



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Gabriella Jävermo

Europabolag och etableringsfriheten

Examensarbete
20 poäng

Lars Pelin

Skatte- och bolagsrätt

Vårterminen 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
1 INLEDNING	4
1.1 Introduktion	4
1.2 Syfte och frågeställning	4
1.3 Avgränsning	5
1.4 Metod och material	5
1.5 Disposition	5
2 EUROPABOLAG	7
Historik	7
3 FÖRORDNING OM STADGA FÖR EUROPABOLAG	9
3.1 Inledning	9
3.2 Bildande av europabolag	9
3.2.1 Fusion	10
3.2.2 Europaholdingbolag	10
3.2.3 Europadotterbolag	10
3.2.4 Konvertering	11
4 EUROPABOLAGETS ORGANISATION	12
4.1 Inledning	12
4.1.1 Det monistiska systemet	12
4.1.2 Det dualistiska systemet	12
4.1.3 Redovisning	12
4.1.4 Likvidation och konkurs	13
4.2 Gemensamma regler för de båda systemen	13
5 EUROPABOLAGETS NATIONALITET	15
5.1 Inledning	15
5.1.1 Domicilprincipen	15
5.1.2 Sättesprincipen	16
5.1.3 De två principerna i praktiken	16
5.2 Europabolags säte	17
Myndighets motsättning av europabolags flyttning av säte	18

5.3	Europabolagets fördelar och nackdelar	18
6	DEN FRIA RÖRLIGHETEN	20
6.1	Inledning	20
6.2	Etableringsfriheten	20
6.2.1	Mål C-212/97 (Centros-fallet)	21
6.2.2	Mål C-208/00 (Überseering-fallet)	22
6.2.3	Mål C-167/01 (Inspire Art-fallet)	24
6.2.4	Mål C-446/03 (Marks & Spencer-fallet)	25
6.2.5	Rättsfallsanalys	26
6.2.6	Betydelsen av EG-domstolens praxis	27
7	STRIDER SE-FÖRORDNINGEN MOT ETABLERINGSFRIHETEN?	29
7.1	Inledning	29
7.1.1	Kortfattat om säte	29
7.1.2	Kortfattat om huvudkontor	29
7.2	Diskussion kring SE-förordningens förenlighet med EG-fördragets artiklar 43 och 48	30
8	SAMMANFATTANDE ANALYS	33
	BILAGA A	36
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	39
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	41

Sammanfattning

Den 8 oktober 2001 antogs förordningen om europabolag och från och med den 8 oktober 2004 gäller den som lag i Sverige. Ett bolag måste uppfylla en del uppställda krav för att få verka som europabolag. Bolaget måste vara en juridisk person och dess aktiekapital ska vara fördelat på aktier och varje aktieägare är endast ekonomiskt ansvarig för den del av aktiekapitalet som denne har tecknat. Vidare ska bolagets aktiekapital vara minst 120 000 euro. Ett europabolag kan enligt förordningen bildas som europadotterbolag eller europaholdingbolag, det kan även bildas genom fusion eller genom konvertering. Fysiska personer kan inte bilda bolagsformen utan det är endast befintliga juridiska personer som har denna möjlighet. I de fall förordningen inte reglerar bildandet skall detta göras enligt den lag som gäller för publika aktiebolag i det medlemsland där bolaget kommer att ha sitt säte. När det gäller en fusion ska det som inte upptas i förordningen regleras av fusionsdirektivet.

Ett europabolags organisation kan vara uppbyggt på två olika sätt, det kan antingen styras enligt ett monistiskt system eller av ett dualistiskt system. Värt att nämna i sammanhanget är att det är bolaget och inte medlemsstaterna som väljer organisationsmodell. Detta innebär att länder som enbart använt sig av det ena systemet nu kan komma att få bolag som använder sig av för landet delvis främmande system. Skillnaderna systemen emellan är dock inte alltför stora och gemensamma regler finns uppställda för dem i SE-förordningen.

När det kommer till bolagets nationalitet finns det två principer, domicilprincipen och sätesprincipen. Domicilprincipen baserar bolagets nationalitet på i vilket land det har registrerats medan sätesprincipen baserar nationaliteten på bolagets säte. Europabolag kan enligt förordningen flytta sitt säte till en annan medlemsstat utan att bolaget behöver avvecklas.

Europabolagets säte och huvudkontor måste vara beläget i samma medlemsland och ett medlemsland får föreskriva att bolag som är registrerade inom dess territorium skall vara skyldiga att förlägga sitt säte och huvudkontor till samma land, enligt SE-förordningen. Det kan ifrågasättas huruvida detta är förenligt med den i EG-fördraget reglerade etableringsfriheten. Tolkningen av etableringsfriheten har prövats av EG-domstolen, fyra av dessa fall beskrivs och analyseras i denna uppsats. I samtliga fall har domstolen fastslagit att etableringsfriheten går före de andra i fallen åberopade intressena. Det framkom bland annat i domarna att ett bolag har rätt att undgå ett medlemslands regler om bolagsbildning, så länge bolaget inte försöker undandra sig skyldigheter gentemot enskilda och offentliga borgenärer i det aktuella medlemslandet. Det är inte att anse som missbruk att ett bolag utnyttjar/använder de skillnader som finns i lagarna mellan medlemsländerna. SE-förordningens krav på placering av säte och huvudkontor hindrar europabolag från att fullt ut använda sig av

etableringsfriheten och därmed även den genom domarna fastslagna rätten att fullt ut åtnjuta de skillnader som medlemsländernas rättsregler ger.

Enligt EG-fördraget artikel 270 kan ett medlemsland väcka talan hos EG-domstolen bland annat i ärende som rör ”...åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av detta fördrag eller av någon rättsregel som gäller dess tillämpning eller rörande maktmissbruk.” Rätten tillkommer även fysiska och juridiska personer angående beslut riktade till dessa och då de direkt berörs av beslutet, detta gäller även beslut genom förordning. Talan skall dock väckas inom två månader från den dag som åtgärden offentliggjordes eller två månader från den dag som den berörda parten fick kännedom om åtgärden. En anledning till att medlemsländerna inte väckt talan kan vara att de inte berörs negativt av SE-förordningen, eftersom hänvisningarna är många till de nationella reglerna. Det borde dock legat i företags intresse att väcka talan angående förenligheten med den i EG-fördraget reglerade etableringsfriheten.

Kommissionen har fått i uppdrag att förelägga rådet och Europaparlamentet en rapport om förordningens tillämpning och förslag av eventuella förändringar. Denna rapport ska då bland annat analysera lämpligheten av att medge att ett SE-bolag har sitt huvudkontor och sitt säte i olika medlemsstater. Frågan är om en ändring hinner komma till stånd innan frågan kommer upp i EG-domstolen.

Förord

Det har varit mycket intressant att skriva om detta ämne. Jag vill ge ett stort tack till min handledare Lars Pelin för hans tålamod, inspiration och tillgänglighet.

Till min familj och mina vänner, tack för ert stöd och all uppmuntran.

Professor Sture Bergström, bortgången och saknad, väckte mitt intresse för skatterätten och jag är honom tacksam.

1 Inledning

1.1 Introduktion

Ett av huvudsyftena inom EU är att utvidga den gemensamma ekonomiska marknaden. Genom bolagsformen europabolag har man önskat underlätta etableringar för företag i medlemsstaterna. Från början var tanken att gemensamma regler skulle gälla för europabolagen i medlemsstaterna men i praktiken har detta visat sig vara omöjligt att genomföra. Bolagets sätesland kompletterar lagen om europabolag med sina nationella lagar om aktiebolag och detta gör att europabolag kommer att lyda under två olika regelsystem, ett som är gemensamt för bolagsformen och ett som gäller i det land där företaget har sitt säte. Beskattningen är just ett sådant område som inte omfattas av förordningen utan regleras av de nationella bestämmelserna. Ett lands beskattningsrätt är suverän och även om det vore ett stort framsteg för det europeiska samarbetet att också på den punkten vara överens och i alla medlemsstater ha en gemensam beskattningsrätt så är det ingenting som verkar komma den närmaste tiden.

Något av det mest grundläggande och huvudsakliga att värna om inom gemenskapen är de fyra friheterna, det vill säga fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. Utöver dessa friheter finner vi den så kallade femte friheten, etableringsfriheten. Det är just etableringsfriheten som står i fokus i detta arbete.

Rätten till fri etablering har prövats i några uppmärksammade fall av EG-domstolen. Jag har valt att koncentrera mig på fyra av dessa mål vars domar visar vikten av etableringsfriheten och svårigheten med att åsidosätta den.

I SE-förordningen stadgas det att ett europabolags säte och huvudkontor¹ ska vara förlagt i samma medlemsland. Utöver detta får varje land själv avgöra om det dessutom ska förläggas till en och samma ort. Detta kan inte anses vara förenligt med den i EG-fördraget stadgade etableringsfriheten. Det intressanta är då att något som har arbetats fram för och av gemenskapen visar sig stå i strid med något så grundläggande som en av de starkaste friheterna i själva EG-fördraget.

1.2 Syfte och frågeställning

Det huvudsakliga syftet med denna uppsats är att undersöka huruvida SE-förordningen strider mot den i EG-fördraget stadgade etableringsfriheten och därmed även EG-domstolens praxis. Det är främst artikel 7 i SE-

¹ Det vill säga ett bolags formella respektive faktiska hemvist

förordningen, med krav på att säte och huvudkontor ska förläggas i samma land, som ställs mot artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget.

1.3 Avgränsning

Uppsatsen avgränsas till att undersöka SE-förordningens överensstämmelse med EG-fördragets reglering om etableringsfrihet, därmed behandlas inte de arbetsrättsliga frågorna i samband med europabolaget, även om där finns många frågetecken samt både stora och heta diskussioner kring ämnet. Det jag vill undersöka med uppsatsen är de skatte- och bolagsrättsliga frågorna och det gör jag då ur ett EG-rättsligt perspektiv. Europabolag är en bolagsform som är skapad av och för den europeiska marknaden, därmed är de EG-rättsliga frågorna av stort intresse.

1.4 Metod och material

Metoden är inledningsvis deskriptiv eftersom bakgrunden till europabolag är nödvändig för att förstå sammanhanget. Vidare är det enligt min åsikt viktigt att förstå det bakomliggande syftet med att införa bolagsformen europabolag, vad den initiala tanken var med hela. Därefter kan man själv ta ställning i frågan huruvida syftet är uppnått eller inte. Jag har i delar av uppsatsen tagit in mina egna åsikter om det som behandlas i kapitlen. Läsaren bör dock inte möta någon svårighet i att separera mina egna kommentarer från gällande fakta. En fullständig analys av uppsatsen finns också i slutet av denna uppsats.

