FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT LEENDERT A. GEELHOED

föredraget den 8 november 2001 [1]

I — Inledning

1. Landesgericht Wels (Republiken Österrike) — i sin egenskap av Handelsgericht (handelsdomstol) — har begärt ett förhandsavgörande av Europeiska gemenskapernas domstol beträffande giltigheten av ett antal bestämmelser i två bolagsdirektiv [2] samt tolkning av fördraget.

2. I förfarandet vid den nationella domstolen har denna genom beslut förelagt ett bolag att vid vite fullgöra de publiceringsskyldigheter som följer av harmoniserad bolagsrätt. Bolaget har överklagat detta beslut hos Landesgericht Wels. De frågor som Landesgericht Wels (i sin egenskap av Handelsgericht) ställt avser förenligheten av de berörda offentlighetsbestämmelserna i direktivet med den primära gemenskapsrätten, proportionalitetsprincipen, principen om skydd för äganderätten och principen om rätt att fritt bedriva ekonomisk verksamhet. Domstolen måste emellertid först utlåta sig om sin behörighet att pröva tolkningsfrågorna. Det kan nämligen ifrågasättas om Landesgericht Wels i detta förfarande kan betraktas som en "nationell domstol" i enlighet med artikel 234 EG.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

3. Enligt artikel 2.1 f i första bolagsdirektivet skall medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att bolagen fullgör sina skyldigheter att offentliggöra balans- och resultaträkningar för varje räkenskapsår.

4. I artikel 47 i fjärde bolagsdirektivet föreskrivs att det vederbörligen fastställda eller godkända årsbokslutet och förvaltningsberättelsen samt en berättelse avgiven

1 — Originalspråk: nederländska.

2 — Direktiv 68/151/EG: Rådets första direktiv 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 (nu artikel 48.2 EG i ändrad lydelse), i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen (EGT L 65, s. 8, svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 3, "offentlighetsdirektivet", nedan kallat första bolagsdirektivet), och direktiv 78/660/EEG: Rådets fjärde direktiv av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget (nu artikel 44.2 g EG i ändrad lydelse) om årsbokslut i vissa typer av bolag (EGT L 222, s. 11, svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 17, "årsbokslutsdirektivet", nedan kallat fjärde bolagsdirektivet).

av den person som är ansvarig för granskningen av räkenskaperna skall offentliggöras på det sätt som anges i varje medlemsstats lagstiftning i enlighet med artikel 3 i rådets första direktiv.

5. I artikel 54.3 g i EG-fördraget (nu artikel 44.2 g EG i ändrad lydelse) föreskrivs att rådet och kommissionen skall fullgöra de uppgifter som tillkommer dem enligt artikel 54.1 (nu artikel 44.1 EG i ändrad lydelse) genom att "i den utsträckning som det är nödvändigt samordna de skyddsåtgärder som krävs av medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket avsedda bolagen (nu artikel 48 i ändrad lydelse) i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga".

B — *Den nationella lagstiftningen*

6. Den hänskjutande domstolen har återgett den tillämpliga nationella lagstiftningen, såvitt här är av intresse, enligt följande.

7. För att genomföra de ovan redovisade bestämmelserna i det första och fjärde bolagsdirektivet utfärdade Republiken Österrike allra först Rechnungslegungsgesetz [3] och ändrade lydelsen av 277 och 283 §§ i Handelsgesetzbuch (den österrikiska handelskodexen, nedan kallad "öHGB"). Genom den andra genomförandelagstiftningen, EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz [4] (lag om anpassning av bolagslagstiftningen till EG-rätten) utvidgades publiceringsskyldigheten ytterligare, varigenom direktivet fullständigt har införlivats till sitt innehåll (med österrikisk rätt).

8. För stora bolag i den mening som avses i 221 § öHGB, föreskrivs följande i 277 § första stycket öHGB, i dess lydelse enligt den andra genomförandelagen:

"Ett bolags lagliga ställföreträdare skall till den domstol som i den ort där bolaget har sitt säte handhar bolagsregistret inge årsbokslut och förvaltningsberättelse efter det att dessa har behandlats vid bolagsstämman, dock senast nio månader efter den dag då balansräkningen skall vara klar, samt revisionsberättelsen. Inom samma frist skall företagsrådets berättelse samt förslaget till och beslutet om disposition av bolagets resultat inges.

