

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
SIEGBERT ALBER

föredraget den 30 januari 2003¹

I — Inledning

ett lägsta kapital, bolagsledningens personliga ansvar och särskilda formella krav.

1. Kantongerecht Amsterdam har ställt två frågor till domstolen angående tolkningen av artiklarna 43 EG och 48 EG och grunderna för undantag i artikel 46 EG. Dessa frågor har uppkommit i en tvist mellan Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam och Inspire Art Ltd. Det är framför allt fråga om huruvida den nederländska filial till Inspire Art Ltd som har bildats i Förenade kungariket måste registreras i det nederländska handelsregistret som ett "bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag". Enligt den nederländska lagen Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen [lag om bolag som i formellt hänseende är utländska bolag] (nedan kallad WFBV) skall bolaget registreras i handelsregistret som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag och denna beteckning skall användas av bolaget vid dess verksamhetsutövande. Kantongerecht har ställt frågan huruvida denna bestämmelse är förenlig med bestämmelserna om etableringsfrihet. I detta sammanhang aktualiseras även andra rättsliga skyldigheter som eventuellt begränsar etableringsfriheten, vilka till exempel avser

II — Tillämpliga bestämmelser

2. Artiklarna 1—5 i WFBV² har följande lydelse:

"Artikel 1

I denna lag definieras ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag såsom en kapitalsammanslutning som har bildats i överensstämmelse med annan än nederländsk lagstiftning, som är en juridisk person, som har hela eller nästan hela sin verksamhet i Nederländerna och inte har någon faktisk anknytning till den stat enligt vars lagstiftning bolaget har bildats.

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), *Staatsblad* 1997, 697.

1 — Originalspråk: tyska.

Artikel 2

(2) Med det handelsregister som nämns i första stycket avses det handelsregister som förs av industri- och handelskammaren, som har bemyndigats härtill enligt artiklarna 6 och 7 i lagen om handelsregister från 1996.

Artikel 3

(1) Bolagsledningen i ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag, skall vid anmälan om registrering i handelsregistret ange att bolaget omfattas av definitionen i artikel 1 och skall inge en kopia av stiftelseurkunden till handelsregistret avfattad på nederländska, franska, tyska eller engelska och bestyrkt av det offentliga eller av en av de personer som ingår i bolagsledningen, och om den tagits in i en särskild handling, bolagsordningen. Vid anmälan skall även det register i vilket bolaget är registrerat och det nummer under vilket bolaget är registrerat anges samt det datum då bolaget första gången fördes in i registret. Vid anmälan skall vidare namnet, för det fall det rör sig om en fysisk person, personliga uppgifter och hemvist för den person som är ensam bolagsman i ett bolag eller för den person som tillsammans med sin maka eller make innehar alla andelar i bolaget anges, varvid de andelar i bolaget som innehas av bolaget eller dess dotterbolag inte räknas. Bolagsledningen i ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag skall anmäla varje ändring av sådana omständigheter som skall registreras i handelsregistret enligt lag och ange datumet för denna ändring. De åtgärder som föreskrivs i denna lag får inte vidtas på grund av en fullmakt.

(1) I alla handlingar, trycksaker och meddelanden som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag medverkat i eller som härrör från detta skall, med undantag för telegram och reklam, bolagets fullständiga namn, dess juridiska form och dess säte samt den ort där det företag till vilket bolaget tillhör är etablerat anges. Om bolaget enligt den rätt som gäller för bolaget skall registreras i ett register, skall även det register i vilket bolaget är registrerat och det nummer under vilket bolaget är registrerat anges samt det datum då bolaget första gången fördes in i registret. Bolagsledningen skall även ange [sic] det nummer under vilket bolaget är registrerat i handelsregistret och att bolaget är ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag. Det är förbjudet att i handlingarna, trycksakerna eller meddelandena oriktigt uppge att företaget tillhör en nederländsk juridisk person.

(2) Om bolagskapitalet nämns skall i vart fall det investerade kapitalet samt den del av kapitalet som har inbetalats anges.

(3) Om bolaget existerar efter det att det upplöstes skall beteckningen 'i likvidation' tilläggas till namnet.

Artikel 4

(1) Det investerade kapitalet i ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag och den del av kapitalet som har inbetalts skall åtminstone motsvara det lägsta kapital som föreskrivs i artikel 178 andra stycket i del II i Burgerlijk Wetboek (civillagen) vid den tidpunkt då bolaget för första gången omfattades av definitionen i artikel 1.

(2) Vid den tidpunkt vid vilken bolaget för första gången omfattas av definitionen i artikel 1 skall dess egna kapital åtminstone motsvara det lägsta kapital som föreskrivs i första stycket.

(3) Bolagsledningen skall tillsammans med de uppgifter som anges i artikel 2.1 till det register som nämns i denna artikel inge en kopia av ett intyg från en registeraccountant eller en accountant-administratieconsulent [två olika revisorer] om att bolaget omfattas av det första och det andra stycket. Artikel 204 a andra stycket andra och tredje meningen i del II i Burgerlijk Wetboek skall tillämpas analogt. Intyget skall avse en tidpunkt som inte ligger tidigare än fem månader före den tidpunkt vid vilken bolaget för första gången omfattades av definitionen i artikel 1.

(4) Vid sidan av bolaget är bolagsledningen solidariskt ansvarig för alla rättshandlingar som företas under deras ledning, varigenom förpliktelser uppkommer för bolaget vid den tidpunkt vid vilken bolaget inte uppfyller villkoren i artikel 2 första till tredje stycket eller vid någon annan tidpunkt vid vilken villkoren i första stycket inte är uppfyllda eller det egna kapitalet understiger det belopp som föreskrivs i första stycket till följd av utdelning till delägarna eller förvärv av andelar.

(5) Det första till det fjärde stycket finner ingen tillämpning på bolag på vilka lagstiftningen i en av medlemsstaterna i Europeiska unionen eller lagstiftningen i en av de länder som är part i avtalet av den 2 maj 1992 om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet är tillämplig eller rådets andra direktiv 77/91/EEG av den 13 december 1976 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga (EGT L 26; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 7).

Artikel 5

(1) Artikel 10 i del II i Burgerlijk Wetboek finner motsvarande tillämpning på bolag som i formellt hänseende är utländska

bolag, utan hinder av bestämmelserna i andra stycket. De skyldigheter som anges i denna artikel åligger bolagsledningen.

(2) Bolagsledningen skall en gång om året, inom fem månader efter utgången av räkenskapsåret, eller om fristen har förlängts med högst sex månader genom ett berättigande beslut som antagits på grund av särskilda omständigheter, upprätta ett årsbokslut och en årsredovisning. Avsnitt 9 i del II i Burgerlijk Wetboek finner motsvarande tillämpning på årsbokslutet och årsredovisningen och de övriga uppgifterna, varvid det i artikel 394 i del II i Burgerlijk Wetboek föreskrivs att offentliggörande skall ske genom att handlingarna ges in till det handelsregister som nämns i artikel 2.2.

(3) Andra stycket är inte tillämpligt på bolag på vilka lagstiftningen i en av medlemsstaterna i Europeiska unionen eller lagstiftningen i en av de länder som är part i avtalet av den 2 maj 1992 om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet tillämplig eller rådets fjärde direktiv 78/660/EEG av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om årsbokslut i vissa typer av bolag (EGT L 222) och rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om sammanställd redovisning (EGT L 193; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 59).

(4) Bolagsledningen skall varje kalenderår, före den 1 april, till handelsregistret inge ett intyg om registrering i det register i vilket

bolaget är registrerat enligt den rätt som gäller för bolaget. Detta intyg får inte ha utfärdats tidigare än fyra veckor före inlämnandet av intyget.”

III — De faktiska omständigheterna och tolkningsfrågorna

3. Inspire Art Ltd är ett bolag med begränsat ansvar bildat enligt engelsk rätt. Bolaget har sitt säte enligt bolagsordningen i Folkestone i Förenade kungariket. Bolaget bedriver sin verksamhet uteslutande i Nederländerna. Bolaget har inte för avsikt att börja driva näringsverksamhet i Förenade kungariket.

4. Bolaget bildades i Förenade kungariket för att åtnjuta fördelarna med de regler som enligt engelsk lagstiftning är tillämpliga vid bildande och drift av bolag, jämfört med gällande regler i nederländsk lagstiftning. Enligt den nationella domstolens redogörelse, som i sin tur stöder sig på Inspire Art Ltd:s uppgifter, består dessa fördelar i att det enligt engelsk lagstiftning inte krävs att aktierna slutbetalas upp till ett belopp motsvarande 18 000 euro, att det går mycket fortare att bilda bolag, att det inte krävs någon föregående prövning vid bildandet av ett bolag och att bestämmelserna om ändring i bolagsordning, om överlåtelse av aktier och om offentliggörande är mindre stränga.

5. Enligt den nationella domstolen omfattas Inspire Art Ltd av definitionen i artikel 1 WFBV och borde därför registreras i handelsregistret som "ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag". Frågan uppkommer huruvida denna registrering är förenlig med bestämmelserna om etableringsfrihet.

6. Den nationella domstolen anser att bestämmelserna i WFBV utgör en begränsning av etableringsrätten med avseende på den nederländska filialen, på så sätt att bolagsledningen i Inspire Art Ltd blir solidariskt och personligen ansvarig om den registrerar och driver verksamhet utan att uppfylla de ytterligare villkor som uppställs i WFBV.

7. Kantongerecht har klargjort att bestämmelserna i WFBV inte gäller bolag bildade enligt engelsk lagstiftning, om bolagen även driver någon verksamhet i ett annat land än Nederländerna eller om huvudkontoret ligger i Förenade kungariket eller om bolagen på något annat sätt har en faktisk anknytning till Förenade kungariket, som inte enbart är svag.

8. Den nationella domstolen har dessutom påpekat att de nederländska bestämmelserna antagits för att begränsa de helt nederländska bolagens användning av utländska bolagsformer genom att ålägga de bolag som i formellt hänseende är utländska bolag ytterligare skyldigheter. Den nationella domstolen har i detta sammanhang hänvisat till de ovannämnda

artiklarna 2—5 WFBV. Lagstiftarens avsikt med dessa bestämmelser var att skydda dem som har att göra med bolaget mot skada.

9. Kantongerecht Amsterdam hänskjuter därför följande tolkningsfrågor till domstolen för ett förhandsavgörande:

"1) Skall (de nya) artiklarna 43 och 48 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen tolkas så att de utgör hinder för Nederländerna att, med stöd av Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen [lag om bolag som i formellt hänseende är utländska bolag] av den 17 december 1997, uppställa ytterligare villkor, som dem som föreskrivs i artiklarna 2—5 i denna lag, för att upprätta en filial i Nederländerna till ett bolag som bildats i Förenade kungariket enbart i syfte att åtnjuta fördelarna med detta jämfört med att bilda bolag enligt nederländsk lagstiftning, då det i nederländsk lagstiftning uppställs strängare villkor än i lagstiftningen i Förenade kungariket vad gäller bolagsbildning och slutbetalning av aktier och då det enligt den nederländska lagen presumeras att det föreligger ett sådant syfte på grund av att bolaget enbart eller nästan enbart utövar verksamhet i Nederländerna och bolaget dessutom inte har någon faktisk anknytning till den stat enligt vars lagstiftning det har bildats?

2) Om bestämmelserna i Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen skall anses vara oförenliga med dessa

artiklar i fördraget, skall då artikel 46 i fördraget tolkas så att artiklarna 43 och 48 inte påverkar tillämpligheten av de nederländska reglerna i denna lag, därför att bestämmelserna i lagen är berättigade av de skäl som angetts av den nederländska lagstiftaren?”

lämpliga på en situation som den i förevarande fall. Kommissionen besvarar denna fråga jakande. Kommissionen har med hänvisning till domarna i målen Centros³ och Segers⁴ anfört att ett bolag även kan åberopa rätten till fri etablering i det fall då det enbart har bildats i en medlemsstat för att kunna upprätta en filial i en annan medlemsstat och för att i denna utöva hela eller nästan hela sin näringsverksamhet. Av dessa domar följer att det inte heller har någon betydelse om bolaget enbart har bildats i en medlemsstat i syfte att kringgå lagstiftningen i den andra medlemsstaten. Enligt ovannämnda rättspraxis utgör detta inget missbruk, utan enbart ett utövande av rätten till fri etablering som garanteras i fördraget. Inspire Art Ltd och den brittiska regeringen är av samma uppfattning.

