FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK
föredraget den 2 juni 2010[1]

Innehållsförteckning

I — Inledning ..... I - 10165

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 10166

A — Gemenskapsrätten ..... I - 10166

1. Primärrätten ..... I - 10166

2. Sekundärrättsliga bestämmelser ..... I - 10167

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

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

B — Den nationella rätten ..... I - 10168

III — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna ..... I - 10170

IV — Förfarandet vid domstolen ..... I - 10171

V — Parternas huvudargument ..... I - 10171

VI — Rättslig bedömning ..... I - 10172

A — Inledande överväganden ..... I - 10172

1. Tillnärmning som instrument för den europeiska bolagsrätten ..... I - 10172

2. Föremålet för direktiv 68/151 ..... I - 10173

1 — Originalspråk: tyska.

B — Tolkningsfrågan ..... I - 10174

1. Sekundärrätten som prövningskriterium ..... I - 10176

a) Huruvida direktiv 68/151 är tillämpligt ..... I - 10176

i) Huruvida ett aktiebolag i den mening som avses i artikel 1 i direktiv 68/151föreligger ..... I - 10176

ii) Erkännande av en ansvarsbegränsning ..... I - 10176

iii) Ansvar för aktiebolagets förpliktelser ..... I - 10178

iv) Omfattningen av aktiebolagets ansvar ..... I - 10180

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

2. Förenlighet med primärrätten ..... I - 10183

a) Huruvida primärrätten kan tillämpas ..... I - 10183

b) Etableringsfrihet ..... I - 10184

i) Huruvida artiklarna 43 EG och 48 EG är tillämpliga ..... I - 10184

ii) Inskränkning av etableringsfriheten ..... I - 10187

— Artikel 43 EG som ett omfattande förbud mot inskränkningar ..... I - 10187

— Möjligheten till en teleologisk avgränsning av förbudet mot inskränkningar ..... I - 10189

iii) Huruvida inskränkningen i etableringsfriheten är motiverad ..... I - 10191

— Skydd för de grundläggande rättigheterna som ett legitimt intresse ..... I - 10192

— Proportionalitetsprövning ..... I - 10193

iv) Slutsats i denna del ..... I - 10200

c) Den fria rörligheten för kapital ..... I - 10200

i) Huruvida artikel 56 EG är tillämplig ..... I - 10200

ii) Inskränkning av den fria rörligheten för kapital ..... I - 10201

— Artikel 56 som ett omfattande förbud mot inskränkningar ... I - 10201

— Möjlighet till en teleologisk avgränsning av förbudet mot inskränkningar ..... I - 10202

iii) Rättfärdigande ..... I - 10203

— Skydd för grundläggande rättigheter som ett legitimt intresse ..... I - 10203

— Proportionalitetsprövning ..... I - 10203

iv) Slutsats i denna del ..... I - 10204

VII — Förslag till avgörande ..... I - 10204

I — Inledning

1. Målet gäller en begäran om förhandsavgörande från Symvoulio tis Epikrateias (högsta förvaltningsdomstolen i Grekland, nedan kallad den hänskjutande domstolen) enligt artikel 234 EG, [2] i vilken den hänskjutande domstolen har begärt en tolkning av rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen [3].

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett mål mellan Idryma Typou A.E.

2 — Förfarandet för förhandsavgörande regleras enligt Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen av den 13 december 2007 (EUT C 306, s. 1) numera i artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

3 — EGT L 65, s. 8; svensk specialutgåva, område 17, volym 1 s. 3.

(nedan kallad klaganden i målet vid den nationella domstolen), ett aktiebolag som utövar verksamhet inom pressektorn och sektorn för TV- sändningar, och Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis (ministern för press och massmedia, nedan kallad svaranden i målet vid den nationella domstolen), som gäller lagenligheten av böter som påförts klaganden i målet vid den nationella domstolen för åsidosättande av gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag och som föreskriver att klaganden och dess aktieägare samt dess styrelseledamöter är solidariskt betalningsskyldiga för böterna.

3. I rättsligt hänseende ställs i princip två till varandra kopplade frågor genom denna begäran om förhandsavgörande. För det första uppkommer frågan om det i bolagsrätten inom Europeiska unionen finns ett tillräckligt bestämt begrepp vad gäller aktiebolagets juridiska form vilken, i likhet med många medlemsstaters rättsordningar, innehåller en princip enligt vilken ett kapitalbolags ansvar är begränsat till bolagets förmögenhet. För det andra vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida den ovannämnda principen, under de omständigheter som är aktuella i målet vid den nationella domstolen, undantagsvis tillåter ett genombrott av denna ansvarsbegräsning. Det är nämligen enbart om ett så kallat ansvarsgenombrott är förenligt med gemenskapsrätten som det vore möjligt att utvidga aktiebolagets ansvar till att omfatta bolagsmännens förmögenhet.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

1. Primärrätten

4. Artikel 43 EG har följande lydelse:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 48 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.”

5. I artikel 44 EG föreskrivs följande:

”1. Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 och efter att ha hört Ekonomiska och

sociala kommittén utfärda direktiv för att förverkliga etableringsfriheten på ett visst verksamhetsområde.

2. Rådet och kommissionen skall fullgöra de uppgifter som tillkommer dem enligt ovanstående bestämmelser, särskilt genom att

…

g) i den utsträckning som det är nödvändigt samordna de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 48 andra stycket avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen,…"

6. Artikel 48 har följande lydelse:

"Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen skall vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.

Med 'bolag' förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte."

7. I artikel 56 EG föreskrivs följande:

"1. Inom ramen för bestämmelserna i detta kapitel skall alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land vara förbjudna.

2. Inom ramen för bestämmelserna i detta kapitel skall alla restriktioner för betalningar mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land vara förbjudna."

2. Sekundärrättsliga bestämmelser

a) Direktiv 68/151/EEG

8. I det då tillämpliga direktivet 68/151 föreskrevs, fram till dess att det upphävdes genom direktiv 2009/101/EG [4] som trädde i kraft den 21 oktober 2009, en samordning av de bolagsrättsliga skyddsåtgärder som antagits i medlemsstaterna i bolagsmännens och tredje mans intressen.

4 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/101/EG av den 16 september 2009 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 48 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen (EUT L 258, s. 11).

9. Av skälen i detta direktiv framgår för det första att ”den samordning som föreskrivs i artikel 54.3 g i [fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen] och i Allmänna handlingsprogrammet för upphävande av begränsningar av etableringsfriheten är särskilt angelägen i fråga om aktiebolag och andra bolag med begränsat ansvar, eftersom verksamheten i sådana bolag ofta sträcker sig utöver de nationella gränserna”. För det andra anges i skälen i detta direktiv att ”i nu angivna avseenden skall gemenskapsregler antas samtidigt för dessa bolag, eftersom tredje man här endast har bolagsförmögenheten att hålla sig till”.

10. I artikel 1 i nämnda direktiv föreskrivs följande, i dess ändrade lydelse genom Anslutningsakten för Grekland [5]:

”De samordningsåtgärder som detta direktiv föreskriver ska vidtas i fråga om bestämmelserna i medlemsstaternas lagar eller andra författningar om följande bolagsformer: …

I Grekland:

ανώνυμη εταιρία, εταιρία περιωρισμένης ευθύνης, ετερόρρυθμη κατά μετοχές εταιρία (aktiebolag, kommanditaktiebolag, bolag med begränsat ansvar).”

11. Direktiv 68/151 innehåller tre avsnitt. Avsnitt I avser offentlighet av bolagsakter, avsnitt II innehåller bestämmelser avseende giltigheten av bolagets förpliktelser och i avsnitt III regleras bolagets eventuella ogiltighet.

b) Direktiv 89/667/EEG

12. I rådets tolfte direktiv 89/667/EEG av den 21 december 1989 på bolagsrättens område om enmansbolag med begränsat ansvar [6] föreskrivs i skälen att ”[d]et är viktigt att skapa ett rättsligt instrument som tillåter en begränsning av ensamföretagarens ansvar inom hela gemenskapen, dock med förbehåll för den lagstiftning i medlemsstaterna som i undantagsfall kräver att en sådan företagare skall ansvara för sitt företags förpliktelser”.

B — *Den nationella rätten*

13. I artikel 5.1 i Greklands konstitution fastställs en rätt för samtliga medborgare att fritt utveckla den egna personligheten och delta i det sociala, ekonomiska och politiska livet under förutsättning att andra samhällsmedborgares rättigheter, konstitutionen

5 — EGT L 291, 1979.

6 — EGT L 395, s. 40; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 103.

och goda seder och bruk respekteras. Den personliga friheten är enligt artikel 5.3 okränkbar.

14. I artikel 106.2 i konstitutionen stadgas att privat ekonomisk verksamhet inte får utövas i strid med människans frihet och värdighet, medan det i artikel 15.2 i konstitutionen, i den lydelse som gällde innan 2001 års konstitutionella ändringar gjordes, föreskrivs att radio- och TV-utsändningar som står under statlig kontroll ska säkerställa spridning av objektiv information och en hög kvalitetsnivå på sändningarna.

15. Lag 2328/1995 reglerar privat TV-sändningsverksamhet. Enligt artikel 1.9 i denna lag ska andelarna i det aktiebolag som driver TV-sändningsverksamheten vara utställda i viss persons namn. Varje aktiebolag får enligt artikel 1.10 inneha endast en licens för att inrätta, anlägga och driva en TV-kanal eller vara delägare i ett enda bolag som innehar en sådan licens. Fysiska och juridiska personer får inte äga mer än 25 procent av kapitalet i ett sådant företag. Aktieägare som innehar mer än 2,5 procent av kapitalet och styrelseledamöterna i bolag som ansöker om eller innehar en TV-sändningslicens får inte ha dömts för brott som utgör hinder mot att inneha fast offentlig tjänst. För aktieägarna råder dessutom en skyldighet enligt lag att redovisa hur de tjänat de olika delarna i sin förmögenhet. I artikel 1.11 föreskrivs vidare att aktieägare i ett företag som utför tjänster eller levererar varor till staten eller för dess räkning inte samtidigt får vara aktieägare i ett bolag som driver TV-sändningsverksamhet. I artikel 1.13 föreskrivs en skyldighet att underrätta den berörde ministern om alla ägarförändringar i ett sådant bolag som överstiger 2,5 procent av bolagskapitalet. I artikel 3 i samma lag fastställs de yrkesetiska regler som TV-kanaler ska följa, medan det i artikel 4 föreskrivs vilka administrativa sanktionsåtgärder som kan vidtas för det fall reglerna överträds. Vad särskilt gäller dessa sanktionsåtgärder anges i artikel 4.3 i lag 2328/95 att böter utmäts med solidariskt betalningsansvar för det bolag som innehar licensen att starta och driva en TV-kanal, bolagets juridiska företrädare och dess styrelseledamöter men även för samtliga ägare som innehar mer än 2,5 procent av bolagskapitalet.

16. Lag 2190/1920 innehåller allmänna regler för aktiebolag. Enligt artikel 1 i denna lag är ett aktiebolag ett ”kapitalbolag som är en

juridisk person. För bolagets förpliktelser svarar bolaget enbart med sina tillgångar."

III — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

17. Genom dekret av den 11 maj 2001 beslutade svaranden i tvisten i målet vid den nationella domstolen att påföra aktiebolaget Nea Tilorasi, ägare till TV-kanalen Star channel, böter om 10 000 000 GDR. Solidariskt betalningsskyldiga för böterna var bolagets aktieägare och styrelseledamöter. Böterna påfördes efter en rapport från Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (nationella radio- och TV-nämnden) (nedan kallad ESR), en fristående myndighet med behörighet på området, på grund av nyheter som spreds under Star Channels huvudsakliga nyhetssändning den 11 februari 2000 och som ansågs till men för två sångares och en modestylists personlighet, aktningsvärdhet och goda rykte. Dessa uppgifter ansågs även utgöra ett intrång i privatlivet och åsidosätta oskuldspresumtionen.

18. Klaganden i tvisten i målet vid den nationella domstolen är aktieägare i Nea Tileorasi och har anhängiggjort ett mål vid den hänskjutande domstolen. Bolaget har yrkat ogiltigförklaring såväl av presidentdekretet att påföra böterna som av ESR:s beslut på vilket presidentdekretet grundas.

19. Såsom framgår av beslutet om hänskjutande har den hänskjutande domstolen inom ramen för förevarande mål prövat frågan huruvida artikel 4.3 i lag 2328/95 är förenlig med konstitutionen och gemenskapsrätten.

20. Den hänskjutande domstolen har för det första undersökt om en bestämmelse som innebär att böter ska utdömas med solidariskt betalningsansvar såväl för bolaget som för en viss kategori aktieägare är förenlig med bestämmelserna i den grekiska konstitutionen avseende ekonomisk frihet. Den hänskjutande domstolen har för det andra granskat om den omtvistade bestämmelsen omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 68/151 och om den är förenlig med direktivets artikel 1. Härvid har den hänskjutande domstolens ledamöter framfört olika rättsuppfattningar.

21. Den hänskjutande domstolen har i beslutet om hänskjutande uttryckt tvivel avseende tolkningen av direktiv 68/151. Den har därför vilandeförklarat målet och ställt följande tolkningsfråga till domstolen:

"Utgör artikel 1 i direktiv 68/151/EEG, vari föreskrivs att '[d]e samordningsåtgärder som detta direktiv föreskriver skall vidtas i fråga om bestämmelserna i medlemsstaternas lagar eller andra författningar om följande bolagsformer: … I Grekland: ανώνυμη εταιρία, [aktiebolag]…', hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 4.3 i lag 2328/1995, i den mån det däri föreskrivs att de böter som stadgas i artikel 4.1 och 4.2 för åsidosättande av gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för

TV-bolag inte enbart påförs det bolag som innehar licensen för att starta och driva TV-sändningsverksamhet utan, solidariskt med detta, även samtliga ägare som innehar mer än 2,5 procent av aktiekapitalet?”

IV — Förfarandet vid domstolen

22. Begäran om förhandsavgörande av den 17 september 2008 inkom till domstolens kansli den 26 februari 2009.

23. Republiken Greklands regering och kommissionen har avgett skriftliga yttranden vid domstolen inom den frist som anges i artikel 23 i domstolens stadga.

24. Företrädarna för Republiken Greklands regering och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 11 mars 2010.

V — Parternas huvudargument

25. Den *grekiska regeringen* och *kommissionen* är eniga om att artikel 1 i direktiv 68/151 inte utgör hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 4.3 i lag 2328/95.

26. Såväl den grekiska regeringen som kommissionen anser att direktiv 68/151 inte syftar till att harmonisera begreppet aktiebolag, utan enbart avser att ange de bolagsformer som redan finns i medlemsstaterna på vilka direktivbestämmelserna är tillämpliga.

27. Medlemsstaterna har följaktligen rätt att skapa nya bolagsformer eller ålägga de bolag som anges i artikel 1 i direktiv 68/151 andra skyldigheter. *Kommissionen* har i detta sammanhang åberopat direktiv 89/667 där behovet av att behålla sådana bestämmelser som i undantagsfall kräver att en ensamföretagare ska ansvara för sitt företags förpliktelser erkänns i inledningen, oavsett det rättsliga instrument för begränsning av bolagets ansvar som anges där, vilket enligt direktivet ska tillåtas för ensamföretagare inom hela gemenskapen. Såväl den *grekiska regeringen* som *kommissionen* har dragit slutsatsen att gemenskapsrätten inte garanterar aktieägare ansvarsfrihet för aktiebolagets åtaganden.

