

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ANTONIO TIZZANO
föredraget den 7 juli 2005¹

I — Inledning

1. Förevarande mål avser en fråga som Landgericht Koblenz (Tyskland), med stöd av artikel 234 EG, har ställt till domstolen angående tolkningen av artiklarna 43 EG och 48 EG.

2. Den hänskjutande domstolen har i huvudsak begärt att domstolen skall klargöra huruvida en nationell bestämmelse, som inte tillåter inskrivning i det tyska handelsregistret av fusioner mellan tyska bolag och bolag i andra medlemsstater, strider mot principen om etableringsfrihet.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — De relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3. Tvisten i målet vid den nationella domstolen avser i huvudsak fördragets bestämmelser om etableringsfriheten. I detta avseende är det framför allt artikel 43 EG som är av betydelse, i vilken, som bekant, etableringsfriheten för gemenskapens medborgare, både primärt (andra stycket) och sekundärt (första stycket), har fastslagits. I denna artikel föreskrivs särskilt följande:

”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.

¹ — Originalspråk: italienska.

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."

4. Det skall därefter erinras om artikel 48 EG, i vilken följande föreskrivs:

"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."

5. I artikel 46.1 EG föreskrivs dock följande:

"Bestämmelserna i detta kapitel och åtgärder som vidtagits med stöd av dessa skall inte hindra tillämpning av bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa."

6. För förevarande mål skall dessutom fördragets bestämmelser om fri rörlighet för kapital nämnas, särskilt artikel 56.1 EG, i vilken följande föreskrivs:

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

7. Det skall slutligen erinras om att kommissionen sedan flera år verkar för att det på området för gränsöverskridande fusioner skall inrättas ett gemenskapsrättsligt instrument som kan tillgodose behovet av samarbete och samgående mellan bolag i olika medlemsstater.

8. Även om förslaget till direktiv om gränsöverskridande fusioner av aktiebolag och andra bolag med begränsat ansvar² för närvarande befinner sig i ett långt framskridet skede,³ har det dock ännu inte slutgiltigt antagits av Europaparlamentet och av rådet.

1. genom fusion

...

B — De nationella bestämmelserna

9. I Tyskland regleras fusioner i Umwandlungsgesetz (nationell lag om omvandling av bolag, nedan kallad UmwG)⁴.

11. I 2 § i denna lag beskrivs vidare de olika fall av fusioner varigenom bolag upplöses utan likvidation, däribland, såvitt är av intresse här, det fall när absorption sker genom överföring av tillgångarna hos ett eller flera rättssubjekt till ett annat befintligt rättssubjekt.

10. Vid regleringen i 1 § första stycket i denna lag om omvandlingstransaktioner omnämns endast fusioner av bolag med säte i Tyskland, varvid följande föreskrivs:

12. Enligt de andra bestämmelserna i UmwG som specifikt avser fusioner genom förvärv (absorption) krävs slutligen att en rad villkor uppfylls, däribland, såvitt är av betydelse här, inskrivning av transaktionen i handelsregistret på den plats där det övertagande bolaget har sitt säte (19 §).

”De rättssubjekt som har säte på det nationella territoriet kan bli föremål för omvandling

III — Bakgrund och förfarande

2 — Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om gränsöverskridande fusioner av aktiebolag och andra bolag med begränsat ansvar, KOM (2003) 703 slutlig. Den princip som ligger till grund för detta förslag är att medlemsstaterna i sin egen rättsordning skall fastställa möjligheten att genomföra gränsöverskridande fusioner.

3 — Den 10 maj 2005 godkände Europaparlamentet vid första behandlingen förslaget till direktiv.

4 — BGBl från år 1994, 3210 (1995, 428), senast ändrad den 12 juni 2003.

13. SEVIC Systems Aktiengesellschaft (nedan kallat Sevic) med säte i Neuwied (Tyskland) och Security Vision Concept S.A. (nedan kallat SVC) med säte i Luxemburg ingick år 2002 ett avtal om fusion i vilket de

kom överens om att upplösa SVC utan likvidation och generellt överföra tillgångarna i detta bolag till Sevic.

bolag, nedan kallad UmwG), på grund av att 1 § första stycket första punkten UmwG endast omfattar fusioner av rättssubjekt som har sitt säte i Tyskland?"

14. Amtsgericht Neuwied avslog ansökan om inskrivning av fusionen i det tyska handelsregistret och motiverade denna vägran med stöd av 1 § första stycket UmwG, som endast tillåter fusioner mellan bolag med säte i Tyskland. I förevarande fall avser fusionen däremot ett tyskt bolag och ett bolag som bildats enligt luxemburgsk rätt.

16. I förfarandet vid domstolen har sökanden i målet vid den nationella domstolen, den tyska och den nederländska regeringen samt kommissionen framlagt skriftliga yttranden.

