FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 10. juni 1986 *

Høje Domstol.

1. Hr. Segers, som er nederlandsk statsborger, har siden 1980 været direktør for en erhvervsvirksomhed — »Free Promotion International« — som har hjemsted i Nederlandene. Da han ønskede at udvide sin virksomhed, navnlig til mæglerforretninger på pengemarkedet, besluttede han at ændre selskabet til et anpartsselskab. Da han dels anså de i Nederlandene ved lov fastsatte frister for denne ændring for at være for lange og dels fandt betegnelsen »Ltd« mere attraktiv end dens nederlandske modstykke »BV«, gik han frem på følgende måde:

— oprettelse i Det forenede Kongerige af et »private company limited by shares«, med navnet »Slenderose Ltd«;

— ændring af den nederlandske virksomhed til datterselskab under det britiske selskab under navnet »Free Promotion Internatioanl Company Ltd«, som faktisk udøver al Slenderose' virksomhed.

Efter denne disposition og for at kunne få udbetalt de i den nederlandske lov om sygeforsikring for arbejdstagere (Ziektewet) fastsatte ydelser ved sygdom henvendte Segers sig til den faglige sammenslutning i sektoren for banker, forsikringsselskaber, engroshandel og liberale erhverv, som er kompetent herfor (herefter benævnt Bedrijfsvereniging).

Denne afslog hans ansøgning med den begrundelse, at Segers ikke kunne anses for lønmodtager i sin virksomhed, da hans arbejdsforhold ikke var undergivet noget underordnelsesforhold. Da sagsøgeren heller ikke fik medhold ved underretten, ankede han sagen til Centrale Raad van Beroep, hvis forelæggelseskendelse belyser det fortolkningsspørgsmål, som er forelagt Domstolen.

2. Ziektewet omfatter personer, som er lønmodtagere, og disse defineres netop ved et underordnelsesforhold til arbejdsgiveren. Som den nederlandske ret har bemærket, kan en direktør for et selskab, som besidder halvdelen af anparterne i sin virksomhed, mens hans ægtefælle besidder den anden halvdel, i princippet ikke anses for at stå i et sådant underordnelsesforhold. På grund af lovgivers vilje til at koordinere de sociale og skattemæssige bestemmelser har Centrale Raad van Beroep imidlertid selv ændret sin tidligere praksis. Ved to domme af 10. december 1968 har denne ret sidestillet en direktør for et selskab, som ejede 50% eller mere af anparterne i dette, med en lønmodtager.

Efter Bedrijfsvereniging's opfattelse skal direktører eller indehavere af anpartsmajoriteten i selskaber kun kunne sidestilles med lønmodtagere, når selskabet har sit hjemsted i Nederlandene. Derfor kan Segers, skønt han er nederlandsk statsborger, ikke sidestilles med en lønmodtager, da han er

* Oversat fra fransk.

direktør for et selskab, der har hjemsted i London.

Centrale Raad van Beroep har derfor forelagt Domstolen følgende to spørgsmål:

»1) Medfører princippet om den fire etableringsret inden for EØF henholdsvis om fri udveksling af tjenesteydelser inden for EØF — navnlig EØF-traktatens artikel 52, sidste punktum, sammenholdt med artikel 58, henholdsvis artikel 60, sidste punktum, sammenholdt med artikel 66 — at de nederlandske domstole ved vurderingen af forsikringspligten i henhold til en nederlandsk social sikringslov ikke må gøre forskel mellem en direktør / stor anpartshaver i et anpartsselskab efter nederlandsk ret og en direktør i et anpartsselskab efter en anden medlemsstats ret, også såfremt det udenlandske selskab klart ikke udøver egentlig erhvervsvirksomhed i den pågældende anden medlemsstat, men udelukkende i Nederlandene?

2) I benægtende fald, vil det da være i strid med EØF's sociale sikringslovgivning (navnlig artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1408/71) eller med nogen anden fællesskabsretlig bestemmelse at gøre en sådan forskel?«

3. For at afgrænse genstanden for Domstolens fortolkning og for at give den nederlandske domstol et hensigtsmæssigt svar bør der indledningsvis gøres følgende to bemærkninger.

