

# Några reflektioner om utländska aktiebolags rättsställning inom EU m.m.

ROLF SKOG\*

I en för Stefan Lindskog säkert väl känd festskriftsartikel reflekterade Håkan Nial i mitten av 1950-talet över utländska aktiebolags rättsställning i Sverige. Artikelnen behandlar inledningsvis frågan om vad som bestämmer ett aktiebolags personalstatut i Sverige och i viss mån andra länder. Merparten av artikelnen ägnas sedan åt ett starkt ifrågasättande av ett då nyligen framlagt förslag om att tillåta utländska företag att driva verksamhet i Sverige genom en filial, ett förslag som författaren menade skulle innebära att man befriade utländska företag från "centrala civilrättsliga regler" som gäller för svenska företag.<sup>1</sup>

Vid samma tidpunkt som artikelnen skrevs pågick förhandlingar om tillskapandet av en europeisk gemensam marknad och ett par år senare, den 1 januari 1958, var den Europeiska ekonomiska gemenskapen, EEG, verklighet. Läser man Nials artikel idag kan man knappast låta bli att reflektera över vilken dramatisk påverkan det som nu är den Europeiska unionen och dess rättsordning, EU-rätten, har haft på de frågor Nial tar upp och, i ett lite vidare perspektiv, på etableringsfriheten i Europa inklusive Sverige. Ett drygt halvsekel efter det att artikelnen skrevs är det inte mycket som är sig likt och mer än någon annan instans är det EU-domstolen som bidragit till denna utveckling i form av tolkningsbesked till Stefans dömande kollegor runtom i Europa.

## Aktiebolagets personalstatut

Ett aktiebolag är juridisk skapelse, som existerar endast under förutsättning att den erkänns av rättsordningen i något land. Men vad är det som avgör vilket lands lag som ska tillämpas på ett visst aktiebolag eller, annorlunda

\* Adjungerad professor i bolags- och börsrätt vid Göteborgs universitet.

<sup>1</sup> Nial, H., Några reflexioner om utländska aktiebolags rättsställning i Sverige, Festskrift till Nils Herlitz, 1955.

uttryckt, vad är det som är avgörande för ett aktiebolags personalstatut? En för de flesta länder gemensam utgångspunkt kan sägas vara att ett aktiebolag ska tillämpa den aktiebolagsrättsliga regleringen i det land till vilket bolaget har starkast anknytning. Men när det kommer till frågan om vilka anknytningsfaktorer som därvid ska vara avgörande, går uppfattningarna isär. Två principiellt olika synsätt kan urskiljas.

Enligt den s.k. inregistrerings- eller inkorporationsprincipen ska bolaget underkastas den bolagsrättsliga regleringen i stiftelselandet, dvs. det land vars lagregler iaktogs när bolaget bildades och vilket därmed, regelmässigt, också är det land där bolaget är inregistrerat. Principen har sitt ursprung i Storbritannien och tillämpas, inom EU, också i bl.a. Irland, Nederländerna och de nordiska länderna. I Sverige har vi sedan länge haft synsättet att ett aktiebolag som är bildat i enlighet med den svenska aktiebolagslagens regler och, som ett resultat därav, är registrerat i det svenska aktiebolagsregistret, ska tillämpa den svenska aktiebolagslagen. Eller, som Karlgren, så vackert uttrycker saken, "Härskande uppfattning i vårt land torde vara, att utslagsgivande är den rättsordning, som den juridiska personen har att tacka för sin tillvaro, i enlighet med vars lag rättspersonligheten sålunda uppstått".<sup>2</sup>

Enligt den s.k. sätesprincipen avgörs personalstatutet i stället av var bolaget har sitt faktiska säte (*siège réel*), vilket ofta definieras i termer av var bolagets huvudkontor är beläget, var bolagets huvudsakliga verksamhet bedrivs eller något liknande. Sättesprincipen utvecklades i Tyskland och Frankrike. Den tillämpas också, med vissa variationer, i en rad andra kontinentaleuropeiska länder.

