold

54 — Jf. G.C. Schwarz, nævnt ovenfor i fodnote 15, afsnit 136, s. 89.

55 — I samme retning G. Mustaki og V. Engammare, nævnt ovenfor i fodnote 8, s. 40, S. Prats Jané., nævnt ovenfor i fodnote 25, s. 94, og U. Forsthoff og M. Schulz, »Gläubigerschutz bei EU-Auslandsselskaben«, *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (udgivet af Heribert Hirte og Thomas Bücker), 2. oplag, Berlin, 2006, afsnit 38, s. 82, med henvisning til Domstolens praksis. Som et klassisk eksempel på en begrænsning af etableringsfriheden i artikel 43, stk. 1, EF's forstand omtaler P. Jung, *EU-Kommentar* (udgivet af Jürgen Schwarze), 2. oplag, Baden-Baden, 2009, artikel 48 EF, afsnit 21, eksempelvis gebyrer for optagelse af selskaber eller deres filialer i et handelsregister.

56 — P. Ulmer, »Schutzinstrumente gegen die Gefahren einer Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalselskaben mit fiktivem Auslandssitz«, *Juristenzeitung* 1999, s. 665, påpeger, at den såkaldte Cassis de Dijon-formel, der er udviklet med henblik på området for frie varebevægelser, også gælder for etableringsfriheden, hvilket er anerkendt i Domstolens nyere praksis. Jf. også M. Habersack, nævnt ovenfor i fodnote 10, § 3, afsnit 4, s. 4, der henviser til bredden af begrebet begrænsning af etableringsfriheden, som Domstolen har udviklet i Krausdommen og Gebhard-dommen.

57 — I denne forbindelse skal man lægge mærke til Domstolens dom af 27.9.1988, sag 81/87, Daily Mail, Sml. s. 5483, præmis 25, ifølge hvilken artikel 43 EF og 48 EF på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke giver et selskab, som er stiftet i henhold til lovgivningen i en medlemsstat, hvor selskabet ifølge sine vedtægter har hjemsted, nogen ret til at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat. Derimod har Domstolen i Centros-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, anerkendt selskabers ret til at oprette en filial i en anden medlemsstat. Jf. herom K. Maranelli, »Il diritto comunitario di stabilimento delle società«, *Percorsi di diritto societario europeo*, Turino, 2000, s. 122 f.

58 — Jf. s. 4 i forelæggelseskendelsen.

til artikel 43 EF må man i hovedsagen lægge til grund, at der er tale om en begrænsning af etableringsfriheden [59].

— Muligheden for en teleologisk afgrænsning af forbuddet mod restriktioner

74. Som vi allerede har set, tager Domstolen ganske vist også i tilfældet etableringsfrihed åbenbart udgangspunkt i en konvergens af de grundlæggende friheder, når den fortolker begrebet restriktion som omhandlet i artikel 43 EF tilsvarende bredt [60]. Alligevel har Domstolen indtil nu ikke udtalt sig entydigt om rækkevidden af artikel 43, stk. 1, EF. På baggrund af, at der i retspraksis, som det kommer til udtryk i sagen Keck og Mithouard [61], blev foretaget en indskrænkning af de frie varebevægelser i henhold til artikel 28 EF, rejser der sig det spørgsmål, om det ligeledes er nærliggende at foretage en dogmatisk indskrænkning af begrebet restriktioner på området for etableringsfrihed. Formålet med denne grundlæggende frihed, der skal gøre det muligt frit at vælge sit etableringssted, men som ikke skal være et instrument for de erhvervsdrivende til at ændre vilkårene for deres virksomhed i forhold til de nationale konkurrenter [62], kunne godt tale for dette.

75. Svarende til såvel meningen som formålet med etableringsfriheden, der er at fjerne hindringer for tilflytning af selskaber fra andre medlemsstater, og til formålet med Den Europæiske Unions selskabsret, som er at sikre både eksistensen og identiteten af et selskab ved en grænseoverskridende flytning af virksomheden [63], kan man i princip-

59 — Jf. S. Grundmann, nævnt ovenfor i fodnote 13, § 9, afsnit 311, s. 137, der ligeledes bekræfter, at et lovbestemt hæftelsesgennembrud har en begrænsende karakter, men formulerer det på en anden måde. Efter hans mening fremmer det i hvert fald i grænseoverskridende tilfælde etableringsfriheden, når der i udlandet ikke er noget hæftelsesgennembrud at frygte. P.-C. Müller-Graff, *EUV/EFV-Kommentar* (udgivet af Rudolf Streinz), artikel 48, afsnit 22, s. 692, behandler reglerne om hæftelsesgennembrud begrundet i kreditorbeskyttelse i forbindelse med undersøgelsen af spørgsmålet, om restriktioner vedrørende flytning af et selskab til en anden medlemsstat er forenelige med artikel 43 EF. Det er hans opfattelse, at det i de konkrete tilfælde kan være berettiget. Dermed tager forfatteren tydeligvis udgangspunkt i, at regler om hæftelsesgennembrud udgør restriktioner i etableringsfriheden i artikel 43 EF's forstand. P. Ulmer, nævnt ovenfor i fodnote 56, s. 665, lægger åbenbart med hensyn til hæftelsesgennembrud ligeledes en begrænsning af etableringsfriheden til grund, som dog formentlig overholder proportionalitetsprincippet.

60 — Jf. V. Skouris, »Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht«, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, s. 94, der påpeger, at der i forholdet mellem de grundlæggende friheder tegner sig en tendens til parallellisering, stikord: »ensartet dogmatik vedrørende de grundlæggende rettigheder«. Ved en afgrænsningsundersøgelse gør dette det muligt at kombinere de særlige grænser, der måtte være fastsat for den enkelte grundlæggende frihed, med det generelle begreb tvingende almene hensyn. Den ofte anvendte såkaldte »Gebhard-formel«, jf. punkt 70 ovenfor, refererer ikke specifikt til en bestemt grundlæggende frihed, men kan anvendes på dem alle.

61 — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097.

62 — I samme retning U. Forsthoff, »Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt — Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften«, *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (udgivet af Heribert Hirte og Thomas Bücker), 2. oplag, Berlin, 2006, afsnit 38 og 39, s. 82 f.

