FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 16. juli 1998 *

I — Det præjudicielle spørgsmål, de faktiske omstændigheder i og den retlige baggrund for hovedsagen

1. Højesterets Anke- og Kæremålsudvalg (herefter »Højesteret«) har i medfør af artikel 177 i EF-traktaten (herefter »traktaten«) anmodet Domstolen om at fortolke de fællesskabsretlige bestemmelser om etableringsret i relation til en sag, der vedrører en påstået omgåelse af en medlemsstats nationale bestemmelser, hvorefter der ved stiftelse af selskaber i en given selskabsform stilles krav om en bestemt mindstekapital. Det præjudicielle spørgsmål, Højesteret har forelagt, har følgende ordlyd:

»Er det foreneligt med EF-traktatens artikel 52, jf. artikel 58 og artikel 56, at nægte registrering af en filial af et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, og som med en selskabskapital på 100 GBP (ca. 1 000 DKK) er lovligt stiftet og bestående i henhold til denne medlemsstats lovgivning, når selskabet ikke selv driver erhvervsmæssig virksomhed, men filialen ønskes oprettet for at drive hele virksomheden i det land, hvor filialen oprettes, og fremgangsmåden må anses for benyttet i stedet for stiftelse af et selskab i sidstnævnte medlemsstat med henblik på at undgå indbetaling af en mindste selskabskapital på 200 000 DKK, nu 125 000 DKK?«

2. Lad mig først redegøre for de faktiske omstændigheder, der er baggrunden for hovedsagen. I sommeren 1992 anmeldte Marianne Bryde, der er selskabsdeltager og enedirektør i Centros Ltd — der i maj 1992 var blevet registreret som et *private limited company* i England og Wales — en filial af Centros til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Det fremgår af forelæggelsesbeslutningen, at Centros' formål ifølge vedtægterne er at drive virksomhed inden for en lang række forretningsområder, herunder udlånsvirksomhed. Ifølge selskabsdeltagerne skulle selskabets virksomhed dog kun omfatte im- og eksport af vin. Selskabet har ikke efter sin stiftelse drevet erhvervsmæssig virksomhed. Den eneste anden selskabsdeltager i Centros er Marianne Brydes mand, Tonny Bryde. Ægtefællerne Bryde er begge danske statsborgere og har bopæl i Danmark; de købte selskabet kort efter dets stiftelse, og de eneste to selskabsbeviser er udstedt til dem. Sel-

* Originalsprog: italiensk.

skabskapitalen i Centros, som udgør 100 GBP, er ikke blevet indbetalt til selskabet, men ligger i en kasse på Tonny Brydes bopæl. Selskabet har adresse hos en af ægteparret Brydes venner, der har bopæl i Det Forenede Kongerige.

3. Reglerne om registrering i Danmark af filialer af udenlandske anpartsselskaber findes i den danske anpartsselskabslov. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder fandtes reglerne i lovbekendtgørelse nr. 660 af 25. september 1991 (§§ 117-122). Efter disse bestemmelser kan anpartsselskaber, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, drive virksomhed i Danmark gennem en filial, der er etableret på dansk område, og som ledes af en eller flere filialbestyrere, der skal kunne tegne filialen. Det er en betingelse for, at filialen lovligt kan drive virksomhed, at den er anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Såfremt registrering nægtes, må filialen ikke fortsætte sin virksomhed. For så vidt angår filialens dispositioner i Danmark er den underkastet dansk ret og danske domstoles afgørelser. Det bør i øvrigt i denne forbindelse fremhæves, således som det også udtrykkeligt er nævnt i det præjudicielle spørgsmål, at på tidspunktet for de faktiske omstændigheder krævedes der ved stiftelse af et anpartsselskab i Danmark en indskudskapital på mindst 200 000 DKK [1]. I bemærkningerne til forslaget til den lov, der blev vedtaget som lov nr. 886 af 21. december 1991, blev forhøjelsen i forhold til de tidligere gældende beløb af den mindstekapital, der kræves ved stiftelse af de pågældende selskaber (og ved stiftelse af aktieselskaber) [2], begrundet i hensynet til at styrke selskabernes soliditet for dermed at beskytte statens og de øvrige offentlige kreditorers interesser, idet disse i modsætning til private kreditorer ikke har mulighed for at sikre deres tilgodehavender ved at stille krav om sikkerhedsstillelse eller kaution. Et andet formål med de nye bestemmelser var at modvirke konkursrytteri som følge af, at selskaber, hvis oprindelige kapitalgrundlag var utilstrækkeligt, bliver insolvente. Efter dansk ret gælder der for udenlandske selskaber med hjemsted inden for Fællesskabet, der ønsker at oprette en filial i Danmark, ikke noget mindstekrav med hensyn til selskabskapitalen. Den praksis, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen følger i sådanne tilfælde, består imidlertid ifølge det oplyste i, at den undersøger, om stiftelsen af det udenlandske selskab er et middel til at omgå de danske regler om mindstekapitalkrav. Da Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i den foreliggende sag ikke fik de fornødne oplysninger fra Marianne Bryde

1 — Ved lov nr. 378 af 22.5.1996 blev det pågældende beløb nedsat til 125 000 DKK. Der blev imidlertid samtidig gennemført en skærpelse af de regler, som skal sikre kapitalens tilstedeværelse, navnlig: i) i form af et forbud mod erhvervelse af anparter i selskabet selv eller i moderselskabet, ii) for så vidt angår betingelserne for et anpartsselskabs erhvervelser fra en stifter eller anpartshaver inden for 24 måneder efter registreringen, hvis vederlaget udgør mindst 50 000 DKK og svarer til mindst 10% af kapitalen, samt iii) de forpligtelser, der påhviler selskabets ledelse, såfremt selskabet har tabt 40% af sin kapital.

2 — Ved lov nr. 886 af 21.12.1991 blev mindstekapitalkravet for aktieselskaber fastsat til 500 000 DKK (dvs. et beløb, der er meget højere end det minimumsbeløb, svarende til 25 000 ECU, der er fastsat i Rådets andet direktiv 77/91/EØF af 13.12.1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskaber samt bevarelse af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (herefter »andet direktiv«, EFT 1977 L 26, s. 1), med senere ændringer).

vedrørende Centros' virksomhed i England og Wales, afviste styrelsen anmeldelsen. I den derpå anlagte sag gav Østre Landsret styrelsen medhold, idet retten ved dom af 8. september 1995 fastslog, at et selskab fra en medlemsstat, hvis virksomhed fuldt ud er rettet mod en anden medlemsstats territorium, ikke under påberåbelse af traktatens regler om etableringsfriheden kan omgå præceptive regler i sidstnævnte stat. Under sagen for Østre Landsret havde Tonny Bryde, der blev afhørt som vidne, forklaret, at han ikke vidste, om købet af Centros og den efterfølgende oprettelse af en filial i Danmark kunne betegnes som en omgåelse af danske bestemmelser, idet han dog indrømmede, at »det jo er nemmere at finde 100 GBP end 200 000 DKK«. Det er på denne baggrund, at Højesteret, som Østre Landsrets dom blev indanket for, har anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af ovennævnte spørgsmål.

II — De argumenter, der er fremført af parterne, af de regeringer, der har indgivet indlæg, og af Kommissionen

4. Centros har anført, at alle de betingelser, der i dansk selskabslovgivning er fastsat for registrering af en filial, er opfyldt i den foreliggende sag. Afgørelsen om at nægte registrering er således i strid med den ret, Centros i henhold til traktatens artikel 52 og 58 har til frit at etablere sig i en anden medlemsstat end den, hvori selskabet primært er etableret. Ifølge sagsøgeren i hovedsagen fremgår det af Domstolens dom i Segers-sagen [3], at et selskabs ret til sekundær etablering inden for Fællesskabet alene er undergivet de betingelser, der er fastsat i traktatens artikel 58, og at det derfor ikke tillige kan kræves, at selskabet faktisk driver virksomhed i registreringslandet. Det er således uden betydning, om selskabet udelukkende driver erhvervsmæssig virksomhed — gennem agenturer, filialer eller datterselskaber — i en eller flere andre medlemsstater end den stat, hvori det primært er etableret.

5. Tilsvarende argumenter er fremført af Det Forenede Kongeriges regering, idet regeringen har anført, at nægtelsen af at registrere filialen er ensbetydende med, at Centros afskæres fra at udøve en ret, som udgør selve kernen i begrebet etableringsfrihed, og er en tilsidesættelse af princippet om gensidig anerkendelse af virksomheder i selskabsform. Den berettigede interesse i at beskytte kapitalselskabers kreditorer kan varetages ved foranstaltninger, der er mindre restriktive end den i hovedsagen anvendte, og sådanne foranstaltninger er i øvrigt allerede fastsat i fællesskabsretten. De britiske myndigheder

3 — Dom af 10.7.1986, sag 79/85, Sml. s. 2375.

har f.eks. henvist til den harmoniserede ordning om offentlighed med hensyn til en række dokumenter og oplysninger vedrørende filialer, som er oprettet i en medlemsstat af selskaber henhørende under en anden medlemsstats retsregler, der er indført ved Rådets ellevte selskabsdirektiv (herefter »ellevte direktiv«) [4]. I kraft af denne ordning underrettes tredjemand, som gennem filialen kontraherer med hovedvirksomheden, om, at denne er stiftet i selskabsform i en anden medlemsstat i overensstemmelse med de dér gældende regler, også med hensyn til indskudskapitalen, og oplysningerne herom er tilgængelige i registret i det land, hvor filialen er registreret. Den britiske regering har medgivet, at der i henhold til Domstolens praksis må sondres mellem den lovlige udøvelse af etableringsretten og den rent formelle påberåbelse af et forhold, der er reguleret i fællesskabsretten. Efter regeringens opfattelse kan den omstændighed, at statsborgere i én medlemsstat stifter et selskab efter en anden medlemsstats lovgivning, under ingen omstændigheder betegnes som en formel påberåbelse. Den begrænsning af etableringsretten, der følger af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse, kan i hvert fald ikke begrundes ud fra rent økonomiske hensyn, idet sådanne hensyn ikke er omhandlet i traktatens artikel 56.

6. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har anført, at ægtefællerne Bryde ikke ved blot at stifte et »proforma«-selskab i Det Forenede Kongerige kan påberåbe sig traktatens artikel 52 og 58 og derved unddrage sig det i dansk lov fastsatte mindstekapitalkrav. Under de foreliggende omstændigheder udgør den filial af Centros, som Marianne Bryde søger registreret i Danmark, reelt hovedvirksomheden. For så vidt angår det fællesskabsretlige filialbegreb har styrelsen anført, at da der ikke kan udledes en definition af bestående retskilder, må man kunne anvende Domstolens fortolkning af filialbegrebet i dens afgørelser vedrørende konventionen om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, undertegnet i Bruxelles den 27. september 1968 (herefter »domskonventionen«) [5]. Ifølge styrelsen følger det af disse afgørelser [6] netop, at såfremt der ikke eksisterer en hovedvirksomhed, som udøver ledelse over og fører kontrol med filialen, er det filialen, der udgør centret for virksomhedens erhvervsudøvelse. I så fald skal filialen derfor opfylde betingelserne for at blive registreret som hovedvirksomhed og ikke betingelserne med hensyn til sekundær etablering. At det med henblik på udøvelse af friheden til sekundær etablering er en betingelse, at hovedvirksomheden faktisk driver økonomisk aktivitet, kan i øvrigt udledes af Domstolen praksis vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed, der må finde tilsvarende anvendelse [7]. En medlemsstat kan i øvrigt lovligt opstille et sådant krav, idet bestemmelserne om registrering af selskaber og om selskabers virksomhed på fællesskabsrettens

4 — Direktiv 89/666/EØF af 21.12.1989 om offentlighed vedrørende filialer oprettet i en medlemsstat af visse former for selskaber henhørende under en anden stats retsregler (EFT L 395, s. 36).

