

# Rätten till fri etablering

Möjligheter och begränsningar på bolagsrättens område

Ariana Qerimaj

Handledare: Peter Gottschalk

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH13

HT21



**LUNDS UNIVERSITET**  
Ekonomihögskolan

# Innehållsförteckning

<b>1 Inledning</b>	<b>6</b>
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	9
<b>2 Etableringsfriheten och dess utveckling</b>	<b>10</b>
2.1 Inledning	10
2.2 Historisk bakgrund till EU-rätten	10
2.3 Artiklarna 49, 52 och 54 i FEUF	11
2.4 Begreppet etablering	12
2.5 Den femte friheten	13
2.6 Sättesprincipen	15
2.7 Registreringsprincipen	17
2.8 Problematiken mellan principerna	18
2.9 Det fjortonde bolagsdirektivet	20
<b>3 EU-domstolens rättspraxis</b>	<b>22</b>
3.1 Inledning	22
3.2 C-81/87 - Daily Mail	22
3.3 C-79/85 - Segers	23
3.4 C-270/83 - Avoir fiscal	23
3.5 C-212/97 - Centros	24
3.6 C-167/01 - Inspire Art Ltd	26
3.7 C-208/00 - Überseering	28
3.8 C-210/06 - Cartesio	31
3.9 C-106/16 - Polbud	35
3.10 C-378/10 - VALE	37
<b>4 Laglig begränsning av etableringsfriheten</b>	<b>40</b>
4.1 Inledning	40
4.2 Artikel 52 FEUF	40
4.3 Principen om missbruk och bedrägeri	40
4.4 Betydelsen av allmänintresse	42
<b>5 Analys</b>	<b>45</b>
5.1 Inledning	45
5.2 Möjligheter inom etableringsrätten	45
5.3 Begränsningar på etableringsrättens område	46
5.4 Slutsats av rättsfallen	48
5.5 Sättesprincipen och registreringsprincipen	49
5.6 Friheterna på den inre marknaden	50
<b>Käll- och litteraturförteckning</b>	<b>52</b>
<b>Rättsfallsförteckning</b>	<b>55</b>

## Summary

The purpose of the freedom of establishment is for legal persons to be able to move their business and its registered office to another Member State within the European Union, without having to be transformed from the ground up in the other country. However, this is not as simple as one might think since there are some restrictions that make the right to free establishment more difficult, including the choice of law principles used by the various countries; namely the real seat doctrine and the incorporation doctrine respectively.

These principles have been widely debated and still are to this day - especially regarding which function they fulfill and which one of them should be considered as superior to the other. It is clear from the case law that the European Court of Justice (ECJ) has not ruled on this issue and thus places neither one above the other. Both the real seat doctrine and the incorporation doctrine are each others opposites, and since they are applied by different member states it often creates conflicts between them and how this problem in turn should be resolved.

During the course of the thesis, the principles are discussed in the light of the freedom of establishment as well as the opportunities and limitations that exist in the field of company law. Although a legal person should be considered to have the same opportunities as natural persons in the internal market, this is likely in theory, but far from being fulfilled in reality.

The case law in the field of company law is what has hitherto been and still inhabits an important role for the growth of freedom of establishment in the internal market of the EU. What is still lacking, however, is uniform harmonization in this area.

## Sammanfattning

Innebörden av etableringsfriheten är att för juridiska personer kunna flytta sin verksamhet och dess säte till ett annat medlemsland, utan att för den delen behöva ombildas från grunden upp i det andra landet. Dock är detta inte så enkelt som man kan tro utan det finns en del inskränkningar som försvårar rätten till fri etablering, bland annat de lagvalsprinciper som de olika medlemsländerna använder, nämligen sätesprincipen respektive registreringsprincipen.

Dessa principer har varit omdiskuterade och är det än idag - speciellt avseende vilken funktion de ska tänkas fylla och vilken som ska anses vara överordnad den andra. Av rättspraxis framkommer att EU-domstolen inte fattat beslut i denna fråga och således varken föredrar den ena eller den andra av de två. Såväl sätesprincipen som registreringsprincipen är varandras konkurrenter och eftersom de tillämpas av olika medlemsländer så skapar det oftast också konflikter mellan dessa och hur denna problematik i sin tur ska lösas.

Under uppsatsens gång diskuteras principerna mot bakgrund av etableringsfriheten samt även de möjligheter och begränsningar som finns på bolagsrättens område. Även om en juridisk person ska anses ha samma möjligheter som fysiska personer på den inre marknaden så är detta troligt i teorin, men långt ifrån att uppfyllas i verkligheten.

Den rättspraxis som finns på bolagsrättens område är det som hittills utgjort och fortfarande utgör en viktig roll för etableringsfrihetens tillväxt på den inre marknaden. Det som dock fortfarande saknas är en enhetlig harmonisering på detta område.

## Förkortningar

AB	Aktiebolag
CLWP	Kommissionens lagstiftnings- och arbetsprogram
ECJ	European Court of Justice
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EKSG	Europeiska kol- och stålgemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FEG	Fördraget om Europeiska gemenskapsrätten
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktion
SvJT	Svensk Juristtidning

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Juridiska personer såsom aktiebolag existerar inte på samma premisser som fysiska personer. EU-domstolen definierar juridiska personer som "*creatures of the law*", eftersom de existerar enbart då dess stiftare vidtagit åtgärder som härrör från olika nationers lagstiftningar på aktiebolagsrättens område. I flertalet EU-länder saknas det tydliga regler på hur ett företags nationalitet ska fastställas. Det finns heller inte internationella uppgörelser som kan vägleda i denna fråga. Av den anledningen har det utvecklats två principer i medlemsstaternas rättsordningar för att kunna fastslå ett företags nationalitet, nämligen sätesprincipen och registreringsprincipen.

Innebörden av sätesprincipen är att ett bolag ska följa den lagstiftning i det land där bolaget har sitt säte, det vill säga den plats där bolaget och dess centrala ledning styrs från. Registreringsprincipen däremot innebär att ett bolag ska följa den lagstiftning där bolaget stiftats oberoende av var själva verksamheten egentligen bedrivs eller var huvudkontoret är placerad. Dessa två konkurrerande principer kan skapa en viss osäkerhet vad gäller ett bolag och dess rättsliga status efter flytt. Att ett bolag väljer att etablera sig i ett annat land kan resultera i konsekvenser där företag får svårt att bygga upp en ändamålsenlig organisation.

Det faktum att EU:s medlemsstater tillämpar olika lagar och regler försvårar erkännande för utländska företag. Den problematik som uppkommer till grund av detta är att ett bolag som väljer att flytta sin verksamhet och dess huvudkontor från ett medlemsland till en annan kan riskera förlora sin rättsliga status som juridisk person. Vidare kan det även resultera i att ett företag måste bildas på nytt från grunden upp för att kunna bedriva verksamhet. Det är av stor betydelse för företag att kunna flytta sitt huvudkontor och fortfarande bevara sin rättssubjektivitet, detta är för att undvika likvidation eftersom denna process kan medföra ekonomiska förluster. Att kunna flytta sitt företag inom den europeiska unionen utan att riskera en eventuell likvidation gynnar troligtvis den ekonomiska integrationen inom EU.

Principerna för fastställandet av ett företags nationalitet kan sägas förhindra bolags fria rörlighet på den europeiska marknaden. Även om det finns uttryckligt föreskrivet i FEUF att ett bolag ska ha den rätten att erhålla fri rörlighet som fysiska personer, så finns inte den möjligheten på en och samma villkor. Denna problematik har kommissionen försökt lösa vad

gäller ett bolags nationalitet och möjligheten att förflytta sitt säte genom det så kallade 14 bolagsdirektivet. Syftet med direktivet var att ålägga medlemsländerna att i sina respektive rättsordningar kunna möjliggöra för inhemska aktiebolag att flytta och fritt etablera sig inom unionen. Det första förslaget till direktivet innebar att bolaget skulle kunna flytta sitt säte till ett annat medlemsland och där underkasta sig det landets lagstiftning samtidigt som företagets rättssubjektivitet tillvaratas. I enlighet med detta innebär det att ett bolag ska kunna avregistreras där det först bildades utan någon likvidation för att sedan kunna flytta till ett annat medlemsland och där registreras på nytt utan att behöva genomgå en process för att ombildas. EU-domstolen har i ett flertal viktiga rättsfall behandlat frågan om förhållandet mellan etableringsfriheten och vad som ska utgöra ett bolags personalstatut. Domarna har till följd av detta skapat förändringar i de olika rättssystemen, detta är då uppdelningen av de två lagvalsreglerna förhindrar den fria rörligheten inom EU, vilket i sin tur strider mot principiella EU-rättsliga regler.

## **1.2 Syfte och frågeställningar**

Syftet med min undersökning är att beskriva, förklara och analysera etableringsfriheten, utifrån bland annat internationella privaträttsliga principer, relevanta artiklar i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt samt aktuella och väsentliga rättsfall på etableringsrättens område. Med utgångspunkt i detta besvaras frågeställningen om de möjligheter och begränsningar som finns för juridiska personer att fritt röra sig över gränserna inom EU. Utöver detta besvaras även frågeställningen gällande principerna och huruvida denna är förenlig med EU-rätten eller inte.

### **Frågeställningar:**

- Vilka möjligheter och vilka begränsningar finns det för juridiska personer som vill flytta sig över gränserna inom den Europeiska Unionen enligt EU-rätten?
- Under vilka förutsättningar är sätesprincipen- respektive registreringsprincipens tillämpning förenlig med EU-rätten?

### 1.3 Avgränsningar

Fokus ligger på att undersöka etableringsfriheten ur ett bolagsrättsligt perspektiv. Av den anledningen undersöks och behandlas inte etableringsfriheten i någon skatterättslig mening. Uppsatsen tar heller inte sikte på de övriga friheterna på den inre marknaden även om det förekommit gränsfall där det varit svårt att separera från fri rörlighet för exempelvis tjänster med etableringsfriheten. De rättsfall som behandlas i uppsatsen är inte uttömmande, de är dock relevanta på bolagsrättens område och är i huvudsak av stor vikt och betydelse för etableringsfriheten och hur denna har kommit att utvecklas.

### 1.4 Metod och material

Den metod som uppsatsen utgår ifrån är den så kallade EU-rättsliga metoden. Den EU-rättsliga metoden<sup>1</sup> utgår från såväl primär- och sekundärrätt. Det som utgör primärrätten i denna uppsats är de relevanta artiklar på området etableringsfrihet, nämligen artiklarna 49 och 54 samt undantaget i artikel 52 FEUF. Utöver detta ingår även de rättsprinciper som utvecklats i och med rättspraxis på området, såsom sätesprincipen och registreringsprincipen (eller inkorporeringsprincipen som det också är känt som). Allmänna rättsprinciper som dessa används för att bland annat fylla ut och tolka EU-rätten. Dessa principer har uppkommit genom rättsfallen på området och funkar som komplement till fördragsartiklarna. Vad gäller sekundärrätten så utgörs detta av EU-domstolens rättspraxis och det material som behandlas i detta avseende är bland annat; Daily Mail-målet, Centros, Inspire Art, Überseering med flera andra. Dessa domar är precedensfall som lagt grunden för etableringsrätten och för hur etableringsfriheten ska tolkas.<sup>2</sup> Vidare ingår även doktrin som en del av sekundärrätten; av detta refereras det till i huvudsak litteratur såsom *“Europarättens grunder”* av författarna Ulf Bernitz och Anders Kjellgren samt bland annat *“European Union Internal Market Law”* av författarna Clemens Kaupa och Friedl Weiss. Dessutom utgår uppsatsen från juridiska artiklar från bland annat Svensk Juristtidning (SvJT), Common Market Law Review och European Union Law Review.

---

<sup>1</sup> Hettne, J & Eriksson, I, *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik, Visby, 2 uppl, s. 40 f.

<sup>2</sup> Ibid.



## 1.5 Disposition

Uppsatsens disposition består av följande kapitel. Första kapitlet är en introduktion till uppsatsen och det ämne som kommer att behandlas. Det andra kapitlet handlar om hur friheten till etablering definieras och vilken betydelse den har inom EU-rätten sett till bland annat de övriga friheterna på den europeiska unionens inre marknad. Utöver detta handlar kapitlet om de fördragsartiklar som är av betydelse för etableringsrätten samt de principer och det bolagsdirektiv som hjälpt utforma och utveckla etableringsfriheten. Även i detta kapitel tillkommer en del egna resonemang. I det tredje kapitlet hänvisas det till viktiga rättsfall för etableringsfriheten som alla är prejudikat på etableringsrättens område. Dessa domar har såväl lagt grunden för den fria etableringen för bolag och för hur denna kan komma att utvecklas. Kapitlet redogör för bakgrunden i de olika målen med tillägg för en del slutsatser och avslutande resonemang och analys. Det fjärde kapitlet är det kapitel som ägnas åt att undersöka den inskränkning som förekommer på etableringsfriheten, med utgångspunkt i fördragsartikel samt de principer och definitioner som utvecklats i samband med de rättsfall som uppkommit. Kapitel fem är det avslutande kapitlet för uppsatsen och ägnas åt att diskutera och analysera samt tillföra de slutsatser vad gäller lagvalsprinciperna, inskränkningarna på etableringsfriheten och rättsfallen. Detta kapitel återkopplar till uppsatsens syfte och besvarar de frågeställningar som uppställts i uppsatsens inledande kapitel. De sista kapitlen sex och sju är förteckningar över källor respektive rättsfall.

## **2 Etableringsfriheten och dess utveckling**

### **2.1 Inledning**

I följande kapitel redogörs en kort övergripande historisk återblick på EU-rätten och syftet med den europeiska unionen. Vidare i kapitlet behandlas de primära artiklarna som är bärande för etableringsfriheten, nämligen artiklarna 49 och 54 FEUF. Artikel 52 FEUF nämns också om än kort då den fungerar som en inskränkning på etableringsrättens område som inte fått genomslag i EU. Utöver detta beskrivs och definieras begreppet etablering och hur denna kommit att bli en rättighet som benämns den femte friheten. Denna frihet har fått stor signifikans och jämställs med de fyra friheterna på den gemensamma marknaden. Det förs även en beskrivning av de relevanta principerna, nämligen sätesprincipen och registreringsprincipen för att sedan diskutera problematiken som föreligger mellan de två. Samtidigt understryks såväl de positiva och negativa aspekterna med dessa principer. Sist men inte minst återges det fjortonde bolagsdirektivet.