63 — Som adgangsbarrierer virker i hvert fald de nationale bestemmelser, der vedrører selskabets identitet. Identiteten skal forblive intakt ved grænseoverskridelse. Bestemmelser, der griber ind i selskabets identitet, kan ikke forstås som en del af vilkårene på etableringsstedet, da de ikke pålægges de erhvervsdrivende udefra, men så at sige indefra ændrer den form, indehaveren af etableringsfriheden, dvs. selskabet, har. Tanken om identitetsbeskyttelse indgår i Domstolens praksis, jf. dom af 5.11.2002, sag C-208/00, Überseering, Sml. I, s. 9919, præmis 80 f.

pet forestille sig at bestemme rækkevidden af forbuddet mod restriktioner efter, om den pågældende nationale ordning etablerer »specifikke adgangsbarrierer« eller blot fastlægger »vilkår på etableringsstedet«. I førstnævnte tilfælde ville forbuddet mod restriktioner gælde, i sidstnævnte kun det forbud mod direkte og indirekte forskelsbehandling, som etableringsfriheden indeholder [64]. Af enkelte domme på området for den frie udveksling af tjenesteydelser [65] og de frie kapitalbevægelser [66] fremgår det, at Domstolen først og fremmest opfatter de grundlæggende friheder som et instrument til at åbne markedet og derfor, når den undersøger spørgsmålet, om der i det konkrete tilfælde foreligger en begrænsning af de grundlæggende friheder, bedømmer nationale bestemmelser på, om de forhindrer adgangen til markedet eller ikke.

64 — Jf. herom U. Forsthoff, afsnit 73 og 74, s. 544 f. M. Habersack, nævnt ovenfor i fodnote 10, § 3, afsnit 7, s. 13, giver udtryk for den opfattelse, at artikel 43 EF og 48 EF indeholder et forbud mod begrænsning i det omfang, hvori det drejer sig om adgang til markedet og dermed om etablering som sådan. Derimod er selskabets udøvelse af erhvervet, når det først har etableret sig på en anden medlemsstats område, undergivet de generelle nationale bestemmelser. Navnlig henhører de hindringer, der er forbundet med præskriptive, men ikke-diskriminerende bestemmelser inden for national nærings-, konkurrence- og arbejdsret, dog slet ikke under etableringsfrihedens beskyttelsesområde. Disse bestemmelser drejer sig dog snarere om rene »salgsformer« i Keck-dommens forstand. Der skal derfor ikke foretages nogen kontrol, der bygger på proportionalitetsprincippet, af de nationale regler. Nationale regler kan påberåbes over for selskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, for så vidt de ikke er diskriminerende.

65 — Jf. dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141, præmis 37. Dommen vedrørte et nationalt forbud mod såkaldt »cold calling«, som efter Domstolens opfattelse direkte *påvirkede adgangen til at udføre tjenesteydelser i de andre medlemsstater*. Domstolen nåede derfor til den konklusion, at forbuddet var egnet til at hindre udvekslingen af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne. Dette dokumenterer, at Domstolen først og fremmest opfatter de grundlæggende friheder som et instrument til at åbne markedet. Jf. endvidere dom af 11.4.2000, forenede sager C-51/96 og C-191/97, Deliège, Sml. I, s. 2549, præmis 60 f.

66 — Jf. dom af 13.5.2003, sag C-463/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4581, præmis 61, der drejede sig om frie kapitalbevægelser. Her anså Domstolen nationale bestemmelser, der pålagde restriktioner vedrørende investeringer, for restriktioner for kapitalbevægelser i artikel 56 EF's forstand. Det var Domstolens opfattelse, at selv om de omhandlede restriktioner for investeringer fandt anvendelse uden forskel på såvel hjemmehørende som ikke-hjemmehørende personer, påvirkede de alligevel situationen for den, der erhverver en kapitalandel som sådan, og kunne derfor afholde investorer fra andre medlemsstater fra at foretage sådanne investeringer og *opstillede følgelig betingelser for adgangen til markedet*. Jf. også dom af samme dato, sag C-98/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4641, præmis 47.

76. Den omtvistede nationale ordning drejer sig ved nærmere eftersyn ikke om en bestemmelse, der tager sigte på specifikt at regulere aktieselskabers »adgang« til den græske mediesektor, ej heller virker den som en »hindring« for den, der ønsker adgang til denne særlige sektor. Ordningen udgør dermed en del af de generelle retsregler, der regulerer driften af tv-stationer. Den skal sikre overholdelsen af lovgivningen og de for driften af tv-stationer gældende fagetiske regler. Ud fra en objektiv iagttagers perspektiv udgør disse love og regler de medieretlige rammebetingelser, som den, der driver en tv-station, altid skal holde sig til. Ud fra et retligt synspunkt er forpligtelsen til at overholde disse medieretlige rammebetingelser udformet som et

»pålæg« i forbindelse med driften af en tv-station og ikke som en »betingelse« [67]. Dvs. at den ikke bestemmer, »om« eller »hvornår«, men kun »hvordan« en tv-station skal drives. Det er således kun de »nærmere vilkår« for en tv-stations drift, der reguleres. Derudover berører opfyldelsen af pålægget hverken eksistensen eller identiteten af et aktieselskab.

77. Såfremt Domstolen skulle bestemme sig for en teleologisk indskrænkning af forbuddet mod restriktioner, må den omtvistede nationale ordning placeres i kategorien »vilkår på etableringsstedet«, som ifølge denne fortolkning ikke skal opfattes som restriktioner i henhold til artikel 43, stk. 1, EF. Når der ikke foreligger nogen indskrænkning af etableringsfriheden, bliver en yderligere undersøgelse på grundlag af artikel 43 EF og 48 EF egentlig overflødig.

67 — Inden for almen forvaltningsret er en betingelse karakteriseret ved, at den lader begyndelsen eller afslutningen på virkningen af en forvaltningsakt være afhængig af en bestemt begivenhed, om hvilken det er usikkert, om den indtræder. Det usikre kan her ikke blot være, »hvornår« den indtræder, men også, »om« den overhovedet indtræder. Et pålæg derimod har i modsætning til en betingelse sit eget materielle indhold, nemlig forpligtelsen for den, der begunstiges af forvaltningsakten, til en bestemt handling, accept eller undladelse. Den forvaltningsakt, der er forbundet med pålægget, har umiddelbart retsvirkning uden hensyn til, om pålægget opfyldes eller ikke. Derimod får en forvaltningsakt med en opsættende betingelse først retsvirkning, når betingelsen indtræder. Pålægget er forpligtende og kan gennemføres med tvang. Den opsættende betingelse er ikke forpligtende og kan derfor heller ikke gennemtvinges. Jf. herom H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. oplag, München, 1997, afsnit 6 f., s. 315 f.

