FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

föredraget den 16 juli 1998 *

I —Föremål för den förevarande tolkningsfrågan samt faktiska och rättsliga omständigheter i tvisten vid den nationella domstolen

1. Højesterets Anke-og Kæremålsudvalg (nedan kallad Højesteret) har med stöd av artikel 177 i EG-fördraget (nedan kallat fördraget) begärt att domstolen skall tolka de gemenskapsrättsliga bestämmelserna avseende etableringsrätt i förhållande till ett påstått kringgående av en medlemsstats nationella bestämmelser, vilka föreskriver ett lägsta kapital för företag som bildats i en given form. Frågan som hänskjutits till domstolen av Højesteret är följande:

"Är det förenligt med artikel 52 i EG-fördraget, jämförd med artiklarna 58 och 56, att neka registrering av en filial till ett bolag, som har sitt säte i en annan medlemsstat och som med ett aktiekapital på 100 UKL (cirka 1 000 DKR) har bildats och består i överensstämmelse med lagstiftningen i denna medlemsstat, när bolaget i sig inte driver näringsverksamhet men filialen önskas upprättad för att driva hela verksamheten i det land där filialen upprättas, och det kan anses att förfarandet används i stället för att bilda ett bolag i den senare medlemsstaten, i syfte att undvika att tillskjuta ett lägsta aktiekapital på 200 000 DKR (numera 125 000 DKR)?"

2. Jag skall först och främst återge de omständigheter som ligger till grund för målet vid den nationella domstolen. Under sommaren 1992 anmälde Marianne Bryde, som är delägare och ensam företagsledare i Centros Ltd — som i maj 1992 registrerats som ett private limited company i överensstämmelse med gällande rätt i England och Wales — en filial av Centros till Erhvervs-og Selskabsstyrelsen (nedan kallad bolagsregistret). Det framgår av beslutet om hänskjutande att föremålet för Centros verksamhet enligt bolagsordningen är att driva verksamhet inom en rad olika affärsområden, däribland utlåningsverksamhet. Enligt delägarna skulle Centros verksamhet emellertid endast bestå i import och export av vin. Bolaget har sedan det bildades inte bedrivit någon verksamhet. Den enda andra delägaren i Centros är Marianne Brydes man, Tonny Bryde. Makarna Bryde är båda danska medborgare och är bosatta i Danmark. De köpte bolaget kort efter att det bildats och de två enda aktiebreven har utställts på dem.

* Originalspråk: italienska.

Centros bolagskapital, vilket utgör det i lagen fastställda minsta beloppet på 100 UKL, har inte betalats in till bolaget, men ligger i ett kassaskrin i Tonny Brydes bostad. Bolagets säte har adress hos en vän till makarna Bryde, som är bosatt i Förenade kungariket.

3. Registrering i Danmark av filialer till utländska aktiebolag eller andra bolag med begränsad ansvarighet regleras av de bestämmelser som är tillämpliga på aktiebolag. Vid tiden för de faktiska omständigheterna i målet fanns bestämmelserna i lovbekendtgørelse nr 660 av den 25 september 1991 (117—122 §§). Med stöd av nämnda bestämmelser kan ett aktiebolag som har sitt säte i en av gemenskapens medlemsstater driva verksamhet i Danmark genom en filial som har etablerats på danskt område och som leds av en eller flera filialföreståndare med behörighet att teckna filialens firma. Ett villkor för att filia len skall kunna bedriva sin verksamhet lagligt är att den anmälts till bolagsregistret. För det fall registrering nekas kan filialen inte fortsätta att bedriva verksamhet. Vad gäller filialens verksamhet i Danmark lyder denna under dansk rätt och danska domstolars domsrätt. I detta sammanhang finns det även anledning att erinra om den omständigheten, vilken för övrigt uttryckligen nämns i den hänskjutna frågan, att vid tiden för de faktiska omständigheterna skulle ett aktiebolag ha ett tillskjutet kapital på minst 200 000 DKR. [1] I förarbetena till den lag, som antogs som lag nr 886 av den 21 december 1991, motiverades höjningen i förhållande till tidigare gällande belopp av det lägsta kapital som krävdes för att bilda ett bolag av den form som är i fråga (liksom vid bildande av bolag med begränsad ansvarighet) [2] genom hänvisning till ändamålet att förstärka bolagens soliditet i syfte att därmed skydda statens och övriga offentliga borgenärers intressen, eftersom dessa till skillnad mot privata borgenärer inte har möjlighet att säkerställa sina fordringar genom att begära säkerhet eller borgen. Ett annat ändamål med de nya bestämmelserna var att förebygga risken för bedrägliga konkurser till följd av att bolagen blir insolventa på grund av att det först tillskjutna kapitalet var otillräckligt. Dansk lag föreskriver inget krav på ett lägsta kapital för utländska bolag med säte inom gemenskapen som önskar upprätta en filial i Danmark. Den praxis som i sådana fall följs av bolagsregistret tycks emellertid bestå i en kontroll av om bildandet av det utländska bolaget utgör ett medel för att undandra sig de danska bestämmelserna om tillskjutande av ett lägsta kapital. Då bolagsregistret i förevarande mål inte erhöll nödvändiga klargö-

1 — När lag nr 378 av den 22 maj 1996 trädde i kraft sattes detta belopp ner till 125 000 DKR. Samtidigt genomfördes emellertid en skärpning av de regler som skall garantera kapitalets bibehållande, särskilt i) i form av ett förbud att förvärva andelar i bolaget självt (egna andelar) eller i moderbolaget, ii) vad gäller villkoren för ett aktiebolags förvärv från en delägare inom två år efter registreringen, när vederlaget utgör minst 50 000 DKR och motsvarar minst 10 procent av kapitalet, och iii) de skyldigheter som åligger bolagets styrelse för det fall bolaget har förlorat 40 procent eller mer av sitt kapital.

2 — Genom lag nr 886 av den 21 december 1991 fastställdes det lägsta kapital som måste tecknas till 500 000 DKR för aktiebolag [det vill säga till ett belopp som väl översteg det lägsta kapital, motsvarande 25 000 ECU, som föreskrivs enligt rådets andra direktiv 77/91/EEG av den 13 december 1976 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga (EGT L 26, 1977, s. 1, nedan kallat andra direktivet), i dess senare ändrade lydelse].

rande upplysningar från Marianne Bryde angående Centros verksamhet i England och Wales avvisades registreringsansökan. Detta beslut fastställdes av Østre Landsret, som i dom av den 8 september 1995 fastställde att ett bolag i en medlemsstat, vars verksamhet fullt ut är riktad mot en annan medlemsstats territorium, inte kan åberopa bestämmelsena i fördraget om etableringsrätt för att undandra sig tvingande bestämmelser i sistnämnda stat. Vid målet inför Østre Landsret uppgav Tonny Bryde, vilken hördes som vittne, att han inte kände till att köpet av Centros och det därefter följande bildandet av en filial i Danmark kunde anses som ett kringgående av danska bestämmelser, men medgav att "det är lättare att skaffa 100 UKL än 200 000 DKR". Det är mot denna bakgrund som Højesteret, till vilken Østre Landsrets dom överklagades, har anmodat domstolen att avge ett förhandsavgörande angående ovan nämnda fråga.

II —Parternas, de intervenerande regeringarnas samt kommissionens argumentation

4. Centros har anfört att alla de villkor som uppställs för registrering av en filial enligt dansk bolagsrätt är uppfyllda i förevarande mål. Beslutet att vägra registrering strider således mot den rätt Centros har enligt artiklarna 52 och 58 i fördraget att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium än den där bolaget primärt etablerats. Enligt sökanden framgår det av domstolens dom i målet Segers [3] att ett bolags rätt till sekundär etablering inom gemenskapen endast är underkastad de villkor som föreskrivs i artikel 58 i fördraget och att det inte därutöver kan krävas att bolaget faktiskt bedriver verksamhet i den stat i vilken bolaget bildats. Det har således ingen betydelse om bolaget driver näringsverksamhet — genom kontor, filialer eller dotterbolag — endast i en eller flera andra medlemsstater än den stat i vilken bolaget primärt etablerats.

5. Förenade kungarikets regering har framfört liknande argument. Enligt regeringen är vägran att registrera filialen likvärdigt med att Centros nekas en rättighet som utgör själva kärnan i begreppet etableringsfrihet och strider mot principen om ömsesidigt erkännande av bolagsformer. Det berättigade intresset att skydda kapitalbolags borgenärer kan beaktas på ett lämpligt sätt genom åtgärder som är mindre ingripande än den åtgärd som omtvistas i förevarande mål och sådana åtgärder har för övrigt redan fastställts i gemenskapsrätten. De brittiska myndigheterna har till exempel

3 — Dom av den 10 juli 1986 i mål 79/85 (REG 1986, s. 2375).

hänvisat till den harmoniserade ordning angående offentlighet av flera handlingar och uppgifter avseende filialer som upprättats i en medlemsstat av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan medlemsstat, vilken införts genom rådets elfte bolagsdirektiv (nedan kallat elfte direktivet). [4] Tack vare denna ordning underrättas tredje man, som genom filialen ingår avtal med moderbolaget, om att detta har bildats i en annan medlemsstat i överensstämmelse med där gällande lagregler, däribland de bestämmelser som gäller tillskjutet kapital, och upplysningarna härom finns tillgängliga i registret i det land där filialen är registrerad. Den brittiska regeringen har medgett att det i enlighet med domstolens praxis är av vikt att skilja mellan det lagenliga utövandet av etableringsrätten och det rent formella åberopandet av ett förhållande som regleras i gemenskapsrätten. Regeringen drar emellertid den slutsatsen att den omständigheten att medborgare i en medlemsstat bildar ett bolag i enlighet med lagstiftningen i en annan medlemsstat, inte i något fall kan betecknas som ett formellt åberopande. Den begränsning av etableringsrätten som följer av bolagsregistrets beslut kan i vart fall inte berättigas av rent ekonomiska skäl, då sådana skäl inte avses med artikel 56 i fördraget.

6. Bolagsregistret har svarat att makarna Bryde genom att bilda ett "pro forma" bolag i Förenade kungariket inte kan åberopa artiklarna 52 och 58 i fördraget för att undandra sig det i dansk rätt fastställda kravet på ett lägsta tillskjutet kapital. Under föreliggande omständigheter utgör den filial av Centros, som Marianne Bryde försöker få registrerad i Danmark, rent faktiskt moderbolaget. Vad gäller det gemenskapsrättsliga filialbegreppet har svaranden anfört att man, eftersom det inte går att finna någon definition i rättskällorna, borde kunna använda sig av domstolens tolkning av begreppet i dess domar angående tolkningen av konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, som undertecknades i Bryssel den 27 september 1968 (nedan kallad Brysselkonventionen). [5] Enligt bolagsregistret framgår det nämligen av denna praxis [6] att om det inte finns något moderföretag som utövar verklig ledning och kontroll över filialen, är det filialen som utgör centrum för företagets verksamhet. Filialen skall därför, enligt bolagsregistret, uppfylla de villkor som gäller för att bilda en primär etablering och inte de villkor som gäller för en sekundär etablering. Det nödvändiga villkoret för moderbolaget att faktiskt bedriva en ekonomisk verksamhet för att kunna utöva friheten att upprätta en sekundär verksamhet kan för övrigt härledas från tillämpliga delar av domstolens praxis angående fri rörlighet för arbetstagare. [7] En medlemsstat kan för övrigt lagligen uppställa ett sådant villkor, eftersom bestämmelserna om företagens bildande och verksamhetsutövande på gemenskapsrättens nuvarande stadium helt

4 — Se rådets elfte direktiv 89/666/EEG av den 21 december 1989 om krav på offentlighet i filialer som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan stat (EGT L 395, s. 36).