### **2.2 Historisk bakgrund till EU-rätten**

I Europa har det funnits en utpräglad uppsättning av mål som inriktat sig på först och främst samarbete och integrering alltsedan uppkomsten av 1951 års Europeiska kol- och stålgemenskapen (EKSG). År 1957 tillkom EEG, den så kallades Europeiska ekonomiska gemenskapen genom Romfördraget, som bestod av följande stater, nämligen; Italien, Belgien, Luxemburg, Frankrike, Nederländerna och dåvarande Västtyskland. Avsikten med EEG och dess fördrag var att genom etableringen av en grund för en stadigvarande union mellan de europeiska länderna, skapa ett skydd för fredstillstånd och frihet. Visionen om fred är det som varit centralt i strävandet av europeisk samordning och integration.<sup>3</sup>

Målet om fred och frihet som det europeiska samarbetet utgår ifrån, skall enligt Romfördragets preambel, uppnås enligt två huvudsakliga tillvägagångssätt. Detta samarbete tar sin utgångspunkt i artikel 3 och 4 som syftar till att skapa en ekonomisk integration, det vill säga en gemensam marknad samt en finansiell och monetär union. En fundamental aspekt i utformningen av den gemensamma inre marknaden är de så kallade fyra friheterna, det vill

---

<sup>3</sup> Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 5-10.

säga fri rörlighet för tjänster, personer, varor och kapital. Även etableringsrätten räknas in och brukar benämnas som den femte friheten.<sup>4</sup>

### 2.3 Artiklarna 49, 52 och 54 i FEUF

De primära bestämmelserna avseende regleringen av etableringsrätten inom EU är artiklarna 49 (före detta artikel 43 FEG) och 54 FEUF (före detta artikel 48 FEG). Av artikel 49 första stycket FEUF framgår att fri etablering ska få förekomma utan vare sig inskränkning eller förbud mot att fritt etablera sig på ett annat territorium inom EU. Utöver detta får det heller inte förekomma inskränkningar eller förbud för en medborgare att kunna etablera exempelvis filialer, dotterbolag eller kontor i ett annat medlemsland. I artikel 49 andra stycket framgår att etableringsfriheten ska få gälla för egenföretagare som vill starta och utöva verksamhet samt bilda och driva företag.<sup>5</sup>

Av artikel 54 första stycket FEUF framgår att bolag ska likställas som fysiska personer och således anses utgöra medborgare i EU under förutsättning att de har sin huvudsakliga verksamhet, sitt säte eller sitt huvudkontor inom den europeiska unionen. I det andra stycket av artikeln definieras bolag som sådana företag och eller juridiska personer som regleras enligt civila eller handelslagsregler, det inbegriper sådan verksamhet som drivs i vinstsyfte och som utgör bland annat ekonomiska samverkande bolag och andra juridiska personer inom både offentlig och privat sektor.<sup>6</sup>

Dessa artiklar kompletteras med hjälp av artikel 52 FEUF (före detta artikel 46 FEG). Denna artikel utgör en undantagsregel och innebär att det förekommer förbehåll vad gäller den fria etableringsfriheten. Etableringsfriheten får därav begränsas om detta grundar sig på allmän ordning, hälsa eller säkerhet. Denna regel är dock restriktiv och skall tolkas på så sätt.<sup>7</sup> För att huvudregeln om fri etablering ska undantas krävs att fyra kriterier är uppfyllda för att nationella åtgärder ska kunna vidtas, nämligen att det *“... tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, vara ägnade*

---

<sup>4</sup> Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 28.

<sup>5</sup> Europeiska unionens officiella tidning (EUT), C 326/68, publicerad: 26.10.2012.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

*att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas samt inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning”.*<sup>8</sup>

## 2.4 Begreppet etablering

Definitionen av begreppet etablering framkommer inte av de relevanta fördragen. Dock har EU-domstolen slagit fast i sin rättspraxis om vad som kan antas omfattas av detta begrepp. Det som är principiellt för etablering av ett bolag är att det skall förekomma ekonomisk aktivitet, då detta är en förutsättning för fördragets tillämplighet.<sup>9</sup> Såväl en fysisk som juridisk person kan bedriva ekonomisk verksamhet. Vad gäller etableringsfall så skall det vara verksamhet av gränsöverskridande karaktär. Detta innebär att en individ eller bolag avser starta sin verksamhet i ett annat medlemsland än det land där denne har sin hemvist. Det framgår av artikel 49 FEUF att det som avser etableringsfrihet är rätten att såväl *“starta och utöva verksamhet”* samt även *“bilda och driva företag”*. Etablering ska således enligt artikel 49 anses ha en viss varaktighet. Det som kännetecknar och utmärker etablering är följaktligen, frågan om att det ska finnas en ekonomisk verksamhet som utövas av en fysisk eller juridisk person, med en viss beständighet i ett annat medlemsland än det egna hemlandet. Vad gäller etablering ska det dessutom göras en distinktion och detta tar sin utgångspunkt i två typexempel av etableringar som finns definierade i rättspraxis, nämligen;<sup>10</sup>

1. Primär etablering = i bolagsrättsligt perspektiv innebär den primära etableringen en överföring av ett bolag från en medlemsstat till en annan och/eller en nyetablering av en verksamhet i en medlemsstat.<sup>11</sup>
2. Sekundär etablering = vad gäller denna typen av etablering förstås det som upprättande av dotterbolag, filialer, eller kontor i ett annat medlemsland än sitt eget.<sup>12</sup>

Enligt EU-domstolen anses tidpunkten för när en verksamhet anses existera, är när detta bolag har en stadigvarande närvaro i det landet och således utövas på obestämd tid. Med stadigvarande närvaro är det tillräckligt om detta endast består av ett kontor.<sup>13</sup> Dock för att detta ska gälla så måste de berörda juridiska personer i själva verket vara etablerade i medlemsstaten och dessutom utöva en konstaterad ekonomisk verksamhet i den mottagande

---

<sup>8</sup> C-55/94, Gebhard, ECLI:EU:C:1995:411.

<sup>9</sup> C-36/74, Walrave och Koch, ECLI:EU:C:1974:140.

<sup>10</sup> C-270/83, Kommissionen mot Frankrike, ECLI:EU:C:1986:37.

<sup>11</sup> C-81/87, Daily Mail, ECLI:EU:C:1988:456.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> C-205/84, Kommissionen mot Tyskland, ECLI:EU:C:1986:463.

medlemsstaten. EU:s funktionsfördrag begränsar inte etableringsfriheten utan tillåter personer vara etablerade i fler än en medlemsstat, exempelvis genom etablering av en annan näringsverksamhet.<sup>14</sup>

## 2.5 Den femte friheten

Etableringsrätten anses utgöra ett komplement till de fyra friheterna inom den inre marknaden och kompletterar således den fria rörligheten för fysiska och juridiska personer. Denna frihet avser att skapa likhet för såväl personer och utländska bolag och inhemska rättssubjekt vad gäller möjligheterna för etablering i en medlemsstat. Dock är etableringsrätten inte oinskränkt, utan det finns förbehåll stadgade i bland annat artikel 51 FEUF som avser offentlig maktutövning och artikel 52 FEUF som beaktar allmän ordning, säkerhet eller hälsa.<sup>15</sup>

För att den inre marknaden ska åstadkomma sitt syfte om frihet vad gäller rörlighet och således förverkliga en aspekt av det europeiska samarbetet, förutsätts att även bolag ska ha möjlighet att förflytta sig över gränserna inom EU. Syftet med den gemensamma marknaden är att EU ska bli konkurrenskraftig på internationell plan genom skapandet av en marknad för alla rättssubjekt. Att verksamheter förflyttar sig betraktas vara positivt, men det har också påpekats av EU-parlamentet att det kan förekomma negativa påföljder. En möjlig negativ påföljd på grund av att ett bolag förflyttar sig till ett annat medlemsland är att det kan uppstå arbetslöshet i den region i det land där bolaget sedan tidigare varit bosatt och haft sin hemvist.<sup>16</sup>

Etableringsfriheten skapar den möjligheten och rätten att såväl starta och utöva verksamhet och lagstiftningen som sådan får inte anses vara missgynnande, dessutom får lagstiftningen heller inte tillämpas på ett diskriminerande sätt. EU-domstolen har utöver det fastslagit att artikel 49 FEUF har direkt effekt, det vill säga att ett rättssubjekt har den befogenheten att åberopa sina rättigheter framför inhemska domstol i ett medlemsland.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> C-502/20, Institut des Experts en Automobiles, p. 37-38, ECLI:EU:C:2021:678.

<sup>15</sup> Europeiska unionens officiella tidning (EUT), C 326/68, publicerad: 26.10.2012.

<sup>16</sup> Neville & Sørensen, Selskabers nationalitetsskifte, Nordisk Tidskrift for Selskabsret, s. 40-42.

<sup>17</sup> Ugge, Per, "Etableringsrätten inom EG - särskilt för juridiska personer", nr 4, 1991.

Ett grundläggande led i verkställandet av etableringsfriheten är integreringen av nationell lagstiftning. Ett särskilt stort problem vad gäller fri rörlighet för bolag är den bolagslagstiftning som skiljer sig åt i väsentliga punkter i de olika medlemsländerna. Av den anledningen har det tillkommit bestämmelser i Romfördraget om att koordinera de förebyggande insatserna (se artikel 50 p. 2 g) som fordras i medlemsländerna vad avser de bolag i enlighet med artikel 54 FEUF. Det har dessutom tillkommit direktiv i anknytning till artikeln, i syfte att frambringa en integrering av medlemsländerna och deras bolagsrätt och således skapa en enhetlig lagstiftning tvärs över EU:s nationer.<sup>18</sup>

I artikel 54 FEUF föreskrivs det att juridiska personer som grundats i överensstämmelse med ett medlemslands rättsordning och som också uppfyller kravet på ett säte, kontor eller en primär verksamhet inom EU:s gränser, så skall dessa likställas med fysiska personer som utgör en del av EU:s befolkning vid tillämpningen av etableringsfriheten. Det kan dock vara komplicerat att jämställa juridiska och fysiska personer med varandra vid tillämpningen av etableringsrättsliga föreskrifter. Detta är i synnerhet eftersom juridiska personer är så kallade "creatures of law" och är följaktligen rättsliga konstruktioner som skapats i överensstämmelse med ett lands lagstiftning. Tanken med artikel 54 FEUF är inte att den skall fungera som en hänvisning till någon av de två principerna (sättesprincipen eller registreringsprincipen/inkorporationsprincipen), syftet är snarare att fastställa den förbindelse till EU-rätten som krävs för att en verksamhet skall ha möjlighet att åberopa etableringsfriheten.<sup>19</sup>

Etableringsfriheten har rent praktiskt medfört en rättighet för bolag att kunna etablera bland annat filialer, agenturer eller dotterbolag i andra medlemsstater samt möjligheten att kunna medverka i så kallade joint ventures med samma rättigheter som ett inhemskt rättsligt subjekt från den medlemsstaten. Att medlemsländerna tillämpar olika bestämmelser vad gäller erkännande av utländska bolag skapar hinder för företag att antingen kunna flytta sitt huvudkontor utan att behöva förlora sin status som juridisk person eller etablera sitt huvudkontor utan att för den delen behöva bildas om på nytt från grunden upp. Medlemsländernas olika nationella regelverk har således skapat en blockering för bolag och deras etableringsrätt i praktiken. I Romfördraget i artikel 293 stadgades att medlemsländer skall förbereda överläggningar i syfte att tillförsäkra reciprok erkännande av bolag som

---

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ugge, Per, "Etableringsrätten inom EG - särskilt för juridiska personer", nr 4, 1991.

framkommer i artikel 54, att bolag ska kunna bibehålla sin ställning som juridisk person även under sådana förhållanden då ett bolags säte flyttas från en stat till en annan, samt även möjligheten till sammanslagning av bolag som rättar sig efter olika nationella lagstiftningar. Den konvention för ömsesidigt erkännande av företag som förbereddes under 60-talet och var klar i början av år 1968 trädde aldrig i kraft. Detta var på grund av att Nederländerna på den tiden hade övergått från att ha sätesprincipen som lagvalsprincip till att istället införliva inkorporationsprincipen i sin nationella rättsordning. I samband med denna förändring så valde man att heller inte skriva under konventionen eller för den delen godkänna den.<sup>20</sup>

Även om avgöranden i rättsfall såsom *Van Gend en Loos* och *Costa vs. ENEL* har konstaterats ha så kallad direkt effekt och därmed företrädesrätt över inhemsk rätt så har de olika lagvalsprinciperna som medlemsstaterna tillämpar gett upphov till konsekvenser för etableringsrätten i praktiken. Etableringsrätten som anses ha direkt effekt får i själva verket inte den tänkta effekt vid en eventuell konflikt, följaktligen då ett bolag inte har den möjligheten till etableringsfrihet på samma villkor som ett nationellt företag i ett annat medlemsland.

## 2.6 Sätesprincipen

Sätesprincipen uppkom och utvecklades under 1800-talet i syfte att kontrollera tillgångar som tillkom som följd av den industriella revolutionen. Principen används och tillämpas främst av följande EU-medlemsländer, nämligen Frankrike, Portugal, Luxemburg, Belgien, Tyskland, Italien och Österrike.<sup>21</sup>

De länder som tillämpar sätesprincipen anser att det är det konstaterade "reella" sätet som anger vilket lands rättsordning som en person har en bestående anknytning till.<sup>22</sup> Av detta följer således att juridiska personer ska lyda det lands lagstiftning där det har sitt faktiska säte. Det finns inte en likformig begreppsbestämning vad gäller begreppet *säte*. Emellertid har det enligt allmänt tal ansetts att det så kallade "faktiska" eller "reella" sätet, vara den plats där verksamheten har sitt fasta driftställe och driver näring därifrån.<sup>23</sup> Det är alltså den plats

---

<sup>20</sup> Wymeersch, Eddy, *Capital Markets and Business in the Law*, s. 632

<sup>21</sup> Werlauff, *EU-selskabsret*, s. 3-5.

<sup>22</sup> Ebke, F. Werner, *The "Real Seat" Doctrine in the Conflict of Corporate Laws*, s. 8.