For det første må det understreges, at forskelsbehandlingen ikke er baseret på statsborgerskabet. Det, som er afgørende for optagelse i den sociale sikringsordning, er placeringen — i Nederlandene og ikke i en anden medlemsstat — af moderselskabets hjemsted.

Lad mig for det andet præcisere, at Segers, som er direktør for Slenderose Ltd, er etableret i Nederlandene, hvor han også leder sit datterselskab, hvor al virksomhed som sagt er koncentreret. Han er derfor ikke omfattet af EØF-traktatens artikel 59, som garanterer fri udveksling af tjenesteydelser. Lad mig minde om, at disse bestemmelser ifølge Domstolens faste praksis

»indebærer, ... at enhver forskelsbehandling af tjenesteyderen på grundlag af dennes nationalitet eller på grund af, at han er etableret i en anden medlemsstat end den, hvori tjenesteydelsen skal præsteres, skal afskaffes« (62-63/81, Seco, Sml. 1982, s. 223, præmis 8).

Når alt kommer til alt, skyldes den forskelsbehandling, som ifølge Bedrijfsvereniging må blive Segers til del, hverken den pågældendes statsborgerskab eller hans bopæl, men at det selskab, som han er direktør for, har hjemsted i en anden medlemsstat. Det skal altså afgøres på grundlag af traktatens artikler 52-58 vedrørende etableringsfriheden, om en statsborger i en medlemsstat alene af denne grund kan udelukkes fra sin nationale lovgivning om social sikring.

Ud over dette spørgsmål giver forelæggelseskendelsen samt de indlæg, som er indgivet for Domstolen, på baggrund af den omstændighed, at Slenderose' nederlandske datterselskab faktisk udøver hele dette selskabs virksomhed, anledning til ligeledes

at undersøge, om denne forskellige behandling kan være berettiget af hensynet til at forhindre ethvert forsøg på at omgå loven (»fraude à a loi«).

Jeg vil i rækkefælge undersøge de to således beskrevne aspekter ved fortolkningsproblemet.

4. EØF-traktatens artikel 52, stk. 2, bestemmer følgende:

»Etableringsfriheden [indebærer] adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 58, stk. 2, anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

Ifølge artikel 52, stk. 1, omfatter ophævelsen af restriktioner for en medlemsstats statsborgeres frihed til at etablere sig på en anden medlemsstats område

»hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.«

Denne bestemmelse skal sammenholdes med traktatens artikel 58, som bestemmer følgende:

»Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, ligestilles for så vidt angår anvendelsen af bestemmelsen i dette kapitel med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.«

Det fundamentale princip om national behandling, som således er garanteret af artikel 52 siden overgangsperiodens udløb uafhængigt af de i artiklerne 54 og 57 omhandlede direktiver til den gennemførelse (2/74, Reyners, Sml. 1974, s. 631, præmisserne 24-30) gælder således ikke blot til fordel for fysiske personer, men også for selskaber, når disse opfylder de to betingelser i artikel 58, stk. 1, dels vedrørende deres lovlighed, dels vedrørende et kriterium for tilknytning til en af medlemsstaterne.

Etableringsfriheden omfatter altså dels en ret for enhver statsborger i en medlemsstat til, selv som filial, at oprette et selskab i en anden medlemsstat på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere (artikel 52, stk. 2), dels en ret for et selskab til at udøve sin virksomhed i en anden medlemsstat gennem et agentur, en filial eller et datterselskab (artikel 52, stk. 1).

Domstolens dom i sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, af 28. januar 1986, (Sml. 1986, s. 273) om dennes stats nægtelse af at give skattefritagelse til franske filialer og agenturer af forsikringsselskaber med hjemsted i en anden medlemsstat, fastslår på dette punkt, i hvilket omfang selskaber sidestilles med fysiske personer i henhold til traktatens artikel 58:

»For selskabers vedkommende fremhæves i den forbindelse, at deres hjemsted i (denne artikels) forstand, som det er tilfældet med hensyn til fysiske personers nationalitet, har til formål at fastlægge deres tilknytning til en stats retssystem.«

Domstolen konkluderede heraf, at

»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 blive indholdsløs« (270/83, præmis 18).