28. Den *grekiska regeringen* har vidare gjort gällande att solidariskt ansvar för bolagsmän som innehar mer än 2,5 procent av aktiekapitalet inte är en allmän regel enligt artikel 4.3 i lag 2328/95. Tvärtom föreskrivs i denna bestämmelse att böter vid åsidosättande av gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag ska påföras såväl det bolag som innehar licensen för att driva TV-sändningsverksamhet som aktieägarna, eftersom de sistnämnda har en särskild betydelse vid bolagets grundande och arbetssätt.

VI — Rättslig bedömning

A — *Inledande överväganden*

1. Tillnärmning som instrument för den europeiska bolagsrätten

29. Bolagsrätten inom Europeiska unionen innehåller huvudsakligen ramvillkor för företag av nationellt och europeiskt ursprung på den inre marknaden. [7] Den konkreta utformningen av dessa ramvillkor präglas av en strävan efter en harmonisering av medlemsstaternas nationella bolagsbestämmelser, å ena sidan, och av att skapa en överstatlig bolagsrätt som primärt är förankrad i unionsrätten, å andra sidan.

30. En tillnärmning av de gällande bolagsrättsliga bestämmelserna i de enskilda medlemsstaterna eftersträvas av olika skäl. En central anknytningspunkt är principen om etableringsfrihet som fastställs i artikel 43 EG och som enligt artikel 48 EG även gäller för bolag, till följd av vilken inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstat ska upphävas. [8] För bolag gäller emellertid att de enbart kan, och kommer att, göra gällande sin rätt till etableringsfrihet vid en harmonisering av rättsliga ramvillkor. Ett annat skäl till harmonisering är att det har erkänts att beslut om lokaliseringsort ska fattas i intresse av ekonomin inom hela unionen utifrån rationella ekonomiska överväganden och inte utifrån var de bolagsrättsliga ramvillkoren för företaget är

7 — Se Behrens, P., ”Gesellschaftsrecht”, i *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (utgiven av Manfred A. Dauses), E. III, punkt 3, s. 3.

8 — Se Rondinelli, M., ”Il proceso di armonizzazione del diritto societario europeo”, *Percorsi di diritto societario europeo*, Turin 2000, s. 38, som har hänvisat till det nära samband som finns mellan harmoniseringen av bolagsrätten inom Europeiska unionen och etableringsfriheten. Se även Grünwald, A., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Wien 1999, s. 12, och Mustaki, G./Engammare, V., *Droit européen des sociétés*, Basel 2009, s. 105.

mest fördelaktiga. [9] En tillnärmning av medlemsstaternas rättsordningar syftar vidare till att säkerställa att konkurrensvillkoren för företag är så lika som möjligt inom unionen. Förekomsten av jämförbara rättsliga ramvillkor bidrar slutligen till att bolagens och aktieägarnas gränsöverskridande investeringar sker för att främja den ekonomiska och sociala utvecklingen i unionen.

2. Föremålet för regleringen i direktiv 68/151

31. Direktiv 68/151 som antogs den 9 mars 1968, det vill säga tio år efter det att Romfördragen trädde i kraft, är inte enbart det första direktivet på bolagsrättens område utan utgör därtill den första tillnärmningsåtgärden på det civilrättsliga området. [10] Direktivet, som har antagits på grundval av artikel 54.3 g i EEG-fördraget (artikel 44.2 g EG), [11] syftar till att skydda tredje man, särskilt bolagets avtalsparter. Dessa ska inte enbart ha tillgång till den information om bolaget som krävs, utan de ska även kunna förlita sig på att de viljeförklaringar som gjorts i bolagets namn är giltiga samt att det bolag som registrerats i registret existerar. [12] Enligt fjärde och sjätte skälen i nämnda direktiv syftar direktivet följaktligen till att samordna medlemsstaternas bestämmelser om offentliggörande av viktiga upplysningar om bolaget, om giltigheten av bolagens förpliktelser och om bolagens ogiltighet. Motsvarande bestämmelser för att säkerställa skydd för rättsliga transaktioner fanns visserligen i rättsordningarna i samtliga stater som grundade gemenskapen. De var emellertid inte likvärdiga. Mot bakgrund av att bolagen i allt större omfattning utövade gränsöverskridande verksamhet, ansåg medlemsstaterna att det var brådskande att tillnärma de nationella bestämmelserna, för att säkerställa ett likvärdigt skydd för rättsliga transaktioner inom gemenskapen i allmänhet och för borgenärer i synnerhet.

32. Antagandet av direktivet föregicks av förhandlingar som varade flera år inom den Europeiska ekonomiska gemenskapen, som vid den tidpunkten bestod av sex medlemsstater. I samband med de övriga medlemsstaternas anslutning, däribland Greklands år 1981, har dessa betraktat direktiv 68/151 som en del av gemenskapens regelverk. Genom de berörda anslutningsakterna har direktivbestämmelserna, särskilt artikel 1 om de berörda bolagen, anpassats till den utvidgade kretsen av medlemsstater. I denna direktivbestämmelse avseende vilken den hänskjutande domstolen har begärt ett förhandsavgörande

9 — Enligt Rondinelli, M. (ovan fotnot 8), s. 38, är syftet med en tillnärmning av lagstiftningarna att se till att beslut om lokaliseringsorten och kapitalrörelser inte fattas utifrån ekonomiska överväganden utan utifrån var de mest fördelaktiga bolagsrättsliga ramvillkoren finns.

10 — Se Habersack, M., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, tredje upplagan, München 2006, 5 §, punkt 1, s. 82.

11 — Motsvarar artikel 50.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

12 — Se Hempel, K., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (utgiven av Heinz Mayer), artikel 44, punkt 19, s. 19, Rondinelli, M. (ovan fotnot 8), s. 42.

avseende tolkningen fastställs den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för direktivet, genom att alla bolagsformer för vilka direktivet gäller i varje medlemsstat anges. Det rör sig härvid utan undantag om kapitalbolag, [13] nämligen om aktiebolag, kommanditaktiebolag och bolag med begränsat ansvar, som bortsett från mindre skillnader avseende bolagsformen i medlemsstaternas bolagsrätt kännetecknas av vissa gemensamma egenskaper.

B — *Tolkningsfrågan*

33. En av dessa gemensamma egenskaper som är relevant i förevarande fall är att kapitalbolagets ansvar för bolagets skulder principiellt begränsas till bolagsförmögenheten. Egenskapen av gäldenär, och det ansvar gentemot borgenärerna för bolagets skulder som detta innebär för kapitalbolaget, grundar sig på att bolaget har rättskapacitet enligt den nationella lagstiftningen. Den omständigheten att bolaget har självständig rättskapacitet innebär att förpliktelser som uppkommit i bolagets namn inte samtidigt är aktieägarnas förpliktelser. Som ett korrektiv för att ansvaret är begränsat till den juridiska personens förmögenhet ska till exempel ett aktiebolag och ett bolag med begränsat ansvar ha en kapitalbas vars anskaffning och bevarande strängt iakttas i rättsordningen, av hänsyn till borgenärsskyddet. Trots den omständigheten att bolagets förmögenhet och bolagsmännens förmögenhet i princip ska åtskiljas i kapitalbolag, kan en bolagsman enligt medlemsstaternas rättspraxis och lagstiftning i undantagsfall under vissa omständigheter åläggas personligt ansvar för bolagets skulder. [14]

34. Efter vad jag kan se har denna princip, bortsett från vissa undantag, erkänts i

13 — Systemet för den europeiska bolagsrätten som ett rättsområde inom vilket det i vart fall även finns en gemenskapsrättslig del omfattar i hög grad enbart kapitalbolag (se Behrens, P., ovan fotnot 7, punkt 15, s. 8). Etableringsfriheten (artiklarna 43 EG, 48 EG) samt artikel 44.2 g EG gäller visserligen som grundläggande behörighetsbestämmelse inom bolagsrätten inom Europeiska unionen för samtliga bolag som bedriver verksamhet i vinstsyfte, även offentligrättsliga bolag. Bortsett från verkan av de grundläggande friheterna regleras den europeiska bolagsrätten för handelsbolag emellertid enbart i en rättsakt, nämligen stadgan för den europeiska ekonomiska intressegrupperingen (se Grundmann, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1 §, punkt 12, s. 6). Skälet till att tyngdpunkten i lagstiftningen läggs på aktiebolag är att denna typ av bolag på grund av sin struktur kan betraktas som den optimala bolagsformen för företag som utövar verksamhet inom gemenskapen (se Grünwald, A., ovan fotnot 8, s. 13).

14 — Se, avseende principen om åtskiljande av bolagets förmögenhet och aktieägarnas förmögenhet, Kraft, A./Kreutz, P., *Gesellschaftsrecht*, tionde upplagan, Berlin 1997, s. 50 och följande sida, samt, avseende åtskiljande av bolagets förmögenhet och bolagsmännens förmögenhet när det gäller kapitalbolag, Kocbek, M., *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem*, andra upplagan, GV Založba 2002, volym I, s. 127.

samtliga medlemsstater. [15] Dessutom upptogs denna princip i förordning nr 2157/2001 [16] på grundval av vilken den överstatliga bolagsformen europeiskt publikt aktiebolag (Societas Europaea, SE) [17] har skapats. Om och i vilken mån det enligt gemenskapsrätten, med hänsyn till omständigheterna i tvisten i målet vid den nationella domstolen, i undantagsfall är tillåtet att utvidga ansvaret till att omfatta bolagsmännens tillgångar ska fastställas genom en tolkning av de berörda direktivbestämmelserna, närmare bestämt mot bakgrund av deras ordalydelse, deras systematiska sammanhang samt deras ändamål, varvid även graden av harmonisering på bolagsrättens område i unionen ska beaktas.

35. Vid besvarandet av tolkningsfrågan ska det emellertid inledningsvis bedömas om

15 — I de nationella rättsordningarna föreskrivs ansvarsbegränsning för kapitalbolag, varvid formuleringarna skiljer sig åt. I vissa rättsordningar anges att ansvaret gentemot borgenärerna för bolagets skyldigheter är begränsat till bolagets förmögenhet. I andra rättsordningar föreskrivs att aktieägare enbart ansvarar upp till ett visst belopp eller att de inte ansvarar personligen. Därmed avses att aktieägare inte ansvarar gentemot bolagets borgenärer, det vill säga utåt (se Schwarz, G. C., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, första upplagan, Baden-Baden 2000, punkt 289, s. 187). Tyskland: I 1 § första stycket i den tyska aktiebolagslagen (Aktiengesetz) (AktG) och 13 § andra stycket i den tyska lagen avseende bolag med begränsat ansvar (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) (GmbHG) föreskrivs att ansvaret för bolagets förpliktelser gentemot borgenärerna är begränsat till bolagets tillgångar. Frankrike: I artikel L. 223-1 första stycket i den franska handelslagen (*Code de Commerce*) föreskrivs att ett bolag med begränsat ansvar (*société à responsabilité limitée*) grundas av en eller flera personer som enbart ansvarar för förluster upp till ett belopp motsvarande deras andelar. Av artikel L. 225-1 i den franska handelslagen framgår likaså att aktieägarna i aktiebolaget (*société anonyme*) enbart ansvarar för förluster upp till ett belopp motsvarande deras andelar. Österrike: I 48 § i förbundslagen avseende aktiebolag (Bundesgesetz über Aktiengesellschaften) (AktG) och i 61 § andra stycket i lagen om bolag med begränsat ansvar (GmbHG) föreskrivs att ansvaret för bolaget skyldigheter gentemot borgenärerna är begränsat till bolagets tillgångar. Slovenien: I artikel 7.2 i lagen om handelsbolag (Zakon o gospodarskih družbah – ZGD-1) fastställs att det i lag föreskrivs när och på vilket sätt aktieägarna ansvarar vid sidan av bolaget. Enligt artikel 168.2 ZGD-1 ansvarar ett aktiebolag för sina skyldigheter gentemot borgenärerna med sina samtliga tillgångar. Enligt 168. 3 ZGD-1 ansvarar aktieägarna inte för bolagets förpliktelser gentemot borgenärerna. Enligt artikel 472 ansvarar inte heller bolagsmännen för de skyldigheter som har uppkommit för ett bolag med begränsat ansvar (se i detta avseende Kocbek, M., ovan fotnot 14, volym I, s. 122, 530 och volym II, s. 336). Förenade kungariket: Kapitalbolag såsom *public company limited by shares* och *private company limited by shares* regleras i lagen om kapitalbolag (Companies Act 2006). Det förstnämnda är jämförbart med det tyska aktiebolaget, den sistnämnda med det tyska bolaget med begränsat ansvar (se Just, C., *Die englische Limited in der Praxis*, München 2005, s. 4). I artikel 1.1 i lagen om kapitalbolag föreskrivs att ett bolag är ett *limited company* när bolagsmännens ansvar begränsas genom bolagsordningen och att ansvaret får vara begränsat genom andelar (*shares*) eller genom ett garantibelopp (*guarantee*). Spanien: I artikel 1 i lag 2/1995 av den 23 mars 1995 om bolag med begränsat ansvar (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) föreskrivs att bolagets kapital är sammansatt av andelar som består av bolagsmännens andelar och att bolagsmännen inte ansvarar för bolagets förpliktelser. Samma sak föreskrivs i artikel 1 i lag 1564/1989 om aktiebolag (Ley de Sociedades Anónimas).

16 — Rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag (EGT L 294, s. 1).

17 — Ett europeiskt publikt aktiebolag är en juridisk person enligt artikel 1 i förordning nr 2157/2001. I egenskap av juridisk person har således bolaget (och inte samtliga bolagsmän) rättigheter och skyldigheter gentemot tredje man. De enskilda aktieägarnas ansvar, det vill säga bolagsmannens ansvar, är enligt artikel 1.2 i andra meningen i förordningen begränsat till de tecknade aktiernas nominella värde. Av bestämmelsen framgår inte om ansvaret att sätta in insatsen är begränsat till det inre förhållandet eller om det europeiska publika aktiebolagets borgenärer direkt kan utkräva ansvar av aktieägarna. Den omständigheten att bolaget är en juridisk person innebär visserligen inte att ansvar inte kan utkrävas av aktieägarna. Eftersom en juridisk person emellertid själv har skyldigheter och rättigheter krävs i princip en särskild bestämmelse för att ansvar ska kunna utkrävas av bolagsmännen. Borgenärerna har nämligen enbart ett rättsligt förhållande med bolaget och inte med bolagsmännen. Såsom Schröder, A., *Europäische Aktiengesellschaft SE* (utgiven av Gerhard Manz/Barbara Mayer/Albert Schröder), Baden-Baden 2005, artikel 1 SE-VO, punkterna 25–29, s. 49 och följande sida, mycket riktigt har påpekat finns det ingen rättslig grund för ett allmänt ansvar för aktieägarna gentemot bolagets borgenärer. Artikel 1.2 andra meningen i förordningen innehåller enligt författaren inte någon sådan rättslig grund utan begränsar aktieägarnas skyldighet till att betala insatsen upp till ett visst belopp utan att fastställa om skyldigheten enbart gäller internt eller även externt. Principen om åtskillnad mellan bolag och bolagsmän kan enbart genombrytas i undantagsfall och ansvar åläggas bolagsmän när borgenärernas intressen inte kan iakttas på annat sätt.

den omtvistade nationella bestämmelsen omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 68/151 och därefter om den är förenlig med direktivbestämmelserna.