IV — Yttranden i målet

A — Huruvida bestämmelserna i WFBV är oförenliga med fördraget (första frågan)

1. De som anser att bestämmelserna i WFBV är oförenliga med fördraget

10. Inspire Art Ltd, den brittiska regeringen och kommissionen anser att bestämmelserna i WFBV strider mot etableringsfriheten. De gör det åtminstone mindre attraktivt att etablera sig i Nederländerna.

11. Kommissionen befattar sig inledningsvis med frågan huruvida bestämmelserna om etableringsfrihet överhuvudtaget är till-

12. Kommissionen anser att den så kallade säteteorin inte utgör ett hinder mot en tillämpning av bestämmelserna om etableringsfrihet. Enligt denna teori omfattas ett bolag av lagen i den stat i vilken bolaget har sitt faktiska säte. Bolaget har sitt faktiska säte i den stat där bolagsledningen och den huvudsakliga förvaltningen befinner sig.

13. Kommissionen och Inspire Art Ltd anser emellertid att WFBV inte utgör en tillämpning av säteteorin. Artikel 1 WFBV anknuter däremot till bolagets verksamhet. Kommissionen och Inspire Art Ltd har med hänvisning till förarbetena till denna lag anfört att konceptet ”särskild anknytnings-

3 — Dom av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros (REG 1999, s. I-1459), särskilt punkterna 16—18.

4 — Dom av den 10 juli 1986 i mål 79/85, Segers (REG 1986, s. 2375), särskilt punkt 16.

punkt" ligger till grund för WFBV. Detta koncept, som är välkänt i internationell privaträtt, medför att vissa tvingande bestämmelser i värdlandet blir tillämpliga. Faktisk näringsverksamhet, som nämns som anknytningskriterium i artikel 1 WFBV, motsvarar emellertid inget av de kriterier som nämns i artikel 48 EG och står därför i strid med etableringsfriheten.

14. Även Inspire Art Ltd anser att WFBV skall tolkas på detta sätt. Inspire Art Ltd har framhållit att förevarande tvist grundas på den omständigheten att det enligt nederländsk lagstiftning i princip är lagstiftningen i den stat i vilken ett bolag har bildats som är tillämplig. Det är enbart därför en nederländare har möjlighet att bilda ett bolag enligt utländsk rätt för att sedan bedriva hela eller nästan hela sin verksamhet i Nederländerna. Av förarbetena till WFBV framgår att lagstiftarens avsikt var att bekämpa just detta fenomen. Lagstiftaren avsåg att begränsa denna möjlighet, som betecknades som missbruk, genom att förklara att bestämmelserna i den nederländska bolagsrätten skall vara tillämpliga på sådana bolag. Lagstiftaren har emellertid som motivering hänvisat till borgenärsskyddet. WFBV kan därför inte anses utgöra någon tillämpning av sätes-teorin.

15. Inspire Art Ltd har vidare hänvisat till att WFBV enbart ändrar den internationella privaträttsliga regel som redan finns i nederländsk rätt, enligt vilken lagen i den stat i vilken bolaget har bildats skall beaktas vid den rättsliga bedömningen av ett bolag, på så sätt att vissa tvingande

bestämmelser i den nederländska bolagsrätten finner tillämpning på bolag som i formellt hänseende är utländska bolag, det vill säga på sådana bolag som inte driver någon eller någon väsentlig näringsverksamhet utanför Nederländerna. Därutöver ställdes ytterligare krav vid registreringen och på uppgifterna på handlingarna.

16. Kommissionen anser därutöver att en medlemsstat inte skall kunna hänvisa till sätesteorin för att neka ett bolag som med giltig verkan bildats enligt lagen i en medlemsstat rätten till fri etablering.

17. Inspire Art Ltd, kommissionen och den brittiska regeringen anser att det redan av det skälet föreligger en begränsning av etableringsfriheten, att WFBV gör det mindre attraktivt för ett bolag att etablera sig i Nederländerna. Enligt förarbetena syftar WFBV till att bekämpa bildandet av utländska bolag som sedan utövar hela sin verksamhet i Nederländerna.

18. Inspire Art Ltd har därutöver anfört att redan den omständigheten att andra bestämmelser förklaras vara tillämpliga vid sidan av bestämmelserna i den stat i vilket ett bolag har bildats visar på en begränsning av etableringsfriheten. Detta gör nämligen utövandet av etableringsrätten mindre attraktivt.

19. Den brittiska regeringen har dessutom hänvisat till att möjligheten att kunna upprätta filialer i andra medlemsstater är av väsentlig betydelse för att den inre marknaden skall fungera. Förenade kungarikets regering anser att domstolens rättspraxis i målet Centros är fullt tillämplig på förevarande fall.

20. Inspire Art Ltd och kommissionen har för övrigt anfört följande med avseende på de enskilda bestämmelserna.

21. Kommissionen anser att artikel 2.1 WFBV strider mot artikel 2 i det elfte direktivet 89/666/EEG⁵ och artiklarna 43 EG och 48 EG, i den del som den hänför sig till skyldigheten att ange att bolaget omfattas av definitionen i artikel 1, uppgiften om den första registreringen i ett utländskt handelsregister och uppgifterna om en person som är ensam bolagsman i ett bolag. Dessa uppgifter skall inte lämnas enligt det elfte direktivet. Skyldigheten att lämna dessa uppgifter strider därför mot etableringsfriheten. Kommissionen anser däremot att de övriga bestämmelserna i artikel 2.1 (uppgifter om det utländska handelsregistret, uppgifter om det nummer under vilket bolaget är registrerat, skyldigheten att inge en bestyrkt kopia av stiftelseurkunden och bolagsordningen avfattad

på nederländska, franska, engelska och tyska) inte strider mot det elfte direktivet och etableringsfriheten.

22. Kommissionen anser även att artikel 4.3 WFBV (skyldigheten att inge ett revisorsintyg) strider mot artikel 2 i det elfte direktivet och mot artiklarna 43 och 48 EG. Detta intyg nämns inte i den uttömmande uppräkningsen i artikel 2 i detta direktiv.

23. Kommissionen anser däremot att skyldigheten i artikel 5.4 WFBV att varje år inge ett intyg om registrering i det utländska handelsregistret inte strider mot det elfte direktivet och artiklarna 43 EG och 48 EG.

24. Kommissionen vill formulera om tolkningsfrågorna och särskilt med hänvisning till domen i målet Dias⁶ undanta de bestämmelser i WFBV från prövningen som inte hänför sig till registreringen som sådan. Kommissionen vill i synnerhet undanta artiklarna 3 och 6 WFBV och artikel 4.1, 4.2 och 4.3 WFBV från prövningen. Kommissionen anser dessutom att

⁵ — Rådets elfte direktiv 89/666/EEG av den 21 december 1989 om krav på offentlighet i filialer som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan stat (EGT L 395, s. 36; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 99).

⁶ — Dom av den 16 juli 1992 i mål C-343/90, Dias (REG 1992, s. I-4673; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-69), punkterna 18—20. Kommissionen har vidare hänvisat till domarna av den 17 maj 1994 i mål C-18/93, Corsica Ferries (REG 1994, s. I-1783; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-113), punkt 14, av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-105), av den 13 december 1994 i mål C-297/93, Grau-Hupka (REG 1994, s. I-5535), punkt 19, och av den 26 oktober 1995 i mål C-143/94, Furlanis (REG 1995, s. I-3633), punkt 12.

det första och det andra stycket i artikel 5 WFBV inte är tillämpliga, eftersom undantagsbestämmelsen i tredje stycket är tillämplig.

2. De som anser att bestämmelserna i WFBV är förenliga med fördraget

25. Kamer van Koophandel, den tyska, italienska, nederländska och den österrikiska regeringen anser däremot att bestämmelserna i WFBV är förenliga med bestämmelserna om etableringsfrihet eller motsvarar de bolagsrättsliga direktiven, i synnerhet det första, andra, fjärde, sjunde, elfte och tolfte direktivet⁷, eller också utgör nämnda bestämmelser en icke-diskriminerande tillämpning av de bestämmelser som är tillämpliga på kapitalsammanslutningar bildade enligt nederländsk rätt.

7 — Rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärder likvärdiga inom gemenskapen (EGT L 65, s. 8; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 3); rådets andra direktiv 77/91/EEG av den 13 december 1976 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärder likvärdiga (EGT L 26, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 7); rådets fjärde direktiv 78/660/EEG av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om årsbokslut i vissa typer av bolag (EGT L 222, s. 11; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 17); rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om sammanställd redovisning (EGT L 193, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 59); rådets elfte direktiv 89/666/EEG (ovan fotnot 5); rådets tolfte direktiv 89/667/EEG av den 21 december 1989 på bolagsrättens område om emansbolag med begränsat ansvar (EGT L 395, s. 40; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 103).

26. Den italienska regeringen anser att Inspire Art Ltd inte kan åberopa bestämmelserna om etableringsfrihet. Eftersom Inspire Art Ltd inte utövar någon näringsverksamhet i den stat i vilken bolaget bildats, skall dess etablering i Nederländerna betraktas som att bolaget där har sitt huvudsäte och inte någon filial.

27. Den tyska regeringens yttrande går i samma riktning. Enligt denna är syftet med artiklarna 43 EG och 48 EG inte att gynna så kallade brevlådeföretag, som inte utövar någon näringsverksamhet i den stat där de har sitt faktiska säte. Artiklarna 43 EG och 48 EG utgår tvärtom från normalfallet att det rör sig om bolag som utövar näringsverksamhet i den stat där de har bildats. Den tyska regeringen anser därför att domstolens rättspraxis i domen Centros, enligt vilken det räcker att ett bolag har bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning, det emellertid inte krävs att näringsverksamhet utövas i denna stat, är problematisk. Den tyska regeringen anser därför att det även i fortsättningen måste vara tillåtet att vidta nationella åtgärder mot brevlådeföretag. Den österrikiska regeringen är av samma uppfattning.

28. Den italienska regeringen skiljer mellan etableringsfrihet för fysiska personer å ena sidan och juridiska personer å andra sidan. Den italienska regeringen anser att det är den verksamhet som bolaget avser att utöva som avgör grunden och omfattningen av erkännandet av ett utländskt bolag. Erkännandet som juridisk person sker inom ramen för en konkret rättsordning. Huruvida bolaget även erkänns i andra rättsordningar beror på om de villkor som

uppställs för bolaget i den stat i vilken bolaget har bildats och de villkor som uppställs i värdmedlemsstaten är likvärdiga. Medlemsstaterna har rätt att kräva att bolagen uppfyller ytterligare villkor för att skapa likvärdighet med bolag som bildats enligt denna medlemsstats rättsordning.

29. Kamer van Koophandel och den nederländska regeringen anser att WFBV inte begränsar etableringsfriheten. Till skillnad från domen i målet Centros har bolaget som i formellt hänseende är ett utländskt bolag inte nekats registrering. Det rör sig följaktligen enbart om bestämmelser avseende nämnda bolags agerande och inte om dess bildande eller erkännande.

30. Kamer van Koophandel och den nederländska regeringen har bekräftat att tillämplig rätt enligt nederländsk lagstiftning i princip bestäms enligt den statens rättsordning där bolaget enligt stadgan har sitt säte. Kamer van Koophandel och den nederländska regeringen har hänvisat till artikel 2 i *Wet conflictenrecht corporaties*⁸ och bestämmelsen i artikel 6 i denna lag, enligt vilken denna lag gäller oberoende av bestämmelserna i WFBV. Enligt nederländsk privaträtt fastställs anknytningen utan hänsyn till om eventuell verksamhet utövas i den stat i vilken bolaget bildats. Det saknar i princip betydelse var bolaget har sitt faktiska säte.