Jeg har netop allerede nævnt, at afslaget på Segers' ansøgning udelukkende er baseret på den omstændighed, at han er direktør for et selskab, som har hjemsted i London. Ud fra dette synspunkt må det følgelig betegnes som forskelsbehandling.

Men ud over denne første principielle konstatering må der tilføjes endnu en, som er udledt af de faktiske omstændigheder i det foreliggende tilfælde. Der er risiko for, at en sådan social forskelsbehandling kan have den virkning, at en person, som allerede er etableret i Nederlandene, uanset sin nationalitet, vil afholde sig fra at oprette et selskab i udlandet eller erhverve aktiemajoriteten i et sådant selskab. Ud fra dette synspunkt er det fysiske personers ret til at oprette og lede selskaber i en anden medlemsstat, der garanteres af EØF-traktatens artikel 52, stk. 2, som til syvende og sidst bliver indholdsløs.

Også ud fra dette synspunkt viser det sig, at den sociale forskelsbehandling, som Bedrijfsvereniging vil indføre, udgør en hindring for, at fællesskabsborgere bosiddende i Nederlandene kan udøve den frie etableringsret, når Bedrijfsvereniging udelukker det selskab, som de leder, fra den nationale behandling, som bliver de selskaber til del, hvis hjemsted deres ledelse har opretholdt i Nederlandene.

5. Ingen af de argumenter, som den sagsøgte Bedrijfsvereniging har fremført for at udelukke anvendelse af artiklerne 52 og 58, kan efter min mening lægges til grund.

Selv om det for det første er korrekt, at EØF-traktatens artikel 58 ikke udtrykkeligt sidestiller selskaber med udenlandsk oprindelse med indenlandske selskaber, kan det ikke deraf konkluderes, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde. Ved at bestemme, at EØF-traktatens artikel 52 også finder anvendelse på selskaber, giver artikel 58 dem samme frihed som individer ved at pålægge medlemsstaterne at give de selskaber national behandling, som har deres hjemsted i en anden af Fællesskabets medlemsstater.

For det andet kan man ikke tilslutte sig Bedrijfsvereniging's analyse, hvorefter den foreliggende situation, fordi den angår en nederlandsk statsborger, der er bosiddende i Nederlandene, hvor han faktisk udøver al sin virksomhed, er et rent internt forhold. Som jeg gentagne gange har understreget, skyldes den forskelsbehandling, som Bedrijfsvereniging ønsker at anvende på Segers, udelukkende, at moderselskabet har hjemsted i Det forenede Kongerige. Den foreliggende situation falder altså inden for de fællesskabsretlige rammer, der er afstukket ved EØF-traktatens artikler 52 og 58. Lad mig ydermere nævne, at det er uvæsentligt, at datterselskabet de facto udøver hele det britiske selskabs virksomhed, når sidstnævnte, der er oprettet i henhold til britisk ret, opfylder et af de tre alternative tilknytningskriterier, der er opregnet i artikel 58, i dette tilfælde hjemstedets beliggenhed i London.

Endelig har sagsøgte i hovedsagen over for klagepunktet om forskelsbehandling anført, at statsborgerne i medlemsstaterne med fuldt kendskab til forholdene kan vælge at oprette et selskab enten i Nederlandene eller i en anden medlemsstat. Et sådant argument vil i virkeligheden gøre selskabers etableringsfrihed indholdsløs, fordi man under et

falsk skin af et frit valg afholder udenlandske selskaber fra at etablere sig i Nederlandene ved at nægte social beskyttelse. En sådan konsekvens er en restriktion, som er i strid med artikel 52, jfr. artikel 58. Som Kommissionen har anført, medfører reglen om national behandling, anvendt på selskaber, der har deres hjemsted i en anden medlemsstat, for disse selskabers ansatte, hvad enten de er direktører eller ej, at de er omfattet af den sociallovgivning, som gælder for tilsvarende personale i selskaber, som har hjemsted i etableringsmedlemsstaten. Man finder herved, for at gentage Domstolens formulering (se f. eks. 197/84, Steinhauser, dom af 18. juni 1985, Sml. 1985, s. 1819, præmis 15), en »nyttig anvisning« i »almindelig plan af 18. december 1961 for ophævelse af begrænsninger i etableringsfriheden« (EFT 2. serie, IX, s. 7), hvorefter navnlig bestemmelser, som

»formener eller begrænser adgangen til at deltage i ordninger vedrørende social tryghed ...«

skal regnes for begrænsninger i etableringsfriheden (afsnit III, punkt A, i).