5 — EFT 1978 L 304, s. 17. Den konsoliderede udgave af konventionen, som ændret ved de efterfølgende tiltrædelseskonventioner (den seneste af disse er konventionen af 29.11.1996 om Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse af konventionen), er offentliggjort i EFT 1998 C 27, s. 1.

6 — Dom af 6.10.1976, sag 14/76, de Bloos, Sml. s. 1497, præmis 20, af 22.11.1978, sag 33/78, Somafer, Sml. s. 2183, præmis 12, og af 18.3.1981, sag 139/80, Blanckaert & Willems, Sml. s. 819, præmis 12.

7 — Jf. dom af 23.3.1982, sag 53/81, Levin, Sml. s. 1035, præmis 21, hvorefter de rettigheder, som fællesskabsretten giver i medfør af princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed, kun kan påberåbes af personer, der *i egentlig forstand* udøver eller *seriøst* ønsker at udøve lønnet beskæftigelse i en anden medlemsstat end oprindelsesstaten.

nuværende udviklingstrin alene er reguleret i national ret. Som Domstolen har fastslået, kan etableringsstaten stille samme vilkår med hensyn til udøvelse af virksomhed for personer med statsborgerskab i en medlemsstat, som den stiller til landets egne statsborgere eller selskaber, når disse krav ikke medfører, at statsborgere fra andre medlemsstater faktisk hindres i at udøve etableringsretten [8]. Styrelsen har anført, at Centros' krav er udtryk for et misbrug af de rettigheder, der følger af etableringsretten, og at dommen i Binsbergen-sagen [9], hvori Domstolen fortolkede traktatens artikel 59, må kunne anvendes analogt på den foreliggende sag. Domstolen fastslog heri, at en medlemsstat ikke kan nægtes ret til at træffe foranstaltninger, der skal forhindre, at den frie udveksling af tjenesteydelser udnyttes af en tjenesteyder fra en anden medlemsstat, hvis virksomhed er helt eller fortrinsvist rettet mod denne stats territorium med sigte på at unddrage sig de faglige regler, som ville gælde for ham, såfremt han var bosat dér. Styrelsen har endelig anført, at selv om det antoges, at Centros kunne udnytte retten til fri etablering inden for Fællesskabet, er det mindstekrav til indskudskapitalen i anpartsselskaber, der i dansk ret er fastsat med henblik på beskyttelse af selskabsdeltagernes og eventuelle ansatte og kreditorers interesser, en berettiget foranstaltning, uanset at der ikke på fællesskabsplan er gennemført en harmonisering på dette område. Styrkelsen af de pågældende selskabers kapitalgrundlag er et alment tvingende samfundshensyn. Dette hensyn kan ikke tilgodeses ved mindre indgribende midler end ved at nægte registrering, men derimod kun ved mere radikale forholdsregler, som f.eks. ved at lade selskabsdeltagerne hæfte personligt eller ved at indføre en forpligtelse til at stille sikkerhed i forbindelse med et selskabs stiftelse til eventuel dækning af selskabets fremtidige forpligtelser over for skatte- og afgiftsmyndighederne, de sociale sikringsmyndigheder og andre offentlige fordringshavere. Med henvisning til Domstolens faste praksis vedrørende misbrug af rettigheder, som følger af fællesskabsretten, har styrelsen nærmere anført, at Domstolen i dommen i Segers-sagen, som også Centros har påberåbt sig, fastslog, at traktatens artikel 56 inden for visse grænser principielt tillader særlige regler for selskaber stiftet efter en anden medlemsstats ret, såfremt disse regler er begrundet i hensynet til bekæmpelse af omgåelsestransaktioner. Ganske vist fandtes de i den pågældende sag omtvistede nederlandske bestemmelser i sidste instans ikke at være begrundede i den nævnte traktatbestemmelses forstand, idet nægtelse af at tildele direktøren for filialen af et selskab, der »formelt set« var forskriftsmæssigt stiftet efter en anden medlemsstats ret, en sygesikringsydelse ud fra det angivne synspunkt ikke var en egnet foranstaltning. Domstolens afgørelse i den nævnte sag medfører imidlertid ikke, at det af Domstolen opstillede generelle princip ikke fortsat er gyldigt. Endvidere udgør beskyttelsen af kreditorernes økonomiske interesser ikke et økonomisk hensyn — der i øvrigt ikke er omfattet af artikel 56 — men sigter på at opretholde en retlig ordning, der er baseret på hensynet til god forretningsskik.

8 — Jf. dom af 12.7.1984, sag 107/83, Klopp, Sml. s. 2971, præmis 18 og 20.

9 — Dom af 3.12.1974, sag 33/74, Sml. s. 1299, præmis 13.

7. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens synspunkter deles ikke alene af den danske rege-

ring, men også af den franske og den svenske regering. Den danske regering har derudover for det første anført, at der er tale om et rent internt forhold i Danmark, og at de fællesskabsretlige bestemmelser, Centros har påberåbt sig, derfor ikke kan finde anvendelse i den konkrete sag. Sagsøgeren forsøger således at omgå de nationale bestemmelser ved at stifte en hovedvirksomhed, der er »forklædt« som filial. Da der imidlertid ikke er nogen reel og vedvarende erhvervsmæssig forbindelse mellem Centros og det britiske økonomiske liv og heller ikke mellem selskabet og dets danske filial, er de betingelser, Domstolen opstillede i dommene i Levin- og Gebhard-sagerne [10], ikke opfyldt. Ifølge den danske regering kan Domstolens dom i Segers-sagen under ingen omstændigheder anvendes i hovedsagen, idet der ikke er tale om nationalitetsdiskrimination.

8. Den franske regering har anført, at det princip om, at det i relation til etableringsfriheden ikke er relevant, om der udøves erhvervsmæssig virksomhed i det land, hvor det udenlandske selskab er stiftet, som Domstolen har opstillet i dommen i Segers-sagen, og som Centros har påberåbt sig (jf. ovenfor i punkt 4), alene finder anvendelse, såfremt konstruktionen forekommer begrundet ud fra lovlige hensyn, og der ikke tilsigtes misbrug eller svig. Noget andet er tilfældet i en sag som den foreliggende, hvor det eneste formål med dispositionen er at omgå selskabslovgivningen i den stat, hvor den sekundære etablering finder sted. Efter regeringens opfattelse må staten i så fald kunne nægte at registrere filialen, såfremt det findes godtgjort, at den pågældende adfærd er udtryk for misbrug eller svig. I Frankrig vil den kompetente myndighed således kunne finde anledning til at efterprøve, om den pågældende eventuelt gør sig skyldig i misbrug af etableringsretten, såfremt den virksomhed, en filial af et udenlandsk selskab udøver, er en »særlig reguleret« virksomhed, dvs. at den er underkastet en kontrol, kræver tilladelse eller forudsætter kvalifikationsbeviser.

9. Den nederlandske regering har anført, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse er i strid med traktatens artikel 52, og har i sit indlæg særligt hæftet sig ved de begrænsninger, der gælder i relation til anvendelsen af den pågældende bestemmelse i den foreliggende sag. Regeringen har påpeget, at der må anlægges en sammenhængende fortolkning af de fællesskabsretlige bestemmelser om de grundlæggende friheder, og har henvist til det princip om arbejdskraftens frie bevægelighed, som Domstolen opstillede i dommen i Rutili-sagen [11]. Heri fastslog Domstolen

10 — Jf. dom af 23.3.1982 (nævnt ovenfor i fodnote 7) og dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Sml. I, s. 4165, præmis 25 og 26, hvoraf det fremgår, at etableringsfriheden — i modsætning til den frie udveksling af tjenesteydelser, der er kendetegnet ved, at den virksomhed, der udøves i en anden medlemsstat, er af midlertidig karakter — indebærer, at en fællesskabsstatsborger på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf, hvorved det økonomiske og sociale samarbejde inden for selvstændig erhvervsvirksomhed fremmes.

11 — Dom af 28.10.1975, sag 36/75, Sml. s. 1219, præmis 28, der drejer sig om fortolkningen af traktatens artikel 7 (nu 6) og 48.

ifølge regeringen, at en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel for den offentlige orden kan begrunde eventuelle restriktive nationale foranstaltninger, som fastsættes under hensyntagen til den pågældendes personlige adfærd. Denne præcisering må lægges til grund ved fortolkningen af Domstolens bemærkninger i dommen i Segers-sagen, hvorefter hensynet til bekæmpelse af omgåelsestransaktioner kan berettige en anvendelse af en differentieret ordning for selskaber, der er stiftet efter en anden medlemsstats lovgivning. Også denne undtagelse støttes således på begrebet den offentlige orden i traktatens artikel 56.

10. Endelig har Kommissionen gjort sig til talsmand for et andet og mere nuanceret synspunkt vedrørende den foreliggende sag. Kommissionen har på den ene side anført, at Centros blot har benyttet sig af sin ret til at etablere sig i den medlemsstat, der med hensyn til mindstekapitalkravet kunne tilbyde selskabet de mest fordelagtige vilkår. Som det kan udledes af dommen i Segers-sagen, er dette netop et af formålene med etableringsfriheden. Muligheden for at benytte sig af fremmede selskabsformer og for at udnytte forskelle i medlemsstaternes lovgivninger er derfor ikke i sig selv en uberettiget omgåelse af nationale regler. Under de i hovedsagen beskrevne omstændigheder er den administrative kontrol, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ifølge sin praksis udfører (jf. ovenfor i punkt 3), og en heraf følgende nægtelse af at registrere en filial af et selskab, som opfylder betingelserne i traktatens artikel 58, ifølge Kommissionen udtryk for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, der er i strid med artikel 52. Den stat, hvori den sekundære etablering finder sted, kan derfor ikke ved registreringen af filialen stille krav om, at moderselskabet opfylder alle de krav med hensyn til stiftelse af selskaber, der følger af dens nationale lovgivning. Såfremt det på dette punkt relevante retsområde ikke er samordnet på fællesskabsplan — hvilket er tilfældet i den foreliggende sag — kan medlemsstaten derimod ifølge Kommissionen lovligt stille visse krav til registrering af en filial, som følger af national lovgivning, og som skal sikre de personer eller virksomheder, der på statens område træder i forbindelse med det udenlandske selskab, en større beskyttelse end den, der følger af det udenlandske selskabs vedtægter. For så vidt angår den foreliggende sag er det ganske vist usikkert, men dog sandsynligt, at de danske krav til størrelsen af indskudskapitalen tilgodeser det erklærede formål om beskyttelse af de offentlige fordringshavere. I relation til dette formål er det imidlertid en uforholdsmæssig foranstaltning blot at nægte sekundær etablering på grund af en formodning for forsæt til omgåelse af gældende regler. En sådan nægtelse kan ikke begrundes ud fra nogen af de hensyn, som er fastsat i traktatens artikel 56, der i øvrigt ikke omfatter økonomiske hensyn, og det må under alle omstændigheder forudsættes, at det godtgøres, at det udenlandske selskab har en svigagtig hensigt over for kreditorerne i Danmark. På baggrund af de faktiske omstændigheder i og den retlige baggrund for hovedsagen ville en passende og mindre indgribende foranstaltning med henblik på beskyttelse af kreditorerne ifølge Kommissionen være at gøre registrering af filialen betinget af, at det udenlandske moderselskab har et kapitalgrundlag, der svarer til, hvad der i de relevante nationale bestemmelser er fastsat med hensyn til stiftelse af tilsvarende selskaber i Danmark.

