

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
SIEGBERT ALBER

fremsat den 30. januar 2003¹

I — Indledning

1. Kantongerecht te Amsterdam (Nederlandene) har forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 43 EF og 48 EF samt vedrørende begrundelsen for anvendelsen af artikel 46 EF. Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam og Inspire Art Ltd. Spørgsmålet er navnlig, om den nederlandske filial af Inspire Art Ltd, der er stiftet i Det Forenede Kongerige, skal indføres i det nederlandske handelsregister med tilføjelsen »formeel buitenlandse vennootschap²« (formelt udenlandsk selskab). Ifølge den nederlandske Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (nederlandsk lov om formelt udenlandske selskaber, herefter »WFBV«) skal denne tilføjelse indføres i handelsregisteret og nævnes i forbindelse med selskabets virksomhed. Kartongerecht ønsker oplyst, om denne ordning er forenelig med bestemmelserne om etableringsfriheden. Der opstår herved også spørgsmål om andre

retlige forpligtelser — der eventuelt kan udgøre en begrænsning af etableringsfriheden — f.eks. mindstekapital, solidarisk og personligt ansvar for selskabsledelsen samt særlige formelle krav.

II — Relevante retsfor skrifter

2. WFBV 's artikel 1-5 bestemmer følgende:

»Artikel 1

I denne lov forstås ved et formelt udenlandsk selskab et aktieselskab, som er stiftet efter en anden lovgivning end den nederlandske, og som er et selvstændigt retssubjekt, men hvis virksomhed fuldt ud eller næsten fuldt ud udøves i Nederlandene, i tilfælde, hvor selskabet ikke har en reel tilknytning til den stat, hvori den lovgivning, hvorefter det er stiftet, er gældende.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Wet van 17 december 1997, houdende regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen) (nederlandsk lov af 17.12.1997 om udenlandske kapital selskaber, som er selvstændige retssubjekter, og som udelukkende eller næsten udelukkende driver virksomhed i Nederlandene, i tilfælde, hvor selskabet ikke har en reel tilknytning til den stat, hvori den lovgivning, hvorefter det er stiftet, er gældende) *Staatsblad* 1997, s. 697.

Artikel 2

1. Ledelsen for et formelt udenlandsk selskab skal ved anmeldelsen til handelsregisteret anføre, at selskabet er omfattet af definitionen i artikel 1 på et formelt udenlandsk selskab. Endvidere skal en autentisk genpart affattet på nederlandsk, fransk, tysk eller engelsk eller en genpart, der er bekræftet af selskabets ledelse, af stiftelsesoverenskomsten og af vedtægterne, såfremt disse foreligger som et særskilt dokument, indleveres til handelsregisteret. Desuden skal det fremgå af anmeldelsen, i hvilket register og under hvilket nummer selskabet er registreret, samt hvornår selskabet er registreret første gang.

Anmeldelsen skal endvidere, såfremt eneste selskabsdeltager er en fysisk person, indeholde personlige oplysninger om denne og vedkommendes adresse. Dette gælder tillige medindehaveren i et ægteskabeligt sameje, som samtlige kapitalandele tilhører, dog med undtagelse af andele, der indehaves af selskabet selv eller dets datterselskaber. Ledelsen for et formelt udenlandsk selskab skal endvidere meddele samtlige ændringer af de oplysninger, der i medfør af lov er anmeldt til handelsregisteret, tillige med oplysning om tidspunktet for ændringen. Forpligtelser ifølge denne lov kan ikke udøves i henhold til fuldmagt.

2. Ved det i stk. 1 nævnte handelsregister forstås det Kamer van Koophandel en Fabriekken, der er kompetent i medfør af artikel 6 og 7 i Handelregisterwet 1996 [nederlandsk lov om handelsregistre].

Artikel 3

1. Alle dokumenter, publikationer og meddelelser, som vedrører et formelt udenlandsk selskab, eller som stammer fra et sådant, med undtagelse af telegrammer og reklamer, skal angive selskabets fulde navn og retlige form, dets vedtægtsmæssige hjemsted, stedet, hvor dets hovedvirksomhed er beliggende, samt såfremt selskabet er registreringspligtigt ifølge den for selskabet gældende lovgivning, i hvilket register det er registreret, registreringsnummeret samt datoen for den første registrering. Det skal tillige være anført, under hvilket nummer selskabet er indført i handelsregisteret, og at selskabet er et formelt udenlandsk selskab. Det er forbudt at anvende betegnelser i dokumenter, publikationer eller meddelelser, der, i strid med de reelle forhold, antyder, at virksomheden tilhører en nederlandsk juridisk person.

2. Såfremt selskabskapitalen anføres, skal selskabets nominelle kapital i det mindste fremgå samt tillige hvilken del heraf der er blevet indbetalt.

3. Såfremt selskabet videreføres efter likvidation, skal der til selskabets navn føjes »in liquidatie«.

Artikel 4

1. Den tegnede og indbetalte kapital i et formelt udenlandsk selskab skal mindst udgøre den mindstekapital, som var gældende ifølge artikel 178, stk. 2, i anden bog i Burgerlijk Wetboek (den nederlandske borgerlige lovbog, herefter »BW«) på det tidspunkt, hvor selskabet første gang opfyldte definitionen i artikel 1.

2. På det tidspunkt, hvor selskabet første gang opfyldte definitionen i artikel 1, skal dets egenkapital mindst udgøre et beløb svarende til den i stk. 1 anførte mindstekapital.

3. Selskabets ledelse skal samtidig med indgivelsen af de i artikel 2, stk. 1, anførte oplysninger til det deri anførte handelsregister fremlægge en kopi af en erklæring udfærdiget af en register-accountant eller af en accountant-administratieconsulent [to forskellige slags revisorer] til bekræftelse af, at selskabet opfylder kravene i stk. 1 og 2. Artikel 204 a, stk. 2, andet og tredje punktum, i Burgerlijk Wetboeks anden bog, finder tilsvarende anvendelse. Erklæringen kan ikke vedrøre et tidspunkt, der ligger mere end fem måneder forud for det tidspunkt, hvor selskabet første gang opfyldte definitionen i artikel 1.

4. Selskabets ledelse hæfter solidarisk med selskabet for alle retshandler, der er indgået under dets ledelse, og som forpligter selskabet, så længe betingelserne i artikel 2, stk. 1, og i nærværende artikels stk. 1, 2 og 3 endnu ikke er opfyldt, samt i andre perioder, hvor betingelserne i stk. 1 ikke er opfyldt, eller egenkapitalen som følge af udlodninger til selskabsdeltagerne eller tilbagekøb af andele ikke udgør det i stk. 1 anførte beløb.

5. Stk. 1-4 finder ikke anvendelse på selskaber, der er undergivet lovgivningen i en af Den Europæiske Unions medlemsstater eller i en medlemsstat i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992, og som er omfattet af Rådets andet direktiv 77/91/EØF af 13. december 1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelsen og ændringer af dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (EFT L 26).

Artikel 5

1. Burgerlijk Wetboeks anden bogs artikel 10 finder tilsvarende anvendelse på formelt udenlandske selskaber, med forbe-

hold af dennes stk. 2. De deri anførte forpligtelser påhviler selskabets ledelse.

2. Selskabets ledelse er forpligtet til hvert år, senest fem måneder efter regnskabsårets afslutning, medmindre fristen af særlige grunde er blevet forlænget med højst seks måneder i henhold til det kompetente organs beslutning, at udarbejde et årsregnskab og en årsrapport. Burgerlijk Wetboeks anden bogs afsnit 9 finder tilsvarende anvendelse på årsregnskabet, årsrapporten og de øvrige oplysninger, dog således at den i henhold til artikel 394 krævede offentliggørelse sker ved indgivelse til det i artikel 2, stk. 2, nævnte handelsregister.

3. Stk. 2 finder ikke anvendelse på selskaber, der er undergivet lovgivningen i en af Den Europæiske Unions medlemsstater eller i en medlemsstat i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992, og som er omfattet af Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25. juli 1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer (EFT L 222) og af Rådets syvende direktiv 83/349/EØF af 13. juni 1983 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om konsoliderede regnskaber (EFT L 193).

4. Selskabets ledelse har pligt til før den 1. april hvert år til handelsregisterets kontor

at indlevere dokumentation for dets registrering i det register, som den lovgivning, der finder anvendelse på selskabet, har udpeget. Denne dokumentation må ikke være udstedt mere end fire uger inden indleveringen.«

III — Sagens faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

3. Inspire Art Ltd er et selskab med begrænset hæftelse stiftet i henhold til engelsk ret. Selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted i Folkestone i Det Forenede Kongerige. Selskabet driver udelukkende forretningsvirksomhed i Kongeriget Nederlandene. Det agter ikke at påbegynde forretningsvirksomhed i Det Forenede Kongerige.

4. Selskabet blev stiftet i Det Forenede Kongerige på grund af fordelene ved bestemmelserne for stiftelse og drift af selskaber efter engelsk ret i forhold til bestemmelserne i nederlandsk ret. Ifølge den forelæggende ret, der herved støtter sig på Inspire Art Ltd's oplysninger, er fordelene herved, at der i engelsk ret ikke er en forpligtelse til fuldt ud at indbetale en anpartskapital på 18 000 EUR, at stiftelsen sker væsentligt hurtigere, at der ikke er bestemmelser om forudgående prøvelse af stiftelsen, og at der gælder mindre restriktive betingelser for vedtægtsændringer, overdragelse af anparter og offentliggørelse.

5. Ifølge den nationale ret opfylder Inspire Art Ltd definitionen i WFBV's artikel 1, hvorfor det skal indføres i handelsregisteret som et »formelt udenlandsk selskab«. Spørgsmålet er derfor, om en sådan registrering er forenelig med bestemmelserne om etableringsfriheden.

6. Den forelæggende ret finder, at bestemmelserne i WFBV udgør en begrænsning af retten til fri etablering for så vidt angår den nederlandske filial, idet direktøren for Inspire Art Ltd hæfter personligt og solidarisk, såfremt han lader selskabet registrere og driver virksomhed uden at overholde de særlige bestemmelser i WFBV.

7. Kantongerecht har anført, at bestemmelserne i WFBV ikke kræves opfyldt af selskaber efter engelsk ret, såfremt disse selskaber også driver en vis virksomhed i et andet land end Nederlandene, eller såfremt hjemstedet er etableret i Det Forenede Kongerige, eller såfremt de på anden måde har en reel forbindelse med Det Forenede Kongerige, der er mere end ubetydelig.

8. Den forelæggende har endvidere henvist til, at de nederlandske bestemmelser er blevet vedtaget med det formål at opstille begrænsninger for brugen af udenlandske selskaber til rent nederlandske foretagender, idet der ifølge bestemmelserne i WFBV også gælder mere indgående forpligtelser for formelt udenlandske selskaber. Retten har herved henvist til de ovenfor citerede bestemmelser i WFBV's artikel 2-5. Lovgiver har med disse

bestemmelser haft en beskyttelse af selskabets medkontraahenter for øje for at sikre dem mod tab.

9. Kantongerecht te Amsterdam har derfor forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at de er til hinder for, at Nederlandene i henhold til Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen af 17. december 1997 opstiller nærmere bestemmelser som dem, der findes i lovens artikel 2 til og med 5 vedrørende etablering i Nederlandene af en filial af et selskab, som er stiftet i Det Forenede Kongerige udelukkende i den hensigt at opnå en fordel i forhold til foretagender, der er oprettet efter nederlandsk ret, som indeholder strengere betingelser end Det Forenede Kongeriges ret for stiftelse og fuld indbetaling, når denne hensigt ifølge den nederlandske lov udledes af, at selskabet fuldt ud eller næsten fuldt ud udøver sin virksomhed i Nederlandene og endvidere ikke har nogen reel tilknytning til den stat, hvori den lovgivning, hvorefter det er stiftet, er gældende?