17. I förhandlingen den 10 maj 2005 har Sevic, den tyska regeringen och kommissionen deltagit.

15. Sevic har således överklagat detta beslut vid Landgericht Koblenz. Nämda domstol hyser tvivel om tolkningen av artiklarna 43 EG och 48 EG och har därför beslutat att vilandeförklara det mål som anhängiggjorts vid denna och ställa följande fråga till domstolen:

IV — Rättslig bedömning

A — Huruvida bestämmelserna i fördraget om etableringsfriheten är tillämpliga på förevarande fall

"Skall artiklarna 43 EG och 48 EG tolkas så att det är oförenligt med etableringsfriheten för bolag att ett utländskt europeiskt bolag inte tillåts registrera dess avsedda fusion med ett tyskt bolag i det tyska handelsregistret i enlighet med 16 § och följande paragrafer i Umwandlungsgesetz (lag om omvandling av

18. Det skall inledningsvis påpekas att även om den ifrågavarande nationella bestämmelsen endast reglerar fusioner mellan bolag med säte i Tyskland, inverkar den direkt på möjligheten att genomföra internationella fusioner. Såsom visats i förevarande fall och bekräftats av den tyska regeringen under

förhandlingen är det nämligen på grundval av 1 § första stycket UmwG — och just på grund av att denna bestämmelse endast avser "inhemska" fusioner — som man i Tyskland i regel⁵ inte tillåter inskrivning i handelsregistret av ett avtal om fusion mellan ett bolag som bildats enligt tysk rätt och ett bolag i en annan medlemsstat, vilket får till följd att transaktionen inte kan ha någon effekt.

19. Jag påpekar till följd av detta att parterna framför allt är oeniga om möjligheten att beteckna de aktuella transaktionerna som ett utövande av etableringsfriheten. Innan den hänskjutande domstolens fråga huruvida de relevanta tyska bestämmelserna är förenliga med artiklarna 43 EG och 48 EG behandlas, skall det således fastställas huruvida de tyska bestämmelserna, i förhållande till det aktuella fallet, omfattas av tillämpningsområdet för de ovannämnda bestämmelserna.

20. Den tyska regeringen och den nederländska regeringen har besvarat denna fråga nekande. Enligt deras mening ger den aktuella fusionen nämligen inte upphov till någon "etablering" i den mening som avses i fördraget.

21. Enligt den tyska regeringen avses med detta begrepp det förhållande att en fysisk eller juridisk person utövar förvärvsverksamhet i en annan medlemsstat genom en permanent närvaro som, såvitt avser bolagen, följer av etablering eller överföring till denna stat av ett centrum för den huvudsakliga verksamheten (artikel 43 andra stycket) eller av upprättandet i denna stat av ett sekundärt verksamhetscentrum (artikel 43 första stycket).

22. Enligt den tyska regeringen har i förevarande fall det luxemburgska bolaget (SVC) genom fusionen dock införlivats med det övertagande tyska bolaget (Sevic) och således förlorat sin status som fristående juridisk person. Eftersom ett bolag som upphört att existera per definition dock varken primärt eller sekundärt kan "etablera sig" innebär detta, enligt den tyska regeringen, att villkoren för att tillämpa artiklarna 43 och 48 i fördraget inte är uppfyllda.

23. Den nederländska regeringen har med utgångspunkt i ett motsvarande resonemang tillagt att den omständigheten att ett bolag upphör att existera har ett direkt samband med dess bildande och sätt att fungera, det vill säga med aspekter som, såsom domstolen har fastslagit i domen i det välkända målet Daily Mail,⁶ i nuvarande skede inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsrät-

5 — I sitt beslut har den hänskjutande domstolen dock angett att vissa tyska domstolar på senare tid, även om det är fråga om en inriktning av mindre betydelse i rättspraxis, har godtagit registrering av fusioner mellan företag med säte i Tyskland och utländska företag.

6 — Dom av den 27 september 1988 i mål 81/87, Daily Mail och General Trust (REG 1988, s. 5483; svensk specialutgåva, volym 9, s. 693).

ten, och som, i likhet med medborgarskapet för fysiska personer, endast regleras genom de nationella rättsordningarna. Artiklarna 43 EG och 48 EG kan därför inte tolkas så, att de ger bolag rätt att upphöra att existera genom att delta i gränsöverskridande fusioner.

24. Det skall först konstateras att jag inte delar detta synsätt.

25. Anledningen härtill är först och främst att detta synsätt enligt min mening är ologiskt, eftersom det därmed förutsätts att en följd av fusionen, nämligen att det överlåtande bolaget upphör att existera, medför att detta bolag (innan det upphört att existera!) inte kan genomföra transaktionen och att följden således ligger till grund för det förbud mot registrering som utesluter denna transaktion.

