FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 8. november 2001 [1]

I — Indledning

1. Landesgericht Wels (Østrig) som Handelsgericht (handelsret) har forelagt Domstolen nogle præjudicielle spørgsmål om gyldigheden af en række bestemmelser i to selskabsdirektiver [2] og om fortolkningen af EF-traktaten.

2. I hovedsagen har Landesgericht ved kendelse — og med fastsættelse af en tvangsbøde — pålagt et selskab at efterkomme offentlighedsforpligtelser, som følger af den harmoniserede selskabsret. Selskabet har ved begæring forelagt afgørelsen til efterprøvelse for samme ret. Landesgerichts spørgsmål vedrører foreneligheden af de pågældende offentlighedsbestemmelser i direktivet med den primære fællesskabsret, med proportionalitetsprincippet som et almindeligt retsprincip, med ejendomsretten som grundlæggende rettighed og med erhvervsfriheden som en grundlæggende frihed. Domstolen vil imidlertid være nødsaget til først at tage stilling til, om den har kompetence til at behandle de præjudicielle spørgsmål. Specielt er det tvivlsomt, om Landesgericht Wels i denne sag kan betragtes som en »ret i en medlemsstat« i artikel 234 EF's forstand.

II — De relevante retsforskrifter

A — Fællesskabsbestemmelserne

3. I henhold til første direktivs artikel 2, stk. 1, litra f), skal medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger for, at den obligatoriske offentlighed vedrørende selskaber omfatter balance og resultatopgørelse for hvert regnskabsår.

4. Fjerde direktiv bestemmer i artikel 47, at det behørigt godkendte årsregnskab og årsberetningen såvel som beretningen fra

1 — Originalsprog: nederlandsk.

2 — Rådets første direktiv 68/151/EØF af 9.3.1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2 (efter ændring nu artikel 48, stk. 2, EF), nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (EFT 1968 I, s. 41, »offentlighedsdirektivet«, herefter »første direktiv«), og Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25.7.1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g) [efter ændring nu artikel 44, stk. 2, litra g), EF], om årsregnskaberne for visse selskabsformer (EFT L 222, s. 11, »årsregnskabsdirektivet«, herefter »fjerde direktiv«).

den person, der er ansvarlig for regnskabets revision, skal offentliggøres på de måder, der i overensstemmelse med første direktivs artikel 3 fastsættes i hver medlemsstats lovgivning.

5. EF-traktatens artikel 54, stk. 3, litra g) [efter ændring nu artikel 44, stk. 2, litra g), EF], bestemmer, at Rådet og Kommissionen udfører de opgaver, der er overdraget dem i henhold til EF-traktatens artikel 54, stk. 1 (efter ændring nu artikel 44, stk. 1, EF), »ved [...] i det nødvendige omfang og med det formål at gøre dem lige byrdefulde at samordne de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2 (efter ændring nu artikel 48, stk. 2, EF), nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser«.

B — Nationale bestemmelser

6. Den forelæggende instans har — for så vidt det her er relevant — gengivet de nationale bestemmelser, der finder anvendelse, som følger:

7. Med henblik på gennemførelsen af de nævnte bestemmelser i første og fjerde direktiv udstedte man i Republikken Østrig i første omgang Rechnungslegungsgesetz [3] (den østrigske regnskabslov), der indeholdt en ændret affattelse af § 277 og § 283 i Handelsgesetzbuch (den østrigske handelslovbog, herefter også »HGB«). Derefter blev offentlighedsforpligtelsen udvidet — ved endnu en lov til gennemførelse af fællesskabsbestemmelserne på det selskabsretlige område, EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz [4] — og hermed var direktivet indholdsmæssigt fuldt ud gennemført.

8. For store kapitalselskaber som omhandlet i HGB's § 221 bestemmes følgende i HGB's § 277, stk. 1, som ændret ved den anden gennemførelseslov:

»Det påhviler kapitalselskabers lovlige repræsentanter efter behandlingen på selskabets generalforsamling, dog senest ni måneder efter opgørelsesdatoen, at indgive årsregnskab og årsberetning, forsynet med revisionspåtegning eller påtegning om afvisning eller forbehold, til Firmenbuchgericht (den ret, hvor handels- og selskabsregistret føres), på kapitalselskabets hjemsted; samme frist gælder for indgivelse af bestyrelsens beretning, forslaget til anvendelse af resultatet og beslutningen om resultatanvendelsen.

Såfremt årsregnskabet og årsberetningen indgives inden for den nævnte frist uden

3 — BGBl 475/1990.