5 — EGT L 299, 1972, s. 32. Den konsoliderade versionen av konventionen, i dess lydelse enligt de efterföljande anslutningskonventionerna (varav den senaste var konventionen av den 29 november 1996 om republiken Österrikes, republiken Finlands och kungadömet Sveriges anslutning till konventionen) har publicerats i EGT C 27, 1998, s. 1.

6 — Dom av den 6 oktober 1976 i mål 14/76, De Bloos (REG 1976, s. 1497; svensk specialutgåva, volym 3, s. 187), punkt 20, av den 22 november 1978 i mål 33/78, Somafer (REG 1978, s. 2183; svensk specialutgåva, volym 4, s. 209), punkt 12, och av den 18 mars 1981 i mål 139/80, Blanckaert & Willems (REG 1981, s. 819), punkt 12.

7 — Dom av den 23 mars 1982 i mål 53/81, Levin (REG 1982, s. 1035; svensk specialutgåva, volym 6, s. 335), punkt 21, enligt vilken de fördelar som gemenskapsrätten ger till följd av denna frihet endast kan åberopas av personer som *i egentlig mening* utövar eller *seriöst* önskar utöva en avlönad verksamhet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten.

regleras i nationell rätt. Å andra sidan kan, så som domstolen fastställt, etableringsstaten mycket väl föreskriva att medborgare i en annan medlemsstat skall iaktta de villkor för att utöva verksamhet som gäller för statens egna medborgare och bolag, så länge det inte medför att medborgare från andra medlemsstater hindras från att faktiskt utöva etableringsrätten. [8] Bolagsregistret har anfört att Centros krav utgör ett missbruk av de rättigheter som följer av etableringsrätten och har föreslagit att domen i målet Van Binsbergen, [9] i vilken domstolen tolkade artikel 59 i fördraget, skall tillämpas analogt i förevarande mål. Enligt de principer som fastställdes av domstolen i detta mål kan man inte förvägra en medlemsstat rätten att anta bestämmelser som skall förhindra att den fria rörligheten för tjänster utnyttjas av en person, som tillhandahåller tjänster från en annan medlemsstat och vars verksamhet helt eller huvudsakligen är riktad mot den ifrågavarande statens territorium, i syfte att undslippa de yrkesregler som skulle vara tillämpliga för honom om han var etablerad inom den statens territorium. Bolagsregistret har slutligen anfört att, även om Centros tilläts åberopa rätten till fri etablering inom gemenskapen, är det inte desto mindre så att det villkor angående ett lägsta tillskjutet kapital i aktiebolag, som föreskrivs i dansk rätt för att skydda delägarnas, eventuella anställdas och borgenärernas intressen, utgör en fullständigt berättigad åtgärd, även om ingen harmonisering på detta område genomförts på gemenskapsnivå. Att förstärka dessa bolags ekonomiska grund är påkallat av tvingande hänsyn av allmänt intresse. Allmänintresset skulle inte kunna tillgodoses genom mindre ingripande åtgärder än genom att neka registrering, utan förutsätter snarast strängare åtgärder, som till exempel att göra delägarna personligt ansvariga eller att införa en skyldighet att ställa borgen vid bildandet av ett bolag, för att täcka bolagets framtida skulder till skattemyndigheten, försäkringskassan eller andra offentliga borgenärer. Med hänvisning till domstolens fasta praxis avseende missbruk av rättigheter som följer av gemenskapsrätten, har bolagsregistret särskilt anfört att domstolen i målet Segers, vilket Centros åberopat, fastställde att artikel 56 i fördraget inom vissa gränser i princip tillåter att särskilda bestämmelser tillämpas på bolag som bildats i överensstämmelse med rättsordningen i en medlemsstat om dessa bestämmelser är befogade med hänsyn till bekämpningen av kringgåendetransaktioner. Den nederländska lagstiftningen som var i fråga i detta mål befanns visserligen i slutändan inte vara befogad i den mening som avsågs i ovannämnda bestämmelse — med motiveringen att en vägran att tillerkänna direktören för filialen till ett bolag, som "formellt sett" regelenligt bildats enligt en annan medlemsstats lagstiftning — en sjukförmån inte utgjorde någon lämplig åtgärd i detta avseende. Den lösning domstolen valde i detta konkreta fall medför emellertid inte att den allmänna princip som fastställdes av domstolen inte längre gäller. Dessutom har skyddet av borgenärernas ekonomiska intressen inte något ekonomiskt syfte — vilket för övrigt inte omfattas av artikel 56 — utan syftar till att bibehålla en juridiskt ordning som grundas på lojalitet i avtalsförhållanden.

8 — Dom av den 12 juli 1984 i mål 107/83, Ordre des avocats du barreau de Paris (REG 1984, s. 2971; svensk specialutgåva, volym 7, s. 653), punkterna 18 och 20.

9 — Dom av den 3 december 1974 i mål 33/74 (REG 1974, s. 1299; svensk specialutgåva, volym 2, s. 379), punkt 13.

7. Bolagsregistrets argument delas, förutom av den danska regeringen, av de franska och

svenska myndigheterna. Den danska regeringen har för sin del gått ännu längre och anfört, i första hand, att det rör sig om ett rent internt förhållande och att de gemenskapsrättsliga bestämmelser som åberopats av Centros därför inte är tillämpliga i förevarande mål. Sökanden har, genom att bilda ett moderbolag "maskerat" som filial, försökt kringgå de nationella bestämmelserna. I brist på en faktisk och bestående affärsmässig koppling mellan Centros och Storbritanniens ekonomiska affärsliv, liksom mellan Centros och dess danska filial, är de villkor som uttalats av domstolen i målen Levin och Gebhard [10] inte uppfyllda. Enligt den danska regeringen kan domstolens dom i målet Segers i vart fall inte tillämpas i målet vid den nationella domstolen, eftersom det i det senare målet inte är fråga om diskriminering på grund av nationalitet.

8. Den franska regeringen har å sin sida anfört att den princip, enligt vilken det i förhållande till etableringsfriheten inte är relevant huruvida näringsverksamhet utövas i det land där det utländska bolaget bildats, vilken fastställdes av domstolen i målet Segers och som åberopats av Centros i förevarande mål (se ovan punkt 4), endast är tillämplig om konstruktionen synes vara befogad av lagliga hänsyn och inte syftar till missbruk eller bedrägeri. Det är annorlunda i ett fall som i förevarande mål, där konstruktionens enda syfte är att kringgå de regler som gäller på bolagsrättens område i den stat där den sekundära etableringen äger rum. Denna stat kan i ett sådant fall neka att registrera filialen, om det anses bevisat att det omtvistade tillvägagångssättet kännetecknas av missbruk och bedrägeri. I Frankrike kan den behöriga myndigheten därför se sig nödsakad att fastställa om den berörde eventuellt gör sig skyldig till missbruk av etableringsfriheten, för det fall den verksamhet som utövas av filialen till det utländska bolaget är "reglerad", det vill säga att den är underkastad kontroll, kräver tillstånd eller är avhängig av ett visst utbildningsbevis.

9. Den nederländska regeringen har för sin del ansett att bolagsregistrets beslut strider mot artikel 52 i fördraget, men framhåller i stället de begränsningar som gäller för tillämpningen av den ifrågavarande bestämmelsen i förevarande mål. Regeringen påpekar att en sammanhängande tolkning av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om de grundläggande friheterna måste göras, och hänvisar till den princip som fastställdes av domstolen i målet Rutili [11] angående fri rörlighet för

10 — Se dom av den 23 mars 1982 (ovan fotnot 7) och av den 30 november 1995 i mål C-55/94 (REG 1995, s. I-4165), punkterna 25 och 26. Enligt sistnämnda dom har etableringsfriheten — till skillnad från det fria tillhandahållandet av tjänster, som karaktäriseras av att den verksamhet som utövas i en annan medlemsstat är av tillfällig natur — till syfte att ge medborgare i gemenskapen möjlighet att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten och dra fördel av detta, och på så sätt befrämja det ekonomiska och sociala utbytet inom gemenskapen på den fria yrkesutövningens område.

11 — Dom av den 28 oktober 1975 i mål 36/75 (REG 1975, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s. 485), punkt 28, angående tolkningen av artiklarna 7 (numera artikel 6) och 48 i fördraget.

arbetstagare. Enligt denna princip kan förekomsten av ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot allmän ordning motivera eventuella begränsande nationella åtgärder, som grundas på den berörda personens uppförande. Det är mot bakgrund av detta klargörande som domstolens uttalanden i målet Segers skall tolkas, enligt vilka kravet på att bekämpa kringgåendetransaktioner kan motivera att bolag som bildats enligt rättsordningen i en annan medlemsstat behandlas annorlunda. Detta undantag grundas nämligen även det på begreppet allmän ordning enligt artikel 56 i fördraget.

10. Kommissionen har förespråkat ett annat och mer nyanserat synsätt i förevarande mål. Kommissionen har å ena sidan anfört att Centros endast har utnyttjat sin rätt att etablera sig i den medlemsstat som, vad beträffar föreskrivet lägsta tillskjutna kapital, erbjuder de mest förmånliga villkoren. I enlighet med den slutsats man kan dra av domen i målet Segers är detta just ett av ändamålen med etableringsfriheten. Möjligheten att använda sig av utländska bolagsformer och att utnyttja olikheterna i medlemsstaternas lagstiftning i detta avseende utgör inte i sig ett oberättigat kringgående av nationella bestämmelser. Under de omständigheter som gäller i tvisten vid den nationella domstolen medför den beskrivna administrativa praxis, som innebär att bolagsregistret företagit en undersökning (se ovan punkt 3) och därefter vägrat att registrera en filial till ett bolag som uppfyller de villkor som uppställs i artikel 58 i fördraget, enligt kommissionen en diskriminering på grund av nationalitet, vilket är förbjudet enligt artikel 52. Den stat där den sekundära etableringen äger rum kan inte göra registreringen av filialen beroende av villkoret att moderbolaget uppfyller alla villkor för bolagsbildning som föreskrivs i dess nationella lag. För det fall det inte förekommer någon samordning på gemenskapsnivå, vilket är fallet i förevarande mål, kan medlemsstaten för den sekundära etableringen däremot, enligt kommissionen, uppställa villkor för filialens registrering som grundas på dess interna bestämmelser och som syftar till att garantera de personer som på dess territorium träder i kontakt med det utländska bolaget ett mer omfattande borgenärsskydd än det som följer av det utländska bolagets bolagsordning. I förevarande mål verkar det, om inte säkert så åtminstone sannolikt, som om de danska reglerna avseende tillskjutet kapital är ett uttryck för det angivna ändamålet att skydda offentliga borgenärer. I förhållande till detta ändamål skulle det emellertid inte vara proportionerligt att rätt och slätt vägra sekundär etablering på grund av ett (antaget) försök att kringgå gällande lagregler. På denna vägran skulle man inte kunna tillämpa de hänsyn som föreskrivs i artikel 56 i fördraget, vilken inte omfattar ekonomiska hänsyn och som i varje fall förutsätter att det finns bevis för det utländska bolagets bedrägliga avsikt gentemot sina borgenärer i Danmark. Enligt kommissionen skulle, i den faktiska och normativa situation som föreligger i målet vid den nationella domstolen, ett mer adekvat och mindre ingripande medel för att skydda borgenärerna vara att göra registreringen av filialen beroende av villkoret att det utländska moderbolaget hade ett tillskjutet kapital som överensstämde med det som föreskrivs i relevanta nationella bestämmelser för bildande av motsvarande bolag i Danmark.