1. Sekundärrätten som prövningskriterium

a) Huruvida direktiv 68/151 är tillämpligt

i) Huruvida ett aktiebolag i den mening som avses i artikel 1 i direktiv 68/151 föreligger

36. I artikel 1 i direktiv 68/151 definieras den klassiska kretsen kapitalbolag, som även omfattar bolagsformen aktiebolag, som klaganden i tvisten i målet vid den nationella domstolen har, enligt tillämpliga grekiska bestämmelser. Direktivet är följaktligen tillämpligt till följd av denna formella anknytning till en viss bolagsform.

37. Det ska vidare undersökas om de omständigheter som ligger till grund för förevarande mål omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 68/151. För att detta ska anses vara fallet måste principen om ansvarsbegränsning för aktiebolagets förpliktelser ha erkänts.

ii) Erkännande av en ansvarsbegränsning

38. Aktiebolagsrätten regleras i flera olika unionsrättsliga bestämmelser som huvudsakligen uppvisar en fullständig systematik. [18] Aktiebolaget är enligt denna systematik självständigt i rättsligt hänseende och har ett minimikapital som är uppdelat i aktier. Aktieägare omfattas inte av ansvaret för bolagets skulder. I detta syfte säkerställs bolagskapitalets anskaffande och bevarande genom motsvarande bestämmelser. Bolagets organisationsstruktur kännetecknas av åtskillnaden mellan ledningsnivån och bolagsstämman, samt på ledningsnivå genom åtskillnaden mellan det ledande och det övervakande organet. Detta gäller oberoende av om två separata organ (dualistiskt system) eller ett enda organ (monistiskt system) ska inrättas på ledningsnivån. Båda modeller kan användas enligt bolagsrätten inom Europeiska unionen. Aktierna kan i princip överföras fritt och noteras på börsen. Aktieägarna har samma rättigheter (särskilt rösträtt och rätt till utdelning) och skyldigheter (insättningsskyldighet). Redovisningen regleras noggrant. Räkenskaperna ska underkastas revision och offentliggöras.

18 — Denna uppfattning företräds även av Behrens, P. (ovan fotnot 7), punkt 15, s. 8, som har hänvisat till ett flertal egenskaper som kännetecknar aktiebolagsrätten i Europeiska unionen.

Koncernrättsliga bestämmelser reglerar särskilda problem i samband med närstående bolag. Denna aktiebolagsrättsliga systematik är emellertid omtvistad mellan medlemsstaterna i viktiga frågor, till exempel vad gäller ledningsorganens struktur, och motsvarande tillnärmningsåtgärder har således ännu inte slagit igenom.

39. Vad gäller, den här relevanta, aspekten ansvarsbegränsning kan det fastställas att den i direktiv 68/151 har erkänts som en princip i kapitalbolagsrätten. [19] Av gemenskapslagstiftarens konstaterande i tredje skälet i nämnda direktiv framgår att ”tredje man … endast har bolagsförmögenheten att hålla sig till” när det gäller de bolag som anges i artikel 1. Dessutom innehåller artikel 7 i direktivet en bestämmelse i vilken solidariskt ansvar för bolagets förpliktelser föreskrivs för dem som har vidtagit åtgärder i bolagets namn innan bolaget har fått rättskapacitet. Detta tyder också på att ovannämnda princip om åtskillnad mellan bolagsförmögenheten och bolagsmännens förmögenhet har erkänts. En liknande formulering som den i tredje skälet i ovannämnda direktiv återfinns, med hänvisning till bestämmelserna däri, för övrigt i direktiv 78/660, [20] enligt vilket ”en samtidig samordning behövs på dessa områden för de angivna bolagsformerna, eftersom … bolag … endast erbjuder tredje man säkerhet i sina egna tillgångar”. Utgångspunkten i direktiv 89/667, som har åberopats av den hänskjutande domstolen och parterna i målet, är uppenbarligen att det föreligger en motsvarande princip, varvid ansvarsbegränsningen betecknas som ett nödvändigt ”rättsligt instrument” i ett så kallat enmansbolag. [21]

40. Jag anser således att gemenskapslagstiftaren vid antagandet av de ifrågavarande direktiven inte uttryckligen föreskrev en ansvarsbegränsning, utan utgick från att en sådan princip har fastställts i de nationella bolagsordningarna och i den oskrivna gemenskapsrätten. [22] Detta ger emellertid ingen upplysning om dess exakta normativa innehåll. Detta kommer emellertid att diskuteras

19 — Se i detta sammanhang Schwarz, G. C., ovan fotnot 15, punkt 289, s. 187, enligt vilken begränsningen av ansvaret till bolagets tillgångar enligt den uppfattning som företräds i doktrinen anses som karakteristisk för de bolag som omfattas av direktiv 68/151.

20 — Rådets fjärde direktiv 78/660/EEG av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om årsbokslut i vissa typer av bolag (EGT L 222, s. 11; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 17).

21 — Ett enmansbolag är ett kapitalbolag vid vilket samtliga andelar innehas av en fysisk eller en juridisk person. Det rör sig här alltså i praktiken om en ensamföretagare (enmansföretag) som genom sitt bolag med begränsat ansvar deltar i rättsliga förfaranden, vars ansvar emellertid är begränsat till hans insats.

22 — Se, för ett liknande resonemang, även Grundmann, S. (ovan fotnot 13), 9 §, punkt 286, s. 127.

inom ramen för prövningen av huruvida den omtvistade nationella bestämmelsen är förenlig med direktiv 68/151.

betydelse och räckvidd, normalt ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen, vilken ska göras med hänsynstagande till sammanhanget och syftet med föreskrifterna i fråga. När gemenskapslagstiftaren i en gemenskapsrättsakt emellertid implicit hänvisar till seder och bruk i varje land, så ankommer det inte på domstolen att ge det tillämpade begreppet en enhetlig gemenskapsrättslig definition. [24]

iii) Ansvar för aktiebolagets förpliktelser

41. I direktiv 68/151 erkänns visserligen en ansvarsbegränsning till bolagsförmögenheten, detta gäller emellertid uttryckligen enbart för bolagets ”förpliktelser”, såsom framgår av andra skälet. Detta väcker frågan om även böter som påförs av staten omfattas av detta begrepp.

42. Domstolen har i fast praxis slagit fast följande [23], nämligen att det följer av såväl kravet på en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten som likhetsprincipen att en gemenskapsrättslig bestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar, för att bestämma dess

43. Direktivet innehåller följaktligen ingen legaldefinition av detta obestämda rättsliga begrepp och ger inte heller någon vägledning avseende tolkningen. Det ska i detta sammanhang erinras om att bolagsrätten inom Europeiska unionen inte avser en fullständig harmonisering av medlemsstaternas bestämmelser om reglering av bolag, utan har begränsat sig till att reglera vissa aspekter i bolagsrätten genom tillnärmning av lagstiftningen genom direktiv, [25] vilket även framgår av uttrycken ”samordna” och ”göra … likvärdiga” i artikel 44.2 g EG. Detta visar på en lägre grad av harmonisering. Detta skiljer de

23 — Se bland annat dom av den 18 januari 1984 i mål 327/82, Ekro (REG 1984, s. 107), punkt 11, av den 19 september 2000 i mål C-287/98, Linster (REG 2000, s. I-6917, punkt 43), och av den 9 november 2000 i mål C-357/98, Yiadom (REG 2000, s. I-9265), punkt 26, av den 6 februari 2003 i mål C-245/00, SENA (REG 2003, s. I-1251), punkt 23, av den 12 oktober 2004 i mål C-55/02, kommissionen mot Portugal (REG 2004, s. I-9387), punkt 45, av den 27 januari 2005 i mål C-188/03, Junk (REG 2005, s. I-885), punkterna 27–30, och av den 7 december 2006 i mål C-306/05, SGAE (REG 2006, s. I-11519), punkt 31.

24 — Se domen i det ovan i fotnot 3 nämnda målet Ekro, punkt 14.

25 — Enligt Jung, P./Müller-Huschke, W., *EU-Kommentar* (utgiven av Jürgen Schwarze), andra upplagan, Baden-Baden 2009, artikel 44 EG, punkt 14, framgår av ordalydelsen i artikel 44.2 g EG (”samordna” och ”göra … likvärdiga”) och dess systematiska sammanhang med behörighetsbestämmelsen i artikel 44.1 EG, som enbart avser antagande av direktiv, att det inte eftersträvas någon harmonisering av lagstiftningarna, utan enbart en tillnärmning. Se, för ett liknande resonemang, även Hempel, K., (ovan fotnot 12), artikel 44, punkt 13, s. 17. Prats Jané, S., *Evolución del Derecho societario europeo*, Badajoz 2007, s. 13, som betonar den grundläggande skillnaden mellan tillnärmning av lagstiftningen och harmonisering av lagstiftningen. Mustaki, G./Engammare, V. (ovan fotnot 8), s. 105, har påpekat att EG-fördraget enbart uppmanar till en samordning och inte till en tillnärmning av lagstiftningarna, vilket möjliggör för medlemsstaterna att bevara nationella särdrag inom bolagsrätten.

direktiv som grundar sig på artikel 44.2 g EG från de direktiv på bolagsrättens område i Europeiska unionen som till exempel antagits på grundval av artikel 95 EG. Begreppet ”tillnärmning av lagstiftningarna” som tillämpas i artikel 95 EG ska nämligen inte förstås på ett tekniskt sätt, eftersom det såväl omfattar tillnärmning i snäv mening som harmonisering av lagstiftning. [26] Bortsett från detta möjliggör artikel 95 EG inte enbart antagande av direktiv utan även antagande av förordningar och beslut såsom andra bindande åtgärder, i den mening som avses i artikel 249 EG.

44. En tillnärmning av lagstiftningarna sker vidare såsom uttryckligen framgår av artikel 44.2 g EG enbart *i den utsträckning* som det är *nödvändigt.* Denna formulering visar att subsidiaritetsprincipen redan hade fastslagits innan den stadfästes i artikel 5 andra stycket EG. [27] Unionen kan endast vidta en åtgärd, om målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå. På grund av ordalydelsen i artikel 44.2 g EG och dess systematik är, med avseende på etableringsfriheten, enbart sådana tillnärmningsåtgärder nödvändiga som bidrar till att på ett effektivt sätt undanröja eller i vart fall minska de hinder i utövandet av etableringsfriheten för bolag som uppkommer på grund av skillnaderna i medlemsstaternas bolagsrättsliga bestämmelser. Direktivet tyder emellertid inte på att gemenskapslagstiftaren har ansett en unionsrättslig reglering vara nödvändig på detta område.

45. Avsaknaden av en definition av begreppet bolagets förpliktelser kan således tolkas så att gemenskapslagstiftaren uppenbarligen inte avsåg att harmonisera detta begrepp utan, i stället, ville ge den nationella lagstiftaren utrymme för en närmare utformning i lag. Eftersom gemenskapslagstiftaren inte utövat sin normgivningsbehörighet på detta område, utan i stället implicit hänvisat till medlemsstaternas lagstiftning, får domstolen inte ge detta begrepp en enhetlig gemenskapsrättslig definition.

46. Det ankommer således på den nationella domstolen att mot bakgrund av den nationella lagstiftningen bedöma om böter som påförs av staten kan betraktas som en förpliktelse för ett aktiebolag. Såsom framgår av beslutet om hänskjutande, har denna fråga besvarats nekande av majoriteten av den hänskjutande domstolens ledamöter. En minoritet av den hänskjutande domstolens ledamöter har emellertid besvarat denna fråga jakande, närmare bestämt med hänvisning till den ekonomiska frihet som skyddas genom den grekiska konstitutionen samt till principer som har erkänts i medlemsstatens bolagsrätt.

26 — Se, för ett liknande resonemang, även Schwarz, G. C. (ovan fotnot 15), punkt 201, s. 129.

27 — I doktrinen görs det gällande att samordningsbefogenheter ska utövas med iakttagande av proportionalitetsprincipen i den mening som avses i artikel 5 tredje stycket EG. Delvis görs det gällande att kravet på nödvändighet i den mening som avses i artikel 44.2 g EG konkretiseras genom subsidiaritetsprincipen (se Behrens, P., ovan fotnot 7, punkt 6a, s. 4). Schwarz, G. C., ovan fotnot 15, punkt 198, s. 128, anser däremot att detta utgör ett uttryck för subsidiaritetsprincipen i ett tidigt skede.

47. Om den hänskjutande domstolen skulle dra slutsatsen att böter enligt den nationella lagstiftningen inte kan anses som förpliktelser för ett aktiebolag, så ska det i förevarande fall utgås från att den omtvistade nationella bestämmelsen inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 68/151. Frågan avseende förenligheten måste följdriktigt besvaras så att direktiv 68/151 i ett sådant fall inte utgör hinder för en bestämmelse såsom artikel 4.3 i lag 2328/95.

iv) Omfattningen av aktiebolagets ansvar

49. Eftersom direktiv 68/151 inte föreskriver någon begränsning av det materiella tillämpningsområdet utifrån vissa kategorier av förpliktelser för bolaget, utan i sin helhet omfattar bolagsformen aktiebolag, omfattas även en bestämmelse såsom artikel 4.3 i lag 2328/95 av tillämpningsområdet för direktiv 68/151.

48. Med hänsyn till att det i den grekiska rättsordningen uppenbarligen inte finns någon enhetlig uppfattning avseende denna rättsfråga och att det är nödvändigt att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar på tolkningsfrågorna, [28] ska det i det följande göras en noggrann prövning av rättsläget för det fall att böter anses som förpliktelser för bolaget, som kan medföra ansvar för aktiebolaget och, eventuellt vid ett ansvarsgenombrott, i undantagsfall även för aktieägarna.

b) Förenlighet med direktiv 68/151

50. Den hänskjutande domstolen har genom sin tolkningsfråga velat få klarhet i huruvida artikel 1 i direktiv 68/151 innebär att en nationell bestämmelse såsom artikel 4.3 i lag 2328/95 är förbjuden. Därmed uppkommer nödvändigtvis frågan huruvida en sådan bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten, varvid det ska erinras om att det inte ankommer på domstolen att inom ramen för ett mål om förhandsavgörande avgöra huruvida nationell rätt är förenlig med gemenskapsrätten eller att tolka nationell rätt. Domstolen är emellertid behörig att ge den nationella domstolen fullständig vägledning angående gemenskapsrättens tolkning, för att

28 — I dom av den 12 juli 1979 i mål 244/78, Union Laitière Normande (REG 1979, s. 2663), punkt 5, har domstolen uppgett att artikel 234 EG visserligen inte medger en bedömning av grunderna för att begära förhandsavgörande, men att det på grund av nödvändigheten att komma fram till en ändamålsenlig tolkning av gemenskapsrätten kan bli nödvändigt att kort beskriva den rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs. Enligt Lenaerts, K., Arts, A. och Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, andra upplagan, s. 188, punkt 6-021, finns det inte något som hindrar domstolen från att redogöra för sin uppfattning av omständigheterna i målet vid den nationella domstolen och några aspekter av den nationella rätten som utgångspunkt för en ändamålsenlig tolkning av de tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelserna och principerna.

den ska kunna avgöra förenlighetsfrågan i det mål den har att avgöra. [29]

51. Domstolen ska således i förevarande mål begränsa sin prövning till att lämna en tolkning av gemenskapsrätten som är till nytta för den hänskjutande domstolen. Det ankommer sedan på den sistnämnda att bedöma huruvida de berörda nationella rättsreglerna är förenliga med gemenskapsrätten, för att avgöra den tvist som den har att pröva. [30]

52. Artikel 1 i direktiv 68/151 skulle enbart utgöra hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 4.3 i lag 2328/95 om förstnämnda bestämmelse skulle innehålla en uttömmande reglering av ansvarsbegränsningen för ett aktiebolag som under de omständigheter som föreligger i målet vid den nationella domstolen skulle utesluta ett ansvarsgenombrott för bolagsmännen.