4 — BGBl 304/1996.

de øvrige dokumenter, skal beretning og forslag indgives straks efter, at de foreligger, beslutningerne, så snart de er truffet, og påtegningen, så snart den er meddelt. Såfremt årsregnskabet ændres efter yderligere gennemgang eller på grundlag af yderligere oplysninger, skal ændringerne tillige indgives.«

9. HGB's § 283, stk. 1, som ændret ved den anden gennemførelseslov, indeholder følgende sanktionsbestemmelse:

»Til gennemtvingelse af, at direktionens medlemmer (et anpartsselskabs direktør) eller likvidator, med forbehold af de almindelige handelsretlige bestemmelser, opfylder §§ 244, 245, 247, 248, 270, 272 og 277-280, at bestyrelsesmedlemmer opfylder § 270, og at den person, der har bemyndigelse til at repræsentere en indenlandsk filial af et udenlandsk kapitalselskab, opfylder § 280a, kan retten fastsætte tvangsbøder på højst 50 000 ATS.«

10. Som et supplement hertil bestemmes følgende i § 24, stk. 1, i Firmenbuchgesetz (den østrigske lov om handels- og selskabsregistre, herefter også »FBG«) [5]:

»Den, der er forpligtet til at foretage en anmeldelse, til at underskrive eller at indgive dokumenter til handels- og selskabsregistret, eller den, der gør brug af en tegningsret, som ikke tilkommer ham, kan af retten pålægges tvangsbøder på højst 50 000 ATS til gennemtvingelse af denne forpligtelse eller for at bringe brugen af tegningsretten til ophør eller til godtgørelse af, at forpligtelsen ikke består eller at brugen af tegningsretten er retmæssig.«

III — Sagens faktiske omstændigheder, sagsbehandlingens forløb og de præjudicielle spørgsmål

11. Ved Landesgericht Wels som Handelsgericht verserer der en procedure som omhandlet i HGB's § 277. Ved kendelse af 13. september 1999 pålagde retten Lutz Gesellschaft mbH m.fl. (herefter »Lutz«), som har hjemsted i Wels, inden for en frist på fire uger — og med fastsættelse af en tvangsbøde på 10 000 ATS — at indgive de i HGB's §§ 277-280a nævnte dokumenter (årsregnskab og årsberetning).

12. Eftersom en fastsættelse af tvangsbøder som den, der var blevet foretaget ved kendelsen af 13. september 1999 ifølge en fast praksis ved Oberster Gerichtshof ikke

5 — Som ændret ved BGBl 10/1991.

kan gøres til genstand for sagsanlæg, indgav Lutz en begæring (»Individualantrag«) til Verfassungsgerichtshof om, at det blev fastslået, at de nationale offentlighedsbestemmelser er i strid med visse grundlæggende rettigheder og med fællesskabsretten. Ved kendelse af 2. november 1999 forlængede Landesgericht Wels som Handelsgericht fristen for indgivelse af det regnskabsmateriale, der var omfattet af pålægget, indtil Verfassungsgerichtshof havde afsagt kendelse i sagen. Verfassungsgerichtshof afslog ved kendelse af 29. november 1999 at tage den af Lutz indgivne begæring til følge. Som begrundelse herfor udtalte Verfassungsgerichtshof, at en beslutning om at fastsætte tvangsbøder kan udsættes, indtil der er truffet afgørelse om lovligheden af den forpligtelse, hvis tilsidesættelse er forbundet med tvangsbøder.

13. Derefter besluttede Landesgericht Wels som Handelsgericht ved kendelse af 9. maj 2000 — ex officio og efter begæring af 20. januar 2000 fra Lutz — at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i medfør af artikel 234 EF:

»1) Medfører de foranstaltninger, der er omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra f), i første direktiv 68/151/EØF og i artikel 47 i fjerde direktiv 78/660/EØF om pligt til offentliggørelse af kapitalselskabers regnskaber, en tilsidesættelse af artikel 44, stk. 2, litra g), EF, der giver hjemmel til at samordne de garantier, som kræves i medlemsstaterne af selskaberne til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som kreditorernes interesser?

2) Medfører de foranstaltninger, der er omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra f), i første direktiv 68/151/EØF og i artikel 47 i fjerde direktiv 78/660/EØF om pligt til offentliggørelse af kapitalselskabers regnskaber, en tilsidesættelse af artikel 44, stk. 2, litra g), EF, for så vidt som foranstaltningerne ikke er nødvendige med henblik på afskaffelse af hindringer for etablering eller til gennemførelse af andre af de i traktaten omhandlede målsætninger (navnlig om indførelse af ensartede retlige rammebestemmelser)?