III — Retlig vurdering af det forelagte spørgsmål

11. I forelæggelsesbeslutningen er genstanden for det præjudicielle spørgsmål klart afgrænset. Det er i hovedsagen ikke omtvistet, at *private companies limited by shares*, som er lovligt stiftet og har hjemsted i England eller Wales, har ret til at etablere sig på dansk område gennem filialer, uanset at det mindstekapitalkrav, der i britisk lovgivning er fastsat for sådanne selskaber, er betydeligt lavere end, hvad der efter dansk ret kræves for tilsvarende selskaber, der oprettes i Danmark. I retsmødet påpegede de danske myndigheder i øvrigt, at anpartsselskaber med hjemsted i Fællesskabet, navnlig i Det Forenede Kongerige, i praksis i vidt omfang benytter sig af retten til at etablere sig i Danmark, uden at de fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsens side udsættes for registreringsnægtelse som i denne sag. Det er derfor følgende problem, der er det centrale i sagen: Er der tale om en lovlig udøvelse af retten til sekundær etablering, når et selskab *udelukkende* ønsker at drive erhvervsmæssig virksomhed i det land, hvor filialen registreres, og den oprindelige beslutning om at stifte selskabet i en anden medlemsstat end den, hvor selskabet agter at drive virksomhed, *alene* er begrundet i hensynet til at unddrage sig de højere mindstekapitalkrav, der er fastsat i lovgivningen i den medlemsstat, hvori den sekundære etablering sker? Ifølge de danske myndigheder må dette spørgsmål i det konkrete tilfælde besvares benægtende (og den forholdsregel, der er beskrevet i det præjudicielle spørgsmål, må derfor være forenelig med traktatens bestemmelser). Med henvisning til de konkrete omstændigheder i sagen har de danske myndigheder nærmere fremført to former for argumenter, nemlig for det første, at nægtelsen af at registrere Centros' filial ikke begrænser etableringsfriheden på en måde, der er i strid med traktatens artikel 52, og for det andet, at såfremt nægtelsen måtte udgøre en begrænsning, vil den være omfattet af de særlige regler for udenlandske selskaber, som medlemsstaterne i henhold til traktatens artikel 56 lovligt kan fastsætte, herunder af hensyn til den offentlige orden. Jeg vil behandle de fremførte argumenter i den nævnte rækkefølge. Tillad mig imidlertid at fremkomme med nogle få bemærkninger vedrørende Domstolens praksis på området og med hensyn til, hvilken funktion et sekundært hjemsted i udlandet kan have for en virksomheds organisatoriske opbygning.

12. Traktatens artikel 52, som efter overgangsperiodens udløb har direkte virkning, skal sikre, at statsborgere i en medlemsstat, som — også selv om der kun er tale om sekundær etablering — etablerer sig i en anden medlemsstat for at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed, behandles på samme måde som landets egne statsborgere. Etableringsretten omfatter således også en ret til at stifte og drive virksomheder i henhold til de bestemmelser, som i modtagerstatens lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere,

samt en ret for statsborgere i Fællesskabet, hvis principale etableringssted ligger i en anden medlemsstat, til at oprette agenturer, filialer eller datterselskaber. I henhold til traktatens artikel 58 omfatter etableringsretten således en ret for selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor *eller* centrum for erhvervsudøvelse er beliggende inden for Fællesskabet, til at drive virksomhed i en anden medlemsstat gennem en sekundær etablering. Denne grundlæggende frihed medfører følgende tre yderligere rettigheder: Virksomheden kan udøves i selskabsform i en medlemsstat gennem et selskab i den pågældende stat eller i en anden medlemsstat, selskabet kan med henblik på den sekundære etablering vælge at oprette et datterselskab eller en filial, og det udenlandske selskab har i den stat, hvori den sekundære etablering finder sted, de samme rettigheder som landets egne selskaber [12].

Eftersom bestemmelsen i artikel 58 kunne fortolkes således, at den derved indrømmede frihed til sekundær etablering skulle gælde for juridiske personer, hvis vedtægtsmæssige hjemsted — men ikke det »reelle« hjemsted, dvs. hovedkontoret, og heller ikke hovedvirksomheden — er beliggende inden for Fællesskabet, viste det sig hurtigt nødvendigt at få præciseret, hvilke betingelser den nævnte frihed er undergivet, for så vidt angår selskaber, *der primært er etableret uden for Fællesskabet* [13]. Som det nærmere fremgår af den almindelige plan af 18. december 1961 for ophævelse af begrænsninger i etableringsfriheden [14], skal der således være opfyldt en yderligere betingelse om tilknytning, nærmere bestemt et økonomisk kriterium, nemlig at der skal være en »faktisk og vedvarende« tilknytning til en medlemsstats økonomi [15]. Det er dog nærmest overflødigt at tilføje, at dette kriterium alene finder anvendelse på selskaber fra tredjelande.

13. For så vidt angår indholdet af den nævnte ret til sekundær etablering fremgår det af Domstolens praksis, at de berørte selskabers hjemsted som forudsat i forbindelse med de ovenfor (i punkt 12) nævnte tre alter-

12 — Jf. E. Werlauff: *EC Company Law*, København, 1993, s. 17-22.

13 — Jf. S. Poillot-Peruzetto og M. Luby: *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, 1998, s. 141. For så vidt angår baggrunden for det tilknytningskriterium, der er nærmere uddybet i det følgende, har Y. Loussouarn anført, at fællesskabsmyndighederne og medlemsstaternes repræsentanter har taget udgangspunkt i, at i henhold til artikel 52 er retten til sekundær etablering for fysiske personer betinget af, at de (primært) er etableret på en anden medlemsstats område. Det er således en betingelse — ud over betingelsen om statsborgerskab — at de pågældende har bopæl i Fællesskabet. Det ville imidlertid være i åbenbar og indlysende strid med artikel 58, såfremt denne betingelse uden videre blev bragt i anvendelse på selskaber derved, at betingelsen med hensyn til det reelle hjemsted blev sidestillet med betingelsen med hensyn til det vedtægtsmæssige hjemsted (jf. Le rattachement des sociétés et la Communauté économique européenne i *Études de droit des Communautés européennes. Melanges offerts à Pierre Teitgen*, Paris, 1984, s. 239, navnlig på s. 245 og 246, og Le droit d'établissement des sociétés i Rev. trim. dr. europ., 1990, s. 229, navnlig på s. 236).

14 — EFT, Anden serie IX, s. 7, org. ref.: JO 1962, nr. 2, s. 36.

15 — Denne tilknytning kan bestå i, at tredjelandsselskabet har et kontor på en medlemsstats område, forudsat at den virksomhed, der udøves på området, er vedvarende, reel og relevant (og derfor f.eks. ikke kun omfatter repræsentationskontorer eller lignende, som ikke driver virksomhed på markedet eller beskæftiger et ubetydeligt antal ansatte). I relation hertil er det uden betydning, hvilket statsborgerskab de fysiske personer, selskabsdeltagerne eller medlemmerne af styrelses- eller tilsynsorganerne for selskabet har.

nativer, »som det er tilfældet med hensyn til fysiske personers nationalitet, har til formål at fastlægge deres tilknytning til en stats retssystem. Såfremt det anerkendes, at etableringsmedlemsstaten frit kan gennemføre en forskellig behandling alene på grund af, at et selskab har hjemsted i en anden medlemsstat, vil den nævnte traktatbestemmelse [artikel 52] blive indholdsløs« [16]. Såfremt disse to betingelser er opfyldt, dvs. med hensyn til lovlighed og tilhørsforhold til en medlemsstat, hvilket i henhold til artikel 58 er en forudsætning for, at et selskab anerkendes som et *selskab i Fællesskabet*, har selskabet ret til at blive behandlet som landets egne selskaber, også selv om det udøver *hele* sin erhvervsmæssige virksomhed i en anden medlemsstat end den, hvori det primært er etableret, gennem et agentur, en filial eller et datterselskab [17]. Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at »ligebehandlingsprincippet ikke blot udelukker åbenbar forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, eller hjemsted for så vidt angår selskaber, men også alle former for skjult forskelsbehandling som, ved anvendelsen af andre kriterier, i realiteten fører til samme resultat« [18]. Domstolen har også fastslået, at nationale regler, der *ikke* er udtryk for forskelsbehandling, men som kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for fællesskabsborgere (eller -selskaber) at udøve de i traktaten sikrede grundlæggende friheder, er uforenelige med traktaten [19].

14. I henhold til traktatens artikel 56 kan medlemsstaterne fravige forbuddet mod, at der fastsættes begrænsninger med hensyn til etablering på deres område, og anvende særlige regler for fremmede (fysiske og juridiske) personer, der har den i fællesskabsretten anerkendte ret, såfremt der er tale om begrundede hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed. Da der er tale om en fravigelse af et af traktatens grundlæggende principper, skal artikel 56 fortolkes snævert. Der kræves således en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod grundlæggende samfundshensyn, herunder hensynet til bekæmpelse af eventuel misbrug og hensynet til en hensigtsmæssig gennemførelse af den nationale lovgivning om social sikring [20]. Bestemmelsen kan således ikke påberåbes til støtte for at varetage økonomiske hensyn [21]. Endvidere skal de foranstaltninger, der træffes ud fra de hensyn, der ønskes tilgodeset, begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt, og de skal være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet [22].

16 — Jf. blandt en række domme, dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 13, 14 og 18, særlig præmis 18. Jf. også dom af 17.6.1997, sag C-70/95, Sodemare m.fl., Sml. I, s. 3395, præmis 25 og 26, og af 16.7.1998, sag C-264/96, Imperial Chemical Industries, Sml. I, s. 4695, præmis 20.

17 — Dom af 10.7.1986 (jf. ovenfor i fodnote 3), præmis 14 og 16. I dommen fastslog Domstolen, at det var uforeneligt med traktatens artikel 52 og 58 at nægte direktøren for et selskab optagelse i en national ordning for sygeforsikringsydelser, hvilket de kompetente myndigheder i den medlemsstat, hvori selskabet sekundært var etableret (via et datterselskab), havde gjort, alene med den begrundelse, at modersel-skabet var stiftet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, hvori det havde hjemsted, men hvor det ikke udøvede erhvervsvirksomhed, idet det alene udøvede virksomhed i den medlemsstat, hvori det var etableret sekundært.

18 — Jf. dom af 13.7.1993, sag C-330/91, Commerzbank, Sml. I, s. 4017, præmis 14, og af 12.4.1994, sag C-1/93, Halliburton Services, Sml. I, s. 1137, præmis 15.

19 — Jf. blandt en række domme dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32.

20 — Jf. blandt en række domme dom af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 35, og den i fodnote 3 nævnte dom af 10.7.1986, præmis 17.

21 — Jf. blandt en række domme dom af 25.7.1991, sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, præmis 11.

22 — Jf. blandt en række domme dom af 18.5.1982, forenede sager 115/81 og 116/81, Adoui og Cornouaille, Sml. s. 1665, præmis 9, og af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders, Sml. s. 2085, præmis 36.