Materialet jag har använt mig av är förarbeten, lagtext och doktrin. Det är främst förarbeten och lagtext som har fått ligga till grund för denna uppsats eftersom europabolag är så pass nytt i praktiken att några rättsfall ännu inte finns att tillgå. Detta gör att även doktrinen främst består av artiklar i juridiska och ekonomiska tidskrifter. De rättsfall jag har använt mig av är inte många men jag har låtit kvalitet och relevans gå före kvantitet i detta avseende.

Några rättsfall om europabolag finns av förklarliga skäl inte att tillgå utan jag har i förekommande fall använt mig av andra fall som jag applicerat på de aktuella frågorna. Detta gäller diskussionen kring etableringsfrihet.

I artiklar förekommer det ofta att författaren refererar till en annan författare, för att undvika indirekta referenser har jag kontrollerat förekommande referat och hänvisat till den direkta källan, då denna har gått att finna.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en historik av europabolaget, därefter följer de olika former som ett europabolag kan bildas i. Europabolagets organisation

presenteras i kapitel 4 följt av en genomgång av bolagets nationalitet i kapitel 5 som i underkapitel redogör för sätet.

Den fria rörligheten samt fyra utvalda, relevanta rättsfall finner man i kapitel 6, därefter diskuterar jag kring rättsfallens betydelse i kapitel 6.2.6.

Uppsatsens huvudfråga, huruvida SE-förordningen strider mot etableringsfriheten, presenteras i kapitel 7, där jag i underkapitel 7.2 framför mitt resonemang kring själva problematiken.

Uppsatsen avrundas i kapitel 8 med en sammanfattande analys där uppsatsens frågeställning besvaras. Som bilaga har jag bifogat EG-förordningens artiklar, 43-48, om etableringsfrihet. Jag anser att läsaren av uppsatsen är behjälplig av en direkt tillgång till dessa eftersom de behandlas genomgående i arbetet.

2 Europabolag

Historik

Idén om europabolag anses ha kommit från professor Sanders vid Rotterdam School of Economics redan år 1959. Sex år senare utsågs han även till att leda den första arbetsgruppen som hade till uppgift att ta fram ett förordningsförslag för en enhetlig form av aktiebolag och ett enhetligt regelverk inom EG. Förslaget resulterade, ca ett år senare, i 284 artiklar och reglerade bolagsbildande, organisationsstruktur, koncernbildning, redovisning, beskattning, fusion, medbestämmande för arbetstagare och upplösning.² Den nationella bolagsrätten ansågs härmed i stor utsträckning inte längre behövas. Arbetsgruppens utkast låg sedan till grund för kommissionens första förslag om europabolag som utfärdades år 1970. Förslaget var att ett europabolag skulle kunna bildas av publika bolag i olika medlemsstater genom fusion, bildande av holdingbolag eller joint venturebolag. Bolaget skulle bestå av två ledande organ, ett tillsynsorgan och ett ledningsorgan, det vill säga ett dualistiskt system.

År 1975 lade kommissionen fram ett omarbetat förslag till rådet som tillsatte en arbetsgrupp vilken arbetade med förslaget fram till år 1982 då arbetet lades ned eftersom någon enighet inte kunde uppnås. De frågor som rådet inte kunde enas om var skatteregler, styrelseform samt vissa arbetstagarfrågor, förslaget ansågs även alltför mycket göra intrång på medlemsstaternas nationella bolagsrättsliga principer.

Kommissionen presenterade ett nytt förslag år 1989 vilket innebar att arbetstagarnas medbestämmanderätt skulle regleras i ett separat direktiv³ och att bolaget kunde ledas som ett monistiskt eller ett dualistiskt system. Valmöjligheten av styrelsesystem var avsedd att tillgodose medlemsstaternas olika bolagsrättsliga traditioner men trots detta kunde återigen ingen enighet uppnås. Frågan om arbetstagarrepresentation i styrelsen ansågs vara svårast att komma överens om, kommissionen tillsatte därmed ytterligare en arbetsgrupp, den s.k. Davignongruppen, som hade till uppgift att lämna förslag om arbetstagarinflytande.⁴ Arbetsgruppen presenterade år 1997 den s.k. Davignonrapporten vilken föreslog att europabolagets ledning och arbetstagarna i första hand själva skulle försöka nå en överenskommelse om ett system om arbetstagarinflytande men om det inte lyckades så skulle vissa tvingande regler gälla.⁵ Förslaget fick först ett positivt mottagande men då Storbritannien inte ansåg sig kunna acceptera de

² Dejmek, Paulina, Den europeiska bolagsrätten - igår, idag och i morgon, SvJT 2002, s. 601

³ Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätten, 2002, s. 182

⁴ Nyström, Birgitta, a.a., s. 182

⁵ Goulet, Katarina, a.a., s. 300

tvingande reglerna var rådet tvunget att återuppta och fortsätta förhandlingarna.⁶

Vid toppmötet i Nice år 2000 enades till slut medlemsstaterna om arbetstagarnas inflytande och därmed kunde förordningen om europabolag⁷ och direktivet om arbetstagares medbestämmande⁸ antas den 8 oktober 2001. SE-förordningen trädde i kraft den 8 oktober 2004.

⁶ Goulet, Katarina, a.a., s. 300

⁷ Rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag, fortsättningsvis kallad SE-förordningen

⁸ Rådets direktiv 2001/86/EG av den 8 oktober 2001 om komplettering av stadgan för europabolag vad gäller arbetstagarinflytande

3 Förordning om stadga för Europabolag

3.1 Inledning

En förordning är bindande och direkt tillämplig för medlemsländerna vilket innebär att rättsakten varken skall eller får inkorporeras eller transformeras till nationell rätt för att bli gällande. Europabolag regleras främst genom SE-förordningen som från och med den 8 oktober 2004 gäller som lag i Sverige. Förordningen om europabolag är dock speciell eftersom den i flera fall ger medlemsstaterna möjligheter att komplettera förordningen med nationella regler och i vissa andra fall är medlemsländerna skyldiga att vidta nationella lagstiftningsåtgärder. Vissa frågor regleras överhuvudtaget inte av förordningen som exempelvis insolvensrätt, immaterialrätt, konkursrätt eller beskattning av europabolag (punkt 20 i ingressen till SE-förordningen samt artikel 9). I de fall som förordningen inte har någon reglering för europabolag ska samma regler gälla som för ett nationellt publikt aktiebolag i det medlemsland som bolaget har sitt säte. Detta innebär att europabolag kommer att regleras dels av nationella regleringar och dels av EG-rättsliga bestämmelser vilket i sin tur innebär att de rättsliga förutsättningarna för bolagen kommer att se olika ut beroende av vilket medlemsland de är hemmahörande i.

3.2 Bildande av europabolag

Ett bolag måste uppfylla en del uppställda krav för att få verka som europabolag. Till att börja med måste bolaget vara en juridisk person, aktiekapitalet ska vara fördelat på aktier och *”varje aktieägare skall vara ekonomiskt ansvarig endast för den del av aktiekapitalet som han har tecknat”* (art.1). Vidare ska bolagets aktiekapital vara minst 120 000 euro men om ett medlemsland i sin nationella lagstiftning reglerar ett högre aktiekapital för viss typ av verksamhet skall detta gälla för europabolag med säte i medlemslandet (art.4). I Sverige krävs det att aktiekapitalet för ett publikt aktiebolag ska vara 500 000 SEK, detta understiger SE-förordningens krav på aktiekapital och därmed gäller förordningens krav på europabolag med säte i Sverige. Frågor, händelser, kring europabolagets aktier, obligationer samt övriga jämförbara värdepapper regleras enligt sätetslandets nationella lagstiftning.

I förordningen regleras de fyra olika sätt på vilka europabolag kan bildas, dessa är europaholdingbolag, europadotterbolag, genom fusion samt genom ombildning av nationellt publikt bolag, konvertering. I de fall förordningen inte reglerar bildandet skall detta göras enligt den lag som gäller för publika aktiebolag i det medlemsland där bolaget kommer att ha sitt säte (art.15.1). Endast redan befintliga juridiska personer kan bilda europabolag,

bolagsformen kan med andra ord inte bildas av fysiska personer. Gemensamt för de olika bildningssätten är att europabolagets företagsnamn måste innehålla beteckningen SE (art.11).

3.2.1 Fusion

För att bilda ett europabolag genom fusion krävs att de bildande bolagen är publika aktiebolag som omfattas av minst två olika medlemsstaters lagstiftning och att de har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en medlemsstat samt har säte och huvudkontor inom EU (art.2.1). Fusionen kan ske antingen genom förvärv eller genom bildande av ett nytt bolag (art.17) och frågor som inte omfattas av förordningen regleras av gällande lag i den medlemsstat som bolaget är hemmahörande i enlighet med direktivet om fusioner av aktiebolag.⁹ Ett fusionsförslag ska presenteras för bolagens aktieägare och godkännas av bolagsstämman. Olika formaliteter kontrolleras inför genomförandet, däribland att riktlinjerna för arbetstagarinflytande har fastställts enligt direktivet om arbetstagarinflytande.¹⁰ Fusionen träder i kraft när europabolaget registrerats och kan därefter inte ogiltigförklaras om det skett enligt förordningens bestämmelser (art.30). Det som inte upptas i förordningen skall regleras av fusionsdirektivet.

3.2.2 Europaholdingbolag

Två eller flera publika eller privata aktiebolag kan tillsammans bilda ett europaholdingbolag (art.2.2). Bildandet av ett sådant bolag skiljer sig därmed från fusion genom att det för en fusion krävs att aktiebolagen är publika, bolagen upphör inte heller att existera genom bildandet av europaholdingbolaget (art.32.1). Två av bolagen måste antingen omfattas av olika medlemsländers lagstiftning eller ha dotterbolag i något annat medlemsland sedan två år. I likhet med fusion skall ett förslag till bildandet av europaholdingbolaget utarbetas av de initiativtagande lednings- eller förvaltningsorganen, vilket ska redogöra för bildningens juridiska och ekonomiska aspekter för aktieägare och arbetstagare. Förslaget till bolagsbildningen skall offentliggöras såsom föreskrivs i varje medlemsstat. Förslaget skall sedan godkännas av bolagsstämman i vart och ett av de initiativtagande bolagen (art.32.3). Då registrering har skett i europabolagets hemviststat anses bolaget bildat.

3.2.3 Europadotterbolag

Två eller flera bolag kan gemensamt skapa ett dotterbolag i form av europabolag (art.2.3). Även i detta fall skall minst två av bolagen omfattas

⁹ Rådets tredje direktiv 78/855/EEG av den 9 oktober 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om fusioner av aktiebolag

¹⁰ Goulet, Katarina, a.a., s. 302

av olika lagstiftning eller i minst två år haft ett dotterbolag som omfattas av lagstiftning i annan medlemsstat.