2) Såfremt disse artikler skal fortolkes således, at bestemmelserne i Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

er uforenelige med disse artikler, skal artikel 46 EF da fortolkes således, at bestemmelserne i artikel 43 EF og 48 EF ikke begrænser anvendeligheden af de nederlandske regler i Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, fordi bestemmelserne i denne lov er begrundet i de hensyn, som den nederlandske lovgiver har anført?«

om etableringsfrihed overhovedet finder anvendelse på de faktiske omstændigheder, der foreligger i denne sag, Kommissionen konkluderer, at dette er tilfældet. Med henvisning til Centros³— og Segers⁴-dommene har Kommissionen anført, at et selskab kan påberåbe sig etableringsfriheden, også selv om det alene er stiftet i en anden medlemsstat med henblik på at oprette en filial dér, hvor den overvejende del af eller hele dets virksomhed skal udøves. På baggrund af disse domme er det ligeledes uden betydning, om et selskab alene stiftes i en medlemsstat for at undgå, at den anden medlemsstats lovgivning finder anvendelse. Dette udgør ifølge den anførte retspraksis ikke et misbrug, men alene en anvendelse af den traktatsikrede etableringsfrihed. Inspire Art Ltd og Det Forenede Kongeriges regering har fremført tilsvarende argumenter.

IV — Parternes argumentation

A — Spørgsmålet om traktatstridighed (første spørgsmål)

1. Argumentation, hvorefter der foreligger traktatstridighed

10. Inspire Art Ltd, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen finder, at bestemmelserne i WFBV strider imod etableringsfriheden. De medfører under alle omstændigheder, at en etablering i Nederlandene bliver mindre attraktiv.

11. Kommissionen har først gennemgået spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelserne

12. Ifølge Kommissionen er det heller ikke som følge af den såkaldte »Sitztheorie« eller »hovedsædeteorien«, hvorefter selskabet er undergivet lovgivningen i den stat, hvor selskabet har sit faktiske hjemsted, udelukket at påberåbe sig bestemmelserne om etableringsfrihed. Afgørende er, hvor selskabets ledelse eller hovedkontor har sæde.

13. Ifølge Kommissionen og Inspire Art Ltd er WFBV imidlertid ikke udtryk for en anvendelse af hovedsædeteorien. Ifølge WFBV's artikel 1 er selskabets virksomhed derimod afgørende. Under henvisning til

3 — Dom af 9.3.1999, sag C-212/97, Sml. I, s. 1459, navnlig præmis 16-18.

4 — Dom af 10.7.1986, sag 79/85, Sml. s. 2375, navnlig præmis 16.

lovens forarbejder er det deres opfattelse, at WFBV følger det internationalt private retlige begreb »særlig tilknytning«, der fører til, at visse præceptive bestemmelser i værtsmedlemsstatens lovgivning skal finde anvendelse. Det tilknytningsmoment, som er anvendt i WFBV's artikel 1, og hvorefter den faktiske virksomhed er afgørende, er imidlertid ikke i overensstemmelse med nogen af de kriterier, der er fastsat i artikel 48 EF og er derfor i strid med etableringsfriheden.

14. Inspire Art Ltd deler denne opfattelse af, hvorledes WFBV skal fortolkes. Selskabet fremhæver, at den verserende sag er opstået, fordi nederlandsk ret principielt lader stiftelsesstatens ret finde anvendelse på et selskab. Alene dette gør det muligt for nederlandske statsborgere at stifte selskaber efter udenlandsk ret med henblik på udelukkende eller overvejende at drive virksomhed i Nederlandene. Det fremgår af forarbejderne til WFBV, at lovgiver netop har villet modvirke dette fænomen. Det var lovgivers hensigt at bekæmpe denne mulighed, som betegnes som misbrug, idet reglerne i nederlandsk selskabsret fastslås at være anvendelige på sådanne selskaber. Som begrundelse har lovgiver henvist til hensynet til kreditorbeskyttelse. WFBV kan følgelig ikke ses som en anvendelse af hovedsædeteorien.

15. Inspire Art Ltd henviser endvidere til, at WFBV alene fraviger den kollisionsregel, der findes i nederlandsk ret, hvorefter stiftelsesstaten er afgørende ved en retlig vurdering af et selskab, da visse præceptive

bestemmelser i nederlandsk selskabsret skal finde anvendelse på formelt udenlandske selskaber, dvs. på selskaber, der ikke, eller alene i ubetydeligt omfang, driver forretningsvirksomhed uden for Nederlandene. Endvidere stilles der visse yderligere krav til registrering og oplysninger på forretningsdokumenter.

16. Kommissionen har endvidere anført, at den finder, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig »hovedsædeteorien« med henblik på at nægte et selskab, der gyldigt er blevet stiftet ifølge lovgivningen i en medlemsstat, ret til fri etablering.

17. En begrænsning af etableringsfriheden foreligger ifølge Inspire Art Ltd, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen allerede, fordi WFBV indebærer, at en etablering bliver mindre attraktiv. Ifølge lovforarbejderne har WFBV netop til formål at forhindre, at udenlandske selskaber etablerer sig med henblik på udelukkende at drive virksomhed i Nederlandene.

18. Inspire Art Ltd har endvidere anført, at allerede den omstændighed, at yderligere bestemmelser, foruden stiftelsesstatens lovgivning, skal finde anvendelse, udgør en hindring for etableringsfriheden, idet dette bevirker, at en etablering bliver mindre attraktiv.

19. Det Forenede Kongeriges regering henviser endvidere til den fundamentale betydning for det fælles markeds funktion, der ligger i muligheden for at kunne etablere filialer i andre medlemsstater. Regeringen finder, at Centros-dommen i det hele kan finde analog anvendelse på den foreliggende sag.

20. For så vidt angår de enkelte bestemmelser har Inspire Art Ltd og Kommissionen endvidere anført følgende.

21. Kommissionen finder, at WFBV's artikel 2, stk. 1 — for så vidt den vedrører erklæringen om, at selskabet opfylder definitionen i artikel 1, samt med hensyn til oplysningen om første registrering i et udenlandsk handelsregister og til oplysningerne vedrørende eneanpartshaver — er uforenelig med artikel 2 i ellefte direktiv 89/666/EØF⁵ samt med artikel 43 EF og 48 EF. Disse erklæringer og oplysninger omfatter angivelser, som ikke skal oplyses ifølge ellefte direktiv. De er følgelig til hinder for etableringsfriheden. Kommissionen finder derimod, at de øvrige bestemmelser i artikel 2, stk. 1 (angivelse af det udenlandske handelsregister, angivelse af registreringsnummer, indgivelse af

bekræftet kopi af stiftelsesoverenskomsten og vedtægterne på nederlandsk, fransk, engelsk eller tysk), er forenelige med ellefte direktiv samt med etableringsfriheden.

22. Kommissionen anser ligeledes WFBV's artikel 4, stk. 3 (fremlæggelse af en revisionserklæring), for uforenelig med ellefte direktivs artikel 2 samt med artikel 43 EF og 48 EF. En sådan erklæring er ikke nævnt i den udtømmende opregning i direktivets artikel 2.

23. Kommissionen finder derimod, at den pligt, der er fastsat i artikel 5, stk. 4, til hvert år at fremlægge dokumentation for registrering i det udenlandske handelsregister, er forenelig med ellefte direktiv samt med artikel 43 EF og 48 EF.

24. Kommissionen foretrækker at omformulere de præjudicielle spørgsmål og med henvisning til Lourenço Dias-dommen⁶ at undlade at efterprøve de elementer af WFBV, som ikke som sådan vedrører selskabets registrering. Navnlig ønsker den at afskære en efterprøvelse af WFBV's arti-

5 — Rådets ellefte direktiv af 21.12.1989 om offentlighed vedrørende filialer oprettet i en medlemsstat af visse former for selskaber henhørende under en anden stats retsregler, EFT L 395, s. 36.

6 — Dom af 16.7.1992, sag C-343/90, Sml. I, s. 4673, præmis 18-20. Kommissionen henviser endvidere til dom af 17.5.1994, sag C-18/93, Corsica Ferries, Sml. I, s. 1783, præmis 14, af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, af 13.12.1994, sag C-297/93, Grau-Hupka, Sml. I, s. 5535, præmis 19, og af 26.10.1995, sag C-143/94, Furlanis, Sml. I, s. 3633, præmis 12.

kel 3 og 6, samt af dens artikel 4, stk. 1, 2 og 4. Endvidere finder WFBV's artikel 5, stk. 1 og 2, ikke anvendelse som følge af undtagelsesbestemmelsen i stk. 3.

2. Argumenter til støtte for, at loven ikke er traktatstridig

25. Heroverfor har Kamer van Koophandel, den tyske, den italienske, den nederlandske og den østrigske regering gjort gældende, at bestemmelserne i WFBV er forenelige med etableringsfriheden eller er i overensstemmelse med selskabsdirektiverne, navnlig første, andet, fjerde, syvende, ellefte og tolvte direktiv⁷, eller er udtryk for en ikke diskriminerende anvendelse af de bestemmelser, der finder anvendelse på aktieselskaber stiftet i henhold til nederlandsk ret.

7 — Rådets første direktiv 68/151/EØF af 9.3.1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde, EFT 1968 L, s. 41, org.ref.: JO L 63, s. 8; Rådets andet direktiv 77/91/EØF af 13.12.1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelsen af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde, EFT L 26, s. 1; Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25.7.1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer, EFT L 222, s. 11; Rådets syvende direktiv 83/349/EØF af 13.6.1983 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om konsoliderede regnskaber, EFT L 193, s. 1, ellefte direktiv 89/666/EØF, anført i fodnote 5; Rådets tolvte direktiv 89/667/EØF af 21.12.1989 på selskabsrettens område om enkeltmandsselskaber med begrænset ansvar, EFT L 393, s. 40.

26. Det er den italienske regerings opfattelse, at Inspire Art Ltd ikke kan påberåbe sig bestemmelserne om etableringsfrihed. Henset til, at selskabet ikke udøver nogen form for erhvervsvirksomhed i stiftelsesstaten, bør dets etablering i Nederlandene betragtes som selskabets hjemsted og ikke som en filial.

27. Den tyske regering har fremført en tilsvarende opfattelse. Det er dens opfattelse, at artikel 43 EF og 48 EF ikke kan have til formål at begunstige »postkasseselskaber«, som ikke driver nogen form for erhvervsvirksomhed i den stat, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hovedsæde. Artikel 43 EF og 48 EF bygger derimod på, at der er tale om virksomheder, der driver virksomhed i deres hjemstat. Regeringen finder derfor, at Centros-dommen er problematisk, idet det ifølge denne er tilstrækkeligt, at et selskab er lovligt oprettet i henhold til lovgivningen i en medlemsstat, hvorimod det ikke kræves, at den udøver erhvervsvirksomhed i denne stat. Det er følgelig dens opfattelse, at nationale foranstaltninger over for »postkasseselskaber« fortsat er lovlige. Den østrigske regering har givet udtryk for en tilsvarende opfattelse.

28. Den italienske regering sondrer mellem etableringsfrihed for fysiske personer på den ene side og juridiske personer på den anden. Det er dens opfattelse, at begrundelsen for og anerkendelsen af et selskab, der er stiftet i henhold til fremmed ret, følger af de aktiviteter, som selskabet agter at udøve. Anerkendelsen som juridisk person sker inden for rammerne af en konkret retsorden. Hvorvidt selskabet også aner-

kendes af andre retsordener, afhænger af, om de betingelser, som stiftelsesstaten og værtsstaten stiller til selskabet, ækvivalerer. Medlemsstaterne har herved beføjelse til at kræve yderligere bestemmelser overholdt, for at sikre ækvivalens i forhold til selskaber, der er stiftet ifølge statens egen ret.

29. Kamer van Koophandel og den nederlandske regering finder, at WFBV ikke begrænser etableringsfriheden. Til forskel fra Centros-sagen er der ikke tale om, at det formelt udenlandske selskab nægtes registrering. Sagen angår derfor alene bestemmelserne om et formelt udenlandsk selskabs handlinger, ikke om dets stiftelse eller anerkendelse.