31. På grund av det ständigt stigande antalet "pseudo-utländska" bolag, framför allt bildade enligt engelsk rätt och enligt lagstiftningen i den amerikanska delstaten Delaware, som inte har någon faktisk anknytning till den stat i vilken de bildats, ansåg den nederländska lagstiftaren det nödvändigt att vidta vissa begränsade åtgärder genom antagandet av WFBV för att skydda borgenärernas intressen, bekämpa bedrägeri, säkerställa en effektiv skattekontroll och hindra missbruk av utländska bolag. Kamer van Koophandel har tillagt att ett påfallande stort antal av dessa bolag gick i konkurs och att borgenärerna nästan inte har haft någon möjlighet att begränsa sina förluster.

32. Kamer van Koophandel har i detta sammanhang hänvisat till ingressen till WFBV, av vilken det framgår att denna lag skall säkerställa att vissa bestämmelser i nederländsk bolagsrätt tillämpas på utländska juridiska personer som utövar hela eller nästan hela sin näringsverksamhet i Nederländerna och som enbart i rent formellt hänseende är utländska bolag. Det skall säkerställas att möjligheten att välja utländska bolagsformer inte missbrukas och att borgenärerna skyddas.

33. Kamer van Koophandel och den nederländska regeringen anser att de åtgärder som föreskrivs i WFBV inte är diskriminerande. De medför enbart att tvingande bestämmelser i nederländsk bolagsrätt som även gäller för bolag bildade enligt nederländsk rätt finner tillämpning.

8 — *Staatsblad* 1997, 699.

34. Kamer van Koophandel och den nederländska regeringen har fastställt följande med avseende på de enstaka bestämmelserna i WFBV:

35. De skyldigheter som anges i artikel 2 WFBV (skyldighet att uppge att ett bolag är ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag i den mening som avses i artikel 1, skyldighet att inge en bestyrkt kopia av stiftelseurkunden och eventuellt bolagsordningen avfattad på nederländska, franska, engelska eller tyska och skyldighet att ange det utländska handelsregistret och det datum då bolaget för första gången registrerades) motsvarar artikel 2.2 b och artikel 4 i det elfte direktivet samt artikel 2.2 c jämförd med artikel 2.1 c i det elfte direktivet. Den nederländska regeringen har tillagt att de övriga bestämmelserna (angående namn, personliga uppgifter, hemvist för den person som är ensam bolagsman i ett bolag) motsvarar de bestämmelser som är tillämpliga på nederländska bolag.

36. Enligt den nederländska regeringen gäller detta även för bolagsledningens solidariska ansvar (artikel 4.4 WFBV). Enligt civillagen (artikel 2:69 andra stycket och 2:180 andra stycket) gäller samma ansvar för bolag bildade enligt nederländsk rätt.

37. Även de skyldigheter som föreskrivs i artikel 3 WFBV motsvarar de skyldigheter som uppställs i civillagen för nederländska

kapitalsammanslutningar (artikel 2:75 första och andra stycket, artikel 1:186; förordning från 1996 om handelsregistret). Det rör sig närmare bestämt om bestämmelserna om det namn under vilket ett bolag bedriver verksamhet. För övrigt motsvarar kraven i artikel 3 såväl artikel 4 i det första direktivet, som enligt anslutningsakten även är tillämplig på bolag med begränsat ansvar bildade enligt engelsk rätt, som artikel 6 i det elfte direktivet.

38. Artikel 4 första till tredje stycket WFBV innehåller inte heller några andra regler än de bestämmelser som enligt den nederländska civillagen (artikel 2:178 och artikel 2:204 a andra stycket) är tillämpliga på kapitalsammanslutningar. Enligt artikel 4.4 WFBV kan däremot enbart bolagsledningen i ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag göras solidariskt ansvarig. Med sin hänvisning till det andra direktivet bekräftar artikel 4.5 WFBV i sin tur enbart att WFBV är förenlig med gemenskapslagstiftningen.

39. Avseende artikel 5 WFBV har den nederländska regeringen anfört att den motsvarar avsnitt IX i del II i den nederländska civillagen som innehåller bestämmelser om årsbokslut. Dessa bestämmelser motsvarar för övrigt det fjärde och det sjunde direktivet. Skyldigheten enligt artikel 5.4 WFBV motsvarar artikel 2.2 c i det elfte direktivet. Den nederländska rege-

ringen har för övrigt hänvisat till artikel 5.3 WFBV som i sin tur med sin hänvisning till gemenskapsrätten bekräftar att bestämmelsen är förenlig med EG-rätten.

40. Trots de detaljerade redogörelser som gjorts till de enskilda bestämmelserna i WFBV anser Kamer van Koophandel, den nederländska regeringen och kommissionen att tolkningsfrågorna är alltför vittgående. Enligt domstolens rättspraxis i målet *Dias*⁹ måste domstolsprövningen begränsa sig till de delar i WFBV som avser registreringen i handelsregistret. Det rör sig om artikel 2.1 första till tredje meningen (registrering som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag), artikel 4.4 (bolagsledningens solidariska ansvar) samt artikel 4 första till tredje stycket (intyg från en revisor, lägsta kapital, egna kapital, och bolagsledningens solidariska ansvar för dessa uppgifter). Alla övriga bestämmelser saknar betydelse för tvisten vid den nationella domstolen och skall därför inte beaktas av domstolen.

41. Kamer van Koophandel, den tyska och den nederländska regeringen har vidare hänvisat till domen i målet *Daily Mail*.¹⁰ Domstolen har i denna dom fastställt att det föreligger stora skillnader mellan med-

lemsstaternas internationella privaträtt vad gäller anknytningen för den rättsliga behandlingen av ett bolag. Domstolen konstaterade att bestämmelserna om etableringsrätt inte överlappar dessa bestämmelser. Genom WFBV kompletteras enbart de nederländska bestämmelserna om anknytning till den plats där ett bolag har sitt stadgeenliga säte (artikel 2 i *Wet conflictenrecht corporaties*), genom att vissa tvingande bestämmelser i nederländsk bolagsrätt förklaras vara tillämpliga på bolag som enbart utövar verksamhet i Nederländerna och som inte har någon faktisk anknytning till den stat i vilken de bildats. Genom WFBV skapas enbart en anknytning till den plats där ett bolag utövar faktisk näringsverksamhet. Dessa bestämmelser kan enligt domstolens rättspraxis i målet *Daily Mail* därför anses vara förenliga med etableringsfriheten.

42. Kamer van Koophandel och den tyska regeringen har dessutom hänvisat till att frågan om anknytningspunkten inte har harmoniserats av något bolagsdirektiv efter domen i målet *Daily Mail*. De uttalanden som gjordes i denna dom är därför fortfarande aktuella.

43. Kamer van Koophandel och den nederländska regeringen har dessutom hänvisat till att EG först genom Amsterdamfördraget överhuvudtaget fick befogenheter i frågor som rör internationell privaträtt. Enligt artikel 293 EG skall emellertid även efter det att artikel 65 EG infördes i fördraget vissa frågor som rör bolagsrätt lösas genom avtal mellan medlemsstaterna.

9 — Ovan fotnot 6.

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

Detta visar den särskilda ställning som den internationella privaträtten fortfarande har.

44. Enligt den nederländska regeringen får medlemsstaterna fortfarande tillämpa bildandeteorin, som konkretiseras i *Wet conflictenrecht corporaties* och i WFBV. Bestämmelserna om etableringsfrihet utgör inget hinder för detta. Enligt domen i målet *Centros*¹¹ har medlemsstaterna befogenhet att vidta skyddsåtgärder för att förhindra missbruk av de grundläggande friheterna. Enligt den nederländska regeringen hör även WFBV till dessa åtgärder.

45. Även den tyska regeringen betraktar WFBV som en åtgärd som är ägnad att förhindra missbruk av etableringsfriheten och kringgående av strängare nationella bestämmelser. Domstolen har i domen i målet *Centros* uttryckligen fastställt att medlemsstaterna har befogenhet att vidta sådana åtgärder.¹²

46. Den nederländska regeringen anser att denna uppfattning även är förenlig med domen i målet *Segers*.¹³ Visserligen utgör inte utövandet av den frihet som följer av

fördraget ett missbruk. WFBV medför emellertid inte att bolag bildade enligt utländsk rätt nekas erkännande. WFBV hindrar enbart att ett bolag undandrar sig de tvingande bestämmelserna i den medlemsstat i vilken bolaget driver sin näringsverksamhet. Enligt den nederländska regeringen föreligger ett missbruk, som åtminstone på gemenskapsrättens nuvarande stadium får bekämpas med WFBV, när ett bolag enbart avser att undandra sig tillämpningen av bestämmelser om bolagsbildande.

47. Den nederländska regeringen anser att de skyldigheter som följer av WFBV framför allt är av administrativ art. Likartade villkor föreskrivs för alla bolag bildade enligt nederländsk rätt.

48. Enligt den nederländska regeringen begränsar sig det elfte direktivet till en partiell harmonisering. Medlemsstaterna har fortfarande befogenhet att lagstifta på det område som inte regleras av detta direktiv.

49. Skulle man ändå anse att det föreligger ett ingrepp i etableringsfriheten, skall detta ingrepp i vart fall betraktas som obetydligt och som sådant förenligt med gemenskaps-

11 — Se punkt 3. Den nederländska regeringen har i synnerhet hänvisat till punkt 24 i domen.

12 — Den tyska regeringen har hänvisat till punkt 18 i domen.

13 — Ovan fotnot 4.

rätten. Enligt domstolens rättspraxis avseende tolkningen av andra grundläggande friheter skall ingreppet vara av viss betydelse.¹⁴

fallet pröva huruvida förutsättningen för en sådan motivering av begränsningen av etableringsfriheten föreligger. En allmän lagstiftning såsom WFBV uppfyller inte detta krav.

B — Huruvida begränsningen av etableringsfriheten är motiverad (andra frågan)

1. De som anser att begränsningen av etableringsfriheten inte är motiverad

50. Inspire Art Ltd och kommissionen anser att bestämmelserna i WFBV inte är motiverade.

51. Inspire Art Ltd, den engelska regeringen och kommissionen anser att dessa bestämmelser inte är motiverade enligt artikel 46 EG. Av domen i målet Centros¹⁵ framgår att det visserligen är uteslutet att åberopa etableringsfriheten när det är fråga om missbruk. Ett sådant missbruk föreligger emellertid inte redan när ett bolag inte utövar någon näringsverksamhet i den stat i vilken det bildats. Däremot skall myndigheterna och domstolarna i det konkreta

52. I domen i målet Centros fastställdes vidare att etableringsfriheten på sin höjd kan begränsas för att säkerställa att bestämmelser avseende bedrivande av viss näringsverksamhet iakttas. I förevarande fall rör det sig emellertid om etableringen i sig och om bestämmelserna i den nederländska bolagsrätten, till exempel om ett lägsta kapital skall iakttas. Såsom det har fastställts i domen i målet Centros utgör inte den omständigheten att en annan medlemsstats bestämmelser som är mer förmånliga utnyttjas ett missbruk, utan just ett utövande av etableringsfriheten.

53. Enligt Inspire Art Ltd skall ett konkret hot mot den allmänna ordningen föreligga för att artikel 46 EG skall kunna tillämpas. Inspire Art Ltd, den engelska regeringen och kommissionen har vidare hänvisat till att domstolen i domen i målet Centros¹⁶ fastslog att borgenärsskyddet i princip inte omfattas av undantagsbestämmelsen i artikel 46 EG.

54. Inspire Art Ltd, Förenade kungarikets regering och kommissionen anser slutligen att bestämmelserna i WFBV inte kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset. Borgenärsskydd kan visserligen inordnas under tvingande hänsyn till allmän-

14 — Den nederländska regeringen har i detta sammanhang hänvisat till dom av den 7 mars 1990 i mål C-69/88, Krantz (REG 1990, s. I-583), punkt 11, och dom av den 14 juli 1994 i mål C-379/92, Matteo Peralta (REG 1994, s. I-3453; svensk specialutgåva, volym 16, s. 15), punkt 24.