78. I den forbindelse anser jeg det imidlertid for nødvendigt at gøre opmærksom på, at selv om der i Domstolens praksis findes visse holdepunkter for, at den i konkrete tilfælde er åben for at acceptere en mere indsnævrende fortolkning, må dette ikke på nogen måde forstås, som om Domstolen har opgivet sin hidtidige brede fortolkning af begrebet restriktioner. Principielt skal der tværtimod lægges en bred forståelse af dette begreb til grund. I overensstemmelse hermed hviler de følgende overvejelser på, at der er tale om et omfattende forbud mod restriktioner [68].

79. Der foreligger således en begrænsning af etableringsfriheden.

iii) Begrundelsen for en begrænsning af etableringsfriheden

80. Det fremgår af Domstolens praksis [69], at nationale foranstaltninger, der indskrænker udøvelsen af de i traktaten garanterede grundlæggende friheder, skal opfylde følgende betingelser for at være forenelige med artikel 43 EF: De skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet. Desuden

68 — Jf. punkt 70-73 ovenfor.

69 — Jf. Kraus-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 32, og Gebhard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 37.

udgør beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder en legitim interesse, som principielt kan begrunde en indskrænkning af en i EF-traktaten garanteret grundlæggende frihed [70].

— Beskyttelsen af grundlæggende rettigheder som legitim interesse

81. Som allerede forklaret [71] anser den græske regering den omtvistede nationale ordning for berettiget ud fra almene og sociale hensyn. En samlet betragtning af de relevante nationale bestemmelser viser, at de i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/95 fastlagte bøder tager sigte på at straffe overtrædelser af påbuddet om respekt for visse grundlovssikrede grundlæggende værdier — herunder beskyttelsen af de individuelle personrettigheder samt af familie- og privatliv. Den bøde, som sagsøgeren i hovedsagen hæfter solidarisk for, er, som det fremgår af de i forelæggelseskendelsen fremstillede faktiske omstændigheder, blevet pålagt på grund af en sådan tilsidesættelse af de ovennævnte grundlæggende værdier. Den græske regerings anbringende må ud fra en fornuftig vurdering forstås således, at regeringen åbenbart påberåber sig beskyttelsen af grundlovssikrede grundrettigheder.

82. Det skal herved bemærkes, at disse grundrettigheder ifølge fast retspraksis hører til de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte. I den forbindelse lader Domstolen sig inspirere af de forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne samt de anvisninger i form af internationale traktater om beskyttelse af menneskerettighederne, som medlemsstaterne har været med til at udarbejde, eller som de senere har tiltrådt. Her er for det første EMRK af særlig betydning [72]. De principper, der er udarbejdet i denne retspraksis, er blevet bekræftet af artikel 6, stk. 2, EU. Det bestemmes heri, at »Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten«. Derudover har Domstolen gentagne gange påberåbt sig Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der blev

70 — Jf. dom af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659, præmis 74.

71 — Jf. punkt 56 ovenfor.

72 — Jf. især dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 41, af 6.3.2001, sag C-274/99 P Connolly mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 37, og af 22.10.2002, sag C-94/00, Roquette Frères, Sml. I, s. 9011, præmis 25, Schmidberger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 70, præmis 71, samt dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5769, præmis 35, og af 18.1.2007, sag C-229/05 P, PKK og KNK mod Rådet, Sml. I, s. 439, præmis 76.

proklameret i Nice den 7. december 2000 [73], for at underbygge eksistensen af visse almindelige retsgrundsætninger [74].

83. Som Domstolen flere gange har udtalt [75], er foranstaltninger, som er uforenelige med overholdelsen af de således anerkendte og sikrede menneskerettigheder, ikke tilladt i Fællesskabet. Da de grundlæggende rettigheder skal respekteres både af Fællesskabet og af dets medlemsstater, udgør beskyttelsen af disse rettigheder efter Domstolens opfattelse en legitim interesse, som principielt kan begrunde en begrænsning af de forpligtelser, der eksisterer ifølge fællesskabsretten, selv i medfør af en i traktaten sikret grundlæggende frihed [76].

84. Det skal i den forbindelse påpeges, at retten til respekt for privatlivet, som den omtvistede ordning efter den græske regerings oplysninger har til formål at beskytte, ifølge Domstolens praksis også er en af de grundlæggende rettigheder, som er beskyttet af Den Europæiske Unions retsorden [77]. Desuden er denne grundrettighed nedfældet i artikel 8, stk. 1, EMRK [78] samt i artikel 7 i charteret om grundlæggende rettigheder [79].

85. På det punkt forfølger den omtvistede nationale ordning et formål, som er anerkendt i Unionens retsorden og dermed legitimt.

— Undersøgelse af proportionaliteten

86. Som jeg allerede har redegjort for i mit forslag til afgørelse af 14. april 2010 i sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland, må man tage udgangspunkt i et ligeværdighedsforhold mellem grundlæggende friheder

73 — EFT C 364, s. 1.

74 — Jf. dom af 14.2.2008, sag C-244/06, Dynamic Medien, Sml. I, s. 505, præmis 42, og af 11.12.2007, sag C-438/05, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union, Sml. I, s. 10779, præmis 43, samt dommen af 27.6.2006 i sagen Parlamentet mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 72, præmis 38.

75 — Jf. især ERT-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 72, præmis 41, samt dom af 29.5.1997, sag C-299/95, Kremzow, Sml. I, s. 2629, præmis 14, og af 3.9.2008, forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 6351, præmis 284.

76 — Jf. Schmidberger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 70, præmis 74, i forbindelse med en indskrænkning af de frie varebevægelser. Jf. endvidere dom af 13.12.2007, sag C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium m. fl., Sml. I, s. 11135, præmis 41 (kulturpolitik og ytringsfrihed som en indskrænkning af den frie udveksling af tjenesteydelser), Dynamic Medien-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 74, præmis 42, og dom af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega, Sml. I, s. 9609, præmis 35 (menneskelig værdighed som en indskrænkning af den frie udveksling af tjenesteydelser).

77 — Udtrykkeligt anerkendt i dom af 8.4.1992, sag C-62/90, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2601, præmis 23. Se endvidere dom af 19.10.2004, sag C-200/02, Chen, Sml. I, s. 9925, præmis 16, og af 25.7.2008, sag C-127/08, Metock m.fl., Sml. I, s. 6241, præmis 79.