3.2.4 Konvertering

Ett nationellt publikt aktiebolag får ombildas till ett europabolag om bolaget sedan minst två år har ett dotterbolag som omfattas av lagstiftningen i en annan medlemsstat (art.2.4). Ombildningen innebär inte en avveckling av bolaget eller att en ny juridisk person skapas (art.37). Förslag till ombildningen sker och ser i princip ut på samma sätt som för fusion och holdingbolag. Det är bolagets styrelse som ger förslag till ombildning, styrelsen ska även redogöra för de konsekvenser som kan uppstå för bolagets anställda och aktieägare. Innan bolagsstämman kan fatta beslut om ombildningen ska förslaget offentliggöras och granskas av oberoende experter. För att på bolagsstämman kunna besluta om ombildning måste förslaget biträdas av aktieägare representerande 2/3 av både rösterna och av de på stämman företrädde aktierna. Beslutet ska sedan registreras vid Bolagsverket som är ansvarig myndighet för registrering av europabolag, efter registrering är bolaget ombildat till ett europabolag. Sättesflytt enligt art 8 får inte företas under ombildningen.

Ett europabolag kan också ombildas till ett nationellt publikt bolag, en sådan ombildning kan genomföras om europabolaget varit registrerat i minst två år och bolaget har minst två godkända årsredovisningar. Europabolag som har sitt säte i Sverige är obegränsat skatteskyldigt i Sverige och beskattas som ett svenskt aktiebolag samt att bolagets aktier behandlas som svenska aktier.

4 Europabolagets organisation

4.1 Inledning

Liksom i svenska aktiebolag utövas aktieägarnas beslutanderätt i europabolag vid bolagsstämman. Bolagets organisation kan vara uppbyggt på två olika sätt men det är bolaget och inte medlemsstaterna som väljer organisationsmodell. Europabolaget kan antingen styras enligt ett monistiskt system eller av ett dualistiskt system (art.38). Det innebär att ett bolag med säte i exempelvis Tyskland, som tillämpar den dualistiska styrelseformen, kan komma att välja den monistiska organisationsmodellen. Ett europabolag med säte i Sverige kan därmed välja det monistiska systemet istället för det dualistiska systemet.

4.1.1 Det monistiska systemet

Enligt det monistiska systemet är det ett förvaltningsorgan som styr och förvaltar europabolaget (art.43.1). Medlemsländerna kan fastställa ett lägsta och/eller högsta antal ledamöter i förvaltningsorganet men det måste dock alltid bestå av minst tre ledamöter om arbetstagarnas medverkan är reglerad i enlighet med direktivet om arbetstagarinflytande (art.43.2). Det är bolagsstämman som tillsätter förvaltningsorganets ledamöter (art.43.3).

4.1.2 Det dualistiska systemet

I det dualistiska systemet är det ledningsorganet som ansvarar för europabolagets ledning och förvaltning (art.39.1). Ledningsorganets förvaltning kontrolleras av tillsynsorganet och har inga egna befogenheter att vidta förvaltningsåtgärder för europabolaget (art.40.1). Tillsynsorganet har även till uppgift att tillsätta och avsätta ledningsorganets ledamöter (art.39.2). Av förklarliga skäl får inte en person vara ledamot i både ledningsorganet och tillsynsorganet eftersom detta hade lett till en form av egenkontroll. Tillsynsorganets ledamöter utses av bolagsstämman (art.40.2).

4.1.3 Redovisning

I förordningen finns det två artiklar som tar upp frågan om årsbokslut och, i förekommande fall, koncernbokslut (art.61).¹¹ Men det är ingen detaljerad reglering eller redogörelse för hur det ska gå till utan förordningen hänvisar istället till de regler som gäller för publika aktiebolag i det medlemsland där europabolaget har sitt säte. Bolagsrätten är inom detta område relativt likartad på grund av olika direktiv, därmed kommer redovisningen inte att skilja sig märkbart mellan de olika medlemsländerna.

¹¹ Artikel 62 gäller europabolag som är kredit- eller finansinstitut

4.1.4 Likvidation och konkurs

Hur man ska gå tillväga vid likvidation, avveckling, obestånd samt betalningsinställelse får man söka svar på via den nationella lagstiftningen i det land där bolaget har sitt säte (art.63). Europabolaget lyder under de lagregler som gäller för publika aktiebolag i det aktuella landet.

4.2 Gemensamma regler för de båda systemen

För de båda systemen gäller att valda ledamöter får sitta på sina poster i högst sex år, de kan dock omväljas för den utsatta tiden, under förutsättning att bolagsordningen inte innehåller några inskränkningar (SE-förordningen art.46.1-46.2). Medlemsstaterna kan föreskriva att löpande förvaltningsåtgärder får vidtas av en eller flera verkställande direktörer och det gäller både det monistiska och det dualistiska systemet (art.39.1 och 43.1). Ett europabolag som styrs av ett monistiskt system ska i sin bolagsordning ha en uppräkningslista av de kategorier av åtgärder som kräver ett uttryckligt beslut av förvaltningsorganet. Om ett europabolag har en dualistisk styrning ska det istället vara en uppräkningslista av de kategorier av åtgärder som kräver ett inhämtande av tillsynsorganets medgivande. En medlemsstat beslutar själv vilka kategorier av åtgärder som alltid skall finnas i bolagsordningen för europabolag som är registrerade på dess territorium (art.48.2).

En medlemsstat har även rätt att föreskriva att ett bolag eller annan juridisk person ska ha rätt att vara ledamot av ett bolagsorgan men då måste en fysisk person utses till företrädare.¹² Det är lagstiftningen i den medlemsstat där bolaget har sitt säte som avgör om en person får väljas till ledamot i ett bolagsorgan eller inte. I detta fall hänvisas alltså avgörandet till nationell rätt och det innebär att en person som enligt nationell rätt kan väljas till motsvarande funktion i ett nationellt publikt aktiebolag kan väljas till ledamot av något av europabolagets organ. Här kan vissa regler träda in som begränsar tillsättningen, exempelvis att en person som är ställd under förvaltning eller försatt i konkurs inte kan väljas som ledamot. Nationella regler som gäller för publika aktiebolag ska även gälla genomförandet av bolagsstämman samt omröstningsförfarandet.

Förordningen reglerar även till viss del ett informationsskydd för bolagets intressen (art.49). Ledamöterna i europabolagets organ får inte lämna någon information om bolaget som skulle kunna skada dess intressen, det gäller även efter avslutat uppdrag. Undantag görs då lämnande av information krävs eller medges i bestämmelserna i den nationella lag som tillämpas på publika aktiebolag där bolaget har sitt säte eller det är av allmänt intresse. Ledamöterna av europabolagets organ bär ansvaret för den skada som tillfogas bolaget genom att de åsidosatt sina skyldigheter enligt lagen eller

¹² Goulet, Katarina, a.a., s. 306

bolagsordningen som gäller för publika bolag i den medlemsstat där europabolaget har sitt säte (art.51).

5 Europabolagets nationalitet

5.1 Inledning

För att den europeiska företagsmarknaden ska kunna fungera fullt ut vad gäller handel och konkurrens uppstår ibland behovet för bolag att flytta sitt säte och/eller huvudkontor. Denna form av etableringsfrihet har komplicerats genom att bolag som önskat flytta från ett medlemsland till ett annat har varit tvungna att först likvidera bolaget i det frånflyttade landet för att sedan på nytt starta upp bolaget i det tillflyttade landet. Detta är naturligtvis både kostsamt och tidsödande samt gynnar på intet sätt den fria etableringen inom gemenskapen. Anledningen till att bolag är tvungna att genomgå denna något omständliga procedur är att medlemsländerna inte kunnat komma överens om ett gemensamt system för internationella bolagsförflyttningar. Nu har dock en lättnad uppstått för bolagsformen europabolag.

Juridiska personer har en nationalitet som knyter dem till ett visst lands lagstiftning. Vad som avgör nationaliteten för ett bolag regleras till viss del inom den internationella privaträtten och den gemensamma ståndpunkten är att lagreglerna i det land till vilket bolaget har starkast anknytning det skall tillämpas.¹³ Medlemsstaterna har inte alltid samma uppfattning om vilka fakta som skall anses vara avgörande för att bestämma anknytningen. Man kan säga att det finns två principer, domicilprincipen och sätesprincipen. EG-fördraget behandlar dessa två principer lika och ingen av dem har uttryckligen givits företräde enligt fördraget (EG-fördraget art.48).

5.1.1 Domicilprincipen

Domicilprincipen innebär att juridiska personer, för vilkas uppkomst krävs registrering, i princip ska anses som registreringslandets rättssubjekt. Bolaget anses tillhöra det land enligt vars lag det har bildats, detta uttrycks ibland som att ”bolaget skall lyda under den lagstiftning som det har att tacka för sin tillkomst”.¹⁴ Principen uppstod i Storbritannien och tanken var att engelska investerare skulle kunna driva engelska bolag oavsett var de faktiskt var verksamma.¹⁵ Domicilprincipen innebär att stiftelseslandets bolagsrätt skall gälla, oavsett var verksamheten bedrivs eller huvudkontoret ligger, därmed kan i princip en flyttning av bolagets säte genomföras med bibehållen juridisk person. Sverige tillämpar en variant av domicilprincipen, ett bolag anses tillhöra det land där bolaget registrerats och det landets lag gäller för bolaget. Detta innebär att i Sverige anses ett bolag alltid bildat i samma land som det registrerats i.

¹³ Fors, Mathias, Bolagens fria rörlighet, vad blir nästa steg?, Europarättslig tidskrift nr.2, 2002, s. 262

¹⁴ Fors, Mathias, a.a., s. 263

¹⁵ Denna princip framkommer i Centros-fallet C-212/97, se s. 21-22 denna uppsats

5.1.2 Sätesprincipen

Innebörden av sätesprincipen är att ett bolag endast lyder under den lagstiftning som tillämpas i det land där bolaget har sitt säte. Det faktiska sätet anses vara där bolagets verksamhet bedrivs och/eller där huvudkontoret ligger. Principen tillgodoser de olika skyddsintressen som kan finnas i den nationella lagstiftningen. Tanken är att man, genom att inte godkänna andra regler än den egna nationella lagstiftningen, skyddar den inhemska ekonomin från bolagsformer med lägre krav, på exempelvis borgenärsskydd, än den inhemska rätten.¹⁶ På grund av att sätet är det avgörande för bolagets nationalitet så kan problem uppstå då bolaget väljer att byta säte eftersom det då upplöses och sedan lyder under det lands lagar det flyttat till. Detta kan då påverka borgenärernas skydd men i de flesta länder finns det lagstadgade skyddsregler så att problemet inte uppstår. Något som däremot kan komplicera det hela är att begreppet ”säte” kan variera mellan olika länder. Tyskland är ett av de medlemsländer som tillämpar sätesprincipen.