30. Kamer van Koophandel og den nederlandske regering bekræfter, at nederlandsk ret som udgangspunkt afgør spørgsmålet om, hvilken retsorden der skal finde anvendelse på grundlag af et selskabs vedtægtsmæssige hjemsted. De henviser til artikel 2 i *Wet conflictenrecht corporaties*⁸, samt til bestemmelsen i denne lovs artikel 6, hvorefter loven ikke er til hinder for anvendelse af bestemmelserne i WFBV. Det tilknytningsmoment, der følger af nederlandsk international privatret, antages at foreligge uden hensyn til eventuelle erhvervsaktiviteter i stiftelsesstaten. Selskabets faktiske hjemsted er principielt ikke af betydning.

⁸ — *Staatsblad* 1997, s. 699.

31. Som følge af det stadigt stigende antal »pseudo-udenlandske« selskaber, især selskaber stiftet i henhold til engelsk ret samt til den amerikanske stat Delawares ret, som reelt ikke har nogen tilknytning til stiftelsesstaten, har den nederlandske lovgiver set sig foranlediget til gennem vedtagelsen af WFBV at træffe visse, begrænsede foranstaltninger af hensyn til kreditorbeskyttelsen, bekæmpelse af svig, sikring af en effektiv skattekontrol samt for at forhindre en utilbørlig benyttelse af udenlandske selskaber. Kamer van Koophandel har endvidere anført, at påfaldende mange af disse selskaber har været impliceret i konkurser, hvor kreditorerne kun har haft få muligheder for at begrænse deres tab.

32. I denne forbindelse henviser Kamer van Koophandel til præamblen til WFBV, hvoraf det fremgår, at loven har til formål at sikre, at visse bestemmelser i nederlandsk selskabsret finder anvendelse på udenlandske juridiske personer, som udelukkende, eller i overvejende grad, driver virksomhed i Nederlandene, og alene formelt betragtet er udenlandske selskaber. Dette skal forhindre en utilbørlig anvendelse af udenlandske selskaber og sikre en kreditorbeskyttelse.

33. Kamer van Koophandel og den nederlandske regering finder, at de foranstaltninger, der er indført med WFBV, ikke er diskriminerende. De udgør alene en anvendelse af præceptive bestemmelser i nederlandsk selskabsret, som også finder anvendelse på samtlige selskaber, der er stiftet i henhold til nederlandsk ret.

34. Med hensyn til de enkelte bestemmelser i WFBV konstaterer Kamer van Koophandel og den nederlandske regering følgende.

35. De forpligtelser, der er fastsat i WFBV's artikel 2 (erklæring om, at selskabet er et formelt udenlandsk selskab i artikel 1's forstand, indgivelse af en bekræftet genpart af stiftelsesoverenskomsten og i givet fald af vedtægterne, på nederlandsk, fransk, engelsk eller tysk, angivelse af det udenlandske handelsregister og datoen for den første registrering) svarer til artikel 2, stk. 2, litra b), og artikel 4 i ellefte direktiv samt til artikel 2, stk. 2, litra c), sammenholdt med artikel 2, stk. 1, litra c), i ellefte direktiv. Den nederlandske regering har endvidere anført, at de øvrige bestemmelser (navn, personlige oplysninger og adresse for ene-anpartshavere) er i overensstemmelse med de regler, der gælder for nederlandske selskaber.

36. Dette gælder ifølge den nederlandske regering også med hensyn til solidarisk hæftelse for ledelsen (WFBV's artikel 4, stk. 4). Ifølge den nederlandske Burgerlijk Wetboek (artikel 2:69, stk. 2, og artikel 2:180, stk. 2) gælder denne hæftelse også for selskaber stiftet i henhold til nederlandsk ret.

37. De forpligtelser, der er fastsat i WFBV's artikel 3, er ligeledes i overensstemmelse

med de forpligtelser, der er fastsat for nederlandske aktieselskaber i BW (artikel 2:75, stk. 1 og 2, artikel 2:186; bekendtgørelse om handelsregisteret af 1996). Disse angår nærmere reglerne om det firmanavn, som et selskab anvender. Endvidere er kravene i artikel 3 i overensstemmelse såvel med første direktivs artikel 4 — der i kraft af tiltrædelsesakten også finder anvendelse på selskaber med begrænset ansvar i henhold til engelsk ret — som med ellefte direktivs artikel 6.

38. Heller ikke WFBV's artikel 4, stk. 1-3, indeholder mere vidtgående bestemmelser end dem, der ifølge den nederlandske BW (artikel 2:178 og artikel 2:204a, stk. 2) finder anvendelse på aktieselskaber. Den solidariske hæftelse for ledelsen ifølge WFBV's artikel 4, stk. 4, gælder derimod alene for ledelsen for et formelt udenlandsk selskab. Henvisningen i WFBV's artikel 4, stk. 5, til andet direktiv godtgør blot igen, at WFBV er forenelig med fællesskabsretten.

39. Den nederlandske regering har vedrørende WFBV's artikel 5 anført, at dens bestemmelser om årsregnskab svarer til den nederlandske BW's anden bogs afsnit 9. Endvidere er disse bestemmelser i overensstemmelse med bestemmelserne i fjerde og syvende direktiv. Den forpligtelse, der følger af WFBV's artikel 5, stk. 4, svarer til ellefte direktivs artikel 2, stk. 2, litra c). I

øvrigt henviser den nederlandske regering til WFBV's artikel 5, stk. 3, der igen bekræfter, at bestemmelsen er forenelig med fællesskabsretten.

40. Trods de udførlige bemærkninger til de enkelte bestemmelser i WFBV finder såvel Kamer van Koophandel og den nederlandske regering som Kommissionen, at de præjudicielle spørgsmål er for generelt affattede. Ifølge Lourenço Dias-dommen⁹ er Domstolens undersøgelse begrænset til at angå de elementer, der er indført i handelsregisteret. Det drejer sig om artikel 2, stk. 1, første, andet og tredje punktum (registrering som formelt udenlandsk selskab), artikel 4, stk. 4 (solidarisk hæftelse for ledelsen), samt artikel 4, stk. 1-3 (revisionserklæring, mindstekapital, egenkapital og ledelsens solidariske hæftelse med hensyn til disse oplysninger). Alle andre bestemmelser er uden betydning for tvisten i hovedsagen, og Domstolen skal følgelig se bort herfra.

41. Kamer van Koophandel, den tyske og den nederlandske regering har endvidere henvist til Daily Mail and General Trust-dommen¹⁰. Domstolen anerkendte i denne dom, at den internationale privatret var udformet meget forskelligt i de enkelte medlemsstater for så vidt angik til-

knytningen for den retlige behandling af et selskab. Domstolen fastslog, at bestemmelserne om etableringsfrihed ikke overlappede disse. WFBV supplerer alene nederlandsk rets bestemmelser om tilknytning for så vidt angår et selskabs vedtægtsmæssige hjemsted (artikel 2 i Wet conflictenrecht corporaties), idet visse præceptive bestemmelser i nederlandsk selskabsret fastslås at finde anvendelse på selskaber, som alene udøver erhvervsvirksomhed i Nederlandene, og som ikke har nogen reel tilknytning til stiftelsesstaten. WFBV medfører alene en tilknytning til det sted, hvor et selskab faktisk driver virksomhed. Disse bestemmelser kan derfor ifølge Daily Mail and General Trust-dommen betragtes som forenelige med etableringsfriheden.

42. Kamer van Koophandel og den tyske regering henviser yderligere til, at der ikke efter Daily Mail and General Trust-dommen er blevet udstedt et selskabsdirektiv til harmonisering af tilknytningsspørgsmålet. Dommens betragtninger har derfor fortsat gyldighed.

43. Kamer van Koophandel og den nederlandske regering har endvidere henvist til, at De Europæiske Fællesskaber først ved Amsterdam-traktaten blev tillagt kompetence inden for området international privatret. Også efter indførelsen af artikel 65 EF skal visse spørgsmål af selskabsretlig karakter imidlertid i henhold til

⁹ — Anført i fodnote 6.

¹⁰ — Dom af 27.9.1988, sag 81/87, Sml. s. 5483.

artikel 293 EF løses ved overenskomst mellem medlemsstaterne. Heraf fremgår, at den internationale privatret fortsat indtager en særlig stilling.

44. Ifølge den nederlandske regering har medlemsstaterne fortsat kompetence til at følge registreringsteorien, således som denne har fundet konkret udtryk i Wet conflictenrecht corporaties og i WFBV. Bestemmelserne om etableringsfrihed er ikke til hinder herfor. Ifølge Centros-dommen¹¹ kan medlemsstaterne træffe beskyttelsesforanstaltninger, der skal hindre et misbrug af de grundlæggende frihedsrettigheder. Den nederlandske regering henfører WFBV til sådanne foranstaltninger.

45. Også den tyske regering finder, at WFBV udgør en foranstaltning, der skal hindre misbrug af etableringsfriheden og omgælsen af strengere nationale bestemmelser. Domstolen har i Centros-dommen udtrykkeligt anerkendt medlemsstaternes kompetence til at vedtage sådanne foranstaltninger¹².

46. Den nederlandske regering anser ligeledes denne opfattelse for forenelig med afgørelsen i Segers-sagen¹³. Ganske vist udgør selve iagttagelsen af den rettighed,

der følger af traktaten, ikke i sig selv et misbrug. WFBV er imidlertid ikke til hinder for anerkendelse af et selskab, der er stiftet i henhold til udenlandsk ret. Den modvirker alene muligheden for, at et selskab unddrager sig præceptive bestemmelser i lovgivningen i den medlemsstat, hvor det driver virksomhed. Såfremt et selskabs eneste formål er at unddrage sig reglerne om stiftelse af et selskab, er dette efter den nederlandske regerings opfattelse udtryk for et misbrug, som i hvert fald på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin lovligt kan modvirkes ved WFBV.

47. Den nederlandske regering anser de forpligtelser, der følger af WFBV, for navnlig at være af administrativ karakter. Tilsvarende forpligtelser gælder for samtlige selskaber, der er stiftet i henhold til nederlandsk ret.

48. Ellefte direktiv er efter den nederlandske regerings opfattelse alene udtryk for en delvis harmonisering. Uden for det område, som direktivet regulerer, har medlemsstaterne fortsat ret til at udøve lovgivningsvirksomhed.

49. Såfremt det alligevel antages, at der er tale om et indgreb i etableringsfriheden, må dette i hvert fald betragtes som ubetydeligt og følgelig anses for foreneligt med fælles-

11 — Anført i fodnote 3. Den nederlandske regering henviser navnlig til dommens præmis 24.

12 — Regeringen henviser til dommens præmis 18.

13 — Anført i fodnote 4.

skabsretten. Også med hensyn til fortolkningen af andre frihedsrettigheder har det ifølge Domstolens praksis altid været et krav, at indgrebet skulle have en vis intensitet¹⁴.

B — Spørgsmålet om begrundelse (andet spørgsmål)

1. Argumenter, hvorefter begrundelse ikke foreligger

50. Inspire Art Ltd., Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen anser ikke bestemmelserne i WFBV for begrundede.

51. Hverken Inspire Art Ltd, Det Forenede Kongeriges regering eller Kommissionen finder, at artikel 46 EF kan tjene som begrundelse. Det følger af Centros-dommen¹⁵, at det ganske vist er udelukket at påberåbe sig etableringsfriheden med henblik på misbrug. Et sådant misbrug foreligger imidlertid ikke alene som følge af den omstændighed, at et selskab ikke driver virksomhed i stiftelsesstaten. I det konkrete tilfælde skal myndighederne og domstolene derimod undersøge betingelserne for, om en sådan begrundelse for en begrænsning af

etableringsfriheden foreligger. En generel lovbestemt ordning som WFBV er ikke i sig selv tilstrækkelig.

52. I øvrigt anerkendte Domstolen i Centros-dommen i hvert fald, at der var mulighed for begrænsninger, såfremt bestemmelser om udøvelsen af visse erhvervsaktiviteter berøres. For så vidt angår Inspire Art Ltd er spørgsmålet imidlertid blot, om bestemmelserne i nederlandsk selskabsret, f.eks. om mindstekapitalen, skal overholdes. Som Domstolen fastslog i Centros-dommen, udgør den omstændighed, at man drager fordel af gunstigere regler i en anden medlemsstat, ikke i sig selv et misbrug, men blot en udnyttelse af etableringsfriheden.