78 — I henhold til artikel 8 (respekt for privatlivet), stk. 1, EMRK har enhver ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

79 — I henhold til artikel 7 (respekt for privatliv og familieliv) i charteret om grundlæggende rettigheder har enhver ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation.

og grundrettigheder [80]. Dette forhold påbyder, at man, for så vidt en grundlæggende frihed i en konkret sag indskrænkes som resultat af udøvelsen af en grundrettighed, skal lede efter en passende balance mellem de to rettigheder. Hertil kræves en antagelse om, at virkeliggørelsen af en grundlæggende frihed er et legitimt mål, der kan sætte grænser for en grundrettighed. Omvendt skal også virkeliggørelsen af en grundrettighed anerkendes som et legitimt mål, der kan begrænse en grundlæggende frihed. Med henblik på en nøjagtig grænsedragning mellem grundlæggende friheder og grundrettigheder tilkommer der proportionalitetsprincippet en særlig betydning. Inden for rammerne af proportionalitetsundersøgelsen skal der især tages udgangspunkt i et analyseskema i tre faser, hvor egnetheden, nødvendigheden og forholdsmæssigheden af den pågældende foranstaltning skal kontrolleres [81].

87. Det fremgår af de forudgående betragtninger, at selv om beskyttelsen af grundrettigheden respekt for privatlivet udgør en legitim interesse, som i princippet kan begrunde en indskrænkning af en i traktaten garanteret grundlæggende frihed som etableringsfriheden, kan sådanne restriktioner kun begrundes, hvis de er egnet til at sikre opfyldelsen af det forfulgte formål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålet [82].

88. Vurderingen af proportionaliteten forudsætter en undersøgelse af de retlige og faktiske omstændigheder, der er kendetegnende for situationen i den pågældende medlemsstat; en sådan gennemgang tilkommer det den forelæggende ret at foretage [83]. I den foreliggende sag er Domstolen tilstrækkeligt oplyst om den faktiske og retlige situation til at foretage en abstrakt bedømmelse af den sag, den har fået forelagt, ved hjælp af proportionalitetsprincippet. Det påhviler så den forelæggende ret at tage hensyn til Domstolens fortolkningsbidrag ved anvendelse af fællesskabsretten inden for rammerne af hovedsagen [84].

80 — Jf. mit forslag til afgørelse af 14.4.2010 i den endnu verserende sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland, punkt 187 og 188. V. Skouris, nævnt ovenfor i fodnote 60, s. 93, lægger ikke et hierarkisk forhold melllem grundlæggende friheder og grundrettigheder til grund. Han anfører forskellige faktorer, der taler for en principiel ligeværdighed, såsom de grundlæggende friheders grundrettighedslignende karakter og konvergensen af grundlæggende friheder og grundrettigheder i Domstolens praksis.

81 — Jf. mit forslag til afgørelse i sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland, punkt 189.

82 — Jf. i samme retning Omega-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 76, præmis 36, dommen i sagen International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union, nævnt ovenfor i fodnote 74, præmis 75, og Dynamic Medien-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 74, præmis 42.

83 — Jf. dom af 8.3.2001, sag C-405/98, Gourmet International, Sml. I, s. 1795, præmis 33, af 13.1.2000, sag C-220/98, Estée Lauder, Sml. I, s. 117, præmis 30 f., og af 26.6.1997, sag C-368/95, Familiapress, Sml. I, s. 3689, præmis 28 f.

84 — Ifølge P. Craig og G. De Búrca, *EU Law*, 4. oplag, Oxford, 2008, s. 492, giver artikel 234 EF ganske vist Domstolen en beføjelse til at fortolke traktaten, men ikke udtrykkeligt til at anvende den på hovedsagen. Grænsen mellem fortolkning og anvendelse markerer kompetencefordelingen mellem Domstolen og de nationale retter. Det er således Domstolen, der fortolker traktaten, og de sidstnævnte, der anvender den på den konkrete sag.

Egnethed

89. Som den græske regering har bekræftet under den mundtlige forhandling som svar på et spørgsmål fra Domstolen, må det lægges til grund, at den omtvistede ordning i det væsentlige bygger på en formodning fra den græske lovgivers side om, at en aktionær, der er indehaver af en andel på over 2,5% af kapitalen i et aktieselskab, har mulighed for at påvirke ledelsen af selskabet. Denne formodning fra den nationale lovgivers side tages op både af den forelæggende ret og af den græske regering i deres respektive fremstilling og drøftes nærmere. Således henviser den forelæggende ret [85] til, at en aktionær, som ejer en andel på over 2,5% af aktieselskabets kapital, ikke er nogen almindelig investor, men en erhvervsdrivende aktionær, der har mulighed for at påvirke ledelsen af den juridiske person og som følge heraf driften af tv-stationen. Den græske regering [86] forklarer på sin side, at selskabsdeltagerne i den kategori i kraft af deres deltagelse i generalforsamlingen og i valget af medlemmer til selskabets bestyrelse kan bevirke, at der vedtages klare retningslinjer med hensyn til udformning af programmerne og tv-stationens holdning til aktuelle emner.

90. Uanset om denne lovbestemte formodning passer på hovedsagen, med andre ord, om sagsøgeren i hovedsagen, som præciseret af den græske regering under den mundtlige forhandling, med en andel på kun 5% af aktieselskabskapitalen i »Nea Tileorasi« virkelig har en afgørende indflydelse på beslutningsprocesserne i dette selskab, hvilket det tilkommer den forelæggende ret konkret at fastslå [87], er det dog mere end tvivlsomt, om denne indflydelse kan anses for at være tilstrækkelig til at påvirke udformningen af tv-stationens programmer så målrettet, at man helt kan undgå overtrædelser af de for lovgivningen og de for driften af tv-stationer gældende fagetiske regler.

91. Det første, der skal undersøges i den forbindelse, er aktionærens stilling i et aktieselskab. Aktionærens rettigheder kan generelt opdeles i formuerettigheder, deltagerrettigheder og beskyttelsesrettigheder [88]. Til forskel fra et medlem af det ledende organ i et

85 — Jf. s. 4 i forelæggelseskendelsen.

86 — Jf. punkt 10 i det skriftlige indlæg fra den græske regering.

87 — Jf. punkt 66 ovenfor.