26. Det är däremot riktigt att båda bolagen, under hela det skede som föregår fusionen och ända till dess att denna registreras, existerar och är verksamma som juridiska personer som är fullt i stånd att förhandla om och ingå avtalet om fusion. Det är först i och med att fusionen genomförs, och särskilt i och med registreringen av denna trans-

aktion, som det ena av de två rättssubjekten upphör att existera.⁷ Fram till dess förhåller det sig dock inte så. I det fall transaktionen inte genomförs fortsätter nämligen det bolag som skulle ha införlivats att existera som självständig juridisk person.

27. De omtvistade nationella bestämmelserna berör således rättssubjekt när deras rättskapacitet är intakt. Dessa bestämmelser, och enbart dessa, utesluter möjligheten för dessa rättssubjekt att utöva sin etableringsfrihet. Det är således endast efter en förväxling av orsak och verkan som det är möjligt att motivera att bestämmelserna i fördraget inte skall tillämpas på gränsöverskridande fusioner med hänvisning till att det överlåtande bolaget påstås sakna status som juridisk person.

28. Den aktuella bestämmelsen har, enligt min mening, just till syfte att undanröja varje tvivel på att den omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 43 EG och 48 EG, såsom de tolkats i gemenskapens fasta rättspraxis.

7 — Det är för övrigt vad som uttryckligen föreskrivs i 20 § UnwG.

29. I syfte att säkerställa att etableringsfriheten kan åtnjutas till fullo, i betydelsen att ha en möjlighet att "stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat",⁸ har domstolen fastställt att bestämmelserna i artiklarna 43 EG och 48 EG inte skall omfatta endast de nationella bestämmelser och metoder som direkt och specifikt avser utövandet av den berörda förvärvsverksamheten, utan dessutom alla "bestämmelser avseende olika allmänna möjligheter som är ändamålsenliga för utövandet av denna verksamhet".⁹

30. Alla de bestämmelser som tillåter eller också enbart underlättar tillträdet till en medlemsstat och/eller utövandet av näringsverksamhet i den staten, och som ger berörda rättssubjekt möjlighet att effektivt och på samma villkor som de nationella aktörerna delta i landets näringsliv omfattas därför av tillämpningsområdet för etableringsfriheten.¹⁰

31. Domstolen har vid uttalandet av dessa principer nästan alltid hänvisat till det allmänna handlingsprogram för upphävande av

begränsningar i etableringsfriheten som rådet antog den 18 december 1961. I detta handlingsprogram föreskrivs att "bestämmelser och metoder som enbart i förhållande till utländska medborgare utesluter, begränsar eller uppställer villkor för möjligheten att utöva rättigheter som normalt är förenade med verksamhet som egenföretagare"¹¹ utgör sådana begränsningar som skall upphävas. I handlingsprogrammet anges, endast som exempel, en förteckning över sådana "möjligheter", däribland, såvitt är av intresse här, möjligheten att "ingå avtal" och "att förvärva, åtnjuta och avyttra rättigheter och lös eller fast egendom".

32. Det skall sammanfattningsvis påpekas att etableringsfriheten inte endast rör rätten att flytta till en annan medlemsstat i syfte att där utöva verksamhet, utan alla de aspekter som på något sätt kompletterar och medverkar till att denna verksamhet kan genomföras och således till att den frihet som fastställts i fördraget kan utövas fullt ut.

33. Enligt min mening är det uppenbart att detta är fallet även med den aktuella nationella bestämmelsen. Den berör nämligen aspekter som inte är kompletterande utan just grundläggande för en ekonomisk aktörs verksamhet, eftersom den hindrar honom från att genomföra specifika transaktioner (fusioner) och särskilt transaktioner avseende förvärv/avyttring eller bildande av nya bolag.

8 — Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 25.

9 — Dom av den 14 januari 1988 i mål 63/86, kommissionen mot Italien (REG 1988, s. 29), punkt 14, och av den 30 maj 1989 i mål 305/87, kommissionen mot Grekland (REG 1989, s. 1461), punkt 21.

10 — Se, särskilt, domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Italien, punkterna 14 och 16, och kommissionen mot Grekland, punkt 19, dom av den 1 juni 1999 i mål C-302/97, Konle (REG 1999, s. I-3099), punkt 22, av den 13 april 2000 i mål C-251/98, Baars (REG 2000, s. I-2787), punkt 22, och av den 5 november 2002 i mål C-208/00, Überseering (REG 2002, s. I-9919), punkt 93.

11 — EGT 2, 1962, s. 36; svensk version i EES-avtalets bilagor med rättsakter, band 6, s. 113.

34. Det föreligger dock en annan aspekt som de intervenerande regeringarna har förbisett genom att enbart fokusera på den omständigheten att det överlåtande bolaget upphör att existera, något som enligt min mening däremot kan ha direkt betydelse för denna analys.