<sup>23</sup> EC Company Law (1) s. 334-335 "central management & control"; Johnston & Syrpis, "Regulatory Competition in European Company Law After Cartesio" (2009) *European Law Review* s. 378 och s. 381.

där besluten i verksamheten realiseras och/eller bolagets ledningsorgan uppehåller sig.<sup>24</sup> Utöver detta krävs dessutom att bolaget ska vara registrerat för att det ska anses vara ett självständigt rättssubjekt.<sup>25</sup>

Det som utmärker sätesprincipen är att den fungerar som en skyddsteori. Denna teori har i syfte att tillgodose de skilda skyddsintressen, det vill säga, borgenärer, arbetstagare och minoritetsägare, som omfattas av den nationella lagstiftningen.<sup>26</sup> Tanken är att genom den egna nationella lagstiftningen skydda ekonomin i landet från bolagsformer med sämre skydd för exempelvis borgenärer och låga krav på ekonomiska investeringar.<sup>27</sup>

Bolagets intressenter anses befinna sig där bolagets kärna är. Detta är emellertid inte fullkomligt säkert då det i och med den tekniska utvecklingen inte nödvändigtvis innebär att styrelsen behöver uppehålla sig på samma plats som ett företags finansiella verksamhet.<sup>28</sup> Det är inte heller sannolikt att borgenärer skulle tvunget infinna sig i det land där bolaget har sitt säte. Detsamma gäller även för aktieägare som kan vara bosatta i andra länder, vilket kan följdaktigt resultera i att deras intressen inte tillgodoses eller förvaltas på bästa möjliga sätt där bolaget har sin hemvist.<sup>29</sup> Sätesprincipen är således inte ändamålsenlig om ett bolags primära funktion och verksamhet utövas i andra delar av världen på exempelvis elektronisk väg och inte fysiskt på plats i bolagets säte. Det kan påstås att principen till viss del är utdaterad i detta avseende och behöver därför finjusteras. Dock har sätesprincipen å andra sidan en betydande och central roll eftersom det inte endast har till syfte att se över aktieägarers intresse av ekonomisk vinst, utan också ett socialt ansvar i förhållande till borgenärer och arbetstagare då det finns ett behov av att skydda dessa.<sup>30</sup>

Det har förts fram en del kritik mot sätesprincipen - och det är i synnerhet två frågor som uppmärksammas. Det ena problemet är vad som utgör bolagets säte och hur denna ska avgöras i och med att det inte finns en uniform definition. Medan det andra problemet vad gäller sätesprincipen är att den kan i en del fall innebära hinder för affärsrörelse att utöva

---

<sup>24</sup> Neville & Sørensen, *NTS* 1999:1 s. 36-38; Berke, *Corporations and Community Law* s. 7-9.

<sup>25</sup> Sørensen, s. 35-40; Werlauff, *EU-selskabsret*, s. 3-5.

<sup>26</sup> Neville & Sørensen, s. 38 ff.

<sup>27</sup> Werlauff, "Using a foreign company for domestic activities", s. 8-10.

<sup>28</sup> Søndergaard Birkmose, *Konkurrence mellem retssystemer: Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv*, s. 55-58.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Berke, *Corporations and Community Law*, s. 7-9.



transnationell verksamhet.<sup>31</sup> Sätessprincipen utgör ett hinder för företags huvudsakliga etablering och är på så sätt ett framstående hinder för bolags fria flyttbarhet, och för möjliggörandet av etableringsfriheten.<sup>32</sup> Denna princip är sålunda ett hinder för realiserandet av den inre marknaden.<sup>33</sup>

Utöver det kan det också hävdas att EU:s medlemsstater som tillämpar sätessprincipen gör detta i syfte för att försvåra förflyttning av säten utrikes för inhemska bolag. Detta görs för att i synnerhet förhindra att verksamheter på så vis undkommer de stränga inhemska associationsrättsliga reglerna. I tysk rätt är det vanligt förekommande att ett bolag har rätt till arbetstagarrepresentation i bolagets styrelse om det är fler än 500 arbetstagare som jobbar åt företaget. Engelsk rätt har till skillnad från tysk rätt, inget krav eller önskan på regler om representation för arbetstagare. Istället framgår av engelsk rätt att det ekonomiska intresset är av störst betydelse och att det av den anledningen kan medföra att tyska bolag därigenom väljer att byta verksamhetsplats och bosätta sig i Storbritannien för att undgå den tyska associationsrätten.<sup>34</sup>

## 2.7 Registreringsprincipen

Registreringsprincipen tillkom ursprungligen från Storbritannien och tanken med denna princip var att sprida det brittiska imperiets bolagsrätt runt om i världen. Engelska investerare skulle således kunna driva verksamhet i enlighet med engelska regler, oberoende av var i världen de befinner sig och verkar.<sup>35</sup> Minoriteten av medlemsländer, såsom de nordiska länderna Sverige, Danmark, Finland, Norge och även Nederländerna, Spanien, Irland och förre detta medlemsland Storbritannien, följer således denna doktrin. Dessa länder tillåter företag att införliva enligt sin egen lag oberoende av den faktiska platsen för deras affärsverksamhet.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Søndergaard Birkmose, *Konkurrence mellem retssystemer: Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv*, s. 55-58.

<sup>32</sup> Neville & Sørensen, *Selskabers nationalitetsskifte*, s. 36-37.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Neville & Sørensen, *Selskabers nationalitetsskifte*, s. 39.

<sup>35</sup> Werlauff, *Using a foreign company for domestic activities*, s. 8-10.

<sup>36</sup> Johnston, Andrew & Syrpis, Phil, "Regulatory Competition in European Company Law After Cartesio" (2009) *European Law Review* s. 378 och 381; Weiss, Friedl & Kaupa, Clemens, *European Union Internal Market Law*, 2014, Cambridge University Press.

Det vill säga att registreringsprincipen (även känd som inkorporationsprincipen) som sådan innebär att företag i registreringslandet också rättar sig efter den lagstiftning där den är registrerad. Kravet gäller således på att bolaget är inskrivet, men desto mindre betydelse har vare sig bolaget väljer att bedriva verksamhet i det land där den är registrerad. Inte heller är det relevant var bolaget kan komma att ha sitt säte placerad.<sup>37</sup> Ett bolag som bildats utifrån denna princip kan därmed också bedriva verksamhet i andra EU-länder samt även flytta sin hemvist och fortfarande behålla sin ställning som en juridisk person.<sup>38</sup>

Det fördelaktiga med denna registreringsprincip är att vid en eventuell bolagsrättslig motsättning går det att finna en resolution på denna konflikt. Förutsättningen är dock att detta ska ske med ett relativt snabbt avgörande utifrån vilket lands lag som konflikten ska kunna lösas med. Principen har på grund av detta fått utstå kritik, då detta medför en risk för missbruk till följd av att verksamheter har möjlighet att bestämma vilken lag som de ska rätta sig efter.<sup>39</sup> Ett sätt som företag kan undvika ofrånkomliga regler i ett verksamhetsland är genom det så kallade “pseudo foreign companies”, detta innebär att ett bolag grundas i ett land men väljer att bedriva och utöva sin verksamhet i ett annat land.<sup>40</sup> Denna valfrihet som registreringsprincipen bidrar med kan riskera leda till att medlemsstater antar en lägre standard vad gäller sina bolagsrättsliga lagstiftningar för att i sin tur vara attraktiva för etablering av företag. Detta är känt som den “Delaware-effekt” som finns redan väletablerad i USA och eventuellt kan komma att expandera även i Europa. Denna effekt benämns som ett “race-to-the-bottom” och det är även det som försöker undvikas.<sup>41</sup>

## 2.8 Problematiken mellan principerna

Skulle ett bolag välja att flytta sitt säte från ett medlemsland till ett annat, kan det bli problem gällande vilket lands lagstiftning som i sådana fall blir tillämpligt. Om bolaget har befunnit sig där registreringsprincipen är rådande, för att sedan flytta till ett land som tillämpar en och samma princip ska bolaget följa det lands lagstiftning där bolaget är registrerat. Dock om ett bolag förflyttas till ett land som tillämpar sätesprincipen kan det uppkomma en del

---

<sup>37</sup> Werlauff, Erik, EU-selskabsret, 2002, s. 2-4; Neville & Sørensen, Selskabers nationalitetsskifte, s. 35 ff.

<sup>38</sup> Ryan, Patrick S., “Will there ever be a “Delaware of Europe?””, *Columbia Journal of European Law*, Vol 11:2, 2004/2005, s. 185-190.

<sup>39</sup> definitionen av *forum-shopping*: “en part får i internationella sammanhang möjlighet att få en talan väckt och prövad i för parten förmånligaste processland”

<sup>40</sup> Søndergaard Birkmose, Konkurrence mellem retssystemer: Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv, s. 55-58.

<sup>41</sup> Ibid.

konsekvenser. Konsekvenserna är olika beroende på vilket land företaget flyttar till. Följande situationer skulle kunna uppkomma till följd av denna problematik.<sup>42</sup>

Om en situation uppkommer där ett bolag flyttar sitt säte från ett land som tillämpar registreringsprincipen till en stat där sätesprincipen praktiseras, förmår det uppkomma en oenighet bland dessa två länder om vilken rättsordning som bör gälla för bolaget. Båda länder för sig kommer att anse att det är deras rättsordning som ska gälla. Förr fanns det en möjlighet för en medlemsstat att kräva att bolag som flyttade dit också ombildades i överensstämmelse med deras nationella lagstiftning. I rättsfallet *Überseering* gäller att det land där bolaget flyttar till också är skyldigt att godkänna bolaget och dess rättskapacitet inklusive partsbehörighet om detta i sin tur är bildat i enlighet med lagen i ursprungslandet.<sup>43</sup>

Skulle dock en verksamhet flytta sitt säte till ett land som tillämpar registreringsprincipen från ett land som tillämpar sätesprincipen anser således ömse nationer att bolaget skall få lyda det andra landets lagstiftning. Det kan således betyda att bolaget inte behöver rätta sig efter något av ländernas rättsordning. I enlighet med rättsfallet *Überseering* är den stat där bolaget flyttar till tvungen att medge såväl bolagets rättskapacitet och dess partsbehörighet. Staten kan inte yrka på att bolaget genomgår ombildning om det fullföljer att existera i överensstämmelse med ursprungslandets rättsordning och lagstiftning.<sup>44</sup>

Skulle däremot ett bolag omplacera sitt säte från en stat där sätesprincipen varit tillämplig till en annan stat där en och samma princip är tillämplig, kommer staterna att anse att verksamheten således ska följa den jurisdiktion i det land som bolaget har flyttat till. Förr uppställdes krav på bolaget att det måste ombildas enligt den rättsordning som förekommer i det land de således flyttar sitt säte till. Bolag ska dock numera existera under samma förhållanden som det gjorde i sitt ursprungsland. I och med rättsfallet *Überseering* ska ett bolag därav kunna såväl behålla och bli erkända för sin rättskapacitet och partsbehörighet i det land de väljer att flytta till.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Daniel Severinsson, EG:s etableringsrätt för bolag, *Juridisk Tidskrift*, 2003-04 s. 71-73 ; se även Johan Danielius, Aktiebolags rörlighet över gränserna, *SvJT* 2010 s. 120

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Daniel Severinsson, EG:s etableringsrätt för bolag, *Juridisk Tidskrift*, 2003-04 s. 71-73.

Sätesprincipen respektive registreringsprincipen som tillämpas i EU:s medlemsstater resulterar i att aktiebolags rättsliga status förefaller befinna sig i en viss osäkerhet och kan eventuellt också förlora sin rättssubjektivitet. Om ett AB skulle flytta sitt säte finns risken att det omändras till bland annat ett handelsbolag eller ett enkelt bolag. Ett enkelt bolag betraktas inte vara en juridisk person och kan av den anledningen inte anses förvärva varken rättigheter eller skyldigheter. De konsekvenser som kan uppkomma till följd av detta är att aktieägare inte kan undkomma personligt betalningsansvar. Aktieägarna blir dessutom gemensamt solidariskt ansvariga för alla bolagets förpliktelser om bolaget skulle exempelvis ta och flytta till Sverige.<sup>46</sup>

Den nationella lagstiftningen ser olika ut i EU:s medlemsstater. Det finns fortsatt situationer där ett bolag måste upplösas för att sedan nybildas dit det flyttar sin verksamhet till. I de olika medlemsstaterna varierar det på hur det praktiskt sett skulle kunna gå till. Länder såsom Spanien och Grekland bland annat, har genom nationell lagstiftning möjliggjort för bolag att undgå en eventuell ombildning vid förflyttning av sina verksamheter till dessa nationer.<sup>47</sup>

## 2.9 Det fjortonde bolagsdirektivet

Innebörden och syftet med det 14 bolagsdirektivet är att uppluckra den restriktion som förekommer på företags etableringsfrihet. Denna begränsning uppkommer på grund av den sammanstötning som föreligger mellan å ena sidan sätesprincipen och å andra sidan registreringsprincipen. Det är väldigt få medlemsländer inom den Europeiska Unionen som i enlighet med sin nationella rättsordning tillåter ett bolag att överföras till en annan nation och samtidigt få behålla sin juridiska identitet och personlighet.<sup>48</sup>

Ambitionen med direktivet är att en överföring av ett bolag och dess säte ska kunna äga rum även om det redan är registrerat sen tidigare och skapats i överensstämmelse med nationell lagstiftning och som således har möjlighet att utöva sin etableringsfrihet. Avsikten med direktivet är därför inte att harmonisera reglerna för huruvida ett nytt företag ska ges ställning som juridisk person eller ej.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Pehrson, Årsbok för Europaforskning, s. 95.

<sup>47</sup> Neville & Sørensen, Selskabers nationalitetsskifte, s. 40.

<sup>48</sup> Neville & Engsig Sørensen, s. 36-37.

<sup>49</sup> Commission working paper, s. 4-6, p 9(b).

Sedan några år tillbaka har alla större initiativ från EU-kommissionen åtföljts av en konsekvensanalys och det 14:e bolagsrättsdirektivet är inget undantag. En färdplan bifogades också till 2007 års CLWP (Commission's legislative and work programme), och det indikerade inte några förväntade negativa effekter av direktivet. Tvärtom angav den att direktivet skulle underlätta rörligheten för europeiska företag, särskilt små och medelstora företag, och låter dem således lokalisera sina företag i den medlemsstat som bäst passar deras behov. Det skulle också erbjuda företag, särskilt små och medelstora företag, flexibilitet att välja den bolagsrättsliga miljö där de vill verka, oberoende av den faktiska platsen för deras ekonomiska verksamhet.<sup>50</sup>

År 2007 meddelade kommissionen att den inte skulle lägga fram ett förslag till direktiv om gränsöverskridande överlåtelse av ett företags säte och hävdade att resultaten av konsekvensanalysen "inte var övertygande". Men i samma konsekvensanalys påpekas att betydande kostnader, tid och administrativ börda som förknippas med företagsrörlighet, ledde till att europeiska företag framtogs möjligheten att flytta sin registreringsort inom EU.<sup>51</sup>

De främsta skälen till varför man övergav lagförslaget var den politiska genomförbarheten, avsaknaden av ett ekonomiskt ärende, det faktum att ärenden var under behandling inför EU-domstolen som kan påverka omfattningen och innehållet av eventuella framtida EU-åtgärder och slutligen det faktum att företagen redan skulle ha lagliga medel för att genomföra gränsöverskridande överföringar t.ex. de möjligheter som erbjuds av Europabolagsstadgan eller en gränsöverskridande fusion.<sup>52</sup>

Omgångarna av offentligt samråd under såväl år 1997 och 2002 framhöll att bolagsvärlden önskade att företag skulle ges möjlighet att förflytta sig genom en snabb och smidig transaktion, till det land de ansåg erbjuda det bästa företagsklimat. Skulle företag utnyttja denna möjlighet att överföras, så borde de kunna göra detta utan att förlora sin juridiska personlighet.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Ballester, B & del Monte, M, "European Added Value Assessment: Directive on the cross-border transfer of a company's registered office (14th Company Law Directive)", s. 21.