Om endast årsbokslutet och förvaltningsberättelsen, men inte övriga handlingar, inges inom fristen, skall berättelsen och

3 — BGBl. 475/1990.

4 — BGBl. 304/1996.

förslaget till resultatdisposition ges in så snart de föreligger, beslutet om resultatdisposition så snart det har fattats och revisionsberättelsen så snart den har upprättats. Om årsbokslutet vid granskning eller fastställelse i efterhand ändras så skall också ändringen ges in."

9. I 283 § första stycket öHGB, i dess lydelse enligt den andra genomförandelagen, föreskrivs följande påföljd:

"Utan hinder av de allmänna handelsrättsliga bestämmelserna, är bolagsledningen eller likvidatorerna skyldiga att följa 244, 245, 247, 248, 270, 272 och 277—280 §§, är styrelsens ledamöter skyldiga att följa 270 § och, i fall där ett utländskt bolag har etablerat sig inom landet, är dess behöriga företrädare skyldiga att följa 280 a §, var och en vid ett av domstolen förelagt vite om högst 50 000 ATS."

10. Som komplettering till detta föreskrivs i 24 § första stycket i Firmenbuchgesetz (bokföringslagen, nedan kallad FBG): [5]

5 — I dess lydelse enligt BGBl. 10/1991.

"Den som är skyldig att göra en anmälan, underteckna eller ge in handlingar till handelsregistret, eller den som obehörigen använder en firma, kan av domstolen vid vite förpliktigas att fullgöra sina skyldigheter respektive upphöra med användandet av firman eller visa att någon skyldighet inte föreligger respektive att användandet av firman är berättigat."

III — Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågorna

11. Landesgericht Wels, i egenskap av Handelsgericht, handlägger ett ärende enligt 277 § öHGB. Handelsgericht har genom beslut av den 13 september 1999 förelagt Lutz Gesellschaft mbH m.fl. (nedan kallade Lutz), med säte i Wels, att vid vite om 10 000 ATS inom fyra veckor ge in de handlingar som avses i 277—280 a §§ öHGB (årsbokslut och förvaltningsberättelse).

12. Eftersom det i beslutet av den 13 september 1999 avfattade vitesföreläggandet enligt fast rättspraxis från Oberste Gerichtshof inte kan överklagas, har Lutz väckt talan vid Verfassungsgerichtshof med

yrkande ("Individualantrag") om att det skall fastställas att bestämmelserna om offentliggörande står i strid med grundläggande rättigheter och gemenskapsrätt. Landesgericht Wels, i egenskap av Handelsgericht, har därefter genom beslut av den 2 november 1999 förlängt fristen för inlämnande av bokföringshandlingarna till dess att ett avgörande från Verfassungsgerichtshof föreligger. Genom beslut av den 29 november 1999 har Verfassungsgerichtshof avvisat Lutz yrkande. Den domstolen motiverade sitt beslut med att utdömandet av vitet kan skjutas upp till dess att ett beslut har fattats rörande lagligheten av det föreläggande till vilket vitet har knutits.

13. Därefter beslöt Landesgericht Wels, i egenskap av Handelsgericht, i ett beslut av den 9 maj 2000, på grund av egna överväganden och på ansökan av Lutz från den 20 januari 2000, att i enlighet med artikel 234 EG begära ett förhandsavgörande från Europeiska gemenskapernas domstol angående följande frågor:

"1) Är bestämmelserna i artikel 2.1 f i första direktivet 68/151/EEG och artikel 47 i fjärde direktivet 78/660/EEG om bolags skyldighet att offentliggöra vissa uppgifter förenliga med bestämmelsen i artikel 44.2 g i EG-fördraget om rådets rätt att vidta åtgärder för att samordna de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av vissa bolag i såväl bolagsmännens som tredje mans intressen?

2) Strider bestämmelserna i artikel 2.1 f i första direktivet 68/151/EEG och artikel 47 i fjärde direktivet 78/660/EEG om bolags skyldighet att offentliggöra vissa uppgifter mot bestämmelsen i artikel 44.2 g i EG-fördraget på grund av att de inte är nödvändiga för att undanröja hinder för etableringsfriheten eller för att förverkliga andra målsättningar i fördraget (framför allt skapandet av enhetliga rättsliga bestämmelser)?