35. Jag hänvisar särskilt till den omständigheten att den aktuella fusionen kan betraktas inte enbart som ett fall av primär etablering, utan även som sekundär etablering. Införlivandet av ett bolag som är etablerat i en annan medlemsstat (i förevarande fall det luxemburgska bolaget) utesluter nämligen inte att det övertagande bolaget (i detta fall det tyska bolaget) just till följd av fusionen kan finna sig vara stadigvarande verksamt i den medlemsstat i vilken det överlåtande bolaget hade sitt säte och därmed i en annan medlemsstat än den egna medlemsstaten och därigenom upprätta ett, om än sekundärt, säte i denna medlemsstat.

36. I förevarande fall har, såsom bekräftats under förhandlingen, det övertagande bolaget (Sevic) med stöd av fusionsavtalet behållit det överlåtande bolagets (SVC) tillgångar, personal och produktionsmedel i Luxemburg och på så sätt förfogat över ett "sekundärt" verksamhetscentrum i utlandet.

37. I det fallet utvecklar sig då en särskild form för utövande av etableringsfriheten,

som också föreskrivs i artikel 43 EG, det vill säga den "sekundära" etableringen i en medlemsstat av ett bolag med säte i en annan medlemsstat, tack vare möjligheten enligt denna bestämmelse att "starta och driva mer än ett verksamhetscentrum inom gemenskapens territorium".¹²

38. Den omständigheten att den sekundära etableringen i förevarande fall realiseras genom en enhet utan självständig status som juridisk person kan inte heller leda till någon annan slutsats. I artikel 43 första stycket EG föreskrivs nämligen möjligheten att utöva etableringsfriheten genom enheter som har status som juridisk person (dotterbolag) eller som saknar sådan självständighet (kontor och filialer).

39. Det framgår å andra sidan av gemenskapens rättspraxis att hänvisningen i denna bestämmelse till "kontor, filialer eller dotterbolag" endast skall anses utgöra exempel och inte en uttömmande beskrivning av de former för etablering som det bolag som är verksamt i den andra medlemsstaten kan använda. Domstolen har sålunda medgett att bestämmelserna om etableringsrätt kan tillämpas i fall i vilka exempelvis ett bolags

12 — Dom av den 12 juli 1984 i mål 107/83, Klopp (REG 1984, s. 2971; svensk specialutgåva, volym 7, s. 653), punkt 19.

närvaro i ett annat land inom gemenskapen inte består av "en filial eller agentur utan endast av ett enkelt kontor som sköts av företagets egen personal eller av en självständig person som har fullmakt att varaktigt företräda företaget på samma sätt som en agentur".¹³

såvida detta deltagande ger förvärvaren "ett betydande inflytande över bolagets beslut och [gör att han] kan bestämma över bolagets verksamhet".¹⁵ Detta kriterium är per definition alltid uppfyllt i fall, såsom det här aktuella fallet, av absorption av ett annat bolag.

40. Mot bakgrund av det ovan anförda är det inte heller möjligt att godta den tyska regeringens invändning, enligt vilken utövan- det av etableringsfriheten med nödvändighet kräver att det görs en ny eller en ytterligare etablering i utlandet och därför inte kan ske genom förvärv av ett befintligt bolag, såsom har skett i målet vid den nationella domstolen.

42. Mot bakgrund av ovanstående övervä- ganden anser jag därför att en nationell bestämmelse som den som är föremål för målet vid den nationella domstolen helt omfattas av tillämpningsområdet för artik- larna 43 EG och 48 EG.

B — Bedömning av den nationella lagstift- ningen i fråga

41. Såsom domstolen, i överensstämmelse med den ovan angivna inriktningen i rätts- praxis, har angett innebär den rätt som föreskrivs i artikel 43 EG en möjlighet "att välja lämplig juridisk form för verksamhet i en annan medlemsstat".¹⁴ Denna rätt kan således utövas på flera sätt, till och med genom förvärv av andelar i ett redan existerande bolag i en annan medlemsstat

43. Sedan detta klarlagts, det vill säga att frågan nu skall prövas i sak, skall frågan ställas huruvida den nationella bestämmel- sen i fråga, på grund av att den i varje fall inte

13 — Dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1986, s. 3755; svensk specialutgåva, volym 8, s. 741), punkt 21.

14 — Dom av den 21 september 1999 i mål C-307/97, Saint-Gobain ZN (REG 1999, s. I-6161), punkt 43.

15 — Se, särskilt, domarna i de ovannämnda målen Baars, punkterna 21 och 22, och Überseering, punkt 77. Det skall dock anges att förvärvet av en aktie som inte ger ett sådant inflytande av detta skäl inte skall undandras tillämpningen av bestämmelserna i fördraget, men dock fortfarande omfattas av bestämmelserna om den fria rörligheten för kapital.

tillåter att fusioner mellan bolag med säte i Tyskland och bolag i andra medlemsstater skrivs in i det tyska handelsregistret, utgör en inskränkning i etableringsfriheten.

Med andra ord är inskränkningar både "vid inträdet i" och "vid utträdet ur" det nationella territoriet förbjudna.