5.1.3 De två principerna i praktiken

Nedan följer fyra olika exempel på effekten av de två principerna vid flytt av bolag.

- Bolaget flyttar från ett land som tillämpar inkorporationsprincipen till ett annat land som tillämpar samma princip, inga problem uppstår med vilket lands lagar som gäller för bolaget, registreringslandet.
- Flytt från ett land som tillämpar sätesprincipen till ett annat land som tillämpar samma princip innebär att bolaget anses upplöst när det flyttar och hamnar under det andra landets lagstiftning då bolaget bildas på nytt.
- Landet som bolaget flyttar från använder sig av inkorporationsprincipen och landet som bolaget flyttar till använder sig av sätesprincipen. Det lands lag som skall gälla är enligt båda länderna deras egen, kollision uppstår.
- Bolaget flyttar från ett land som tillämpar sätesprincipen till ett land som tillämpar inkorporationsprincipen, då gäller inget av ländernas rättsordning.

Ett europabolag skall kunna flytta från ett medlemsland till ett annat utan att varken upplösas eller behöva nybildas. Detta är ett steg i rätt riktning för att närma sig målet med en fri inre marknad och införliva de krav som uppställs i EG-fördraget artikel 43 och 48.

¹⁶ Fors, Mathias, a.a., s. 263

5.2 Europabolags säte

Europabolagets säte fastställs i bolagsordningen och bolaget ska registreras i den medlemsstat där det har sitt säte (art.12). Sätet och huvudkontoret måste vara beläget i samma medlemsstat och en medlemsstat får föreskriva att bolag som är registrerade inom dess territorium skall vara skyldiga att förlägga sitt säte och huvudkontor till samma land.¹⁷ Förordningens huvudregel är med andra ord att säte och huvudkontor ska finnas i samma stat, vilket är ett uttryck för det faktiska hemvistet. Principen innebär att ett bolag ska styras av de regler som gäller där det är verksamt och inte där registrering formellt har skett. Ett bolag kan då inte välja de rättsregler som passar det bäst genom att registrera sig i ett annat land än där det bedriver sin verksamhet.¹⁸ Därmed blir ett bolag som flyttar sitt huvudkontor till ett annat land också underkastat det landets regler.

Tyskland är, som nämnts ovan, ett av de länder där principen om det faktiska hemvistet tillämpas men i Sverige karaktäriseras ett bolag av att det har sitt säte inom Sverige och att det är bildat genom svensk lag. Detta innebär att ett svenskt bolag förblir svenskt även om det flyttar både huvudkontor och verksamhet till ett annat land. Om det nya landets regler ska gälla det svenska bolaget måste bolaget först upplösas genom likvidation och därefter måste verksamheten överföras till ett nybildat bolag i det nya landet.

För europabolag föreskriver förordningen att bolaget får flytta sitt säte till en annan medlemsstat och en sådan flyttning medför inte att bolaget behöver avvecklas (art.8). Vissa formella krav finns dock uppställda då europabolag vill flytta sitt säte. Ett förslag om flyttning måste upprättas av bolagets lednings- eller förvaltningsorgan. Förslaget ska bland annat innehålla det säte som är aktuellt för bolaget, beslutet om flyttning ska fattas på bolagsstämman men innan dess ska bolagets aktieägare och borgenärer granska förslaget (art.8.4). Europabolagets flyttning av säte ska gälla från den dag då bolaget blivit registrerat i den medlemsstats register där bolaget har sitt nya säte (art.8.10).

Europabolagets säte och huvudkontor ska vara beläget i samma medlemsland (art.7) vilket innebär att om bolaget önskar flytta sitt säte så måste även dess huvudkontor flyttas till samma land. Den medlemsstat som bolaget har sitt säte i ska tillse att bolaget uppfyller skyldigheten att förlägga säte och huvudkontor i samma land. I det fall att europabolaget inte uppfyller detta krav kan bolaget bland annat försättas i likvidation, det är då den medlemsstat i vilken bolaget har sitt huvudkontor som ska tillse likvidationen (art.64.2).

¹⁷ Dejmek, Paulina, Nya trender i europeisk bolagsrätt – inte bara gyllene aktier och europabolag?, Europarättslig tidskrift nr 4 2002, s. 721

¹⁸ S.k. Forum-shopping eller snarare hemvist-shopping

Myndighets motsättning av europabolags flyttning av säte

I förordningen har medlemsstaterna en möjlighet att föreskriva att en flyttning av ett europabolags säte som skulle innebära en ändring av tillämplig lag inte blir gällande om någon behörig myndighet i medlemsstaten motsätter sig flyttningen (art.8.14). Motsättandet får dock endast grunda sig på hänsyn till allmänintresset. Ett motsättande av sätesflytt kan tänkas vara på grund av skatteskal men att det skulle accepteras som grund för att hindra en flyttning anser jag inte vara troligt. För att en medlemsstat ska kunna utnyttja möjligheten att motsätta sig en sätesflytt måste staten införa särskilda bestämmelser om det i sin nationella lagstiftning och därvid ange vilket eller vilka myndigheter som ska besitta rätten att motsätta sig en flyttning av säte.¹⁹

I Sverige är det Bolagsverket som ska bevilja flyttning av säte.²⁰ Om Bolagsverket inte finner något hinder i sin prövning av ansökan ska myndigheten kalla bolagets borgenärer, i kallelsen anmodas den borgenär som motsätter sig bolagets flyttning av säte att anmäla detta till Bolagsverket senast en viss utsatt dag. Kallelsen ska kungöras i Post- och Inrikes Tidningar och en särskild underrättelse om kallelsen ska sändas till Skatteverket och kronofogdemyndigheten där bolaget har sitt säte.²¹ Om borgenär anmäler sin motsättning till flytt av säte inom utsatt tid ska ärendet övertas av tingsrätten i den ort som bolagets lednings- och förvaltningsorgan har sitt säte.

Behörig myndighet kan alltså motsätta sig ett europabolags flyttning av säte om flytten skulle gå emot allmänintresset. Samtidigt uppmanas medlemsländerna att verka för en gemensam marknad med fri etablering och ökad handel och konkurrens på lika villkor inom gemenskapens gränser. Detta kan uppfattas som motsättande men kanske ska man se det som två sidor av samma mynt. Etableringsfriheten ska gynnas och den fria europeiska företagsmarknaden är ett stort bidrag till en stärkt ekonomi inom gemenskapen. Samtidigt måste företagens framfart bromsas för att inte överträda bland annat arbetstagares intressen och kanske framför allt staternas intressen, skatteintäkter, som möjligtvis är det främsta allmänintresset.

5.3 Europabolagets fördelar och nackdelar

En av fördelarna med europabolag är det kan underlätta företagets etablering i andra länder genom gränsöverskridande fusioner och flyttning av bolagets säte, detta främjar företagets internationella samarbeten. Bolaget kan flytta sitt säte utan att först behöva avvecklas i det frånflyttade landet för att sedan bilda en ny juridisk person. Detta ger en större

¹⁹ Ds 2003:15

²⁰ Lag (2004:575) om europabolag §11 samt SE-förordningen art 8

²¹ Lag (2004:575) om europabolag §12

flexibilitet än vad som tidigare har varit möjligt. De administrativa kostnaderna blir lägre och etableringar i andra medlemsstater blir inte lika omständligt.

Gemensamma regler för medlemsländerna kan även ha ett betydande psykologiskt värde²² med tanke på gemenskapens utvidgning. Detta gäller främst vid fusioner mellan företag i olika medlemsstater då man istället för att välja ett av företagens nationalitet kan göra ett mer jämställt/rättvist val genom att välja att skapa ett europabolag.

Det som talar mot europabolag är bland annat att det redan finns möjligheter till etableringar utomlands genom filialer och dotterbolag i andra länder. Ytterligare ett argument kan vara att aktiebolagslagen redan i dag är relativt homogen mellan länderna genom bolagsdirektiv. De fall som inte regleras genom förordningen om europabolag skall regleras av den stats nationella regler som gäller för publika aktiebolag där bolaget har sitt säte. Nackdelen med att europabolagen regleras av både gemenskapsrätt och nationell rätt är att den nationella rätten kan skilja sig olika mycket åt mellan medlemsstaterna.

Det har talats om att det kommer att finnas engelska, tyska och svenska europabolag snarare än genuina europeiska bolag på grund av att nationella rättsregler kommer att ta plats där någon gemensam reglering inte står till buds. Förordningen överlämnar i dag alltför mycket åt den nationella rätten att reglera för att det fullt ut ska kunna anses som en bolagsform med en enhetlig, för alla medlemsländer, gällande reglering.

²² Dejmek, Paulina, Den europeiska bolagsrätten - igår, idag och i morgon, s. 606

6 Den fria rörligheten

6.1 Inledning

De fyra friheterna på den europeiska gemenskapens inre marknad är fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. I november 1993 infördes reglerna för den fria rörligheten för kapital i EG-fördraget. Den fria rörligheten för kapital innebär att inga hinder får sättas upp för kapitalöverföringar över gränserna, bland annat kan detta gälla betalningar mellan medlemsländerna. Friheten gäller mellan medlemsländer samt mellan medlemsländer och icke-medlemsländer (EGF art.56), dock med möjlighet till vissa begränsningar (EGF art.57-58). Den fria rörligheten är mycket viktig för främjandet och utvecklingen av den gemensamma marknaden. Den av de fria rörligheterna jag nu kommer att fokusera på är etableringsfriheten och detta gör jag genom att först presentera fyra relevanta mål som behandlar just frågan om företags etableringsfrihet kontra medlemsländers intressen.

6.2 Etableringsfriheten

Inom etableringsrätten (EGF art. 43-48) jämföras juridiska personer med fysiska personer. Det finns två typer av etableringar man brukar tala om, primäretableringar och sekundäretableringar.²³ Vid en nyetablering eller vid en fullständig överflyttning av en fristående verksamhet från en medlemsstat till en annan handlar det om en primäretablering. När en filial eller ett dotterbolag upprättas i ett annat medlemsland är det istället en sekundäretablering.

Artikel 48 stadgar ”*Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen skall vid tillämpning av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna*”, kapitlet som hänvisas till i formuleringen är kapitel III om etableringsfrihet. Men eftersom diskrimineringsförbudet i artikel 12 stadgar att all diskriminering på grund av nationalitet skall vara förbjuden ”*inom detta fördrags tillämpningsområde*” så skall förbudet gälla även juridiska personer.

Nedan följer först tre bolagsrättsliga rättsfall och därefter ett skatterättsligt rättsfall, i samtliga fall har tolkningsfrågor ställts till EG-domstolen angående etableringsfriheten.