III —Rättslig bedömning av den fråga som hänskjutits till domstolen

11. I beslutet om hänskjutande är föremålet för den aktuella tolkningsfrågan klart avgränsat. I målet vid den nationella domstolen bestrids inte att "private companies limited by shares", som rättsenligt bildats och som har sitt säte i England eller Wales, har rätt att etablera sig på danskt territorium genom filialer, oaktat att det lägsta tillskjutna kapital som föreskrivs i brittisk lag för ett bolag av detta slag är betydligt lägre än det som krävs i dansk lag för bolag av samma slag som upprättas i Danmark. Enligt de påståenden som gjordes vid sammanträdet av representanten för den danska myndigheten använder sig för övrigt gemenskapsrättsliga bolag med begränsat ansvar, i synnerhet brittiska, i praktiken i stor utsträckning av rätten att etablera sig i Danmark, utan att detta som i förevarande fall leder till avslag på registreringsansökan. Frågan är således en annan: Utövar ett bolag sin lagliga rätt att grunda en sekundär etablering när bolaget avser att utöva sin näringsverksamhet *uteslutande* i det land i vilket filialen registreras, och det ursprungliga beslutet att bilda ett bolag i en annan medlemsstat än den i vilken bolaget avser att driva verksamhet *enbart* har motiverats av ändamålet att undandra sig de strängare lagliga krav angående ett lägsta bolagskapital, som föreskrivs av lagen i den medlemsstat i vilken den sekundära etableringen äger rum? Enligt den danska myndigheten bör svaret, med hänsyn till omständigheterna i målet, vara nekande (och den åtgärd som redogjorts för i beslutet om hänskjutande bör, följaktligen förklaras vara förenlig med bestämmelserna i fördraget). Med hänvisning till omständigheterna i förevarande mål har de danska myndigheterna närmare framfört två typer av argument, nämligen, för det första, att vägran att registrera Centros filial inte begränsar etableringsfriheten på ett sätt som strider mot artikel 52 i fördraget och, för det andra, för det fall vägran anses utgöra en begränsning, att denna omfattas av de bestämmelser som föreskriver en särskild behandling av utländska bolag, vilka medlemsstaterna i enlighet med artikel 56 kan föreskriva, bland annat med hänsyn till allmän ordning. Jag kommer att behandla svarandens argument i denna ordning. Innan jag går in på denna bedömning vill jag dock göra ett kort påpekande angående domstolens praxis på området och den utländska sekundära etableringens funktion i företagets organisatoriska uppbyggnad.

12. Bestämmelsen i artikel 52 i fördraget, som sedan övergångstiden löpt ut är direkt tillämplig, har till syfte att garantera att varje medborgare i en medlemsstat som etablerar sig i en annan medlemsstat för att där utöva en självständig verksamhet, även om det endast är fråga om sekundär etablering, behandlas på samma sätt som landets egna medborgare. Etableringsrätten omfattar även en rätt att bilda bolag och driva verksamhet i enlighet med de bestämmelser som i värdlandets lag-

stiftning fastställts för statens egna medborgare samt en rätt för medborgare i gemenskapen, som har sitt primära etableringsställe i en annan medlemsstat, att bilda kontor, filialer eller dotterbolag. Enligt artikel 58 i fördraget omfattar etableringsrätten dessutom, för bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor *eller* sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen, en rätt att bedriva verksamhet i en annan medlemsstat genom en sekundär etablering. Av denna grundläggande frihet följer tre ytterligare rättigheter: verksamheten kan utövas i bolagsform i en medlemsstat genom ett bolag hemmahörande i denna stat eller i en annan medlemsstat, bolaget kan med avseende på sin sekundära etablering välja mellan att bilda ett dotterbolag eller en filial och det utländska bolaget har, i den stat i vilken den sekundära etableringen äger rum, samma rättigheter som landets egna bolag. [12]

Eftersom bestämmelsen i den ovannämnda artikel 58 skulle kunna tolkas på så sätt att friheten att bilda en sekundär etablering skulle gälla även för juridiska personer som har sitt säte enligt bolagsordningen inom gemenskapen, men inte sitt "verkliga" säte, det vill säga huvudkontoret, och inte heller den huvudsakliga verksamheten, visade det sig snart vara nödvändigt att precisera de villkor som uppställs för denna frihet vad gäller bolag *som är primärt etablerade utanför gemenskapen.* [13] Som närmare framgår av det generella program för upphävande av begränsningar för etableringsfriheten, som antagits av rådet den 18 december 1961, [14] skall enheten uppfylla ytterligare ett kriterium för anknytning, närmare bestämt ett ekonomiskt kriterium, nämligen att det skall föreligga en "faktisk och varaktig" anknytning till en medlemsstats ekonomi. [15] Det är knappast nödvändigt att tilllägga att detta kriterium endast gäller för bolag från tredjeländer.

13. Vad gäller innehållet i den nämnda rätten till sekundär etablering framgår det av domstolens praxis att det berörda bolagets säte, i den mening som avses med ovan nämnda tre alternativ (punkt 12), "tjänar till att fastställa

12 — Se Werlauff, E., *EC Company Law*, Köpenhamn, 1993, s. 17—22.

13 — Se Poillot-Peruzzetto S., och Luby, M., *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, 1998, s. 141. Y. Loussouarn påpekar, angående ursprunget till det kriterium för anknytning som jag närmare skall redogöra för nedan, att gemenskapernas institutioner och representanterna för medlemsstaterna utgår från påståendet att artikel 52 uppställer som villkor för fysiska personers rätt till sekundär etablering att de är (primärt) etablerade inom en medlemsstats territorium. Det är således ett villkor — utöver villkoret om medborgarskap — att de berörda är bosatta inom gemenskapen. Att rätt och slätt transponera detta krav till bolag, genom att lägga samman villkoren avseende verkligt säte och säte enligt bolagsordningen, skulle tydligt och ohjälpligt ha stått i strid med föreskriften i artikel 58 (se "Le rattachement des sociétés et la Communauté économique européenne" i *Études de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à Pierre Teitgen*, Paris, 1984, s. 239, i synnerhet s. 245 och 246 och "Le droit d'établissement des sociétés" i *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, s. 229, i synnerhet s. 236).

14 — EGT 2, 1962, s. 36.

15 — Denna anknytning kan bestå i att tredjelandsbolaget har ett kontor på en medlemsstats territorium, förutsatt att den verksamhet som bedrivs på området är stadigvarande, verklig och relevant (vilket utesluter representationskontor eller liknande som inte driver verksamhet på marknaden eller sysselsätter ett mycket begränsat antal anställda). Däremot har de fysiska personernas — delägarnas eller medlemmarnas i styrelse- eller tillsynsorganen för bolaget — medborgarskap ingen betydelse.

deras anknytning till en stats rättsordning, på samma sätt som nationaliteten när det gäller fysiska personer. Om det skulle godtas att etableringsstaten fritt kan tillämpa en annorlunda behandling enbart på grund av att bolagets säte ligger i en annan medlemsstat skulle [bestämmelsen i artikel 52 i fördraget] bli innehållslös". [16] Härav följer att så snart de två villkoren avseende lagenlighet och tillhörighet till en medlemsstat, vilka enligt ovan nämnda artikel 58 är en förutsättning för att ett bolag skall anses utgöra ett gemenskapsrättsligt bolag, är uppfyllda har detta bolag rätt att bli behandlat som ett nationellt bolag även om det utövar *hela* sin näringsmässiga verksamhet i en annan medlemsstat än den i vilken bolaget är primärt etablerat genom ett kontor, en filial eller ett dotterbolag. [17] Av domstolens praxis framgår vidare att "likabehandlingsprincipen inte enbart förbjuder uppenbar diskriminering grundad på nationalitet, eller säte vad gäller bolag, utan även alla former för dold diskriminering, vilka genom tillämpning av andra kriterier i realiteten leder till samma resultat". [18] På ett liknande sätt har domstolen fastställt att nationella åtgärder som *inte* är diskriminerande, men som kan göra det svårare eller mindre attraktivt för gemenskapens medborgare (eller bolag) att utöva de grundläggande rättigheter som tillerkänns dem genom gemenskapsrätten, strider mot fördraget. [19]

14. Å andra sidan kan medlemsstaterna i enlighet med artikel 56 i fördraget meddela undantag från förbudet mot att införa begränsningar med avseende på etablering på deras territorium och tillämpa särskilda bestämmelser på utländska (fysiska och juridiska) personer, som åtnjuter den i gemenskapsrätten erkända rätten, när sådana särskilda bestämmelser är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Eftersom den innehåller en avvikelse från en av fördragets grundläggande principer, skall artikel 56 tolkas restriktivt. Det krävs således för dess tillämplighet att det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen, däribland hänsyn till att förebygga eventuellt missbruk och hänsyn till intresset av ett nöjaktigt genomförande av den nationella regleringen avseende den allmänna socialförsäkringen. [20] Bestämmelsen kan således inte åberopas i avsikt att ta till vara ekonomiska hänsyn. [21] Dessutom skall de åtgärder som antas för att tillvarata de hänsyn som skall skyddas begränsas till sådana åtgärder som är strängt nödvändiga och som överensstämmer med proportionalitetsprincipen. [22]

16 — Se, bland många andra, dom av den 28 januari 1986 i mål 270/83, kommissionen mot Frankrike (REG 1986, s. 273, svensk specialutgåva, volym 8, s. 389), punkterna 13, 14 och i synnerhet punkt 18, av den 17 juni 1997 i mål C-70/95, Sodemare m. fl. (REG 1997, s. I-3395), punkterna 25—26, och av den 16 juli 1998 i mål C-264/96, ICI (REG 1998, s. I-4695), punkt 20.

17 — Se domen i målet Segers (ovan fotnot 3), punkterna 14 och 16. I denna dom fastställde domstolen att det stred mot artiklarna 52 och 58 i fördraget att behöriga myndigheter i den stat i vilken bolaget var sekundärt etablerat (genom ett dotterbolag) nekade en bolagsdirektör att ansluta sig till ett nationellt sjukförsäkringssystem med den enda motiveringen att moderbolaget bildats i enlighet med lagen i en annan medlemsstat och att moderbolaget hade sitt säte i denna sistnämnda stat, även om bolaget inte utövade någon näringsverksamhet i denna stat och endast var verksamt i den medlemsstat i vilken den sekundära etableringen fanns.