44. Det skall först erinras om att på grundval av den breda definitionen av etableringsfriheten som, såsom framgått (ovan punkterna 24–27), följer av gemenskapens rättspraxis skall "varje åtgärd som innebär att utövandet av denna frihet förbjuds, hindras eller blir mindre attraktivt"¹⁶ anses vara en inskränkning i denna frihet. Även nationella bestämmelser som endast är avsedda att "hindra" en aktör från att åberopa etableringsfriheten kan således omfattas av detta förbud.¹⁷

45. Det framgår inte enbart men dock alltid av denna rättspraxis att artikel 43 EG inte endast innebär ett förbud mot att en medlemsstat hindrar eller inskränker utländska aktörers etablering på det egna territoriet, utan även utgör ett hinder för att denna medlemsstat hindrar nationella aktörers etablering i en annan medlemsstat.¹⁸

46. Om dessa principer tillämpas på förevarande fall är det enligt min mening obestriddligt att en bestämmelse, som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, åtminstone kan avråda både nationella och utländska aktörer från att utöva etableringsfriheten.

47. En fusion är en särskilt effektiv metod för att omvandla bolag, eftersom den, inom ramen för en enda transaktion, ger möjlighet att utöva en bestämd verksamhet under nya former och utan avbrott. Härigenom minskas således avsevärt de komplikationer, den tid och de kostnader som är förenade med andra former för sammanslagningar av bolag, som exempelvis får till följd att bolag upplöses, tillgångarna likvideras och ett nytt bolag därefter bildas, att enskilda tillgångar överförs och att äganderättsbevis utbyts.

48. Den omtvistade nationella bestämmelsen innebär att Sevic, i likhet med alla de bolag som bildats enligt tysk rätt och som befinner sig i en motsvarande situation, förlorar möjligheten att genomföra en fusion som bolaget i annat fall hade kunnat genomföra enbart på grund av att det avser att överta ett bolag som har sitt säte i en annan

16 — Se senast dom av den 5 oktober 2004 i mål C-442/02, Caixa Bank France (REG 2004, s. I-8961), punkt 26 och däri angiven rättspraxis.

17 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet Daily Mail, punkt 16, dom av den 18 november 1999 i mål C-200/98, X och Y (REG 1999, s. I-8261), punkt 26, och av den 11 mars 2004 i mål C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant (REG 2004, s. I-2409), punkt 45.

18 — Se särskilt domarna i de ovannämnda målen Baars, punkt 28, och Hughes de Lasteyrie du Saillant, punkt 42.

medlemsstat. Detta beror enbart på bestämmelsen i fråga. Bolaget förlorar alltså en stor och uppenbart betydande möjlighet på en integrerad marknad som den europeiska marknaden, såvida det inte vill tillgripa andra metoder som, såsom jag tidigare har påpekat, inte har samma egenskaper och fördelar.

vändigt att bilda ett nytt bolag i Tyskland, vilket, såsom domstolen har angett, står "i direkt strid med etableringsfriheten".¹⁹

51. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag därför att den tyska bestämmelsen, såsom har nämnts, utgör en inskränkning i etableringsfriheten och således strider mot artiklarna 43 EG och 48 EG.

49. Allt detta utgör uppenbart ett "hinder" som direkt kan inverka på de tyska bolagens beslut att etablera sig eller att utvidga sin närvaro i andra medlemsstater, och således att utöva den frihet som de har enligt artiklarna 43 EG och 48 EG.

C — Det påstådda berättigandet av den ifrågavarande nationella lagstiftningen

52. Trots detta skall det provas huruvida den omtvistade nationella bestämmelsen kan anses vara motiverad av skäl av allmän karaktär, vilket anges nedan.

50. Den aktuella bestämmelsen har dock även en restriktiv effekt med avseende på bolag med säte i andra medlemsstater. Den hindrar nämligen helt andra rättssubjekt från att tillämpa en metod för tillträde till den tyska marknaden. Närmare bestämt kan inte ett bolag som har sitt säte i utlandet utveckla sin verksamhet i Tyskland genom att gå samman med ett eller flera tyska bolag medelst absorption av ett redan existerande bolag eller bildande av ett nytt bolag. För att nå ett sådant resultat är det troligen nöd-

53. Den tyska regeringen har, med stöd av den nederländska regeringen, gjort gällande att den i detta skede, i avsaknad av särskilda gemenskapsrättsliga bestämmelser om harmonisering, omöjligen kan godkänna gränsöverskridande fusioner, på grund av de betydande skillnader som fortfarande finns mellan den bolagsrätt som gäller i medlemsstaterna och den därför särskilt komplicerade

¹⁹ — Domen i det ovannämnda målet *Überseering*, punkt 81.

karaktären av dessa transaktioner. Det aktuella förbudet är således motiverat med hänsyn till att det är nödvändigt att säkerställa en tillräcklig rättssäkerhet i affärstransaktionerna och att skydda intressena hos arbetstagare, fordringsägare och minoritetsdelägare i de tyska bolagen.