88 — Formuerettigheder: ret til dividende; ret til tegning af nye aktier; ret til likvidationsdividende; ret til byggerenter (dvs. renter for den periode, der går med forberedelse og opbygning, indtil virksomheden påbegynder fuld drift; ret til brug af selskabets anlæg). Deltagerret: ret til at blive indkaldt og få meddelt dagsordenen; ret til at stille forslag og til meningstilkendegivelse; ret til at lade sig repræsentere på generalforsamlingen; stemmeret og valgbarhed på generalforsamlingen; ret til at anfægte lovstridige og vedtægtsstridige beslutninger. Ret til beskyttelse: informationsret, der omfatter indsigts- og oplysningsrettigheder; grupperet til at være repræsentateret i bestyrelsen; ret til mindretalsbeskyttelse bestående i retten til at anlægge sag om opløsning og til at kræve ekstraordinær revision, retten til at indkalde til generalforsamling; de øvrige søgsmålsrettigheder, der omfatter indsigelsesret, krav om anerkendelse af ugyldigheden af generalforsamlingsbeslutninger samt om ansvarspålæggelse.

aktieselskab — som snarere ville have mulighed for at øve indflydelse på den tv-station, der ejes af selskabet — udøver gennemsnitsaktionæren som regel sine deltagerrettigheder på generalforsamlingen, hvor han er stemmeberettiget [89]. Afhængigt af lovgivning og vedtægter indbefatter disse deltagerrettigheder udpegning og afsættelse af ledelse eller bestyrelse [90]. Det skal her tages i betragtning, at den enkelte aktionærs indflydelse på selskabets ledelse i sidstnævnte tilfælde er svagere, da den kun er indirekte [91]. Desuden afviger de materielle regler om udpegning og afsættelse af ledelsen i detaljer fra hinanden, afhængigt af lovgivning og vedtægter. Ganske vist er udpegning af ledelsen karakteriseret ved det generelle princip, at det er flertallet på generalforsamlingen, der udpeger samtlige medlemmer, men det kommer alligevel an på de pågældende vedtægtsbestemmelser, om det sker ved forholdstalsvalg, eller der indrømmes enkelte aktionærer eller organer ret til at udpege en post. Disse mangfoldige omstændigheder medfører i realiteten, at de indflydelsesmuligheder, den enkelte aktionær formodes at have på selskabets ledelse, ved nærmere betragtning viser sig svagere end antaget.

92. Der må sondres mellem selskabsstrukturen og den struktur, tv-stationen selv har, i hvilken programchefen indtager en særlig rolle som ansvarlig leder af tv-stationens samlede redaktionsområde. Under ham har man så chefredaktører med ansvar for de enkelte afdelinger. Hertil kommer de medarbejdere ved tv-stationen, der har ansvaret for at gennemføre de konkrete udsendelser. Disse personer handler mere eller mindre uafhængigt inden for deres eget ansvarsområde.

93. Den enkelte aktionær befinder sig dermed for enden af en lang kæde af beslutningstagere, hvis adfærd han kun har en betinget indflydelse på. Og han kan slet ikke forudse, om en af medarbejderne ved tv-stationen, enten med forsæt eller ved uagtsomhed, vil overtræde lovene og de for driften af sådanne tv-stationer gældende fagetiske regler. Disse overvejelser viser, at den indflydelse, en aktionær har *inden for et selskab*, kun siger lidt om hans faktiske indflydelse *på de interne procedurer i en tv-station*. Den forelæggende ret må om nødvendigt undersøge, om den enkelte aktionærs mulighed for at øve indflydelse, som den omtvistede nationale ordning anser

89 — Jf. G. Mustaki og V. Engammare, nævnt ovenfor i fodnote 8, s. 189. Som K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4. oplag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, s. 837, korrekt forklarer, er generalforsamlingen »sæde for aktionærdemokratiet«, hvor aktionærerne udøver deres rettigheder i selskabets anliggender.

90 — Således henviser S. Grundmann, nævnt ovenfor i fodnote 13, § 11, afsnit 394, s. 180, til forskellene i de enkelte medlemsstater med hensyn til udpegning og afsættelse af ledelsen. For det første er der allerede af den grund forskel på kompetencen til at udpege medlemmerne af det ledende organ, at man dels har valgt et monistisk, og dels et dualistisk ledelsessystem. Men uanset dette er det ikke engang i førstnævnte tilfælde sikret i alle medlemsstater, at generalforsamlingen har kompetence til at udpege og afsætte medlemmerne af organet. I sidstnævnte tilfælde har generalforsamlingen endda typisk kun kompetence til at udpege bestyrelsen, og dens indflydelse er derfor kun indirekte.

91 — Jf. S. Grundmann, nævnt ovenfor i fodnote 13, § 11, afsnit 394, s. 180.

for indlysende, i virkeligheden ikke blot er af rent teoretisk art.

94. På den anden side kan den enkelte aktionær, som korrekt bemærket af den græske regering, udøve sin medbestemmelsesret med henblik på at få opstillet klare retningslinjer for udformningen af programmerne. Man kan her forestille sig, at der for medarbejderne ved tv-stationen udarbejdedes en adfærdskodeks, der forpligtede dem til at respektere visse grundlovssikrede retsgoder såsom beskyttelsen af de individuelle personrettigheder og af familieliv og privatliv. Et krav til ledelsen om, at den selskabsejede tv-station og dens medarbejdere overholder visse etiske forskrifter, ville i hvert fald kunne reducere risikoen for overtrædelser.

95. Dette ville vel forudsætte flere aktionærers koordinerede handling, eftersom generalforsamlingen skal træffe beslutning herom. Retten til at indkalde til generalforsamling og forlange bestemte punkter sat på dagsordenen afhænger imidlertid ifølge medlemsstaternes selskabslovgivninger normalt af, at de interesserede aktionærer råder over aktier, der når op på en bestemt procentdel af den tegnede kapital. I henhold til artikel 55, stk. 1, i forordning nr. 2157/2001 udgør andelen, når det drejer sig om et europæisk aktieselskab, mindst 10%. Men selv om denne tærskel overskrides, er det tvivlsomt, om en sådan forebyggende foranstaltning helt ville kunne udelukke, at enkelte medarbejdere ved tv-stationen begik overtrædelser.

96. Ved undersøgelsen af en foranstaltnings egnethed kommer det imidlertid an på, om foranstaltningen ud fra et kausalitets- og sandsynlighedsaspekt kan styre begivenhedernes forløb i den af medlemsstaten tilstræbte retning, idet der her må indrømmes medlemsstaterne en vis margen for prognoser. En national foranstaltning skal derfor først karakteriseres som uegnet, hvis den ingen virkning har på det tilstræbte formål [92]. På mig virker lovgiverens overvejelser, som den omtvistede nationale ordning bygger på, ret teoretiske. Truslen om en bøde ville ganske vist kunne få aktionærerne til at træffe forebyggende foranstaltninger for at forhindre overtrædelser, men helt udelukke sådanne overtrædelser kan den ikke. Spørgsmålet, om en sådan ordning er egnet til at beskytte de individuelle personrettigheder samt familie- og privatliv, må dog besvares bekræftende, for så vidt som den i hvert fald fremmer beskyttelsen af disse retsgoder.