## EU – en union med fri etableringsrätt

En av de grundläggande principerna i det som numera refereras till som EU-fördraget är principen att all diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden inom fördragets tillämpningsområde. Principen lägger grunden för den fria rörlighet för varor, tjänster, arbete och kapital som råder inom unionen.

Som ett utflöde av den fria rörligheten för arbete råder inom unionen också en fri etableringsrätt. Enligt artikel 49 i fördraget ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detsamma gäller inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som redan är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag i en annan medlemsstat. Etableringsfriheten

<sup>2</sup> Karlgren, H., Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt, 2 uppl. 1960, s. 82. För en aktuell sammanställning rörande bolags personalstatut i Sverige och övriga EU se *The Private International Law of Companies in the European Union*, Becks 2018.

ger medborgare i en medlemsstat rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag, på de villkor som etableringsstatens lagstiftning föreskriver för egna medborgare.<sup>3</sup>

Etableringsfriheten gäller inte bara för fysiska personer ("medborgare"). Enligt artikel 54 likställs bolag, som har bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom unionen, med fysiska personer bl.a. i fråga om just etableringsfriheten. I korthet gäller alltså enligt fördraget att ett sådant bolag har rätt att i en annan medlemsstat bl.a. sätta upp en filial. Skapar inte detta ett spänningsförhållande med hänsyn till de olika sätt på vilket medlemsstaterna fastställer ett bolags personalstatut?

Av EU:s sex ursprungliga medlemsstater tillämpade fem – Tyskland, Frankrike, Italien, Belgien och Luxemburg – sätesprincipen. Endast Nederländerna tillämpade inregistreringsprincipen. EU-fördraget krävde inte någon omedelbar ändring på den punkten. Fördraget ålade endast medlemsstaterna att, "i den utsträckning det var nödvändigt, inleda förhandlingar med varandra i syfte att till förmån för sina rättssubjekt säkerställa [...] ömsesidigt erkännande av bolag [...], bibehållande av status som juridisk person för det fall ett bolags säte flyttas från ett land till annat samt möjlighet till fusion av bolag som lyder under olika nationella lagstiftningar" (artikel 220). Några överenskommelser av det slaget kom emellertid aldrig till stånd och fördragsbestämmelsen ifråga är numera upphävd.<sup>4</sup>

Den fria etableringsrätten i kombination med att Nederländerna tillämpade inregistreringsprincipen och hade en förhållandevis liberal aktiebolagslagstiftning oroade de andra medlemsstaterna. Det har många gånger sagts att EU-fördragets bestämmelser om harmonisering av bolagsrätten i medlemsstaterna syftar till att skapa en reell etableringsfrihet, att skillnader i den bolagsrättsliga regleringen mellan medlemsstaterna skulle kunna motverka intresset av att exempelvis genom ett dotterbolag etablera sig i en annan medlemsstat och att Kommissionen därför måste verka för en harmonisering. Det är korrekt, men det finns också en annan och mindre ofta framförd förklaring. De fem medlemsstater som tillämpade sätesprincipen, inte minst Frankrike, ansåg principen vara hotad genom att bolag skulle kunna komma att formellt etablera sig i Nederländerna men bedriva sin verksamhet i någon av de andra medlemsstaterna. Risker för en sådan utveckling, menade man, skulle minska om den bolagsrättsliga regleringen

<sup>3</sup> Ett bolag kan också utnyttja sin rätt till etablering genom att delta i bildandet av ett bolag i en annan medlemsstat. I detta avseende garanterar EU-rätten bolaget nationell behandling med avseende på kapitalplacering i det nya bolaget. Den aspekten av etableringsfriheten lämnar jag i det följande därhän.