15 — Kommissionen har i synnerhet hänvisat till punkt 24 i domen (ovan fotnot 3).

16 — Kommissionen har hänvisat till punkt 34 i domen (ovan fotnot 3).

intresset. Bestämmelserna i artiklarna 2, 4 och 5 WFBV är emellertid inte ägnade att säkerställa detta skydd.

55. Inspire Art Ltd och kommissionen har inledningsvis hänvisat till att bolaget bedriver verksamhet under namnet av ett bolag bildat enligt engelsk rätt och att borgenärerna därför inte kan vilseledas. Bestämmelserna i det fjärde och det elfte direktivet garanterar viss insyn i årsbokslut och bolagsförhållanden. Även borgenärerna har ett visst ansvar för sitt handlande. Om de anser att de säkerhetsrätter som föreskrivs i engelsk rätt inte är tillräckliga kan de antingen begära ytterligare säkerhet eller också avstå från att sluta avtal med det utländska bolaget.

56. Förenade kungarikets regering och kommissionen har för övrigt hänvisat till att WFBV inte hade varit tillämplig om Inspire Art Ltd hade utövat näringsverksamhet i en annan medlemsstat, även om omfattningen av denna verksamhet hade varit mycket liten. I det fallet utsätts borgenärerna emellertid för en lika stor risk som i det fall då näringsverksamhet uteslutande utövas i Nederländerna.

57. Inspire Art Ltd anser att bestämmelserna om ett lägsta kapital inte säkerställer något skydd för borgenärerna. Enligt nederländsk lagstiftning kan till exempel det lägsta kapitalet ges bort i form av lån omedelbart efter det att det lägsta kapitalet

tillskjutits och bolaget registrerats. Det lägsta kapitalet står i så fall alltså inte till borgenärernas förfogande. Dessa bestämmelser i WFBV är därför inte ens ägnade att uppnå det borgenärsskydd som eftersträvas.

58. Inspire Art Ltd och kommissionen anser för övrigt att bestämmelserna om bolagsledningens solidariska ansvar är diskriminerande. Enligt artikel 4.4 WFBV kan bolagsledningen även göras ansvarig efter det att bolaget registrerats i handelsregistret om det lägsta kapitalet sjunker under det föreskrivna lägsta kapitalet. Bolagsledningen i ett bolag med begränsat ansvar bildat enligt nederländsk rätt (b.v.) kan däremot inte göras solidariskt ansvarig. Kretsen av ansvariga personer utvidgas dessutom, jämfört med bolag bildade enligt nederländsk rätt, till de personer som faktiskt utövar verksamhet för bolaget.

59. Kommissionen anser att bestämmelserna i artikel 4.1, 4.2 och 4.4 WFBV för övrigt strider mot proportionalitetsprincipen, eftersom Inspire Art Ltd bedriver verksamhet under namnet av ett bolag bildat enligt engelsk rätt. Dessutom ger bestämmelserna i det fjärde och det elfte direktivet borgenärerna tillräcklig insyn.

60. Inspire Art Ltd och Förenade kungarikets regering är av samma uppfattning. Förenade kungarikets regering har tillagt att medlemsstaterna inte har befogenhet att ställa ytterligare krav på filialer till

utländska bolag som går utöver det harmoniserade skydd för borgenärernas intressen som uppnåtts på gemenskapsnivå genom det fjärde och det elfte direktivet.

61. Dessutom är mindre ingripande åtgärder tänkbara. Man skulle exempelvis kunna föreskriva att de offentliga borgenärerna skall erhålla motsvarande garantier från dessa filialer.¹⁷

62. Förenade kungarikets regering anser vidare att bestämmelserna i WFBV om bokföring och årsbokslut är onödiga. I den engelska rättsordningen uppställs lämpliga regler om årsbokslut för bolag med begränsat ansvar. Dessa bestämmelser strider för övrigt mot det elfte direktivet, enligt vilket de medlemsstater i vilka filialen har sitt säte inte får kräva vissa uppgifter.

2. De som anser att begränsningen av etableringsfriheten är motiverad

63. Kamer van Koophandel, den tyska, den nederländska och den österrikiska regeringen anser däremot att bestämmelserna i WFBV är motiverade, såväl enligt artikel 46 EG som av tvingande hänsyn till allmänintresset.

17 — Förenade kungarikets regering har i detta avseende hänvisat till domen i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 37.

64. Syftet med WFBV är att bekämpa bedrägeri. Domstolen har i målen Centros och Segers uttryckligen fastställt att bekämpande av bedrägeri utgör en legitim grund för rättfärdigande.¹⁸ WFBV syftar vidare till att säkerställa ett skydd för borgenärerna. Borgenärsskydd har också godkänts som motiverande grund i rättspraxis.¹⁹ Därutöver syftar WFBV till att säkerställa en effektiv skatt kontroll, vilket även det har godtagits som motiverande grund i rättspraxis.²⁰ Slutligen skyddas god handhållning. Även detta är en legitim grund för rättfärdigande.²¹

65. Den österrikiska regeringen anser att registreringen av sådana brevlådeföretag fyller en varningsfunktion. Denna information är viktig för potentiella avtalsparter för att de skall kunna bedöma om de vill göra affärer med detta bolag. I domen i målet Centros har det uttryckligen medgivits att det finns ett behov för potentiella avtalsparter att erhålla sådan information.²²

18 — Det har i detta sammanhang hänvisats till domen i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 38, och till domen i målet Segers (ovan fotnot 4), punkt 17.

19 — Det har i detta sammanhang hänvisats till dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1986, s. 3755; svensk specialutgåva, volym 8, s. 741), dom av den 25 juli 1991 i mål C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda (REG 1991, s. I-4007; svensk specialutgåva, volym 11, s. 331), dom av den 28 januari 1992 i mål C-204/90, Bachmann (REG 1992, s. I-249), och dom av den 12 december 1996 i mål C-3/95, Reisebüro Broede (REG 1996, s. I-6511).

20 — Det har i detta sammanhang hänvisats till domen i målet Bachmann (ovan fotnot 19).

21 — Det har i detta sammanhang hänvisats till domen av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments (REG 1995, s. I-1141).

22 — Den österrikiska regeringen har i detta sammanhang hänvisat till domen i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 36.

66. Kamer van Koophandels och den nederländska regeringens argumentering går i samma riktning. Uppgifter om den första registreringen i ett utländskt handelsregister som krävs enligt artikel 2.1 WFBV informerar tredje man om den tidpunkt från och med vilken bolaget existerar, från och med när bolaget utövar näringsverksamhet och om bolaget eventuellt har en etablerad ställning på marknaden. Till detta datum kan även vissa rättsföljder knytas, såsom ett bolags erhållande av rättskapacitet.

67. Information om att ett bolag är ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag möjliggör för tredje man att få kännedom om denna omständighet och att beakta detta vid bedömningen av bolagets vederhäftighet. Information om att bolaget omfattas av utländsk rätt är även viktigt för behöriga myndigheter.

68. Att tredje man har ett intresse av att få kännedom om att det endast finns en bolagsman (jämför artikel 3 WFBV) medges uttryckligen i artikel 3 i det tolfte direktivet.

69. Bestämmelsen i artikel 4 WFBV syftar framför allt till att skydda borgenärerna. Betydelsen av ett lägsta kapital har uttryckligen erkänts i artikel 6 i det andra direktivet för de bolag som omfattas av detta direktiv. Bestämmelserna om ett lägsta

kapital syftar framför allt till att stärka bolagens ekonomiska vederhäftighet och därmed till att säkerställa offentliga och privata borgenärer ett större skydd. Dessa bestämmelser syftar mer allmänt till att skydda borgenärerna mot risken för insolvens genom missbruk, som förorsakas av ett bildande av bolag som redan från början tillskjuts otillräckligt med kapital.

70. Bolagsledningens solidariska ansvar utgör slutligen en lämplig sanktion för det fall att bestämmelserna i WFBV inte beaktats. För övrigt är även bolagsledningen i ett nederländskt bolag underkastad ett jämförbart ansvar. Ett sådant ansvar är inte heller främmande för gemenskapsrätten, vilket framgår av artikel 51 i förslaget till förordning om ett europabolag. Därutöver ger artikel 4.1 i det andra direktivet medlemstaterna möjlighet att utfärda lämpliga ansvarsregler för det fall att det inte finns någon möjlighet att upplösa bolaget.

71. Kamer van Koophandel har anfört att bestämmelserna i WFBV inte är diskriminerande. Bestämmelserna medför tvärtom att de bestämmelser som gäller för bolag bildade enligt nederländsk rätt även tillämpas på utländska bolag. De bestämmelser som avses är vid sidan av bestämmelserna i civillagen bestämmelserna i lagen om handelsregistret från 1996 och förordningen från 1996 om handelsregistret.

72. Kamer van Koophandel och den österrikiska regeringen anser att dessa åtgärder är ägnade att förverkliga de mål som

eftersträvas. De bidrar till att bolagets borgenärer får kännedom om att det rör sig om ett bolag som omfattas av utländsk rätt. Dessa åtgärder säkerställer för övrigt ett sådant skydd för borgenärerna som de kan förvänta sig av ett bolag bildat enligt nederländsk rätt.

73. Den österrikiska regeringen anser därför att bestämmelserna om ett lägsta kapital utgör en lämplig och proportionerlig åtgärd. Det andra direktivet har själv fastställt betydelsen av ett lägsta kapital för aktiebolag. En jämförbar reglering saknas emellertid för bolag med begränsat ansvar. I alla medlemsstater förutom i Irland och i Förenade kungariket finns emellertid bestämmelser om det lägsta kapital som skall tillskjutas för bolag med begränsat ansvar. Till skillnad från bolagsmännens personliga ansvar som ofta inte tjänar någonting till när bolaget går i konkurs ger kravet på ett lägsta kapital större säkerhet.

74. Även kraven på bokföring samt upprättande och offentliggörande av räkenskaper i WFBV utgör en nödvändig och effektiv skyddsåtgärd för borgenärerna. I det fjärde direktivet uppställs enbart minimikrav. Till följd av de många valmöjligheter som medlemsstaterna ges har dessa ett legitimt intresse av att föreskriva att medlemsstaternas genomförandebestämmelser till detta direktiv skall vara tillämpliga på alla bolag som utövar verksamhet på deras territorium.

75. Enligt Kamer van Koophandels uppfattning går åtgärderna inte heller utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med dem. Om de skyldigheter som anges i WFBV inte beaktas leder detta inte till att det utländska bolaget inte erkänns, utan till att bolagsledningen görs ansvarig. Kamer van Koophandel har i detta sammanhang fastställt att den omständigheten att ett bolag inte eller inte längre uppfyller bestämmelserna om ett lägsta kapital utgör ett tydligt tecken på att det föreligger en risk för missbruk eller bedrägeri.

V — Bedömning

76. Den fråga som till syvende och sist ställs i förevarande begäran om förhandsavgörande är huruvida sakomständigheterna i förevarande mål ger anledning att avvika från domstolens rättspraxis i domen i målet Centros.

77. De sakomständigheter som ligger till grund för förevarande begäran om förhandsavgörande skiljer sig från sakomständigheterna i domen i målet Centros på så sätt att den nederländska lagstiftningen inte medför att en filial till ett bolag nekas registrering, utan kräver att filialen betecknas som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag och knyter vissa rättsföljder till denna registrering. Den fråga som ställer sig är följaktligen om och eventuellt på vilket sätt denna skillnad kan föranleda en annan rättslig bedömning av frågan huruvida bestämmelserna är förenliga med bestämmelserna om etableringsfriheten än den bedömning som gjordes i målet Centros.