²³ EG-fördragets artikel 43 avser både primär- och sekundäretablering

6.2.1 Mål C-212/97 (Centros-fallet)

Detta är ett mycket uppmärksammat mål angående etableringsfriheten. Fallet gäller bolaget Centros Ltd som registrerades i Storbritannien enligt där gällande regler men ville öppna en filial i Danmark. Danska Erhvervs- og Selskabsstyrelsen²⁴ avvisade Centros registreringsanmälan för en filial i Danmark. Selskabsstyrelsen motiverade avvisningen med att Centros inte drev någon verksamhet i säteslandet Storbritannien och inte hade för avsikt att fungera som en filial i Danmark utan istället försökte upprätta ett huvuddriftställe och därigenom undgå de nationella bestämmelserna som bland annat innebär ett tillskjutande av lägsta aktiekapital om 200 000 DKR.

Fallet gick vidare ända till Højesteret dit Centros överklagade den dom som föll till dess nackdel i tidigare instans. Enligt dansk rätt får ett utländskt bolag med begränsad ansvarsfrihet driva verksamhet genom filial i Danmark om bolaget har sitt säte i en medlemsstat. Centros hävdade inför Højesteret att det uppfyllde dessa villkor och därmed skulle få registrera en filial i Danmark. Vidare menade Centros att det inte var av betydelse att bolaget inte drevit någon verksamhet i säteslandet Storbritannien sedan bildningen, etableringsrätten skulle gälla ändå. Centros hänvisade till en tidigare dom²⁵ där det fastslogs att artiklarna 43 och 48²⁶ i fördraget hindrar myndigheterna i en medlemsstat att neka en bolagsdirektör att nyttja ett nationellt sjukförsäkringssystem på grund av att bolaget har sitt säte i en annan medlemsstat, även om det inte driver verksamhet där.

Selskabsstyrelsen menade att Centros önskan om en filial i Danmark enbart handlade om att undkomma de nationella bestämmelserna om tillskjutande av lägsta aktiekapital. Behovet av att skydda enskilda och offentliga borgenärer och medkontrahenter samt behovet att bekämpa bedräglig konkurs användes också som motivering till avvisningen av bolagets registreringsansökan.

Enligt domstolen visar sätet, verksamheten eller huvudkontoret ett bolags anknytning till ett visst medlemslands rättsordning. Domstolen uttalade att ett medlemsland i och för sig kan vidta åtgärder för att förhindra otillbörligt undandragande av nationell lagstiftning och att medlemslandet då kan använda sig av de möjligheter som finns i fördraget då det handlar om missbruk eller bedrägeri. Dock måste vid bedömningen av ett sådant agerande gemenskapsrättens syften beaktas. Domstolen menade att i detta fallet kunde Centros inte hindras från att nyttja etableringsfriheten eftersom det inte kunde anses handla om ett missbruk eller bedrägeri.

Artiklarna 43 och 48 ska säkerställa rätten till fri sekundär etablering. Ett medlemsland som hindrar ett bolag, på de grunder som presenterades i fallet, som bildats enligt rätten i ett annat medlemsland, från att starta en filial i förstnämnda land, handlar i strid mot fördraget. Vidare erinrade

²⁴ Generalstyrelse under det danska ministeriet för industri och handel

²⁵ Mål 79/85 *Segers*, dom 10 juli 1986

²⁶ I målet hänvisas till artiklarna 52 och 58 som numera är artiklarna 43 och 48

domstolen att dess rättspraxis angående nationella åtgärder som kan hindra de grundläggande friheterna endast får utföras om fyra förutsättningar är uppfyllda. De skall:

- tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt
- motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset
- vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem
- inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning

Dessa förutsättningar ansåg domstolen inte vara uppfyllda i fallet. Slutsatsen blev att enligt artiklarna 43 och 48 hindras ett medlemsland att neka ett bolag som registrerats enligt reglerna i ett annat medlemsland och där har sitt säte, att registrera en filial i förstnämnda medlemsland. Ett bolag har därmed rätt att undgå ett medlemslands regler om bolagsbildning, så länge bolaget inte försöker undandra sig skyldigheter gentemot enskilda och offentliga borgenärer i det aktuella medlemslandet. Det är med andra ord enligt EG-domstolen inte att anse som missbruk när ett bolag utnyttjar/använder de skillnader i lagar som finns mellan medlemsländerna.

6.2.2 Mål C-208/00 (Überseering-fallet)

Parterna i detta mål var Überseering BV och Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC). Frågan som ställdes till EG-domstolen var hur artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget skulle tolkas.

År 1990 förvärvade Überseering en fastighet i Düsseldorf, Tyskland, för bolagets verksamhet. Två år efter förvärvet fick NCC i uppdrag att renovera ett garage och ett hotell som båda var belägna på fastigheten. När renoveringarna var avslutade hävdade Überseering fel i måleriarbetet som NCC hade utfört.

Efter ytterligare två år förvärvar två tyska medborgare samtliga andelar i Überseering och kräver då ersättning av NCC för de föreliggande felen. Eftersom NCC vägrar utge någon ersättning går frågan vidare till domstol som avvisar talan, detta fastställdes även i den övre instansen. Avisan grundades på att bolagets säte ansågs flyttat till Tyskland på grund av ägarnas medborgarskap. Überseering ansågs vara ett utländskt bolag och saknade därmed rättskapacitet. Tyskland använder sig av sätesprincipen och innan bolaget kan erhålla rättskapacitet måste det ombildas enligt tysk rätt. Innan en ombildning genomförts hade bolaget ingen partsbehörighet och kunde därmed inte föra talan inför en tysk domstol.

Domstolen skulle besvara två tolkningsfrågor, den ena var om: ”... artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för en medlemsstat att vägra att erkänna att ett bolag har rättskapacitet och därmed även partsbehörighet i de nationella domstolarna vad gäller att göra gällande rättigheter enligt ett

avtal som det har ingått med ett bolag som är etablerat i samma medlemsstat, när bolaget har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat · i vilken det har sitt säte enligt bolagsordningen · och anses ha flyttat sitt faktiska säte till den förstnämnda medlemsstaten enligt den statens rättsordning.”

Om detta skulle besvaras jakande av domstolen så skulle ytterligare en fråga uppstå; innebär artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget att bolagets rättskapacitet och partsbehörighet ska bedömas enligt rättsordningen i det land där bolaget bildades?

Den tyska domstolen hänvisar till EG-domstolens dom i Centros-målet²⁷ samt domen i Daily Mail-målet²⁸ och menar att det inte klart kan utläsas av domstolens domar i dessa två fallen huruvida den reglerade etableringsfriheten som regleras i artiklarna 43 och 48 ”... utgör hinder för att låta bolagets rättsliga ställning anknytas till rättsordningen i den medlemsstat där dess faktiska säte finns i de fall där det faktiska sätet flyttas över gränserna.”. NCC samt den tyska, den spanska och den italienska regeringen menar att etableringsfriheten inte kan utgöra ett hinder för ett medlemsland, som ett bolag har tillflyttat sitt säte, att göra en prövning, enligt landets nationella rättsregler av ett bolags partsbehörighet och rättskapacitet då bolaget har bildats enligt ett annat lands rättsregler. Dessutom anförde de att bolaget i detta fall inte skulle kunna göra gällande rättigheter vid domstol i tillflyttade landet som uppkommit genom avtal då detta ingåtts med ett bolag som är etablerat i det frånflyttade landet.

EG-domstolen besvarade de båda tolkningsfrågorna enligt nedan:

”1) Artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för en medlemsstat att underlåta att erkänna att ett bolag har rättskapacitet och därmed även partsbehörighet i de nationella domstolarna vad gäller att göra gällande rättigheter enligt ett avtal som det har ingått med ett bolag som är etablerat i samma medlemsstat, när bolaget har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat · i vilken den har sitt säte enligt bolagsordningen · och anses ha flyttat sitt faktiska säte till den förstnämnda medlemsstaten enligt den statens rättsordning.

2) När ett bolag som bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en medlemsstat, i vilken den har sitt säte enligt bolagsordningen, utövar sin etableringsfrihet i en annan medlemsstat medför artiklarna 43 EG och 48 EG en skyldighet för denna stat att erkänna den rättskapacitet och därmed även den partsbehörighet som detta bolag har enligt rättsordningen i den stat där det har bildats.”

Sammanfattningsvis fastslog domstolen att artiklarna 43 och 48 var tillämpliga i fallet. Bland andra hade NCC och den tyska regeringen grundat

²⁷ Se ovan s. 21-22 i denna uppsats.

²⁸ Mål 81/87, The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC, REG 1988.

viss del av sin talan på artikel 293 i EG-fördraget, detta avvisades av domstolen som menade att artikeln inte lämnar någon lagstiftningskompetens åt medlemsländerna. Den öppning som finns enligt artikel 293 kan enbart användas då fördragsbestämmelserna inte gör det möjligt att förverkliga fördragets syften.

Slutsatsen blir att när ett bolag har bildats enligt ett medlemslands rättsregler och enligt sin bolagsordning har sitt säte i detta land men önskar utöva sin etableringsfrihet i ett annat medlemsland, då är det sistnämnda landet skyldig enligt artiklarna 43 och 48 att erkänna bolagets rättskapacitet samt partsbehörighet som bolaget besitter enligt det lands rättsregler som bolaget bildats i.

6.2.3 Mål C-167/01 (Inspire Art-fallet)

Parterna i detta mål var Kamer van Koophandel en Fabrieken voor, nedan kallat Kamer, Amsterdam och Inspire Art Ltd, nedan kallat Inspire. Tolkningsfrågorna gällde artiklarna 43, 48 samt 46.

Inspire bildades år 2000 i enlighet med engelsk rätt och med säte i Storbritannien, bolaget hade även en filial i Amsterdam. Verksamheten bestod av försäljning av konstföremål. Bolaget hade enbart en styrelseledamot och denne var bosatt i Nederländerna, ledamoten hade befogenhet att ensam och självständigt handla för bolaget. Företaget fanns registrerat i ett handelsregister i Amsterdam, dock fanns det ingen uppgift om att det var ett utländskt bolag, vilket det ansågs vara enligt den nederländska lagen.²⁹ Inspire utövade sin verksamhet uteslutande i Nederländerna, därmed ansåg handelskammaren att den saknade uppgiften var obligatorisk enligt nederländsk rätt. Med bakgrund av detta ansökte handelskammaren om att ett föreläggande skulle utfärdas där bolaget i handelsregistret skulle antecknas som ”*bolag som i formellt hänseende är ett utländskt bolag*”. Detta skulle då medföra andra rättsliga skyldigheter än vad som annars förelåg.

Inspire hävdade i första hand att registreringen inte var ofullständig och menade att bolaget inte föll in under den åsyftade rättsregeln. I andra hand hävdade bolaget att den rättsregeln var oförenlig med artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget. Den nationella domstolen fastslog dock att Inspire var att anse som ett utländskt bolag men önskade få prövat förenligheten av rättsregeln med gemenskapsrätten.