3) Är det förenligt med proportionalitetsprincipen att bolag, genom bestämmelsen i artikel 2.1 f i första direktivet 68/151/EEG, jämförd med artikel 47 i fjärde direktivet 78/660/EEG, om skyldigheten att offentliggöra balans- och resultaträkningar för varje räkenskapsår, vid äventyr av påföljd tvingas röja affärshemligheter, när det eftersträvade målet på ett adekvat sätt kan uppnås genom andra, mindre ingripande åtgärder?

4) Är det förenligt med den grundläggande gemenskapsrättsliga principen om skydd för äganderätten att bolag, genom bestämmelsen i artikel 2.1 f i första direktivet 68/151/EEG, jämförd med artikel 47 i fjärde direktivet 78/660/EEG, om skyldigheten att

offentliggöra balans- och resultaträkningar för varje räkenskapsår, vid äventyr av påföljd tvingas röja affärshemligheter, när det eftersträvade målet på ett adekvat sätt kan uppnås genom andra, mindre ingripande åtgärder?

5) Är det förenligt med den grundläggande gemenskapsrättsliga principen om rätt att fritt bedriva ekonomisk verksamhet att bolag, genom bestämmelsen i artikel 2.1 f i första direktivet 68/151/EEG, jämförd med artikel 47 i fjärde direktivet 78/660/EEG, om skyldigheten att offentliggöra balans- och resultaträkningar för varje räkenskapsår, vid äventyr av påföljd tvingas röja affärshemligheter, när det eftersträvade målet på ett adekvat sätt kan uppnås genom andra, mindre ingripande åtgärder?"

14. I enlighet med artikel 20 i domstolens stadga har skriftliga yttranden lämnats av Lutz, den spanska, den italienska och den österrikiska regeringen, samt av rådet och kommissionen. Muntlig förhandling ägde rum den 25 oktober 2001 vid vilken Lutz, den italienska regeringen, rådet och kommissionen var företrädda.

IV — Domstolens behörighet

15. Under det skriftliga förfarandet har inga synpunkter lämnats på domstolens behörighet att besvara de av Landesgericht Wels ställda frågorna. Efter det att domstolen skriftligen hade begärt att parterna skulle yttra sig i denna fråga, har den tagits upp vid förhandlingen.

16. Enligt artikel 234 första stycket EG är domstolen behörig att genom ett förhandsavgörande uttala sig rörande tolkningen av fördraget och de rättsakter som beslutas av gemenskapens institutioner. Enligt artikelns andra stycke får en domstol i en medlemsstat begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken.

17. Domstolen har redan i ett antal mål slagit fast att en nationell domstol som uppfyller de institutionella kraven, såsom i detta fall, men som använder sig av möjligheten att begära förhandsavgörande när den inte agerar i egenskap av rättskipande organ, inte är någon domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. I dessa fall handlägger den en särskild administrativ angelägenhet i rättslig form. Domstolen har vid sådant förhållande förklarat sig sakna behörighet att besvara de ställda tolknings-

frågorna. Denna rättspraxis tog sin början i domen i målet Job Centre I,[6] och har nyligen bekräftats genom domen i målet Salzmann[7] och i domstolens beslut i målet HSB-Wohnbau GmbH.[8]

18. I målet Job Centre I ställdes tolkningsfrågorna av Tribunale civile e penale di Milano, som hade tagit emot en begäran om fastställande av bolagsordningen för ett bolag inom ramen för ett förfarande för så kallad "frivillig rättsvård". I överensstämmelse med den italienska civilkoden beslutade Tribunale om inskrivning av bolaget i registret efter att ha konstaterat att bolagsordningen uppfyllde de rättsliga villkoren för detta och efter att ha hört åklagarmyndigheten. Domstolen ansåg att de nationella domstolarna endast har befogenhet att begära ett förhandsavgörande "om en tvist är anhängig vid dessa och om de skall fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett beslut med karaktär av dom...". I det aktuella målet var så emellertid inte fallet. Domstolen slog fast att den hänskjutande domstolen i det ifrågavarande förfarandet "utövar... en verksamhet som inte är dömande och som för övrigt överlåts åt de administrativa myndigheterna i andra medlemsstater. I själva verket handlar domstolen som en administrativ myndighet utan att den samtidigt har att avgöra en tvist".[9]