18 — Dom av den 13 juli 1993 i mål C-330/91, Commerzbank (REG 1993, s. I-4017), punkt 14, och av den 12 april 1994 i mål C-1/93, Halliburton Services (REG 1994, s. I-1137), punkt 15.

19 — Se, bland många andra, dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus (REG 1993, s. I-1663), punkt 32.

20 — Se, bland många andra, dom av den 27 oktober 1977 i mål 30/77, Bouchereau (REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3, s. 459), punkt 35, och dom i målet Segers (ovan fotnot 3), punkt 17.

21 — Se, bland många andra, dom av den 25 juli 1991 i mål C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda (REG 1991, s. I-4007), punkt 11.

22 — Se, bland många andra, dom av den 18 maj 1982 i målen 115/81 och 116/81, Adoui och Cornuaille (REG 1982, s. 1665; svensk specialutgåva, volym 6, s. 421), punkt 9, och dom av den 26 april 1988 i mål 352/85, Bond van Adverteerders m. fl. (REG 1988, s. 2085), punkt 36.

När den restriktiva åtgärden som i detta fall inte är diskriminerande och följaktligen är tillämplig utan åtskillnad på nationella bolag och utländska gemenskapsrättsliga bolag, kan den även grundas på tvingande hänsyn till ett allmänt intresse, [23] förutsatt att i) dessa hänsyn inte redan skyddas av bestämmelser som gäller för det utländska bolaget i etableringsstaten och att ii) åtgärden är nödvändig och proportionell. [24]

15. Jag skall nu undersöka begreppen "filial" och "dotterbolag" [25], vilka används i bestämmelsen i artikel 52 och upprepas i artikel 58 i fördraget (jag utelämnar den speciella formen kontor, som inte är av betydelse i förevarande mål). Vilket är det avgörande kriteriet för att särskilja dessa två former för en permanent territoriell förgrening som ett företag kan bilda, eventuellt i andra medlemsstater än den där bolaget har sitt ursprung, och vilka normalt skall ingå avtal med tredje man? Detta kriterium utgörs huvudsakligen av att filialen inte är någon självständig juridisk person, utan beskrivs som en faktisk enhet, eller enbart som en avdelning i företaget, som gör det möjligt att genomföra en viss decentralisering. [26] Ett dotterbolag är däremot juridiskt självständigt från det moderbolag som utövar kontroll över det. [27] Som det har påpekats i doktrinen, [28] framstår betydelsen av skillnaden mellan dessa två rättsliga tekniker för eta-

23 — Till exempel skydd för mottagarna av en tjänst som säkerställs genom yrkesmässiga bestämmelser, skydd för immateriella rättigheter, skydd för arbetstagare, skydd för konsumenter, bevarande av det nationella historiska och kulturella arvet, den största möjliga spridningen av kännedom om ett lands konst och kultur samt kulturpolitiska hänsyn (se, bland många andra, domen i målet Collectieve Antennevoorziening Gouda m. fl., ovan fotnot 21, punkterna 14 och 27), skydd för mottagare av tjänster avseende tillsyn och förnyelse av patent (dom av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger, REG 1991, s. I-4221, punkt 17), upprätthållande av enhetligheten i skattesystemet (dom av den 28 januari 1992 i mål C-204/90, Bachmann, REG 1992, s. I-249), förebyggande åtgärder mot bedrägeri samt socialpolitiska hänsyn till följd av de skadliga konsekvenserna av en överdriven efterfrågan av spel om pengar (dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039, punkterna 58—59), bevarande av den nationella finanssektorns goda rykte (dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments, REG 1995, s. I-1141, punkt 44), hänsyn till en effektiv skattekontroll (dom av den 15 maj 1997 i mål C-250/95, Futura Participations och Singer, REG 1997, s. I-2471, punkt 31), och hänsyn till god handelssed (dom av den 9 juli 1997 i målen C-34/95, C-35/95 och C-36/95, De Agostini och TV-shop, REG 1997, s. I-3843, punkt 53).

24 — Se, bland många andra, domen i målet Collectieve Antennevoorziening Gouda m. fl. (ovan fotnot 21), punkterna 13 och 15.

25 — "Det är termen 'affiliate' och inte termen 'filiali' som anges i artikel 52 i fördraget, som enligt italienskt juridiskt språkbruk motsvarar det franska 'filiales', det engelska 'subsidiaries', det tyska 'Tochtergesellschaften' och det nederländska 'dochterondernemingen'" (se det förslag till avgörande som presenterats av generaladvokaten Mancini den 16 oktober 1985 i målet kommissionen mot Frankrike, ovan fotnot 16, REG 1985, s. 275, punkt 2). Se även Ruggiero, G. M., och De Dominicis, M., "Art. 52", i Quadri, R., Monaco, R., och Trabucchi, A. (red.), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milano, 1965, volym I, s. 399, i synnerhet s. 412—413. Se även nedan fotnot 27.

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

27 — Se emellertid Pietrobon, A., *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padua, 1990. Enligt författaren är användningen av en formalistiskt juridisk metod — som grundas på "begrepp och metoder från intern rätt, som om dessa senare betraktade var för sig eller i ett komparativt perspektiv nödvändigtvis skulle tillhandahålla en modell för att tolka fördraget" — inte lämplig vid tolkningen av begreppen kontor, filial och dotterbolag, eftersom detta leder till att vissa typer av underordnade organ utesluts, utan att detta uteslutande är berättigat. Dessutom visar en *ändamålsenlig* tolkning av begreppet "sekundär etablering" att dess väsentliga kännetecken (den är underkastad de organisatoriska beslut som fattas av moderbolaget, som även fattar beslut om den territoriella förgreningens själva förekomst, dess befogenheter och de grundläggande villkoren för dess verksamhet) leder till slutsatsen att ett självständigt företag, med en egen organisation och en egen verksamhet, inte kan vara en sekundär etablering till en annan verksamhet. "Det framstår därmed som tvivelaktigt om det således avgränsade begreppet även kan omfatta det italienska begreppet *'affiliate'* som, vilket vi sett, inte nämns i den italienska versionen av artikel 52. ... Om ett företag som bildats i en medlemsstat grundar en *'affiliata'* i en annan medlemsstat är det fråga om en transaktion som närmare bestämt bör betraktas som en primär etablering (just avseende en *'affiliata'*). Frågan har emellertid ingen praktisk betydelse, eftersom möjligheten att bilda *'affiliata'* medges av båda tolkningarna" (ibidem, s. 101—115, i synnerhet s. 103, 114 och 115; fotnoterna utelämnade, fri översättning).

28 — Se Loussouarn (ovan fotnot 26), s. 363—368.

blering av bolag utomlands på många olika sätt.

IV —Svaret på den fråga som hänskjutits till domstolen

Bedömning av huruvida det är förenligt med den grundläggande principen om fri etablering att neka registrering av Centros danska filial

Först vill jag nämna att eftersom *nationaliteten* är ett kännetecken för den juridiska personen, kan en filial som utövar samma verksamhet som det bolag filialen tillhör inte ha en annan nationalitet än bolaget, och filialens juridiska ställning styrs av det rättssystem till vilket det utländska bolaget hör, eftersom filialen endast är en förgrening av bolaget. Det motsatta gäller för dotterbolag. Även om en filial åtnjuter en viss självständighet, är det trots allt moderbolaget som ansvarar för alla *transaktioner*, som för moderbolagets räkning utförs av den som förestår filialen. Ett dotterbolag kan emellertid ingå giltiga avtal, även om moderbolaget eventuellt kan gå in som part. Slutligen, enligt principen om *bolagsförmögenhetens enhet*, kan skulder (och, som en följd härav, fordringar) som filialen ådragit sig i utövandet av sin verksamhet göras gällande mot bolaget (medan det inte finns någon anledning att tala om filialens skulder). En borgenär kan emellertid av praktiska skäl normalt stämma bolaget även inför domstolarna på den plats där filialen är etablerad (se nedan, punkt 18). Ett dotterbolag har emellertid en egen förmögenhet, med vilken dotterbolaget svarar för de skulder det ådragit sig. Mellan moderbolaget och borgenärerna fungerar dotterbolaget således som en "skärm", eftersom dotterbolaget är en självständig juridisk person.

16. Enligt min mening strider den danska myndighetens beslut mot bestämmelserna i fördraget om etableringsfrihet. Som jag närmare skall förklara i det följande medför beslutet inte enbart att den rätt utländska bolag inom gemenskapen har till sekundär etablering begränsas, utan den hindras helt. I förevarande mål har beslutet faktiskt hindrat makarna Bryde att utöva en näringsverksamhet i Danmark genom ett bolag som rättsenligt bildats och som har sitt säte i en annan stat inom gemenskapen. Bolagsregistret verkar i huvudsak vara av den uppfattningen att de berörda, eftersom de avser att utöva verksamhet enbart på den nationella marknaden, måste följa de bestämmelser som föreskrivs i dansk rätt för den form av affärsdrivande bolag de har bildat. En sådan uppfattning strider enligt min mening mot artikel 52 i fördraget. Det finns även anledning att bedöma föreliggande mål enligt artikel 58. Ur denna synvinkel synes Centros diskrimineras i förhållande till bolag som bildats i överensstämmelse med dansk lagstiftning och som inte är föremål för motsvarande hinder när de etablerar filialer i Danmark. Beslutet i fråga påverkar dessutom indirekt kärandebolagets rätt att välja huruvida det vill upprätta en filial eller ett dotterbolag i Danmark. Enligt

min uppfattning är det uppenbart att de danska myndigheterna inte skulle haft några invändningar gentemot Centros om det bolag som bildats i Förenade kungariket, i syfte att etablera sig utomlands, i stället för att upprätta en filial hade valt att upprätta ett dotterbolag, eftersom ett dotterbolag är ett bolag som är åtskilt från moderbolaget och därför enligt sin definition skall uppfylla de villkor som uppställs i tillämplig nationell rätt, även med avseende på ett lägsta kapital. Artikel 52 första stycket andra meningen i fördraget överlåter uttryckligen åt de ekonomiska aktörerna att fritt välja den juridiska form som är lämplig för att bedriva deras verksamhet i en annan medlemsstat. Denna valfrihet får inte, i motsats till vad som är fallet i förevarande mål, begränsas genom diskriminerande bestämmelser. [29]

17. Jag skall nu se närmare på de argument som den danska myndigheten har anfört angående de hänsyn jag anser måste tillgodoses. Myndigheten har bestritt att Centros rättmätigt kan åberopa rätten till fri etablering i enlighet med fördraget. Eftersom det bolag som bildats av makarna Bryde i Förenade kungariket inte utövar någon ekonomisk aktivitet där, har det enligt myndigheten inte någon faktisk och varaktig anknytning till detta land, vilket medför att det rör sig om ett rent internt förhållande som faller utanför gemenskapsrätten. Alternativt rör det sig om ett fall av utövande av etableringsfriheten, så som begreppet anges i fördraget, på ett missbrukande eller bedrägligt sätt, vilket inte heller skyddas. [30] Jag är inte övertygad av dessa argument, av skäl som jag skall redogöra för nedan, även om jag bortser från att ett kriterium enligt vilket det krävs att det utövas en faktisk verksamhet i bolaget, utöver att det kan ifrågasättas materiellt är svårt att tillämpa, eftersom det inte har någon bestämd karaktär. Vilken art, varaktighet och omfattning skall verksamheten i moderbolaget ha för att moderbolaget fritt skall kunna utöva rätten till sekundär etablering?