53. Såsom redan anförts kan det visserligen konstateras att principen om åtskillnad mellan bolagets och bolagsmännens förmögenhet har erkänts i direktiv 68/151. [31] Härav kan emellertid inte slutsatsen dras att det föreligger en uttömmande reglering på detta område. Såsom kommissionen mycket riktigt har konstaterat är syftet med direktiv 68/151 inte att harmonisera bolagsformen aktiebolag som sådan, såsom den har fastställts i medlemsstaternas rättsordningar. Såsom angetts ovan [32] syftar dess rättsliga grund i artikel 44.2 g EG visserligen till att tillnärma lagstiftningarna, men inte till att harmonisera dem. Denna bestämmelse kan inte heller tillämpas som grund för att skapa överstatliga bolagsformer. Direktiv som antagits på grundval av denna fördragsbestämmelse syftar inte till att reglera bolagsrätten på ett fullständigt sätt. De skapar ingen enhetlig lagstiftning utan harmoniserar enbart delområden och ger medlemsstaterna handlingsutrymme genom den lagstiftningsteknik som används i direktiv. Syftet med direktiv är att införa materiellt likvärdiga regler om aktieägar- och borgenärsskydd i unionen. [33]

54. Såsom har konstaterats begränsar sig artikel 1 i direktiv 68/151 därför enbart till att fastställa de bolagsformer i de enskilda medlemsstaterna på vilka publiceringsskyldigheten som stadfästs i direktiv 68/151 ska tillämpas. Denna bestämmelse innehåller ingen definition av vissa bolagsformer och anknyter inte heller till särskilda egenskaper. I stället anknyts genom en förteckning till bolagsformer som redan fastställs i medlemsstaternas

29 — Se bland annat dom av den 15 december 1993 i mål C-292/92, Hünermund m.fl. (REG 1993, s. I-6787; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-467), punkt 8, av den 23 mars 2006 i mål C-237/04, Enirisorse (REG 2006, s. I-2843), punkt 24, av den 31 januari 2008 i mål C-380/05, Centro Europa 7 (REG 2008, s. I-349), punkterna 49 och 50, och av den 16 december 2008 i mål C-213/07, Michaniki (REG 2008, s. I-9999), punkt 51.

30 — Se bland annat domen i det ovan i fotnot 29 nämnda målet Michaniki, punkt 52.

31 — Se punkt 39 i detta förslag till avgörande.

32 — Se punkt 43 i detta förslag till avgörande.

33 — Se, för ett liknande resonemang, Hempel, K. (ovan fotnot 12), artikel 44, punkt 13, s. 17.

rättsordningar. [34] Medlemsstaterna kan därför inte förbjudas att ålägga de bolag som anges där ytterligare skyldigheter under förutsättning att dessa inte strider mot direktivet eller andra gemenskapsrättsliga bestämmelser.

55. Jag kan till exempel inte ange en enda direktivbestämmelse i vilken medlemsstaterna uppmanas att i sin nationella bolagsordning fastställa att aktiebolagets ansvar ska vara begränsat till bolagsförmögenheten, trots att motsvarande bestämmelser föreskrivs i ett flertal nationella rättsordningar. [35] Situationen förefaller tvärtom vara den motsatta, särskilt som principen om ansvarsbegränsning i femte skälet i direktiv 89/667 visserligen anges vara ett nödvändigt ”rättsligt instrument” i ett enmansbolag, medan direktivet inte påverkar medlemsstaternas rätt att ”i undantagsfall [kräva] att en sådan företagare skall ansvara för sitt företags förpliktelser”. Härav kan slutsatsen dras att ett ansvarsgenombrott är tillåtet enligt gemenskapsrätten. Detta fastställs emellertid inte av gemenskapslagstiftaren själv. Såsom framgår av direktiv 89/667 har gemenskapslagstiftaren emellertid medgett att ansvaret kan utvidgas, [36] dels explicit i klart avgränsade fall (till exempel artikel 2.2 i direktiv 89/667), dels mindre explicit och öppet i form av en generalklausul (femte skälet: ”i undantagsfall”). Medan artikel 2.2 i direktiv 89/667 enligt sjätte skälet ska betraktas som uttömmande, måste ett ansvarsgenombrott motiveras av omständigheterna i det enskilda fallet, med hänvisning till ett så kallat undantagsfall i den mening som avses i femte skälet.

56. Vad gäller ovannämnda bestämmelser ska det emellertid noteras att de enbart är tillämpliga på enmansbolag. Det finns däremot ingen motsvarande bestämmelse i direktiv 68/151 som är tillämplig i förevarande fall. Det finns inte heller några

34 — Se, för ett liknande resonemang, även Grünwald, A. (ovan fotnot 8), s. 13, som har påpekat att EU-direktiven på bolagsrättens område enbart anknyter till det formella kriteriet juridisk form. Med hänsyn till denna omständighet samt mot bakgrund av skillnader vad gäller användningen av aktiebolag skiljer sig graden av harmonisering avsevärt i de olika medlemsstaterna. Schwarz, G. C. (ovan fotnot 15), punkt 282, s. 182, har anfört att EU-direktiven på bolagsrättens område inte omfattar alla bolag som omfattas av etableringsfriheten. Direktiven är enbart tillämpliga på vissa bolagsformer som angetts i de enskilda medlemsstaterna. Den lagstiftningsteknik som består i en förteckning föredras alltså framför allmänna begrepp som behöver tolkas. I artikel 1 i det berörda direktivet eller förslaget till direktiv anges samtliga juridiska former på bolag för vilka samordningsåtgärderna ska gälla.

35 — Se, för ett liknande resonemang, Werlauff, E., *EU-Company Law*, andra upplagan, Köpenhamn 2003, s. 40. Författaren har för det första anfört att direktivbestämmelserna på det bolagsrättsliga området inte medför någon skyldighet för medlemsstaterna att som en grundläggande egenskap i definitionen av aktiebolag föreskriva att bolagets ansvar ska vara begränsat till bolagsförmögenheten, trots att motsvarande bestämmelser återfinns i ett flertal nationella rättsordningar. Författaren har för det andra påpekat att gällande direktivbestämmelser inte hindrar medlemsstaterna att genom lag eller rättspraxis behålla bestämmelser som i vissa fall enligt principen om ansvarsgenombrott (tyska: Haftungsdurchgriff, danska: ansvarsgenombrott, engelska: principle of lifting the veil) kräver att bolagsmännen ska åläggas direkt ansvar för bolagets skulder.

36 — Se även Grundmann, S. (ovan fotnot 13), 9 §, punkt 288, s. 128.

undantagsbestämmelser enligt vilka ett ansvarsgenombrott är tillåtet av de skäl som den grekiska regeringen har anfört. Enligt den grekiska regeringen är den omtvistade nationella bestämmelsen motiverad av hänsyn till allmänintresset och sociala intressen. Den sanktionsåtgärd som har utformats som en begränsning av bolagsmännens ekonomiska verksamhet är motiverad av att bolagsmännen genom sin medverkan i bolagsstämman och vid tillsättningen av bolagsledningen kan kontrollera att gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag beaktas. [37]

57. I avsaknad av en uttrycklig bestämmelse i direktiv 68/151 faller befogenheten att förordna om ansvarsgenombrott för aktiebolag, vilket är tillåtet i undantagsfall, av ovannämnda skäl inom den nationella lagstiftarens behörighet. [38] I brist på harmonisering ankommer det i princip på medlemsstaterna att efter eget skön bedöma i vilken omfattning de har för avsikt att beakta skyddet för det ifrågavarande intresset vid ansvarsgenombrott för ett aktiebolag.

58. Mot bakgrund av det ovanstående ska tolkningsfrågan besvaras så att direktiv 68/151 inte utgör hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 4.3 i lag 2328/1995, enligt vilken de böter som stadgas i artikel 4.1 och 4.2 för åsidosättande av gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag inte enbart påförs det bolag som innehar licensen för att starta och driva TV-sändningsverksamhet utan, solidariskt med detta, även samtliga ägare som innehar mer än 2,5 procent av aktiekapitalet.

2. Förenlighet med primärrätten

a) Huruvida primärrätten kan tillämpas

59. Såsom redan har antytts, begränsas den nationella lagstiftarens principiella behörighet – att ålägga de typer av bolag som anges i artikel 1.1 i direktiv 68/151 ytterligare skyldigheter – av andra gemenskapsrättsliga

37 — Se punkterna 9 och 10 i den grekiska regeringens skrivelse.

38 — Se dom av den 16 december 1997 i mål C-104/96, Coöperatieve Rabobank (REG 1997, s. I-7219), punkterna 22–24, i vilken domstolen erkände den nationella lagstiftarens lagstiftningsbehörighet i brist på en uttrycklig bestämmelse i direktiv 68/151. Målet rörde frågan huruvida begränsningar även kan föreskrivas i den nationella lagstiftningen befogenheter för det företrädande organet i enskilda fall när en tredje man inte hade kännedom om ett åsidosättande. Domstolen besvarade denna fråga jakande med motiveringen att gemenskapslagstiftaren inte haft för avsikt att reglera dessa fall (intressekonflikt och företagande av rättshandling med sig själv) och att det fanns en lucka. Denna lucka skulle slutas i den nationella lagstiftningen.

bestämmelser. [39] Härvid tänker jag bland annat på de primärrättsliga bestämmelserna avseende etableringsfrihet. [40] För det första syftar ovannämnda direktiv till att förverkliga denna grundläggande frihet, vilket uttryckligen framgår av artikel 44.1 EG. För det andra har domstolen i domen i målet Daihatsu, [41] som avsåg tolkningen av direktiv 68/151, fastställt att artikel 44.2 g EG ska läsas mot bakgrund av andra primärrättsliga bestämmelser. [42]

60. Av tolkningsfrågan framgår visserligen inte uttryckligen att den hänskjutande domstolen har begärt en tolkning av denna bestämmelse, den hänskjutande domstolen har emellertid på vissa ställen i sitt beslut om hänskjutande gjort sådana hänvisningar, [43] vilket visar att den är medveten om betydelsen av dessa bestämmelser för utgången i tvisten i målet vid den nationella domstolen. Kommissionen har i sin skrivelse vidare kort yttrat sig avseende frågan huruvida den omtvistade nationella bestämmelsen är förenlig med artiklarna 43 EG och 48 EG.

61. Här vill jag erinra om att domstolen ska ge den hänskjutande domstolen alla de upplysningar om gemenskapsrättens tolkning som kan vara användbara vid avgörandet av det där anhängiga målet, även om denna domstol inte har hänvisat till dessa upplysningar i sina frågor. [44] Med hänsyn till den inverkan som ett förhandsavgörande kan ha på Greklands rättsordning är det enligt min mening nödvändigt att även kommentera ovannämnda bestämmelser inom ramen för en prövning av förevarande mål.

b) Etableringsfrihet

i) Huruvida artiklarna 43 EG och 48 EG är tillämpliga

62. Enligt artikel 43 andra stycket EG ska etableringsfriheten innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt

39 — Se punkt 54 i detta förslag till avgörande.

40 — Se Grundmann, S. (ovan fotnot 13) 9 §, punkt 311, s. 136, som uppenbarligen delar denna uppfattning. Författaren har bedömt frågan huruvida medlemsstaterna har rätt att fastställa undantag från den principiella ansvarsbegränsningen för kapitalbolag. Författaren anser att man även skulle kunna argumentera att det saknas behörighet att förbjuda den nationella lagstiftaren att föreskriva ytterligare ansvarsgenombrott och att direktivet ska tolkas i denna mening (i enlighet med primärrätten). Författaren har föreslagit en prövning mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet. Habersack, M. (ovan fotnot 10), 1 §, punkt 3, s. 1, har påpekat att de grundläggande friheterna sätter gränser för den nationella lagstiftarens handlingsutrymme oberoende av sekundärrätten.

41 — Dom av den 4 december 1997 i mål C-97/96, Daihatsu (REG 1997, s. I-6843).

42 — Ibidem punkt 18. Däri anförde domstolen följande: ”[A]rtikel 54.3 g skall läsas såväl mot bakgrund av artiklarna 52 och 54 i EG-fördraget, av vilka det framgår att samordningen av bolagsrättslig lagstiftning ingår i det allmänna handlingsprogrammet för upphävande av begränsningar i etableringsfriheten, som mot bakgrund av artikel 3 h i EG-fördraget, enligt vilken gemenskapens verksamhet skall innefatta tillnärmning av medlemsstaternas nationella lagstiftning i den utsträckning som den gemensamma marknadens funktion kräver det.”

43 — Se sidorna 5 och 7 i beslutet om hänskjutande.

44 — Jämför dom av den 12 december 1990 i mål C-241/89, SARPP (REG 1990, s. I-4695), punkt 8, av den 2 februari 1994 i mål C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb, ”Clinique” (REG 1994, I-317; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-13), punkt 7, av den 4 mars 1999 i mål C-87/97, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (REG 1999, s. I-1301), punkt 16, av den 7 september 2004 i mål C-456/02, Trojani (REG 2004, s. I-7573), punkt 38, och av den 17 februari 2005 i mål C-215/03, Oulane (REG 2005, s. I-1215), punkt 47.

rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 48 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare. Därför ingår i första hand företagare i den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för denna grundläggande frihet.

63. För det andra omfattar enligt fast rättspraxis tillämpningsområdet för de bestämmelser i fördraget som avser etableringsfriheten sådana nationella bestämmelser som är tillämpliga på den andel som en medborgare i den berörda medlemsstaten innehar i kapitalet i ett bolag som är etablerat i en annan medlemsstat, vilken andel ger nämnde medborgare ett bestämmande inflytande över detta bolags beslut och möjlighet att avgöra bolagets verksamhet. [45] Artikel 43 första stycket EG ger därför i princip även skydd åt bolagsmännen i ett aktiebolag, om de har en sådan bestämmande ställning i detta. [46]

64. Detta villkor är i sin tur avgörande för en avgränsning i förhållande till den fria rörligheten för kapital. Om en andel nämligen inte räcker för att utöva ett bestämmande inflytande på bolagets beslut, så är det inte etableringsfriheten utan den fria rörligheten för kapital som är tillämplig som grundläggande frihet. [47]

65. Domstolen har inte allmänt definierat exakt när ett bestämmande inflytande som medför en tillämpning av etableringsfriheten föreligger. Enligt domstolens praxis bedöms

45 — Se bland annat dom av den 13 april 2000 i mål C-251/98, Baars (REG 2000, I-2787), punkt 22, av den 21 november 2002 i mål C-436/00, X och Y (REG 2002, s. I-10829), punkt 37, av den 12 september 2006 i mål C-196/04, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (REG 2006, s. I-7995), punkt 31, och av den 13 mars 2007 i mål C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (REG 2007, s. I-2107), punkt 27, av den 23 oktober 2007 i mål C-112/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-8995), punkt 13, av den 6 december 2007 i mål C-298/05, Columbus Container Services (REG 2007, s. I-10451), punkt 29, av den 17 juli 2008 i mål C-207/07, kommissionen mot Spanien (ej publicerad i rättsfallssamlingen), punkt 60, av den 22 december 2008 i mål C-282/07, Truck Center (REG 2008, s. I-10767), punkt 25, av den 18 juni 2009 i mål C-303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha (REG 2009, s. I-5145), punkt 34, och av den 21 januari 2010 i mål C-311/08, SGI (REU 2010, s. I-487), punkt 27. Beslut av den 4 juni 2009 i de förenade målen C-439/07 och C-499/07, KBC Bank m.fl. (REG 2009, s. I-4409), punkt 70.