54. Även om domstolen således skulle besluta att bestämmelsen i 1 § första stycket första punkten UmwG utgör en inskränkning i etableringsfriheten är denna inskränkning dock lagenlig, eftersom den är avsedd att uppfylla krav som, enligt de två intervenserande regeringarna, i gemenskapens rättspraxis har fastställts kunna motivera sådana bestämmelser.

55. Det skall framför allt erinras om att det i gemenskapsrätten, i fråga om de undantag från de grundläggande friheterna som godtagits, görs en klar skillnad mellan diskriminerande och icke diskriminerande bestämmelser. De förstnämnda godtas endast om de kan omfattas av ett i fördraget uttryckligen föreskrivet undantag och följaktligen, såvitt avser etableringsfriheten, av artikel 46 EG. De bestämmelser som däremot utan åtskillnad är tillämpliga på nationella rättssubjekt och på rättssubjekt från andra medlemsstater kan endast godtas om de är grundade på

tvingande hänsyn till tvingande skäl. Om så är fallet skall de även vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.²⁰

56. Det måste konstateras att det i förevarande fall är fråga om en diskriminerande bestämmelse. I den aktuella bestämmelsen föreskrivs, såsom framgått, en klar särbehandling av bolag på grundval av säte. Enligt bestämmelsen tillåts nämligen fusioner om de berörda bolagen är etablerade i Tyskland, men de hindras däremot om ett av bolagen är etablerat i utlandet.

57. Det enda undantag som i sådana fall kan tillämpas är därför det undantag som föreskrivs i artikel 46 EG, på vars grund diskriminerande bestämmelser endast kan vara motiverade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Denna bestämmelse skall dessutom, i egenskap av undantag från en grundläggande princip i för-

20 — Se särskilt dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus (REG 1993, s. I-1663; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1663), punkt 32, och domen i det ovannämnda målet Gebhard, punkt 37, dom av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros (REG 1999, s. I-1459), punkt 34, och domen i det ovannämnda målet Caixa Bank, punkt 17.

draget, tolkas restriktivt, vilket är skälet till att domstolen, för att tillämpa undantaget, har uppställt ett särskilt krav på att det skall föreligga ett "verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen".²¹

58. Det är enligt min mening uppenbart att eventuella svårigheter avseende samordning eller risken för att olika nationella bestämmelser om bolagsrätt strider mot varandra, som de tyska och nederländska myndigheterna dessutom på ett ytterst vagt och allmänt sätt har åberopat, inte kan utgöra ett "hot" av sådan karaktär och omfattning mot ett av samhällets ovannämnda grundläggande intressen och således omfattas av tillämpningsområdet för artikel 46 EG.

59. Även om det likväl skulle antas att den omtvistade bestämmelsen inte är diskriminerande ändras inte resultatet, eftersom de villkor som uppställts i gemenskapens rättspraxis och som jag har nämnt ovan för de inskränkningar som kan tillämpas utan åtskillnad (ovan punkt 55) i vart fall inte är uppfyllda.

60. Inledningsvis skall förekomsten av tvingande hänsyn till allmänintresset behandlas. I detta avseende kan man kanske, om än helt hypotetiskt, förstå skälen till att det överlåtande bolagets ursprungsstat motsätter sig att fusionen genomförs på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset.²² Denna stat förlorar nämligen möjligheten att utöva en direkt kontroll över ett bolag som omfattades av dess rättsordning och som, till följd av att bolaget införlivas med ett bolag i en annan medlemsstat, upphör att existera.

61. Det synes däremot vara svårare att motivera en invändning från den stat där det övertagande bolaget är etablerat, eftersom fusionen inte påverkar detta bolags koppling till rättsordningen i denna stat. I förevarande fall har Sevic upprätthållit sitt säte i Tyskland även efter den planerade fusionen, och tysk rätt fortsätter att tillämpas på samtliga verksamheter i detta bolag.

62. Även om dessa överväganden skulle tillmätas betydelse kvarstår dock tvivlet att de påstådda problemen avseende förenlighet eller samordning av olika rättsordningar skulle kunna betraktas som tvingande hänsyn till allmänintresset. Detta är särskilt fallet

21 — Se exempelvis dom av den 27 oktober 1977 i mål 30/77, Bouchereau (REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3, s. 459), punkt 35, och av den 26 november 2002 i mål C-100/01, Oteiza Olazabal (REG 2002, s. I-10981), punkt 39.