Da den restriktive foranstaltning, den foreliggende sag drejer sig om, ikke er udtryk for forskelsbehandling — dvs. at den ifølge det oplyste finder anvendelse uden forskel på landets egne selskaber og på udenlandske selskaber i Fællesskabet — vil den også kunne være begrundet i tvingende almene hensyn [23], forudsat at i) sådanne hensyn ikke allerede tilgodeses af de regler, der i etableringsstaten gælder for udenlandske selskaber, og at ii) foranstaltningerne er nødvendige og ikke uforholdsmæssige [24].

15. Jeg vil herefter se nærmere på begreberne »filial« og »datterselskab« (på italiensk »filiale« eller mere korrekt »affiliata«) [25], som benyttes i artikel 52, og som omhandles i traktatens artikel 58 (jeg vil her udelade begrebet agenturer, der ikke er relevant i den foreliggende sag). Hvad er det afgørende kriterium for sondringen mellem disse to begreber, der hver for sig betegner en vedvarende, territorial forgrening, som en virksomhed kan etablere, eventuelt i andre medlemsstater end den, hvori virksomheden er hjemmehørende, og som i almindelighed skal kontrahere med tredjemand? Det væsentlige er, at en filial ikke er en selvstændig juridisk person, men defineres som en faktisk enhed, dvs. at en filial blot er en »afdeling« af hovedvirksomheden, som herved kan gennemføre en vis decentralisering [26]. Et datterselskab er derimod retligt uafhængigt af det moderselskab, som kontrollerer det [27]. Som det er omtalt i den juridiske litteratur, giver forskellen mellem disse to retsformer for sel-

23 — F.eks. beskyttelsen af modtagere af en tjenesteydelse ved hjælp af erhvervsfaglige regler, beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret, beskyttelsen af arbejdstagere, forbrugerbeskyttelse, sikring af den nationale historiske og kunstneriske arv, den størst mulige udbredelse af kendskabet til et lands kunst og kultur samt kulturpolitiske hensyn (jf. blandt en række domme den i fodnote 21 nævnte dom af 25.7.1991, præmis 14 og 27), beskyttelsen af modtagere af tjenesteydelser med hensyn til forvaltning og fornyelse af patenter (jf. dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 17), opretholdelse af sammenhængen i en beskatningsordning (jf. dom af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249), forebyggelse af bedrageri samt socialpolitiske hensyn som følge af de skadelige konsekvenser af en overdreven efterspørgsel efter spil om penge (jf. dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 58 og 59), opretholdelse af en national finansiel sektors gode omdømme (jf. dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141, præmis 44), hensynet til en effektiv skattekontrol (jf. dom af 15.5.1997, sag C-250/95, Futura Participations og Singer, Sml. I, s. 2471, præmis 31) og hensynet til god handelsskik (jf. dom af 9.7.1997, forenede sager C-34/95, C-35/95 og C-36/95, De Agostini og TV-Shop, Sml. I, s. 3843, præmis 53).

24 — Jf. blandt en række domme den i fodnote 21 nævnte dom af 25.7.1991, præmis 13 og 15.

25 — »Dette begreb og ikke udtrykket 'filiali' i traktatens artikel 52 svarer efter italiensk juridisk sprogbrug til det franske udtryk 'filiale', det engelske 'subsidiaries', det tyske 'Tochtergesellschaften' og det nederlandske 'dochterondernemingen'« (jf. forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Mancini den 16.10.1985 i sag 270/83, jf. ovenfor i fodnote 12, Sml. 1986, s. 275, punkt 2). Jf. også G. M. Ruggiero og M. De Dominicis: Art. 52, i R. Quadri, R. Monaco og A. Trabucchi (red.): *Trattato istitutivo delle Comunità economica europea. Commentario*, Milano, 1965, bind I, s. 399, navnlig på s. 412 og s. 413. Se dog også nedenfor i fodnote 27.

26 — Jf. M. Cabrillac: Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé i *Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph Hamel*, Paris, 1981, s. 119, og Y. Loussouarn: La succursale, technique juridique du commerce international, i DPCI, 1985, s. 359, navnlig på s. 362.

27 — Se dog A. Pietrobon: *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990. Ifølge forfatteren er det uhensigtsmæssigt at anvende en formalistisk juridisk metode — baseret på »begreber og metoder, der er særlige for national ret, således at de nationale retssystemer, betragtet hver for sig og ikke komparativt, nødvendigvis bliver grundlaget for fortolkningen af traktaten« — ved fortolkningen af begreberne agenturer, filialer og datterselskaber, idet visse former for ejerskab herved udelukkes, uden at dette er begrundet. En *funktionel* fortolkning af begrebet »sekundær etablering« viser i øvrigt, at de væsentligste kendetegn for en sådan etablering (den er undergivet de organisatoriske afgørelser, der træffes af moderselskabet, som også træffer beslutning om, hvorvidt etableringen fortsat skal bestå, og om opgaverne og de grundlæggende regler for den virksomhed, der udøves) medfører, at en selvstændig virksomhed med egen organisation og egen bedrift ikke kan være en sekundær etablering for en anden virksomhed. »Det er således tvivlsomt, om det beskrevne begreb også kan omfatte det italienske begreb 'affiliate', der som bekendt ikke benyttes i den italienske version af artikel 52 ... Såfremt en virksomhed, der er stiftet i én medlemsstat, opretter et 'affiliata' i en anden medlemsstat, er der tale om en transaktion, som rettelig bør betragtes som en primær etablering (netop for så vidt angår 'affiliata'). Problemet er i øvrigt ikke relevant i praksis, idet det på grundlag af begge fortolkningerne anerkendes, at der kan oprettes et 'affiliata'« (a.st., s. 101-115, navnlig på s. 103, 114 og 115, fodnoterne ikke medtaget).

skabers etablering i udlandet sig udtryk på mange måder [28].

Først og fremmest må det nævnes, at eftersom *nationaliteten* er et kendetegn, som har relation til begrebet den juridiske person, kan en filial, der udøver samme virksomhed som det selskab, den hører til, ikke have en anden nationalitet end selskabet, og filialens retsstilling er reguleret af retsordenen i den stat, som det udenlandske selskab har et tilhørsforhold til, idet filialen blot er en forgrening af selskabet. Det modsatte gælder for datterselskaber. Selv om en filial har en vis selvstændighed, hæfter moderselskabet under alle omstændigheder for de *dispositioner*, som for moderselskabets regning foretages af den, der forestår ledelsen af filialen. Et datterselskab kan derimod gyldigt indgå aftaler, idet moderselskabet dog eventuelt kan være kontrahent. Endelig er forholdet det, at i henhold til princippet om *selskabsformuens enhed* hæfter selskabet for de forpligtelser (og erhverver tilsvarende de rettigheder), som indgås i forbindelse med filialens drift (hvorimod det ikke giver mening at tale om filialens forpligtelser). Af praktiske grunde kan en kreditor da også i sådanne tilfælde normalt sagsøge selskabet ved domstolene på det sted, hvor filialen har hjemsted (jf. nærmere nedenfor i punkt 18). Et datterselskab har derimod sin egen selskabsformue, som det hæfter med for de forpligtelser, det indgår. I forholdet mellem moderselskabet og kreditorerne fungerer datterselskabet derfor som en »skærm«, idet det har status som en selvstændig juridisk person.

28 — Jf. Loussouarn (nævnt ovenfor i fodnote 26, a.st., s. 363-368).

IV — Besvarelse af det præjudicielle spørgsmål

Er det foreneligt med det grundlæggende princip om etableringsfrihed at nægte registrering af Centros' danske filial?

16. Efter min opfattelse er de danske myndigheders afgørelse i strid med traktatens bestemmelser om etableringsfrihed. Som jeg vil uddybe nærmere i det følgende, medfører afgørelsen ikke alene, at den ret til sekundær etablering, som udenlandske selskaber i Fællesskabet anerkendes at have, begrænses; den hindres på afgørende måde. I den foreliggende sag har afgørelsen således været til hinder for, at ægtefællerne Bryde i Danmark kan udøve erhvervsmæssig virksomhed gennem et selskab, som er lovligt stiftet og har hjemsted i en anden EF-medlemsstat. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen synes i det væsentlige at være af den opfattelse, at da de berørte personer udelukkende har til hensigt at drive virksomhed i Danmark, må de overholde de bestemmelser, der i dansk ret er gældende for den form for erhvervsdrivende selskab, de har oprettet. For mig at se er dette synspunkt i strid med traktatens artikel 52. Den foreliggende sag må også vurderes i relation til artikel 58. I lyset af denne bestemmelse udsættes Centros for forskelsbehandling i forhold til selskaber, der er stiftet i henhold til dansk lovgivning, og som ikke er undergivet tilsvarende hindringer, såfremt de opretter filialer i Danmark. Den anfægtede afgørelse er endvidere en direkte tilsidesættelse af det sagsøgende selskabs ret

til at vælge, om det i Danmark vil oprette en filial eller et datterselskab. Efter min opfattelse er der ingen tvivl om, at såfremt et selskab, der er stiftet i Det Forenede Kongerige, med henblik på etablering i udlandet havde valgt at oprette et datterselskab i stedet for en filial, ville de danske myndigheder ikke have haft nogen indvendinger over for Centros, idet et datterselskab er et selskab, der adskiller sig fra moderselskabet og derfor pr. definition skal opfylde de betingelser, der er fastsat i gældende national ret, også med hensyn til mindstekapitalkrav. I henhold til traktatens artikel 52, stk. 1, andet punktum, har de erhvervsdrivende udtrykkeligt mulighed for frit at vælge, i hvilken retsform de vil udøve virksomhed i en anden medlemsstat, og denne valgmulighed må ikke begrænses af diskriminerende bestemmelser, hvilket er tilfældet i den foreliggende sag [29].

17. Jeg vil herefter se nærmere på de argumenter, den danske myndighed har fremført vedrørende de hensyn, der efter min opfattelse må tilgodeses. Styrelsen har bestridt, at Centros med føje kan påberåbe sig det i traktaten opstillede princip om etableringsfrihed. Da det selskab, ægtefællerne Bryde har stiftet i Det Forenede Kongerige, ikke driver erhvervsmæssig virksomhed, har det ifølge styrelsen ikke en faktisk og vedvarende tilknytning til det økonomiske liv i Det Forenede Kongerige. Der bliver herved tale om et rent internt forhold, der som sådant er fællesskabsretten uvedkommende. Der er derfor tale om et tilfælde, hvor en udøvelse af etableringsretten, der har karakter af misbrug eller svig, således som det nævnte begreb er omhandlet i traktaten, ikke er sikret beskyttelse [30]. Jeg er ikke enig i disse synspunkter, og dette støtter jeg på de grunde, som jeg straks vil redegøre for, samtidig med at jeg endda vil se bort fra, at et kriterium, hvorefter det må kræves, at hovedvirksomheden faktisk udøver erhvervsmæssig virksomhed, for det første ikke materielt er klart, men også i praksis er vanskeligt at anvende, idet det ikke er ganske præcist. Af hvilken art, varighed og af hvilket omfang skal virksomheden være, for at den frit kan udøve retten til sekundær etablering?

18. Med henblik på at uddybe de ovenfor fremførte synspunkter skal jeg først bemærke, at en anvendelse af bestemmelserne om etableringsfrihed kun kan antages at være udelukket — således som den danske regering har hævdet i den foreliggende sag — såfremt de berørte er statsborgere eller selskaber med hjemsted i en medlemsstat, og deres situation derfor ikke har nogen tilknytning til forhold, der er omhandlet i fællesskabsretten, som derfor ikke kan påberåbes [31]. Efter min opfattelse er dette

29 — Jf. den i fodnote 15 nævnte dom af 28.1.1986, præmis 22.