46 — Se till exempel domen i det ovan i fotnot 45 nämnda målet Baars, punkt 22, i vilken det var fråga om en gemenskapsmedborgare som var bosatt i en medlemsstat och som ägde samtliga aktier i ett bolag etablerat i en annan medlemsstat. Domstolen slog fast att en skattskyldig som äger 100 procent av aktierna i ett bolag som har sitt säte i en annan medlemsstat helt klart omfattas av fördragets bestämmelser om etableringsfrihet.

47 — Se, för ett liknande resonemang, Randelzhofer/Forsthoff, *Das Recht der Europäischen Union* (utgiven av Grabitz/Hilf), artikel 43, punkt 115, s. 31, och Ress/Ukrow, artikel 56, punkt 156, s. 68. Se även generaladvokaten Albers förslag till avgörande av den 14 oktober 1999 i mål C-251/98, Baars (REG 2000, s. I-2787), punkt 33, där generaladvokaten anförde att gränsen mellan den rena investeringen av kapital i form av aktier i ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat och etablering i en annan medlemsstat torde dras där aktieägaren inte längre eftersträvar en vinst, genom att understödja en viss företagsverksamhet som andra personer utför, enbart genom att investera sitt kapital, utan själv är verksam i företaget. En sådan verksamhet i företaget förutsätter förutom aktieägarens rösträtt att denna deltar på ett sätt som ger honom ett substantiellt inflytande på bolagets beslut i verksamhetsfrågor. Härvid ska man utgå från de bolagsrättsliga reglerna i den stat där företaget är etablerat. Se senast domarna i de ovan i fotnot 45 nämnda målen SGI, punkterna 36 och 37, och Aberdeen Property Fininvest Alpha, punkterna 34 och 35.

detta mot bakgrund av de faktiska omständigheterna och den relevanta bolagsrätten. [48] Enligt domen i målet Baars, [49] som domstolens fasta praxis hänför sig till, förefaller detta vara fallet när det enligt omständigheterna i fallet finns en ”möjlighet att kontrollera eller driva bolaget”, vilket inte nödvändigtvis är fallet när en betydande andel innehas.

66. Huruvida en andel på 2,5 procent av bolagskapitalet räcker för att utöva ett bestämmande inflytande på det berörda bolagets beslut och för att avgöra dess verksamhet, ska i princip avgöras [50] av den hänskjutande domstolen mot bakgrund av de konkreta omständigheterna i målet vid den nationella domstolen samt den relevanta bolagslagstiftningen. Det är i detta sammanhang tveksamt huruvida detta villkor är uppfyllt. Det ska emellertid beaktas att denna procentandel endast utgör en lägsta tröskel. Den omtvistade nationella bestämmelsen omfattar följaktligen även betydligt större innehav av andelar av bolagskapitalet som teoretiskt sett kan ge de berörda bolagsmännen möjlighet i den mening som avses i domstolens praxis, att utöva ett bestämmande inflytande över detta bolags beslut och att avgöra bolagets verksamhet.

67. Av begäran om förhandsavgörande [51] framgår i vart fall klart att majoriteten av den hänskjutande domstolens ledamöter anser att, på grund av de mycket speciella bestämmelser som reglerar aktiebolag som driver radio- och TV-sändningsverksamhet, såsom utformning av aktier utställda till viss person, en aktieägare i ett sådant bolag som innehar mer än 2,5 procent av bolagskapitalet inte utgör en professionell investerare som har en sådan ställning att den kan påverka den juridiska personens förvaltning och följaktligen driften av TV-kanalen. Detta konstaterande är riktigt om det utgås från att bolagsmännen i det berörda bolaget också skyddas av etableringsfriheten.

48 — Se Randelzhofer/Forsthoff (ovan fotnot 47), artikel 43, punkt 115, s. 31, och Ress/Ukrow, artikel 56, punkt 156, s. 68. De sistnämnda har påpekat att ett innehav på högst 25 procent av kapitalet enligt domstolens praxis eventuellt kan räcka för att ett bestämmande inflytande ska anses föreligga när andelsinnehavaren på annat sätt utövar ett dominerande inflytande på bolaget genom att sammansluta sig med andra andelsinnehavare. Enligt domstolens praxis räcker emellertid ett innehav på enbart 10 procent av rösträtterna i allmänhet inte för att utöva ett bestämmande inflytande över bolagets beslut och avgöra dess verksamhet.

49 — Se domen i det ovan i fotnot 45 nämnda målet Baars, punkt 19.

50 — Se domarna i de ovan i fotnot 45 nämnda målen X och Y, punkt 37, kommissionen mot Tyskland, punkt 14, kommissionen mot Spanien, punkterna 35–39 och punkt 61, och dom av den 26 mars 2009 i mål C-326/07, kommissionen mot Italien (REG 2009, s. I-2291), punkterna 38 och 39.

51 — Se s. 4 i beslutet om hänskjutande.

68. I artikel 48 EG fastställs i sin tur att kapitlet om etableringsfrihet gäller för bolag och offentligrättsliga eller privaträttsliga sammanslutningar genom att de under vissa förutsättningar likställs med fysiska personer. [52]

ii) Inskränkning av etableringsfriheten

69. Eftersom det inte finns något stöd för att den omtvistade bestämmelsen tillämpas annorlunda på nationella och utländska aktiebolag än på bolag, antas i det följande att denna bestämmelse inte är diskriminerande.

— Artikel 43 EG som ett omfattande förbud mot inskränkningar

70. Det återstår därför att bedöma om den utgör en inskränkning av etableringsfriheten i den mening som avses i artikel 43 EG och om en sådan inskränkning eventuellt kan anses motiverad. Det framgår av fast rättspraxis [53] att artikel 43 EG utgör hinder för varje nationell åtgärd som, även om den tillämpas utan diskriminering på grund av nationalitet, kan göra det svårare eller mindre attraktivt för gemenskapens medborgare att utöva den etableringsfrihet som garanteras genom fördraget.

71. Enligt ovannämnda rättspraxis innehåller artikel 43 EG inte enbart ett förbud mot öppen och dold diskriminering utan kan även tolkas som ett omfattande förbud mot inskränkningar. Inskränkningar i den mening som avses i artikel 43 EG utgör därför inte enbart diskriminerande utan under vissa omständigheter även icke-diskriminerande bestämmelser, det vill säga åtgärder som varken avsiktligen eller i allmänhet leder till att

52 — Se Troberg/Tiedje, i *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (utgiven av Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze), artikel 48, punkt 1, s. 1596.

53 — Se, bland annat, dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus (REG 1993, s. I-1663; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-167), punkt 32, av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37, av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros (REG 1999, I-1459, punkt 34, av den 1 februari 2001 i mål C-108/96, Mac Quen m.fl. (REG 2001, s. I-837), punkt 26, och av den 17 oktober 2002 i mål C-79/01, Payroll m.fl. (REG 2002, s. I-8923), punkt 26, av den 14 oktober 2004 i mål C-299/02, kommissionen mot Nederländerna (REG 2004, s. I-9761), punkt 15, av den 30 september 2003 i mål C-167/01, Inspire (REG 2003, s. I-10155), punkt 133, av den 21 april 2005 i mål C-140/03, kommissionen mot Grekland (REG 2005, s. I-3177), punkt 27, och av den 10 mars 2009 i mål C-169/07, Hartlauer (REG 2009, s. I-1721), punkt 33. Innehållet i artikel 43 EG är i stor sett detsamma som innehållet i artikel 31 i EES-avtalet som EFTA-domstolen är behörig att tolka (med avseende på EFTA/EES-länderna). I överensstämmelse med kravet på en enhetlig rättspraxis inom det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet har EFTA-domstolen tillämpat domstolens ovannämnda praxis på denna avtalsbestämmelse. Se bland annat dom av den 26 juni 2007 i mål E-2/06, ESA mot Norge (REG 2007, s. 163), punkt 64, och av den 7 maj 2008 i mål E-7/07, Seabrokers mot Norge (REG 2008, s. 171), punkt 50. Se, avseende kravet på homogenitet och behovet av en dialog mellan domstolen och EFTA-domstolen, Baudenbacher, C., "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 och följande sida.

utlänningar missgynnas. [54] Artikel 43 EG utgör i princip hinder för varje nationell åtgärd som innebär att etableringsfriheten försvåras eller ”görs mindre attraktiv”. [55] Domstolen har genom sin praxis avseende den fria rörligheten för varor och friheten att tillhandahålla tjänster gett upphov till att de grundläggande friheterna från ett diskrimineringsförbud i enlighet med idén om strukturell likhet mellan grundläggande friheter utvecklats till ett allmänt förbud mot inskränkningar. [56]

72. Utgångspunkten för övervägandena inom ramen för prövningen av om den omtvistade bestämmelsen innebär en inskränkning är, enligt min mening, den hypotetiska situationen i vilken ett bolag med hemvist i unionen antingen flyttar sitt säte (primär etableringsfrihet) till Grekland eller öppnar en filial (sekundär etableringsfrihet) där. [57] Det kan inte uteslutas att möjligheten till ett eventuellt ansvarsgenombrott för aktiebolaget och därmed även risken för att solidariskt ansvar för bolagsmännen vid ett åsidosättande av gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag kan ha en avskräckande verkan på företag som antingen flyttar sitt säte från en annan medlemsstat till Grekland eller avser att öppna en filial där. Den omständigheten att även bolagsmännen påförs en påföljd som innebär en ekonomisk förlust kan avhålla bolaget samt dess aktieägare från att utöva verksamhet inom mediesektorn i Grekland. Såsom den hänskjutande domstolen har anfört gör en utvidgning av ansvaret till att omfatta bolagsmännen att även förvärv av aktier i sådana bolag, såsom i klagandens fall i målet vid den nationella domstolen, blir oattraktivt. [58] Den omtvistade bestämmelsen kan följaktligen i princip göra det mindre attraktivt för utländska bolag att utöva den etableringsfrihet som garanteras genom fördraget.

73. Enligt den allmänna definition av inskränkning i den mening som avses i arti-

54 — Se Schwarz, G. C. (ovan fotnot 15), punkt 136, s. 89.

55 — Se, för ett liknande resonemang, Mustaki, G./Engammare, V. (ovan fotnot 8), s. 40, Prats Jané, S. (ovan fotnot 25), s. 94, och Forsthoff, U./Schulz, M., ”Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften”, *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (utgiven av Heribert Hirte/Thomas Bücker), andra upplagan, Berlin 2006, punkt 38, s. 82, med hänvisningar till domstolens praxis. Som ett klassiskt exempel på en inskränkning av etableringsfriheten i den mening som avses i artikel 43.1 EG har Jung, P., *EU-Kommentar* (utgiven av Jürgen Schwarze), andra upplagan, Baden-Baden 2009, artikel 48 EG, punkt 21, till exempel angett avgifter för registrering av bolag eller deras filialer i handelsregistret.

56 — Ulmer, P., ”Schutzinstrumente gegen die Gefahren einer Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz”, *Juristenzeitung* 1999, s. 665, har påpekat att den Cassis de Dijon-formel som utvecklades inom ramen för den fria rörligheten för varor även gäller inom ramen för etableringsfriheten, vilket har erkänts i domstolens senare praxis. Se även Habersack, M. (ovan fotnot 10), 3 §, punkt 4, s. 4, som har hänvisat till räckvidden av begreppet inskränkning av etableringsfriheten som domstolen utvecklat i domarna i målen Kraus och Gebhard.

57 — I detta sammanhang ska domstolens dom av den 27 september 1988 i mål 81/87, Daily Mail (REG 1988, s. 5483; svensk specialutgåva, volym 9, s. 693), punkt 25, beaktas, enligt vilken artiklarna 43 EG och 48 EG på gemenskapsrättens nuvarande stadium, inte ger ett bolag, som bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i den medlemsstat där det har sitt stadgeenliga säte, rätt att flytta sätet för bolagsledningen till en annan medlemsstat. Domstolen har i domen i det ovan i fotnot 53 nämnda målet Centros däremot erkänt att bolag har rätt att öppna en filial i en annan medlemsstat. Se i detta avseende Maranelli, K., ”Il diritto comunitario di stabilimento delle società”, *Percorsi di diritto societario europeo*, Turin 2000, s. 122 och följande sida.

58 — Se s. 4 i beslutet om hänskjutande.

kel 43 EG som ges i rättspraxis måste det i målet vid den nationella domstolen utgås från att det föreligger en inskränkning av etableringsfriheten. [59]

— Möjligheten till en teleologisk avgränsning av förbudet mot inskränkningar

74. Visserligen utgår domstolen uppenbarligen, såsom framgår ovan, även när det gäller etableringsfrihet från att det föreligger överensstämmelse mellan grundläggande friheter, genom att begreppet inskränkning enligt artikel 43 EG ges en vid tolkning. [60] Den har hittills emellertid inte uttalat sig klart om räckvidden av artikel 43.1 EG. Mot bakgrund av att den fria rörligheten för varor enligt artikel 28 EG har begränsats inom ramen för rättspraxis i målet Keck och Mithouard, [61] uppkommer frågan om en dogmatisk avgränsning av begreppet inskränkning inom området för etableringsfriheten. Skälet till detta kan vara ändamålet med den grundläggande friheten, vilken gör det möjligt att fritt välja lokalisering men inte är ett instrument för ekonomiska aktörer att ändra sina lokaliseringsvillkor i förhållande till nationella konkurrenter. [62]

75. I enlighet med såväl målet som syftet med etableringsfriheten, att undanröja begränsningar för bolag att flytta från andra medlemsstater, och det syfte som eftersträvas med bolagsrätten inom Europeiska unionen, att säkerställa bolagets existens och identitet vid en gränsöverskridande flyttning av bolaget, [63] vore det i princip tänkbart att fastställa räckvidden av förbudet mot inskränkningar utifrån om den berörda nationella bestämmelsen

59 — Se Grundmann, S. (ovan fotnot 13) 9 §, punkt 311, s. 137, som också har anfört att ett lagstadgat genombrott för ansvarsbegränsning innebär en inskränkning, men har formulerat detta annorlunda. Han anser att etableringsfriheten med säkerhet främjas i vart fall i gränsöverskridande situationer när ett genombrott för ansvarsbegränsning inte behöver befaras utomlands. Müller-Graff, P.-C., *EUV/EGV-Kommentar* (utgiven av Rudolf Streinz), artikel 48, punkt 22, s. 692, har diskuterat bestämmelserna om ansvarsgenombrott av hänsyn till skyddet för borgenärerna inom ramen för bedömningen av frågan huruvida inskränkningar i samband med att ett bolag flyttar till annan medlemsstat är förenliga med artikel 43 EG. Han anser att detta kan vara motiverat i vissa fall. Författaren utgår således uppenbarligen från att bestämmelserna om ansvarsgenombrott utgör en inskränkning i etableringsfriheten i den mening som avses i artikel 43 EG. Ulmer, P. (ovan fotnot 56), s. 665, anser uppenbarligen också att ansvarsgenombrott utgör en inskränkning i etableringsfriheten som emellertid är proportionerlig.

60 — Se Skouris, V., ”Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, s. 94, som har påpekat att en tendens till parallellisering kan skönjas vad gäller förhållandet mellan grundläggande friheter (nyckelord: ”enhetlig dogmatik vad gäller grundläggande rättigheter”). Vid en prövning avseende hinder möjliggörs detta av kombinationen av de särskilda hinder som eventuellt föreskrivs för den berörda grundläggande friheten och den allmänna rättsfiguren tvingande hänsyn till allmänintresset. Den så kallade Gebhard-formeln (ovan fotnot 70 i detta förslag till avgörande) som har använts vid flera tillfällen hänför sig inte specifikt till en grundläggande frihet, utan är tillämplig på samtliga grundläggande friheter.