78. De uppfattningar som framförts kan sammanfattas på följande sätt. Vissa anser att bestämmelserna i WFBV medför en begränsning av etableringsfriheten som inte är motiverad, eftersom utländska bolag omfattas av nederländsk bolagsrätt, särskilt av bestämmelserna om ett lägsta kapital. Andra anser att WFBV inte begränsar etableringsfriheten, eftersom de utländska bolagen inte har någon faktisk anknytning till den stat i vilken de har bildats och eftersom enbart vissa kompletterande krav uppställs för utövandet av deras näringsverksamhet. Begränsningen är åtminstone motiverad av hänsyn till skyddet för borgenärerna och för att förhindra missbruk av de möjligheter som etableringsfriheten medför.

A — Tillämpligheten av bestämmelserna om etableringsfriheten

79. Innan de olika argumenten diskuteras skall inledningsvis två konstateranden göras som avser tillämpningsområdet för bestämmelserna om etableringsfriheten och som stöder sig på domarna i målen Segers och Centros.

80. För det första utgör inte utövandet av näringsverksamhet i den medlemsstat i vilken ett bolag har bildats något villkor i

fördraget för upprättande av filialer i andra medlemsstater.²³ Den omständigheten att ett bolag inte utövar någon näringsverksamhet i den medlemsstat i vilken det bildats berövar inte bolaget rätten att återopa etableringsfriheten.

81. För det andra är de skäl av vilka ett bolag bildas utomlands utan betydelse, i den mån de är lagliga. Även om ett bolag uteslutande bildas för att kringgå bestämmelserna om upprättande och bolagens verksamhet i den medlemsstat i vilken bolaget avser att utöva näringsverksamhet, utgör inte detta motiv ett hinder mot att återopa bestämmelserna om etableringsfriheten.²⁴

82. Enligt min mening ger de frågor som har ställts i begäran om förhandsavgörande från Kantongerecht Amsterdam och de omständigheter som ligger till grund för tvisten vid den nationella domstolen inte anledning att avvika från denna fasta rättspraxis. Denna rättspraxis har för övrigt inte heller ifrågasatts i domarna i målen Daily Mail²⁵ och Überseering.²⁶

83. För vissa må det tillämpningsområde för artiklarna 43 EG och 48 EG såsom det

23 — Dom i målet Segers (ovan fotnot 4), punkt 16, och dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 17.

24 — Dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 18. Att de skäl av vilka ett rättssubjekt handlar saknar betydelse har även fastställts på området för friheten att tillhandahålla tjänster, se i detta avseende dom av den 5 oktober 1994 i mål C-23/93, TV 10 (REG 1994, s. I-4795; svensk specialutgåva, volym 26, s. I-159), punkt 15.

25 — Ovan fotnot 10.

26 — Dom av den 5 november 2002 i mål C-208/00, Überseering (REG 2002, s. I-9919).

har bestämts i domarna i målen Segers och Centros framstå som otillfredsställande, eftersom därigenom möjligtvis vissa nationella bestämmelser som ansetts vara viktiga blivit otillämpliga. Bestämmandet av tillämpningsområdet syftar emellertid till att förverkliga den rätt till fri etablering inom gemenskapen som garanteras genom fördraget.

B — Begränsning av etableringsfriheten

84. I det följande skall frågan huruvida bestämmelserna i WFBV begränsar etableringsfriheten diskuteras.

1. De bestämmelser i WFBV som skall beaktas

85. Det skall inledningsvis diskuteras i vilken omfattning bestämmelserna i WFBV blivit föremål för begäran om förhandsavgörande. Den nationella domstolen har hänvisat till artiklarna 2—5 WFBV och särskilt till de faktiska omständigheterna att ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag skall registreras som ett sådant i handelsregistret (artikel 2), att det skall ange vissa uppgifter på samtliga handlingar som det utfärdar (artikel 3), att det investerade kapitalet och den slutbetalda delen av kapitalet åtminstone skall motsvara det belopp som gäller för bolag bildade enligt nederländsk rätt (artikel 4). Den nationella domstolen har vidare hän-

visat till vissa detaljbestämmelser som reglerar upprättande och offentliggörande av årsboks slut och årsredovisning. Den nationella domstolen anser särskilt att det personliga ansvar som föreskrivs för bolagsledningen om denna inte uppfyller de skyldigheter som anges i WFBV utgör en begränsning av etableringsfriheten. Mot bakgrund av denna framställning skulle man kunna tolka förevarande begäran om förhandsavgörande på så sätt att det i synnerhet avser beteckningen av ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag som ett sådant (artiklarna 2 och 3), det lägsta kapital som skall tillskjutas (artikel 4 första till tredje stycket) och bolagsledningens personliga ansvar (artikel 4.4).

86. Kamer van Koophandel, den nederländska regeringen, Förenade kungarikets regering och kommissionen vill däremot begränsa undersökningen till att omfatta de bestämmelser som avser registreringen av ett bolag i handelsregistret. De anser att tolkningsfrågorna skall behandlas mot bakgrund av tvisten vid den nationella domstolen. Eftersom denna enbart avser registreringen i handelsregistret skall särskilt artiklarna 3 och 6 WFBV undantas från undersökningen i förevarande fall. Kamer van Koophandel och den nederländska regeringen vill även undanta delar av artiklarna 2 och 5 från undersökningen.

87. Enligt den rättspraxis som det har hänvisats till i målet²⁷ är den nationella domstolen, som ensam har direkt kän-

²⁷ — Se domarna (ovan fotnot 6).

nedom om de faktiska omständigheterna i målet, bäst lämpad att med hänsyn till målets särskilda kännetecken bedöma nödvändigheten av ett förhandsavgörande för att kunna avgöra målet. Om de av den nationella domstolen ställda frågorna avser tolkningen av en gemenskapsrättslig bestämmelse är därför EG-domstolen i princip skyldig att besvara den nationella domstolens frågor...". Den skall emellertid "granska de förutsättningar under vilka en fråga förts vidare till den för att den skall kunna pröva sin egen behörighet". Domstolen betraktar det nämligen som sin uppgift "att bidra till rättskipningen i medlemsstaterna, men inte... att avge rådgivande utlåtanden i allmänna eller hypotetiska frågor... Det är med tanke på denna uppgift som EG-domstolen inte anser sig kunna avgöra en tolkningsfråga som uppkommit vid en nationell domstol bl.a. om... det inte föreligger något samband mellan den nationella domstolens begäran om tolkningen av gemenskapsrätten... och de faktiska omständigheterna i eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen..."²⁸

88. Det stämmer visserligen att det i tvisten vid den nationella domstolen är fråga om huruvida Inspire Art Ltd skall registreras i handelsregistret som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag. Till denna registrering knyts emellertid vissa rättsföljder som anges i detalj i artiklarna 2—5 WFBV. Dessa rättsföljder inträder alltid och uteslutande när ett bolag registreras som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag. Beslutet om vilket lägsta kapital som Inspire Art Ltd skall tillskjuta, vilket namn som skall anges på de brev som används av bolaget och om

bolagsledningen eventuellt kan göras personligen och solidariskt ansvarig följer omedelbart av beslutet om bolaget skall registreras som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag eller inte. I detta sammanhang skall även de tillämpliga bestämmelserna i artiklarna 2, 3 och 4 WFBV beaktas i förevarande mål och det förefaller inte lämpligt att undersöka frågan om bolagets registrering utan att beakta rättsföljder som alltid är knutna till registreringen.

89. I förevarande mål finns det inget som tyder på att det rör sig om en konstruerad rättstvist eller att domstolen anmodats att ta ställning till en hypotetisk rättsfråga som inte har någon betydelse för tvisten vid den nationella domstolen.

90. En annan fråga är vilka bestämmelser i WFBV som skall tillämpas på Inspire Art Ltd i det konkreta fallet, till exempel om undantagsbestämmelserna i artikel 4.5 och artikel 5.3 WFBV är tillämpliga. Denna fråga skall avgöras av den nationella domstolen och skall inte undersökas inom ramen för begäran om förhandsavgörande.

91. Följaktligen skall det antas att begäran om förhandsavgörande avser artiklarna 2—5 WFBV. I enlighet med ovan nämnda rättspraxis skall särskilt de aspek-

²⁸ — Dom i målet Dias (ovan fotnot 6), punkterna 14—18.

ter som har tagits upp av den nationella domstolen och som avser registreringen av ett bolag som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag, det namn som skall anges på handlingarna, det lägsta kapital som skall tillskjutas och bolagsledningens personliga ansvar behandlas.

92. Det är därför inte nödvändigt att behandla frågan huruvida bestämmelserna i WFBV är förenliga med de olika direktiven om harmonisering av bolagsrätten som har diskuterats av vissa i målet. Alla de som har avgivit yttranden anser nämligen att de bestämmelser som har nämnts av den nationella domstolen inte omfattas av dessa direktiv.

2. Huruvida en begränsning av etableringsfriheten föreligger

93. Artikel 43 EG jämförd med artikel 48 EG ger bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen rätt att upprätta och driva kontor, filialer eller dotterbolag i andra medlemsstater på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare.

94. Av fast rättspraxis följer direkt att dessa bolag har rätt att driva verksamhet i en annan medlemsstat. Sätet, huvudkontoret eller den huvudsakliga verksamheten tjänar härvid till att fastställa bolagens anknytning till en medlemsstats rättsordning, på samma sätt som nationaliteten är avgörande när det gäller fysiska personer.²⁹ Domstolen har av detta i målet *Überseering* dragit slutsatsen att utövandet av etableringsfriheten med nödvändighet förutsätter att nämnda bolag erkänns av varje medlemsstat i vilken de vill etablera sig.³⁰

95. Den nederländska regeringen anser att WFBV är förenlig med denna rättspraxis. Till skillnad från vad som var fallet i målet *Centros* har inte *Inspire Art Ltd* nekats erkännande i den nederländska rättsordningen. WFBV ålägger *Inspire Art Ltd* enbart vissa kompletterande skyldigheter som av den nederländska regeringen betecknas som "administrativa".

96. Dessa så kallade administrativa skyldigheter omfattar tillämpningen av de nederländska föreskrifterna om ett lägsta kapital för bolag och bolagsledningens solidariska ansvar för bolagets förpliktelser som uppstår i det fall skyldigheterna enligt WFBV inte iakttas. Såsom *Kamer van Koophandel* anförde skulle man därför eventuellt kunna anse att skyldigheterna enligt WFBV åligger bolagsledningen eller bola-

29 — Dom i målet *Segers* (ovan fotnot 4), punkt 13, dom i målet *Centros* (ovan fotnot 3), punkt 20, och dom i målet *Überseering* (ovan fotnot 26), punkt 57.

30 — Dom i målet *Überseering* (ovan fotnot 26), punkt 59. Detta framgår implicit av domen i målet *Centros* (ovan fotnot 3), punkt 21.

gets "administratörer". Därmed är det emellertid inte sagt att det rör sig om "administrativa" skyldigheter som enbart reglerar utövandet av näringsverksamhet. Tillskjutandet av ett visst lägsta kapital avser bildandet av ett bolag. Detta bekräftas av nederländsk rätt. Bestämmelserna om ett lägsta kapital återfinns i artikel 178 i *Burgerlijk Wetboek*, det vill säga under de allmänna bestämmelserna om bildande av ett bolag med begränsat ansvar.

och mer ökade i praktiken.³¹ Enligt vad som har anförts av Kamer van Koophandel gick många av de bolag som uteslutande bedrev verksamhet genom filialer i Nederländerna i konkurs. Bolag som utövar hela eller nästan hela sin verksamhet i Nederländerna skall därför fräntas de fördelar som de hoppades uppnå genom bildandet av ett bolag enligt utländsk rätt. Dessa bolag skall särskilt omfattas av bestämmelserna i den nederländska bolagsrätten om ett bolags lägsta kapital och borgenärs-skydd.³²

97. Bestämmelserna i WFBV medför att föreskrifter i den nederländska bolagsrätten som anses vara tvingande, särskilt bestämmelser om ett lägsta kapital, blir tillämpliga på bolag som bildats enligt rättsordningen i en annan medlemsstat och som även har sitt stadgeenliga säte i den medlemsstat i vilken de bildats, men som utövar hela eller nästan hela sin verksamhet i Nederländerna.