53. Ifølge Inspire Art Ltd kræver artikel 46 EF, at der foreligger en konkret trussel mod den offentlige orden. I øvrigt henviser Inspire Art Ltd, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen til, at Domstolen i Centros-dommen fastslog¹⁶, at kreditorbeskyttelse principielt ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i artikel 46 EF.

54. Endelig finder Inspire Art Ltd, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen det tillige udelukket at påberåbe sig tvingende almene hensyn som begrundelse

14 — Regeringen henviser herved til dom af 7.3.1990, sag C-69/88, Kranz, Sml. I, s. 583, præmis 11, og af 14.7.1994, sag C-379/92, Matteo Peralta, Sml. I, s. 3453, præmis 24.

15 — Kommissionen henviser særligt til dommens præmis 24 (anført i fodnote 3).

16 — Kommissionen henviser til dommens præmis 34.

for bestemmelserne i WFBV. Kreditorbeskyttelse udgør ganske vist et alment hensyn, men WFBV's artikel 2, 4 og 5 er uegnede til at sikre en sådan beskyttelse.

vejebringelsen og selskabets registrering også efter nederlandsk ret i det hele udbetales som lån. Herefter ville den ikke komme kreditorerne til gode. Disse bestemmelser i WFBV er hermed ikke egnede for at sikre den tilsigtede kreditorbeskyttelse.

55. For det første henviser Inspire Art Ltd og Kommissionen til, at selskabet som sådan fremtræder som et selskab i henhold til engelsk ret, således at kreditorer ikke skuffes. Bestemmelserne i fjerde og ellefte direktiv sikrer en vis transparens for så vidt angår årsregnskab og selskabets organisation. Kreditorerne bærer selv et vist ansvar for deres handlinger. Såfremt de ikke anser sikkerheden i henhold til engelsk ret for tilstrækkelig, kan de enten kræve yderligere sikkerhed eller undlade at indgå aftaler med et selskab stiftet i henhold til udenlandsk ret.

58. Bestemmelserne om solidarisk ansvar for ledelsen er endvidere ifølge Inspire Art Ltd og Kommissionen diskriminerende. Ledelsen hæfter ifølge WFBV's artikel 4, stk. 4, også, såfremt mindstekapitalen falder til under den foreskrevne grænse efter registreringen i handelsregisteret. Ledelsen for et selskab med begrænset ansvar (BV) efter nederlandsk ret er derimod ikke omfattet af dette strengere ansvar. Endvidere udvides kredsen af ansvarlige i forhold til nederlandske selskaber til også at omfatte personer, der faktisk forestår selskabets forretningsvirksomhed.

56. Endvidere henviser Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen til, at WFBV ikke ville kunne finde anvendelse, såfremt Inspire Art Ltd havde haft blot den mindste erhvervsaktivitet i en anden medlemsstat. I så tilfælde ville risikoen for kreditorerne imidlertid være præcis den samme, som i tilfælde af at selskabet udelukkende driver virksomhed i Nederlandene.

59. Bestemmelserne i WFBV's artikel 4, stk. 1, 2 og 4, er ifølge Kommissionens opfattelse i øvrigt uforholdsmæssige, idet Inspire Art Ltd fremtræder som et selskab i henhold til engelsk ret. Bestemmelserne i fjerde og ellefte direktiv sikrer endvidere kreditorerne tilstrækkelig transparens.

57. Bestemmelserne om mindstekapital sikrer ifølge Inspire Art Ltd ikke hensynet til kreditorbeskyttelse. Mindstekapitalen kan f.eks. umiddelbart efter til-

60. Inspire Art Ltd og Det Forenede Kongeriges regering deler i realiteten denne opfattelse. Det Forenede Kongeriges rege-

ring har endvidere anført, at medlemsstaterne ikke har kompetence til at stille krav til filialer af udenlandske selskaber, der går videre end den harmoniserede beskyttelse af kreditorinteresser, der på fællesskabsplan er blevet tilvejebragt ved fjerde og ellefte direktiv.

61. I øvrigt er mindre indgribende foranstaltninger mulige. Man kunne f.eks. skabe retlige forudsætninger for, at offentlige kreditorer eksempelvis får stillet passende sikkerhed af sådanne filialer¹⁷.

62. Det Forenede Kongeriges regering anser endvidere WFBV's bestemmelser om bogføring og årsregnskab for overflødige. Engelsk ret indeholder effektive regler for selskaber med begrænset ansvar for så vidt angår årsregnskaber. Endvidere er disse bestemmelser i strid med ellefte direktiv, hvorefter de stater, hvor filialer er etableret, ikke må kræve visse oplysninger.

2. Argumenter til støtte for, at begrundelse foreligger

63. I modsætning hertil finder Kamer van Koophandel, den tyske, den nederlandske

og den østrigske regering, at bestemmelserne i WFBV under alle omstændigheder er begrundede, såvel henset til artikel 46 EF som til tvingende almene hensyn.

64. WFBV har til formål at bekæmpe svig. Dette formål blev udtrykkeligt anerkendt som legitim begrundelse i Centros- og Segers-dommene¹⁸. WFBV tjener endvidere som kreditorbeskyttelse, hvilket ligeledes i retspraksis er anerkendt som begrundelse¹⁹. WFBV har endvidere til formål at sikre skattekontrol, hvilket ligeledes indgår blandt de begrundelser, som er anerkendt i retspraksis²⁰. Endelig beskyttes herigennem god handelsskik. Også dette er en legitim begrundelse²¹.

65. Registrering af sådanne »postkasseselskaber« har ifølge den østrigske regering en advarselsfunktion. Oplysningerne er væsentlige for potentielle forretningspartnere ved afgørelsen af, om de ønsker at handle med det pågældende selskab. I Centros-dommen blev forretningslivets behov for sådanne oplysninger udtrykkeligt anerkendt²².

18 — Jf. præmis 38 i Centros-dommen, anført i fodnote 3, og præmis 17 i Segers-dommen, anført i fodnote 4.

19 — Jf. dom af 4.12.1986, sag 205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 3755, af 25.7.1991, sag C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, og af 12.12.1996, sag C-3/95, Reisebüro Broede, Sml. I, s. 6511.

20 — Jf. Bachmann-dommen, anført i fodnote 19.

21 — Jf. dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141.

22 — Den østrigske regering henviser til dommens præmis 36, anført i fodnote 3.

17 — Det Forenede Kongeriges regering henviser herved til præmis 37 i Centros-dommen (anført i fodnote 3).

66. Kamer van Koophandels og den nederlandske regerings argumentation går i samme retning. Kravet i WFBV's artikel 2, stk. 1, om angivelse af første registrering i et udenlandsk handelsregister oplyser tredjemand om, fra hvilket tidspunkt et selskab er oprettet, hvor længe det har været erhvervsaktivt, og om det i givet fald indtager en etableret stilling på markedet. Bestemte retsfølger kan ligeledes være knyttet til dette tidspunkt, f.eks. opnåelse af retsevne.

67. Oplysningen om, at selskabet er et formelt udenlandsk selskab, giver tredjemænd mulighed for at blive bekendt med denne omstændighed og tage hensyn hertil ved vurderingen af selskabets troværdighed. Oplysningen om, at selskabet er undergivet fremmed ret, er tillige væsentlig for de kompetente statslige organer.

68. Tredjemands interesse i at vide, at der alene er tale om en enkelt selskabsdeltager (jf. WFBV's artikel 3) er udtrykkeligt anerkendt ifølge artikel 3 i tolvte direktiv.

69. Bestemmelsen i WFBV's artikel 4 har navnlig til formål at sikre kreditorbeskyttelsen. Betydningen af mindstekapitalen er udtrykkeligt anerkendt i andet direktivs artikel 6 for så vidt angår selskaber, som er omfattet af dette direktiv. Reglerne om mindstekapital har navnlig til formål at sikre, at selskabers finansielle troværdighed

styrkes, og derigennem at sikre offentlige og private kreditorer en øget beskyttelse. Generelt har de til formål at sikre alle kreditorer en beskyttelse mod risikoen for svigagtig insolvens gennem oprettelse af selskaber, der allerede fra begyndelsen savner den fornødne kapital.

70. Ledelsens solidariske hæftelse udgør endelig blot en passende sanktion for det tilfælde, at bestemmelserne i WFBV ikke respekteres. Endvidere gælder der tilsvarende ansvarsregler for ledelsen af et nederlandsk selskab. Sådanne regler er heller ikke ukendt i fællesskabsretten, således som det fremgår af artikel 51 i forslag til en forordning om et europæisk selskab. Endvidere giver andet direktivs artikel 4, stk. 1, medlemsstaterne mulighed for at vedtage passende ansvarsregler i tilfælde af, at en opløsning af selskabet ikke er mulig.

71. Kamer van Koophandel har anført, at bestemmelserne i WFBV ikke er diskriminerende. De fører derimod til, at bestemmelser, som også gælder for selskaber stiftet i henhold til nederlandsk ret, finder anvendelse på udenlandske selskaber. Der er herved foruden BW tale om handelsregisterloven af 1996 og bekendtgørelse om handelsregistre fra 1996.

72. Foranstaltningerne er ifølge Kamer van Koophandel og den østrigske regering tillige

egnede til at virkeliggøre de tilsigtede formål. De bidrager til, at selskabets kreditorer bliver bekendt med, at der er tale om et selskab, som er underlagt udenlandsk ret. Endvidere sikrer de, at kreditorerne har adgang til en beskyttelse, som de ville kunne forvente med hensyn til et selskab stiftet i henhold til nederlandsk ret.

73. Den østrigske regering anser følgelig bestemmelserne om mindstekapital for et egnet og forholdsmæssigt instrument. For så vidt angår aktieselskaber har andet direktiv selv fastslået betydningen af mindstekapital. For selskaber med begrænset ansvar foreligger der imidlertid ikke en tilsvarende ordning. Med undtagelse af Irland og Det Forenede Kongerige findes der imidlertid bestemmelser i samtlige medlemsstater om mindste garantikapital i sådanne selskaber. I modsætning til selskabsdeltagernes personlige ansvar, der ofte er uden betydning i forbindelse med konkurs, medfører kravet om ansvarlig kapital en større sikkerhed.

74. Også kravene med hensyn til bogføring og udarbejdelse og offentliggørelse af årsregnskaberne ifølge WFBV udgør en nødvendig og effektiv beskyttelsesforanstaltning for kreditorerne. Fjerde direktiv angiver alene mindstekrav. Som følge af de mange valgmuligheder, som direktivet inddrømmer medlemsstaterne, har disse en legitim interesse i, at gennemførelsesbestemmelserne til direktivet bliver gjort anvendelige for alle selskaber, der driver erhverv inden for deres geografiske område.

75. Kamer van Koophandel finder, at foranstaltningerne heller ikke er mere vidtgående end nødvendigt for at virkeliggøre deres formål. Manglende overholdelse af forpligtelserne i henhold til WFBV medfører ikke, at en godkendelse af det udenlandske selskab nægtes, men til ansvar for dets ledelse. I denne forbindelse konstaterer Kamer van Koophandel, at et selskab, der ikke eller ikke længere opfylder bestemmelserne om mindstekapital, frembyder klare tegn på, at der er risiko for misbrug eller svig.

V — Stillingtagen

76. Giver de foreliggende faktiske omstændigheder anledning til, at Domstolens praksis som fastslået i Centrosdommen fraviges? Dette er det sidste af de spørgsmål, som nærværende præjudicielle anmodning rejser.

77. De faktiske omstændigheder, som ligger til grund for sagen, adskiller sig fra Centros-sagen, for så vidt som nederlandsk ret ikke er til hinder for registrering af filialen, men kræver, at denne anføres som et formelt udenlandsk selskab, og knytter bestemte retsfølger til denne registrering. Der opstår følgelig spørgsmål om, hvorvidt og i givet fald i hvilket omfang denne forskel fører til en anden retlig vurdering af spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelserne er forenelige med etableringsfriheden end i Centros-sagen.