61 — Dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91, Keck och Mithouard (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-431).

62 — Se, för ett liknande resonemang, Forsthoff, U., ”Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt – Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften”, *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (utgiven av Heribert Hirte/Thomas Bücker), andra upplagan, Berlin 2006, punkterna 38, 39, s. 82 och följande sida.

63 — I vart fall utgör sådana nationella bestämmelser som avser bolagets identitet hinder för tillträde till marknaden. Detta ska inte påverkas av gränsöverskridandet. Bestämmelser som påverkar bolagets identitet kan inte uppfattas som en del av lokaliseringsvillkoren, eftersom de inte åläggs de ekonomiska aktörerna utifrån, utan innebär en ändring av formen hos den som har rätt till etableringsfrihet, det vill säga bolaget. Idén om identitetsskydd kommer till uttryck i domstolens praxis (se dom av den 5 november 2002 i mål C-208/00, Überseering (REG 2002, s. I-9919), punkt 80 och följande punkt.

skapar särskilda hinder för flyttningen eller enbart fastställer lokaliseringsvillkor. I det förstnämnda fallet är förbudet mot inskränkningar tillämpligt, i annat fall enbart förbudet mot direkt och indirekt diskriminering som omfattar etableringsfriheten. [64] Att domstolen i första hand uppfattar de grundläggande friheterna som ett instrument för att öppna marknaden, och följaktligen vid undersökningen av frågan huruvida det föreligger en inskränkning av de grundläggande friheterna i ett visst fall bedömer nationella bestämmelser utifrån om de utgör hinder för marknadstillträde eller inte, framgår av vissa domar på området för frihet att tillhandahålla tjänster [65] och den fria rörligheten för kapital [66].

76. Den omtvistade nationella bestämmelsen utgör vid närmare anblick inte en bestämmelse som syftar till att särskilt reglera tillträdet för aktiebolag till den grekiska mediesektorn, den innebär inte heller något ”hinder” för den som önskar tillträde till denna särskilda sektor. Den är tvärtom en del av den allmänna rättsliga ram som reglerar verksamheten för TV-bolag. Den syftar till att säkerställa att gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag iakttas. Dessa utgör ur en objektiv iakttagares perspektiv medierättsliga ramvillkor som TV-bolag alltid ska iaktta. I rättsligt hänseende är denna skyldighet att iaktta dessa medierättsliga ramvillkor utformad som ett åläggande som är kopplat till TV-bolagets verksamhet

64 — Se i detta avseende Forsthoff, U. (ovan fotnot 62), punkterna 73 och 74, s. 544 och följande sida. Habersack, M. (ovan fotnot 10), 3 §, punkt 7, s. 13, anser att artiklarna 43 EG och 48 EG innehåller ett förbud mot inskränkning i den mån som det rör sig om marknadstillträde och därmed om etableringsfriheten som sådan. Vad gäller verksamhet som utövas av ett bolag som tidigare varit etablerat i en annan medlemsstat omfattas denna däremot av allmänna nationella bestämmelser. Följaktligen omfattas bland annat inte de hinder – som de tvingande men ickediskriminerande bestämmelserna i nationell näringsrätts-, konkurrensrätts- och arbetsrättslagstiftning innebär – av det område som skyddas av etableringsfriheten. De utgör rena försäljningsformer i den mening som avses i rättspraxis från domen i målet Keck. En undersökning av den nationella lagstiftningen mot bakgrund av proportionalitetsprincipen ska således inte företas. Nationell lagstiftning kan göras gällande gentemot bolag som är etablerade i andra medlemsstater om den inte är diskriminerande.

65 — Se dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments (REG 1995, s. I-1141), punkt 37. Domen avsåg ett nationellt förbud mot så kallad ”cold calling” som enligt domstolens uppfattning *uppställde* direkta *villkor för tillgången till marknader för tjänster i andra medlemsstater*. Domstolen drog därför slutsatsen att det kunde utgöra ett hinder för handeln med tjänster inom gemenskapen. Detta visar att domstolen i första hand uppfattar de grundläggande friheterna som ett instrument för att öppna marknader. Se vidare dom av den 11 april 2000 i de förenade målen C-51/96 och C-191/97, Deliège (REG 2000, s. I-2549), punkt 60 och följande punkt.

66 — Se dom av den 13 maj 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-4581), punkt 61, i samband med den fria rörligheten för kaptal. Däri anförde domstolen att nationella bestämmelser som innebär hinder mot investeringstransaktioner ska anses utgöra en restriktion av kapitalrörelserna i den mening som avses i artikel 56 EG. Enligt domstolen var de ifrågavarande hindren för investeringstransaktionerna utan åtskillnad tillämpliga på såväl personer som var bosatta i medlemsstaten som på personer som inte var det, det kunde inte desto mindre konstateras att de påverkade situationen som sådan för en person som ville förvärva en andel i ett företag, och de kunde således medföra att investerare i andra medlemsstater avstod från att göra sådana investeringar och *påverkade följaktligen tillträdet till marknaden*. Se även dom meddelad samma dag i mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2003, s. I-4641), punkt 47.

och inte som ett villkor.[67] Detta innebär att den inte avgör ”om” eller ”när” utan enbart ”på vilket sätt” TV-sändningsverksamheten ska drivas. Således regleras enbart formen för TV-sändningsverksamheten. Därutöver påverkas varken existensen för ett aktiebolag, eller dess identitet,av att ovannämnda villkor uppfylls.

77. Om domstolen skulle uttala sig för en teleologisk avgränsning av förbudet mot inskränkningar, så måste den omtvistade nationella bestämmelsen placeras i kategorin lokaliseringsvillkor, som enligt denna tolkning inte anses som en inskränkning i den mening som avses i artikel 43.1 EG. Om det inte föreligger någon inskränkning av etableringsfriheten, saknas det i princip anledning att göra en prövning mot bakgrund av artiklarna 43 EG och 48 EG.

67 — I den allmänna administrativa lagstiftningen kännetecknas ett villkor av att en viss osäker händelse är avgörande för när en administrativ rättsakt ska börja gälla och upphöra att gälla. Det är härvid inte enbart osäkert ”när” händelsen kommer att inträffa utan även om den över huvud taget kommer att inträffa. Ett åläggande innehåller däremot till skillnad från ett villkor en egen materiell bestämmelse, nämligen en skyldighet för den som gynnas av den administrativa rättsakten att vidta, tolerera eller underlåta vissa åtgärder. Den administrativa rättsakt som är kopplad till åläggandet har, oberoende av om åläggandet kommer att uppfyllas eller inte, direkt rättslig verkan. Den uppskjutande villkorliga administrativa rättsakten har däremot först rättslig verkan när villkoret uppfylls. Ett åläggande medför skyldigheter och kan genomföras med tvång. Det uppskjutande villkoret innebär ingen skyldighet och kan därför inte genomföras. Se i detta avseende Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, elfte upplagan, München 1997, punkt 6 och följande punkt, s. 315 och följande sida.

78. I detta sammanhang anser jag emellertid att det är nödvändigt att erinra om att det i domstolens praxis visserligen finns visst stöd för att den i enskilda fall är beredd att godta en restriktivare tolkning, vilket emellertid inte kan tolkas så att domstolen inte håller fast vid sin vida tolkning av begreppet inskränkning. Tvärtom ska det i princip utgås från en vid tolkning av begreppet. Följande resonemang grundar sig följaktligen på ett omfattande förbud mot inskränkningar.[68]

79. Följaktligen föreligger en inskränkning i etableringsfriheten.

iii) Huruvida inskränkningen i etableringsfriheten är motiverad

80. Av domstolens praxis[69] framgår att nationella åtgärder som begränsar utövandet av de grundläggande friheter som garanteras genom fördraget måste uppfylla följande villkor för att vara förenliga med artikel 43 EG. De måste vara berättigade av hänsyn till allmänintresset, de måste vara sådana att de garanterar uppfyllandet av det syfte de har och inte överskrider vad som krävs för att uppnå detta syfte. Därutöver utgör skyddet

68 — Se punkterna 70–73 i detta förslag till avgörande.

69 — Se domar i de ovan i fotnot 53 nämnda målen Kraus, punkt 32, och Gebhard, punkt 37.

för de grundläggande rättigheterna ett legitimt intresse som i princip kan motivera en inskränkning i en grundläggande frihet som garanteras i EG-fördraget. [70]

skydd för grundlagsskyddade grundläggande rättigheter.

— Skydd för de grundläggande rättigheterna som ett legitimt intresse

81. Såsom angetts ovan [71] anser den grekiska regeringen att den omtvistade nationella bestämmelsen är motiverad av hänsyn till allmänintresset och sociala intressen. Det följer av en samlad betraktelse av de nationella bestämmelserna att syftet med de böter som föreskrivs i artikel 4.3 i lag 2328/95 är att vidta sanktionsåtgärder mot överträdelser av kravet på iakttagande av vissa grundlagsskyddade rättigheter som omfattar skydd för individuella rättigheter och skydd för familje- och privatlivet. De böter för vilka klaganden i målet vid den nationella domstolen har ett solidariskt betalningsansvar har, såsom framgår av de faktiska omständigheterna i beslutet om hänskjutande, påförts på grund av en sådan överträdelse av ovannämnda rättigheter. Vid en omdömesgill prövning ska den grekiska regeringens argumentation tolkas så att denna uppenbarligen har åberopat

82. Det ska härvid erinras om att de grundläggande rättigheterna enligt fast rättspraxis utgör en del av de allmänna principer vilkas efterlevnad domstolen ska säkerställa. Domstolen utgår därvid från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner samt från den vägledning som ges i de folkrättsliga dokument angående skydd för de mänskliga rättigheterna som medlemsstaterna varit med om att utarbeta eller har tillträtt. Härvid har Europakonventionen en särskild betydelse. [72] De principer som följer av denna rättspraxis stadfästes i artikel 6.2 EU. Enligt denna artikel ska ”unionen … som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner”. Domstolen har därutöver, för att bekräfta existensen av vissa allmänna rättsprinciper, vid flera tillfällen åberopat Europeiska unionens stadga om de

70 — Se dom av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger (REG 2003, s. I-5659), punkt 74.

71 — Se punkt 56 i detta förslag till avgörande.

72 — Se bland annat dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (REG 1991, s. I-2925; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-209), punkt 41, av den 6 mars 2001 i mål C-274/99 P, Connolly mot kommissionen (REG 2001, s. I-1611), punkt 37, av den 22 oktober 2002 i mål C-94/00, Roquette Frères (REG 2002, s. I-9011), punkt 25, domen i det ovan i fotnot 70 nämnda målet Schmidberger, punkt 71, dom av den 27 juni 2006 i mål C-540/03, parlamentet mot rådet(REG 2006, s. I-5769), punkt 35, och av den 18 januari 2007 i mål C-229/05 P, PKK och KNK mot rådet (REG 2007, s. I-439), punkt 76.

grundläggande rättigheterna [73] som kungjordes i Nice den 7 november 2000. [74]

83. Såsom domstolen har förklarat vid upprepade tillfällen [75] är det inom gemenskapen förbjudet att vidta åtgärder som strider mot iakttagandet av de således erkända mänskliga rättigheterna. Eftersom såväl gemenskapen som medlemsstaterna är skyldiga att iaktta de mänskliga rättigheterna utgör skyddet av dessa ett legitimt intresse som i princip motiverar inskränkningar i de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten. Detta gäller även för skyldigheter som följer av en i fördraget garanterad grundläggande frihet. [76]

84. Det ska i detta sammanhang erinras om att rätten till skydd för privatliv, som den omtvistade bestämmelsen avser att skydda enligt uppgifter från den grekiska regeringen, enligt domstolens praxis även är en grundläggande rättighet som skyddas i Europeiska unionens rättsordning. [77] Denna grundläggande rättighet har stadfästs i artikel 8.1 i Europakonventionen [78] samt i artikel 7 i stadgan om de grundläggande rättigheterna. [79]

85. Den omtvistade nationella bestämmelsen eftersträvar således ett mål som har erkänts i unionens rättsordning och är därmed legitimt.

— Proportionalitetsprövning

86. Såsom jag redan anfört i mitt förslag till avgörande av den 14 april 2010 i mål C-271/08, kommissionen mot Tyskland, ska det utgås från att grundläggande friheter

73 — EGT C 364, s. 1.

74 — Se dom av den 14 februari 2008 i mål C-244/06, Dynamic Medien (REG 2008, s. I-505), punkt 42, av den 11 december 2007 i mål C-438/05, International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union (REG 2007, s. I-10779), punkt 43, och av den 27 juni 2006, i det ovan i fotnot 72 nämnda målet parlamentet mot rådet, punkt 38.

75 — Se bland annat domen i det ovan i fotnot 72 nämnda målet ERT, punkt 41, dom av den 29 maj 1997 i mål C-299/95, Kremzow (REG 1997, s. I-2629), punkt 14, och av den 3 september 2008 i de förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, Kadi och Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen (REG 2008, s. I-6351), punkt 284.

76 — Se domen i det ovan i fotnot 70 nämnda målet Schmidberger, punkt 74, i samband med en inskränkning av den fria rörligheten för varor. Se vidare dom av den 13 december 2007 i mål C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium m.fl. (REG 2007, s. I-11135), punkt 41 (kulturpolitik och yttrandefrihet som inskränkning av den fria rörligheten för tjänster), domen i det ovan i fotnot 74 nämnda målet Dynamic Medien, punkt 42, och dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega (REG 2004, s. I-9609), punkt 35 (den mänskliga värdigheten som inskränkning av den fria rörligheten för tjänster).

77 — Uttryckligen erkänd i dom av den 8 april 1992 i mål C-62/90, kommissionen mot Tyskland (REG 1992, s. I-2601), punkt 23. Se vidare dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, Chen (REG 2004, s. I-9925), punkt 16, och av den 25 juli 2008 i mål C-127/08, Metock m.fl. (REG 2008, s. I-6241), punkt 79.

78 — Enligt artikel 8 (skydd för privatlivet) punkt 1 i Europakonventionen har var och en rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.

79 — Enligt artikel 7 (Respekt för privatlivet och familjelivet) i stadgan om de grundläggande rättigheterna har var och en rätt till respekt för sitt privatliv och familjeliv, sin bostad och sina kommunikationer.

och grundläggande rättigheter har samma rang. [80] Om en grundläggande frihet begränsas till följd av utövandet av en grundläggande rättighet i ett konkret fall är det därför nödvändigt att hitta en rimlig balans mellan de båda rättigheterna. I detta avseende ska det å ena sidan utgås från att förverkligandet av en grundläggande frihet är ett legitimt mål som kan begränsa en grundläggande rättighet. Tvärtom utgör även förverkligandet av en grundläggande rättighet ett legitimt mål som kan begränsa en grundläggande frihet. Proportionalitetsprincipen har särskild betydelse för den exakta avgränsningen mellan grundläggande friheter och grundläggande rättigheter. Proportionalitetsprövningen sker i tre steg, där det görs en kontroll av huruvida den berörda åtgärden är lämplig, nödvändig och skälig. [81]

87. Av det ovan anförda följer att även om skyddet för den grundläggande rättigheten skydd för privatliv utgör ett legitimt intresse, som i princip kan motivera en inskränkning av en grundläggande frihet som garanteras i EG-fördraget, såsom etableringsfriheten, så är sådana inskränkningar endast motiverade om de är ägnade att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. [82]

88. Proportionalitetsbedömningen förutsätter att det görs en undersökning av de faktiska och rättsliga omständigheter som kännetecknar förhållandena i den berörda medlemsstaten. Den hänskjutande domstolen är behörig att göra denna undersökning. [83] Domstolen har i förevarande fall tillräcklig kunskap om de faktiska och rättsliga omständigheterna för att kunna göra en abstrakt bedömning av det mål som den har att avgöra mot bakgrund av proportionalitetsprincipen. Den hänskjutande domstolen är skyldig att vid tillämpningen av gemenskapsrätten inom ramen för målet vid den nationella domstolen ta hänsyn till domstolens tolkningsprinciper. [84]

80 — Se mitt förslag till avgörande av den 14 april 2010 i det anhängiga målet C-271/08, kommissionen mot Tyskland, punkterna 187 och 188. Skouris, V. (ovan fotnot 60), s. 93, anser inte att de grundläggande friheterna och de grundläggande rättigheterna står i hierarkisk relation till varandra. Författaren har anfört olika faktorer i domstolens praxis till stöd för att de grundläggande friheterna och de grundläggande rättigheterna har samma rang till exempel att de grundläggande friheterna till sin karaktär liknar de grundläggande rättigheterna och att överensstämmelse föreligger mellan de grundläggande friheterna och de grundläggande rättigheterna.