Tolkningsfrågorna var huruvida:

- artiklarna 43 och 48 skall tolkas som att de utgör hinder för ett medlemslands lag att uppställa ytterligare villkor för att upprätta ett dotterbolag eller en filial i landet, om ett bolag, som bildats i ett annat medlemsland, enbart syftar till att erhålla vissa fördelar i förhållande till bolag som har bildats enligt lagstiftningen i det land

²⁹ Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen av den 17 december 1997

där dotterbolaget eller filialen har upprättats, vilket innehåller strängare villkor än lagstiftningen i det land där bolaget bildats vad beträffar bolagsbildning och betalning av aktier.

- det faktum att det enligt det landets lag, där dotterbolaget eller filialen upprättats, måste antagas att sådant syfte föreligger då bolaget saknar anknytning till landet vars lag det bildats genom samt ”*enbart eller nästan enbart*” utövar sin verksamhet i förstnämnda land, påverkar domstolens bedömning i frågan.
- om någon av frågorna av domstolen besvaras jakande, kan den nämnda nationella lagen ändå motiveras med stöd av artikel 46 eller ”*på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset*”.

Domstolen hänvisar till Centros-fallet och menar att även om bolagets syfte var att undkomma den hårdare bolagsrätten i Nederländerna så gäller etableringsfriheten enligt artiklarna 43 och 48. Vidare erinrar domstolen att det framgår av rättspraxis att ett bolag inte behöver driva någon verksamhet i säteslandet, detta räcker inte som grund för fastställelse av missbruk eller bedrägeri som skulle kunna ge medlemslandet, där verksamheten bedrivs, någon möjlighet att neka bolaget dess etableringsfrihet. Artikel 46 kan därmed inte heller användas som stöd för att hindra bolagets etablering.

6.2.4 Mål C-446/03 (Marks & Spencer-fallet)

Frågan gällde tolkningen av artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget. Parterna var Marks & Spencer plc, nedan kallat M & S, och den brittiska skattemyndigheten.

M & S bildades och registrerades i England och Wales, det är moderbolag till bolag hemmahörande såväl i Storbritannien som i andra länder. Bolagets verksamhet innefattar bland annat konfektion och livsmedel. Bolagets utlandsetablering startade år 1975 och i slutet av 1990-talet hade bolaget försäljningsställen i mer än 36 olika länder genom dotterbolag och franchising. M & S hade inget fast driftställe i Storbritannien och utövade ingen ekonomisk verksamhet i landet. Varje dotterbolag bedrev sin ekonomiska verksamhet i det land där det hade sin hemvist.

På grund av en ökning av förluster offentliggjorde M & S i mars år 2001 att dess europeiska verksamhet på kontinenten skulle upphöra och därmed överläts ett dotterbolag i Frankrike, den 31 december år 2001, till en utomstående medan övriga dotterbolag upphörde med sin verksamhet.

M & S ville göra koncernavdrag hos moderbolaget i Storbritannien för de förluster som uppstått hos dotterbolagen i Belgien, Frankrike och Tyskland. Förlusterna räknades i enlighet med gällande regler i Storbritannien. Begäran om avdrag avslogs med motiveringen att koncernbidrag endast kan beviljas för förluster som uppkommit i Storbritannien. Inhemska bolag får utjämma vinster och förluster inom koncernen men förlusten får inte ha uppkommit hos ett utländskt dotterbolag.

M & S överklagade men fick sin talan ogillad varpå överklagan gjordes till Storbritanniens högsta instans som vilandeförklarade målet och inkom med tolkningsfrågor till EG-domstolen. Frågorna gällde, sammanfattningsvis, huruvida Storbritanniens bestämmelser om utjämningar av vinster och förluster inom koncerner innebär en inskränkning av etableringsfriheten enligt EG-fördragets artiklar 43 och 48.

EG-domstolen förklarar att artiklarna 43 och 48 inte utgör något hinder för ett medlemsland att i sin lagstiftning utesluta möjligheten för moderbolag i landet att utjämna sin vinst med förluster uppkomna i dotterbolag hemmahörande i ett annat medlemsland. Hinder utgörs inte trots att avdrag för förlust får göras om dotterbolag istället har sin hemvist i samma land som moderbolaget. Ett uteslutande av ovanstående avdragsmöjlighet utgör dock ett hinder mot etableringsfriheten om dotterbolaget i sitt hemvistland har uttömt de möjligheter som där finns avseende förlustavdrag och ingen möjlighet finns till framtida förlustavdrag i hemvistlandet. Detta gäller särskilt då dotterbolaget har överlåtits till en utomstående part.

I sin bedömning poängterar domstolen att om bolag inte beviljas avdragsrätt, på grund av att förlusten uppkommit i ett dotterbolag hemmahörande i annat land, kan detta påverka etableringsfriheten ”...genom att bolaget avskräcks från att bilda dotterbolag i andra medlemsstater.”.

Sammanfattningsvis innebär EG-domstolens tolkning att man inom en internationell koncern får kvitta förlusterna i dotterbolagen mot vinster i moderbolaget, trots att bolagen har olika hemvistländer. Dock måste avdragsmöjligheten i hemvistlandet först vara uttömd, detta gäller även eventuella framtida avdragsmöjligheter.

6.2.5 Rättsfallsanalys

I de tre bolagsrättsliga målen underkände EG-domstolen ländernas, Danmark, Tyskland och Nederländerna, talan om att det från bolagens sida var frågan om en primär etablering och därmed ett missbruk som stod i strid med bland annat allmänintresset. Domstolen menade att det varken var fråga om missbruk eller svek.

Centros-fallet anses allmänt som banbrytande, vilket gav fördel till Überseering-fallet som kom därefter. Centros lyckades kringgå kapitalkravet enligt den danska bolagsrätten, etablera sig i England samt utöva hela sin verksamhet i Danmark. Danmark hävdade att deras vägran att registrera Centros var i enlighet med artikel 46, som ska förhindra missbruk av rätten till fri etablering, eftersom Centros enbart sökte kringgå de danska kapitalreglerna. Domstolen underkände resonemanget men fastställer även att man ska kunna vidta åtgärder för att bekämpa bedrägeri. Genom domen i Centros har bolag erhållit möjligheten att åtnjuta fördelarna av hemvist-shopping.

I *Überseering-fallet* konstaterade domstolen att det faktum att bolaget skulle vara tvunget att ombildas i Tyskland i enlighet med landets lagar för att erhålla rättskapacitet, var en inskränkning av etableringsfriheten. Begränsningar av etableringsfriheten kan i vissa fall vara tillåtna, exempelvis för att skydda borgenärer eller skatteintressen. Detta ger dock inte ett medlemsland rätt att neka ett bolag, som bildats i ett annat medlemsland, rättskapacitet.

I *Inspire Art-fallet* avviker inte från de två föregående vad gäller domstolens syn på etableringsfriheten. Nederländernas framförda rättsregler ansågs strida mot EG-fördragets artiklar 43 och 48. De argument som framhårdades hade redan underkänts i både *Centros-* och *Überseering-fallet*. Generaladvokaten uttalade att begränsningarna i den nederländska rätten varken kunde motiveras med bekämpande av risken för missbruk eller med hänsyn till allmänintresset.

EG-domstolens svar i *Marks & Spencer-fallet* kan leda till att företag vågar satsa mer på en europeisk utlandsetablering eftersom avdragsrätten inom koncernen underlättar vid en eventuellt utebliven framgång. Förlustavdragen får dock göras endast om möjligheten till detta inte finns i hemvistlandet, det vill säga det land där förlusten uppstod.

De fyra målen ger en klar bild av hur svårt det är för medlemsländerna att uppställa olika hinder för bolagens etableringsfrihet. Den möjlighet som artikel 46 ger för att begränsa friheten genom hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, är svår att åberopa. Undantag på grund av det nationella allmänintresset anses inte heller innefatta minskade skatteintäkter. Vad som egentligen skulle kunna åsidosätta etableringsfriheten är svårt att säga. De nämnda försöken i målen har inte bringat några lyckade resultat.

6.2.6 Betydelsen av EG-domstolens praxis

EG-domstolens verksamhet finns reglerad i EG-fördraget (art. 220-245) och dess uppgift är att tillse att regleringen i EG-fördraget efterlevs. De nationella domstolarna är underordnade domstolen på så sätt att dess praxis skall respekteras.

Enligt artikel 234 sista stycket *skall* en nationell domstol vid bland annat tolkning av EG-fördraget föra frågan vidare till domstolen om detta krävs för tvistens avgörande. Det är vidare den nationella domstolen som själv avgör huruvida en fråga behöver hänskjutas till EG-domstolen eller inte. Då en korrekt tillämpning av EG-rätten framstår med sådan tydlighet att det inte finns något tvivel³⁰ eller har klargjorts genom domstolens tidigare avgöranden³¹, finns ingen anledning att inhämta ett förhandsavgörande.

³⁰ Acte Blair

³¹ Acte Eclairé

I den så kallade CILFIT-domen³² gjordes ett uttalande om att en nationell domstol måste ”vara övertygad om att saken är lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna”, detta får anses vara extremt långtgående samt rent ut sagt orimligt att uppfylla i praktiken. Formuleringen bör ses som en erinran om de olikheter som finns mellan medlemsländerna, sett ur både ekonomiska och sociala perspektiv, vilka kan ”påverka domstolarnas värdering av EG-reglers funktion och innebörd”.³³

EG-domstolen har det yttersta ansvaret när det gäller tolkning av EG:s fördrag, direktiv samt övriga rättsakter. Huruvida den praxis som utvecklas genom domstolen måste följas råder det delade meningar om.

³² Mål 283/81, CILFIT, dom 6 oktober 1982,

³³ Sigeman, Tore, artikel publicerad i Lag & Avtal, den 18 mars 2003

7 Strider SE-förordningen mot etableringsfriheten?

7.1 Inledning

Jag har i föregående kapitel kortfattat redogjort för etableringsfriheten och beskrivit fyra mycket uppmärksammade mål som handlade om denna frihet. I SE-förordningen och därmed även i lag (2004:575) om europabolag kan man finna en del förbättringar i form av bland annat lättnader vid olika omstruktureringar för europeiska företag som vill agera på den europeiska marknaden i form av europabolag. Men det jag ämnar undersöka är huruvida det trots vissa lättnader och förenklingar finns regler som faktiskt strider mot etableringsfriheten. Enligt SE-förordningen ”*skall*” ett europabolags säte och huvudkontor vara placerat i ett och samma medlemsland. Utöver detta ”*får*” varje medlemsland föreskriva att europabolag som registrerats i medlemslandet enligt dess regler också ”*skall vara skyldiga*” att förlägga sitt säte och sitt huvudkontor ”*till samma plats*” (art.7). Sverige har inte uppställt detta krav.