99. Om en filial behandlas som en primär etablering är detta i sak likvärdigt med att neka det bolag som bildats enligt utländsk rätt erkännande. Vid upprättandet av en filial skall enligt WFBV de villkor uppfyllas som uppställs för bildande av ett bolag med begränsat ansvar i Nederländerna. WFBV erkänner därför inte verkningarna av den utländska lagstiftningen, av vilken bolagets existens redan framgår.

98. Det var just denna målsättning som eftersträvades av lagstiftaren. Detta styrks av ingressen till WFBV, de talrika hänvisningarna till den nederländska *Burgerlijk Wetboek* och bestämmelserna om handelsregistret i de yttranden som Kamer van Koophandel och den nederländska regeringen avgivit som nämns ovan och av förarbetena till WFBV som har nämnts av flera som yttrat sig i målet. Syftet med WFBV är att uppnå en minskning av användningen av utländska bolagsformer, särskilt sådana som finns i den engelska rättsordning och i rättsordningen i den amerikanska delstaten Delaware, som mer

100. Frågan om tillskjutande av ett lägsta kapital och bolagsledningens ansvar skall i princip bedömas enligt rättsordningen i den stat där bolaget har bildats, det vill säga enligt den engelska rättsordningen i förevarande fall. Till dessa regler läggs de krav som föreskrivs i WFBV. Därigenom begränsar WFBV etableringsfriheten.

31 — *Memorie van Toelichting*, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 1994—1995, offentliggjord den 19 april 1995, nr 24139, nr 3, s. 2, på parlamentets i Konungariket Nederländerna webbplats www.tweede-kamer.nl.

32 — *Memorie van Toelichting* (ovan fotnot 31), s. 3.

Denna omfattar även rätten för en medborgare att bilda ett bolag i den medlemsstat som för honom förefaller ha de minst restriktiva bolagsrättsliga reglerna och att därefter upprätta filialer i en annan medlemsstat. WFBV:s verkan är inte förenlig med domstolens rättspraxis i målen Centros³³ och Überseering.³⁴ Reglerna i WFBV innebär i sak att bolag bildade enligt engelsk rätt inte erkänns av den nederländska rättsordningen, trots att detta krävs enligt bestämmelserna i gemenskapsrätten.

medför WFBV att vissa rättsregler blir tillämpliga i det fall den juridiska personen inte har någon faktisk anknytning till den stat i vilken den bildats och bedriver hela eller nästan hela sin näringsverksamhet i Nederländerna. Även om alla som har yttrat sig i målet, med hänvisning till artikel 2 i Wet conflictenrecht corporaties, vid upprepade tillfällen har betonat att den nederländska rätten inte stöder sig på säteteorin som till exempel förespråkas i tysk rättspraxis och den dominerande doktrin i Tyskland, utan på den så kallade bildandeteorin, får det konstateras att WFBV faktiskt har samma effekt som säteteorin. WFBV erkänner inte ett utländskt bolags existens utan vidare.

101. Som skäl för att inte erkänna alla regler som gäller i den stat i vilken bolaget bildats anges ofta att bolaget inte har någon faktisk anknytning till den stat där det bildats. Detta övervägande var även avgörande när WFBV antogs, vilket framgår av förarbetena och av artikel 1 WFBV. Det har i förevarande fall betonats att bolaget inte utövar någon näringsverksamhet i Förenade kungariket, utan att hela verksamheten utövas i Nederländerna och att detta var avsikten redan från första början. Den nationella domstolen har själv anfört att en annan bedömning skulle göras om Inspire Art Ltd bedrev viss näringsverksamhet också i någon annan medlemsstat.

102. Såsom särskilt framgår av de yttrandena som Kamer van Koophandel avgivit

103. Såsom jag redan har konstaterat i början av min rättsliga bedömning saknar det enligt domstolens hittillsvarande rättspraxis för utövandet av rätten att upprätta en filial betydelse huruvida näringsverksamhet bedrivs i den stat i vilken bolaget bildats. Domstolen har helt i överensstämmelse med detta i domen i målet Überseering förklarat att den rättsliga följden av säteteorin att ett bolag som flyttar sitt faktiska säte först måste ombilda sig för att kunna erkännas som juridisk person inte är förenlig med etableringsfriheten. Kravet på att bolaget skall ombildas i den andra medlemsstaten står i direkt strid med etableringsfriheten.³⁵ Den bedömning som gjorts i målet Überseering angående en

33 — Domen i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 27.

34 — Domen i målet Überseering (ovan fotnot 26), punkt 59.

35 — Dom i målet Überseering (ovan fotnot 26), punkt 81.

ofrivillig förflyttning av den huvudsakliga verksamheten måste även gälla för upprättandet av en filial.

104. Enligt min mening finns det i förevarande mål inte något skäl att avvika från denna rättspraxis. Resultaten av denna rättspraxis, som vissa anser vara otillfredsställande, är enbart en följd av gemenskapsrättens nuvarande utvecklingsstadium. Med undantag för artikel 46 EG säkerställer fördraget etableringsfrihet och möjlighet att upprätta filialer utan någon begränsning. Medlemsstaterna har ännu inte kunnat enas om att harmonisera sina respektive bestämmelser om ett lägsta kapital för bolag med begränsat ansvar. En harmonisering skulle kunna genomföras såväl med stöd av artikel 44 EG som med stöd av artikel 293 EG. För aktiebolag har en sådan harmonisering redan ägt rum genom antagandet av det andra direktivet.³⁶ Skulle man tillåta att bestämmelser om ett lägsta kapital som anses vara "tvingande" tillämpas på utländska bolag som Inspire Art Ltd, skulle detta urholka rätten till fri etablering och upprättande av filialer, det vill säga den så kallade sekundära etableringsrätten, som fördraget säkerställer. En sådan tolkning av artiklarna 43 EG och 48 EG är inte förenlig med fördraget.

105. Det har mot den rättspraxis som nämnts gjorts gällande att domstolen i domen i målet Daily Mail har konstaterat

att det finns skillnader mellan de regler avseende internationell privaträtt som föreskrivs i medlemsstaterna vad gäller fastställande av den rätt som är tillämplig på ett bolag. Domstolen har uttryckligen fastslagit att bestämmelserna om etableringsfrihet inte har medfört någon tillnärmning av dessa regler avseende internationell privaträtt som föreskrivs i medlemsstaterna. Det är därför som vissa kräver att medlemsstaterna ges befogenhet att åtminstone kunna vidta åtgärder mot brevlådeföretag, som inte har någon faktisk anknytning till den stat i vilken de bildats.

106. I domen i målet Daily Mail har domstolen faktiskt anfört att "de skillnader som föreligger mellan de nationella lagstiftningarna vad gäller den anknytning som krävs för bolag och vad gäller möjligheten att flytta sätet, det stadgeenliga eller det verkliga, från en medlemsstat till en annan och, i förekommande fall, de närmare bestämmelserna för detta, [enligt fördraget utgör] problem som inte har lösts genom reglerna om etableringsrätt, utan som skall lösas genom lagstiftning eller avtal".³⁷ I domen i målet Überseering har domstolen emellertid fastställt att denna punkt i domen i målet Daily Mail inte tillerkänner medlemsstaterna en rätt att villkora utövandet av etableringsfriheten för bolag med att de skall iaktta den nationella rättsordningen.³⁸ WFBV har emellertid just denna verkan. WFBV villkorar utövandet av rätten att upprätta en filial med att bestämmelserna i den nederländska bolagsrätten om ett lägsta kapital skall iakttas. Därför talar inte heller hänvisningen till

36 — Ovan fotnot 7.

37 — Dom i målet Daily Mail (ovan fotnot 10), punkt 23.

38 — Dom i målet Überseering (ovan fotnot 26), punkt 72.

domen Daily Mail och medlemsstaternas frihet att själva reglera sin internationella privaträtt mot den lösning som valts i förevarande fall.

107. Det står därmed klart att WFBV inte är förenlig med bestämmelserna i fördraget om etableringsfriheten vad gäller bestämmelserna om ett lägsta kapital och bolagsledningens ansvar. Jag vill dock kort behandla även den andra aspekten som den nationella domstolen har tagit upp, nämligen registreringen av ett bolag som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag i handelsregistret och den motsvarande beteckningen på skriftliga handlingar. Inspire Art Ltd och Förenade kungarikets regering har vid den muntliga förhandlingen anfört att de berörda bolagen stigmatiseras genom denna registrering.

108. Enligt regeringens motivering till förslaget till WFBV har registreringen av bolag som bolag som i formellt hänseende är utländska bolag funktionen att klargöra för tredje man att det rör sig om ett bolag som inte har bildats enligt nederländsk rätt, men som inte har någon faktisk anknytning till den stat i vilken det bildats, utan utöver hela eller nästan hela sin verksamhet i Nederländerna. Med full kännedom om denna omständighet skall tredje man kunna avgöra om han önskar göra affärer med bolaget.³⁹

109. Registreringen har alltså en varningsfunktion. På grund av den nederländska

lagstiftarens allmänna bedömning att sådana bolag är mindre kreditvärda och att nederländska bestämmelser om ett lägsta kapital och andra bestämmelser som avser att skydda borgenärerna därför skall tillämpas på dessa bolag, kan man utgå från att syftet med beteckningen bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag är att försvåra upptagandet av affärsförbindelser eller åtminstone göra upptagandet av affärsförbindelser mindre attraktivt. Även om man kan ha förståelse för denna motivering föreligger det på gemenskapsrättens nuvarande utvecklingsstadium en begränsning av etableringsfriheten på grund av att det inte har genomförts någon harmonisering på detta område. Samma sak gäller vad beträffar beteckningen bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag som skall användas på skriftliga handlingar.

110. Den första tolkningsfrågan skall följaktligen besvaras så att artiklarna 43 EG och 48 EG skall tolkas på så sätt att de utgör hinder mot en tillämpning av nationella bestämmelser som föreskriver att den strängare lag som gäller i den stat i vilken filialen upprättas skall användas på upprättandet av filialer till ett bolag som bildats i en annan medlemsstat enbart i syfte att åtnjuta fördelarna med detta jämfört med att bilda bolag enligt lagstiftningen i den stat där filialen har sitt säte, i vilken strängare villkor uppställs än i lagen i den stat i vilken bolaget bildats vad gäller bolagsbildning och slutbetalning av aktier, varvid målsättningen med sistnämnda strängare regler är grundad på den omständigheten att bolaget enbart eller nästan enbart utövar sin verksamhet i den stat i vilken filialen har sitt säte och bolaget dessutom inte har någon faktisk anknytning till den stat i vilken det har bildats.

39 — *Memorie van Toelichting* (ovan fotnot 31), s. 6 sista stycket och s. 7.

C — Huruvida begränsningen är motiverad

111. Det skall i det följande diskuteras huruvida den begränsning av etableringsfriheten som konstaterats är motiverad. Enligt artikel 46 EG kan rätten till fri etablering begränsas av bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Vidare framgår av fast rättspraxis att det inte finns någon rätt att åberopa bestämmelser i gemenskapsrätten när det är fråga om missbruk eller bedrägeri.⁴⁰ Av domstolens rättspraxis framgår dessutom att nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget skall uppfylla följande förutsättningar. De skall tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de skall motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem, och de skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.⁴¹

112. Såsom framgår av förarbetena antogs WFBV framför allt för att skapa ett skydd för borgenärerna till utländska bolag. Den nederländska regeringen har utöver denna målsättning nämnt skydd mot missbruk av etableringsfriheten, bekämpning av bedrä-

40 — Dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 24 och angiven rättspraxis.

41 — Dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus (REG 1993, s. I-1663; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-167), punkt 32, dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 37, och dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 34.

geri, säkerställande av en effektiv skattekontroll och god handelssed.

1. Huruvida begränsningen är motiverad enligt artikel 46 EG

113. Skydd för borgenärer nämns inte uttryckligen i artikel 46 EG. Enligt fast rättspraxis omfattas borgenärsskyddet, som är ett skydd av ekonomiska intressen, inte heller av begreppen allmän ordning eller säkerhet.⁴² Begränsningen är därför inte motiverad enligt artikel 46 EG.