81 — Se mitt förslag till avgörande i mål C-271/08, kommissionen mot Tyskland, punkt 189.

82 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i fotnot 76 nämnda målet Omega, punkt 36, domen i det ovan i fotnot 74 nämnda målet International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union, punkt 75, och domen i det ovan i fotnot 74 nämnda målet Dynamic Medien, punkt 42.

83 — Se dom av den 8 mars 2001 i mål C-405/98, Gourmet International (REG 2001, s. I-1795), punkt 33, av den 13 januari 2000 i mål C-220/98, Estée Lauder (REG 2000, s. I-117), punkt 30 och följande punkt, och av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress (REG 1997, s. I-3689), punkt 28 och följande punkt.

84 — Enligt Craig, P./De Búrca, G., *EU Law*, fjärde upplagan, Oxford 2008, s. 492, får domstolen enligt artikel 234 EG visserligen tolka fördraget, men inte uttryckligen tillämpa detta i målet vid den nationella domstolen. Avgränsningen mellan tolkning och tillämpning är kännetecknande för kompetensfördelningen mellan domstolen och de nationella domstolarna. Det ankommer följaktligen på domstolen att tolka fördraget och på den sistnämnda domstolen att tillämpa tolkningen i det konkreta fallet.

Lämplighet

89. Såsom den grekiska regeringen bekräftat vid förhandlingen som svar på domstolens fråga, kan det utgås från att den omtvistade bestämmelsen huvudsakligen grundar sig den grekiska lagstiftarens antagande att en aktieägare som innehar mer än 2,5 procent av aktiebolagskapitalet har möjlighet att inverka på bolagsledningen. Såväl den hänskjutande domstolen som den grekiska regeringen har i sina yttranden upprepat den nationella lagstiftarens antagande och diskuterat detta. Den hänskjutande domstolen [85] har anfört att en aktieägare som innehar mer än 2,5 procent av aktiebolagskapitalet inte är en vanlig investerare, utan en professionell investerare som har en sådan ställning att den kan påverka den juridiska personens förvaltning och följaktligen driften av TV-kanalen. Den grekiska regeringen [86] har i sin tur anfört att bolagsmän som hör till denna kategori, till följd av sin medverkan i såväl bolagsstämman som i valet av bolagets styrelseledamöter, kan åstadkomma att bolaget antar klara riktlinjer avseende programutbudet och att TV-bolaget håller sig till aktuella teman.

90. Oavsett om detta antagande är korrekt i målet vid den nationella domstolen, det vill säga, om klaganden i målet vid den nationella domstolen, såsom den grekiska regeringen har anfört vid förhandlingen, med ett innehav på enbart 5 procent av aktiebolagskapitalet i ”Nea Tileorasi” verkligen har ett avgörande inflytande på bolagets beslutsmekanism, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa, [87] så är det mycket oklart huruvida detta inflytande kan anses vara tillräckligt för att inverka på TV-bolagets programutbud på så sätt att det inte föreligger något åsidosättande av gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag.

91. I detta avseende ska inledningsvis aktieägarnas ställning inom ett aktiebolag undersökas. Aktieägares rättigheter kan allmänt indelas i förmögenhetsrätter, rätt till medbestämmande och rätt till skydd. [88] Till skillnad från en ledamot i ett ledningsorgan, som snarare har möjlighet att utöva inflytande på

85 — Se s. 4 i beslutet om hänskjutande.

86 — Se punkt 10 i den grekiska regeringens skrivelse.

87 — Se punkt 66 i detta förslag till avgörande.

88 — Förmögenhetsrätter: rätt till utdelning, rätt att erhålla nya aktier, rätt till andel vid likvidation, rätt till ränta under uppbyggnadstiden (det vill säga ränta för den tid som krävs för förberedelse och uppbyggnad till dess att företaget påbörjar sin verksamhet, rätt att använda bolagets anläggningar). Medbestämmanderätt: rätt till att bli kallad och rätt att få ta del av dagordningen, rätt att framställa en begäran och rätt att yttra sig, rätt att få företrädas i bolagsstämman, rösträtt och valrätt i bolagsstämman, rätt att angripa beslut som inte är förenliga med lag eller bolagsordningen. Skyddsrätter: informationsrätt som omfattar rätt till insyn och rätt till upplysning, kollektiv rätt till representation i styrelsen, minoritetsaktieägares rätt till skydd genom att väcka talan om upplösning av ett bolag och rätt till särskild prövning och rätt att kalla till bolagsstämma, samt övriga talerätter som omfattar rätten att överklaga, att få fastställt att bolagsstämmans beslut är ogiltiga samt ansvarstalan.

den bolagsförmögenhet som innehas av ett TV-bolag, utövar den genomsnittliga bolagsmannen i allmänhet sin medbestämmanderätt inom ramen för bolagsstämman i vilken han har rösträtt. [89] Denna medbestämmanderätt omfattar beroende på rättsordning och bolagsordning tillsättning och avsättning av ledamöter i lednings- och övervakningsorgan. [90] Härvid ska beaktas att det inflytande som en aktieägare utövar på bolagsledningen är svagare i det andra fallet, särskilt som det enbart är av indirekt natur. [91] Därutöver skiljer sig den materiella lagstiftningen avseende tillsättning av ledamöter i organ och avsättning, beroende på rättsordning och bolagsordning. Tillsättning av ledamöter i organ präglas visserligen av den allmänna principen att majoriteten i bolagsstämman utser alla ledamöter, och huruvida ett proportionellt val äger rum eller om enskilda aktieägare eller organ ska ges rätten att bestämma en post beror på bestämmelserna i bolagsordningen. De olika omständigheterna leder till att den möjlighet som en enskild aktieägare påstås ha att utöva inflytande på bolagsledningen vid närmare påseende är mindre utpräglad än vad som antagits.

92. Bolagsstrukturen ska avgränsas från strukturen hos det TV-bolag i vilket programdirektören som ansvarig för TV-bolagets hela redaktionsområde har en särskild roll. De chefredaktörer som ansvarar för enskilda avdelningar är underordnade honom. TV-bolagets medarbetare ansvarar för genomförandet av enskilda program. Dessa personer agerar mer eller mindre självständigt inom sina egna ansvarsområden.

93. En enskild aktieägare befinner sig således i slutet av en lång kedja av beslutsfattare vars beteende han enbart kan påverka i begränsad utsträckning. Han kan inte heller förutse om en av medarbetarna i TV-bolaget, uppsåtligen eller enbart av oaktsamhet, kommer att åsidosätta gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för sådana TV-bolag. Av dessa överväganden framgår att det inflytande som en aktieägare *har inom ett bolag* inte ger upplysning om hans faktiska inflytande *på de inre transaktionerna i ett TV-bolag*. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att i förekommande fall bedöma om den enskilde aktieägarens möjlighet att utöva inflytande som betraktas

89 — Se Mustaki, G./Engammare, V. (ovan fotnot 8), s. 189. Såsom Schmidt, K., *Gesellschaftsrecht*, fjärde upplagan, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, s. 837, mycket riktigt har anfört är bolagsstämman ”platsen för aktieägardemokrati”, där aktieägare kan utöva sina rättigheter i bolagets angelägenheter.

90 — Grundmann, S. (ovan fotnot 13), 11§, punkt 394, s. 180, har hänvisat till de skillnader som finns i medlemsstaterna vid tillsättning och avsättning av organ. Skillnader föreligger inledningsvis vad gäller behörigheten att utse ledamöter i det ledningsorganet redan av det skälet att både en ledning bestående av ett organ och en ledning bestående av två organ kommer att väljas. Oberoende av ovannämnda garanteras i det första fallet inte bolagsstämmans rätt att tillsätta och avsätta ledamöter i organen i samtliga medlemsstater. I det andra fallet är bolagsstämman normalt sett enbart behörig att tillsätta ledamöter i det övervakande organet, den har således enbart indirekt inflytande.

91 — Se Grundmann, S. (ovan fotnot 13), 11 §, punkt 394, s. 180.

som självklar i den omtvistade nationella bestämmelsen i själva verket enbart är teoretisk.

94. Å andra sidan kan en enskild aktieägare, såsom den grekiska regeringen mycket riktigt har påpekat, utöva sin medbestämmanderätt i syfte att driva igenom klara riktlinjer avseende programutbudet. Man skulle härvid kunna tänka sig utarbetande av en uppförandekodex för TV-bolagets medarbetare som skulle förplikta dem att respektera vissa rättigheter som har grundlagsstatus såsom skydd för individuella rättigheter och skydd för familje- och privatlivet. Risken för åsidosättanden skulle i vart fall kunna minskas om ledningsorganen förpliktades att säkerställa att TV-bolaget samt dess medarbetare iakttar vissa etiska regler.

95. Detta skulle förutsätta att flera aktieägare samordnar sitt agerande, särskilt som bolagsstämman måste fatta beslut i denna fråga. Rätten att sammankalla bolagsstämman och att begära fastställande av dagordning är enligt medlemsstaternas bolagsrättsordningar emellertid normalt sett beroende av att andelen intresserade aktieägare i det tecknade bolagskapitalet uppnår en viss procentsats. Enligt artikel 55.1 i förordning nr 2157/2001 motsvarar denna andel när det gäller europeiska aktiebolag minst 10 procent. Även om detta tröskelvärde skulle överskridas så kan det ifrågasättas om åsidosättanden av enskilda medarbetare i TV-bolaget fullständigt skulle kunna uteslutas genom en motsvarande förebyggande åtgärd.

96. Avgörande vid en prövning av huruvida en åtgärd är lämplig är emellertid om det är sannolikt att åtgärden kan styra händelseförloppet i den riktning som medlemsstaten avser och om det föreligger ett orsakssamband, varvid medlemsstaterna har ett visst prognosutrymme. En nationell åtgärd ska därför anses som olämplig först när den inte har någon inverkan på det mål som eftersträvas. [92] Enligt min mening är lagstiftarens överväganden på vilka den omtvistade nationella bestämmelsen grundar sig snarare av teoretisk natur. Hot om böter kan visserligen få aktieägare att vidta förebyggande åtgärder för att förhindra åsidosättanden. De kan emellertid inte utesluta sådana åsidosättanden helt och hållet. Frågan huruvida en sådan bestämmelse är ägnad att säkerställa skydd för individuella rättigheter och familje- och privatliv ska emellertid besvaras jakande, eftersom den främjar skyddet för dessa rättigheter.

92 — Se, för ett liknande resonemang, Schroeder, W., *EUV/EGV – Kommentar* (utgiven av Rudolf Streinz), artikel 30 EG, artikel 52, s. 476.

Nödvändighet

97. Enligt proportionalitetsprincipen ska den minst ingripande åtgärden väljas om valet står mellan flera lämpliga åtgärder. [93]

98. Inom mediesektorn utgör, såsom den grekiska regeringen mycket riktigt anfört vid förhandlingen, återkallelse av det tillstånd som det behöriga övervakande medieorganet beviljat för TV-bolagets verksamhet ett alternativ till åläggande av böter. En återkallelse av ett tillstånd att sända TV utgör emellertid den strängaste sanktionsåtgärden inom mediesektorn, [94] särskilt som den innebär ett förbud mot att driva TV-sändningsverksamhet. [95] I förhållande till detta utgör ett åläggande av böter en gång vid ett eventuellt åsidosättande av lagstiftning och yrkesetiska regler klart den mindre ingripande åtgärden.

99. Frågan uppkommer emellertid om en mindre ingripande bestämmelse är tänkbar inom denna typ av sanktionsåtgärd.

100. Böteshot som enbart är riktat mot aktiebolaget, utan ansvarsgenombrott, skulle i princip vara ägnat att få aktiebolaget att iaktta den lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag. Det kan emellertid ifrågasättas om det kan åstadkomma samma avskräckande verkan, särskilt som det enbart medför ekonomisk förlust för bolaget. Beroende på bolagets ekonomiska situation kan bolaget klara av en sådan förlust utan att avsevärt behöva ändra sitt beteende. Verkan av en sådan sanktionsåtgärd kan inte bedömas med säkerhet. Det förhåller sig helt

93 — Se bland annat dom av den 18 november 1987 i mål 137/85, Maizena m.fl. (REG 1987, s. 4587), punkt 15, av den 7 december 1993 i mål C-339/92, ADM Ölmühlen (REG 1993, s. I-6473), punkt 15, av den 11 juli 2002 i mål C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister (REG 2002, s. I-6453), punkt 59, av den 7 september 2006 i mål C-310/04, Spanien mot rådet (REG 2006, s. I-7285), punkt 97, och av den 12 december 2006 i mål C-380/03, Tyskland mot parlamentet och rådet (REG 2006, s. I-11573), punkt 144.

94 — Medielagstiftningarna skiljer sig åt från medlemsstat till medlemsstat. De har emellertid uppenbara likheter med varandra. Den strängaste påföljden är återkallande av ett sändningstillstånd och påförs i allmänhet först vid upprepning. Vid en överträdelse som sker för första gången ges inledningsvis en varning. Utöver återkallelse av tillstånd kommer även ett tillfälligt upphävande av tillstånd eller utfärdande av åläggande i efterhand i fråga. Vissa medielagstiftningar ger medieanstalter som utövar kontroll över privata företag som sänder radioprogram möjlighet att påföra böter (se Kühn, F., *Rundfunkrecht in Indien und Deutschland*, Berlin 2006, s. 208; Bayer, J./Ricke, T., "Die Medienaufsicht in Ungarn", *Medien und Recht International*, 2009, s. 32 och följande sida, Kieserling, H., *Das Fernsehrecht Spaniens*, Frankfurt am Main 2002, s. 159, Ruhle, E.-O./Freund, N./Kronegger, D./Schwarz, M., *Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht*, Wien 2004, s. 268).

95 — Detta har i sin tur inverkan på de mänskliga rättigheterna, framför allt på sådana avseende respekt för mediefriheten. Artikel 10.1 tredje meningen i Europakonventionen ger konventionsstaterna visserligen möjlighet att föreskriva tillstånd (licenser) för att på så sätt kontrollera radio- och TV-program på deras område. Tillstånd och andra begränsningar måste emellertid bedömas mot bakgrund av de krav som fastställs i artikel 10.2. I denna bestämmelse anges att mångfalden i medieutbudet får underkastas sådana formföreskrifter, villkor, inskränkningar eller straffpåföljder som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till statens säkerhet, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller för annans goda namn och rykte eller rättigheter, för att förhindra att förtroliga underrättelser sprids eller för att upprätthålla domstolars auktoritet och opartiskhet.

annorlunda när bolagsmännen har solidariskt ansvar och varje enskild bolagsman ansvarar med hela sin förmögenhet. I det fallet skulle bolagsmännen snarare vara benägna att vidta åtgärder för att undgå ansvar. De båda tillvägagångssätten kan således inte anses vara lika effektiva.