3) Er det foreneligt med proportionalitetsprincippet som almindeligt retsprincip, at artikel 2, stk. 1, litra f), i første direktiv 68/151/EØF, sammenholdt med artikel 47 i fjerde direktiv 78/660/EØF, under trussel om straf, gennem pligten til at offentliggøre balance og resultatopgørelse for hvert regnskabsår, tvinger virksomheder til at røbe forretningshemmeligheder, når beskyttelsesformålet på adækvat måde kan tilgodeses gennem andre — mindre indgribende — foranstaltninger?

4) Er det foreneligt med ejendomsretten som grundlæggende rettighed i fællesskabsretten, at artikel 2, stk. 1, litra f), i første direktiv 68/151/EØF, sammenholdt med artikel 47 i fjerde direktiv 78/660/EØF, under trussel om straf,

gennem pligten til at offentliggøre balance og resultatopgørelse for hvert regnskabsår, tvinger virksomheder til at røbe forretningshemmeligheder, når beskyttelsesformålet på adækvat måde kan tilgodeses gennem andre — mindre indgribende — foranstaltninger?

IV — Domstolens kompetence

15. Under den skriftlige forhandling er der intet blevet fremført om Domstolens kompetence til at besvare de spørgsmål, Landesgericht Wels har stillet. Efter at Domstolen skriftligt har opfordret parterne hertil, er denne problemstilling blevet behandlet under retsmødet.

5) Er det foreneligt med retten til fri erhvervsudøvelse som grundlæggende rettighed i fællesskabsretten, at artikel 2, stk. 1, litra f), i første direktiv 68/151/EØF, sammenholdt med artikel 47 i fjerde direktiv 78/660/EØF, under trussel om straf, gennem pligten til at offentliggøre balance og resultatopgørelse for hvert regnskabsår, tvinger virksomheder til at røbe forretningshemmeligheder, når beskyttelsesformålet på adækvat måde kan tilgodeses gennem andre — mindre indgribende — foranstaltninger?«

16. I henhold til artikel 234, stk. 1, EF har Domstolen kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af traktaten og af retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner. Det fremgår endvidere af artikel 234, stk. 2, EF, at en ret, hvis den skønner, at en afgørelse af et sådant spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin dom, kan anmode Domstolen om at afgøre spørgsmålet.

14. I medfør af artikel 20 i statutten for Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg af Lutz, af den spanske, den italienske og den østrigske regering samt af Rådet og Kommissionen. Retsmødet i sagen blev afholdt den 25. oktober 2001, og Lutz, den italienske regering, Rådet og Kommissionen var repræsenteret under retsmødet.

17. Domstolen har allerede i en række sager fastslået, at en ret, som opfylder de institutionelle krav — hvilket er tilfældet i denne sag — men som gør brug af den præjudicielle procedure i en egenskab, hvori den ikke udøver en judiciel funktion, ikke er en ret i artikel 234 EF's forstand. I disse tilfælde behandler retten et bestemt administrativt anliggende i judiciel form, og Domstolen vil nå til den konklusion, at den ikke har kompetence til at besvare de forelagte spørgsmål. Den første afgørelse,

der blev truffet som led i denne praksis, Job Centre I-dommen [6], er for nylig blevet bekræftet i Salzmann-dommen [7] og i Domstolens kendelse i HSB-Wohnbau-sagen [8].

18. I Job Centre I-dommen var de præjudicielle spørgsmål blevet forelagt af Tribunale civile e penale di Milano, for hvilken der var fremsat en begæring om godkendelse af et selskabs stiftelsesoverenskomst inden for rammerne af den såkaldte frivillige retspleje (»giurisdizione volontaria«). I henhold til den italienske borgerlige lovbog (»codice civile«) træffer Tribunale civile e penale bestemmelse om, at selskabet skal indføres i et register, når retten har konstateret, at selskabets vedtægter opfylder de i loven fastsatte betingelser, og »pubblico ministerio« er blevet hørt. Domstolen udtalte, at de nationale retter kun kan forelægge præjudicielle spørgsmål, »hvis der verserer en tvist for dem, og hvis forelæggelsen sker med henblik på afgørelse af en retssag [...]«. Dette var imidlertid ikke tilfældet i den konkrete sag, og Domstolen udtalte, at retten »udøver [...] en ikke-judiciel funktion, som i andre medlemsstater varetages af administrative myndigheder. Den optræder nemlig som forvaltningsmyndighed uden samtidig at skulle afgøre en retstvist« [9].