30 — Jf. C. Timmermans: Methods and Tools for Integration. Report i R. M. Buxbaum, G. Hertig, A. Hirsch og K. J. Hopt (red.): *European Business Law, Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlin-New York, 1991, s. 129, navnlig på s. 136 og 137.

31 — Jf. blandt en række domme dom af 19.3.1992, sag C-60/91, Batista Morais, Sml. I, s. 2085.

ikke tilfældet i hovedsagen. Centros er stiftet i henhold til lovgivningen i England og Wales, og selskabet har hjemsted i Det Forenede Kongerige. Dette er tilstrækkeligt til, at situationen falder ind under anvendelsesområdet for traktatens artikel 52 og 58. Efter min opfattelse kræves der ikke yderligere betingelser opfyldt med hensyn til selskabsdeltagernes og direktørernes statsborgerskab eller med hensyn til det geografiske område, hvor selskabet udøver virksomhed [32]. Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at henvisningen i artikel 52 til »statsborgere i en medlemsstat«, som vil etablere sig »på en anden medlemsstats område«, ikke kan fortolkes således, at de i traktaten fastsatte fordele ikke skulle gælde for statsborgere i Fællesskabet, som har benyttet sig af de indførte muligheder for bevægelighed og etablering, når disse i forhold til den stat, de oprindelig har henhørt under, befinder sig i en situation, som kan sammenlignes med situationen for alle andre retssubjekter, som er omfattet af de ved traktaten sikrede rettigheder og friheder [33]. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har fremhævet, at det må kræves, at hovedvirksomheden også faktisk udfører den virksomhed, som det efter vedtægterne er dens formål at udføre. Styrelsen fortolker imidlertid hermed traktatens artikel 58 på den måde, at bestemmelsen indeholder *en yderligere betingelse*, som retten til sekundær etablering er undergivet. Efter min opfattelse er de formelle betingelser, der i artikel 58 er opstillet med hensyn til afgrænsningen af de selskaber, som har den pågældende ret, udtømmende. Et formalistisk, retligt synspunkt er her afgørende. Sagen er, at bestemmelsen ikke kan hjemle mulighed for, at der foretages nærmere undersøgelser vedrørende arten og indholdet af den virksomhed, selskabet udøver eller agter at udøve [34]. For så vidt angår spørgsmålet om etableringsfriheden for fysiske personer har Domstolen i øvrigt allerede skullet tage stilling til en situation, hvor en medlemsstat med hensyn til udøvelsen af den pågældende ret havde opstillet endnu en betingelse (konkret om, at den pågældende skulle have bopæl på statens område, og også være statsborger i en medlemsstat, hvilket er en *den eneste subjektive betingelse, der er opstillet i traktatens artikel 52*. Domstolen fastslog, at dette var i strid med fællesskabsretten [35]. En sammenligning — som foretaget af Erhvervs- og Sel-

32 — Jf. den i fodnote 3 nævnte dom af 10.7.1986, præmis 14, samt fodnote 17 og fodnote 45 og 46 i det følgende og de hertil svarende dele af teksten. Jf. også dom af 5.10.1994, sag C-23/93, TV10, Sml. I, s. 4795, præmis 15, hvori Domstolen fastslog, at den omstændighed, at en radio- og fjernsynsstation havde etableret sig i en anden medlemsstat for at unddrage sig lovgivningen i den stat, hvor stationens programmer skulle modtages, ikke kunne udelukke, at udsendelserne skulle betragtes som »tjenesteydelser« efter traktatens artikel 59. Der må derfor sondres mellem situationen for Centros og den herfra forskellige situation, som Domstolen tog stilling til i Esso Española-sagen, som alene drejede sig om, hvorvidt et selskab, der har hjemsted i en medlemsstat, og som udøver virksomhed dér, kunne udvide sin virksomhed inden for medlemsstatens område (jf. dom af 30.11.1995, sag C-134/94, Sml. I, s. 4223, præmis 12-17).

33 — Jf. dom af 7.2.1979, sag 115/78, Knoors, Sml. s. 399, præmis 20 og 24.

34 — Jf. I. G. F. Cath: Freedom of Establishment of Companies: a New Step Towards Completion of the Internal Market, i F. G. Jacobs (red.): *1986 Yearbook of European Law*, Oxford, 1987, s. 247, navnlig på s. 259 og 261. Jf. også dom af 12.3.1996, sag C-441/93, Pafitis m.fl., Sml. I, s. 1347, præmis 18 og 19, hvori Domstolen fastslog, at »det fremgår af andet [selskabs]direktivs titel og af artikel 1, at det finder anvendelse på de i artikel 58, stk. 2, i EF-traktaten nævnte selskaber, som er stiftet som aktieselskaber. Det kriterium, som fællesskabslovgiver har valgt med henblik på at fastlægge andet direktivs anvendelsesområde, er således selskabets retlige form, uanset dets virksomhed«.

35 — Domstolen udtalte således: »... en medlemsstat [må] i sin lovgivning ikke begrænse virkningerne af en anden medlemsstats tildeling af statsborgerskab ved at kræve yderligere betingelser for anerkendelse af dette statsborgerskab, når det drejer sig om udøvelse af de i traktaten hjemlede grundlæggende friheder. Traktatens artikel 52 kan derfor ikke fortolkes således, at medlemsstaterne over for en statsborger i en anden medlemsstat, der samtidig er statsborger i et tredjeland, må gøre anerkendelse af den pågældendes status som statsborger i Fællesskabet betinget af, at han f.eks. har sædvanlig bopæl på førstnævnte stats område« (dom af 7.7.1992, sag C-369/90, Micheletti, Sml. I, s. 4239, præmis 10 og 11). Jf. også dom af 7.2.1979, sag 136/78, Auer, Sml. s. 437, præmis 28, hvori det hedder, at »traktaten [ikke] tillader ... at der inden for dens anvendelsesområde sker forskelsbehandling af en medlemsstats statsborgere alt efter, på hvilket tidspunkt eller på hvilken måde de har erhvervet statsborgerskab i den pågældende stat, når de på det tidspunkt, hvor de mener sig omfattet af de fællesskabsretlige bestemmelser, er statsborgere i en medlemsstat, og når de øvrige betingelser for anvendelse af den af dem påberåbte regel desuden er opfyldt«.

skabsstyrelsen — mellem den foreliggende sag og den allerede nævnte Levin-sag [36] er derfor efter min opfattelse ikke holdbar, når henses til, at formuleringen af artikel 52, som i abstrakte vendinger garanterer den blotte mulighed for at udøve erhvervsvirksomhed (jf. ovenfor i punkt 19), er forskellig fra formuleringen af traktatens artikel 48, stk. 3, som indeholder en præcis opregning af, hvad begrebet arbejdskraftens ret til fri bevægelighed omfatter [37].

19. Til støtte for sit standpunkt har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen endvidere påberåbt sig andre afgørelser, nemlig domme afsagt af Domstolen vedrørende fortolkningen af domskonventionen (jf. ovenfor i punkt 6). Efter min opfattelse er disse afgørelser imidlertid ikke relevante for den foreliggende sag. Som bekendt drejer de pågældende domme sig om fortolkningen af den specielle værnetingsregel i konventionens artikel 5, nr. 5, med henblik på, om den finder anvendelse i konkrete tilfælde [38]. I de pågældende afgørelser har Domstolen alene behandlet det karakteristiske for begrebet sekundær etablering i det omfang, det var relevant med henblik på besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål, der var forelagt den. Domstolen skulle sikre domskonventionen fuld retsvirkning, og den måtte derfor anlægge en *selvstændig* fortolkning af begreberne datterselskab og filial. Domstolen fortolkede de pågældende begreber i konventionen snævert, idet den navnlig tog i betragtning, at det skulle undgås, at der opstod for mange værneting, og at der dermed blev mulighed for *forum shopping*, ligesom Domstolen hæftede sig ved de »protektionistiske« begrundelser til skade for udenlandske sagsøgte i de oprindelige, specielle værnetingsregler i de kontraherende

36 — Jf. den i fodnote 7 nævnte dom af 23.3.1982.

37 — Domstolen har udtalt følgende: »Efter traktatens artikel 48, stk. 3, har arbejdstagerne ret til at bevæge sig frit inden for medlemsstaternes område i det 'øjemed' at søge faktisk tilbudte stillinger. Arbejdstagerne har efter samme bestemmelse ret til at tage ophold i en af medlemsstaterne 'for' dér at have beskæftigelse. Endvidere fastslår forordning nr. 1612/68 i sin præambel, at den frie bevægelighed indebærer, at arbejdstagerne har ret til frit at bevæge sig inden for Fællesskabet 'for at' udøve lønnet beskæftigelse, ligesom direktiv 68/360 i artikel 2 forpligter medlemsstaterne til at anerkende, at deres arbejdstagere har ret til at rejse ud af deres område 'for at' tiltræde eller tage lønnet beskæftigelse på en anden medlemsstats område. Disse formuleringer udtrykker ... at det af selve princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed flydende krav om, at de rettigheder, som fællesskabsretten giver i medfør af denne frihed, kun kan påberåbes af personer, der i egentlig forstand udøver eller seriøst ønsker at udøve lønnet beskæftigelse« (dommen i Levin-sagen, a.st., præmis 20 og 21).

38 — Som en undtagelse fra hovedreglen i domskonventionens artikel 2 hjemler den nævnte bestemmelse mulighed for, at en person, der har bopæl på en kontraherende stats område, kan sagsøges i en anden kontraherende stat i sager vedrørende driften af en filial, et agentur eller en lignende virksomhed ved retten på det sted, hvor virksomheden er beliggende. »Begrebet driften omfatter dels tvister om rettigheder og forpligtelser inden for eller uden for kontraktforhold i forbindelse med den egentlige forvaltning af pågældende agentur, filial eller lignende virksomhed, såsom tvister vedrørende lejemålet af den ejendom, hvorpå disse enheder er etableret eller ansættelse af det dér beskæftigede personale; dels omfatter begrebet også tvister vedrørende de forpligtelser, det ovenfor beskrevne centrum for erhvervsudøvelse har påtaget sig på hovedvirksomhedens vegne, og som skal opfyldes i en kontraherende stat, hvor det er etableret, samt tvister vedrørende forpligtelser uden for kontraktforhold, som er en følge af den virksomhed, som vedkommende filial, agentur eller lignende virksomhed i [den] ovenfor angivne betydning på hovedvirksomhedens vegne har påtaget sig på det sted, hvor det er etableret« (jf. den i fodnote 6 nævnte dom af 22.11.1978, præmis 13). Endvidere bestemmes det som bekendt i domskonventionens artikel 8, at en forsikringsgiver, der ikke har bopæl på en kontraherende stats område, men dér er indehaver af en filial, et agentur eller en lignende virksomhed, som en undtagelse fra reglen i artikel 4 i sager vedrørende driften af en sådan virksomhed anses for at have bopæl på denne stats område. Ifølge konventionens artikel 13 er det samme tilfældet, såfremt forbrugerens medkontrahent ikke har bopæl på en kontraherende stats område.

medlemsstaters retsordener [39]. Disse afgørelser er imidlertid truffet i sager, hvor problemstillingen var en helt anden end i den foreliggende sag, og det kan ikke udledes heraf, at der kun er tale om en sekundær og ikke en primær etablering, såfremt der udøves en erhvervsmæssig virksomhed i form af en repræsentation for en hovedvirksomhed, der faktisk driver erhvervsmæssig virksomhed, og hvis ledelse og kontrol den sekundære etablering skal være undergivet.