<sup>51</sup> Ibid, s. 21 f.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Ballester, B & del Monte, M, "European Added Value Assessment: Directive on the cross-border transfer of a company's registered office (14th Company Law Directive)", s. 21-23.

## 3 EU-domstolens rättspraxis

### 3.1 Inledning

I följande kapitel behandlas relevanta rättsfall på området etableringsfrihet. Den rättspraxis som redogörs för ger en inblick på hur EU-domstolen tillämpat artiklarna 49 och 54 FEUF och hur dessa i sin tur ska tolkas. Även artikel 52 FEUF behandlas till viss del. Vidare har EU-domstolen framfört resonemang till fördel för etableringsrätten och för utvecklingen av denna. I detta kapitel kommer således bakgrunden till rättsfallen och det förhandsavgörande som domstolen kommit fram till att återges. De mål som är av signifikans är följande: *Daily Mail*, *Segers*, *Avoir fiscal*, *Centros*, *Inspire Art Ltd* med flera andra.

### 3.2 C-81/87 - Daily Mail

Rättsfallet *Daily Mail* handlade om ett företag som hade etablerats i England och upprättat sitt säte där också. Bolaget ville omplacera sitt säte och således flytta sin verksamhetsplats till Nederländerna och samtidigt behålla sin ställning som såväl juridisk person och företag i överensstämmelse med engelsk lagstiftning. Företaget ansökte om tillstånd för detta från de brittiska myndigheterna, men denna begäran avslogs. Av den anledningen valde företaget att väcka åtal i England och åberopade artiklarna 49 och 54 FEUF. Bolaget anförde i sitt resonemang att de med förankring i de ovannämnda artiklarna har befogenhet att flytta sitt företags säte till ett annat medlemsland utan godkännande av den brittiska myndigheten eller dess lagstiftning. De yrkade dessutom på att bolaget dessutom i och med sin förflyttning inte ska behöva förlora sin ställning som juridisk person. För att kunna fatta ett beslut valde den engelska domstolen, High Court of Justice att efterfråga ett förhandsbesked gällande hur artiklarna ska tolkas från EU-domstolen.<sup>54</sup>

I sitt förhandsavgörande konstaterade EU-domstolen att ett företag som etablerats i överensstämmelse med nationell lagstiftning förekommer endast med hjälp av den nationella rättsordningen genom vilken det bildats och i vilken dess verksamhet regleras. Därefter betonades att den diskrepans som förekommer mellan staters lagstiftningar beträffande krav på anslutning till ett land och möjligheten att ändra denna anslutning vid ett senare tillfälle, är ett problem som inte lösts genom bestämmelserna i FEUF på etableringsrättens område. Denna problematik får dock uppklaras genom framtida harmonisering. EU-domstolen har

---

<sup>54</sup> C-81/87, *Daily Mail and General Trust vs. H.M. Treasury*, ECLI:EU:C:1988:456.

fastställt att ett medlemsland har rätt att införa inskränkningar angående bolagsrätten i sin nationella lagstiftning, som skapats i enlighet med lag, att omplacera sitt verkliga säte utomlands, för såvitt företaget vill behålla sin ställning som juridisk person med anledning av den nationella rättsordningen.<sup>55</sup> Den logiska följderna av detta är att företag inte har något skydd enligt fördraget om primär etableringsrätt. För att kunna komma i besittning av denna rätt krävs att detta är lagstadgat i den nationella rättsordningen.

### **3.3 C-79/85 - Segers**

Domen handlade om en fysisk person vid namn Segers, som hade bildat ett bolag i Storbritannien vars verksamhet bedrevs exklusivt i dennes hemland i Nederländerna. Segers ansågs vara företagsledare och därmed ej anställd i Nederländerna, vilket ledde till att han förvägrades sjukersättning. I och med att Segers hade 50 procent av aktierna i sitt bolag ansågs han i enlighet med nederländsk rätt således vara anställd.<sup>56</sup>

I det efterfrågade förhandsavgörandet från EU-domstolen som hänvisat till ett förhandsavgörande vad gäller rättsfallet *Avoir fiscal* framhöll domstolen att det inte är förenligt med artikel 49 och 54 FEUF att behandla ett bolag på ett avvikande sätt från det normala, med anledning av att det har sitt säte i ett annat medlemsland enligt stadgarna. Slutsatsen utifrån detta resonemang blir att det är otillåtet att tillämpa indirekt särbehandling och diskriminering mot anställda i ett bolag. Med denna dom har EU-domstolen i det avseendet dessutom utökat området för etableringsfriheten.<sup>57</sup>

### **3.4 C-270/83 - Avoir fiscal**

Förhandsavgörandet *Avoir Fiscal* handlade om skattelättnader som möjliggjorts enligt fransk lagstiftning och som omfattade endast aktieägare i franska företag. Ägare som förfogade över aktier i utländska företag med dotterbolag, kontor eller filialer i Frankrike fick däremot inte skattelättnader. EU-kommissionen yrkade på att dessa bestämmelser var oförenliga med artikel 49 FEUF och valde således att väcka åtal.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> C-79/85, *Segers vs Bedrijfsvereniging voor Bank-en Verzekeringswezen*.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> C-270/83, *Commission vs. France*, ECLI:EU:C:1986:37.

EU-rätten ansåg att Frankrikes skattelagstiftning stod i motsättning till etableringsfriheten. I sitt resonemang anförde domstolen att de franska skattereglerna inte kunde rättfärdigas baserat på den diskriminering som uppkom mot bolag som hade sitt säte i ett annat medlemsland. Utöver detta avfärdade EU-domstolen dessutom argumentet om att den franska skatterätten ännu inte harmoniserats. Vidare avfärdades också det argument om att Frankrikes dubbelbeskattningsavtal skulle kunna fungera som ett potentiellt hinder för att landet ska kunna ändra på sina skatteregler. Utifrån detta konstaterade EU-domstolen att artikel 49 FEUF har företräde framför avtal. Avslutningsvis kom EU-domstolen fram till att Frankrikes skattelagstiftning var oförenlig med artikel 49 FEUF och ansågs således strida mot rätten till fri etablering.<sup>59</sup>

### 3.5 C-212/97 - Centros

Målet i det här fallet gällde ett företag som skapats i Storbritannien såsom ett *private limited company*. Bolaget bildades i huvudsak för att sedan kunna upprätta en filial till företaget i Danmark. Centros Ltd bildades i Storbritannien i och med att det inte fanns något villkor på upprättande och tillskjutande av lägsta aktiekapital för privata aktiebolag (AB). Den filial som Centros sedan bildade nekades registrering av den danska registreringsmyndigheten, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. I sitt avslag resonerade myndigheten att Centros inte bedrev näringsverksamhet i Storbritannien och att den filial som de upprättat i Danmark var för att undgå det före detta kravet på ett aktiekapital på 200 000 danska kronor (DKK) i enlighet med den danska lagstiftningen. Myndigheten argumenterade för att detta utgör ett försök till missbruk av den fria rörligheten för bolag och dess etablering. Medan Centros argumenterade för att de hade rätt att åberopa etableringsfriheten med anvisning på artikel 49 och artikel 54 FEUF och att detta inte utgör något hinder, även om bolagets avsikt med denna etablering är att undslippa hårdare bolagsrättsliga ingripanden.<sup>60</sup>

För att kunna bedöma fallet fick den danska domstolen efterfråga ett förhandsavgörande av EU-domstolen för hur de ovannämnda bestämmelserna ska tolkas. EU-domstolen fastställde att den danska myndighetens beslut att förvägra filialens registrering utgjorde en begränsning av etableringsfriheten som ska garanteras enligt artiklarna 49 och 54 FEUF. Domstolen kom fram till att Centros som i själva verket inte bedrev någon näringsverksamhet i Storbritannien

---

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> C-212/97, Centros vs Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.



inte hade någon betydelse och kunde heller inte anses utgöra missbruk. Artiklarna var trots detta tillämpliga. Detta följde av å ena sidan formuleringen enligt artikel 54 FEUF och å andra sidan EU-domstolens avgörande i Segers-målet.<sup>61</sup>

De danska myndigheterna ansåg att Centros missbrukade etableringsfriheten eftersom de kringgick den danska lagstiftningen som slog fast om ett krav på lägsta aktiekapital genom att bilda sitt bolag i Storbritannien istället för Danmark. EU-domstolen förkastade denna invändning och konstaterade att ett bolag har full tillåtelse att välja att bildas i en medlemsstat som har minst inskränkande regler på bolagsrättens område och sedan välja att skapa filialer i andra medlemsländer. Domstolen har dock medgett länder den möjligheten att företa åtgärder för att förebygga att bedrägeri eller otillbörligt missbruk förekommer. Vid bedömningen av huruvida en etablering av ett bolag är att anse som missbruk eller bedrägeri måste avsikten med bestämmelserna i EUF-fördraget beaktas. I detta fall ansåg domstolen att det rörde sig om en berättigad användning av etableringsfriheten som överensstämmer med ändamålet för den inre marknaden. Rätten att bilda bolag som är förenlig med rättsordningen i en medlemsstat ska inte förhindra möjligheten att också kunna etablera filialer fast i andra medlemsländer.<sup>62</sup>

I fallet gjorde de danska myndigheterna därutöver en anmärkning och åberopade ett sätt att rättfärdiga inskränkandet av etableringsfriheten, bland annat genom att tillgodose tvingande hänsyn till allmänintresset. Allmänintresset utgörs av till exempel borgenärer och om det inte förekommer ett krav på ett lägsta aktiekapital i ett bolag så uppkommer även en begränsad ansvarighet för aktieägarna. Denna begränsning löper risken att slå ut borgenärernas skydd i ett bolag. Dessutom föreligger en risk för att bolaget hamnar i insolvens eller också i falska konkurser till följd av ett för lågt aktiekapital.<sup>63</sup> Att ett företag väljer att etablera sig i ett land med ett allt för lågt aktiekapital kan riskera skada förtroendet för bolaget och dess aktieägare på lång sikt.

EU-domstolen kom fram till att det kan göras inskränkning på etableringsfriheten, med utgångspunkt i det resonemanget. Däremot räcker inte endast kravet på tvingande hänsyn till allmänintresset, utan tre andra förutsättningar måste uppfyllas för att undantag ska kunna

---

<sup>61</sup> C-79/85, Segers vs. Bedrijfsvereniging voor Bank-en Verzekeringswezen, ECLI:EU:1986:308.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid.

göras på etableringsrättens område. Dessa kriterier är således kumulativa, men i rättsfallet ansågs dessa inte vara uppfyllda.<sup>64</sup>

Domen innebär att en medlemsstat får registrera och skapa en filial i anslutning till det bolag som man bildat i enlighet med ett annat medlemslands rättsordning. Enligt EU-rätten och den praxis som uppkommit är det tillåtet för bolag att således etableras i ett medlemsland med en fördelaktig rättsordning på bolagsområdet för att sedan kunna grunda filialer i exempelvis övriga medlemsländer. Detta är fullkomligt lagligt även om någon näringsverksamhet inte utförs eller utövas i landet där bolaget upprättats. Enligt vissa utgör detta ett potentiellt problem då sätesprincipen får allt mindre relevans, medan registreringsprincipen får allt större genomslag.<sup>65</sup> Detta skapar en möjlighet för konkurrens mellan medlemsstaterna då bolagen kan välja en lagstiftning som är mer gynnsam över en annan. Denna typ av forum-shopping är däremot endast till fördel för bolagen och till nackdel för medlemsstaterna. Det är problematiskt då arbetet i EU går ut på att försöka harmonisera bolagsrätten och medlemsstaternas rättsordning.<sup>66</sup>

### **3.6 C-167/01 - Inspire Art Ltd**

Rättsfallet avseende Inspire Art Ltd omfattade ett privat AB som etablerats i överensstämmelse med engelsk rättsordning. Bolagets säte befann sig i England i överensstämmelse med bolagsordningen, medan filialen upprättades i Amsterdam där näringsverksamheten utövades.<sup>67</sup>

Enligt nederländsk lag (WFBV), definierades bolag som hade etablerats i överensstämmelse med en annan rättsordning i en annan stat än Nederländerna vara ett utländskt bolag. Ett företag ansågs vara utländskt om de uppfyllde följande förutsättningar; nämligen att näringsverksamheten bedrevs till fullo eller mestadels i Nederländerna och att det inte fanns någon konstaterad koppling till det land där bolaget etablerats.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> Søndergaard, "Frygten for Delaware - monstret fra USA?", *Nordisk tidsskrift for selskabsret*, 2000:3-4, s. 290-292.

<sup>66</sup> Werlauff, *EU-selskabsret*, s. 2-7.

<sup>67</sup> C-167/01, Inspire Art Ltd.

<sup>68</sup> C-167/01, Inspire Art Ltd, p. 22-23.