18. För att precisera ovanstående slutsatser vill jag påpeka att tillämpningen av bestämmelserna om etableringsfrihet endast kan uteslutas, vilket den danska regeringen har gjort gällande, om de berörda är medborgare i en medlemsstat eller bolag som har sitt säte i en medlemsstat, och deras situation inte har någon anknytning till gemenskapsrättens bestämmelser, och dessa därför inte kan

29 — Se domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 16), punkt 22.

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

åberopas. [31] Enligt min uppfattning är detta inte fallet i målet vid den nationella domstolen. Centros har bildats enligt de lagar som gäller i England och Wales och har sitt säte i Förenade kungariket. Denna omständighet räcker för att situationen skall omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 52 och 58 i fördraget. Det är enligt min mening överflödigt att kontrollera uppgifterna angående delägarnas eller direktörernas medborgarskap eller angående bolagets territoriella verksamhetsområde. [32] Det framgår vidare av domstolens praxis att hänvisningen i artikel 52 till "medborgare i en medlemsstat" som önskar etablera sig "på en annan medlemsstats territorium" inte kan tolkas så, att de fördelar som anges i fördraget inte skulle gälla för medborgare i gemenskapen, vilka har utnyttjat de möjligheter som finns inom området för rörlighet och etablering och som i förhållande till sitt ursprungsland befinner sig i en situation som är jämförbar med situationen för alla andra rättssubjekt som omfattas av de rättigheter och friheter som garanteras genom fördraget. [33] Bolagsregistret har betonat att det måste krävas att huvudverksamheten faktiskt utövar den verksamhet som angivits i bolagsordningen. Härigenom tolkar myndigheten emellertid in i artikel 58 *ett ytterligare villkor* som rätten till sekundär etablering är underkastat. De formella villkor som uppställs i artikel 58, i avsikt att fastställa vilka bolag som åtnjuter den ifrågavarande rätten, är emellertid enligt min mening uttömmande. En formellt rättslig utgångspunkt är av avgörande betydelse. Den springande punkten är att det inte finns utrymme för undersökningar om arten av och innehållet i den verksamhet företaget utövar eller avser att utöva. [34] Inom området för fri etablering för fysiska personer har domstolen för övrigt redan haft tillfälle att bedöma en situation där en medlemsstat, för utövandet av den angivna rätten, ställt upp ytterligare villkor (i detta fall ett villkor om faktisk bosättning inom statens territorium) utöver villkoret om medborgarskap i en medlemsstat, vilket är *det enda subjektiva villkoret som föreskrivs i artikel 52 i fördraget.* Domstolen fastställde att ett sådant krav stred mot gemenskapsrätten. [35] En jämförelse —

31 — Se, bland många andra, dom av den 19 mars 1992 i mål C-60/91, Batista Morais (REG 1992, s. I-2085).

32 — Se domen i målet Segers (ovan fotnot 3), punkt 14, se ovan fotnot 17 och nedan fotnoterna 45 och 46 liksom de partier i texten som hänför sig till dessa. Se även dom av den 5 oktober 1994 i mål C-23/93, TV10 (REG 1994, s. I-4795), punkt 15, enligt vilken den omständigheten att ett radio- och TV-bolag hade etablerat sig i en annan medlemsstat, i syfte att undandra sig lagstiftningen i den stat i vilken bolagets program skulle sändas, inte utesluter att sändningarna skulle anses vara "tjänster" enligt artikel 59 i fördraget. Centros situation skall emellertid skiljas från exempelvis den situation, som domstolen bedömde i målet Esso Española, som endast innebär att ett företag med säte och verksamhet i en medlemsstat utvidgar sin verksamhet inom den statens territorium (dom av den 30 november 1995 i mål C-134/94, REG 1995, s. I-4223, punkterna 12— 17).

33 — Se dom av den 7 februari 1979 i mål 115/78, Knoors (REG 1979, s. 399), punkterna 20 och 24.

34 — Cath, I. G. F., "Freedom of Establishment of Companies: a New Step Towards Completion of the Internal Market", i Jacobs, F. G. (red.), *1986 Yearbook of European Law*, Oxford, 1987, s. 247, i synnerhet s. 259 och 261. Se även, bland många andra, dom av den 12 mars 1996 i mål C-441/93, Pafitis m. fl. (REG 1996, s. I-1347), punkterna 18 och 19, enligt vilken "[d]et framgår av titeln och artikel 1 i andra direktivet [avseende bolagsrätt] att det är tillämpligt på bolag som avses i artikel 58 andra stycket i EG-fördraget, vilka har bildats i aktiebolagsform. Det kriterium som gemenskapslagstiftaren har antagit för att definiera tillämpningsområdet för andra direktivet är följaktligen bolagets juridiska form, oavsett vilken verksamhet det bedriver."

35 — Enligt domstolen får "... en medlemsstat ... i sin lagstiftning inte begränsa verkningarna av en annan medlemsstats tilldelning av medborgarskap, genom att kräva ytterligare villkor för att erkänna detta medborgarskap med avseende på utövande av de grundläggande friheter som föreskrivs i fördraget. Följaktligen kan artikel 52 i fördraget inte tolkas på så sätt att en medlemsstat i förhållande till en medborgare i en annan medlemsstat, som samtidigt är medborgare i ett tredje land, kan uppställa som villkor för erkännandet av egenskapen av gemenskapsmedborgare att den berörde har sin stadigvarande bostad inom den förstnämnda statens territorium" (se dom av den 7 juli 1992 i mål C-369/90, Micheletti m. fl., REG 1992, s. I-4239), punkterna 10 och 11. Se likaledes dom av den 7 februari 1979 i mål 136/78, Auer (REG 1979, s. 437; svensk specialutgåva, volym 4, s. 307), punkt 28, enligt vilken "[det inte finns] någon bestämmelse i fördraget som tillåter, inom dess tillämpningsområde, att medborgare från en medlemsstat behandlas annorlunda beroende på vid vilken tidpunkt eller på vilket sätt de har blivit medborgare i den aktuella staten, om de vid den tidpunkt då de gör gällande att de omfattas av gemenskapsrättsliga bestämmelser är medborgare i en av medlemsstaterna och om även övriga villkor för tillämpning av den regel som de åberopar är uppfyllda".

vilket föreslagits av bolagsregistret — mellan förevarande mål och det ovan nämnda målet Levin [36] är enligt min mening inte praktiskt möjlig att göra eftersom formuleringen av artikel 52, vilken i abstrakta termer säkerställer själva möjligheten att utöva näringsverksamhet (se nedan punkt 19), skiljer sig från formuleringen av artikel 48.3 i fördraget, vilken innehåller en noga angiven uppräkning av vad begreppet fri rörlighet för arbetstagare omfattar. [37]

19. Till stöd för sin ståndpunkt i förevarande mål hänvisar den danska myndigheten dessutom till en annan praxis, som utvecklats av domstolen i samband med tolkningen av Brysselkonventionen (se ovan punkt 6). Dessa avgöranden är emellertid inte relevanta för förevarande mål. De ifrågavarande domarna utgör tolkningsbeslut avseende tillämpligheten, i varje särskilt fall, av den särskilda behörighetsregeln i artikel 5.5 i Brysselkonventionen. [38] I dessa mål nöjde sig domstolen med att bedöma de egenskaper som kännetecknar begreppet sekundär etablering, i den omfattning det var relevant för att kunna besvara de frågor som hänskjutits till domstolen. Domstolen skulle säkerställa konventionens fulla rättsverkan och var därför tvungen att göra en *självständig* tolkning av begreppen dotterbolag och filial. Domstolen tolkade dessa begrepp i konventionen restriktivt, framför allt för att undvika att för många domstolar skulle anses vara behöriga och möjligheten för en härav följande *forum shopping*, och för att beakta de "protektionistiska" hänsyn, till nackdel för utländska svaranden, i de ursprungliga särskilda behörighetsreglerna i

36 — Se ovan fotnot 7.

37 — "Enligt artikel 48.3 i fördraget har [såsom domstolen noterat] arbetstagare rätt att anta faktiska erbjudanden om anställning och att 'för detta ändamål' förflytta sig fritt inom medlemsstaternas territorium. Enligt samma bestämmelse har arbetstagarna rätt att uppehålla sig i en medlemsstat 'i syfte att' ha anställning där. Dessutom fastställs i ingressen i förordning nr 1612/68 att fri rörlighet för arbetstagare innebär att arbetstagarna får rätt att röra sig fritt inom gemenskapen 'för att' ta anställning, medan artikel 2 i direktiv 68/360 föreskriver att medlemsstaterna skall ge arbetstagare rätt att lämna territoriet 'för att' ta anställning och arbeta inom en annan medlemsstats territorium. Dessa formuleringar uttrycker ett förbehåll, som är en del av själva principen om fri rörlighet för arbetstagare, att de fördelar som gemenskapsrätten ger till följd av denna frihet endast kan åberopas av personer som i egentlig mening utövar eller önskar utöva en faktisk och verklig avlönad verksamhet" (ibidem, punkterna 20 och 21).

38 — Som ett undantag från huvudregeln i artikel 2 i Brysselkonventionen, möjliggör denna regel för käranden att väcka talan mot en svarande, som har hemvist i en konventionsstat, i en annan konventionsstat i fråga om en tvist som hänför sig till verksamheten vid en filial, agentur eller annan etablering, vid domstolen i den ort där denna är belägen. "Begreppet verksamheten omfattar för det första tvister om sådana rättigheter och förpliktelser inom eller utanför avtalsförhållanden som hör till den egentliga förvaltningen av själva den ifrågavarande agenturen, filialen eller liknande, såsom rättigheter och förpliktelser i samband med hyra av den fastighet på vilken dessa enheter är etablerade eller anställning på platsen av den personal som arbetar där. Vidare omfattar begreppet sådana tvister som rör de förpliktelser som det ovan beskrivna verksamhetscentrumet har åtagit sig i det företags namn till vilket det hör och som skall uppfyllas i den konventionsstat där detta centrum är etablerat samt tvister som rör förpliktelser utanför avtalsförhållanden som är en följd av den verksamhet som den ifrågavarande filialen, agenturen eller liknande, i ovan angivna betydelse, på den plats där den är etablerad har utövat för det företags räkning till vilket den hör" (se domen i målet Somafer, ovan fotnot 6, punkt 13). Jag kan dessutom erinra om att enligt artikel 8.2 i Brysselkonventionen anses en försäkringsgivare, som inte har hemvist i en konventionsstat men som har en filial, agentur eller annan etablering i en konventionsstat, genom undantag från artikel 4, ha hemvist i den staten i fråga om tvister som hänför sig till en sådan verksamhet. Samma gäller enligt artikel 13 i Brysselkonventionen när en konsuments avtalspart inte har hemvist i en konventionsstat.

avtalsstaternas rättsordningar. [39] Denna praxis har utvecklats för ett helt annat ändamål än det som skall bedömas i förevarande mål, och det är inte möjligt att av denna praxis dra slutsatsen att etableringen endast är sekundär och inte primär, i det fall etableringen utövar en näringsverksamhet i form av en representation för en huvudverksamhet, som faktiskt driver näringsverksamhet, och vars ledning och kontroll den sekundära etableringen skall vara underkastad.