78. De principielle synspunkter, som parterne har tilkendegivet, kan sammenfattes skematisk. Den ene gruppe finder, at bestemmelserne i WFBV er udtryk for en ubegrundet begrænsning af etableringsfriheden, idet de fører til, at nederlandsk selskabsret finder anvendelse på det udenlandske selskab, navnlig reglerne om mindstekapital. Den anden gruppe finder ikke, at WFBV begrænser etableringsfriheden, fordi de udenlandske selskaber på ingen måde er knyttet til stiftelsesstaten, og der alene stilles visse yderligere krav med hensyn til udøvelsen af deres virksomhed. Begrænsningen er i hvert fald begrundet i hensynet til kreditorbeskyttelse og forebyggelse af misbrug i forhold til de muligheder, som etableringsfriheden giver.

A — *Spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelserne om etableringsfrihed er anvendelige*

79. Inden jeg gennemgår de enkelte argumenter, skal jeg gøre to bemærkninger til anvendelsesområdet for bestemmelserne om etableringsfrihed, som har støtte i Segers- og Centros-dommene.

80. For det første er udøvelse af erhvervsvirksomhed i stiftelsesstaten ikke ifølge traktaten en betingelse for etablering af

filialet i andre medlemsstater²³. Den omstændighed, at et selskab ikke driver nogen form for erhvervsvirksomhed i stiftelsesstaten, er følgelig ikke til hinder for, at det kan påberåbe sig etableringsfriheden.

81. For det andet er begrundelserne for at etablere et selskab i udlandet — for så vidt de er loyale — irrelevante. Selv om oprettelsen udelukkende skyldes hensynet til at omgå bestemmelserne om stiftelse og funktion af selskaber i den medlemsstat, hvor det skal drive virksomhed, udelukker dette ikke muligheden for at påberåbe sig reglerne om etableringsfrihed²⁴.

82. Jeg finder hverken, at de præjudicielle spørgsmål, som Kantongerecht te Amsterdam har forelagt, eller de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for hovedsagen, giver anledning til at fravige denne faste retspraksis. Der blev i øvrigt hverken i Daily Mail and General Trust²⁵ — eller i Überseering²⁶-dommene rejst tvivl herom.

83. Det anvendelsesområde for artikel 43 EF og 48 EF, der blev defineret i Segers- og

23 — Segers-dommen, anført i fodnote 4, præmis 16, og Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 17.

24 — Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 18. Irrelevansen af retssubjektets motiver anerkendes også vedrørende retten til frit præstation af tjenesteydelser, jf. dom af 5.10.1994, sag C-23/93, TV 10, Sml. I, s. 4795, præmis 15.

25 — Anført i fodnote 10.

26 — Dom af 5.11.2002, sag C-208/00, Überseering, Sml. I, s. 9919.

Centros-dommene, kan for nogle forekomme utilfredsstillende, idet det fører til, at nationale bestemmelser, der eventuelt anses for væsentlige og korrekte, bliver uanvendelige. Det bidrager imidlertid til gennemførelsen af den traktatfæstnede ret til fri etablering inden for det indre marked.

B — *Begrænsning af etableringsfriheden*

84. Spørgsmålet er herefter, om bestemmelserne i WFBV begrænser etableringsfriheden.

1. Relevante bestemmelser i Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

85. Det er for det første spørgsmålet, i hvilket omfang bestemmelserne i WFBV er genstand for den præjudicielle forelæggelse. Den forelæggende ret har henvist til WFBV's artikel 2-5, herunder navnlig til den omstændighed, at et formelt udenlandsk selskab skal registreres som sådan i handelsregisteret (artikel 2), at samtlige dokumenter, der udgår fra selskabet, skal indeholde visse oplysninger (artikel 3), at selskabskapitalen, og den del heraf, der er indbetalt, mindst skal andrage det beløb, der gælder for selskaber, der er stiftet i henhold til nederlandsk ret (artikel 4). Retten har endvidere henvist til de yderli-

gere bestemmelser, der gælder for udarbejdelse og offentliggørelse af årsregnskab og årsrapport. Retten finder navnlig, at der i reglen om ledelsens personlige og solidariske ansvar i tilfælde af manglende opfyldelse af en af de forpligtelser, der følger af WFBV, ligger en begrænsning af etableringsfriheden. I betragtning af denne fremstilling kan man fortolke den præjudicielle anmodning således, at den navnlig vedrører betegnelsen formelt udenlandsk selskab som sådan (artikel 2 og 3), den krævede mindstekapital (artikel 4, stk. 1, 2 og 3) samt ledelsens personlige ansvar (artikel 4, stk. 4).

86. Kamer van Koophandel, den nederlandske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen finder derimod, at efterprøvelsen er begrænset til at angå de bestemmelser, der vedrører registreringen af et selskab i handelsregisteret. Det er deres opfattelse, at de præjudicielle spørgsmål skal behandles på baggrund af tvisten i hovedsagen. Da denne alene angår spørgsmålet om registrering i handelsregisteret, skal behandlingen navnlig ikke omfatte WFBV's artikel 3 og 6. Kamer van Koophandel og den nederlandske regering ønsker endvidere visse dele af artikel 2 og 5 udelukket fra gennemgangen.

87. Ifølge den retspraksis²⁷, som disse parter har henvist til, »[...] er den nationale

27 — Jf. de i fodnote 6 anførte henvisninger.

ret [...] — idet den alene har direkte kendskab til sagens omstændigheder — bedst i stand til med fuldt kendskab til sagen at vurdere nødvendigheden af en præjudiciel afgørelse som forudsætning for at kunne afsige dom. Når de af de nationale retter forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten, er Domstolen derfor i princippet forpligtet til at træffe afgørelse herom [...]«. Ved efterprøvelsen af sin egen kompetence undersøger den imidlertid de omstændigheder, »[...] hvorunder den nationale ret har forelagt sagen«. Dens opgave er nemlig, »[...] at bidrage til justitsforvaltningen i medlemsstaterne, men ikke at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål [...] Under hensyn til denne opgave anser Domstolen sig navnlig ikke for beføjet til at træffe afgørelse om et præjudicielt spørgsmål, der er blevet rejst for en national ret, når den fortolkning af fællesskabsretten [...] som den nationale ret har anmodet om, åbenbart savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand [...]«²⁸.

88. Det er ganske vist korrekt, at sagens parter er enige om, at spørgsmålet i hovedsagen navnlig er, om Inspire Art Ltd skal registreres som et formelt udenlandsk selskab. Der er imidlertid knyttet visse retsfølger til denne registrering, således som det nærmere fremgår af WFBV's artikel 2-5. Disse retsfølger er uadskilleligt og udelukkende forbundet med registrering som et formelt udenlandsk selskab. Afgørelsen

med hensyn til størrelsen af Inspire Art Ltd's mindstekapital, dets præsentation i forretningskorrespondance samt spørgsmålet om, hvorvidt ledelsen eventuelt kan gøres personligt og solidarisk ansvarlig, følger direkte af afgørelsen om, hvorvidt det skal registreres som et formelt udenlandsk selskab. Bestemmelserne i WFBV's artikel 2, 3 og 4 bør derfor også tages med i betragtning under den foreliggende sag, og det forekommer mig ikke sagligt korrekt at undersøge spørgsmålet om registrering uden også at tage hensyn til de obligatoriske retsfølger af en sådan.

89. I den foreliggende sag ses der på ingen måde at være grundlag for at antage, at der er tale om en konstrueret retstvist, eller at Domstolen skulle være blevet anmodet om at tage stilling til et hypotetisk retsspørgsmål, som er uden betydning for tvisten i hovedsagen.

90. Det er imidlertid et andet spørgsmål, hvilke bestemmelser i WFBV der konkret finder anvendelse i forhold til Inspire Art Ltd; eksempelvis om undtagelserne i WFBV's artikel 4, stk. 5, og artikel 5, stk. 3, er anvendelige. Dette spørgsmål skal besvares af den nationale ret og ikke som led i en anmodning om præjudiciel afgørelse.

91. Det må følgelig lægges til grund, at genstanden for den præjudicielle anmodning er WFBV's artikel 2-5. I overens-

28 — Lourenço Dias-dommen, anført i fodnote 6, præmis 14-18.

stemmelse med den ovenfor nævnte retspraksis skal spørgsmålene vedrørende registrering af det formelt udenlandske selskab som sådan, angivelser på selskabets dokumenter, den krævede mindstekapital og ledelsens personlige og solidariske ansvar behandles nærmere.

92. En stillingtagen til det spørgsmål, som er blevet rejst af nogle af sagens parter, nemlig hvorvidt bestemmelserne i WFBV er forenelige med de forskellige direktiver om harmonisering af selskabsretten, er følgelig uforholdsmæssig. De bestemmelser, som den forelæggende ret lægger til grund, er ifølge samtlige parter i sagen ikke omfattet af disse direktiver.

2. Spørgsmålet, om der foreligger en begrænsning af etableringsfriheden

93. Artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF, giver selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, ret til at oprette og lede agenturer, filialer eller datterselskaber i andre medlemsstater, i overensstemmelse med de bestemmelser, der gælder for etableringsstatens egne statsborgere.

94. Heraf følger ifølge fast retspraksis direkte, at sådanne selskaber har ret til at udøve deres virksomhed i en anden medlemsstat gennem et agentur, en filial eller et datterselskab, idet deres vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed, som det er tilfældet med hensyn til fysiske personers nationalitet, tjener til at fastlægge deres tilknytning til en medlemsstats retssystem²⁹. I Überseeringdommen konkluderede Domstolen heraf, at udøvelsen af etableringsfriheden imidlertid nødvendigvis forudsætter, at de nævnte selskaber anerkendes af enhver medlemsstat, hvori de ønsker at etablere sig³⁰.

95. Den nederlandske regering finder, at WFBV er forenelig med denne retspraksis. Til forskel fra Centrosdommen, er Inspire Art Ltd ikke afskåret fra anerkendelse i den nederlandske retsorden. WFBV lader alene selskabet være undergivet visse yderligere forpligtelser, som ifølge den nederlandske regering er »administrative«.

96. Disse såkaldt administrative forpligtelser omfatter anvendelse af nederlandske bestemmelser om selskabets mindstekapital og et solidarisk ansvar for ledelsen for så vidt angår selskabets forpligtelser, såfremt de forpligtelser, der følger af WFBV, ikke opfyldes. I denne forbindelse kan man eventuelt hævde, at kravene ifølge WFBV påhviler selskabets ledelse eller »admini-

29 — Jf. Segersdommen, anført i fodnote 4, præmis 13, Centrosdommen, anført i fodnote 3, præmis 20 og Überseeringdommen, anført i fodnote 26, præmis 57.

30 — Überseeringdommen, anført i fodnote 26, præmis 59. Det samme kan allerede implicit uledes af Centrosdommen, anført i fodnote 3, præmis 21.

stratorer«, således som det anføres af Kamer van Koophandel. Dette indebærer imidlertid ikke, at der er tale om »administrative« forpligtelser, der alene regulerer udøvelse af virksomhed. Indbetaling af en vis mindstekapital vedrører selskabets stiftelse. Dette bekræftes af nederlandsk ret. Bestemmelserne om mindstekapital findes i BW's artikel 178, dvs. i de almindelige bestemmelser om stiftelse af et selskab med begrænset ansvar.

hyppigere, navnlig selskaber stiftet i henhold til engelsk ret og den amerikanske stat Delawares ret³¹. Ifølge oplysninger fra Kamer van Koophandel var mange af disse selskaber, der udelukkende drev virksomhed igennem filialer, involverede i konkurser. Selskaber, der udelukkende eller næsten udelukkende driver virksomhed i Nederlandene, måtte derfor unddrages den fordel, som de håbede at kunne opnå ved oprettelse af et selskab i henhold til udenlandsk ret. Navnlig for så vidt angår selskabets mindstekapital og kreditorbeskyttelsen skulle de i realiteten undergives bestemmelser i nederlandsk selskabsret³².

97. Bestemmelserne i WFBV fører således til, at de regler i nederlandsk selskabsret, der betragtes som præceptive — navnlig bestemmelserne om mindstekapital — finder anvendelse på selskaber, som er oprettet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, og som tillige har vedtægtsmæssigt hjemsted i stiftelsesstaten, men som udelukkende eller næsten udelukkende driver virksomhed i Nederlandene.