22 — I förevarande fall framgår det av handlingarna i målet att Luxemburg inte har framfört någon typ av invändning och att det har avfört SVC från det nationella handelsregistret.

om man beaktar att internationella fusioner synes vara tillåtna enligt flera nationella rättsordningar utan att detta, i motsats till vad de två deltagande regeringarna förefaller hävda, skapar oöverstigliga svårigheter.²³

63. Även om dessa regeringars åsikt i denna fråga skulle delas, vilket inte är fallet, är det dock fortfarande nödvändigt att kontrollera huruvida de andra ovannämnda villkoren, det vill säga den ifrågavarande bestämmelsens nödvändighet och proportionalitet, är uppfyllda i det aktuella fallet.

64. Såsom har framgått föreskrivs dock i denna bestämmelse ett absolut och automatiskt förbud, som således kan tillämpas allmänt och i förebyggande syfte på alla gränsöverskridande fusioner, oberoende av om därmed förenade eventuella skador eller risker inträffar.

65. Enligt min mening är det, särskilt mot bakgrund av domstolens rättspraxis²⁴, helt

uppenbart att denna bestämmelse i sig går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet att lösa de eventuella svårigheter som har nämnts, och således inte skall anses stå i proportion till eftersträvandet av detta mål. Detta mål kan nämligen uppnås med hjälp av mindre restriktiva bestämmelser, såsom till exempel möjligheten att från fall till fall — och endast när det föreligger sådana uppenbara och bevisade svårigheter att samordna de berörda rättsordningarna som kan framkalla allvarliga risker för rättssäkerheten eller för skyddet av intressena hos arbetstagare, fordringsägare eller minoritetsägare i de berörda bolagen — vägra registrering.

66. Det skall erinras om att det är uppenbart att en bestämmelse i vilken det föreskrivs ett sådant absolut och automatiskt förbud inte anses stå i proportion till sitt syfte.

67. Slutligen kan inte heller denna bestämmelse anses vara motiverad på grund av att gemenskapsdirektivet om gränsöverskridande fusioner av aktiebolag ännu inte har antagits, vilket de intervenerande regeringarna gjort gällande. I avsaknad av gemen-

23 — Såvitt framgår godtas genomförandet av sådana transaktioner i exempelvis spansk, portugisisk, italiensk, fransk och belgisk rätt, även om det sker på olika sätt.

24 — I fråga om huruvida totala och generella förbud står i proportion till sitt syfte, se exempelvis dom av den 30 april 1986 i mål 96/85, kommissionen mot Frankrike (REG 1986, s. 1475), punkt 14, av den 16 juni 1992 i mål C-351/90, kommissionen mot Luxemburg (REG 1992, s. I-3945), punkt 19, av den 26 september 2000 i mål C-478/98, kommissionen mot Belgien (REG 2000, s. I-7587), punkt 45, och av den 4 mars 2001 i mål C-334/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-2229), punkterna 28 och 34.

skapsrättslig harmonisering kan, enligt dessa regeringar, sådana transaktioner nämligen inte genomföras.

70. Härav drar jag således slutsatsen att den nationella bestämmelsen i fråga inte är motiverad på grundval av vare sig artikel 46 EG eller de tvingande hänsyn som de deltagande regeringarna har åberopat. Den skall därför anses strida mot artiklarna 43 EG och 48 EG.

68. Det är känt, och även bekräftat av domstolens fasta rättspraxis, att utövandet av etableringsfriheten inte kan göras beroende av att harmoniseringsdirektiv antas.²⁵ Anledningen härtill är att sådana direktiv inte inrättar rättigheter som följer av fördraget, utan endast syftar till att underlätta utövandet av dessa. Detta har för övrigt, såvitt särskilt avser detta fall, bekräftats genom första skälet i det ovannämnda förslaget till direktiv, enligt vilket direktivet syftar till att "underlätta gränsöverskridande sammanslagningar mellan aktiebolag".²⁶ På så sätt motbevisas obestriddigen påståendet om att det är nödvändigt med en föregående gemenskapsrättslig harmonisering.

D — *Den fria rörligheten för kapital*

71. Jag noterar slutligen att kommissionen under förhandlingen påpekade att den ifrågavarande bestämmelsen även kan betraktas som en sådan inskränkning i den fria rörligheten för kapital som i princip är förbjuden enligt artikel 56 EG. Anledningen härtill är att vägran att registrera gränsöverskridande fusioner hindrar kapitalrörelser i samband med sådana transaktioner.

69. I förevarande fall är inte de villkor, som enligt ovan är grundläggande för att en nationell bestämmelse som är oförenlig med fördraget skall anses vara motiverad, uppfyllda.

72. Det skall först påpekas att den hänskjutande domstolen inte har begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande angående tolkningen av artikel 56 EG.

Trots detta kan det ifrågasättas huruvida det ändå inte är nödvändigt med ett svar på denna punkt. Såsom angetts i gemenskapens rättspraxis kan domstolen "[f]ör att kunna ge den domstol som har begärt ett förhandsav-

25 — Se särskilt dom av den 28 april 1977 i mål 71/76, Thieffry (REG 1977, s. 765; svensk specialutgåva, volym 3, s. 359), punkterna 17 och 27, och domarna i de ovannämnda målen Kraus, punkt 30, och Überseering, punkt 55.