92 — I samme retning W. Schroeder, *EUV/EFV — Kommentar* (udgivet af Rudolf Streinz), artikel 30 EF, afsnit 52, s. 476.

Nødvendighed

97. Endvidere kræver proportionalitetsprincippet, at den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger [93].

98. Som et alternativ til pålæggelse af en bøde kunne det, som den græske regering korrekt har forklaret under den mundtlige forhandling, komme i betragtning i mediesektoren, at det kompetente organ, der fører tilsyn med medierne, tilbagekalder tilladelsen til at drive tv-stationen. Ganske vist er en inddragelse af fjernsynstilladelsen den hårdeste sanktion i mediesektoren [94], især fordi den medfører et forbud mod at drive fjernsynsvirksomhed [95]. I forhold hertil udgør en engangsbøde for en tilsidesættelse af lovbestemmelser og fagetiske regler entydigt den mindst bebyrdende foranstaltning.

99. Alligevel rejser der sig det spørgsmål, om man også inden for denne sanktionsform kan forestille sig en mindre bebyrdende ordning.

100. Truslen om bøder, der alene er rettet mod et aktieselskab — uden hæftelsesgennembrud — ville principielt ligeledes være egnet til at få selskabet til at overholde lovgivningen og de fagetiske regler, der gælder for driften af tv-stationer. Det er dog tvivlsomt, om denne trussel ville have den samme afskrækkende virkning, især da det kun ville være forbundet med et økonomisk tab for selskabet. Alt efter selskabets økonomiske situation ville det kunne klare et sådant tab uden at behøve ændre sin adfærd væsentligt. Virkningen af en sådan sanktion kan ikke vurderes

93 — Jf. f.eks. dom af 18.11.1987, sag 137/85, Maizena m.fl., Sml. s. 4587, præmis 15, af 7.12.1993, sag C-339/92, ADM Ölmühlen, Sml. I, s. 6473, præmis 15, af 11.7.2002, sag C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, Sml. I, s. 6453, præmis 59, af 7.9.2006, sag C-310/04, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 7285, præmis 97, og af 12.12.2006, sag C-380/03, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 11573, præmis 144.

94 — Medielovgivningen er forskellig fra stat til stat. Alligevel udviser den umiskendelige fælles træk. Inddragelse af en sendetilladelse iværksættes som den hårdeste sanktion i reglen først i gentagelsestilfælde. Ved den første overtrædelse trues der kun med den. Ved siden af tilbagekaldelse af tilladelsen kan suspension af tilladelsen eller et yderligere pålæg også komme på tale. Nogle medielove giver de medieinstitutioner, der fører tilsyn med private radiostationer, mulighed for at pålægge bøder, jf. F. Kühn, *Rundfunkrecht in Indien und Deutschland*, Berlin, 2006, s. 208; J. Bayer og T. Ricke, »Die Medienaufsicht in Ungarn«, *Medien und Recht International*, 2009, s. 32f.; H. Kieserling, *Das Fernsehrecht Spaniens*, Frankfurt am Main, 2002, s. 159; E.-O. Ruhle, N. Freund, D. Kronegger og M. Schwarz, *Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht*, Wien, 2004, s. 268.

95 — Dette har så igen menneskeretlige konsekvenser, frem for alt med hensyn til respekten for mediefriheden. Artikel 10, stk. 1, tredje punktum, i EMRK giver ganske vist de kontraherende stater mulighed for at stille krav om en tilladelse, en bevilling, for således at kunne kontrollere f.eks. radio- og fjernsynsforetagender på disses område. Men bevillinger og andre restriktioner skal kunne bedømmes på grundlag af kravene i stk. 2. Denne bestemmelse siger, at mangfoldigheden af medier kan underkastes sådanne formaliteter, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, for at forebygge uorden eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden, for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder, for at forhindre udspredelse af fortrolige oplysninger, eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed.

med sikkerhed. Situationen er klart en anden, hvis selskabsdeltagerne hæfter solidarisk, således at hver især hæfter med hele sin formue. Her ville selskabsdeltageren snarere være tilbøjelig til at gøre noget for at undgå ansvaret. På dette punkt kan de to tilgangsmåder ikke anses for lige effektive.

101. Man kan i stedet forestille sig en differentieret tilgangsmåde, som tager mest muligt hensyn til omstændighederne i det enkelte tilfælde. På den måde kunne det f.eks. bestemmes, at hæftelsen kun rammer de aktionærer, som kan gøres ansvarlige for en konkret tilsidesættelse. I betragtning af, at en bøde må karakteriseres som en sanktion, kræver dette nødvendigvis, at en retsstridig adfærd kan tilregnes den pågældende. Ved en hertil svarende ændring ville man kunne undgå at straffe aktionærer, som under visse omstændigheder alene eller gennem et fælles initiativ nok gerne vil, men ikke kan gennemføre foranstaltninger til at hindre overtrædelsen. Den nugældende ordning omfatter nemlig på grund af sit brede anvendelsesområde netop også disse aktionærer. En mere differentieret tilgangsmåde ville ikke blot betyde en mindre begrænsning af etableringsfriheden, men også opnå samme virkning som den nuværende ordning. Den nøjagtige udformning af denne ordning hører under den nationale lovgivers kompetence.

102. Følgelig må den omtvistede nationale ordning anses for ikke nødvendig for at opnå det tilstræbte formål.

Proportionalitet

103. Endelig skal de pålagte byrder stå i et rimeligt forhold til de tilsigtede formål [96].

104. I forbindelse med beskyttelsen af grundlovssikrede retsgoder såsom de individuelle personrettigheder samt familieliv og privatliv er det efter min opfattelse ganske vist tilrådeligt at indrømme den nationale lovgiver et vist spillerum med hensyn til udformningen [97]. Alligevel kan dette spillerum ikke være så stort, at aktionærer gøres ansvarlige for overtrædelser, der ikke kan tilregnes dem. Hertil kommer, at sådanne overtrædelser ikke fuldstændigt kan udelukkes på grund af de særlige strukturer inden for et selskab og en tv-station. I så fald indskrænkes etableringsfriheden derfor stærkere end ubetinget nødvendigt for at beskytte de ovennævnte retsgoder.

105. For så vidt som man kan antage, at den omtvistede nationale ordning i grunden har til formål at formå aktionærerne til at træffe forebyggende foranstaltninger, ville det give mere mening kun at drage de aktionærer til

96 — Jf. f.eks. dommen i sagen Maizena m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 93, præmis 15, i sagen ADM Ölmühlen, nævnt i fodnote 93, præmis 15, i sagen Käserei Champignon Hofmeister, nævnt ovenfor i fodnote 93, præmis 59, i sagen Spanien mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 93, præmis 97, samt i sagen Tyskland mod Parlamentet og Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 93, præmis 144.