99. Såfremt man behandler en filial på samme måde som hjemstedet, er der i realiteten tale om manglende anerkendelse af et selskab, der er oprettet i henhold til udenlandsk ret. Ved etablering af en filial kræves ifølge WFBV, at samme betingelser er opfyldt som ved oprettelse af et selskab med begrænset ansvar i Nederlandene. Virkningerne af den udenlandske ret, som selve selskabets eksistens følger af, afskæres følgelig af WFBV.

98. Dette har også været tilsigtet af den nederlandske lovgiver. Dette fremgår af præamblen til WFBV, de talrige henvisninger i de ovennævnte indlæg fra Kamer van Koophandel og den nederlandske regering til den nederlandske Burgerlijk Wetboek og bestemmelserne om handelsregisteret samt det materiale vedrørende WFBV's tilblivelse, som flere af sagens parter har henvist til. WFBV har til formål at modvirke brugen af udenlandske selskabsformer, der i praksis anvendes stadig

100. Kravet om mindstekapital og ledelsens ansvar følger som udgangspunkt lovgivningen i den stat, i henhold til hvilken selskabet er stiftet, i Inspire Art Ltd's tilfælde altså engelsk ret. Disse regler tilsidesættes som følge af de krav, der følger

31 — Jf. betragtningerne i *Memorie van Toelichting*, Tweede Kamer der Staten-Generaal Vergaderjaar 1994/1995, offentliggjort den 19.4.1995, nr. 24139, nr. 3, s. 2, tilgængelig på det nederlandske parlaments hjemmeside, www.tweede-kamer.nl.

32 — *Memorie van Toelichting*, anført i fodnote 31, s. 3.

af WFBV. Herigennem begrænser WFBV for så vidt etableringsfriheden. Denne omfatter også en statsborgers ret til at stifte et selskab i den medlemsstat, hvis selskabsretlige regler forekommer den pågældende at være de mindst byrdefulde, og efterfølgende at oprette filialer i en anden medlemsstat. Dette resultat af WFBV er uforeneligt med retspraksis i Centros³³— og Überseering³⁴-dommene. Resultatet bliver, at nederlandsk ret nægter at efterkomme den anerkendelse, som kræves ifølge fællesskabsretten, af selskaber stiftet i henhold til engelsk ret.

101. Som begrundelse for denne ufuldstændige anerkendelse af stiftelsesstatens regler gøres det til stadighed gældende, at selskabet ikke har nogen reel tilknytning til stiftelsesstaten. Denne betragtning var også afgørende for WFBV, hvilket fremgår af lovforarbejderne og WFBV's artikel 1. For så vidt angår Inspire Art Ltd lægges det til grund, at selskabet ikke driver nogen form for erhvervsvirksomhed i Det Forenede Kongerige, men udelukkende har aktiviteter i Nederlandene, og at dette var hensigten fra starten. Den forelæggende ret anfører selv, at resultatet ville blive et andet, såfremt Inspire Art Ltd havde en vis grad af erhvervsvirksomhed i en hvilken som helst anden stat.

102. Som det navnlig fremgår af Kamer van Koophandels indlæg, har WFBV til

følge, at anvendelsen af visse retsregler knyttes til den omstændighed, at den juridiske person ikke har nogen form for tilknytning til stiftelsesstaten og udelukkende eller næsten udelukkende driver erhvervsvirksomhed i Nederlandene. Selv om samtlige sagens parter med henvisning til artikel 2 i Wet conflictenrecht corporaties til stadighed understreger, at nederlandsk ret netop ikke bygger på hovedsædeteorien, som f.eks. anvendes i retspraksis i Tyskland, og som er den fremherskende opfattelse i tysk juridisk litteratur, men på den såkaldte registreringsteori, er virkningen af WFBV imidlertid præcis den samme som af hovedsædeteorien. Den anerkender ikke uden videre et udenlandsk selskabs eksistens.

103. Som jeg allerede nævnte i indledning til den retlige vurdering, er det ifølge hidtidig retspraksis ikke afgørende for retten til at etablere en filial, at der drives erhvervsvirksomhed i stiftelsesstaten. Helt på linje hermed fastslog Domstolen i Überseeringdommen, at retsfølgen af den såkaldte »hovedsædeteori«, nemlig at et selskab, der ændrer sit faktiske hjemsted, først skal nystiftes for at opnå retsevne, er uforeneligt med etableringsfriheden. Kravet om nystiftelse i den anden medlemsstat er derfor ensbetydende med nægtelse af etableringsfriheden³⁵. Konstateringen med hensyn til den ufrivillige forlæggelse af hjemstedet i

33 — Anført i fodnote 3, præmis 27.

34 — Anført i fodnote 26, præmis 39.

35 — Überseeringdommen, anført i fodnote 26, præmis 81.

Überseering-sagen må også gælde for så vidt angår oprettelse af en filial.

104. Jeg finder ikke, at der i den foreliggende sag er anledning til at fravige denne retspraksis. At nogle vil finde resultatet utilfredsstillende er i sidste ende alene resultatet af fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin. Traktaten garanterer etableringsfriheden uden forbehold, med undtagelse af artikel 46 EF, herunder muligheden for at oprette filialer. Medlemsstaterne har ikke hidtil kunnet nå til enighed om en harmonisering af deres lovgivninger med hensyn til spørgsmålet om mindstekapital for selskaber med begrænset ansvar. De ville have haft mulighed herfor såvel i henhold til artikel 44 EF, som artikel 239 EF. En sådan harmonisering gennemførtes for aktieselskaber ved udstedelsen af andet direktiv³⁶. Såfremt man nu tillod anvendelse af »præceptive« bestemmelser om mindstekapital for udenlandske selskaber, som f.eks. Inspire Art Ltd, ville dette indebære en udhuling af den traktatsikrede ret til etableringsfrihed, herunder retten til at oprette filialer — den såkaldt sekundære etableringsfrihed. En sådan fortolkning af artikel 43 EF og 48 EF er uforenelig med traktaten.

105. Det gøres endvidere gældende over for den her anførte retspraksis, at Domstolen i Daily Mail and General Trust-

dommen anerkendte forskellene i medlemsstaternes internationale privatretlige lovvalgsregler for så vidt angår selskaber. Den fastslog udtrykkeligt, at bestemmelserne om etableringsfrihed ikke har medført en tilnærmelse af disse til medlemsstaternes internationale privatretlige regler. Henset hertil kræver nogle, at medlemsstaterne i det mindste har adgang til at gribe ind over for såkaldte »postkasseselskaber«, som ikke har nogen reel tilknytning til stiftelsesstaten.

106. I Daily Mail and General Trust-dommen bemærkede Domstolen således, at ifølge traktaten »[...] anses forskellene i de nationale lovgivninger om den tilknytning, der kræves for deres selskaber, samt muligheden for og i givet fald de nærmere bestemmelser for en overførsel af et indenlandsk selskabs vedtægtsmæssige eller reelle hjemsted fra en medlemsstat til en anden, for problemer, som ikke er løst ved reglerne om etableringsretten, men som skal løses ved lovgivningsarbejde eller indgåelse af aftaler...«³⁷. I Überseering-dommen fastslog Domstolen imidlertid udtrykkeligt, at denne del af Daily Mail and General Trust-dommen ikke havde til hensigt at give medlemsstaterne adgang til som en betingelse for udnyttelsen af etableringsfriheden at kræve, at statens nationale selskabsret overholdes³⁸. Dette er imidlertid netop den virkning, som WFBV får. Den gør udnyttelsen af retten til at oprette en filial afhængig af, at reglerne i nederlandsk selskabsret om mindstekapital overholdes. Heller ikke henvisningen til Daily Mail and

36 — Anført i fodnote 7.

37 — Anført i fodnote 10, præmis 23.

38 — Anført i fodnote 26, præmis 72.

General Trust-dommen og medlemsstaternes frihed til at regulere deres internationale privatret taler følgelig imod den her foreslåede løsning.

107. Selv om det allerede hermed er fastslået, at WFBV og traktatens bestemmelser om etableringsfrihed er uforenelige i henseende til spørgsmålet om mindstekapital og ledelsens ansvar, skal jeg kort behandle de øvrige aspekter, som den forelæggende ret har fremhævet, nemlig registrering af det formelt udenlandske selskab som sådant i handelsregisteret, og den tilsvarende angivelse heraf på selskabets forretningsdokumenter. Under retsmødet betegnede Inspire Art Ltd og Det Forenede Kongeriges regering denne registrering som en stigmatisering af de berørte selskaber.

108. Registreringen som formelt udenlandsk selskab har ifølge regeringens forklarende bemærkninger til lovforslaget om WFBV til formål at gøre tredjemænd, som indleder forretningsforbindelse med selskabet, klart, at der er tale om et selskab, som ikke er stiftet i henhold til nederlandsk ret, som ikke har nogen reel tilknytning til stiftelsesstaten, men udelukkende eller næsten udelukkende driver virksomhed i Nederlandene. Tredjemand skal med fuldt kendskab til denne omstændighed have adgang til at afgøre, om den pågældende ønsker at indtræde i et forretningsforhold med selskabet³⁹.

109. Registreringen tillægges således en advarselsfunktion. Henset til den nederlandske lovgivers generelle antagelse om, at sådanne selskaber er mindre kreditværdige, og at de nederlandske bestemmelser om mindstekapital og øvrige bestemmelser om kreditorbeskyttelse derfor skal anvendes, må det antages, at optagelse af forretningssamkvem tilsigtes vanskeliggjort eller i det mindste gjort mindre attraktivt med betegnelsen formelt udenlandsk selskab. Trods al mulig sympati for denne begrundelse er der imidlertid på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin, som følge af den hidtil manglende harmonisering på dette område, tale om en begrænsning af etableringsfriheden. Det samme er tilfældet med hensyn til angivelsen på selskabets dokumenter om, at det er et formelt udenlandsk selskab.

110. Det første præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 43 EF og 48 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for, at nationale bestemmelser vedrørende etablering af filialer af et selskab — som er stiftet i en anden medlemsstat i den hensigt at opnå en fordel i forhold til virksomheder, der er oprettet i henhold til lovgivningen i den stat, hvor filialen er etableret, og som indeholder strengere betingelser med hensyn til stiftelse og indbetaling af den ansvarlige kapital end stiftelsesstaten, og hvis formål udledes af, at selskabet fuldt ud eller næsten fuldt ud udøver sin virksomhed i den stat, hvor filialen er etableret, og endvidere ikke har nogen reel tilknytning til den stat, efter hvis lovgivning det er stiftet — finder anvendelse, når lovgivningen i den stat, hvor filialen er etableret, er strengere.

³⁹ — *Memorie van Toelichting*, anført i fodnote 31, s. 6, sidste afsnit, og s. 7 øverst.

C — *Begrundelse for begrænsningen*

111. I det følgende vil jeg gennemgå, hvorvidt den konstaterede begrænsning for etableringsfriheden kan betragtes som begrundet. Den frie etableringsret kan ifølge artikel 46 EF begrænses ved love eller administrativt fastsatte bestemmelser, der indeholder særlige regler for udlændinge, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Det fremgår endvidere af fast retspraksis, at man ikke på svigagtig vis eller med henblik på misbrug kan gøre fællesskabsbestemmelserne gældende⁴⁰. Det er endvidere anerkendt i retspraksis, at nationale foranstaltninger, der kan genere udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre attraktiv, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende almene hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet⁴¹.

112. Som det fremgår af lovforarbejderne, er WFBV navnlig blevet udstedt med henblik på at beskytte kreditorer i udenlandske selskaber. Den nederlandske regering har endvidere henvist til hensynet til beskyttelse

mod misbrug af etableringsfriheden, svigbekæmpelse, sikring af en effektiv skattekontrol og hensynet til god forretningskik.

1. Begrundelse ifølge artikel 46 EF

113. Hensynet til kreditorbeskyttelse er ikke udtrykkeligt nævnt i artikel 46 EF. Ifølge fast retspraksis er det heller ikke omfattet af begreberne den offentlige orden eller sikkerhed⁴², idet disse beskytter økonomiske interesser. Det er derfor udelukket at søge en begrundelse i artikel 46 EF.