26 — Min kursivering.

görande ett användbart svar ... behöva ta hänsyn till gemenskapsrättsliga normer som den nationella domstolen inte har hänvisat till i sin begäran".²⁷

inte fastslår att det i förevarande fall föreligger ett åsidosättande av bestämmelserna om etableringsfriheten.

73. Å andra sidan är det, enligt min mening, i förevarande fall i princip inte nödvändigt att tolka artikel 56 EG för att kunna lösa tvisten i målet vid den nationella domstolen. Eftersom jag redan har dragit slutsatsen att den ifrågavarande bestämmelsen utgör en omotiverad inskränkning enligt artikel 43 EG är det strängt taget överflödigt att kontrollera huruvida denna bestämmelse är förenlig med artikel 56 EG. Det är känt att domstolen, när den redan har påvisat en inskränkning i etableringsfriheten, i princip inte anser att det är nödvändigt att undersöka huruvida en viss bestämmelse även strider mot fördragets bestämmelser om den fria rörligheten för kapital.²⁸

74. I förevarande fall kan det å andra sidan bli nödvändigt att göra en ytterligare kontroll om domstolen godtar den av de intervenerande regeringarna föreslagna lösningen och

75. Om så är fallet och om frågan således skall bedömas med utgångspunkt i den fria rörligheten för kapital skall emellertid, såsom kommissionen har anfört, den omtvistade nationella bestämmelsen anses utgöra en rättsstridig inskränkning i denna frihet.

76. Det skall inledningsvis konstateras att fusionerna, eftersom de är "oupplösligt knut[na] till en kapitalrörelse",²⁹ klart omfattas av tillämpningsområdet för artikel 56 EG. Enligt punkt I, "Direkta investeringar", i den nomenklatur³⁰ som finns i bilaga 1 till rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67,³¹ ingår bland dessa investeringar "fullständiga förvärv av befintliga företag" (punkt I.1) och "[f]örvärv

27 — Dom av den 20 mars 1986 i mål 35/85, Tisserier (REG 1986, s. 1207), punkt 9, av den 27 mars 1990 i mål C-315/88, Bagli Pennacchiotti (REG 1990, s. I-1323), punkt 10, av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 39.

28 — Se exempelvis dom av den 28 april 1998 i mål C-118/96, Safir (REG 1998, s. I-1897), punkt 35, av den 18 november 1999 i mål C-200/98, X och Y (REG 1999, s. I-8261), punkt 30, av den 13 april 2000 i mål C-251/98, Baars (REG 2000, s. I-2787), punkt 42, av den 8 mars 2001 i de förenade målen C-397/98 och C-410/98, Metallgesellschaft m.fl. (REG 2001, s. I-1727), punkt 75, och av den 21 november 2002 i mål C-436/00, X och Y (REG 2002, s. I-10829), punkt 66.

29 — Dom av den 16 mars 1999 i mål C-222/97, Trummer och Mayer (REG 1999, s. I-1661), punkt 24.

30 — Den nomenklatur som gemenskapens rättspraxis ständigt har hänvisat till för att fastställa begreppet kapitalrörelser. Se den på senare tid avkunnade domen i det ovannämnda målet Trummer och Mayer, punkt 21, och den på senare tid avkunnade domen av den 6 juni 2000 i mål C-35/98, Verkoijen (REG 2000, s. I-4071), punkt 27.

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

av del i nya eller befintliga företag i syfte att upprätta eller vidmakthålla varaktiga ekonomiska relationer” (punkt I.2). Det är således tydligt att fusioner utgör ”kapitalrörelser”.

rörelser genom att användningen av ett särskilt fördelaktigt instrument för att genomföra transaktioner avseende förvärv eller bildande av bolag i utlandet förbjuds.

77. Vidare kan, såvitt avser den ifrågavarande bestämmelsens restriktiva karaktär, enligt min mening övervägandena avseende etableringsfriheten (ovan punkterna 37–43) utan svårighet i tillämpliga delar överföras här. Den ifrågavarande bestämmelsen har åtminstone en avrådande effekt på kapital-

78. Slutligen anser jag inte, av samma skäl som angetts ovan (ovan punkterna 48–59), att i förevarande fall de villkor föreligger som i rättspraxis fastställts för att ett undantag från utövandet av en grundläggande frihet som garanteras genom fördraget, såsom den frihet som här är i fråga, skall kunna vara motiverat.

V — Förslag till avgörande

79. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar frågan från Landgericht Koblenz på följande sätt:

”Artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för bestämmelser i en medlemsstat, såsom bestämmelserna i Umwandlungsgesetz, som inte tillåter inskrivning i det nationella handelsregistret av fusioner mellan bolag som har sitt säte i denna stat och bolag i andra medlemsstater.”