97 — Domstolen har anerkendt, at medlemsstaterne råder over et skøn med hensyn til valget af egnede foranstaltninger til at hindre indskrænkninger i de grundlæggende friheder, med den begrundelse, at det er medlemsstaterne, der alene er kompetente til at opretholde den offentlige orden og den indre sikkerhed, jf. dom af 9.12.1997, sag C-265/95, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6959, præmis 33.

ansvar, som ikke kun udøver en afgørende indflydelse på selskabet, men også på dets ledelse og dermed indirekte på selve tv-stationens beslutningstagere. Dette kan man godt have sine tvivl om, når andelen kun udgør 2,5% af selskabskapitalen. Som anført ovenfor er det allerede tvivlsomt, om en enkelt selskabsdeltager er i stand til alene at gennemføre foranstaltninger for at hindre overtrædelser af lovgivningen og de fagetiske regler, der gælder for driften af tv-stationer.

106. Således står de byrder, som pålægges aktionærerne, ikke i et rimeligt forhold til de tilsigtede formål.

107. På baggrund heraf kommer jeg til den konklusion, at den omtvistede nationale ordning ikke kan anses for proportional. Den bygger på en afvejning mellem etableringsfriheden som grundlæggende frihed og grundretten respekt for privat- og familielivet, en afvejning, som ikke er forenelig med fællesskabsretten.

iv) Foreløbig konklusion

108. Sammenfattende kan det fastslås, at artikel 43 EF og 48 EF er til hinder for en national ordning som den i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/1995 omhandlede.

c) Frie kapitalbevægelser

i) Anvendelsesområdet for artikel 56 EF

109. I det følgende skal spørgsmålet om foreneligheden med bestemmelserne i traktaten om de frie kapitalbevægelser kun behandles i det omfang, den i hovedsagen omtvistede nationale regel på baggrund af bestemmelserne om de frie kapitalbevægelser kan indeholde en selvstændig restriktion, og traktatens bestemmelser om etableringsfriheden ikke finder anvendelse [98].

110. På baggrund af min fremstilling i punkt 63-66 ovenfor vedrørende anvendelsesområdet for artikel 43 EF og 48 EF er en undersøgelse på grundlag af artikel 56 EF kun nødvendig med hensyn til de selskabsdeltagere, der ganske vist ejer en andel på over 2,5% af selskabskapitalen, men alligevel ikke råder over en andel, som giver vedkommende mulighed for at udøve en vis indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om selskabets drift [99].

98 — Jf. X og Y-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 66.

99 — Jf. X og Y-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 68, og i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 35-39.

ii) Begrænsning af de frie kapitalbevægelser

111. Ifølge fast retspraksis [100] indeholder artikel 56, stk. 1, EF et generelt forbud mod restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne.

112. Eftersom EF-traktaten ikke indeholder nogen definition på begrebet »kapitalbevægelser« som anvendt i artikel 56, stk. 1, EF, har Domstolen allerede tidligere karakteriseret nomenklaturen i bilaget til Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 (bestemmelsen blev ophævet ved Amsterdamtraktaten) [101] som vejledende. »Kapitalbevægelser« i henhold til artikel 56, stk. 1, EF er således navnlig direkte investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser i en virksomhed i form af aktiebesiddelse, som giver mulighed for faktisk at deltage i driften af og kontrollen med selskabet (direkte investeringer), samt erhvervelse af værdipapirer, der handles på kapitalmarkedet, med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den (»porteføljeinvesteringer«) [102].

— Artikel 56 EF som et omfattende forbud mod restriktioner

113. Om disse to investeringsformer har Domstolen fastslået, at nationale ordninger skal anses for »restriktioner« i henhold til artikel 56, stk. 1, EF, hvis de kan udgøre en hindring for erhvervelse af aktier i de berørte virksomheder eller afholde investorer fra andre medlemsstater fra at investere i disse virksomheder [103].

100 — Jf. f.eks. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 17, dom af 28.9.2006, forenede sager C-282/04 og C-283/04, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9141, præmis 18, dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, nævnt ovenfor i fodnote 66, præmis 38 og 43, og dom af 4.6.2002, sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4781, præmis 35 og 40. Det samme må gælde for EØS-aftalens artikel 40, som artikel 56 EF svarer til indholdsmæssigt. Som EFTA-domstolen har fastslået i dom af 23.11.2004, sag E-1/04, Fokus Bank, ECR s. 11, præmis 22 og 23, med henvisning til Domstolens dom af 23.9.2003, sag C-452/01, Ospelt og Schlössle Weissenberg, Sml. I, s. 9743, præmis 28, og generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 10.4.2003, punkt 72 og 73, i samme sag, er bestemmelserne om frie kapitalbevægelser i EF-traktaten og i EØS-aftalen i det væsentlige identiske.

101 — EFT L 178, s. 5.

102 — Jf. i samme retning dom af 16.3.1999, sag C-222/97, Trummer og Mayer, Sml. I, s. 1661, præmis 21, dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 100, præmis 36 og 37, i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, nævnt i fodnote 66, præmis 39 og 40, og i sagen Kommissionen mod Nederlandene, nævnt ovenfor i fodnote 100, præmis 19.

103 — Jf. i samme retning dom af 4.6.2002, sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4731, præmis 45, dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 100, præmis 41, dom af 2.6.2005, sag C-174/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4933, præmis 30 og 31, og af 19.1.2006, sag C-265/04, Bouanich, Sml. I, s. 923, præmis 34 og 35, dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, nævnt ovenfor i fodnote 100, præmis 20, samt i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt i fodnote 45, præmis 19.

114. Som allerede anført [104] kan risikoen for, at selskabsdeltagerne hæfter personligt, virke afskrækkende på eventuelle investorer, især fordi man ved at blive andelshaver i en sådan virksomhed løber en ekstra økonomisk risiko, der ligger ud over den sædvanlige forretningsmæssige risiko. I den forbindelse skal der igen henvises til den forelæggende rets konstateringer, ifølge hvilke det også bliver uattraktivt at købe aktier i sådanne selskaber, hvis hæftelsen udvides til også at gælde selskabsdeltagerne, som det er tilfældet med sagsøgeren i hovedsagen.

115. Ifølge denne brede definition, som Domstolen indtil nu har anvendt, må spørgsmålet, om der i den foreliggende sag foreligger en restriktion i henhold til artikel 56, stk. 1, EF, besvares bekræftende.