19. I målet Salzmann framfördes begäran om förhandsavgörande från Bezirksgericht Bregenz inom ramen för en inskrivning i fastighetsboken av en överenskommelse rörande köp av en fastighet som var avsedd att bebyggas. Bezirksgericht är, enligt den österrikiska federala lagen från år 1955 om fastighetsbok, behörig att göra inskrivningar beträffande fastighetstransaktioner i fastighetsboken. I samband härmed undersökte Bezirksgericht om en begäran om inskrivning uppfyllde villkoren i lagstiftningen. Domstolen fann i sin dom av den 14 juni 2001 att Bezirksgericht i ett sådant fall inte handlägger en tvist utan enbart har till uppgift att besluta huruvida ansökan uppfyller de rättsliga villkoren. Inom ramen för denna verksamhet utövar Bezirksgericht en verksamhet som inte är dömande. Käranden i målet vid den nationella domstolen gjorde emellertid gällande att hennes begäran om inskrivning av äganderätten i fastighetsboken vid Bezirksgericht var ett överklagande, till följd av att en Rechtspfleger (en domstolstjänsteman) hade avvisat hennes begäran i första instans. Domstolen fastställde dock att Rechtspflegers beslut kännetecknas av att det utgör ett internt administrativt klagomål riktat till organet i fråga.[10]

20. I målet HSB-Wohnbau har domstolen genom beslut av den 10 juli 2001 förklarat sig uppenbart obehörig att besvara de ställda frågorna. Amtsgericht Registergericht Heidelberg hade begärt ett förhandsavgörande från domstolen rörande tolkningen av artiklarna 43 EG och 48 EG med anledning av en tvist, i vilken Amtsgericht måste besluta, om inskrivning, i det tyska handelsregistret, av att ett Gmbh hade flyttat sitt säte från Tyskland till

6 — Dom av den 19 oktober 1995 i mål C-111/94, Job Centre I (REG 1995, s. I-3361).

7 — Dom av den 14 juni 2001 i mål C-178/99, Salzmann (REG 2001, s. I-4421).

8 — Beslut av den 10 juli 2001 i mål C-86/00, HSB-Wohnbau GmbH (REG 2001, s. I-5353).

9 — Domen i målet Job Centre I, ovan fotnot 6, punkterna 9—11.

10 — Domen i målet Salzmann, ovan fotnot 7, punkterna 13—22. Se särskilt angående Rechtspflegers ställning i förfarandet i mitt förslag till avgörande i det målet (s. I-4423), punkterna 38—43.

Spanien. Av beslutet om att begära ett förhandavgörande framgår att Amtsgericht hade vänt sig till domstolen i sin egenskap av myndighet som i Tyskland har ansvar för handelsregistret och inom ramen för ett mål om inskrivning i nämnda register. Amtsgericht var den första myndigheten med rätt att ta ställning till bolagets begäran om inskrivning. Av detta följde enligt domstolen att Amtsgericht med avseende på denna aktivitet inte agerat i egenskap av rättskipande myndighet. [11]

21. Av dessa tre mål kan slutsatsen dras att de berörda verksamheterna är av administrativ och inte av rättskipande natur på grund av följande omständigheter:

— frågorna har ställts inom ramen för förfaranden i vilka inskrivning i ett register av ett visst rättsförhållande har begärts,

— de hänskjutande organen har haft att besluta om inskrivningen i första instans och efter ansökan,

— innan inskrivning sker har de hänskjutande organen endast fastställt att begäran uppfyller vederbörliga rättsliga villkor,

— talan mot beslutet kan föras vid domstol.

22. I det förevarande målet ges i beslutet om hänskjutande knapphändiga uppgifter om de faktiska omständigheterna i målet. Det hänskjutande organet och de parter som har gett in skriftliga yttranden har dock redogjort för den mest relevanta nationella lagstiftningen. Enligt min mening kan av de österrikiska bestämmelserna om publiceringsskyldigheten och lagstiftningen rörande den rättsliga organisationen dras slutsatsen att Landesgericht Wels, i sin egenskap av Handelsgericht, inte har ställt frågorna i egenskap av rättskipande myndighet utan inom ramen för verksamhet av administrativ natur.