Der må følgelig antages at foreligge en begrænsning af etableringsfriheden, hvilket har været forbudt siden overgangsperiodens udløb i henhold til EØF-traktatens artikel 52, jfr. artikel 58, når man, alene fordi et selskab har hjemsted i en anden medlemsstat, nægter direktører for dette selskab ret til at være omfattet af den nederlandske sygesikringslovgivning, som derimod gælder for direktører for selskaber, der har deres hjemsted i Nederlandene, ikke blot for så vidt dette bevirker, at selskaber etableret i en anden medlemsstat får begrænset deres mulighed for at udøve deres virksomhed i Nederlandene gennem en filial, et agentur eller et datterselskab oprettet med dette formål for øje, men også for så vidt det kan afholde statsborgere etableret i Nederlandene fra at oprette et sådant selskab eller erhverve aktiemajoriteten i det.

6. Tilbage står at undersøge hypotesen om omgåelse (»fraude à la loi«).

Ifølge Bedrijfsvereniging medfører det forhold, at en virksomhed i en medlemsstat gøres til et datterselskab i en virksomhed etableret i en anden medlemsstat, at borgerne i den første stat kan unddrage sig deres nationale lovgivning. Almene hensyn kræver altså en begrænsning af etableringsretten for at forhindre misbrug af denne art.

Denne argumentation giver mig anledning til følgende bemærkninger.

Den ovenfor beskrevne disposition muliggøres af en kombination af den for fysiske personer anerkendte ret til at stifte et selskab i en anden medlemsstat og retten for juridiske personer, herunder de således stiftede selskaber, til at udøve deres virksomhed gennem et datterselskab i den fysiske persons hjemland.

Så paradoksal en sådan situation end kan forekomme, er den den logiske følge af de af traktaten garanterede rettigheder. I øvrigt bidrager den til at gennemføre det formål, med henblik på hvilket etableringsfriheden er indsat i EØF-traktaten, nemlig at fremme den frie bevægelighed for personer og netop derved opnå et fælles marked. Den omstændighed, at en statsborger i en medlemsstat

drager fordel af den britiske selskabsrets smidighed og udnytter den tiltrækkende virkning, som et navn med angelsaksisk klang ifølge ham har på kunderne, indgår i dette perspektiv.

For så vidt, og selv om Bedrijfvereniging under retsmødet har erkendt, at dens afslag ikke var begrundet i noget forsøg på omgåelse fra sagsøgeren i hovedsagen, kan det ikke udelukkes, at en disposition af samme type som den af sagsøgeren foretagne kan tjene et omgåelsesformål. Den blotte eventualitet, at en sådan risiko virkeliggøres, kan dog ikke berettige en generel restriktion i fysiske og juridiske personers etableringsret. Man kan derimod ikke nægte de nationale myndigheder ret til, fra tilfælde til tilfælde, at kontrollere, at de således stiftede selskaber, som EØF-traktatens artikel 58 udtrykkeligt bestemmer, er blevet stiftet i overensstemmelse med lovgivningen herom. De kan ligeledes lovligt kontrollere deres virksomhed, for så vidt angår kravene om ordre public. EØF-traktatens artikel 56 bestemmer herom, at traktatens bestemmelser

»ikke [udelukker] anvendelse af love eller administrativt fastsatte bestemmelser, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.«

Med disse forbehold, og så lovlig dens kontrol end kan være, skal medlemsstaten på selskaber fra andre medlemsstater anvende samme betingelser for stiftelse og virksomhed som dem, der gælder for »nationale« selskaber.

Uden at det derfor er nødvendigt at gennemgå Centrale Raad van Beroep's andet præjudicielle spørgsmål foreslår jeg Domstolen at kende følgende for ret:

Nægtelse af at give en direktør for et selskab adgang til en social beskyttelsesordning, alene fordi selskabet har sit hovedsæde i en anden medlemsstat, er en restriktion i etableringsfriheden, som er i strid med EØF-traktatens artikler 52 og 58.