Problematiken med målet avseende Inspire Art var det faktum att det registrerades som ett bolag i nederländska handelsregistret, dock framgick det inte att det åsyftade ett utländskt bolag. Enligt lagstiftningen i Nederländerna utgjorde detta nödvändig information eftersom Inspire Art bedrev verksamhet i landet. Handelskammaren skickade en begäran till en nederländsk domstol om besked vad gäller ett komplement till registreringen. Bolaget Inspire Art Ltd motsatte sig det faktum att registreringen var att anse som ej fullständig och menade på att WFBV stod i strid med artiklarna 49 och 54 FEUF.<sup>69</sup>

EU-domstolen konstaterade i sitt förhandsavgörande att den nederländska lagen WFBV, var oförenlig med EU-rätten. Domstolen angav att det förekommit en genomgripande integrering av reglerna vad gäller offentlighet för filialer genom det så kallade elfte bolagsdirektivet. I detta direktiv förekom ingen skyldighet om att lämna upplysning om att ett företag är formellt utländskt eller inte och vidare av direktivet framgår att den informationsskyldighet som texten lyder är att anse som fullständig. Utifrån detta resonemang kom EU-domstolen fram till att de krav som stipulerades enligt lagen WFBV vad gäller offentlighet således också är inkompatibla med detta. Angående resterande bestämmelser i WFBV, såsom kapitalkrav samt det solidariska ansvar som styrelseledamöter har i ett bolag, så omfattades detta inte av det elfte bolagsdirektivet. EU-domstolen prövade reglerna i förhållande till artiklarna 49 och 54 FEUF.<sup>70</sup>

Som i tidigare domar, bland annat i Seger- och Centrosmålen, ansåg EU-domstolen i enlighet med dessa, att reglerna vid tillämpning av rätten till fri etablering inte ska ha någon relevans vare sig ett bolag valt att skapas med sin primära avsikt att endast etablera sig i ett annat medlemsland och där utöva sin verksamhet. EU-domstolen påvisade genom dessa domar att ett bolag har möjlighet att utnyttja en medlemsstats förmånliga lagstiftning vad gäller bolagsrätt och att detta är i själva verket inte att anse som missbruk. I sin argumentation anförde den nederländska regeringen att deras lag WFBV inte utgjorde en restriktion för etableringsfriheten. De konstaterade att de utländska bolagen och dess existens erkändes och att de dessutom fick registrera sig och att det således är förenligt med etableringsrätten. Dock menade EU-domstolen på att de tvingande reglerna som uppställts enligt den nederländska

---

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid.

lagen vad gäller aktiekapital och det ansvar som styrelseledamöterna har, fungerade som en barriär mot etableringsfriheten enligt artiklarna 49 och 54 FEUF.<sup>71</sup>

Utöver detta har EU-domstolen också tillbakavisat de resonemang som den nederländska regeringen framfört såsom att WFBV skulle vara motiverad i frågor gällande bland annat effektiv skattekontroll, borgenärsskydd och upprätthållandet av lojala handelstransaktioner. Domstolen har yrkat på att precis som i domen för Centros att borgenärer får tillfredsställande information då den nederländska rättsordningen på bolagsområdet inte gäller i detta fall. Bolaget Inspire Art Ltd har bildats i överensstämmelse med engelsk rätt och inte nederländsk rätt och detta framgår tydligt då verksamheten bedrivs under ett engelskt namn. Det argumentet som den nederländska regeringen åberopade, nämligen vad gäller att WFBV skulle vara motiverad med utgångspunkt i en effektiv skattekontroll och med avseende på behovet av bibehållandet av lojala handelstransaktioner, brast i fråga gällande proportionalitet, effektivitet och icke-diskriminering.<sup>72</sup>

Av domen Inspire Art Ltd kan dras följande slutsats; rätten till etableringsfrihet såsom framgår enligt artiklarna 49 och 54 FEUF inskränks när det i en medlemsstat och dess inhemska rättsordning uppställs krav på exempelvis sanktioner, det vill säga styrelseledamöters plikt gentemot bolaget och minimikapital. Det som har företrädesrätt är bolag som skapats i överensstämmelse med ett annat medlemslands rättsordning på bolagsrätten och således praktiserar sin etableringsfrihet genom att utöva näringsverksamhet såsom dotterbolag eller filialer i den egna medlemsstaten. Ett bolag har som framgått av rättspraxis, rätten att skapas med avsikt på att kunna erhålla en förmånlig bolagsrättslig lagstiftning. Detta ingår i rätten till fri etablering. I etableringsfriheten ingår dessutom att företag kan utöva antingen hela sin verksamhet eller en omfattande del i det medlemsland där verksamheten är upprättad. Dock det undantag som begränsar etableringsfriheten är om det föreligger missbruk. Detta ska bedömas i varje separat fall.

### **3.7 C-208/00 - Überseering**

EU-domstolen meddelade förhandsavgörandet om Überseering år 2002. Detta rättsfall handlade om ett bolag som hade registrerats i Überseering, Nederländerna. Bolaget hade gett

---

<sup>71</sup> C-167/01, Inspire Art Ltd.

<sup>72</sup> Ibid.

byggföretaget NCC i uppdrag att uträtta arbeten i Tyskland på en fastighet som Überseering ägde. Überseering gjorde gällande i tyska domstolar att fel hade begåtts i genomförandet av arbeten. Denna talan avslogs på den grunden att bolaget som sådan inte betraktades ha rättskapacitet i Tyskland. Utöver detta framgick det av tysk rättsordning att företaget av den anledningen inte heller hade partsbehörighet vid domstol.<sup>73</sup>

Bolagets talan avslogs och detta gjordes på grund av att Tyskland tillämpar sätesprincipen. Som tidigare nämnts innebär detta att en juridisk persons rättskapacitet fastställs av den lagstiftning i den nation där bolaget har sitt faktiska säte. I detta rättsfall hävdade tyska domstolar att bolaget Überseering hade omplacerat sitt säte från Nederländerna till Tyskland. Bolaget var registrerat i Nederländerna och hade enligt bolagsordningen sitt säte i detta land. Att bolaget ansågs ha förflyttats till Tyskland var eftersom andelarna i företaget hade anskaffats av tyska medborgare. Domstolarna i Tyskland hävdade att bolaget Überseerings rättskapacitet skulle bedömas i överensstämmelse med tysk rättsordning. Utöver detta kom tysk rätt fram till att bolaget inte har några rättigheter eller skyldigheter och kan således inte vara part i ett mål vid en tysk domstol. För att kunna uppnå dessa förmågor krävdes att bolaget Überseering således också omorganiseras på rättsgiltigt vis i Tyskland.<sup>74</sup>

Målet nådde till sist Bundesgerichtshof som anhöll ett förhandsavgörande från EU-domstolen vad gäller huruvida en medlemsstat hade rätt att förvägra ett bolag egenskaper såsom rättskapacitet och partsbehörighet. EU-domstolen undersökte i fall det var överensstämmande med artiklarna 49 och 54 FEUF att förbjuda en juridisk person dess möjlighet att förbli ett bolag när det etablerats på ett lagenligt sätt i ursprungslandet Nederländerna men kommit att flytta sitt verkliga säte till medlemsstaten Tyskland.<sup>75</sup>

NCC framförde ett argument om att medlemsländer, ska i enlighet med förre detta artikel 293 i EG-fördraget, förbereda förhandlingar med varandra av den anledningen att tillförsäkra ett reciprokt erkännande av företag. Vidare menade NCC att i och med att medlemsstaterna inte påbörjat sådana förhandlingar och sålunda inte heller ingått avtal i gällande frågor, medför detta att medlemsländerna hade befogenhet att stifta egna lagar beträffande ett företags rättskapacitet och partsbehörighet. EU-domstolen tillbakavisade däremot detta argument och

---

<sup>73</sup> C-208/00, Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), ECLI:EU:2002:632.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Ibid.

konstaterade att artikel 293 i EG-fördraget inte betyder att lagstiftningskompetensen förekommer hos medlemsländerna vad gäller detta ämne. Artikel 293 gäller endast vid förhandlingar om detta är väsentligt och om denna fråga följaktligen inte redan reglerats och anpassats i EU-rätten.<sup>76</sup>

EU-domstolen fastställde att artiklarna 49 och 54 FEUF är direkt applicerbara och reglerar således den fria etableringsrätten för företag. Det krävs av juridiska personer att denna rätt accepteras av varje medlemsland där ett bolag således önskar att etablera sig, som Tyskland i detta fall. I detta mål ansåg domstolen att bolaget och dess rättskapacitet och partsbehörighet direkt bygger på de bestämmelser som återfinns i EUF-fördraget och att det av den anledningen inte är väsentligt med en uppgörelse vad gäller ömsesidigt erkännande i ett sådant här ärende. Vidare konstaterade domstolen att bolagets existens framgår av den omständighet att företaget är skapad i enlighet med den nederländska rätten. Det krav som Tyskland därmed uppställer om att ett bolag måste ombildas är på så vis att anse som en restriktion av etableringsfriheten och som oförenlig med EUF-fördraget.<sup>77</sup>

Avslutningsvis undersökte EU-domstolen Tysklands bestridande om i fall domstolen kom fram till att det i själva verket förelåg en inskränkning av etableringsfriheten och om denna inskränkning i vart fall är motiverad till följd av ofrånkomlig hänsyn till allmänintresset. Tyskland framhöll att deras regler på området internationell privaträtt var att betrakta som motiverade i betraktande av faktorer såsom anställdas intressen och rättssäkerheten i landet, men även för skatterättsliga intressen och skyddet för borgenärer. EU-domstolen menade på emellertid att dessa framförda omständigheter ska tillbakavisas, eftersom sådana hänsyn ej kan styrka att upprättandet av ett bolag och dess existens i ett annat medlemsland inte kan godkännas.<sup>78</sup>

Den slutsats som kan dras av denna dom är att ett bolag som etablerats i ett medlemsland i enlighet med gällande rätt, kan flytta sitt verkliga säte till ett annat medlemsland. Detta medlemsland kan därmed inte inskränka på ett bolag och dess rätt och frihet till etablering genom att förneka och ej godkänna företagens rättskapacitet på grund av sin internationella privaträtt.

---

<sup>76</sup> C-208/00, *Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> C-208/00, *Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*.

### 3.8 C-210/06 - Cartesio

Ett fall i raden av bolagsrättsliga mål gällande etableringsfriheten är rättsfallet om Cartesio. Cartesio Bt. etablerades år 2004 som ett kommanditbolag under ungersk lag. Bolaget försökte flytta sitt registrerade säte från Ungern till Italien utan att ändra gällande lag, det vill säga den ville fortfarande regleras av ungersk lag. Däremot vägrade Bolagsdomstolen, som upprätthöll bolagsregistret, att låta det nya italienska sätet inträda i det ungerska registret på grund av att överföringen inte var tillåten enligt ungersk lag. I enlighet med den ungerska lagen om handelsregister, ska ett säte för ett företag som lyder under ungersk lag vara den plats där dess centrala administration är belägen. Bolagsdomstolen ansåg att en juridisk person som vill flytta sitt säte till en annan medlemsstat måste först avvecklas i Ungern och sedan rekonstrueras enligt lagen om den medlemsstaten som den flyttar till. Beslutet överklagades i sin tur av Cartesio till domstolen i Szegeds, Ungern som sedan hänsköt målet till EU-domstolen.<sup>79</sup>

Den fråga som behandlades var i huvudsak huruvida artiklarna 49 och 54 FEUF ska tolkas som att det utesluter en medlemsstats lagstiftning, enligt vilken ett bolag bildas enligt lagen i den medlemsstaten. Samt huruvida ett bolag får överföra sitt säte till en annan medlemsstat samtidigt som den behåller sin status som ett företag som regleras av lagen i den medlemsstat där den först registrerades.<sup>80</sup>

I sina skriftliga inlagor hävdade Cartesio att den inre marknaden behöver en effektiv lösning på behovet av att flytta företag och dess säten. Det var bolagets uppfattning att artiklarna 49 och 54 FEUF ger rätt till ett företag som bildats i enlighet med lagstiftningen i en medlemsstat, att flytta sitt säte till en annan medlemsstat och således kräva att deras registrering överfördes in i det nationella bolagsregistret. Vägran att registrera flytt av säte påstods vara en olaglig diskriminering mellan företag från olika medlemsstater baserat på platsen för deras säte, och utgjorde således ett brott mot gemenskapslagstiftningen.<sup>81</sup>

Den ungerska regeringen hävdade att reglerna som fastställdes i målet Daily Mail fortfarande bör betraktas vara god lag, och att artiklarna 49 och 54 FEUF inte ska tolkas som att de

---

<sup>79</sup> C-210/06, Cartesio, ECLI:EU:C:2008:723, p. 21-27.

<sup>80</sup> C-210/06, Cartesio, p. 40 och 99.

<sup>81</sup> Korom, V. & Metzinger, P., "Freedom of Establishment for Companies: The European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case, C-210/06", s. 130.

beviljar en rättighet till ett bolag att upplåtas i enlighet med lagstiftningen i en medlemsstat och att således flytta sitt säte till en annan medlemsstat, samtidigt som den rättsliga identiteten bevaras och den tillämpliga lagen i bolagsstaten. Det noterades också att en distinktion måste dras mellan hemstaten och värdstaten dit företaget föreslår flytta sitt säte till. Etableringsfriheten förbjuder inte hemstaten, i det här fallet Ungern, från att införa eller upprätthålla restriktioner för gränsöverskridande överlåtelse av företags säte. Bolagsrätten i Ungern gäller för företag som har sitt säte i Ungern. Om sätet flyttas ut ur landet, då gäller heller inte ungersk lag längre. Det strider således inte mot artiklarna 49 och 54 FEUF att neka ett företag från att behålla sin ungerska juridiska personlighet och registrering i det ungerska bolagsregistret och deras säte skulle flyttas utomlands. Dessutom gjordes det gällande att om en platsöverlåtelse möjliggjordes i enlighet med gemenskapslagstiftningen, så skulle det inte vara möjligt för nationella myndigheter att utöva någon tillsyn över bolag. Därutöver för att skydda borgenärer och minoritetsaktieägare samt rättssäkerheten så är sätet för ett företag berättigat att vara belägen i det land enligt vars lagar företaget har förvärvat och åtnjuter ställning som juridisk person.<sup>82</sup>

Svaret från EU-domstolen var följande; såsom gemenskapsrätten ser ut nu ska artiklarna [49 och 54 FEUF] tolkas som att det inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning, under vilken ett bolag som bildats enligt lagstiftningen i den medlemsstaten, inte får överlåta sitt säte till en annan medlemsstat samtidigt som den behåller sin status som ett bolag som styrs enligt lagen i registreringsmedlemsstaten.<sup>83</sup>

Domstolen kom fram till denna slutsats genom att bekräfta Daily Mail och - delvis - Überseering, och särskilja Cartesio, å ena sidan från situationer i Centros, Inspire Art, Überseering och SEVIC, och å andra sidan, från den situationen där överlåtelsen av ett företags säte utlöser en ändring av den nationella lagstiftningen som är tillämplig på bolaget.

EU-domstolen började med att bekräfta det obiter dictum som deklarerades i Daily Mail, enligt vilka företag är varelser i överensstämmelse med nationell lag och bara existerar med stöd av den nationella lagstiftningen som bestämmer deras införlivande och funktion.

---

<sup>82</sup> Korom, V. & Metzinger, P., "Freedom of Establishment for Companies: The European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case, C-210/06", s. 131.

<sup>83</sup> C-210/06, Cartesio, p. 124.



Premissen omformulerades så att den lagstiftningen i medlemsstaterna varierar både när det gäller den anknytningsfaktor som krävs för etableringen av ett företag enligt nationell lag, och med hänsyn till huruvida denna anslutningsfaktor kan senare ändras. Vissa stater kräver för inkorporering att bolagets säte är beläget inom deras territorium medan andra kräver att både det faktiska sätet och de registrerade kontor vara belägen i inkorporeringsstaten (Ungern tillhör den senare grupp av stater). Andra stater tillåter företag att överföra sin centraladministration till ett annat land (ofta med restriktioner) och de juridiska konsekvenserna av en överföring varierar från en medlemsstat till en annan.<sup>84</sup> Därav kom domstolen i målet *Überseering* fram till slutsatsen om att frågan om ett företag som bildats i enlighet med lagstiftning i en viss medlemsstat kan flytta sitt säte till en annan medlemsstat utan att förlora sin verkliga juridiska personlighet bestäms av den nationella lagstiftningen i inkorporeringsstaten.<sup>85</sup> För det första har en medlemsstat befogenhet att först och främst definiera anslutningsfaktorn som krävs av ett bolag om det ska anses vara bildat under medlemsstatens lagstiftning. I det här avseendet, är inte etableringsfriheten tillämplig. För det andra, enligt EU-domstolen, kan medlemsstaten också förhindra ett företag som lyder under dess lagstiftning från att behålla den statusen, om företaget planerar att flytta sitt säte till en annan medlemsstat, och därigenom bryta anknytningsfaktorn som krävs enligt bolagsrätten.<sup>86</sup>

Domstolen särskilde också situationen i *Cartesio* från situationen där ett företag flyttar till en annan medlemsstat för att omvandlas till en bolagsform i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstaten. I det fallet, har medlemsstatens makt att bestämma anknytningsfaktorn för införlivande och för att behålla statusen av inkorporering “kan således inte [...] motivera registreringsmedlemsstaten genom att kräva en avveckling eller likvidation av bolaget, för att förhindra att bolaget konverterar sig till ett bolag som lyder under den andra medlemsstatens lagstiftning, till den utsträckning att det är tillåtet enligt den lagen att göra det”. Bestämmelser i lagen om registreringsmedlemsstaten som kan förhindra ett företag från att omvandlas till ett företag som lyder under värdmedlemsstatens lagstiftning utgör en inskränkning av etableringsfriheten som, om det inte är motiverat genom överordnade krav i allmänhetens intresse, kommer att förbjudas enligt artikel 49 i FEUF.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> C-210/06, *Cartesio*, p. 104-105.