23. Den främsta skillnaden i förhållande till de nämnda målen Job Centre I, Salzmann och HSB-Wohnbau är att det inte har begärts att den nationella domstolen skall skriva in ett visst rättsförhållande i ett register. Landesgericht Wels, i sin egenskap av Handelsgericht, har hand om handelsregistret. I enlighet med Handelsgesetzbuch skall årsbokslutet och de därtill hörande handlingarna deponeras för offentliggörande. Vid utförandet av denna administrativa uppgift kan Landesgericht Wels förelägga bolag att vid vite ge in de berörda handlingarna. Enligt 24 § FBG kan vite utdömas för varje bolag som inte har fullgjort sina skyldigheter inom den uppställda fristen. Landesgericht Wels är

11 — Beslutet i målet HSB-Wohnbau, ovan fotnot 8, punkterna 14—17.

vidare den första instansen som beslutar om offentliggörandet. [12]

24. Landesgericht Wels har endast att fastställa att de rättsliga villkoren för offentliggörande inte har uppfyllts. På grundval därav kan den förelägga bolaget som inte har fullgjort sina skyldigheter att ge in bokföringshandlingarna. Vitet är i själva verket ett administrativt tvångsmedel för att mana det berörda bolaget till att fullgöra sina rättsliga skyldigheter och förekommer ofta i österrikisk rätt. Tvångmedlet döms ut administrativt. Landesgericht Wels har endast befogenhet att göra en skönsmässig bedömning i fråga om vitesbeloppets storlek. [13] Om Landesgericht Wels utnyttjar dessa befogenheter är den bunden av den uttömmande rättsliga regleringen i Handelsgesetzbuch och Firmenbuchgesetz. [14]

25. Mot beslutet varigenom bolaget åläggs att överlämna handlingarna och det därtill förbundna vitesföreläggandet, kan bolaget enligt österrikisk rätt rikta en ansökan om omprövning vid den domstol som har fattat beslutet ("Vorstellung") eller ett överklagande hos Oberlandesgericht ("Rekurs"). [15] I det förevarande målet har Lutz ansökt om en omprövning hos Handelsgericht av beslutet av den 13 september 1999. Därigenom står det klart för mig att det i förevarande mål är fråga om ett administrativt klagomål som riktats mot beslutet. [16]

26. Landesgericht Wels har således ställt tolkningsfrågorna inom ramen för ett administrativt klagomålsförfarande, inom en icke rättskipande, administrativ verksamhet. Frågorna härrör följaktligen inte från en nationell domstol som utför en rättskipande verksamhet i den mening som avses i artikel 234 EG. Domstolen är inte behörig att besvara dem. [17]

27. Det bolag som vill överklaga beslutet om publiceringsskyldighet och vitesföreläggandet kan väcka talan vid Oberlandesgericht. Om denna domstol kan pröva lagligheten av beslutet och föreläggandet har denna domstol möjlighet att begära ett förhandsavgörande från Europeiska gemenskapernas domstol.

12 — Se 120.1 § FBG. Dessa handlingar utförs för övrigt av en ensamdomare ("Einzelrichter"), se 7a.3 § i Jurisdiktionsnorm (senaste ändringen i BGBl. 140/1997).

13 — Som enligt 24.1-2 FBG uppgår till högst 50 000 ATS respektive, om den första anmaningen inte följs inom två månader, högst 100 000 ATS.

14 — Se särskilt 282.1 § öHGB och 24 § FBG.

15 — Se 9 § i Ausserstreitgesetz (RGBl. 208/1854).

16 — Se i detta avseende domen i målet Salzmann, ovan fotnot 7, punkt 21.

17 — Se i detta sammanhang även generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 28 juni 2001 i målet C-17/00, Coster (dom av den 29 november 2001, REG 2001, s. I-9445 och s. I-9447). I sitt genomarbetade förslag till avgörande lanserar han ett förslag till ny definition av begreppet nationell domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. Som huvudregel förespråkar han att domstolen skall vara behörig att besvara tolkningsfrågor från alla organ i en medlemsstats rättsväsende. Därtill ställer han emellertid upp krav på att det hänskjutande organet skall agera inom sin rättskipande behörighet (punkt 85).

V — Förslag till avgörande

28. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att Europeiska gemenskapernas domstol skall fastställa att den inte är behörig att svara på de frågor som ställts av Landesgericht Wels i dess beslut av den 9 maj 2000.