20. Jeg vil herefter behandle det andet synspunkt, der er fremført af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og af den danske regering, og hvorefter ægtefællerne Brydes interesse i at drive virksomhed i Danmark i selskabsform ikke bør være beskyttet af traktatens artikel 52 ff., idet den selskabsform, de har valgt ved etableringen i Storbritannien, er valgt i omgåelseshensigt. Formålet skal have været at unddrage sig de bestemmelser vedrørende mindstekapitalkravet, der er gældende i den stat, hvor den sekundære etablering finder sted (og som ud fra dette synspunkt skulle og burde være gældende for en etablering, der reelt er »primær«). Ganske vist er princippet om, at »fællesskabsretten ikke kan gøres gældende med henblik på at muliggøre misbrug eller svig«, et fast princip i Domstolens praksis [40], og det hører til de almindelige fællesskabsretlige principper. En nærmere præcisering af prin-

39 — Jf. Pietrobon (a.st., fodnote 27), s. 162, 163 og 164. Det fremgår således af de deri nævnte afgørelser, at Domstolens udtalelse om, at »et af de væsentlige kendetegn for en filial eller et agentur er, at virksomheden er underkastet hovedvirksomhedens ledelse og kontrol«, fører til, at der må sondres mellem de begreber, der omhandles i domskonventionens artikel 5, nr. 5, og såvel begrebet en eneforhandler, der ikke er underkastet leverandørens ledelse og kontrol (jf. den i fodnote 6 nævnte dom af 6.10.1976, præmis 20-23), som en handelsagent (mellemmand), såfremt denne er *selvstændig* i forhold til hovedvirksomheden, hvor han blot videresender ordrer til hovedvirksomheden uden at have del i ordrernes afvikling eller opfyldelse, og selskabet ikke kan forbyde, at han samtidig repræsenterer flere konkurrerende selskaber (jf. den i fodnote 6 nævnte dom af 18.3.1981, præmis 12 og 13). Alene med henblik på, at den forelæggende tyske ret kunne træffe afgørelse med hensyn til dens kompetence til at pådømme en sag, som et tysk selskab havde anlagt mod et fransk selskab, som i Tyskland havde et kontor eller kontaktsted, der på dets brevpapir var angivet som »Vertretung für Deutschland«, opstillede Domstolen i dommen i Somafer-sagen det kriterium, at det uden vanskelighed skal skulle fastslås, at en filial, et agentur, eller et datterselskab er en repræsentation for hovedvirksomheden (hvilket forudsætter »et centrum for erhvervsudøvelsen, som udadtil varigt fremtræder som en repræsentation for hovedvirksomheden, med en ledelse og materiel udstyret således, at det kan forhandle med tredjemand, således at denne, skønt han ved, at der eventuelt opstår en retlig forbindelse med den i udlandet hjemmehørende hovedvirksomhed, ikke behøver at henvende sig direkte til denne, men kan indgå aftaler på det centrum for erhvervsudøvelsen, som repræsentationen udgør«, jf. den i fodnote 6 nævnte dom af 22.11.1978, præmis 12). Det bedste bevis for, at begrebet »agentur, filial og datterselskab« som omhandlet i domskonventionen har et andet retligt indhold end det, der er omhandlet i traktaten, og at det i visse tilfælde endog er direkte modstridende (jf. Pietrobon: a.st., s. 94), fremgår af det standpunkt, Domstolen har indtaget med hensyn til den situation, at et selskab i det væsentlige driver virksomhed, *som om* det var en filial eller et datterselskab af en hovedvirksomhed eller et moderselskab, som det imidlertid er retligt uafhængigt af (og som endog ejer selskabet 100%, således som det var tilfældet i Rothschild-sagen). Også i dette tilfælde må den specielle værnetingsregel i artikel 5, nr. 5, ud fra hensynet til beskyttelsen af tredjemand finde analog anvendelse, idet den situation, der fremtræder udadtil, og som er tilvejebragt »ud fra, hvorledes de to virksomheder optræder i deres forretningsforhold og fremtræder over for tredjemand«, er af en sådan karakter, at der herved var opstået en snæver forbindelse mellem de senere opståede tvister og den retsinstans, der skal afgøre den. Som det fremgår af dommen i Rothschild-sagen, finder den nævnte bestemmelse anvendelse, når en juridisk person »i en anden kontraherende stat udøver virksomhed ved hjælp af et selvstændigt selskab og ikke ved hjælp af en filial, et agentur eller en lignende virksomhed uden selvstændig stilling, og dette selskab har samme navn og direktion som den juridiske person, som handler og indgår aftaler på dennes vegne og af denne benyttes på samme måde som en repræsentation« (jf. dom af 9.12.1987, sag 218/86, SAR Schotte mod Parfums Rothschild, Sml. s. 4905, præmis 17).

40 — Jf. dom af 12.5.1998, sag C-367/96, Kefalas m.fl., Sml. I, s. 2843, præmis 20, og de deri nævnte tidligere domme. Domstolen har således fastslået, at »fællesskabsretten ikke — så længe harmonisering ikke er sket — forbyder en medlemsstat at træffe forholdsregler for at hindre, at de ved traktaten indrømmede muligheder anvendes på en måde, der indebærer misbrug, og som vil stride mod denne stats legitime interesser« (jf. den i fodnote 19 nævnte dom af 31.3.1993, præmis 34).

cippet er imidlertid alt andet end let. Det fremgår af den for nylig afsagte dom i Kefalas-sagen, at der er tale om misbrug af en ret, når den af rettighedshaveren udøves på en fornuftsstridig måde og med henblik på, til skade for andre, at opnå »uretmæssige fordele, som åbenbart falder uden for [det] formål«, lovgiver forfølger ved at tillægge den enkelte en nærmere bestemt retsstilling [41]. I lyset af denne udtalelse om misbrug af rettigheder synes der at være en vis forbindelse mellem dette almindelige princip og det princip, der opstilles om proportionaliteten som grænsen for udøvelsen af en beføjelse [42]. Herudover er den berømte definition — som er formuleret af den franske jurist, Planiol, som specielt har behandlet den borgerlige ret — hvorefter *»le droit cesse là où l'abus commence«* (retten ophører, når misbruget begynder), som fremhævet i litteraturen fortsat aktuel. Dette viser med al ønskelig tydelighed, hvorledes problematikken med hensyn til misbrug i sidste instans løses ved at fastlægge det materielle indhold af den enkeltes situation og dermed omfanget af de muligheder, der er tillagt den, der kan udnytte dem. Ved vurderingen af, om en konkret udøvelse af en rettighed er udtryk for misbrug eller omgåelse, er der med andre ord ikke andre muligheder end at foretage en materiel afgrænsning af selve rettigheden [43]. I så fald skal jeg blot henvise til de begreber, jeg allerede (i punkt 13 og 16) har redegjort for med hensyn til etableringsfriheden. Denne frihed omfatter i relation til den foreliggende sag med sikkerhed retten til at oprette selskaber i henhold til en medlemsstats lovgivning med henblik på at drive virksomhed i den pågældende stat *på samme vilkår i en hvilken som helst anden medlemsstat*. Sagt med andre ord har et nystiftet selskab ret til at etablere sig — primært eller eventuelt også sekundært — *hvor som helst det måtte ønske* inden for Fællesskabet.

Etableringsretten er afgørende med henblik på at nå de mål, der er opstillet i traktaten, som — på lige vilkår for alle statsborgere i Fællesskabet — sikrer retten til frit at udøve økonomisk virksomhed på det grundlag, der er fastsat i national ret, således at borgerne sikres en *mulighed* for at komme ind på markedet, uanset hvad der for den enkelte måtte være det konkrete formål hermed. Det er med andre ord det økonomiske initiativ set ud fra et *hensigtsmæssighedssynspunkt*, der er beskyttet, og dermed også *friheden til at disponere* under anvendelse af de muligheder, der i denne forbindelse findes i medlemsstaternes retsordener. I den foreliggende sag har udøvelsen af etableringsretten udmøntet sig i stiftelse af et selskab på de vilkår, der er fastsat i værtslandets lovgivning. De bevæggrunde, hensyn eller interesser, der for den enkelte har været afgørende for beslutningen, er ikke relevante, såfremt den nævnte frihed er udøvet i overensstemmelse med traktaten, og de kan derfor ikke tillægges betydning [44].

41 — Jf. den i fodnote 40 nævnte dom af 12.5.1998, præmis 28 (der vedrørte en sag anlagt af aktionærer med henblik på at få fastslået, at en kapitalforhøjelse i et aktieselskab, der var i økonomiske vanskeligheder, var ugyldig). Det må bemærkes, at Domstolens formulering af princippet om misbrug af rettigheder i det væsentlige synes at være inspireret af de fælles regler i de medlemsstater, hvis retsordener bygger på *Civil Law* (jf. L. N. Brown: Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law? i *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, 1994, bind II (under redaktion af D. Curtin og T. Heukels), s. 511, navnlig på s. 515).

42 — Jf. Brown: a.st., fodnote 41, s. 521 og 522, og W. Van Gerven: Principe de proportionalité, abus de droit et droits fondamentaux i Journ. Trib., 1992, s. 305, navnlig på s. 307 og 308.

43 — Jf. C. Nizzo: L'abuso dei »diritte comunitari«: un quesito non risolto i Dir. comm. internaz., 1997, s. 766, navnlig på s. 770.

44 — Jf. den i fodnote 7 nævnte dom af 23.3.1982, præmis 20, 21 og 22, hvoraf det fremgår, at såfremt en arbejdstager udøver eller ønsker at udøve en faktisk og reel lønnet beskæftigelse i en anden medlemsstat og som sådan er sikret de rettigheder, der er fastsat i traktatens artikel 48, stk. 3, og den relevante afledte ret (jf. ovenfor i punkt 18) er — for så vidt angår retten til at rejse ind i og tage ophold i en anden medlemsstat — de bevæggrunde, der kan have fået arbejdstageren til at søge arbejde i den pågældende medlemsstat, uvedkommende og kan ikke tillægges betydning.

Det afgørende er, at den udøvede virksomhed (når den udøves) er i overensstemmelse med de nationale bestemmelser, der er fastsat af hensyn til den offentlige orden i den stat, hvor etableringen (hvad enten den er primær eller sekundær) finder sted, idet dette hensyn kan begrunde eventuelle begrænsninger af udøvelsen af den pågældende frihed. Denne formulering af etableringsretten er fastlagt med henblik på oprettelsen af det indre marked. Netop derfor gælder der andre bestemmelser i traktaten om de betingelser, juridiske personer fra tredjelande skal opfylde, idet disse juridiske personer for at kunne etablere sig i Fællesskabet skal opfylde betingelsen om en faktisk og vedvarende tilknytning til det økonomiske liv i en medlemsstat (jf. ovenfor i punkt 12).