7.1.1 Kortfattat om säte

Hur definieras egentligen begreppet säte inom gemenskapen? En definition av säte som det land till vilket bolaget har starkast anknytning till kan ge olika utslag. Det kan vara där bolaget har sin huvudsakliga verksamhet, där kontrollen utövas över bolaget eller där ledningen finns och är verksam. Ett exempel på problem som kan uppstå är om ett bolag har sin huvudsakliga verksamhet i ett land som definierar sätet efter var verksamheten är, flyttar sin huvudsakliga verksamhet till ett land som anser sätet vara där ledningen finns och är verksam, var anses sätet finnas då?

7.1.2 Kortfattat om huvudkontor

Vad är egentligen ett huvudkontor eller hur definieras ett huvudkontor? Det finns olika meningar om hur ett huvudkontor definieras. I en rapport från ITPS³⁴ med syfte att undersöka varför alltfler företag placerar sitt huvudkontor utomlands presenteras även hur de intervjuade företagsledarna³⁵ definierade huvudkontor. I vissa fall ansågs koncernledningens placering vara huvudkontor medan det i andra fall ansågs vara företagets säte som avgjorde det. Andra faktorer som påverkade uppfattningen om var ett huvudkontor är beläget var ägarens hemvist och vem det är som utövar inflytande över själva verksamheten. Bolagets säte

³⁴ ITPS, institutet för tillväxtpolitiska studier, Strandell Anne-Christine, Löf Philip, Flytt av huvudkontor – tänkbara orsaker, A 2003:002

³⁵ NUTEK 2000, Företagsledares syn på näringsklimatet i Sverige

kan som ovan nämnts också vara en faktor som påverkar var huvudkontoret anses vara placerat. Det finns ingen samstämmig definition av huvudkontor men oftast syftar man till det kontor där VD:n och ledningsgruppen finns.

7.2 Diskussion kring SE-förordningens förenlighet med EG-fördragets artiklar 43 och 48

Senast fem år efter SE-förordningens ikraftträdande skall kommissionen förelägga rådet och Europaparlamentet en rapport om förordningens tillämpning samt förslag till förändringar (art.69). Denna rapport ska då främst analysera lämpligheten av att

- a) ”medge att ett SE-bolag har sitt huvudkontor och sitt säte i olika medlemsstater”
- b) ”utvidga begreppet fusion i artikel 17.2 till att även tillåta andra typer av fusioner än de som anges i artiklarna 3.1 och 4.1 i direktiv 78/855/EEG”

Europabolag har alltså en skyldighet att förlägga huvudkontor och säte i samma land, utöver detta krav överlåter förordningen till medlemsstaterna att reglera frågan om ett europabolag som registrerats i landet även ska vara skyldigt att förlägga huvudkontor och säte på samma ort.³⁶ Genom en sådan kombination kan en medlemsstat undanröja liknande problem som uppstod i Centros- och Überseeringfallen. En förklaring till kravet med säte och huvudkontor i samma land är att man vill undvika den så kallade ”Delaware-effekten”.³⁷ Uttrycket ”Delaware-effekten” kommer från en företeelse i USA där delstaten Delaware genom en förmånlig bolagsrätt har fått många bolag registrerade men få som där utövar sin faktiska verksamhet.

Sanktioner mot de bolag som förlägger huvudkontor och säte i olika länder finns reglerat i artikel 64.1. Sätetslandet har då en skyldighet, enligt artikel 64.1, att vidta lämpliga åtgärder för att bolaget ska ”...*anpassa sig till gällande bestämmelser inom viss tid*”. Huvudkontoret ska flyttas tillbaka till sätetslandet eller så ska sätet flyttas enligt artikel 8. Det medlemsland som huvudkontoret befinner sig i står inte utan någon skyldighet. Landet ska vidta de åtgärder som krävs för att bolaget försätts i likvidation om inte föreskriften i artikel 64.1 efterlevs.

En så kallad hemvist-shopping har stöd i tre domar från EG-domstolen, Centros-, Überseering- samt Inspire Art målen. I de nämnda fallen var det i och för sig inte den associationsrättsliga formen europabolag som bolagen besatt men ska europabolagen fräntas den möjlighet som andra bolagsformer kan åtnjuta i form av hemvist-shopping? Kravet på att

³⁶ Sverige har inte infört något krav på att förlägga huvudkontor och säte till samma ort

³⁷ Edhall Klaes, Rutberg Anne, Europabolag-ett verktyg för gränsöverskridande omstrukturering?, Svensk Skattetidning 2004, s. 517.

förlägga säte och huvudkontor i samma medlemsland har kritiserats som stridande mot EG:s grundlag eftersom man inte kan ”...*behandla europabolag annorlunda än ett nationellt aktiebolag*.”³⁸ Detta innebär att det egentligen inte ska finnas några hinder för en Delaware-effekt på den gemensamma marknaden.

Enligt professor Erik Werlauff är en möjlighet för europabolag att förlägga huvudkontor och säte i olika länder en direkt nödvändighet.³⁹ Werlauff menar dock att bolagen inte behöver vänta på någon ändring i SE-förordningen eftersom EG-fördragets artiklar 43 och 48 redan nu medför att artikel 7 i SE-förordningen är ogiltig. Enligt Werlauff är det faktum att ett bolag ska kunna tvingas till att byta sin nationalitet då det vill flytta sitt huvudkontor inte hållbart, särskilt inte efter EG-domstolens domar i Centros, Überseering samt Inspire Art.⁴⁰

I Europa har Delawere-effekten tagit sig uttryck i en ”London-effekt” eftersom de europeiska länderna ofta väljer ett brittiskt bolag på grund av landets mildare bolagsrättsliga reglering.⁴¹ Centros-fallet visar ett klart exempel på detta.

Enligt preambeln (5) till SE-förordningen är medlemsländerna skyldiga att tillse att de bestämmelser som ska tillämpas på europabolag enligt förordningen ”...*varken leder till diskriminering genom ooberättigad särbehandling av europabolag i förhållande till aktiebolag eller till oproportionerliga inskränkningar i rätten att bilda ett europabolag eller att flytta dess säte*.”. Detta visar hur förordningen överlåter mycket av ansvaret på medlemsländerna. Det är i princip omöjligt att undvika en diskriminering av europabolagen när det redan finns en reglerad sådan i själva förordningens artikel 7. Istället anser jag att situationen leder till ett moment 22. Medlemsländerna ska sörja för att förordningen inte tillämpas på ett felaktigt sätt samtidigt som själva diskrimineringen regleras i den förordning som skall följas.

Medlemsländerna skall medverka till att säkerställa att de i EG-fördraget stadgade skyldigheterna fullgörs. Detta följer av den så kallade lojalitetsprincipen i EG-fördraget artikel 10. Skyldigheten gäller även att fullgöra de åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsländerna får inte skapa nationella lagar som står i strid med EG-rättsliga normer och ska avstå från varje åtgärd som kan förhindra att fördragets mål uppnås. Skyldigheten föreligger dock inte om en nationellt stridande regel kan rättfärdigas av exempelvis EG-domstolens praxis. I frågan om att förlägga huvudkontor och säte i samma land gör

³⁸ Björkenfeldt, Mats, Hur många svenska bolag hamnar nu i London? Dagens Industri 2 oktober 2005

³⁹ Werlauff, Erik, Grænsoverskridende flytning af et SE-selskab – et hjemstedskrav i strid med etableringsretten i Traktaten, Ugeskrift for Retsvæsen, 2004, s. 242

⁴⁰ Werlauff, Erik, a.a. s. 245

⁴¹ Björkenfeldt, Mats, a.a. s. 1

medlemsländerna i och för sig helt rätt i att följa förordningen men denna står i sin tur i strid med själva fördraget.

Enligt EG-fördraget artikel 270 kan ett medlemsland väcka talan hos EG-domstolen bland annat i ärende som rör ”...åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av detta fördrag eller av någon rättsregel som gäller dess tillämpning eller rörande maktmissbruk.” Rätten tillkommer även fysiska och juridiska personer angående beslut riktade till dessa och då de direkt berörs av beslutet, detta gäller även beslut genom förordning. Varför har då talan förts angående SE-förordningen oförenlighet med EG-fördragets etableringsfrihet? Talan skall väckas inom två månader från den dag då beslutet offentliggjorts eller från den dag då berörd part fick kännedom om åtgärden, den tiden får anses ha passerat. Därutöver ligger antagligen inte intresset hos medlemsländerna då de genom förordningen inte sätter sina nationella regler helt ur spel. Möjligheten torde istället vara mer intressant för europabolag som direkt berörs av SE-förordningens och därigenom det aktuella landets nationella bestämmelser.

8 Sammanfattande analys

Många år har gått från den ursprungliga tanken om bolagsformen europabolag till den praktiska utvecklingen som vi i dag har. Jag skriver utvecklingen för bolagsformen är fortfarande under utveckling och den ursprungliga tanken är inte vad vi i dag har i praktiken. Kanske kommer vi med tiden närmare professor Sanders idé, kanske fjärras vi i praktiken ännu mer från den tanke som ligger till grund för denna bolagsform.

Tanken med europabolag är att uppmuntra till gränsöverskridande handel och affärsverksamhet inom den gemensamma marknaden men teorin överensstämmer inte ännu med praktiken. Ett stort hinder är att de europeiska länderna skiljer sig åt i sin beskattning, detta hämmar den grundläggande tanken om en gemensam och enad europeisk marknad på så sätt att företag kan komma att välja säte främst på grund av ett lands beskattningsregler. Detta kommer inte att gynna den gemensamma marknaden utan kommer istället att leda till en snedvriden konkurrens mellan länderna där de gemensamma målen inte uppnås.

För att närma sig den ursprungliga tanken med europabolag bör en gemensam skattebas upprättas mellan gemenskapsländerna vilket skulle leda till att konkurrensen går från att gälla mellan länderna, som istället kan samverka, till att gälla mellan företagen, vilket är det verkliga syftet för gränsöverskridande affärsverksamhet. Konkurrensen beror då på företagens priser, varor och tjänster istället för i vilket land företagen har sitt säte och detta lands gällande bolags- och skatteregler. Utgångspunkten blir då en öppen marknad med fri konkurrens på grundläggande lika villkor.

En av de stora frågorna kring europabolag, ur svenskt perspektiv, torde vara hur attraktivt det är för företag att förlägga sitt säte till Sverige? Bolagsskatten i Sverige är, i jämförelse med övriga europeiska länder, relativt låg men det sammantagna skattetrycket på svenska företag och dess ägare är högt. Det svenska beskattningssystemet kan komma att ge Sverige en stor nackdel i konkurrensen om att vara europabolagens sätesland. Om skattetrycket har alltför stor differens länderna emellan är risken stor för bolagsflykt till länder med mer fördelaktig beskattning. Sverige har inte infört någon skatterättslig lagstiftning avseende den löpande beskattningen för europabolag, det finns inte heller någon gemensam, särskilt gynnsam skattereglering för denna bolagsform.