— Muligheden for en teleologisk afgrænsning af forbuddet mod begrænsning

116. Ligesom i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser har Domstolen i sin hidtidige praksis også for de frie kapitalbevægelsers vedkommende antydet muligheden af en teleologisk afgrænsning af forbuddet mod restriktioner [105]. Af hensyn til den størst mulige konvergens af de grundlæggende friheder er det derfor en oplagt tanke også på området for frie kapitalbevægelser at foretage en teleologisk afgrænsning af forbuddet mod restriktioner og i overensstemmelse hermed skelne mellem, om den pågældende nationale ordning etablerer »specifikke adgangsbarrierer« eller blot fastsætter »vilkår på etableringsstedet«. En forskellig fortolkning af de to grundlæggende friheder ville nødvendigvis føre til en modsætning i behandlingen af stor- og småaktionærer, for mens storaktionærer ville være forhindret i at påberåbe sig etableringsfriheden, ville småaktionærer kunne anfægte den omtvistede nationale ordning med den begrundelse, at der foreligger en begrænsning af de frie kapitalbevægelser. Hvis storaktionærer ikke ud fra de grundlæggende friheder kan udlede noget krav om tilnærmelse af de stedlige betingelser [106], burde dette da slet ikke være muligt for småaktionærerne. Desuden er der ingen begrundelse for nogen forskelsbehandling, da begge kategorier af aktionærer befinder sig i nøjagtig samme situation.

117. Hvad angår selve den omtvistede nationale ordning skal det fastslås, at den ikke i sig selv indskrænker aktionærernes mulighed for deltage i selskabet med henblik på at skabe eller opretholde varige og direkte

104 — Jf. punkt 68 ovenfor.

105 — Jf. fodnote 66 ovenfor.

106 — I punkt 74 ovenfor forklarede jeg i forbindelse med etableringsfriheden, at denne grundlæggende frihed ikke skal være et instrument for de erhvervsdrivende til at ændre vilkårene for deres virksomhed i forhold til de nationale konkurrenter. Det må også gælde for de frie kapitalbevægelser.

økonomiske relationer til det, som gør det muligt for aktionærerne at deltage effektivt i administrationen eller kontrollen af selskabet. Der stilles nemlig hverken juridiske eller faktiske forhindringer op for tilgangen af direkte investeringer. Ordningen regulerer heller ikke specifikt arten af og de nærmere betingelser for investeringer i selskaber inden for den græske mediesektor. Den omtvistede nationale ordning må snarere, som fremstillet ovenfor [107], placeres i kategorien »vilkår på etableringsstedet«, der ikke kan opfattes som en restriktion i henhold til artikel 56, stk. 1, EF, hvis man anerkender en afgrænsende teleologisk fortolkning.

118. Som jeg allerede har gjort rede for [108], findes der imidlertid i dag ikke, bortset fra enkelte tilfælde, noget holdepunkt for, at Domstolen ville være parat til at opgive sin hidtidige brede fortolkning af begrebet restriktion. Derfor hviler de følgende betragtninger på, at der er tale om et omfattende forbud mod restriktioner.

119. Følgelig foreligger der en restriktion af de frie kapitalbevægelser. Det skal derefter undersøges, om restriktionen kan begrundes, og om den overholder proportionalitetsprincippet.

iii) Begrundelse

— Beskyttelsen af grundrettigheder som legitim interesse

120. I det omfang, den omtvistede nationale ordning har til formål at beskytte grundretten respekt for privatlivet, forfølger den et af unionsretten anerkendt og dermed legitimt formål, som principielt kan begrunde en begrænsning [109].

— Undersøgelse af proportionaliteten

121. I det omfang, denne ordning medfører hæftelse også for de selskabsdeltagere, der ikke udøver nogen afgørende indflydelse på selskabets beslutninger, er denne bestemmelse vel uegnet til at beskytte de ovennævnte retsgoder, især da den nævnte kategori af selskabsdeltagere ikke kan gøre ret meget for at hindre overtrædelser af lovgivningen og de fagetiske regler, der gælder for driften af tv-stationer.

107 — Jf. punkt 76 ovenfor.

108 — Jf. punkt 78 ovenfor.

109 — –Jf. punkt 85 ovenfor.

122. På baggrund af, at der kan tænkes mindre indgribende foranstaltninger, som kan give samme resultat, først og fremmest en hæftelse for de selskabsdeltagere, der rent faktisk har indflydelse på selskabets ledelse eller på tv-stationens beslutningsstrukturer, eller som en overtrædelse rent faktisk kan tilregnes, må det ligeledes anses for unødvendigt at lade den her relevante gruppe af selskabsdeltagere hæfte.

123. Den betænkelighed, der er givet udtryk for i forbindelse med en begrænsning af etableringsfriheden, gælder så meget desto mere for de frie kapitalbevægelser. En indskrænkning af denne grundlæggende frihed, uden at det ville gavne beskyttelsen af grundrettigheden, lever ikke op til kravet om proportionalitet. Princippet om de frie kapitalbevægelser beskytter nemlig kun de selskabsdeltagere, der ikke er i stand til at udøve en afgørende indflydelse på selskabets beslutninger og træffe afgørelse om selskabets drift. Det forhold, at de alligevel kan blive pålagt en bøde, udgør en uforholdsmæssig begrænsning af denne grundlæggende frihed.

124. Derfor må den omtvistede nationale ordning samlet set anses for uforholdsmæssig. Den hviler på en afvejning mellem etableringsfriheden som grundlæggende frihed og grundretten respekt for privat- og familielivet, en afvejning, som ikke er forenelig med fællesskabsretten.

iv) Foreløbig konklusion

125. Sammenfattende kan det fastslås, at artikel 56, stk. 1, EF er til hinder for en national ordning som den i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/1995 omhandlede.

## VII — Forslag til afgørelse

126. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Symvoulio tis Epikrateias således:

»1) Rådets første direktiv 68/151/EØF af 9. marts 1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde, er ikke til hinder for en national ordning som den i artikel 4, stk. 3, i lov nr. 2328/1995 omhandlede, ifølge hvilken de bøder, der er fastsat i samme artikels foregående stykker for overtrædelse af lovgivningen og af de for driften af tv-stationer gældende fagetiske regler, ikke kun pålægges det selskab, der er indehaver af en tilladelse til oprettelse og drift af tv-stationen, men tillige også alle de aktionærer, der besidder en aktieandel på over 2,5%, som solidarisk hæftelse.

2) Derimod er artikel 43 EF, 48 EF og 56 EF til hinder for en national ordning som den, der er beskrevet under punkt 1.«