19. I Salzmann-sagen var der tale om en præjudiciel forelæggelse fra Bezirksgericht Bregenz i forbindelse med behandlingen af en begæring om indførelse i tingbogen af en købekontrakt for en ubebygget grund. Bezirksgericht har i henhold til den østrigske forbundslov af 1955 om tinglysning kompetence til at lade retshandler vedrørende fast ejendom indføre i tingbogen. Forud herfor foretager Bezirksgericht en efterprøvelse af, om begæringen opfylder de i lovgivningen fastsatte betingelser. Domstolen udtalte i dommen, der blev afsagt den 14. juni 2001, at Bezirksgericht i sådanne tilfælde ikke træffer afgørelse i en retssag, men skal afgøre, om begæringen opfylder betingelserne ifølge loven. Under udførelsen af denne virksomhed udøver Bezirksgericht en ikke-judiciel funktion. Den part, der havde fremsat begæringen i hovedsagen, Doris Salzmann, havde gjort gældende, at Bezirksgericht skulle træffe afgørelse i et kæremål om indførelse af hendes ejendomsret i tingbogen, efter at en justitsembedsmand (»Rechtspfleger«) i første instans havde afslået at tage hendes begæring til følge, men Domstolen udtalte herom, at den afgørelse, denne »Rechtspfleger« havde truffet, havde karakter af en administrativ klage inden for det pågældende organ [10].

20. I HSB-Wohnbau-sagen fastslog Domstolen ved kendelse af 10. juni 2001, at det var åbenbart, at den ikke havde kompetence til at besvare de forelagte spørgsmål. I sagen havde Amtsgericht Heidelberg, som »Registergericht«, dvs. som den ret, der har ansvaret for at føre handelsregistret, anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 43 EF og 48 EF med henblik på at kunne træffe afgørelse i en sag, hvori Amtsgericht ved kendelse skulle afgøre, om en forelæggelse af hjemstedet for et anpartsselskab (GmbH) fra Tyskland til Spanien kunne registreres i det tyske handelsregister. Det fremgik af

6 — Dom af 19.10.1995, sag C-111/94, Sml. I, s. 3361.
7 — Dom af 14.6.2001, sag C-178//99, Sml. I, s. 4421.
8 — Kendelse af 10.7.2001, sag C-86/00, Sml. I, s. 5353.
9 — Job Centre I-dommen, præmis 9-11.
10 — Salzmann-dommen, præmis 13-22. Jf. med hensyn til Rechtspflegers stilling under proceduren også mit forslag til afgørelse i sagen, Sml. I, s. 4423, punkt 38-43.

forelæggelseskendelsen, at Amtsgericht havde fremsat den præjudicielle anmodning i sin egenskab af den myndighed, der i Tyskland har ansvaret for at føre handelsregistret, og i forbindelse med en sag om indførelse i registret, idet Amtsgericht er den første myndighed, der skal træffe afgørelse om et selskabs registrering. På dette grundlag fandt Domstolen, at Amtsgericht i denne sammenhæng ikke udøvede en judiciel funktion [11].

21. Det kan udledes af disse tre sager, at den pågældende virksomhed er af administrativ og ikke af judiciel karakter, når der foreligger følgende omstændigheder:

— Spørgsmålene er blevet forelagt under procedurer, hvori der anmodes om indførelse af en bestemt retstilstand i et register.

— De forelæggende instanser anmodes om, i første instans og efter begæring, at træffe afgørelse om registreringen.

— Før registreringen foretages, konstaterer de forelæggende instanser blot, at anmodningen opfylder lovgivningens krav.

— Der er ikke mulighed for at indbringe afgørelsen for en appelret.

22. I den foreliggende sag indeholder forelæggelseskendelsen kun få oplysninger om de faktiske omstændigheder. Den forelæggende ret og de, der har indgivet skriftlige indlæg i sagen, har dog redegjort for de mest relevante nationale retsforskrifter. Efter min opfattelse kan det af de østrigske retsforskrifter om offentlighedsforpligtelserne og lovgivningen om retternes organisation udledes, at Landesgericht Wels som Handelsgericht ikke har stillet de præjudicielle spørgsmål i egenskab af et judicielt organ, men som led i en virksomhed af administrativ karakter.