<sup>85</sup> C-210/06, *Cartesio*, p. 107.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 111-113.

Slutligen klargjorde EU-domstolen tillämpningsområdet för SEVIC. Enligt domstolen berördes inte situationen i SEVIC med frågan om att fortsätta förekomsten av ett bolag enligt lagen i registreringsmedlemsstaten. De ställdes snarare inför frågan om huruvida företaget kan bli utsatt för en begränsning i utövandet av sin rätt att etablera sig i en annan medlemsstat. Situationen i SEVIC liknade därför situationerna i Centros, Überseering och Inspire Art och kunde inte vara till hjälp i ett fall som Cartesio.<sup>88</sup>

Översättningen av domen orsakade vissa problem med terminologin. Medan den engelska översättningen av begäran om förhandsavgörande som ingavs av appellationsdomstolen i Szeged, Ungern, bad domstolen att bedöma de ungerska lagarna som rör gränsöverskridande överföring av det "registrerade kontoret" mot bakgrund av gemenskapsrätten, diskuterade den engelska versionen av yttrandet från generaladvokaten Poiares Maduro den 22 maj 2008 överföringen av Cartesios "operativa högkvarter" till Italien. Under tiden använde såväl den ursprungliga ungerska referensen från appellationsdomstolen och den ungerska översättningen av generaladvokatens yttranden, den ungerska bolagsrättsliga termen "székhely" (som innebär företagets säte). När det gäller fallet Cartesio, så skulle varken det registrerade sätet eller det verkliga sätet överföras på egen hand; men det som stod på spel var snarare överföringen av "székhely", det vill säga den samtidiga överföringen av det faktiska sätet och det lagstadgade sätet. Före den 1 september 2007 krävde ungersk lag att dessa två säten sammanföll.<sup>89</sup>

Framför allt öppnade domen i målet Cartesio nya perspektiv för gränsöverskridande sätesöverföring genom att införa en grundläggande distinktion mellan å ena sidan, gränsöverskridande sätesöverlåtelse av ett företag utan en förändring som avser den lag som reglerar det företaget, och å andra sidan överlåtelsen med en åtföljande ändring vad gäller tillämplig nationell lagstiftning. I den sistnämnda situationen, omvandlas bolaget till en bolagsform som styrs av lagen i den medlemsstat till vilken sätet flyttas.

---

<sup>88</sup> C-210/06, Cartesio, p. 121-123.

<sup>89</sup> Korom, V. & Metzinger, P., "Freedom of Establishment for Companies: The European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case, C-210/06", s. 134 f.

### 3.9 C-106/16 - Polbud

Polbud-domen rör ett polskt företag om att bolaget och dess säte skulle förflytta till Luxemburg. I förhandsavgörandet som EU-domstolen mottog fanns det inte angivet att verksamheten skulle flyttas, detta har dock bolaget Polbud tillbakavisat. För att kunna flytta sitt säte inleddes ett likvidationsförfarande av bolaget och bolaget ströks ur bolagsregistret, då detta krav stipulerades av polsk rättsordning.<sup>90</sup>

Polbud flyttade sitt säte och antog namnet "Consoil Geotechnik", för att kunna flytta sitt säte till Luxemburg utan för den delen behöva förlora sin rättsliga status som juridisk person. Detta möjliggjordes av bolaget Consoil Geotechnik Sàrl som har sitt säte i Luxemburg och kunde genomföra beslutet åt Polbuds vägnar så att de också omfattas av luxemburgsk lagstiftning.<sup>91</sup>

Den nationella myndigheten krävde att bolaget skulle inkomma med beslut gällande redovisningar och likvidator från bolagsstämman för att kunna stryka bolaget Polbud från det polska bolagsregistret. Polbud invände mot detta och menade på att bolaget skulle fortsatt existera dock i överensstämmelse med den luxemburgska rätten och således inte anses vara avvecklad. Myndigheterna avslag Polbuds begäran om strykning då handlingar inte inkommit. Bolaget överklagade detta i domstol, och domstolen i sin tur ville undersöka huruvida den nationella lagstiftningen är förenlig med etableringsrätten.<sup>92</sup>

Generaladvokaten likväl EU-domstolen fastslog att Polbud har rätt till etableringsfrihet med stöd i artiklarna 49 och 54 FEUF. Detta är eftersom bolaget är att anse som etablerad utifrån inkorporeringsstaten och dess nationella rättsordning. Generaladvokaten menade dock på att eftersom verksamheten endast bedrevs i Polen och inte i Luxemburg så är inte de relevanta artiklarna tillämpliga i detta fall. EU-domstolen å andra sidan ansåg att etableringsfriheten är tillämplig på nyetableringar även om bolaget inte har förlagt etablering i värdmedlemsstaten, under de förhållanden att anknytningskriterierna är fullgjorda i värdmedlemsstaten.<sup>93</sup> Detta argument validerar det resonemang som framkommer i Centrosmålet, nämligen att ett företag omfattas av rätten till fri etablering om det har skapats i enlighet med den lagstiftning i det

---

<sup>90</sup> C-106/16, Polbud, ECLI:EU:C:2017:804, p. 7-11.

<sup>91</sup> C-106/16, Polbud, p. 10.

<sup>92</sup> Ibid, p. 11-13.

<sup>93</sup> C-106/16, Polbud, p. 38.

medlemsland där den har sitt säte, men vill grunda en sekundär etablering i ett annat medlemsland.

I detta fall var det av mindre intresse att bolaget som sådan hade etablerats i den första medlemsstaten för att sedan avse utöva sin huvudsakliga verksamhet i det andra medlemslandet.<sup>94</sup> Därav gäller att ett bolag som bildas i en medlemsstat i enlighet med dess lagstiftning ska kunna ombildas i överensstämmelse med den rätt som förekommer i det andra medlemslandet, under de förutsättningar att de anknytningskriterier i det andra medlemslandet observeras för att kunna konstatera att ett bolag har anknytning till det andra medlemslandet och dess nationella lagstiftning.<sup>95</sup> Polbud hade med utgångspunkt i detta rätt att ombildas i enlighet med luxemburgsk rätt under de förutsättningar att anknytningskriterierna var uppfyllda, utan att för den delen behöva flytta bolagets säte.<sup>96</sup>

I Polbudmålet ansåg EU-domstolen att det inte kan motiveras eller för den delen anses vara proportionerligt att en inhemsk regel kräver att ett bolag för att kunna förflytta sin verksamhet till ett annat medlemsland först behöver ta och upplösas - detta är inte en acceptabel inskränkning på etableringsrättens område. Den inhemska lagstiftningen ansågs i detta fall förhindra möjligheten för bolag att kunna utföra gränsöverskridande ombildning. En inskränkning kan tillåtas om den är berättigad av sådana skäl som har i syfte att tillgodose allmänintresset. Det vill säga, sådana skyddsintressen är exempelvis skydd för arbetstagare, borgenärer och minoritetsägare för att nämna några.<sup>97</sup> Vidare krävs att en bedömning utifrån proportionalitetsprincipen görs för att tillförsäkra att inskränkningen är nödvändig för att uppfylla ändamålet. Det utlåtande som domstolen gjorde i detta målet var att den polska lagstiftningen ålägger en skyldighet för bolag att likvideras utan att för den delen ta hänsyn till de intressenter som påverkas av detta. Utöver detta finns det heller inte möjlighet att välja en åtgärd som är mindre ingripande i syfte att försvara dessa intressen. Den nationella lagstiftningen är inte proportionell och således utgör artiklarna 49 och 54 FEUF ett hinder för denna typen av lagstiftning.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> European Parliament - Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *The Polhund judgement and the freedom of establishment for companies in the European Union: problems and perspectives*, 2018, s. 9-14 ; se även Centros, p. 16-18.

<sup>95</sup> C-106/16, Polbud, p. 37-38.

<sup>96</sup> Ibid, p. 43-45.

<sup>97</sup> Ibid, p. 55-57.

<sup>98</sup> Ibid, p. 51-52 och 64-65.

Polbud har skapat en viktig förändring avseende de beslut gällande etableringsfriheten för företag i EU. Det som utgör ramar för gränsöverskridande ombildning för bolag förtydligades. Domstolen är uteslutande ett organ som har till uppgift att avkunna dom och kan således inte införa ett tillvägagångssätt för att förenkla ett företags möjlighet att ombildas i ett annat medlemsland. I anslutning till detta går det heller inte att fastställa de reella villkor som måste förverkligas. Då det ännu saknas harmonisering gällande gränsöverskridande ombildning i EU kan nationella rättsordningar uppställa regler för det beteende som ska efterföljas och samtidigt se till att intressen för arbetstagare, minoritetsaktieägare och borgenärer skyddas eller också gällande bekämpning av sådana skatterelaterade problem eller ytterligare missbruk som hänför sig till gränsöverskridande företagsombildningar. En bedömning av detta får göras med utgångspunkt i de situationer som uppkommer i fall sådana regler är överensstämmande med såväl EU-rätten och etableringsrätten. Av detta följer att en sådan situation som inte är godtagbar ur ett rättssäkerhetssynpunkt kan leda till negativa konsekvenser vad gäller ett bolag, intressenterna till bolag samt även medlemsländerna.

### **3.10 C-378/10 - VALE**

I detta mål ansökte bolaget vid namn VALE Costruzioni Srl från Italien om att kunna strykas från bolagsregistret då verksamheten ville flytta sitt säte till Ungern. Myndigheten godkände deras ansökan och strök således bolaget från registret. Bolaget antog sedan en ny bolagsordning som ett ungerskt AB med namnet VALE Építési kft och gjorde en ansökan om registrering i överensstämmelse med ungersk rätt om att detta nya företag är efterträdare till VALE Costruzioni. Å ena sidan skapade den italienska lagstiftningen ingen svårighet för bolaget att kunna strykas och således överföra sitt bolag och dess verksamhet till ett annat medlemsland. Å andra sidan förnekade Ungern registreringen av VALE Építési eftersom den ungerska bolagsrättsliga lagstiftningen endast är tillämplig på sådana juridiska personer som är grundade i Ungern som också har den möjligheten att kunna ombilda sig. De ungerska myndigheterna kunde således inte acceptera denna registrering av företaget då det ursprungliga bolaget var italienskt till att börja med.<sup>99</sup>

EU-domstolen fastslog i och med domarna i Daily Mail och Cartesio att företag förekommer enbart genom inhemsk lagstiftning. Då det fortfarande saknas en unionsrättslig och

<sup>99</sup> C-378/10 - VALE, p. 8-10, ECLI:EU:C:2012:440.

harmoniserad definition vad gäller ett bolags anknytningsfaktor som således också bestämmer den rättsordning som ska appliceras på ett företag, så kan detta tillämpas endast genom nationell lagstiftning.<sup>100</sup> Domstolen framhöll på grund av detta att ett medlemsland och dess nationella rätt har den behörigheten att bestämma anknytning för bolag samt den anknytning gällande vidmakthållandet av ett bolags rättsliga status. Utöver detta menade domstolen att ett ansvar att godkänna gränsöverskridande ombildning i enlighet med artiklarna 49 och 54 FEUF inte påverkar den behörighet som Ungern hade i att ställa krav på anknytning eller i godkännandet av de lagar angående etableringen av bolag i detta land. Då det saknas en enhetlig unionsrätt omfattas bolaget enbart av den nationella lagstiftningen i värdmedlemslandet.<sup>101</sup>

I Cartesio-målet framfördes ett obiter dictum som skulle förstås som en tolkning av det betraktande att ett företag som skapats i enlighet med en nationell lagstiftning enbart existerar på grund av den rättsordning som möjliggör bildandet av ett bolag och att de villkor som krävs således också uppfylls. Värdmedlemslandets lagstiftning ska alltså inte tolkas som att det ska undantas från tillämpningsområdet för etableringsfriheten. I detta rättsfall drar EU-domstolen den slutsats att nationell rättsordning som beviljar ombildning av nationella företag men inte ombildning av företag som grundades ursprungligen i ett annat medlemsland omfattas av artiklarna 49 och 54 FEUF.<sup>102</sup>

Det som konstaterades var att artiklarna 49 och 54 FEUF måste tydas på så vis att värdmedlemslandet har den rättigheten att bestämma vilka inhemska lagar och regler som ska gälla på gränsöverskridande ombildningar. Vidare ska dessa bestämmelser tillämpas på nationella ombildningar. Angående värdmedlemslandet Ungerns förnekande att ange det italienska företaget som legal föregångare i bolagsregistret, fastställer domstolen att principerna beträffande effektivitet och likvärdighet fungerar som ett hinder för detta om ett dylikt angivande av ett föregående företag förekommer vid inhemska ombildningar. I denna dom fastslogs att det finns ett åtagande att beakta de handlingar från myndigheter i inkorporeringsstaten.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> C-378/10, VALE, p. 27-28.

<sup>101</sup> Ibid, p. 30-32.

<sup>102</sup> Ibid, p. 33.

<sup>103</sup> C-378/10, VALE, p. 62.

I rättsfallet framkommer det att det krävs vad gäller gränsöverskridande ombildningar att två på varandra påföljande inhemska lagstiftningar implementeras på denna legala åtgärd för etableringsfriheten.<sup>104</sup> Den nationella rättsordningen undantas däremot inte kontroll som utövas av EU-rätten. Ett medlemsland som således beviljar ombildning av ett nationellt företag är också skyldigt att bevilja denna möjlighet till sådana bolag som etablerats i enlighet med ett annat medlemslands rättsordning som via gränsöverskridande ombildning väljer att ombilda sig med utgångspunkt i den nationella lagstiftningen enligt det tidigare medlemslandet.<sup>105</sup>

Detta rättsfall utgör ett komplement till *Cartesio* såtillvida att gränsöverskridande ombildningar tillåts vare sig de är utgående eller inkommande. Av detta följer att medlemsländer inte kan förhindra gränsöverskridande ombildningar om det är lagligt för ombildning av inhemska företag.