Til støtte for dette resultat skal jeg henvise til den allerede flere gange nævnte dom i Segers-sagen. I Segers-sagen havde en nederlandsk statsborger omdannet sit personligt ejede selskab i Nederlandene til et anpartsselskab, der var datterselskab af et engelsk selskab, som han samtidig havde oprettet. Det engelske selskab udøvede ikke selvstændig erhvervsvirksomhed, men opererede alene via datterselskabet. Som det fremgik af sagen, var denne selskabsretlige konstruktion alene begrundet i ønsket om at benytte betegnelsen »Ltd«, som fandtes at være mere attraktiv end den tilsvarende nederlandske betegnelse »BV«, og i at undgå at afvente udløbet af de i nederlandsk lov fastsatte frister for en sådan ændring [45]. Dette var dog ikke til hinder for, at Domstolen fastslog, at selskabet og dets direktør, Segers, var omfattet af etableringsfriheden, og at sagsøgeren derfor havde ret til national behandling [46]. Det er derfor vanskeligt at se, hvorfor resultatet skulle blive det modsatte, såfremt stiftelsen af et selskab i Det Forenede Kongerige — som det er tilfældet i den foreliggende sag — er begrundet i ønsket om at udnytte muligheden for at operere med en selskabskapital, hvis størrelse svarer til stifternes økonomiske muligheder, idet kapitalkravet er lempeligere end efter dansk lov. Uanset om man synes om det eller ej, er en sådan situation en logisk følge af de rettigheder, der er sikret i henhold til traktaten. Den bidrager også til at nå det mål, der forfølges med etableringsfriheden inden for

45 — Jf. generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse af 10.6.1986 i sag 79/85 (jf. ovenfor i fodnote 3, Sml. s. 2376), punkt 1.

46 — Jf. fodnote 17 og den hertil svarende del af teksten. Tilsvarende synes Domstolen (i det mindste forudsætningsvis) at have anerkendt, at registrering i det britiske skibsregister af fartøjer, der oprindelig var registreret i Spanien og sejlede under spansk flag, og britiske selskabers erhvervelse af britiske fartøjer, som sejlede under britisk flag, og som selskaberne ejede eller forestod driften af, og hvis bestyrelsesmedlemmer og deltagere for de flestes vedkommende var spanske statsborgere, ikke udgjorde et »misbrug af etableringsretten«, uanset om det betydelige antal registreringer i Det Forenede Kongeriges skibsregister måtte være et middel til en såkaldt »*quota hopping*«, dvs. en »udplyndring« af de fiskekvoter, der var tildelt den pågældende stat inden for rammerne af den fælles fiskeripolitik, og der således reelt var tale om en »omgåelse« af ordningen med nationale kvoter, hvis formål er at bevare fiskeressourcerne og at sikre en rimelig levestandard for de befolkninger, der er afhængige af fiskeriet (jf. dom af 25.7.1991, sag C-221/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 3905, hvori Domstolen fastslog, at det var i strid med traktatens artikel 52, at der i nationale bestemmelser om registrering af fiskerfartøjer i en medlemsstats register var opstillet betingelser med hensyn til statsborgerskab, bopæl og fast ophold for ejere, befragtere og personer, der forestod driften af fartøjet (og for selskabers vedkommende for selskabsdeltagerne og bestyrelsesmedlemmerne), som dem, Det Forenede Kongerige havde indført i 1988 med henblik på at sætte en stopper for den såkaldte »quota hopping«, som udøvedes af fartøjer, der sejlede under britisk flag, men som ikke havde nogen reel tilknytning til Det Forenede Kongerige (dommens præmis 4). Domstolen tilføjede imidlertid, at der med hensyn til den grænseoverskridende etableringsfrihed lovligt kunne fastsættes den betingelse, at det fartøj, der skulle registreres, blev bestyret og dets drift ledet og kontrolleret fra den medlemsstat, hvor registreringen skulle finde sted (en betingelse, som ifølge Domstolen i det væsentlige er sammenfaldende med selve etableringsbegrebet i traktatens artikel 52 ff., jf. dommens præmis 34 se også Brown: a.st., fodnote 41, s. 523, 524 og 525).

Fællesskabet, nemlig at fremme den frie bevægelighed for personer (og kapital) og herved virkeliggøre et fælles marked. »Den omstændighed, at en statsborger i en medlemsstat drager fordel af den britiske selskabsrets smidighed ... indgår i dette perspektiv [dvs. det fællesskabsretlige]« [47]. I mangel af en fællesskabsretlig harmonisering må konkurrencen mellem medlemsstaternes retssystemer (»*competition among rules*«) derfor have frit spil, også på selskabsrettens område [48]. Som det var tilfældet i Segerssagen og også er det i den foreliggende sag, er den ovenfor nævnte frihed en del af det materielle indhold af den omtvistede ret. Det må derfor afvises, at ægtefællerne Bryde har opnået »uretmæssige fordele, der åbenbart falder uden for ... formål[et]« med traktatens artikel 52 ff., ved uberettiget at have unddraget sig anvendelsen af præceptive bestemmelser i den stat, hvor den sekundære etablering ønskes foretaget. De afgørelser, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har påberåbt sig, er på ingen måde i strid med det resultat, jeg er nået frem til, men underbygger det for mig at se i sidste instans. Det fremgår således af de pågældende afgørelser, at der kun kan være tale om omgåelse af lovgivningen, såfremt den bestemmelse, der hævdes at være omgået, utvetydigt finder anvendelse på den omtvistede retlige situation [49]. Hvis den påståede omgåelse vedrører en national bestemmelse, må det derfor først fastslås, at bestemmelsen, som f.eks. den, der påtænkes anvendt i den foreliggende sag, kan anvendes af domstolene, idet den er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Efter min opfattelse er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens argumentation netop på dette punkt uholdbar, idet der er tale om en cirkelslutning. På den ene side hævdes det, at de nationale bestemmelser vedrørende mindstekapitalkravet for anpartsselskaber nødvendigvis må finde anvendelse på oprettelsestidspunktet, men på den anden side udelukkes det, at det modsatte resultat — som det faktisk må være tilfældet i den foreliggende sag — kan være en følge af, at de berørte har udøvet den i traktaten sikrede ret til frit — mellem alle de muligheder, de har i henhold til de forskellige medlemsstaters nationale retsordener — at vælge den selskabsform, der for dem er den mest hensigtsmæssige. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse er i strid med fællesskabsretten, netop fordi den er truffet ud fra den stiltiende, men klare forudsætning, at danske borgeres udøvelse af erhvervsvirksomhed, der i det væsentlige er rettet mod det danske marked, nødvendigvis må ske gennem en primær etablering på dansk område. Det er imidlertid et syns-

47 — Jf. det i fodnote 45 nævnte forslag til afgørelse af 10.6.1986 fra generaladvokat Darmon i sag 79/85, punkt 6.

48 — Jf. C. D. Ehlermann: Competition entre systèmes réglementaires i Rev. Marché commun Union europ., 1995, s. 220. Ifølge forfatteren må det udelukkes, at den »frie konkurrence« mellem de selskabsretlige ordninger i medlemsstaterne kan udarte til en form for »*Delaware effect*« — dvs. en proces, hvorved nystiftede selskaber tiltrækkes af retssystemer, hvor beskyttelsen af selskabsinvestorerne og kreditorerne er mindre omfattende, svarende til, hvad der i sin tid skete i USA, for selskaber i New Jersey og senere i Delaware — idet medlemsstaterne kan anvende den fremgangsmåde med henblik på harmoniseringen af de selskabsretlige bestemmelser, der er fastsat i traktatens artikel 54, stk. 3, litra g) (a.st., s. 223). Ifølge D. Charni kan en harmonisering af de selskabsretlige bestemmelser i medlemsstaterne ud fra den amerikanske *corporate theory*-synspunkt derimod vise sig at være »en proces, der er ved at blive berettiget«, idet et sådant pres for at få harmoniseret de nationale ordninger indirekte vil kunne blive en følge af deres indbyrdes konkurrence (jf. competition among jurisdictions in formulating corporate law rules: an American perspective on the »race to the bottom« in the European Communities i Harvard Int'l. L. Journ., 1991, s. 423, navnlig på s. 424 og 425).

49 — Dette gælder, uanset om der er tale om nationale bestemmelser, der regulerer en persons adgang til et erhverv eller til at udøve det pågældende erhverv (især regler om organisationstilknytning, kvalifikationer, faglig etik, kontrol og ansvar), som i Binsbergen-sagen, eller grundlaget for udøvelsen af et erhverv, som i Knoors-sagen (omtalt i fodnote 9 og 33 og de hertil svarende dele af teksten), eller om der er tale om nationale bestemmelser, som pålægger en bestemt adfærd inden for en nærmere angiven branche, som f.eks. et forlags eller en udgivers fastsættelse af detailsalgspriser for bøger (jf. dom af 10.1.1985, sag 229/83, Leclerc, Sml. s. 1, præmis 27), eller bestemmelser, hvorefter radio- og fjernsynsprogrammer, der udsendes på det nationale område, skal være alsidige og have et ikke-kommercielt indhold (jf. den i fodnote 32 nævnte dom af 5.10.1994, præmis 21).

punkt, der ikke er holdbart på det nuværende stadium af den europæiske integration, hvor det indre marked er næsten fuldstændig gennemført som følge af fjernelsen af nationale hindringer for den frie bevægelighed for personer og kapital [jf. traktatens artikel 3, litra c)]. Ved en fortolkning skal der drages de fornødne konsekvenser af den udvikling, der allerede er sket på fællesskabsrettens område. For mig at se tilkommer det således Domstolen at lægge vægt på ånden bag traktaten, idet den konsekvent, også i relation til selskabers mobilitet, skal anvende det princip, den opstillede i »Cassis de Dijon«-dommen om gensidig anerkendelse [50]. Jeg skal understrege, at jeg ikke hermed vil hævde, at et udenlandsk selskab, der ikke driver virksomhed i den stat, hvor det er stiftet, med henblik på den af selskabet i en anden medlemsstat oprettede filials *udøvelse af virksomhed* ikke skulle være undergivet de præceptive regler i den pågældende stat, der gælder for tilsvarende indenlandske selskaber. Sekundær etablering er således en etablering, hvorved der tilvejebringes en vis tilknytning mellem det udenlandske selskab og værtsmedlemsstatens retsorden. Muligheden for at anvende præceptive, nationale bestemmelser kan imidlertid under ingen omstændigheder medføre, at et selskab i Fællesskabet *afskæres* fra at udøve etableringsretten. Efter min opfattelse medfører dette for så vidt angår den foreliggende sag, at der kun kan gives Erhvervs- og Selskabsstyrelsen medhold i synspunktet om, at en sekundær etablering er undergivet de samme betingelser som dem, der i national ret gælder for en primær etablering, navnlig med hensyn til mindstekapitalkravet, såfremt den fornødne begrundelse herfor er til stede.

Foreligger der eventuelle hensyn, der kan begrunde den omtvistede afgørelse?

21. Jeg mangler herefter kun at tage stilling til dette aspekt af problemet. Kan den afgørelse, den foreliggende sag drejer sig om, være begrundet i henhold til fællesskabsretten, fordi den reelt er truffet ud fra hensyn til den offentlige orden, og er den i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet? Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har påberåbt sig hensynet til at bekæmpe omgåelse og, nærmere bestemt, hensynet til at beskytte Centros' fremtidige kreditorer i forbindelse med den danske filials virksomhed. Som følge af selskabets »manglende kapitalgrundlag«, i det mindste i forhold til danske normer, og begrænsningen af selskabsdeltagernes hæftelse vil en registrering af filialen i Danmark udsætte de erhvervsdrivende og de offentlige, danske kreditorer for tab, såfremt Centros måtte blive insolvent. En sådan risiko består unægtelig, når der er tale om et anpartsselskab. Efter min opfattelse udgør den imidlertid på ingen måde »en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn«, således som det

50 — Jf. T. Mortimer: The Removal of Barriers to Corporate Mobility: An Analysis of Cases Pertinent to Articles 52 and 58 i A. Caiger og D. A. Floudas (red.): *1996 Onwards: Lowering the Barriers Further*, Chichester, 1996, s. 135, navnlig på s. 150 og 154. Det fremgår således af »Cassis de Dijon«-dommen (dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe, Sml. s. 649, præmis 14 og 15), at når der ikke er tale om et mål i almenhedens interesse, som går forud for hensynet til frie varebevægelser, er enhver medlemsstat forpligtet til at tillade indførsel på statens område af varer, der er lovligt fremstillet og bragt i omsætning i en anden medlemsstat, også selv om de pågældende varer er fremstillet på grundlag af andre tekniske regler og kvalitetsnormer end dem, der gælder i importstaten.

kræves i henhold til traktatens artikel 56. Som en undtagelsesbestemmelse tager denne artikel efter min opfattelse i højere grad sigte på det tilfælde, at det vedtægtsmæssige formål eller den virksomhed, som det udenlandske selskab udøver, kan bringe den offentlige orden i fare.