101. I stället är ett differentierat tillvägagångssätt tänkbart som så långt som möjligt skulle ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Enligt detta skulle ansvar till exempel enbart kunna föreskrivas för de aktieägare som har gjort sig skyldiga till ett konkret åsidosättande. Mot bakgrund av den omständigheten att böter ska påföras som en sanktionsåtgärd krävs att den berörda har gjort sig skyldig till ett rättsstridigt handlande. Genom en sådan ändring skulle det kunna förhindras att sanktionsåtgärder vidtas mot aktieägare som under vissa omständigheter visserligen vill men inte kan, ensamma eller inom ramen för ett gemensamt initiativ, genomdriva åtgärder för att förhindra åsidosättandet. Den i dag gällande bestämmelsen omfattar nämligen på grund av sitt vida tillämpningsområde även dessa aktieägare. Ett differentierat tillvägagångssätt skulle inte enbart innebära en mindre inskränkning i etableringsfriheten utan uppnå samma verkan som uppnås på nuvarande stadium. Det ankommer på den nationella lagstiftaren att utforma denna bestämmelse i detalj.

102. Den omtvistade nationella bestämmelsen kan följaktligen inte anses vara nödvändig för att uppnå det mål som eftersträvas.

Lämplighet

103. Slutligen får de belastningar som påförs inte vara orimliga i förhållande till de eftersträvade målen. [96]

104. I samband med skyddet för rättigheter som har grundlagsstatus, såsom individuella rättigheter och familje- och privatlivet, anser jag visserligen att den nationella lagstiftaren bör ges ett visst handlingsutrymme. [97] Detta handlingsutrymme kan emellertid inte gå så långt att aktieägare görs ansvariga för åsidosättanden som de inte har gjort sig skyldiga till. Dessutom kan konstateras att sådana åsidosättanden inte helt och hållet kan uteslutas på grund av de särskilda strukturerna inom ett bolag och ett TV-bolag. I det fallet begränsas således etableringsfriheten mer än vad som är nödvändigt för att skydda ovannämnda rättigheter.

105. Om det kan antas att syftet med den omtvistade nationella bestämmelsen är att få aktieägare att vidta förebyggande åtgärder, skulle det vara lämpligare att enbart ålägga de aktieägare ansvar som inte enbart har ett bestämmande inflytande på bolaget

96 — Se bland annat domen i det ovan i fotnot 93 nämnda målet Maizena m.fl., punkt 15, och domarna i de ovan i fotnot 93 nämnda målen ADM Ölmühlen, punkt 15, Käserei Champignon Hofmeister, punkt 59, Spanien mot rådet, punkt 97, samt Tyskland mot parlamentet och rådet, punkt 144.

97 — Domstolen har tillerkänt medlemsstaterna handlingsutrymme vid valet av lämpliga åtgärder för att förhindra inskränkningar i de grundläggande friheterna med motiveringen att dessa ensamma har behörighet att upprätthålla den allmänna ordningen och att slå vakt om inre säkerhet (se dom av den 9 december1997 i mål C-265/95, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-6959), punkt 33.

utan även på ledningsorganen, och därmed indirekt på TV-bolagets beslutsfattare. Detta kan betvivlas vid en andel som enbart uppgår till 2,5 procent av bolagskapitalet. Som anförts ovan är det redan osäkert om en enskild bolagsman ensam kan driva igenom åtgärder för att förhindra åsidosättanden av gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag.

106. De belastningar som påförs aktieägarna är följaktligen inte rimliga i förhållande till de eftersträvade målen.

107. Mot denna bakgrund anser jag att den omtvistade nationella bestämmelsen inte kan anses som proportionerlig. Den grundar sig på en avvägning mellan etableringsfriheten som grundläggande frihet och den grundläggande rättigheten till skydd för privat- och familjeliv som inte är förenlig med gemenskapsrätten.

iv) Slutsats i denna del

108. Sammanfattningsvis kan det konstateras att artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 4.3 i lag 2328/1995.

c) Den fria rörligheten för kapital

i) Huruvida artikel 56 EG är tillämplig

109. I det följande finns det endast anledning att besvara frågan avseende förenlighet med fördragsbestämmelserna om fri rörlighet för kapital i den mån den omtvistade nationella bestämmelsen i förhållande till dessa bestämmelser kan medföra en fristående inskränkning och fördragsbestämmelserna om etableringsfriheten inte är tillämpliga. [98]

110. Mot bakgrund av vad som anförts ovan i punkterna 63–66 i detta förslag till avgörande avseende tillämpningsområdet för artiklarna 43 EG och 48 EG, är en prövning mot bakgrund av artikel 56 EG endast nödvändig med avseende på de bolagsmän som visserligen innehar mer än 2,5 procent av bolagskapitalet, men vars andelsinnehav emellertid inte ger dem ett bestämmande inflytande över bolagets beslut och en möjlighet att avgöra hur dess verksamhet ska bedrivas. [99]

98 — Se domen i det ovan i fotnot 45 nämnda målet X och Y, punkt 66.

99 — Se domen i det ovan i fotnot 45 nämnda målet X och Y, punkt 68, och domen i det ovan i fotnot 45 nämnda målet kommissionen mot Spanien, punkterna 35–39.

ii) Inskränkning av den fria rörligheten för kapital

111. Det ska erinras om att det följer av fast rättspraxis [100] att artikel 56.1 EG innebär ett förbud mot alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater.

112. Eftersom EG-fördraget inte definierar ”kapitalrörelser” enligt artikel 56.1 EG har domstolen tidigare ansett att den nomenklatur som utgör bilaga till rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget (artikeln upphävdes genom Amsterdamfördraget) [101] är vägledande. Direkta investeringar i form av förvärv av företag genom köp av aktier som ger möjlighet att effektivt medverka i ledningen eller kontrollen av företaget (så kallade direkta investeringar) samt förvärv av värdepapper på kapitalmarknaden med enda syfte att genomföra en penningplacering, utan avsikt att inverka på företagets skötsel och kontrollen av detta (så kallade portföljinvesteringar) utgör kapitalrörelser i den mening som avses i artikel 56.1 EG. [102]

— Artikel 56 som ett omfattande förbud mot inskränkningar

113. Domstolen har vad gäller denna typ av investeringar preciserat att nationella åtgärder som kan hindra eller begränsa förvärv av aktier i de berörda företagen eller som kan avskräcka investerare från andra medlemsstater att investera i dessa företags kapital skall anses utgöra ”restriktioner” i den mening som avses i artikel 56.1 EG. [103]

100 — Se bland annat domen i det ovan i fotnot 45 nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 17, dom av den 28 september 2006 i de förenade målen C-282/04 och C-283/04, kommissionen mot Nederländerna (REG 2006, s. I-9141), punkt 18, domen i det ovan i fotnot 66 nämnda målet kommissionen mot Förenade kungariket, punkterna 38 och 43, dom av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-4781), punkterna 35 och 40. Samma sak måste för övrigt även gälla för artikel 40 i EES-avtalet, som har samma lydelse som artikel 56 EG. Såsom EFTA-domstolen fastställde i dom av den 23 november 2004 i mål E-1/04, Fokus Bank (ECR 2004, s. 11), punkterna 22 och 23, med hänvisning till domstolens dom av den 23 september 2003 i mål C-452/01, Ospelt och Schlössle Weissenberg (REG 2003, s. I-9743), punkt 28, och generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 10 april 2003, punkterna 72 och 73 i samma mål, är bestämmelserna om fri rörlighet för kapital i EG-fördraget och i EES-avtalet identiska i sak.

101 — EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44.

102 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 mars 1999 i mål C-222/97, Trummer och Mayer (REG 1999, s. I-1661), punkt 21, domen i det ovan i fotnot 100 nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 36 och 37, domen i det ovan i fotnot 66 nämnda målet kommissionen mot Förenade kungariket, punkterna 39 och 40, och domen i det ovan i fotnot 100 nämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 19.

103 — Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 4 juni 2002 i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal (REG 2002, s. I-4731), punkt 45, domen i det ovan i fotnot 100 nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 41, dom av den 2 juni 2005 i mål C-174/04, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-4933), punkterna 30 och 31, av den 19 januari 2006 i mål C-265/04, Bouanich (REG 2006, s. I-923), punkterna 34 och 35, domen i det ovan i fotnot 100 nämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 20, samt domen i det ovan i fotnot 45 nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 19.

114. Som angetts ovan, [104] kan risken för att bolagsmännen åläggs solidariskt ansvar ha en avskräckande verkan på potentiella investerare, särskilt som ett deltagande i ett sådant bolag är förenat med en ytterligare ekonomisk risk som går utöver den normala affärsrisken. I detta sammanhang hänvisar jag återigen till den hänskjutande domstolens konstaterande att en utvidgning av ansvaret till att omfatta bolagsmännen gör det oattraktivt att förvärva aktier i sådana bolag, såsom är fallet för klaganden i målet vid den nationella domstolen.

115. Enligt den vida definition som domstolen hittills gett måste frågan huruvida det föreligger en inskränkning i den mening som avses i artikel 56.1 EG besvaras jakande i förevarande fall.

— Möjlighet till en teleologisk avgränsning av förbudet mot inskränkningar

116. Såsom i samband med friheten att tillhandahålla tjänster har domstolen i sin praxis antytt att det även finns en möjlighet till en teleologisk avgränsning av förbudet mot inskränkningar för den fria rörligheten för kapital. [105] Med hänsyn till att de grundläggande friheterna i stort sett överensstämmer är det tänkbart att även göra en teleologisk avgränsning av förbudet mot inskränkningar inom området för den fria rörligheten för kapital, och göra en åtskillnad utifrån om den berörda nationella bestämmelsen skapar ”särskilda hinder för tillträde till marknaden” eller enbart innehåller ”lokaliseringsvillkor”. Om de båda grundläggande friheterna skulle tolkas olika skulle detta nödvändigtvis leda till en motsättning vid behandlingen av stora aktieägare och små aktieägare. Medan stora aktieägare inte skulle kunna åberopa etableringsfriheten skulle små aktieägare kunna väcka talan mot den omtvistade nationella bestämmelsen, med motiveringen att det föreligger en inskränkning i den fria rörligheten för kapital. Om stora aktieägare ur de grundläggande friheterna inte kan härleda en rätt till tillnärmning av lokaliseringsvillkoren, [106] så bör detta inte heller vara möjligt för små aktieägare. Det finns inte heller något skäl till särbehandling, eftersom de båda kategorierna av aktieägare befinner sig i samma situation.

117. Vad gäller den omtvistade nationella bestämmelsen kan konstateras att den, betraktad i sig, inte innebär att aktieägarens möjlighet att medverka i bolaget för att skapa eller upprätthålla varaktiga och direkta ekonomiska relationer med bolaget, som möjliggör för

104 — Se punkt 68 i detta förslag till avgörande.

105 — Se fotnot 66 i detta förslag till avgörande.

106 — I punkt 74 i detta förslag till avgörande har jag anfört att denna grundläggande frihet inte ska vara ett instrument för ekonomiska aktörer att ändra sina lokaliseringsvillkor i förhållande till nationella konkurrenter. Detta måste även gälla med avseende på den fria rörligheten för kapital.

dem att effektivt medverka i dess förvaltning eller kontroll, begränsas. Det föreligger nämligen varken rättsliga eller faktiska hinder för direktinvesteringar. Den reglerar inte heller specifikt typen och formen av investeringar i bolag inom den grekiska mediesektorn. Den omtvistade nationella bestämmelsen ska, i enlighet med vad som anförts ovan, [107] i stället placeras i kategorin ”lokaliseringsvillkor” som, för det fall att en avgränsande teleologisk tolkning godtas, inte ska anses som inskränkning i den mening som avses i artikel 56.1 EG.

118. Såsom anförts ovan, [108] finns det, bortsett från enskilda fall, inte något stöd för att domstolen är beredd att frångå sin vida tolkning av begreppet inskränkning. Följande överväganden grundar sig således på ett omfattande förbud mot inskränkningar.

119. Det föreligger således en inskränkning i den fria rörligheten för kapital. Det ska vidare undersökas huruvida denna kan motiveras och om den är proportionerlig.

iii) Rättfärdigande

— Skydd för grundläggande rättigheter som ett legitimt intresse

120. I den mån den omtvistade nationella bestämmelsen syftar till att skydda den grundläggande rättigheten till skydd för privatlivet, eftersträvar den ett mål som har erkänts i unionens rättsordning och därmed är legitimt, vilket i princip kan motivera en restriktion. [109]

— Proportionalitetsprövning

121. I den mån som även de bolagsmän som inte har ett bestämmande inflytande på bolagets beslut har ett ansvar, enligt denna bestämmelse, är bestämmelsen olämplig för att skydda ovannämnda rättigheter, särskilt som denna kategori av bolagsmän inte kan göra mycket för att förhindra åsidosättanden av gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag.

107 — Se punkt 76 i detta förslag till avgörande.

108 — Se punkt 78 i detta förslag till avgörande.

109 — Se punkt 85 i detta förslag till avgörande.

122. Mot bakgrund av att mindre ingripande åtgärder är tänkbara som ger samma resultat, framför allt ett ansvar för de bolagsmän som verkligen har inflytande på ledningsorganet i bolaget eller på TV-bolagets strukturer för beslutsfattande, eller som verkligen har gjort sig skyldiga till ett åsidosättande, är det inte heller nödvändigt att ålägga den här relevanta gruppen av bolagsmän ansvar.

böter innebär en omotiverad begränsning av denna grundläggande frihet.

124. Den omtvistade nationella bestämmelsen kan följaktligen inte betraktas som proportionerlig. Den grundar sig på en avvägning mellan den fria rörligheten för kapital som grundläggande frihet och den grundläggande rättigheten till skydd för privat- och familjeliv som inte är förenlig med gemenskapsrätten.

iv) Slutsats i denna del

123. De tveksamheter som framförts i samband med en inskränkning av etableringsfriheten gäller även för den fria rörligheten för kapital. En inskränkning av denna grundläggande frihet utan att främja skyddet för den grundläggande rättigheten står inte i överensstämmelse med kravet på lämplighet. Genom den fria rörligheten för kapital skyddas nämligen enbart de bolagsmän som inte kan utöva ett bestämmande inflytande över detta bolags beslut och avgöra bolagets verksamhet. Den omständigheten att de ändock får åläggas

125. Sammanfattningsvis kan det konstateras att artikel 56.1 utgör hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 4.3 i lag 2328/1995.

VII — Förslag till avgörande

126. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Symvoulio tis Epikrateias på följande sätt:

1) Rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen, utgör inte hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 4.3 i lag 2328/1995, enligt vilken de böter som stadgas i artikel 4.1 och 4.2 för åsidosättande av gällande lagstiftning och de yrkesetiska regler som reglerar verksamheten för TV-bolag inte enbart påförs det bolag som innehar licensen för att starta och driva TV-sändningsverksamhet utan, solidariskt med detta, även samtliga ägare som innehar mer än 2,5 procent av aktiekapitalet.

2) Artiklarna 43 EG, 48 EG och artikel 56 EG utgör däremot hinder för en sådan nationell bestämmelse som anges ovan under punkt 1.