20. Jag vill härefter behandla den andra ståndpunkten som framförts av bolagsregistret och av den danska regeringen, enligt vilken makarna Brydes intresse av att utöva näringsverksamhet i Danmark inom ramen för ett bolag med begränsat ansvar inte bör skyddas av artikel 52 och följande artiklar i fördraget, eftersom valet att etablera ett bolag med säte i Storbritannien gjordes i bedrägligt syfte. Avsikten var att kringgå reglerna avseende ett lägsta insatskapital, som gäller i den stat i vilken den sekundära etableringen äger rum (och som enligt denna uppfattning är tillämpliga på det som faktiskt är en primär etablering). Förvisso är principen enligt vilken det "är förbjudet för dem som berörs av gemenskapsrätten att genom missbruk eller på bedrägligt sätt åberopa gemenskapsrätten" en fastställd princip i domstolens praxis [40] och den utgör en av gemenskapsrättens allmänna principer. Att närmare precisera principen är emellertid ingen lätt uppgift. Enligt domen i målet Kefalas m. fl. föreligger missbruk av en rättighet

39 — Se Pietrobon (ovan fotnot 27), s. 162— 164. Det framgår således av den praxis jag redogjort för att domstolens uttalande om att "[c]tt av de viktigaste kännetecknen för en filial eller en agentur är att de står under moderföretagets ledning och kontroll" leder till slutsatsen att begreppen filial, agentur eller annan etablering som avses i artikel 5.5 i Brysselkonventionen inte omfattar vare sig ensamåterförsäljaren, vilken inte står under leverantörens kontroll eller ledning (se domen i målet De Bloos, fotnot 6, punkterna 20— 23), eller en handelsagent (mellanhand), när denne är *självständig* i förhållande till företaget som anlitar honom och han begränsar sig till att vidarebefordra kundernas beställningar till företaget, utan att ha del vare sig i avtalens ingående eller deras genomförande, samt det bolag han representerar inte kan förbjuda att han samtidigt representerar flera konkurrerande bolag (se domen i målet Blanckaert & Willems, fotnot 6, punkterna 12— 13). Det är endast för att den tyska hänskjutande domstolen skulle kunna avgöra huruvida den var behörig att döma i ett mål i vilket talan väckts av ett tyskt företag mot ett franskt företag, vilket hade sitt säte i Frankrike men som i Tyskland hade ett kontor eller kontaktställe, vilket på dess brevpapper benämndes "Vertretung für Deutschland", som domstolen i målet Somafer fastställde det kriterium enligt vilket det skall vara lätt för tredje man att fastställa att en filial, en agentur eller ett dotterbolag är en representation för moderföretaget (vilket förutsätter "ett verksamhetscentrum som varaktigt framträder som representant för ett företag till vilket det hör, har en affärsledning och är materiellt så utrustat att det kan förhandla med tredje man på så sätt att denne — trots att han vet att det eventuellt uppkommer ett rättsförhållande med det företag till vilket centrumet hör och som har sitt säte i utlandet — inte behöver vända sig direkt till detta företag utan kan ingå avtal på platsen för det verksamhetscentrum som representerar företaget"; domen i målet Somafer, fotnot 6, punkt 12). Det bästa beviset för att begreppet "agentur, filial och dotterbolag" har en annan betydelse i konventionens mening än i fördragets mening, och att betydelsen i vissa fall till och med är motstridande (Pietrobon, a. st., s. 94) framgår av den ståndpunkt domstolen antagit i förhållande till en situation i vilken ett bolag väsentligen driver verksamhet "*som om*" det var en filial eller ett dotterbolag till ett annat moderbolag, av vilket det emellertid är rättsligt oberoende (och som ändå äger bolaget till 100 procent, vilket var fallet i målet Rotschild (dom av den 9 december 1987 i mål 218/86, REG 1987, s. 4905)). Även i detta fall måste den ovannämnda speciella behörighetsregeln i artikel 5.5, för att skydda tredje mans berättigade förväntningar, tillämpas analogt eftersom den situation som framstår utåt och som skapats genom "det sätt på vilket dessa två företag uppträder i affärslivet och hur de framträder inför tredje man i sina affärsrelationer" kan skapa en stark koppling mellan senare uppkomna tvister och den domstol som skall döma över dem. Som framgår av domen i målet Rothschild är den angivna bestämmelsen tillämplig när en juridisk person, "i en annan kontraherande stat utövar verksamhet med hjälp av ett självständigt bolag, och inte med hjälp av en filial, agentur eller liknande etablering utan självständig ställning, och detta bolag har samma namn och styrelse som den juridiska personen och ingår avtal i dennes namn och av denne används på samma sätt som en representation" (punkt 17).

40 — Se dom av den 12 maj 1998 i mål C-367/96, Kefalas m. fl. (REG 1998, s. I-2843), punkt 20, och de tidigare domar som nämns där. Domstolen har av denna anledning fastställt att "gemenskapsrätten inte — så länge harmonisering inte ägt rum — förbjuder en medlemsstat att anta åtgärder för att förhindra att de möjligheter som skapats genom fördraget används på ett sätt, som innebär missbruk, och som strider mot denna stats berättigade intressen" (domen i målet Kraus, ovan fotnot 19, punkt 34).

när rättighetshavaren utövar sin rätt på ett oskäligt sätt för att, till skada för andra, uppnå "fördelar som är oberättigade och uppenbart ovidkommande med avseende på [det syfte]" lagstiftaren eftersträvat genom att tilldela den enskilde en närmare angiven rättslig ställning. [41] Ur denna synvinkel på missbruk av rättigheter framskymtar en viss likhet mellan denna allmänna princip och den princip som anger proportionalitetskriteriet som en begränsning vid utövandet av en befogenhet. [42] Dessutom är den berömda definitionen, som formulerats av den franska juristen Planiol, specialist på civilrätt, och enligt vilken "le droit cesse là où l'abus commence" (rätten upphör, när missbruket börjar) enligt vad som framgår av doktrinen fortfarande aktuell. Detta visar med all önskvärd tydlighet att problematiken med missbruk i sista hand löses genom att fastställa det materiella innehållet i den enskildes ställning och därmed omfattningen av de möjligheter som tillerkänts den som kan utnyttja dem. Att bedöma huruvida utövandet av en konkret rättighet utgör ett uttryck för missbruk eller inte innebär med andra ord inte annat än att göra en materiell avgränsning av själva rättigheten. [43] I så fall skall jag endast hänvisa till de begrepp jag redan (ovan punkterna 13 och 16) redogjort för inom området för etableringsfriheten. Denna frihet omfattar med säkerhet rätten för varje berörd part att bilda ett bolag i överensstämmelse med lagstiftningen i en medlemsstat i avsikt att bedriva verksamhet i denna stat eller, *på samma villkor, i vilken som helst annan medlemsstat*. Med andra ord har ett nybildat bolag rätt att etablera sig — primärt och eventuellt även sekundärt — *varhelst det önskar* inom gemenskapen.

Etableringsrätten är avgörande för att uppnå de mål som uppställs i fördraget, vilka — på lika villkor för alla medborgare i gemenskapen — säkerställer rätten att fritt utöva ekonomisk verksamhet med hjälp av de bestämmelser som finns härför i nationell rätt, genom att ge medborgarna *möjlighet* för att komma in på marknaden, oavsett vilka konkreta avsikter den enskilde har med detta. Med andra ord är det det ekonomiska initiativet sett ur *lämplighetssynpunkt* som skyddas och därmed även *friheten att i affärssammanhang* disponera över de möjligheter som för detta ändamål föreskrivs i medlemsstaternas rättsordningar. I förevarande mål har utövandet av etableringsrätten åskådliggjorts genom bildandet av ett bolag på de villkor som föreskrivs i värdlandets lagstiftning. De skäl, överväganden eller intressen som för den enskilde varit avgörande vid detta val skall inte beaktas, så länge friheten utövas i enlighet med fördraget, och kan således inte bli föremål för kontroll. [44] Det avgörande är att den verksamhet

41 — Domen i målet Kefalas m. fl., ovan fotnot 40, punkt 28 (genom hänvisning till en talan som väckts av vissa aktieägare om ogiltigförklaring av en ökning av aktiekapitalet i ett aktiebolag som befann sig i finansiella svårigheter). Jag vill göra uppmärksam på att den formulering domstolen antagit av principen om missbruk av rättigheter väsentligen synes vara inspirerad av rätten i de medlemsstater vars rättsordning är hänförlig till Civil Law (se Brown, L. N., "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, volym II (redigerad av D. Curtin och T. Heukels), s. 511, i synnerhet s. 515).

42 — Brown (ovan fotnot 41), s. 521-522, och Van Gerven, W., "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", i *Journ. Trib.*, 1992, s. 305, i synnerhet s. 307—308.

43 — Nizzo, C., "L'abuso dei 'diritti comunitari': un quesito non risolto", i *Dir. comm. internaz.*, 1997, s. 766, i synnerhet s. 770.

44 — Se, bland många andra, domen i målet Levin, ovan fotnot 7, punkterna 20—22, av vilken det framgår att om en arbetstagare utövar eller önskar utöva en faktisk och verklig avlönad verksamhet i en annan medlemsstat, och som sådan omfattas av de rättigheter som fastställts i artikel 48.3 i fördraget och i relevant sekundärrätt (se ovan punkt 18), saknar de skäl som fått arbetstagaren att söka arbete i en annan medlemsstat betydelse för dennes rätt att resa in till och att uppehålla sig på den senare statens territorium och skall inte beaktas.

som utövas (om den berörde utövar någon verksamhet) bedrivs i enlighet med de nationella bestämmelser som fastställts med hänsyn till allmän ordning i den stat där etableringen (primär eller sekundär) äger rum, eftersom eventuella begränsningar i utövandet av ifrågavarande frihet kan grundas på sådana hänsyn. Denna formulering av etableringsrätten har fastställts just med hänsyn till upprättandet av en inre marknad. Just därför gäller andra bestämmelser i fördraget för juridiska personer från tredjeländer, eftersom dessa för att kunna etablera sig inom gemenskapen måste uppfylla villkoret om en faktisk och varaktig anknytning till det ekonomiska livet i en medlemsstat (se ovan punkt 12).