Så länge medlemsländerna inte lyckas enas om mer gemensamma regler så måste de inse att både privatpersoner och företag kommer att söka finna de mest lämpade vägar att gå för att få ut mesta möjliga av den europeiska gemensamma röran av lagregler och detta med all rätt. Registrering i ett land, verksamhet i ett annat och reell beskattning i ett tredje, varför inte? Medlemsländerna måste komma överens i de stora ekonomiska frågorna, vilket är något av det viktigaste för en fungerande inre marknad. Nya idéer

för ekonomin såsom gemensamma bolagsformer och tillfälliga lösningar som på ytan ger sken av att den europeiska ekonomiska marknaden lyder under gemensamma regler och gott samförstånd, håller inte i längden. Kostnader i form av onödiga processer och omständliga i efterhand gjorda ändringar då nationella lagar och gemenskapens förordningar går emot själva syftet med en gemensam inre marknad, borde inte uppstå så frekvent som det faktiskt gör.

Etableringsfriheten är en av de viktigaste friheterna och att värna om, det ligger i hela gemenskapens intresse, såväl företag och privatpersoner, att denna frihet inte hindras utan att medlemsländerna fortsätter att utveckla denna frihet. Det krav som uppställs SE-förordningens artikel 7 för europabolag om att säte och huvudkontor skall förläggas i samma medlemsland strider enligt min mening mot etableringsrätten i EG-fördraget. Därutöver har medlemslandet en möjlighet att föreskriva att bolaget ska förlägga huvudkontor och säte till samma ort. Detta krav har Sverige inte uppställt, antagligen för att det inte har någon som helst mening då bolagsrätten och skatterätten är den samma i hela landet.

Associationsformen europabolag skapades för att ge ett gränsöverskridande och, för den europeiska marknaden, ekonomiskt utvecklande samarbete mellan medlemsländerna. Vidare finns både tankar och förslag om att ytterligare utveckla samarbetet genom att harmonisera medlemsländernas bolags- och skatteregleringar. Varför då presentera något som från början inte överensstämmer med själva EG-fördraget på grund av i SE-förordningen uppsatta hinder. Det förefaller en smula ironiskt att den bolagsform som har haft så höga förväntningar på sig, vilar på en förordning som står i strid med en så grundläggande rättighet som etableringsfriheten.

Enligt min åsikt måste en ändring ske i själva SE-förordningen. Kommissionen har i och för sig i uppgift att år 2009 förelägga rådet och Europaparlamentet en rapport om bland annat förslag till förändringar. Denna rapport ska då även analysera lämpligheten av att medge att ett SE-bolag har sitt huvudkontor och sitt säte i olika medlemsländer. Även om ingen förändring i frågan sker i själva förordningen så ska europabolagen redan nu kunna anses som fria att hemvist-shoppa, denna rättighet har tagits upp i EG-domstolen där det har konstaterats att bolag har rätt att åtnjuta denna frihet. Möjligheten finns alltså för andra bolagsformer och att hindra europabolagen från denna möjlighet är att diskriminera bolagsformen som sådan.

Inget medlemsland har väckt talan mot SE-förordningen enligt EG-fördraget artikel 270 och jag antar att detta inte heller kommer att ske. Talan som skall väckas senast två månader efter åtgärdens offentliggörande kan enligt tidsbegränsningen nu inte heller väckas av juridiska personer.

Ett bolag som skulle vilja trotsa artikel 7 genom att förlägga sitt huvudkontor till ett land men inte flytta sitt säte ses det inte nådigt på. Huvudkontoret ska flyttas tillbaka till säteslandet eller så ska sätet flyttas

enligt artikel 8, i annat fall skall bolaget försättas i likvidation. Det ska bli intressant att se om något europabolag trotsar artikel 7 och därmed hävdar sin rätt till fri etablering. En tolkningsfråga lär då till slut komma till EG-domstolen; strider SE-förordningens krav på att säte och huvudkontor ska förläggas i samma medlemsland mot etableringsfriheten i EG-fördraget? Mitt svar är onekligen ja. Vad gäller den rättsliga bedömningen är det bara att avvakta och se vad som händer.

Bilaga A

Utdrag ur EG-fördraget

KAPITEL 2

ETABLERINGSRÄTT

Artikel 43

Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 48 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.

Artikel 44

1. Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén utfärda direktiv för att förverkliga etableringsfriheten på ett visst verksamhetsområde.
2. Rådet och kommissionen skall fullgöra de uppgifter som tillkommer dem enligt ovanstående bestämmelser, särskilt genom att
 - a) i allmänhet med förtur behandla sådan verksamhet där etableringsfrihet innebär ett särskilt värdefullt bidrag till utvecklingen av produktion och handel,
 - b) säkerställa ett nära samarbete mellan behöriga myndigheter i medlemsstaterna för att få kännedom om de särskilda förhållanden som råder på olika verksamhetsområden inom gemenskapen,
 - c) avskaffa sådana administrativa förfaranden och sådan administrativ praxis som har sin grund antingen i inhemsk lagstiftning eller i avtal som tidigare har ingåtts mellan medlemsstaterna och som skulle kunna hindra etableringsfrihet om de behövs,
 - d) säkerställa att sådana arbetstagare från en medlemsstat som är sysselsatta inom en annan medlemsstats territorium får stanna kvar där för att starta förvärvsverksamhet som egenföretagare, förutsatt att de uppfyller de villkor som skulle ha ställts om de hade kommit till denna stat först vid den tidpunkt då de önskade starta verksamheten,
 - e) göra det möjligt för medborgare i en medlemsstat att förvärva och bruka fast egendom inom en annan medlemsstats territorium i den utsträckning detta inte strider mot principerna i artikel 33.2,
 - f) genomföra en gradvis avveckling av inskränkningar i etableringsfriheten inom varje aktuell verksamhetsgren i fråga om

- villkoren såväl för att upprätta kontor, filialer och dotterbolag inom en medlemsstats territorium som för att placera huvudföretagets personal på ledande och övervakande befattningar i dessa kontor, filialer och dotterbolag,
- g) i den utsträckning som det är nödvändigt samordna de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 48 andra stycket avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen, och
 - h) förvissa sig om att etableringsvillkoren inte snedvrids genom stödåtgärder av medlemsstaterna.

Artikel 45

Bestämmelserna i detta kapitel skall för den medlemsstat som är berörd inte omfatta verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.

Rådet får med kvalificerad majoritet på förslag från kommissionen besluta att bestämmelserna i detta kapitel inte skall tillämpas på viss verksamhet.

Artikel 46

1. Bestämmelserna i detta kapitel och åtgärder som vidtagits med stöd av dessa skall inte hindra tillämpning av bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.
2. Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 utfärda direktiv för samordning av de ovan nämnda bestämmelserna.

Artikel 47

1. För att underlätta för personer att starta och utöva förvärvsverksamhet som egenföretagare skall rådet enligt förfarandet i artikel 251 utfärda direktiv som syftar till ömsesidigt erkännande av examens-, utbildnings- och andra behörighetsbevis.
2. I samma syfte skall rådet enligt förfarandet i artikel 251 utfärda direktiv om samordning av medlemsstaternas bestämmelser i lagar och andra författningar om upptagande och utövande av förvärvsverksamhet som egenföretagare. Rådet skall genom enhälligt beslut under hela förfarandet enligt artikel 251 besluta om direktiv vilkas genomförande i åtminstone någon medlemsstat medför ändring av gällande principer inom yrkeslagstiftningen såvitt avser utbildning och tillträdesvillkor för fysiska personer. I andra fall skall rådet besluta med kvalificerad majoritet.
3. I fråga om läkaryrket, liknande yrken och farmaceutiska yrken förutsätter den gradvisa avvecklingen av inskränkningarna en samordning av villkoren för att få utöva dessa yrken i de olika medlemsstaterna.

Artikel 48

Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen skall vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna. Med "bolag" förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Lag (2004:575) om europabolag

Rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag

Rådets direktiv 2001/86/EG av den 8 oktober 2001 om komplettering av stadgan för europabolag vad gäller arbetstagarinflytande

Ds 2003:15

Litteratur

Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten*
Tredje upplagan, Lund 2001

Pelin, Lars *Internationell skatterätt i ett svenskt perspektiv.*
Tredje upplagan, Lund 2004

Artiklar

Björkenfeldt, Mats *Hur många svenska bolag hamnar nu i London?*
Dagens Industri 2004.10.02.

Dejmek, Paulina *Nya trender i europeisk bolagsrätt – inte bara gyllene aktier och europabolag?*
Europarättslig tidskrift nr 4, 2002

Dejmek, Paulina *Den europeiska bolagsrätten – igår, idag och i morgon*
SvJT 2002, s. 588-607

Edhall, Klaes,
Rutberg, Anne *Europabolag – ett verktyg för gränsöverskridande omstrukturering?*
Svensk Skattetidning 2004

- Fors, Mathias *Bolagens fria rörlighet, vad blir nästa steg?*
Europarättslig tidskrift nr 2, 2002
- Goulet, Katarina *Europabolaget*
Europarättslig tidskrift 2001
- Hall, Mikael
Lundgren, Claes *Europabolag*
Svensk Skattetidning nr 10, 2003,
s. 771-782
- Lindstrand, Carl *Flyttning av europabolags säte*
SvJT 2004;4 s.393-400
- Nyman, Svante
Walberg, Mats *Europabolag kan sänka kostnaderna till USA-nivå*
DagensIndustri,2004.09.27.
- Pehrson, Lars *Kan aktiebolag flytta?*
- Strandell, Anne-Christine
Löf, Philip *Flytt av huvudkontor - tänkbara orsaker*
ITPS institutet för tillväxtpolitiska studier
A 2003:002
- Svernlöv, Carl
B:son Blomberg, Erik *Europabolag, bra för storföretag men hur går det för Sverige?*
Dagens Industri 2004.09.20.
- Werlauf, Erik *Grænseoverskridende flytning af et SE-selskab – et hjemstedskrav i strid med etableringsretten i Traktaten*
Ugeskrift for Retsvæsen, 2004, s. 242-246

Rättsfallsförteckning

C-212/97, Centros ltd mot Erhvervs- og Selskapsstyrelsen, dom 9 mars 1999

C-208/00, Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), dom 5 november 2002

C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mot Inspire art Ltd, dom 30 september 2003

C- 81/87, The Queen mot HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC, dom 27 september 1988

C-446/03, Marks & Spencer plc mot David Halsey (H.M. Inspector of Taxes), dom 13 december 2005