---

<sup>104</sup> Svernlöv, C., "Gränsöverskridande ombildningar och svensk aktiebolagsrätt, *NTS*, Nr. 2, 2016, s. 100-110.

<sup>105</sup> *Ibid*, p. 44-46

## 4 Laglig begränsning av etableringsfriheten

### 4.1 Inledning

I följande kapitel ska inskränkningen av etableringsfriheten att undersökas. De restriktioner som EU-domstolen har tillåtit på området avser för att främst skydda allmänintresset i en stat och för förebyggandet av missbruk och bedrägeri mot aktörer i ett bolag. Utöver detta fungerar även artikel 52 FEUF som inskränkning av den fria rörligheten på den inre marknaden. Etableringsfriheten ska således undersökas mot bakgrund av dessa begränsningar för att sedan föra en analys på huruvida det tas hänsyn till dessa restriktioner på och om de håller auktoritet på etableringsrättens område.

### 4.2 Artikel 52 FEUF

Åtgärder kan vidtas i etableringsfriheten och kan således också rättfärdigas i enlighet med artikel 52 FEUF. Denna artikel har till syfte att tillförsäkra allmän ordning, säkerhet eller hälsa. EU-domstolen redogör inte för denna artikel på ett ingående sätt. Domstolen har endast fastslagit att den inte är tillämplig.<sup>106</sup>

### 4.3 Principen om missbruk och bedrägeri

Sådana omständigheter som kan anses berättiga begränsningar i etableringsfriheten framgår av EU-domstolens rättspraxis vara missbruk och bedrägeri.<sup>107</sup> I rättsfallen Centros och Inspire Art bearbetas denna anmärkning i anknytning till borgenärsskyddet.<sup>108</sup> Missbruk av etableringsfriheten skulle kunna förekomma i andra sammanhang också. Medlemsstater har i två olika fall möjlighet att företa initiativ för att motverka missbruk av EU-rätten. I det första exemplet har medlemsstater befogenhet att vidta åtgärder för att motverka att dess invånare på ett otillåtligt sätt undgår sin nationella lagstiftning med hänvisning till EU-fördraget. I det andra exemplet får medborgare motverkas om de i syfte att missbruka eller i bedrägligt förfarande skulle åberopa EU:s funktionsfördrag.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> C-212/97, Centros, p. 24-25 och p. 38 ; C-167/01, Inspire Art Ltd, p. 135-136.

<sup>107</sup> C-212/97, Centros, ECLI:EU:C:1999:126.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Looijestijn-Clearie, Annie, "Have the dikes collapsed? Inspire Art: a further breakthrough in the freedom of establishment of companies?", *European Business Organization Law Review*, 2004, s. 385 ff.



I rättsfallet Centros framgår det att medborgare inte får på ett obefogat sätt kringgå den nationella lagstiftningen. Av den anledningen har medlemsstater rätt att företa handlingar för att motarbeta detta. Medborgarna har heller inte befogenheten att åberopa de stipulationer i gemenskapsrätten vad gäller missbruk eller bedrägeri.<sup>110</sup>

EU-domstolen hänvisar till sin egen rättspraxis och har kommit att utveckla en princip om missbruk och bedrägeri. Liknande resonemang har förts på tal även i andra rättsfall, exempelvis i Inspire Art. EU-domstolen har i följande resonerat att; *“bekämpandet av bedrägeri kan under alla omständigheter inte läggas till grund för en praxis som innebär att registrering nekas en filial till ett bolag som har sitt säte i en annan medlemsstat.”*<sup>111</sup>

EU-domstolen framhåller trots det att när en inhemsk domstol beslutar att ej tillåta personer den befogenheten att åberopa unionsrättsliga regler, måste domstolen beakta syftet med dessa regler. I de åberopade artiklarna 49 och 54 FEUF som avser etableringsfrihet har EU-domstolen i rättsfallet Centros uttalat sig om att syftet med dessa artiklar är att tillåta att bolag som skapats i överensstämmelse med rättsordningen i en medlemsstat ska ha tillåtelse att få bedriva verksamhet i övriga medlemsstater såsom filial, dotterbolag eller kontor.<sup>112</sup>

Domstolen har ytterligare konstaterat att skapandet av bolag i en medlemsstat och etableringen av filialer i annat medlemsland ska tillåtas och således inte utgöra missbruk även om syftet med detta är att ta del av och tillvarata en mer gynnsam lagstiftning genom att följa sådana bolagsrättsliga bestämmelser som inte utgör en lika omfattande inskränkning.<sup>113</sup> Vidare tydliggör domstolen följande;<sup>114</sup>

“... den etableringsfrihet som enligt artikel 49 FEUF tillerkänns medlemsstaternas medborgare - som för dem innefattar en rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag på samma villkor som dem som föreskrivs i etableringsstatens lagstiftning för dess egna medborgare - inbegriper i enlighet med artikel 54 FEUF en rätt för bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning, och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom unionen, att utöva verksamhet i den berörda medlemsstaten genom ett dotterbolag, en filial eller en agentur.”<sup>115</sup>

<sup>110</sup> C-212/97, Centros, ECLI:EU:C:1999:126, p. 24 ; C-167/01, Inspire Art Ltd, ECLI:EU:C:2003:512.

<sup>111</sup> C-212/97, Centros, p. 38.

<sup>112</sup> C-212/97, Centros, p. 26.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> C-71/20, VAS Shipping ApS, ECLI:EU:C:2021:550, p. 17.

Detta har EU-domstolen slagit fast om i Centros och Inspire Art.<sup>116</sup> Avslutningsvis har domstolen konstaterat i såväl Inspire Art, Centros och Segers att den omständighet att ett bolag väljer att uteslutande bedriva sin verksamhet i en och samma medlemsstat där dess sekundära affärsrörelse finns etablerat, är inte tillräckligt för att det ska kunna utgöra vare sig missbruk eller bedrägeri.<sup>117</sup>

Utöver detta har EU-domstolen i rättsfallet Inspire Art slutligen framhållit att vare sig det föreligger missbruk eller inte så måste detta bedömas med avseende till sakförhållanden i varje enskilda situation.<sup>118</sup> En medlemsstat kan i sådana fall endast företa åtgärder när det har kunnat konstateras i ett visst enskilt fall om att i själva verket rör sig om missbruk eller bedrägeri. Det är av den anledningen förbjudet att införa allmängiltiga handlingar som har för avsikt att förhindra och motverka missbruk.<sup>119</sup>

#### **4.4 Betydelsen av allmänintresse**

EU-domstolen har i sin tidigare rättspraxis kommit fram till att en begränsning i etableringsfriheten ska anses göras för att tillgodose det allmänintresse som finns. Detta allmänintresse garanterar skydd för bland annat viktiga aktörer såsom; borgenärer, anställda i bolaget, minoritetsaktieägare och även skattemyndigheter och deras intressen.<sup>120</sup> Utöver det utgör även intresset av bibehållande av lojala handelstransaktioner ett sådant skydd för allmänintresse.<sup>121</sup>

För att inskränkningen av etableringsfriheten ska anses vara befogad finns det fyra krav som nationer måste uppfylla för att kunna fortskrida med sina regler och handlingar: nämligen att de ska följa likabehandlingsprincipen enligt art. 18.1 FEUF och således inte få tillämpas på ett diskriminerande sätt. Dessutom ska reglerna vara utformade på så vis att de beaktar det allmänintresse som finns. Vidare ska även de mål som uppställs med detta åstadkommas och

---

<sup>116</sup> C-167/01, Inspire Art Ltd, p. 138 ; C-212/97, Centros, p. 29.

<sup>117</sup> C-79/85, Segers, ECLI:EU:C:1986:308, p. 16.

<sup>118</sup> C-167/01, Inspire Art Ltd, p. 105 och p. 143.

<sup>119</sup> Looijestijn, s. 408-410.

<sup>120</sup> se bland annat C-280/00, Überseering, p. 92 samt även C-212/97, Centros, p. 34-37 och C-167/01, Inspire Art Ltd, p. 132-135 vad gäller frågan om borgenärsskydd.

<sup>121</sup> Ibid.

slutligen ska detta göras i enlighet med proportionalitetsprincipen, det vill säga att reglerna ska vara tillräckliga i sin utformning och inte gå utöver vad som är nödvändigt.<sup>122</sup>

EU-domstolen har utvecklat dessa krav som tar sin utgångspunkt i den så kallade Cassis de Dijon doktrinen. Dock har dessa fyra krav inte fullgjorts i varken Überseering, Inspire Art eller Centros.<sup>123</sup>

I Centros-målet avvisade EU-domstolen de argument som den danska myndigheten framförde om att åtgärderna som vidtagits i syfte om att skydda borgenärerna i fallet, inte kunde anses vara berättigade. Att det sedan fanns en risk för borgenärerna att inte kunna göra anspråk på sina fordringar till följd av missvisande konkurs kan inte motiveras till skydd för dessa borgenärer. EU-domstolen resonerade att det framgick tydligt för borgenärerna att bolaget hade skapats enligt utländsk lagstiftning. Vidare i sitt resonemang hävdade domstolen att borgenärernas skydd redan tillgodosetts i koppling till en del unionsrättsliga direktiv. Avslutningsvis ansåg domstolen inte att de åtgärder som den danska myndigheten vidtagit varit proportionerliga eller nödvändiga.<sup>124</sup>

I målet Überseering kom EU-domstolen fram till att ett bolag som är bildat i överensstämmelse med lagstiftning inom ett EU-rättsligt land och där det också har sitt stadgeenliga säte, ska inte förnekas vare sig rättskapacitet eller till följd därav, partsbehörighet. I detta konstaterade domstolen att allmänintresset och de skydd som gäller för bland annat borgenärer, anställda, minoritetsaktieägare eller skattemyndigheters intressen har en underordnad roll vid liknande omständigheter. EU-domstolen motiverade vidare inte varför man valt att fatta detta beslut utan framhöll endast om att det inte fanns skäl för att underbygga en begränsning av etableringsfriheten.<sup>125</sup>

I målet Inspire Art Ltd har EU-domstolen fastslagit, som tidigare nämnts, att en begränsning av etableringsfriheten inte kan ske beträffande borgenärsintresset. Om borgenärerna redan har fått tillräckligt med tydlig information om att ett bolag skapats i överensstämmelse med ett annat medlemslands rättsordning finns det inte grund för att inskränka denna friheten.

---

<sup>122</sup> C-212/97, Centros, p. 32 och C-167/01, Inspire Art Ltd, p. 133.

<sup>123</sup> C-212/97, Centros, p. 32 ; C-167/01, Inspire Art Ltd, p. 133 ; C-208/00, Überseering, p. 92 ; C-120/78, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung.

<sup>124</sup> C-212/97, Centros, p. 36-37 ; C-167/01, Inspire Art Ltd, p. 135.

<sup>125</sup> C-208/00, Überseering, p. 92-93.

EU-domstolen har dessutom tillbakavisat den nederländska regeringen bestridande om att en inskränkning av etableringsfriheten skulle vara att anse som befogad med betraktande av intresset att skapa en effektiv skattekontroll och att bibehålla lojala handelstransaktioner. Domstolen resonerade att varken handelskammaren eller den nederländska regeringen kunde belägga sina skäl om att kraven såsom effektivitet, icke-diskriminering och proportionalitet var uppfyllda.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> C-167/01, Inspire Art Ltd, p. 135 och 140.

## 5 Analys

### 5.1 Inledning

I det följande kommer nedanstående frågor att besvaras under analysens gång:

*Vilka möjligheter och vilka begränsningar finns det för juridiska personer som vill flytta sig över gränserna inom den Europeiska Unionen enligt EU-rätten?*

*Under vilka förutsättningar är sätesprincipen- respektive registreringsprincipens tillämpning förenlig med EU-rätten?*

### 5.2 Möjligheter inom etableringsrätten

Ämnet kring gränsöverskridande ombildningar för bolag inom den europeiska unionen är väldigt omdiskuterat. Även om EU-domstolen har fattat beslut i mål finns det fortfarande en del oklarheter kring vilka förutsättningar som ett bolag kan flytta till ett annat medlemsland. Den praxis som EU-domstolen kommit fram till visar på det behov som finns för harmonisering på etableringsrättens område.

Polbud uppmärksammade situationen avseende den gränsöverskridande förflyttning av ett bolags säte. Domen i Polbud resulterade i att bolags rättigheter vid omlokalisering inom EU förstärktes. Medan risken för att missbruka denna möjlighet och osäkerheten i anslutning till detta försvagades. Detta mål visade på den konflikt som finns mellan EU:s idé om en framkomlig och öppen union och den fruktan som medlemsländerna har i fråga om att förlora sin suveränitet.

Utöver detta innebar Polbud också en vidsträckt rättighet till fri etablering till att således också omfatta den rätten att fritt välja tillämplig lagstiftning för ett bolag. Genom denna dom realiserades möjligheten för bolag att kunna inkorporeras i ett annat medlemsland än där bolaget grundades från början. Rättigheterna har genom detta förstärkt ett bolag och dess möjlighet att fritt röra sig vilket står i enlighet med det den inre marknaden försöker uppnå. Denna dom är således efterlängtd eftersom de enskilda medlemsländerna kan inte längre

yrka på att gränsöverskridande förflyttning av bolag är att anse som missbruk. Medlemsländernas inställning är ett sätt att begränsa den inre marknaden och detta i sin tur förhindrar den öppenhet som unionen grundar sig på och som möjliggör att medborgare och verksamheter kan röra sig obehindrat.

Harmonisering på området för gränsöverskridande ombildningar är av betydelse för dess utveckling. De försök som gjorts sen tidigare har gjorts till ingen nytta då det inte finns en realiserad lagstiftning. EU-domstolen är således inget organ som kan lagstifta på egen hand utan det erfordras ingripanden som kan föra vidare arbetet och utvecklingen framåt. Ett regelverk som således är harmoniserat vad gäller gränsöverskridande ombildningar gör det möjligt att ha uppsikt över gränsöverskridande förfaranden. I anknytning till detta beaktas sådana skyddsintressen som är viktiga att bibehålla. Samtidigt som rättigheten för bolag och dess fria rörlighet bevaras och följaktligen syftet med EU:s inre marknad.

Etableringsfriheten har ännu långt att gå och utvecklas för att juridiska personer ska kunna få samma möjligheter som fysiska personer att fritt röra sig inom gränserna för den europeiska unionen. EU-rätten är således i behov av genomförandet av det fjortonde bolagsdirektivet för att kunna garantera bolags etableringsfrihet och möjligheten att utföra gränsöverskridande ombildningar.