Som bekräftelse av det som anförts ovan vill jag ännu än gång erinra om domen i målet Segers som jag redan nämnt flera gånger. I det målet hade en nederländsk medborgare ombildat sitt personligt ägda bolag med säte i Nederländerna till ett aktiebolag, vilket var dotterbolag till ett engelskt bolag som han samtidigt förvärvat. Det engelska bolaget utövade ingen näringsverksamhet utan verkade enbart genom dotterbolaget. Det framgår av akten i målet att användningen av denna konstruktion hade sin grund endast i en önskan att kunna använda beteckningen "Ltd", som ansågs vara mer attraktiv än den motsvarande nederländska beteckningen "BV", och i en önskan att undandra sig den i nederländsk lag fastställda fristen för en sådan ändring. [45] Detta hindrade inte domstolen från att fastställa att bolaget och dess direktör, Segers, omfattades av etableringsfrihetens tillämpningsområde och att käranden därför hade rätt till nationell behandling. [46] Det är därför svårt att se varför resultatet skulle bli det motsatta i fall då bildandet av bolaget i Förenade kungariket, vilket är fallet i förevarande mål, följer av en önskan att utnyttja möjligheten att bedriva verksamhet med ett bolagskapital vars storlek är anpassat till grundarnas ekonomiska möjligheter, eftersom kapitalkravet ställs lägre än enligt dansk lag. Vare sig man tycker om det eller inte är en sådan situation en logisk följd av de rättigheter som säkerställs genom fördraget. Den bidrar även till att uppnå det mål som eftersträvades genom införandet av etableringsfriheten inom gemenskapen, nämligen att främja den fria rörligheten för personer (och

45 — Se generaladvokaten Darmons förslag till avgörande föredraget den 10 juni 1986 i målet Segers, ovan fotnot 3, REG s. 2376, punkt 1.

46 — Se ovan fotnot 17, och den text som är hänförlig härtill. På samma sätt synes domstolen (i vart fall implicit) ha godtagit att registrering i brittiska skeppsregistret av skepp som ursprungligen registrerats i Spanien och som seglade under spansk flagg, och brittiska företags förvärv av brittiska skepp som seglade under brittisk flagg, och som bolagen ägde eller bedrev driften av, och vars styrelsemedlemmar och aktiemedlemmar mestadels var spanska medborgare, inte utgjorde ett "missbruk av etableringsrätten", trots att det betydande antalet registreringar i Förenade kungarikets skeppsregister utgjorde ett medel för så kallad "quota hopping", dvs. en "plundring" av de fiskekvoter som tilldelats denna stat inom ramen för den gemensamma fiskepolitiken, och det således egentligen var fråga om ett "kringgående" av systemet med nationella fiskekvoter, vars syfte var att bevara fiskeresurserna och garantera en dräglig levnadsstandard för de befolkningar som var beroende av fisket (dom av den 25 juli 1991 i mål C-221/89, Factortame m. fl. (REG 1991, s. I-3905), i vilken domstolen fastställde att det stred mot artikel 52 i fördraget att en reglering om registrering av fiskebåtar i en medlemsstats register innehöll bestämmelser om villkor angående medborgarskap, bosättning och hemvist för ägare, befraktare och de personer som förestod driften av skeppet (samt för bolagens del för aktieägare och styrelsemedlemmar), vilket var fallet i den reglering som antogs i Förenade kungariket 1988 för att få slut på den så kallade "quota hopping", som utövades av skepp som seglade under brittiskt flagg men som inte hade någon faktisk anknytning till Förenade kungariket (ibidem, punkt 4). Domstolen tillade emellertid att den gränsöverskridande etableringsfriheten lagligen kunde göras föremål för ett villkor som innebar att driften av det skepp som skulle registreras bedrevs och dess verksamhet leddes och kontrollerades från den medlemsstat i vilken registreringen skulle äga rum (ett sådant villkor inrymmer enligt domstolen i huvudsak själva etableringsbegreppet i artikel 52 och följande i fördraget, ibidem, punkt 34), se likaledes Brown, ovan fotnot 41, s. 523—525).

kapital) och därigenom genomförandet av en gemensam marknad. "Det förhållandet att en medborgare i en medlemsstat drar fördel av den brittiska bolagsrättens mer förmånliga bestämmelser ... ingår i detta avseende i detta perspektiv [dvs. det gemenskapsrättsliga]". [47] I avsaknad av en harmonisering måste konkurrensen mellan olika rättssystem ("competition among rules") få verka fritt, även på bolagsrättens område. [48] I förevarande mål, liksom i målet Segers, utgör de friheter som nämnts ovan en del av det materiella innehållet i den omtvistade rättigheten. Det måste därför uteslutas att makarna Bryde har uppnått "fördelar som är oberättigade och uppenbart ovidkommande med avseende på syftet" med artikel 52 och följande artiklar i fördraget, genom att orättmätigt undandra sig tillämpningen av tvingande bestämmelser i den stat i vilken den sekundära etableringen äger rum. Den praxis som åberopats av den danska myndigheten strider inte mot den slutsats jag kommit fram till, utan bekräftar den snarare. [49] Det framgår faktiskt av dessa domar att det endast kan vara fråga om kringgående av lagstiftningen när den bestämmelse som antas vara föremål för kringgående otvetydigt är tillämplig på den omtvistade juridiska situationen. Om det påstådda kringgåendet gäller en nationell regel, måste det först fastställas att den interna bestämmelsen, som den man vill tillämpa i föreliggande mål, är förenlig med gemenskapsrätten och således kan tillämpas av domstolen. Det är just på denna punkt som bolagsregistrets argumentation framstår som felaktig, eftersom det rör sig om ett cirkelresonemang. Genom att hävda att de nationella bestämmelserna avseende kravet på ett lägsta tillskjutet kapital för aktiebolag med nödvändighet är tillämpliga vid tiden för bolagets bildande, utesluter den danska myndigheten att det motsatta resultatet kan följa, vilket är fallet i förevarande mål, av att de berörda utnyttjat den rätt som säkerställs i fördraget att, bland alla de möjligheter som ges enligt de olika medlemsstaternas nationella rättsordningar, fritt välja den bolagsform som för dem framstår som den mest ändamålsenliga. Bolagsregistrets omtvistade beslut strider mot gemenskapsrätten just för att det antagits under den implicita men klara förutsättningen att danska medborgares utövande av en näringsverksamhet, som väsentligen är inriktad på den danska marknaden, nödvändigtvis måste ske genom en primär etablering

47 — Se generaladvokaten Darmons förslag till avgörande föredraget den 10 juni 1986 i målet Segers (ovan fotnot 45), punkt 6.

48 — Ehlermann, C. D., "Compétition entre systèmes réglementaires", i *Rev. Marché commun Union europ.*, 1995, s. 220. Enligt författaren måste det uteslutas att den "fria konkurrensen" mellan medlemsstaternas rättsordningar på bolagsrättens område kan urarta till en form av "Delaware effect" — dvs. en process varigenom nybildade bolag dras till de rättssystem där skyddet för delägare-investerare och borgenärer är mindre omfattande, motsvarande vad som i sin tid hände i USA, till förmån för den bolagsrätt som gällde i New Jersey och senare i Delaware —, eftersom medlemsstaterna kan utnyttja den metod för harmonisering av bolagsrätten som föreskrivs i artikel 54.3 g i fördraget (ibidem, s. 223). D. Charny påstår däremot att en harmonisering av medlemsstaternas bolagsrättsliga bestämmelser ur en amerikansk "corporate theory"-synvinkel kan visa sig vara "en process, som börjar finna berättigande", eftersom konkurrensen mellan de nationella rättssystemen indirekt kan orsaka en liknande harmoniseringsverkan ("Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the 'Race to the Bottom' in the European Communities", i *Harv. int'l L. Journ.*, 1991, s. 423, i synnerhet s. 424— 425).

49 — Detta gäller oavsett om de nationella bestämmelserna reglerar en persons tillträde till ett yrke eller utövande av detta yrke inom statens territorium (särskilt regler om organisation, kvalifikation, yrkesetik, kontroll och ansvar), som i målet Van Binsbergen, eller själva yrkesutbildningen, som i målet Knoors (ovan fotnot 9 och 33, och de härtill hänförliga delarna av texten). Detta gäller även om det rör sig om nationella bestämmelser som föreskriver ett bestämt beteende inom en särskild bransch, som t. ex. en förläggares eller bokimportörs fastställande av detaljhandelspriser för böcker (dom av den 10 januari 1985 i mål 229/83, Leclerc, REG 1985, s. 1, punkt 27), eller bestämmelser enligt vilka de program som sänds inom det nationella territoriet skall vara allsidiga och ha ett icke-kommersiellt innehåll (domen i målet TV10, ovan fotnot 32, punkt 21).

på danskt territorium. Detta är emellertid en åsikt som inte är hållbar på den europeiska integrationens nuvarande stadium, vilket kännetecknas av att den inre marknaden nästan är fullständigt genomförd, till följd av att de nationella hindren för den fria rörligheten för personer och kapital avskaffats (se artikel 3 c i fördraget). Den som tolkar gemenskapsrätten måste dra de nödvändiga konsekvenserna av den utveckling som redan ägt rum på gemenskapsrättens område. Det ankommer på domstolen att göra gällande fördragets anda, genom att konsekvent och även i fråga om bolags rörlighet tillämpa den princip som fastställdes i målet "Cassis de Dijon" angå ende ömsesidigt erkännande. [50] Jag vill understryka att jag härmed inte vill påstå att ett utländskt bolag som inte driver verksamhet i det stat där det bildats inte, med avseende på den *verksamhet som utövas* av en filial som öppnats i en annan medlemsstat, är underkastat de tvingande bestämmelser i denna stat som gäller för nationella bolag av samma typ. Den sekundära etableringen är således en etablering genom vilken det skapas en viss anknytning mellan det utländska bolaget och värdmedlemsstatens rättsordning. Möjligheten att tillämpa tvingande nationella bestämmelser kan emellertid inte i något fall få till följd att ett bolag i gemenskapen *förhindras* från att utöva sin rätt till etablering. Enligt min mening leder detta, i förevarande fall, till att bolagsregistrets påstående om att en sekundär etablering lyder under samma villkor som dem som gäller i nationell rätt för en primär etablering, särskilt vad gäller kravet på ett lägsta kapital, endast kan anses välgrundat om det föreligger sakliga skäl för detta.

Bedömning av om det föreligger eventuella hänsyn som kan ligga till grund för det omtvistade beslutet

21. Härefter kvarstår att ta ställning till en sista aspekt av problemet. Kan den begränsande åtgärd som är i fråga i förevarande mål vara berättigad i förhållande till gemenskapsrätten, på grund av att den grundats på hänsyn till allmän ordning, och är proportionell i förhållande till det mål som eftersträvas? Bolagsregistret har åberopat hänsyn till bekämpning av kringgående och, närmare bestämt, hänsyn till skyddet för Centros framtida borgenärer i samband med verksamheten i den danska filialen. Som en följd av bolagets "under-kapitalisering", åtminstone enligt danska normer, och begränsningen av delägarnas ansvar, leder en registrering av filialen i Danmark till att de ekonomiska aktörerna och de offentliga danska borgenärerna utsätts för risken för förluster, för det fall Centros blir insolvent. Denna risk föreligger otvivelaktigt så snart man har att göra med ett bolag med begränsad ansvarighet, men risken är enligt min mening långt från att utgöra "ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande

50 — Se Mortimer, T., "The Removal of Barriers to Corporate Mobility: An Analysis of Cases Pertinent to Articles 52 and 58", i Caiger, A., och Floudas, D. A., (red.), *1996 Onwards: Lowering the Barriers Further*, Chichester, 1996, s. 135, i synnerhet s. 150 och 154. Av dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe, kallat "Cassis de Dijon" (REG 1979, s. 649), punkterna 14— 15, framgår att i avsaknad av ett allmänt intresse som har företräde framför kravet på fri rörlighet för varor, måste varje medlemsstat tillåta införsel på sitt territorium av varor som lagligen har tillverkats eller saluförts i andra medlemsstater, även om de tillverkats enligt andra tekniska föreskrifter eller kvalitetskrav än de som gäller i importstaten.

intressen", vilket krävs enligt artikel 56 i fördraget. Det rör sig om en undantagsbestämmelse som enligt min mening passar bättre i det fall det är just bolagsändamålet eller den verksamhet som utövas av bolaget som kan utsätta den allmänna ordningen för fara.