Hertil kommer, at selv om hensynet til god forretningsskik udgør et tvingende samfundshensyn, som teoretisk kan begrunde nationale bestemmelser (der finder anvendelse uden forskel), hvorved etableringsretten begrænses, gør dette hensyn sig efter min opfattelse ikke gældende i den foreliggende sag. Flere argumenter kan fremføres til støtte for dette synspunkt. Det er navnlig tvivlsomt, om det for så vidt angår selskaber som anpartsselskaber er et effektivt middel til beskyttelse af eller (som det med hensyn til aktieselskaber hedder i fjerde betragtning til andet direktiv) »en sikkerhed« for kreditorerne alene at forlade sig på kriteriet om et bestemt mindstekapitalkrav. Det er ikke tilfældigt, at dette kriterium ikke anvendes i Det Forenede Kongerige, således som de britiske myndigheder har fremhævet [51]. Da den krævede mindstekapital hurtigt kan forsvinde, vil selskabets kreditorer i praksis være mere agtpågivende, hvis de fæster lid til ajourførte oplysninger, der er tilgængelige, og som kan hentes i regnskaberne, og eventuelt forlange, at direktørerne stiller en passende sikkerhed. Men også uden at jeg vil anfægte den idealforestilling, der er knyttet til begrebet den nominelle kapital [52], kan det i et tilfælde som det foreliggende efter min opfattelse udelukkes, at den omtvistede afgørelse er uomgængeligt nødvendig med henblik på at beskytte Centros' private kreditorer i forbindelse med den virksomhed, selskabets danske filial udøver. Dette hensyn er således blevet tilgodeset — uden at der er behov for at træffe foranstaltninger som den, der er tale om i hovedsagen — i kraft af de resultater, der på fællesskabsplan er nået med hensyn til samordning af medlemsstaternes selskabsretlige bestemmelser. Som Det Forenede Kongeriges regering med rette har anført, har ægtefællerne Bryde udgivet sig for det, de er, nemlig *ikke* et dansk selskab, men en dansk filial af et engelsk selskab. Den begrænsede hæftelse i et sådant selskab, som enhver i Danmark, der kontraherer med dets filial, har ret til at få kendskab til, er den samme, som følger af det i dansk ret fastsatte mindstekapitalkrav. Beskyttelsen af den, der via en filial kontraherer med et udenlandsk selskab i Fællesskabet, er i henhold til traktaten sikret i kraft af de harmoniserede offentlighedskrav, der er fastsat af den med-

51 — Ifølge Det Forenede Kongeriges regering kan et krav om mindstekapital for anpartsselskaber også modvirke iværksættelse og innovation, og det er i modstrid med politikken om at fremme oprettelse af små og mellemstore virksomheder.

52 — Jf. blandt en række forfattere G. La Ville: *Introduzione al diritto europeo delle società*, Torino, 1996, s. 55 (hvorefter synspunktet om, at retsreglerne skal sikre beskyttelse af hele indskudskapitalen »i sin tid var genstand for kritik, mens det nu er ved at være forældet i de mere udviklede økonomiske samfund, som vil tage ordninger baseret på begreberne nominel kapital og nominel værdi op til fornyet overvejelse og erstatte dem med kriterier, der i højere grad er markedsorienterede og tilpasset den reelle sammensætning af selskabets aktiver og passiver på et givet tidspunkt«, fodnoter ikke medtaget), samt G. B. Portale og C. Costa: Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei i P. Abbadessa og A. Rojo (red.): *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milano, 1993, s. 133, navnlig på s. 144 og 145 (hvorefter »en fastsættelse af et mindstekapitalkrav i virkeligheden har en helt anden funktion end fastsættelse af en kapital, der 'ikke åbenbart er utilstrækkelig i forhold til' selskabets formål, nemlig at tilvejebringe et middel til at vælge mellem de forskellige selskabsformer ... på den ene side og at sikre en 'grad af seriøsitet' med hensyn til nærmere angivne samfundsmæssige initiativer på den anden«, fodnoter ikke medtaget).

lemsstat, hvori filialen er beliggende [53]. Tredjemand sikres herved en mulighed for en passende beskyttelse af sine interesser ved at forlange, at der stilles en særlig sikkerhed (typisk: kaution stillet af selskabsdeltagerne), eller ved at gøre sig til separatist.

22. Endvidere er der et tvingende hensyn at tage til beskyttelse af offentlige fordringshavere *uden for kontraktforhold*, f.eks. de sociale sikringsmyndigheder og skatte- og afgiftsmyndighederne. I disse tilfælde har kreditor ikke noget valg med hensyn til, om han vil kontrahere med filialen af et udenlandsk selskab, og — som det fremgår af Højesterets forelæggelsesbeslutning — der er ikke mulighed for at stille krav om sikkerhed eller kaution over for ledelsen. Jeg finder imidlertid, at en nægtelse af at registrere filialen, som i det væsentlige begrundes med, at der ikke findes en egentlig hovedvirksomhed, ikke er relevant i relation til de hævdede tvingende hensyn til beskyttelse af offentlige fordringshavere. Årsagssammenhængen mellem disse hensyn og den omtvistede afgørelse er for fjern og indirekte til, at den kan antages at være relevant i fællesskabsretlig henseende. Dette kan for mig at se udledes af, at der, som de danske myndigheder har indrømmet i retsmødet, ikke ville være noget til hinder for, at Centros oprettede en filial i Danmark, såfremt selskabet faktisk drev virksomhed i Det Forenede Kongerige. Også i dette tilfælde ville selskabets oprindelige indskudskapital være på 100 GBP. Det er derfor vanskeligt at forklare, hvorledes den omstændighed, at Centros faktisk har udøvet virksomhed i oprindelseslandet, kan have betydning for de faktiske muligheder for at sikre beskyttelsen af de danske sociale sikringsmyndigheders og skatte- og afgiftsmyndigheders krav.

Bortset herfra må det hensyn, de danske myndigheder har påberåbt sig, under alle omstændigheder kunne tilgodeses ved mindre indgribende foranstaltninger end den, der er tale om i den foreliggende sag, og som medfører en nægtelse af selve retten til sekundær etablering. Efter min opfattelse er dette så klart, at jeg ikke behøver at forklare det nærmere. Nogle få supplerende bemærkninger vil jeg imidlertid fremkomme med. De foranstaltninger, der er begrundede ud fra ovennævnte tvingende hensyn og i overensstemmelse med betingelserne om, at de skal være nødvendige og ikke må være uforholdsmæssige, er for mig at se imidlertid ikke en foranstaltning som den, Kommissionen har gjort sig til talsmand for (jf. punkt 10), og hvorefter registrering af en filial i Danmark skal være betinget af, at det udenlandske moderselskab har et kapitalgrundlag, der

53 — Ellevte direktiv (omtalt i fodnote 4 og i den hertil svarende del af teksten) indeholder i artikel 1-6 bestemmelser, hvorefter en filial er forpligtet til i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor den er oprettet, at lade offentliggøre de oplysninger, der er nødvendige med henblik på beskyttelsen af det offentliges interesser, f.eks.: i) filialens benævnelse, adresse og virksomhed, ii) benævnelsen af det selskab, filialen er en del af, iii) navn og adresse for de personer, som er *selskabets* faste repræsentanter i forbindelse med filialens aktiviteter, og som er beføjede til at forpligte selskabet over for tredjemand og til at repræsentere det under retssager, iv) årsregnskabet og årsberetningen for selskabet eller koncernen, affattet i overensstemmelse med fjerde og syvende selskabsdirektiv (evt. oversat til sproget i den stat, hvor filialen er registreret), v) lukning af filialen, vi) opløsning af selskabet eller åbning af konkurs eller anden tilsvarende procedure vedrørende selskabet, vii) nærmere oplysninger vedrørende det register, hvor selskabet er registreret, samt registreringsnummeret og viii) oplysning om evt. andre filialer i samme medlemsstat. Endvidere *kan* den medlemsstat, hvor filialen er oprettet, pålægge filialen at afgive visse yderligere oplysninger om det selskab, det henhører under, navnlig vedrørende: i) stiftelsesoverenskomsten og vedtægterne (evt. oversat til den pågældende stats sprog), ii) selskabets eksistens (attesteret af det register, hvor selskabet er oprettet) og iii) en angivelse af sikkerhedsstillelse i de af selskabets formuegoder, der befinder sig i den pågældende medlemsstat. Endvidere skal de registre, hvor filialen og selskabet er registreret, og de tilsvarende registreringsnumre, samt selskabets art og hjemsted (og evt. om den tegnede og indbetalte kapital) være angivet på de breve og bestillingssedler, som anvendes af filialen.

ikke er lavere end det, der efter de danske regler kræves med hensyn til stiftelse af tilsvarende selskaber i Danmark. På samme måde som den i hovedsagen omtvistede foranstaltning ville en sådan betingelse reelt svare til en indirekte anvendelse af de regler, der i national ret gælder for primær etablering, på en udøvelse af retten til sekundær etablering. Dette ville imidlertid blot føre til, at ægtefællerne Bryde var afskåret fra at benytte sig af »den britiske selskabsrets smidighed« og således frit at kunne drive virksomhed hvor som helst i Fællesskabet med en indskudskapital svarende til, hvad der kræves efter reglerne i den medlemsstat, hvor selskabet stiftes, uanset om dette krav måtte være lavere end kapitalkravet i henhold til andre medlemsstaters lovgivning (navnlig den medlemsstat, hvor en sekundær etablering ønskes foretaget). Heller ikke hensynet til beskyttelse af offentlige fordringshavere kan derfor efter min opfattelse medføre, at en absolut nægtelse af at registrere filialen ikke er blandt de foranstaltninger, der er uforenelige med de fællesskabsretlige regler om etableringsfrihed. Herefter finder jeg, at det forelagte spørgsmål — i mangel af lovlige hensyn, der kan begrunde den omtvistede afgørelse — skal besvares benægtende, idet det dog står fast, at når den administrative hindring for registreringen af Centros' danske filial er fjernet, er filialen omfattet af de nationale bestemmelser om udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed, som selskaber af den pågældende art, der er hjemmehørende i Danmark, er undergivet.

Forslag til afgørelse

23. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå, at Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Højesterets Anke- og Kæremålsudvalg, som følger:

»EF-traktatens artikel 52 ff. er til hinder for, at en medlemsstats kompetente myndigheder nægter registrering af en filial af et anpartsselskab, der er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning og har hjemsted på denne stats område, såfremt en sådan nægtelse begrundes med, at i) selskabet ikke selv driver erhvervsmæssig virksomhed, ii) filialen ønskes oprettet for at drive hele selskabets virksomhed i den stat, hvor filialen oprettes, og iii) konstruktionen giver selskabsdeltagerne mulighed for at unddrage sig et højere mindstekapitalkrav, der ville være gældende, såfremt selskabet var blevet stiftet i den medlemsstat, hvor filialen ønskes oprettet.«