114. Samma sak gäller vad beträffar säkerställande av en effektiv skattekontroll och god handelssed.

2. Huruvida begränsningen är motiverad för att bekämpa missbruk av etableringsfriheten

115. Såsom särskilt även Kamer van Koophandel och den nederländska regeringen har betonat syftar WFBV dessutom till att bekämpa verksamhet som bedrivs av bolag som missbrukar utländsk bolagsrätt.

42 — Dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 34.

Sådana bolag går alltför ofta i konkurs, eftersom det kapital som krävs saknas från första början.

inte kan anses utgöra ett missbruk av etableringsrätten.⁴⁶

116. Det stämmer visserligen att domstolen har nekat medborgare rätten att återropa de grundläggande friheter som garanteras av fördraget när det är fråga om missbruk eller bedrägeri.⁴³ Domstolen har därutöver fastställt att medlemsstaterna har rätt att vidta åtgärder för att avhjälpa och skydda mot missbruk.⁴⁴

119. Inspire Art Ltd har nekats erkännande på grund av bestämmelserna i WFBV, i vilken en generell och abstrakt bedömning görs av utövandet av rätten att bilda ett bolag i en medlemsstat för att utöva hela eller nästan hela verksamheten i andra medlemsstater genom filialer. Enligt domstolens rättspraxis utgör emellertid inte blotta utövandet av etableringsfriheten ett missbruk.

117. Domstolen har emellertid alltid angett att sådana skyddsåtgärder enbart kan vara tillåtna om det i *det enskilda fallet* föreligger *konkreta* omständigheter för att ett missbruk är för handen. En *generell och abstrakt* bedömning som görs på grundval av en *lag* har av domstolen — vilket jag här vill betona särskilt — inte ansetts vara tillräcklig.⁴⁵

120. Denna bedömning står också i överensstämmelse med domen i målet TV 10,⁴⁷ som den nederländska regeringen har hänvisat till vid den muntliga förhandlingen. Även i denna begäran om förhandsavgörande rörde det sig enbart om ett avgörande i ett enskilt fall. Commissariaat voor de Media ansåg att klaganden i målet vid den nationella domstolen, TV 10, som var etablerad i Luxemburg, men som sände radio- och TV-program riktade till Nederländerna inte skulle betraktas som ett utländskt programföretag i den mening som avses i Mediawet, eftersom den genom sin etablering i Luxemburg uppenbarligen önskade undandra sig tillämpningen av de nederländska bestämmelserna. Det rörde sig alltså även i detta fall om ett avgörande i ett enskilt fall. Domstolen har i denna dom för övrigt hänvisat till sin redan befintliga rättspraxis, enligt vilken artikel 49 EG inte förvägrar en medlemsstat rätten att anta bestämmelser som i det enstaka fallet skall

118. Domstolen har för övrigt fastställt att den omständigheten att en medlemsstats medborgare som önskar bilda ett bolag väljer att bilda bolaget i den medlemsstat som för honom förefaller ha de minst restriktiva bolagsrättsliga reglerna och att bilda filialer i andra medlemsstater, i sig

43 — Dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 24 och angiven rättspraxis.

44 — Dom i målet Segers (ovan fotnot 4), punkt 17, och dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 24 och angiven rättspraxis.

45 — Dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 25, och dom i målet Überseering (ovan fotnot 26), punkt 92 ("... under vissa omständigheter och med iakttagande av vissa villkor ...").

46 — Dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 27.

47 — Dom i målet TV 10 (ovan fotnot 24).

förhindra att de genom fördraget garanterade friheterna utnyttjas av en person som tillhandahåller tjänster, vars verksamhet helt eller huvudsakligen är riktad mot den ifrågavarande statens territorium, i syfte att slippa iakttä de yrkesregler som skulle vara tillämpliga på honom om han var etablerad inom den statens territorium.⁴⁸ Till följd av dessa bestämmelser måste emellertid ett avgörande träffas i det enskilda fallet. Den generella och abstrakta möjligheten till missbruk räcker inte för att motivera begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten.

121. Inte heller målet kommissionen mot Frankrike,⁴⁹ till vilket den nederländska regeringen har hänvisat vid den muntliga förhandlingen, torde strida mot nämnda rättspraxis. I detta mål rörde det sig visserligen om en generell och abstrakt begränsning av den fria rörligheten för kapital som förorsakats av ett dekret. I denna dom behandlades emellertid inte frågan huruvida en sådan begränsning i princip inte är möjlig genom ett dekret. Domstolen fastställde enbart att åtgärden stred mot proportionalitetsprincipen och att det därför förelåg ett åsidosättande av fördraget. Den fråga som är intressant i förevarande mål var följaktligen inte föremål för domen.

122. Den tyska regeringens ombud har vid den muntliga förhandlingen begärt att domstolen efter domarna i målen Centros och Überseeering i förevarande mål visar hur medlemsstaterna kan bekämpa bildandet av brevlådeföretag, som misstänks utgöra ett "missbruk" av etableringsfriheten.

123. Det är förvånande att en sådan begäran framställs till domstolen med tanke på att denna begäran borde riktas till medlemsstaterna. Det ankommer inte på domstolen att visa medlemsstaterna hur de lagligen kan bekämpa utövandet av rättigheter som garanteras genom fördraget och som sker på ett sätt som är eller som misstänks vara missbrukande. Domstolen har i målen Centros och Überseeering anfört att det i princip är tillåtet att vidta åtgärder som syftar till att förhindra att de rättigheter som säkerställs genom fördraget utövas på ett missbrukande sätt. Enligt artikel 220 EG är domstolen behörig att tolka bestämmelserna i fördraget. Domstolen kan därför i förevarande fall liksom i målen Centros och Überseeering enbart definiera räckvidden av de rättigheter som artiklarna 43 EG och 48 EG ger gemenskapens medborgare och företag. Det ankommer på medlemsstaterna att avgöra vilka — önskvärda och nödvändiga — slutsatser de vill dra av detta.

124. Eftersom det inte har åberopats några andra omständigheter som skulle kunna styrka ett missbruk kan begränsningen av etableringsfriheten genom WFBV inte heller motiveras med en hänvisning till bekämpande av missbruk.

3. Huruvida begränsningen kan motiveras av andra tvingande hänsyn till allmänintresset

125. Slutligen återstår det att undersöka huruvida WFBV är motiverad av andra tvingande hänsyn till allmänintresset.

48 — Dom i målet TV 10 (ovan fotnot 24), punkt 20.

49 — Dom av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-4781).

126. Den nederländska regeringen har visserligen nämnt fyra tvingande allmänintressen, nämligen skydd för borgenärer, effektiv skattekontroll, bekämpning av bedrägeri och förebyggande av missbruk. Förebyggande av missbruk har redan diskuterats i föregående avsnitt. De andra tre tvingande allmänintressen som nämnts avser skyddet för bolagets offentliga och privata borgenärer. Dessa kan följaktligen sammanfattas under begreppet borgenärs-skydd.

127. Domstolen har godtagit att skydd av borgenärernas intressen i princip utgör ett tvingande allmänintresse.⁵⁰ Enligt fast rättspraxis skall begränsningar av etableringsfriheten som grundas på skydd av borgenärernas intressen uppfylla följande krav: De skall inte tillämpas på ett diskriminerande sätt, de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem, och de skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.⁵¹

a) Diskriminering

128. Särskilt Kamer van Koophandel och den nederländska regeringen har anfört att bestämmelserna i WFBV medför att bolag

bildade enligt utländsk rätt behandlas på samma sätt som bolag bildade enligt nederländsk rätt. Båda måste iakttas vissa bestämmelser i den nederländska bolagsrätten som betraktas som tvingande. Den tyska regeringen har vid den muntliga förhandlingen dessutom tillagt att bestämmelserna i WFBV skapar likvärdiga konkurrensförutsättningar för företagen.

129. Det bör häremot invändas att WFBV åtminstone på en punkt går utöver de krav som gäller för bolag bildade enligt nederländsk rätt. I nederländsk rätt finns det inte någon bestämmelse som motsvarar artikel 4.4 WFBV, enligt vilken bolagsmännen kan göras ansvariga *efter* det att bolaget bildats och registrerats om bolagets egna kapital understiger det föreskrivna lägsta kapitalet. Detta framgår av den nederländska regeringens motivering till utkastet till WFBV.⁵²

130. För bolag bildade i Nederländerna föreskrivs i artikel 2:180 andra stycket i Burgerlijk Wetboek enbart att bolagsledningen kan göras personligen ansvarig för perioden *före* bolagsbildande och registrering. Även detta ansvar nämns i artikel 4.4 WFBV. Ett personligt ansvar uppstår emellertid även när det lägsta kapitalet inte längre är för handen. Om ett bolag bildat enligt nederländsk rätt hamnar i en liknande situation efter det att bolaget bildats och registrerats, kan dess upplösning beordras av en domstol (jämför

50 — Jämför domstolens argumentation i domen i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 32 och följande punkter.

51 — Dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 34.

52 — *Memorie van Toelichting* (ovan fotnot 31), s. 9.

artikel 2:185 i Burgerlijk Wetboek). I detta fall föreskrivs inte något ansvar för bolagsledningen.

131. Till följd av bildandeteorin som används i nederländsk rätt kan ett utländskt bolag inte upplösas genom ett sådant domstolsbeslut fattat av nederländsk domstol. Dess existens bestäms enligt lagen i den stat i vilken bolaget bildats. Den nederländska lagstiftaren har därför som ett "lämpligt alternativ" till sanktion för bolag bildade enligt nederländsk rätt i artikel 4.4 WFBV föreskrivit att bolagsledningen i bolag som är bolag som i formellt hänseende är utländska bolag kan göras ansvarig.⁵³

132. Denna skillnad i behandling av nederländska och av utländska företag motbevisar påståendet att WFBV likställer utländska bolag med bolag bildade enligt nederländsk rätt.

133. Denna skillnad i behandling motiveras visserligen med att den nederländska rätten enbart har en begränsad möjlighet att påverka existensen av ett bolag bildat enligt utländsk rätt, varför det föreligger en saklig grund för denna särbehandling.

134. Det bör emellertid beaktas att ett ansvar för bolagsledningen för bolagets skulder inte heller föreskrivs för det fall upplösningen av ett bolag bildat enligt nederländsk rätt beordras av en domstol. I WFBV föreskrivs ett personligt ansvar för bolagsledningen som i princip är främmande för systemet med en begränsning av ansvaret till aktiekapitalet som gäller för aktiebolag. Enligt WFBV kan bolagsledningen enbart göras personligen ansvarig under vissa helt exceptionella omständigheter.

135. Visserligen kan bolagsledningen inte göras automatiskt ansvarig enligt WFBV, utan ansvaret måste fastställas i det enskilda fallet på rättslig väg.⁵⁴ Av förarbetena till artikel 2 WFBV framgår emellertid att lagstiftaren med den sanktion som föreskrivs i artikel 4.4 WFBV, som även föreskrivs för det fall att de krav som uppställs i artikel 2 WFBV inte uppfylls, det vill säga för perioden före registreringen i handelsregistret, eftersträvar att uppnå en avskräckande verkan. Syftet med WFBV är att avhålla de ekonomiska aktörerna från att använda bolag som i formellt hänseende är utländska bolag. Lagstiftarens syfte var att införa en sanktion som skulle ha en ännu större avskräckande verkan än en straffrättslig sanktion.⁵⁵

136. Detta visar att den nederländska lagstiftaren vid antagandet av artikel 4.4 WFBV inte avsåg att skapa en exceptionell

53 — *Memorie van Toelichting* (ovan fotnot 31), s. 9.

54 — *Memorie van Toelichting* (ovan fotnot 31), s. 9 sista stycket.