Även om hänsyn till god affärssed kan inordnas under tvingande hänsyn till allmänintresset, vilket i teorin kan läggas till grund för nationella åtgärder (som tillämpas utan åtskillnad) som begränsar etableringsrätten, tror jag inte att dessa hänsyn gör sig gällande i förevarande mål. Till att börja med är det tveksamt om det, när det gäller bolag som aktiebolag, utgör en effektiv skyddsåtgärd eller (som det vad gäller aktiebolag uttrycks i fjärde övervägandet i andra direktivet) en "säkerhet" för borgenärerna att lita endast till kriteriet om ett föreskrivet lägsta kapital. Som de brittiska myndigheterna betonat är det inte en slump att detta kriterium inte används i Förenade kungariket. [51] Eftersom det föreskrivna lägsta kapitalet snabbt kan försvinna är bolagets borgenärer i praktiken mer försiktiga om de förlitar sig på uppdaterad tillgänglig information, vilken kan erhållas genom bokföringen, och eventuellt begär att direktörerna ställer en passande säkerhet. Men även utan att vilja kullkasta den idealföreställning som är knuten till det nominella kapitalet, [52] kan det i ett mål som det förevarande uteslutas att det omtvistade beslutet är absolut nödvändigt för att skydda Centros privata borgenärer i samband med de transaktioner som ingås genom bolagets danska filial. Förklaringen är att åberopade hänsyn tillgodosetts, utan att det föreligger behov för att vidta sådana åtgärder som det är fråga om i målet, genom de resultat som uppnåtts genom samordning på gemenskapsnivå av medlemsstaternas bolagsrätt. Som Förenade kungarikets regering på goda grunder anfört har makarna Bryde utgett sig för att vara det de är, nämligen *inte* ett danskt bolag, utan en dansk filial till ett engelskt bolag. Det begränsade ansvaret i detta bolag, som vem som helst i Danmark som kontraherar med dess filial har full rätt att få kännedom om, är samma som följer av föreskriften om ett lägsta kapital i engelsk rätt. Skyddet för personer, som via en filial kontraherar med ett utländskt gemenskapsrättsligt bolag, säkerställs i enlighet med fördraget genom de samordnade krav på offentlighet, vilka föreskrivs av den stat inom vars

51 — Enligt Förenade kungarikets regering kan en föreskrift om ett lägsta kapital för aktiebolag även ha som verkan att motverka företagarandan och nyskapandet och synes, framför allt, strida mot politiken om att främja bildandet av små och medelstora företag.

52 — Se, bland många andra, La Villa, G., *Introduzione al diritto europeo delle società*, Turino 1996, s. 55 (enligt vilken förutsättningen att rättsreglerna skall skydda hela insatskapitalet "som länge varit föremål för kritik, börjar bli föråldrad i mer utvecklade ekonomiska samfund, vilka vill se över den reglering som grundas på begreppen nominellt kapital och nominellt värde, och ersätta dessa med kriterier som är mer marknadsorienterade och anpassade till den verkliga sammansättningen av ett bolags tillgångar och skulder vid en angiven tid", fotnoter utelämnade, fri översättning) och Portale, G. B., och Costa, C., "Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei", i Abbadessa, P., och Rojo, A. (red.), *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milano, 1993, s. 133, i synnerhet s. 144 och 145 (enligt vilken "fastställandet av ett lägsta kapital i verkligheten har en helt annan funktion än fastställandet av ett kapital som 'inte är uppenbart otillräckligt i förhållande till' bolagets ändamål, nämligen att skapa ett medel för att välja mellan olika bolagsformer ... å ena sidan och att säkra en 'grad av trovärdighet' avseende vissa ekonomiska samhällsmässiga initiativ å andra sidan", fotnoter utelämnade, fri översättning).

territorium filialen är belägen. [53] Härigenom tillförsäkras tredje man en möjlighet att på ett lämpligt sätt skydda sina intressen genom att begära att en särskild säkerhet ställs (vanligen en borgen ställd av delägarna) eller genom att kräva förköpsrätt.

22. Tvingande hänsyn föreligger även med avseende på skyddet för offentliga borgenärer *utanför kontraktsförhållanden*, bland andra försäkringskassan och skattemyndigheten. I dessa fall kan borgenären inte fritt välja om han vill ingå avtal med filialen till ett utländskt bolag och dessutom — vilket bekräftas av beslutet om hänskjutande från Højesteret — har han ingen möjlighet att begära säkerhet eller borgen av bolagets styrelse. Jag anser emellertid att beslutet att neka registrering av filialen, vilket huvudsakligen motiverats med att det inte finns någon egentlig huvudverksamhet, inte är relevant i förhållande till de åberopade tvingande hänsynen till skydd för offentliga borgenärer. Kausalitetssambandet mellan dessa hänsyn och det omtvistade beslutet framstår som alltför svagt och indirekt för att det skall kunna anses vara relevant i gemenskapsrättsligt hänseende. Jag drar denna slutsats mot bakgrund av den omständigheten att det, såsom den danska myndigheten medgett vid sammanträdet, inte skulle möta något hinder för Centros att öppna filialer i Danmark om bolaget faktiskt drev verksamhet i Förenade kungariket. Även i detta fall skulle emellertid bolagets tillskjutna kapital vara 100 UKL. Det är då svårt att förklara på vilket sätt den omständigheten att Centros faktiskt utövar en näringsverksamhet i ursprungslandet skulle kunna ha någon betydelse för de faktiska möjligheterna att skydda den danska skattemyndighetens och den danska försäkringskassans fordringar.

Bortsett från detta måste de hänsyn som åberopats av de danska myndigheterna kunna tillgodoses genom mindre ingripande åtgärder än den som är i fråga i förevarande mål, vilken rätt och slätt leder till att rätten till sekundär etablering upphävs. Detta är enligt min uppfattning så klart att jag inte behöver förklara det närmare, men ett klargörande är inte desto mindre på sin plats. Bland de åtgärder som kan komma i fråga, såvida de kan grundas på ovan nämnda tvingande hänsyn och i enlighet med kraven på nödvändighet och proportionalitet, kan man enligt min mening inte inordna åtgärden, så som kommissionen föreslagit (se ovan punkt 10), enligt vilken det för registrering av en filial i Danmark skulle krävas att det utländska moderbolaget har ett kapital som inte är lägre än det som föreskrivs enligt danska bestämmelser

53 — Elfte direktivet (ovan fotnot 4 och den härtill hörande delen av texten, artiklarna 1— 6) föreskriver en skyldighet för filialen att, i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där filialen är belägen, offentliggöra sådan information som är nödvändig för att skydda allmänheten, nämligen i) filialens namn, adress och verksamhet, ii) namnet på det bolag filialen hör under, iii) namn och adress för de personer som är *bolagets* fasta företrädare för filialens verksamhet och som är behöriga att företräda bolaget mot tredje man och att företräda bolaget i rättegång, iv) årsbokslut och förvaltningsberättelse, för bolaget eller koncernen, som upprättats i enlighet med fjärde och sjunde bolagsdirektiven (eventuellt översatta till språket i den stat där filialen är registrerad), v) nedläggning av filialen, vi) upplösning av bolaget eller påbörjande av konkursförfarande eller liknande, vii) upplysningar om det register i vilket bolagets akt har lagts upp samt bolagets nummer i registret, och viii) uppgift om eventuellt andra filialer i samma medlemsstat. Dessutom *kan* den medlemsstat, i vilken filialen bildats, föreskriva en skyldighet för filialen att uppge vissa tillkommande upplysningar om det bolag filialen tillhör, särskilt angående i) stiftelseurkunden och bolagsordningen (eventuellt översatta till ifrågavarande stats språk), ii) bolagets existens (genom ett intyg från det register i vilket bolagets akt har lagts upp) och iii) uppgift om säkerhet som har ställts i sådan bolagets egendom som finns i medlemsstaten, om offentliggörandet har betydelse för säkerhetens giltighet. Slutligen skall de register där filialens och bolagets akter är upplagda, liksom deras respektive nummer i registren, liksom bolagsformen och bolagets säte (och eventuellt det tecknade och inbetalda kapitalet) anges på de brev och orderblanketter som används av filialen.

som gäller när ett motsvarande bolag bildas i Danmark. På samma sätt som åtgärden som omtvistas i målet vid den nationella domstolen skulle ett sådant villkor i realiteten innebära att de bestämmelser som gäller för en primär etablering i nationell rätt indirekt skulle tillämpas när någon utövar rätten att öppna en sekundär etablering. Ett sådant villkor skulle emellertid endast hindra makarna Bryde från att utnyttja "den brittiska bolagsrättens mer förmånliga bestämmelser", och således från att fritt utöva verksamhet var som helst inom gemenskapen, med ett tillskjutet kapital som motsvarar det som krävs enligt bestämmelserna i den rättsordning där bolaget bildas, även om detta kapital är lägre än det som föreskrivs i lagstiftningen i andra medlemsstater (särskilt den medlemsstat på vars område man avser att öppna en sekundär etablering). Enligt min mening är det därför inte heller möjligt att avslå registreringsansökan med hänvisning till skyddet för offentliga borgenärer utan att detta utgör en åtgärd som är oförenlig med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om fri etablering. Sammanfattningsvis finner jag, utan att för den skull ifrågasätta att de nationella bestämmelser avseende utövande av näringsverksamhet som gäller för denna typ av bolag som etablerats i Danmark skall tillämpas på Centros filial när det administrativa hindret för filialens registrering undanröjts, att den hänskjutna frågan, i avsaknad av giltiga hänsyn som kan berättiga det omtvistade beslutet, bör besvaras nekande.

Förslag till avgörande

Med hänsyn till det anförda föreslår jag att domstolen skall besvara den fråga som hänskjutits av Højesterets Anke-og Kæremålsudvalg i följande ordalag:

Det strider mot artikel 52 och följande artiklar i EG-fördraget att de behöriga myndigheterna i en medlemsstat vägrar att registrera en filial till ett bolag med begränsat ansvar, som har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat och som har sitt säte i denna medlemsstat, när följande omständigheter är för handen: i) Bolaget driver inte självt någon näringsverksamhet. ii) Syftet med upprättandet av filialen är att bolagets hela verksamhet skall bedrivas i det land där filialen upprättas. iii) Detta tillvägagångssätt används av stiftarna i syfte att undgå ett krav på ett högre lägsta aktiekapital som skulle ha gällt om bolaget hade bildats i den medlemsstat där filialen önskas inrättad.