### **5.3 Begränsningar på etableringsrättens område**

Det förekommer ännu oklarheter angående de restriktioner som anses utgöra befogade inskränkningar på etableringsrättens område. För att kunna begränsa etableringsfriheten krävs att de fyra kumulativa kraven som utvecklats i Cassis de Dijon doktrinen också uppfylls. Dock finns det risk för att argumenten fallerar - då rättspraxis visat på att det är oklart om dessa resonemang har någon genomslagskraft. I varje fall har dessa inskränkningar inte haft någon framgång och situationerna i de diverse rättsfallen som nämnts har inte gett upphov till en tydlig bild på när och under vilka omständigheter som etableringsfriheten således också innehar en underordnad ställning till dessa krav. Etableringsfriheten är att betrakta som en "inofficiell" frihet utöver de resterande fyra friheterna på den inre marknaden. Av den anledningen utgör den en grundläggande frihet inom EU:s gränser som således också verkar utifrån hur rättsfallen har bedömts ha starkare prioritet än likabehandlingsprincipen,

proportionalitetsprincipen, de så kallade ändamålsenliga intressen eller allmänhetens intressen var för sig. Det domstolen försöker visa med detta är att etableringsrätten är av större vikt för EU:s funktion och i synnerhet för förverkligandet av det ekonomiska samarbetet och den inre marknaden. De fyra friheterna inklusive den femte friheten, nämligen den fria rörligheten för bolag, kan betraktas som så pass välintegrerade i den europeiska unionen och i EU-rätten att det kommer vara förhållandevis svårt att begränsa dessa friheter på ett sätt som nationerna för sig och EU kan komma att acceptera. Såsom rättsfallen påvisat har EU-domstolen en ovilja att inskränka på etableringsfriheten eller på något sätt förminska dess betydelse i jämförelse med redan nämnda, etablerade principer.

Sedan tidigare har det konstaterats att artiklarna 49 och 54 FEUF har ett sådant vidsträckt tillämpningsområde som är svårt att inskränka på. Det som dock föreligger fortfarande ej ha klarlagts är sådana ingrepp som kan anses rättfärdiga en sådan inskränkning i etableringsfriheten. Av rättsfallen framgår att undantag endast får ske i enlighet med artikel 52 FEUF eller i överensstämmelse med doktrinen som utvecklats gällande tvingande hänsyn till allmänintresset. Kriterierna avseende principerna om effektivitet och proportionalitet i förbindelse till tvingande hänsyn till allmänintresset förefaller av EU-domstolens bedömning av detta vara sträng och således restriktiv. Medlemsländerna får lov att åberopa denna artikel och företa åtgärder för att motverka förekomsten av missbruk och bedrägeri, men endast när ett handlingssätt av denna typen kunnat påvisas i ett enskilt fall. Artikeln är än så länge en del av den gemensamma europeiska rättsordningen - och även om det konstaterats vara en del av EU-rätten så är det inte fullt klarlagt om den också utgör en genomförbar lag. Det är av den anledningen än väldigt oklart huruvida dessa undantag kan i själva verket tillämpas och det med framgång. Förhoppningen är att den praxis som tillkommer i framtiden åtminstone kan tänkas förtydliga detta. Det som dock har klargjorts är att ett medlemsland inte har den rättigheten att tillämpa specifika påbud som begränsar ett utländskt bolags möjlighet att etablera sig, inte heller förekommer det någon rätt för ett medlemsland att förneka bolag en sekundär etablering, och man får heller inte refusera ett bolags identitet. Det står klart att EU-domstolen är försiktig med att tillåta undantag från den fria rörligheten på etableringsrättens område.

Den konklusion som kan dras är att den rättspraxis som EU-domstolen utvecklat har bäring för förtydligandet av ett bolag och dess etableringsfrihet inom den europeiska unionen. Fri

etablering är en rättighet som i enlighet med funktionsfördraget är en definitiv huvudregel. Som konstaterats tidigare så har domstolen kommit fram att undantagen i artikel 52 FEUF inte är tillämplig och av det följer att etableringsfriheten också på så vis är obegränsad i sitt omfång och tillämpning.

#### **5.4 Slutsats av rättsfallen**

Vad gäller nämnda rättsfall kan slutsatsen dras att näringsidkare har möjlighet att vid etableringen av sitt bolag, välja att utgå från den mest gynnsamma lagstiftning på bolagsrättens område som EUs medlemsstater har att erbjuda. Näringsidkare kan därefter välja huruvida de vill starta upp filialer eller dotterbolag och ägna sig åt näringsverksamhet i ett annat medlemsland, även om verksamheten inte utövas i det land där det först etablerades. Detta gäller i enlighet med etableringsfriheten i artiklarna 49 och 54 FEUF. Därutöver förekommer ytterligare konsekvens av etableringsfriheten såsom att ett medlemsland har ett åtagande att acceptera ett bolags rättskapacitet om det skapats och etablerats i överensstämmelse med ett annat medlemslands lagstiftning på bolagsrättens område och således ägnar sig åt näringsverksamhet i det förstnämnda medlemslandet. Ett medlemsland har likaså inte rätt att föra in specialregler i sin inhemska rättsordning, som exempelvis villkor på minsta aktiekapital för juridiska personer som bedriver verksamhet i ett annat land men som skapats i enlighet med lagstiftningen i ursprungslandet. Domarna *Überseering* och *Inspire Art* har inte tillfört något nytt till skillnad från rättsfallet gällande *Centros*-målet. EU-domstolen har konstaterat det som man kommit fram till i *Centros*-målet och följande domar, det vill säga *Überseering* och *Inspire Art* och slutresultatet av dessa, att de också framstår som logiska utfall i relation till detta. Utifrån detta kan slutsatsen dras om att EU-domstolen således också anser att huvudregeln i artiklarna 49 och 54 FEUF är framstående och av stor vikt.

EU-domstolen har vad gäller bestämmelserna om fri etablering i EUF-fördraget skapat en omfattande tolkning på detta område. Dock framhålls att detta endast gäller den sekundära etableringsfriheten, det vill säga dotterbolag och filialer. Frågan är huruvida definitionen av den sekundära etableringsfriheten inte är väl formenlig och stel. Att etablera ett företag i en stat utan att bedriva någon näringsverksamhet i detta land för att sedan skapa en filial i en



annan stat och från det stället utöva all sin näringsverksamhet påminner om upprättandet av en primär etablering i det sistnämnda landet.

## **5.5 Sätessprincipen och registreringsprincipen**

Såväl sätessprincipen och registreringsprincipen medför positiva och negativa konsekvenser på etableringsrättens område. Sätessprincipen är i grunden en princip som har till syfte att skydda de intressen som finns hos ett visst bolag, men denna tar endast hänsyn till de intressen som befinner sig i den nation där företaget är lokaliserat. Detta i sin tur gör det omöjligt för ett företag att verka på en internationell nivå och tillgodose alla de intressen som ett visst specifikt bolag kan ha över nationsgränserna. Sätessprincipen behöver utvecklas till att inte endast beakta ett begränsat område, utan kan också behöva omfatta den europeiska marknaden i och med att intressenter kan befinna sig i andra EU-länder. Principen som sådan är utformad att se över det sociala ansvar som ett bolag har gentemot sina aktieägare och sina anställda samt borgenärerna. Detta i sin tur leder till att det ekonomiska intresset inte får lika stor betydelse till följd av sätessprincipen. Som framgår av rättspraxis så finns det möjlighet för bolag att förflytta sig till andra nationer inom EU som har förmånliga bolagsrättsliga lagstiftningar - dock försvåras detta någorlunda av de principer som finns på området.

Den andra utav de två principerna, nämligen registreringsprincipen är fördelaktig på så vis att den tillåter bolag att förflytta sina verksamheter och sin hemvist relativt enkelt - utan att för den delen behöva återskapa sin juridiska ställning. Principen tillgodoser i detta fall det ekonomiska intresse som bolag har. Detta i sin tur leder till att ett företag undslipper det sociala ansvar som istället tillkommer med sätessprincipen. Utöver detta så finns det risk för att med registreringsprincipens expansion runt om i den europeiska unionen så kan det leda till att allt fler nationer väljer att adaptera lagstiftningar som är förmånliga och inte ställer höga eller några krav vad gäller bolag och deras etableringsrätt. Detta kan i sin tur öka risken för att företag får fritt utrymme att utnyttja och missbruka lagen för sin egen vinning.

Varken sätessprincipen eller registreringsprincipen är överordnad den andra, utan båda principer fyller sina respektive funktioner. Den ena framhåller relevansen av att tillgodose och försörja det nationella intresset, dock maximeras inte etableringsfriheten till fullo såsom möjliggjorts inom EU och forum-shopping har bland annat försvårats. Medan den andra principen drar nytta av etableringsrätten och kan tillgodoräkna sig en större valfrihet vad

gäller hur verksamheten ska förflyttas och var denna ska bedrivas med risk för att detta kan resultera i att endast företaget och dess intressen tillförsäkras.

Med utgångspunkt i rättsfallen såsom Daily Mail, Centros, Inspire Art och med flera andra, har situationen på bolagsrättens område förändrats. Den fundamentala slutsatsen som man kan dra är att det är i överensstämmelse med etableringsfriheten och artiklarna 49 och 54 FEUF att för bolag välja den lagstiftning som också är den mest fördelaktiga, för att sedan kunna exempelvis bedriva sin verksamhet genom bland annat en filial, fast i en annan medlemsstat. EU-domstolen har också fastslagit att denna valfrihet inte heller utgör ett missbruk av etableringsfriheten. Vissa framhåller dock att EU-domstolen prioriterar registreringsprincipen över sätesprincipen. Medan andra framhåller att så inte alls är fallet. Det som å andra sidan kan konstateras är att de olika medlemsstaternas bolagsformer och tillika principer kan på sätt och vis försvåra möjligheten för juridiska personer att etablera sig, men samtidigt blir konkurrensen på detta område ett sätt att vitalisera försöken kring harmonisering. Båda principer är förenliga med EU-rätten, men desto större relevans har de för nationerna som tillämpar dessa och de intressen som ett medlemsland vill tillvarata inom sina egna gränser.

## **5.6 Friheterna på den inre marknaden**

Etableringsfriheten är en sådan frihet som möjliggör bolags rörlighet på den inre marknaden. Även om de resterande friheterna anses vara grundläggande; nämligen den fria rörligheten för varor, personer, tjänster och kapital, så finns det anledning att tro att en begränsning av en frihet kan också begränsa andra friheter som resultat av detta. Detta är inte en sådan fråga som diskuterats tidigare eller för den delen tagits i beaktande.

Friheterna går hand i hand med varandra. Skulle rätten till fri etablering försvåras och/eller inskränkas - så kan detta sätta den fria rörligheten ur spel. Om ett bolag förhindras från att kunna flytta sin verksamhet och dess säte till ett annat medlemsland så kan detta indirekt även påverka bolagets förmåga att tillhandahålla tjänster på ett effektivt och fördelaktigt sätt för företaget. Detta i sin tur skapar ett ohållbart sätt för bolag att kunna sköta sina verksamheter och vara gynnsamma i sin produktion.

Det förefaller vara att juridiska personer till skillnad från fysiska personer inte ges samma status att fritt röra sig inom den inre marknaden. Denna distinktion mellan de två anses inte förespråka den likabehandling som EU-rätten bygger på.

# Käll- och litteraturförteckning

## Lagstiftning:

Europeiska unionens officiella tidning (EUT), C-326/47, publicerad: 26.10.2012

[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.006.02/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.006.02/DOC_2&format=PDF)

## Litteratur:

Hettne, Jörgen & Eriksson, Ida Otken. *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Andra upplagan. Norstedts Juridik, Visby. 2017.

Kjellgren, Anders & Bernitz, Ulf. *Europarättens grunder*. Sjätte upplagan. Norstedts Juridik, Stockholm. 2018.

Weiss, Friedl & Kaupa, Clemens. *European Union Internal Market Law*. Cambridge University Press. 2014.

Werlauff, Erik. *EU-Selskabsret*. Tredje upplagan. DJØF/Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2002.

## Tidskrifter:

Ballester, Bianca & del Monte, Micaela, "European Added Value Assessment: Directive on the cross-border transfer of a company's registered office (14th Company Law Directive)", 2013

Birkmose, Hanne Søndergaard, "Frygten for Delaware - monsteret fra USA?", *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, No. 3/4, 2000

Danelius, Johan, "Aktiebolags rörlighet över gränserna", *SvJT*, 2010

Ebke, F. Werner, The "Real Seat" Doctrine in the Conflict of Corporate Laws, *The International Lawyer*, 2002

Frazzani, Simona m.fl., "The Polbud judgement and the freedom of establishment of companies in the European Union: problems and perspectives", European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2018

Johnston, Andrew & Syrpis, Phil, "Regulatory Competition in European Company Law After Cartesio", *European Law Review*, (2009)

Korom, Veronika & Metzinger, Peter, "Freedom of Establishment for Companies: The European Court of Justice Confirms and Refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06". *European Company and Financial Law Review* Vol. 6, No. 1, (April 2009)

Looijestijn-Clearie, Anne, "Have the Dikes Collapsed? Inspire Art a Further Break-through in the Freedom of Establishment of Companies?" *European Business Organization Law Review*; Dordrecht Vol. 5, Iss. 2, (Jul 2004)

Neville, Mette & Sørensen, Karst Engsig, "Selskabers nationalitetsskifte", *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, Vol. 1, 1999

Severinsson, Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", *Juridisk Tidskrift*, 2003-04

Spaulding, Patrick, "Will There Ever Be a Delaware of Europe?", *Columbia Journal of European Law*, Vol. 11, p. 187, Winter 2004/2005

Svernlöv, Carl, "Gränsöverskridande ombildningar och svensk aktiebolagsrätt", *NTS*, nr. 2, 2016

Ugge, Per, Etableringsrätten inom EG - särskilt för juridiska personer, Nr 4, Institutet för Europeisk Rätt vid Stockholms universitet, Stockholm, 1991

Wymeersch, Eddy O., "Centros: A Landmark Decision in European Company Law", In Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Baums, Theodor, Hopt, Klaus J. & Horn, Norbert (editors), Kluwer Law International, 2000

## Rättsfallsförteckning

### Avgöranden från EU-domstolen:

Mål C-36/74, *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo*, ECLI:EU:C:1974:140

Mål C-120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42

Mål C-270/83, *Commission of the European Communities v French Republic*, ECLI:EU:C:1986:37

Mål C-79/85, *Segers v Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, ECLI:EU:C:1986:308

Mål C-205/84, *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, ECLI:EU:C:1986:463

Mål C-81/87, *The Queen v Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, ECLI:EU:C:1988:456

Mål C-55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, ECLI:EU:C:1995:411

Mål C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ECLI:EU:C:1999:126

Mål C-208/00, *Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, ECLI:EU:2002:632

Mål C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*,  
ECLI:EU:C:2003:512

Mål C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, ECLI:EU:C:2008:723

Mål C-378/10, *VALE Építési kft*, ECLI:EU:C:2012:440

Mål C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804

Mål C-71/20, *VAS Shipping ApS*, ECLI:EU:C:2021:550

Mål C-502/20, *TP v Institut des Experts en Automobiles*, ECLI:EU:C:2021:678