55 — *Memorie van Toelichting* (ovan fotnot 31), s. 7 beträffande artikel 2.

behandling som på motsvarande sätt även undantagsvis kan medföra ett personligt ansvar för bolagsledningen för verksamhet som bedrivs av bolag bildade enligt nederländsk rätt. Det mål som eftersträvades med denna bestämmelse var att uppnå en avskräckande verkan som skulle gå utöver den avskräckande verkan av en straffrättslig sanktion. Att bestämmelsen om ett personligt ansvar för bolagets förpliktelser är ägnad att uppfylla detta mål är uppenbart.

konkurrensvillkor. Tillämpningen av WFBV medför visserligen att bestämmelserna i den nederländska bolagsrätten tillämpas på alla bolag som utövar hela eller nästan hela sin verksamhet i Nederländerna. Därigenom upphävs emellertid konkurrensen mellan de olika systemen i medlemsstaterna. Det finns emellertid på gemenskapsrättens nuvarande stadium ingen anledning att begränsa gemenskapsmedborgarnas frihet att välja den rättsordning som de anser vara lämplig för att bilda ett bolag.

137. Därmed kan det utgå från att den nederländska lagstiftaren medvetet föreskrev en strängare sanktion för utländska bolag än för nederländska bolag som befinner sig i jämförbara situationer. Bestämmelsen om bolagsledningens ansvar medför följaktligen en diskriminering på grund av nationalitet. Bolagets stadgeenliga säte tjänar till att fastställa bolagets anknnytning till en medlemsstats rättsordning, på samma sätt som nationaliteten har betydelse när det gäller fysiska personer.⁵⁶ Bestämmelsen i artikel 4.4 WFBV om bolagsledningens personliga ansvar i det fall det lägsta kapitalet understiger det föreskrivna lägsta kapitalet strider därför mot etableringsfriheten som skyddas av artiklarna 43 EG och 48 EG.

139. Bestämmelserna om bolagsledningens personliga ansvar syftar bland annat till att säkerställa att bestämmelserna om ett lägsta kapital beaktas (artikel 4 första till tredje stycket WFBV). De svårigheter som skall bemästras med WFBV beror — åtminstone såtillvida det rör sig om brev-lådeföretag bildade enligt engelsk rätt — såsom redan har betonats flera gånger, på att medlemsstaterna ännu inte har harmoniserat bestämmelserna om ett lägsta kapital för bolag med begränsat ansvar och inte har kunnat enas om effektivare bestämmelser avseende borgenärsskydd. Så länge som detta rättsläge fortbestår finns det ingen anledning att tolka bestämmelserna i fördraget om etableringsfriheten på så sätt att konkurrensen mellan de olika systemen begränsas.

138. Tvärtemot vad den tyska regeringen har anfört skapar inte WFBV likvärdiga

140. Såsom delresultat skall det alltså fastställas att WFBV medför en diskriminering

⁵⁶ — Dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 20 och angiven rättspraxis.

av utländska bolag och följaktligen utgör en begränsning av etableringsfriheten som inte är motiverad.

b) Lämplighet

141. Det är även tveksamt om bestämmelserna i WFBV är ägnade att säkerställa ett skydd för borgenärerna. Det stämmer visserligen att det i gemenskapsrätten i det andra direktivet och i rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag⁵⁷ har godtagits att institutet minimikapital utgör ett instrument för säkerställande av en tillräcklig kapitalbas.⁵⁸ Tillskjuts det lägsta kapitalet så står visserligen vid den tidpunkt då bolaget bildas ett motsvarande kapital till förfogande för att säkerställa borgenärernas intressen.

142. Generaladvokaten La Pergola har emellertid redan i sitt förslag till avgörande i målet Centros uttryckt tvivel om huruvida detta instrument är effektivt.⁵⁹ Att det i detta avseende inte finns en riktig uppfattning framgår även tydligt av den omständigheten att det lägsta kapitalet tillmäts

olika betydelse i medlemsstaternas bolagsrättsliga bestämmelser, vilket kommer till uttryck i att de belopp som skall tillskjutas är olika stora. I den irländska och den engelska rättsordningen tillmäts det lägsta kapitalet överhuvudtaget inte någon större betydelse. Det skall slutligen hänvisas till den rapport som utarbetats av den så kallade Winter-kommittén. I denna rapport, som nyligen överlämnades till kommissionen av expertkommissionen, som uppkallats efter dess ordförande Jaap Winter, har det anförts att bestämmelserna om ett lägsta kapital till övervägande del visserligen anses utgöra en grundförutsättning för att kunna säkerställa borgenärskyddet och delägarnas intressen. Expertkommissionen kommer emellertid fram till att bestämmelserna om ett lägsta kapital enbart fyller en funktion. De avskräcker enskilda från ett lättsinnigt bildande av bolag. De medför emellertid enbart ett dåligt skydd för borgenärerna mot oövertänkta kapitalinvesteringar och säkerställer överhuvudtaget inte något skydd när kapitalet används för att täcka förluster. Borgenärer och delägare skulle kunna ges ett bättre skydd genom en lämplig prövning av bolagets kreditvärdighet.⁶⁰

143. Domstolen har i domen i målet Centros fastställt att de danska bestämmelserna om ett lägsta kapital i vart fall inte är ägnade att uppnå målet att skydda borgenärerna, eftersom det berörda bolagets filial skulle ha registrerats om bolaget hade drivit en verksamhet i Förenade kungariket,

57 — EGT L 294, s. 1.

58 — Se det fjärde skälet i det andra direktivet och det trettonde skälet i förordning nr 2157/2001.

59 — Förslag till avgörande av den 16 juli 1998 i mål C-212/97 (REG 1999, s. I-1461), punkt 21.

60 — Se redogörelserna i "Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe" av den 4 november 2002, sammanfattning sidan 14 och detaljer på sidan 82 och följande sidor, särskilt sidan 87, på Europeiska kommissionens webbplats www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern.

även om de danska borgenärerna kunde ha haft en i lika hög grad osäker ställning.⁶¹

ägnade att uppnå det åsyftade målet att skydda borgenärerna. Följaktligen föreligger även i detta avseende en begränsning av etableringsfriheten som inte är motiverad.

144. Det förefaller som om förevarande fall är jämförbart med ovannämnda mål. Den nationella domstolen har till och med uttryckligen fastställt att WFBV inte skulle vara tillämplig på Inspire Art Ltd om bolaget skulle bedriva näringsverksamhet i någon annan stat än Nederländerna. Det finns inget som tyder på att borgenärerna i detta fall skulle ha tillgång till större tillgångar för att täcka sina fordringar. Denna begränsning är följaktligen inte ägnad att uppnå målet att skydda borgenärerna.

c) Proportionalitet

147. Begränsningen genom WFBV skulle slutligen enbart vara motiverad om målet att skydda borgenärerna inte kan uppnås genom mindre ingripande åtgärder.

145. Även när det gäller registreringen av ett bolag som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag och kravet på att denna beteckning skall anges på skriftliga handlingar finns betydande tvivel om huruvida dessa åtgärder är ägnade att skydda borgenärerna. Uppgiften att bolaget inte bedriver någon verksamhet utanför Nederländerna medför inte att det kapital som står till borgenärernas förfogande blir större eller säkrare.

148. Det är tveksamt om bestämmelserna om registrering av ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag som ett sådant i handelsregistret och bestämmelserna om det namn som skall anges på de handlingar som bolaget utfärdar är nödvändiga. Inspire Art Ltd har i egenskap av ett bolag bildat enligt engelsk rätt registrerats i handelsregistret som ett Limited. Bolaget bedriver näringsverksamhet under namnet Limited. Härigenom informeras alla ekonomiska aktörer som kommer i kontakt med bolaget om att det inte rör sig om ett bolag som har bildats enligt nederländsk rätt. En varningsfunktion som går utöver denna som skall uppnås genom beteckningen "bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag" förefaller varken vara nödvändig för att säkerställa borgenärernas intressen eller för att säkerställa god handelssed. Bestämmelserna strider följaktligen mot proportionalitetsprincipen.

146. Bestämmelserna om ett lägsta kapital, registrering som ett bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag och bolagets namn kan därför inte anses vara

61 — Dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 35.

149. Bolag bildade enligt engelsk rätt omfattas för övrigt av reglerna i det fjärde och det elfte direktivet. Inspire Art Ltd:s borgenärer kan även åberopa dessa skyddsbestämmelser.⁶²

150. Det skall därutöver konstateras att domstolen med avseende på skyddet för offentliga borgenärer redan har fastslagit att det finns möjlighet att begära nödvändig säkerhet i stället för att kräva att bestämmelserna om ett lägsta kapital beaktas.⁶³ Denna möjlighet finns även för privata borgenärer. Därmed står en mindre ingripande åtgärd till förfogande än den som har valts i WFBV. Även av det skälet får den begränsning av etableringsfriheten som WFBV medför anses strida mot proportionalitetsprincipen.

151. Huruvida WFBV är förenlig med proportionalitetsprincipen kan slutligen ifrågasättas ur en annan synvinkel. Lagen är tillämplig på bolag som bedriver hela eller nästan hela sin verksamhet i Nederländerna. Lagen anger emellertid inte när detta är fallet. Är lagen tillämplig om 10 procent, 15 procent eller 20 procent av näringsverksamheten utövas i en annan stat än Nederländerna? Denna oklarhet medför osäkerhet i fråga om på vilka bolag WFBV skall tillämpas. En bestämmelse som är så pass oprecis kan emellertid inte utgöra någon lämplig åtgärd för att säkerställa

ett skydd för borgenärerna. Detta gäller särskilt med tanke på att tillämpningen av lagen på ett bolag kan variera utan att detta nödvändigtvis framgår av handelsregistret, vilket framgår av regeringens motivering till förslaget till WFBV.⁶⁴

152. Bestämmelsen om bolagsledningens obegränsade och personliga ansvar är också oklar. Ansvar uppstår alltid när kapitalet sjunker under det föreskrivna lägsta kapitalet.

153. Dessa båda bestämmelser säkerställer visserligen att det alltid är den bestämmelse som är mest förmånlig för borgenärerna som tillämpas. Den skapar emellertid en nästan oöverskådlig risk för bolagsledningen. En sådan föränderlig bestämmelse strider mot proportionalitetsprincipen, eftersom dess verkningar inte kan förutses.

154. Den andra frågan skall följaktligen besvaras på följande sätt: De begränsningar av etableringsfriheten som artiklarna 2—5 i Wet op de formeel buitenlandse vennotschappen medför kan varken motiveras med artikel 46 EG, bekämpandet av risken för missbruk eller med tvingande hänsyn till allmänintresset.

62 — Se motsvarande uttalanden i domen i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 37.

63 — Dom i målet Centros (ovan fotnot 3), punkt 37.

64 — *Memorie van Toelichting* (ovan fotnot 31), s. 6 beträffande artikel 1.

VI — Förslag till avgörande

155. Mot bakgrund av vad som har anförts ovan föreslår jag att tolkningsfrågorna skall besvaras på följande sätt:

- 1) Artiklarna 43 EG och 48 EG skall tolkas på så sätt att de utgör hinder mot en tillämpning av nationella bestämmelser som föreskriver att den strängare lag som gäller i den stat i vilken filialen upprättas skall användas på upprättandet av filialer till ett bolag som bildats i en annan medlemsstat enbart i syfte att åtnjuta fördelarna med detta jämfört med att bilda bolag enligt lagstiftningen i den stat där filialen har sitt säte, i vilken strängare villkor uppställs än i lagen i den stat i vilken bolaget bildats vad gäller bolagsbildning och slutbetalning av aktier, varvid målsättningen med sistnämnda strängare regler är grundad på den omständigheten att bolaget enbart eller nästan enbart utövar sin verksamhet i den stat i vilken filialen har sitt säte och bolaget dessutom inte har någon faktisk anknytning till den stat i vilken det har bildats.
- 2) De begränsningar av etableringsfriheten som artiklarna 2—5 i Wet op de formeel buitenlandse vennotschappen medför kan varken motiveras med artikel 46 EG, bekämpandet av risken för missbruk eller med tvingande hänsyn till allmänintresset.