23. Hovedforskellen i forhold til Job Centre I-sagen, Salzmann-sagen og HSB-Wohnbau-sagen er, at den nationale ret ikke anmodes om at indføre en bestemt retstilstand i et register. Landesgericht Wels som Handelsgericht har til opgave at føre et handels- og selskabsregister. I henhold til Handelsgesetzbuch skal årsregnskaberne og de dertil hørende dokumenter indleveres med henblik på offentliggørelse. I forbindelse med udførelsen af denne administrative opgave kan retten, som Handelsgericht, pålægge selskaber at indlevere materialet, og den kan til gennemtvingelse heraf fastsætte en tvangsbøde. I henhold til FBG's § 24 kan hvert enkelt selskab, der ikke har opfyldt sine forpligtelser inden for den fastsatte frist, pålægges en tvangsbøde. Handelsgericht er endvidere den første

11 — HSB-Wohnbau-kendelsen, præmis 14-17.

instans, der træffer afgørelse om offentliggørelsen [12].

24. Retten skal, som Handelsgericht, udelukkende fastslå, at de lovfæstede krav om offentliggørelsen ikke er opfyldt. På dette grundlag kan den pålægge det selskab, der ikke har opfyldt sine forpligtelser, at fremlægge regnskabsmaterialet. Tvangsbøden er reelt et administrativt tvangsmiddel, der skal tilskynde det pågældende selskab til at opfylde sine forpligtelser i henhold til lovgivningen, og tvangsbøder anvendes hyppigt i østrigsk ret. Tvangsmidlet pålægges ex officio. Handelsgericht har kun beføjelse til at anlægge et skøn ved fastsættelsen af tvangsbødens størrelse [13]. Såfremt Handelsgericht gør brug af disse beføjelser, er retten bundet af den udtømmende retlige regulering i Handelsgesetzbuch og Firmenbuchgesetz [14].

25. Efter østrigsk ret kan selskabet ved »Vorstellung« begære den kendelse, hvorved det er blevet pålagt det at fremlægge materialet, og hvorved der er fastsat en tvangsbøde, optaget til fornyet prøvelse ved den Handelsgericht, der har afsagt kendelsen, men selskabet kan også kære til Oberlandesgericht (ved »Rekurs«) [15]. I det foreliggende tilfælde har Lutz fremsat begæring om fornyet prøvelse af kendelsen af 13. september 1999. Hermed står det for mig fast, at der i dette tilfælde er sket en administrativ påklage af afgørelsen [16].

26. Landesgericht Wels har således forelagt de præjudicielle spørgsmål som led i en administrativ klageprocedure, under udøvelse af en ikke-judiciel, administrativ funktion. Spørgsmålene er dermed ikke forelagt af en instans, som udøver en domstolsfunktion i artikel 234 EF's forstand. Domstolen har ikke kompetence til at besvare dem [17].

27. Et selskab, der ønsker at anfægte kendelsen om offentliggørelsen og den dertil knyttede tvangsbøde, kan indbringe sagen for Oberlandesgericht. Såfremt en sådan appelret — i egenskab af en judiciel instans — skal træffe afgørelse om lovligheden af den pålagte forpligtelse og den dertil hørende tvangsbøde, kan den anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse.

12 — Jf. FBG's § 120, stk. 1. Disse afgørelser træffes i øvrigt af en enedommer (»Einzelrichter«), jf. § 7a, stk. 3, i Jurisdiktionsnorm (senest ændret i BGBl 140/1997).

13 — Tvangsbøden kan i henhold til FBG's § 24, stk. 1 og 2, højst udgøre 50 000 ATS eller — hvis forpligtelsen ikke opfyldes inden for en frist på to måneder efter det første påkrav — højst 100 000 ATS.

14 — Jf. særlig HGB's § 282, stk. 1, og FBG's § 24.

15 — Jf. § 9 i Ausserstreitgesetz (den østrigske lov in retsplejen i andre sager end tvistemål) (RGBl 208/1854).

16 — Jf. også Salzmann-dommen, præmis 21.

17 — Jf. i denne forbindelse også generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse, fremsat den 28.6.2001 i sag C-17/00, De Coster. Dom af 29.11.2001, Sml. I, s. 9445, s. 9447. I sit omhyggeligt gennemarbejdede forslag til afgørelse lancerer generaladvokaten en ny fastlæggelse af indholdet af begrebet »en national ret« i artikel 234 EF's forstand. Som den almindelige regel argumenterer han for, at Domstolen har kompetence til at besvare præjudicielle anmodninger fra alle instanser, der indgår i det nationale domstolssystem. Han vil dog opstille det som en betingelse, at den forelæggende instans desuden udøver en judiciel funktion (punkt 85).

V — Forslag til afgørelse

28. Sammenfattende foreslår jeg, at det fastslås, at De Europæiske Fællesskabers Domstol ikke har kompetence til at besvare de spørgsmål, Landesgericht Wels har forelagt ved kendelse af 9. maj 2000.