114. Det samme gælder sikring af en effektiv skattekontrol og hensynet til god forretningskik.

2. Begrundelse støttet på bekæmpelse af misbrug af etableringsfriheden

115. Kamer van Koophandel og den nederlandske regering har navnlig understreget, at WFBV endvidere har til formål at bekæmpe aktiviteter, der udgør misbrug

40 — Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 24 med yderligere henvisninger.

41 — Dom af 31.3.1999, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32, af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37, og Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 34.

42 — Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 34.

gennem anvendelse af udenlandsk selskabsret. Sådanne selskaber er alt for hyppigt impliceret i konkurser, idet den nødvendige kapital mangler fra begyndelsen.

oprette filialer i andre medlemsstater, ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af etableringsretten⁴⁶.

116. Det er ganske vist korrekt, at Domstolen har afvist, at traktatens grundlæggende frihedsrettigheder kan påberåbes på svigagtig vis eller med henblik på misbrug⁴³. Den har endvidere anerkendt, at medlemsstaterne har ret til at træffe foranstaltninger for at afhjælpe og yde beskyttelse mod misbrug⁴⁴.

119. Den manglende anerkendelse af Inspire Art Ltd's filial er en følge af anvendelsen af WFBV, hvorved der foretages en generel, abstrakt vurdering af anvendelsen af muligheden for at stifte et selskab i en medlemsstat, for fuldt ud eller næsten fuldt ud at drive virksomhed i andre medlemsstater gennem filialer. Anvendelse af etableringsfriheden som sådan omfatter imidlertid ifølge retspraksis ikke et misbrug.

117. Domstolen har imidlertid altid betinget lovligheden af sådanne beskyttelsesforanstaltninger af, at der er *konkrete* holdepunkter for et misbrug i *det enkelte tilfælde*. Den *generelle, abstrakte* vurdering i henhold til en *lovbestemmelse* har Domstolen — med særlig fremhævelse — afvist som utilstrækkelig⁴⁵.

120. Dette resultat er også i overensstemmelse med TV 10-dommen⁴⁷, som den nederlandske regering henviste til i retsmødet. Denne præjudicielle sag angik ligeledes en konkret afgørelse. Commissariaat voor de Media havde ikke anerkendt sagsøgeren i hovedsagen, TV 10, der var etableret i Luxembourg, men som udsendte radio- og fjernsynsprogrammer til Nederlandene, som udenlandsk radio- og fjernsynsinstitution i henhold til Mediawet, idet TV 10 åbenbart ved hjælp af sin filial i Luxembourg ville unddrage sig, at de nederlandske bestemmelser fandt anvendelse. I denne sag var der således også tale om en konkret afgørelse. Domstolen henviste endvidere i dommen til hidtidig retspraksis, hvorefter en medlemsstat efter artikel 49 EF ikke kan nægtes ret til at træffe foranstaltninger, der i det konkrete tilfælde skal forhindre, at de i traktaten garanterede friheder udnyttes af en tjene-

118. Den har endvidere fastslået, at det forhold, at en statsborger i en medlemsstat, der ønsker at stifte et selskab, vælger at stifte det i den medlemsstat, hvis selskabsretlige regler forekommer den pågældende at være de mindst byrdefulde, og at

43 — Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 24 med yderligere henvisninger.

44 — Segers-dommen, anført i fodnote 4, præmis 17, og Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 24 med yderligere henvisninger.

45 — Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 25, og Überseering-dommen, anført i fodnote 26, præmis 92, »[...] under visse omstændigheder og på visse betingelser«.

46 — Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 27.

47 — Anført i fodnote 24.

steyder, hvis virksomhed er helt eller delvist rettet mod denne stats territorium med sigte på at unddrage sig de regler, som ville gælde for ham, såfremt han var etableret på nævnte stats territorium⁴⁸. Imidlertid skal der træffes afgørelse i det konkrete tilfælde på grundlag af disse bestemmelser. En generel, abstrakt mulighed for misbrug er ikke tilstrækkelig til at begrunde begrænsninger i den frie ret til at præstere tjenesteydelser og etableringsfriheden.

121. Heller ikke dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig⁴⁹, som den nederlandske regering ligeledes henviste til under retsmødet, kan stå i vejen for den heri anførte retspraksis. Denne sag vedrørte ganske vist en generel, abstrakt begrænsning af de frie kapitalbevægelser i form af et dekret. Domstolen kom imidlertid ikke i dommen nærmere ind på spørgsmålet om, hvorvidt en sådan begrænsning principielt ikke kan ske i form af et dekret. Den fastslog blot, at foranstaltningen var uforholdsmæssig, og at der følgelig forelå et traktatbrud. Det spørgsmål, der her har interesse, var således ikke genstand for dommen.

122. Den tyske regerings repræsentant opfordrede under retsmødet Domstolen til, efter Centros- og Überseering-dommene, i den foreliggende retssag at påvise, hvorledes medlemsstaterne kan modvirke etableringen af »postkasseselskaber«, ved hvilke der er mistanke om »misbrug« af etableringsfriheden.

123. En sådan opfordring til Domstolen forekommer overraskende, idet den burde være rettet til medlemsstaterne. Det er ikke Domstolens opgave at anvise medlemsstaterne, hvorledes de lovligt skal modvirke en udnyttelse, som har form af eller må formodes at udgøre misbrug af traktatsikrede rettigheder. Domstolen bemærkede i Centros- og Überseering-dommene, at det principielt er lovligt at træffe foranstaltninger, der skal hindre misbrug af traktatsikrede rettigheder. Domstolen har ifølge artikel 220 EF kompetence med hensyn til fortolkningen af traktatens bestemmelser. Under den foreliggende sag kan den derfor ligesom i Centros- og Überseering-sagerne alene angive de grænser for de rettigheder, som erhvervsdrivende og virksomheder har ifølge artikel 43 EF og 48 EF. Det tilkommer medlemsstaterne at drage de heraf følgende — ønskværdige og nødvendige — konklusioner.

124. Da der ikke er blevet gjort yderligere holdepunkter gældende til støtte for, at der foreligger et misbrug, er det derfor udelukket at søge en begrundelse for begrænsningen af etableringsfriheden ved WFBV i hensynet til bekæmpelse af misbrug.

3. Begrundelse støttet på andre tvingende almene hensyn

125. Tilbage står at undersøge, hvorvidt WFBV er begrundet i øvrige tvingende almene hensyn.

48 — Anført i fodnote 24, præmis 20.

49 — Dom af 4.6.2002, sag C-483/99, Sml. I, s. 4781.

126. Den nederlandske regering har ganske vist henvist til fire tvingende almene hensyn, nemlig kreditorbeskyttelse, en effektiv skattekontrol, svigbekæmpelse og hindring af misbrug. Hindring af misbrug har jeg allerede gennemgået i det forudgående punkt. De øvrige tre grunde vedrører beskyttelsen af selskabets offentlige og private kreditorer. De kan følgelig sammenfattes under begrebet kreditorbeskyttelse.

127. Domstolen har principielt anerkendt hensynet til kreditorbeskyttelse som et tvingende alment hensyn⁵⁰. En begrænsning af etableringsfriheden, der støttes herpå, skal ifølge fast retspraksis opfylde følgende betingelser: Den skal anvendes uden forskelsbehandling, den skal være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, den forfølger, og den må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet⁵¹.

a) Forskelsbehandling

128. Kamer van Koophandel og den nederlandske regering har særligt anført, at bestemmelserne i WFBV medfører, at selskaber i henhold til udenlandsk ret og selskaber i henhold til nederlandsk ret behandles lige. Begge kategorier skal opfylde visse bestemmelser, der betragtes

som uomgængelige, i nederlandsk selskabsret. Den tyske regering tilføjede endvidere under retsmødet, at ordningen i WFBV skaber lige konkurrencebetingelser for virksomhederne.

129. Hertil skal jeg bemærke, at WFBV i det mindste på ét punkt stiller mere vidtgående krav, end hvad der gælder for nederlandske selskaber. Der findes ikke i nederlandsk ret en ordning svarende til WFBV's artikel 4, stk. 4, hvorefter der pålægges ledelsen ansvar i den situation, at selskabet, *efter* at det er stiftet og registreret i handelsregisteret, ikke opfylder kravet om mindstekapital. Dette følger af den nederlandske regerings supplerende bemærkninger til lovforslaget om WFBV⁵².

130. Ifølge BW's artikel 2:180, stk. 2, findes der for selskaber, der er stiftet i Nederlandene, alene et personligt og solidarisk ansvar for ledelsen i tiden *inden* stiftelse og registrering. Denne hæftelsesform er også nævnt i WFBV's artikel 4, stk. 4. Men der opstår endvidere altid en personlig og solidarisk hæftelse, såfremt mindstekapitalen ikke længere forefindes. Såfremt en tilsvarende situation opstår for et selskab oprettet i henhold til nederlandsk ret, efter stiftelse og registrering, kan sel-

50 — Jf. bemærkningerne i Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 32 ff.

51 — Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 34.

52 — *Memorie van Toelichting*, anført i fodnote 31, s. 9

skabet opløses ved retsafgørelse (jf. BW's artikel 2:185). Der findes ingen regler om ansvar for ledelsen i denne situation.

131. Ifølge registreringsteorien, som anvendes i nederlandsk ret, kan et udenlandsk selskab ikke opløses ved en tilsvarende retsafgørelse, truffet af en nederlandsk domstol. Dets eksistens følger nemlig stiftelsesstatens ret. Af denne grund har den nederlandske lovgiver derfor ved WFBV's artikel 4, stk. 4, indført reglen om ledelsens hæftelse for formelt udenlandske selskaber som et »rimeligt alternativ« til den sanktion, der findes for selskaber i henhold til nederlandsk ret⁵³.

132. Denne forskel i behandlingen af nederlandske og udenlandske selskaber modbeviser for det første påstanden om, at WFBV ligestiller udenlandske selskaber med selskaber stiftet i henhold til nederlandsk ret.

133. Ganske vist begrundes den forskellige behandling med henvisning til grænsen for indflydelse i henhold til nederlandsk ret på eksistensen af selskaber, der er oprettet i henhold til udenlandsk ret, og den forskellige behandling er således objektivt begrundet.

134. Jeg skal imidlertid bemærke, at der heller ikke gælder et ansvar for ledelsen for selskabets gæld for det tilfælde, at et nederlandsk selskab opløses ved dom. WFBV skaber et personligt ansvar for ledelsen i form af et solidarisk ansvar, som principielt er et fremmedelement i reglerne om aktieselskaber, nemlig at dets ansvar er begrænset til selskabskapitalen, hvori der kun kan søges dækning under hent usædvanlige omstændigheder.

135. Ledelsens ansvar ifølge WFBV opstår imidlertid heller ikke automatisk. Det skal fastslås af en domstol i det konkrete tilfælde⁵⁴. Det fremgår imidlertid af bemærkningerne til WFBV's artikel 2, at den i WFBV's artikel 4, stk. 4, fastsatte sanktion, der også kan anordnes i tilfælde af, at forpligtelserne ifølge WFBV's artikel 2 ikke opfyldes, dvs. for tiden inden registrering i handelsregistret, blev tillagt en afskrækkende virkning af lovgiver. WFBV har til formål at afholde erhvervsdrivende fra at anvende et formelt udenlandsk selskab. Der skulle hermed skabes en sanktion, som har en større afskrækkende virkning end en strafferetlig sanktion⁵⁵.

136. Dette godtgør, at den nederlandske lovgiver med indførelsen af WFBV's arti-

53 — Jf. bemærkningerne i *Memorie van Toelichting*, anført i fodnote 31, s. 9.

54 — Jf. bemærkningerne i *Memorie van Toelichting*, anført i fodnote 31, s. 9, sidste afsnit.

55 — Jf. bemærkningerne i *Memorie van Toelichting*, anført i fodnote 31, s. 7, vedrørende artikel 2.

kel 4, stk. 4, ikke tilsigtede at indføre en særlig ordning, som gælder tilsvarende for selskaber stiftet i henhold til nederlandsk ret, og som undtagelsesvis kan medføre et personligt ansvar for de ansvarlige for selskabets drift. Ordningen skulle have en større afskrækkende virkning end strafferetlige sanktioner. Det er ufornødent at komme nærmere ind på, om bestemmelsen om personligt ansvar for selskabets forpligtelser har en sådan virkning.

137. Allerede disse konstateringer giver grundlag for at antage, at den nederlandske lovgiver bevidst har indført en strengere sanktion for udenlandske selskaber end den, der i tilsvarende situationer gælder for nederlandske selskaber. Ordningen om ledelsens ansvar diskriminerer følgelig på grundlag af nationalitet. Et selskabs vedtægtsmæssige hjemsted tjener, som det er tilfældet med hensyn til fysiske personer nationalitet, til at fastlægge dets tilknytning til en medlemsstats retssystem⁵⁶. Af denne grund er bestemmelsen i WFBV's artikel 4, stk. 4, om ledelsens personlige og solidariske ansvar i tilfælde af, at mindstekapitalen ikke er til stede, uforenelig med den etableringsfrihed, der er garanteret i artikel 43 EF og 48 EF.

138. I modsætning til hvad den tyske regering har anført, skaber WFBV heller

ikke lige konkurrencevilkår. En anvendelse af WFBV fører ganske vist til, at bestemmelserne i nederlandsk selskabsret finder anvendelse på alle selskaber, der fuldt ud eller næsten fuldt ud driver virksomhed i Nederlandene. Men dette fører netop til, at konkurrencen mellem de forskellige systemer i medlemsstaterne ophæves. Der er ikke på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin nogen begrundelse for at begrænse markedsdeltagernes frihed til at udsøge sig den retsorden, der er mest velegnet med henblik på oprettelse af et selskab til deres formål.

139. Ordningen om ledelsens personlige og solidariske ansvar skal bl.a. sikre, at bestemmelserne om mindstekapital overholdes (WFBV's artikel 4, stk. 1, 2 og 3). De problemer, som WFBV skal løse, hidrører — i det mindste i relation til »postkasseselskaber« stiftet i henhold til engelsk ret — som allerede flere gange nævnt fra, at medlemsstaterne endnu ikke har kunnet blive enige om henholdsvis en harmonisering af bestemmelserne om mindstekapital for selskaber med begrænset ansvar og mere effektive kreditorbeskyttelsesregler. Så længe denne retstilstand fortsat består, er der ikke grund til at begrænse konkurrencen mellem de forskellige ordninger gennem en sådan fortolkning af traktatens bestemmelser om etableringsfrihed.

140. Jeg kan således foreløbig konkludere, at WFBV udgør en diskriminerende foran-

⁵⁶ — Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 20 med yderligere henvisninger.

staltning i forhold til udenlandske selskaber og dermed en ikke begrundet begrænsning af etableringsfriheden.

b) Spørgsmålet om egnethed

141. Hvorvidt WFBV's regler er egnede som kreditorbeskyttelse er ligeledes tvivlsomt. Ganske vist må det medgives for talerne, at instituttets mindstekapital er anerkendt i fællesskabsretten i andet direktiv samt i Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab⁵⁷ som et middel til at garantere, at selskabet råder over tilstrækkelige aktiver⁵⁸. Såfremt mindstekapitalen er blevet indbetalt, forefindes der i hvert fald på stiftelsestidspunktet en kapital af denne størrelse til sikring af kreditorernes interesser.

142. Allerede i forslaget til afgørelse i Centros-sagen udtrykte generaladvokat La Pergola imidlertid tvivl om effektiviteten af dette instrument⁵⁹. Den forskellige betydning, som medlemsstaternes selskabsretlige bestemmelser tillægger mindstekapitalen, hvilket kommer til udtryk i de forskellige beløb, der skal indbetales, viser også klart, at der på dette punkt ikke findes én rigtig opfattelse. I irsk og engelsk retsorden tillægges mindstekapitalen overhovedet ingen væsentlig betydning. Endelig skal jeg hen-

vide til beretningen fra den såkaldte Winter-gruppe. I denne beretning – fra et ekspertudvalg, opkaldt efter dets formand, Jaap Winter – som for nylig blev forelagt Kommissionen, bemærkes, at bestemmelserne om mindstekapital ganske vist overvejende betragtes som en væsentlig hjørnestein til sikring af kreditorbeskyttelse og anpartshaveres interesser. Ekspertudvalget konkluderer imidlertid, at disse bestemmelser om mindstekapital alene opfylder én funktion. De afholder den enkelte fra letfærdigt at stifte selskaber. De giver imidlertid alene en ringe beskyttelse af kreditorer mod uovervejede kapitalindskud og giver overhovedet ingen beskyttelse, såfremt kapitalen anvendes til tabsdækning. Kreditorer og anpartsejere kunne sikres en bedre beskyttelse ved indførelse af en rimelig solvensundersøgelse⁶⁰.

143. I Centros-dommen fastslog Domstolen, at den danske ordning om mindstekapital i hvert fald ikke er egnet til at nå det kreditorbeskyttelsesformål, som den anses for at forfølge, idet filialen, hvis selskabet havde udøvet virksomhed i Det Forenede Kongerige, ville være blevet registreret i Danmark, selv om de danske kreditorer i så

57 — EFT L 294, s. 1.

58 — Jf. fjerde betragtning til andet direktiv og trettende betragtning til forordning nr. 2157/2001.

59 — Forslag til afgørelse af 16.7.1998, Sml. 1999 I, s. 1461, punkt 21.

60 — Jf. bemærkningerne i Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe af 4.11.2002, resumé s. 14, og detaljer s. 82 ff., jf. især s. 87, offentliggjort på Europa-Kommissionens hjemmeside, www.europa.eu.int/comm/internalmarket/en/company/company/modern.

tilfælde ville have haft en lige så usikker stilling⁶¹.

må følgelig antages, at der også i denne henseende er tale om en ikke begrundet begrænsning af etableringsfriheden.

144. Den foreliggende sag synes fuldt ud sammenlignelig hermed. Den forelæggende ret har endog udtrykkeligt fastslået, at WFBV ikke ville finde anvendelse på Inspire Art Ltd, såfremt selskabet drev virksomhed i en hvilken som helst anden stat end Nederlandene. Det er ikke klart, at kreditorerne i så tilfælde skulle have adgang til en større ansvarlig kapital. Denne begrænsning er følgelig ikke egnet til at nå formålet om kreditorbeskyttelse.

c) Forholdsmæssighed

147. Endelig er begrænsningen som følge af WFBV alene begrundet, såfremt formålet om kreditorbeskyttelse ikke kan tilgodeses ved hjælp af mindre indgribende midler.

145. Der hersker ligeledes betydelig tvivl med hensyn til, om registrering af det formelt udenlandske selskab som sådan og om kravene om selskabets benævnelse på forretningsdokumenter er egnede til at yde kreditorerne beskyttelse. Oplysningen om, at selskabet ikke driver forretningsvirksomhed uden for Nederlandene, hverken øger eller sikrer den kapital, der er til rådighed som hæftelse over for kreditorerne.

146. Af disse grunde kan bestemmelserne om mindstekapital, registrering som formelt udenlandsk selskab og selskabets præsentation ikke anses for egnede til at nå det tilsigtede mål om kreditorbeskyttelse. Det

148. For så vidt angår registrering af det formelt udenlandske selskab som sådant i handelsregisteret og bestemmelserne om selskabets benævnelse på forretningsdokumenter hersker der tvivl om, hvorvidt bestemmelserne er nødvendige. Inspire Art Ltd er som et selskab i henhold til engelsk ret indført i handelsregisteret som Limited. Selskabet angiver Limited i forbindelse med dets virksomhed. Herved informeres forretningspartnere om, at der ikke er tale om et selskab stiftet i henhold til nederlandsk ret. En mere vidtgående advarselsfunktion, som tillægges betegnelsen som formelt udenlandsk selskab, forekommer derfor hverken påkrævet af hensyn til sikring af selskabskreditorernes interesser eller af hensyn til god forretningsskik. Bestemmelserne er følgelig uforholdsmæssige.

61 — Anført i fodnote 3, præmis 35.

149. Endvidere er selskabet som et selskab i henhold til engelsk ret omfattet af bestemmelserne i fjerde og ellefte direktiv. Inspire Art Ltd's kreditorer kan også påberåbe sig disse beskyttelsesbestemmelser⁶².

150. Jeg bemærker endvidere, at Domstolen for så vidt angår beskyttelse af offentlige kreditorer allerede har fastslået, at der i stedet for krav om overholdelse af reglerne om mindstekapital er mulighed for, at de kræver passende sikkerhedsstillelse⁶³. Denne mulighed findes ligeledes for private kreditorer. Hermed foreligger der således et mindre restriktivt middel end det, WFBV har valgt. Også af denne grund må den ved WFBV indførte begrænsning af etableringsfriheden anses for uforholdsmæssig.

151. Endnu et aspekt fører endelig til, at det forekommer tvivlsomt, om WFBV er forholdsmæssig. Loven finder anvendelse på selskaber, som udelukkende eller næsten udelukkende driver virksomhed i Nederlandene. Den indeholder imidlertid intet om, hvornår dette er tilfældet. Såfremt der foreligger 10% forretningsvirksomhed uden for Nederlandene, er der i så fald fortsat tale om en næsten fuldstændig virksomhed i Nederlandene, eller ved 15%, 20%? Denne ubestemtthed medfører en usikkerhed med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt WFBV skal finde anvendelse på et selskab. Et så usikkert instrument kan imidlertid ikke være en foranstaltning, der

er egnet til at garantere beskyttelsen af kreditorer. Dertil kommer, at den omstændighed, om loven finder anvendelse på et selskab, kan variere, uden at det nødvendigvis fremgår af handelsregisteret, således som det fremgår af regeringens supplerende bemærkninger ved fremsættelse af forslaget om WFBV⁶⁴.

152. En lignende usikkerhed opstår med hensyn til ledelsens personlige, ubegrænsede og solidariske ansvar. Dette indtræder altid, såfremt kapitalen falder til et beløb under den ved lov fastsatte mindstekapital.

153. Disse to ordninger sikrer ganske vist, at kreditorerne altid er omfattet af den for dem mest fordelagtige ordning. De skaber imidlertid navnlig for selskabets ledelse en næsten uoverskuelig risiko. De forekommer navnlig uforholdsmæssige som følge af deres uberegnelige følger for ledelsen.

154. Det andet spørgsmål skal derfor besvares således: Hverken artikel 46 EF eller bekæmpelse af risikoen for misbrug eller tvingende almene hensyn begrundet begrænsninger i etableringsfriheden, således som disse er fastsat ved artikel 2-5 i Wet op de formelle buitenlandse vennootschappen.

62 — Jf. de tilsvarende betragtninger i Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 36.

63 — Centros-dommen, anført i fodnote 3, præmis 37.

64 — *Memorie van Toelichting*, anført i fodnote 31, s. 6, vedrørende artikel 1.

VI — Forslag til afgørelse

155. På grundlag af de således anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

- 1) Artikel 43 EF og 48 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for, at nationale bestemmelser vedrørende etablering af filialer af et selskab — som er stiftet i en anden medlemsstat i den hensigt at opnå en fordel i forhold til virksomheder, der er oprettet i henhold til lovgivningen i den stat, hvor filialen er etableret, og som indeholder strengere betingelser med hensyn til stiftelse og indbetaling af den ansvarlige kapital end stiftelsesstaten, og hvis formål udledes af, at selskabet fuldt ud eller næsten fuldt ud udøver sin virksomhed i den stat, hvor filialen er etableret, og endvidere ikke har nogen reel tilknytning til den stat, efter hvis lovgivning det er stiftet — finder anvendelse, når lovgivningen i den stat, hvor filialen er etableret, er strengere.
- 2) Hverken artikel 46 EF eller bekæmpelse af risikoen for misbrug eller tvungne almene hensyn begrundet begrænsninger i etableringsfriheden, således som disse er fastsat ved artikel 2-5 i Wet op de formelle buitenlandse vennootschappen.