<sup>4</sup> Efter förhandlingar förelåg år 1968 en överenskommelse om ömsesidigt erkännande av bolag men den undertecknades inte av Nederländerna och kom därmed aldrig att gälla.

genom harmoniseringsdirektiv lyftes till en minsta gemensam nivå. Bolagsrättslig harmonisering blev ett *quid pro quo* för etableringsfrihet.<sup>5</sup>

Kommissionens ursprungliga planer var också att harmoniseringsarbetet skulle gå snabbt. Redan vid slutet av den första s.k. övergångsperioden, 1970, skulle arbetet i stort sett vara avklarat.<sup>6</sup> I verkligheten blev det helt annorlunda. Det första harmoniseringsdirektivet antogs först 1968 och behandlade bara en mycket begränsad del av aktiebolagsrätten. Först fyra år senare antogs nästa direktiv och därefter avtog tempot ytterligare. Harmoniseringsarbetet delades upp i allt mindre bitar och, i takt med att antalet medlemsstater ökade, gick det allt långsammare framåt. Femtio år och drygt tio direktiv senare är arbetet ännu inte avslutat.

## EU-domstolens tolkning av etableringsfriheten

I den juridiska doktrinen hävdade namnkunniga rättsvetenskapsmän, inte minst i Tyskland, att den fria etableringsrätten i själva verket inte gällde fullt ut så länge harmoniseringsarbetet fortfarande pågick eller i vart fall inte nått en viss grad av fullständighet. Det var därför, menade man, helt i sin ordning att vissa medlemsstater – framför allt de som tillämpade sätesprincipen – inte erkände bolag från andra jurisdiktioner. Särskilt angeläget framstod detta sedan EU-domstolen i målet *Reyners*<sup>7</sup> 1974 slagit fast att fördragets bestämmelser om etableringsfrihet har direkt effekt. Den nederländske medborgaren Reyners, som var född och uppvuxen i Belgien, hade på grund av sitt utländska medborgarskap vägrats inträde i det belgiska advokatsamfundet och den belgiska regeringen menade att etableringsfriheten inte gällde förrän den omsatts i nationell lag. EU-domstolen underkände argumentationen. Etableringsfriheten är, konstaterade domstolen, en grundläggande rättighet som ska gälla även om erforderlig sekundärrätt inte har antagits inom den fastställda tidsperioden. Artikel 52 [numera art. 49] gavs därför direkt effekt. Bestämmelserna kan med andra ord göras direkt gällande av enskilda inför nationella myndigheter och domstolar och Reyners kunde således inte på grund av sitt nederländska medborgarskap behandlas annorlunda än belgiska medborgare som sökte inträde i samfundet.

<sup>5</sup> Kommissionens skyldighet att verka för en harmonisering av bolagsrätten framgår av artikel 50.2 g. EUF.

<sup>6</sup> Enligt EEG-fördraget skulle hindren för etableringsfriheten vara undanröjda före den 1 januari 1970.

<sup>7</sup> Mål C-2/74, *Reyners*, EU:C:1974:68.

Drygt tio år senare, 1986, tog domstolen i målet *Segers*<sup>8</sup> ett nytt och betydelsefullt steg. Segers hade ett bolag i Storbritannien genom vilket han bedrev verksamhet uteslutande i Nederländerna. Där fanns också bolagets "huvudkontor". Hade Segers, som var bolagets VD, därmed rätt till nederländska sjukförsäkringsförmåner? De nederländska myndigheterna menade att så inte var fallet eftersom hans bolag inte var nederländskt. EU-domstolen gav emellertid Segers rätt. De nederländska myndigheterna måste erkänna bolaget och behandla dess anställda, däribland VD, på ett icke-diskriminerande sätt, dvs. på samma sätt som anställda i ett nederländskt bolag.

På sätt och vis var saken därmed klar. Etableringsfriheten innebär att en medlemsstat, som utgångspunkt, måste erkänna bolag från andra medlemsstater och behandla dessa på samma sätt som inhemska bolag. I den bolagsrättsliga doktrinen fick emellertid Segers en undanskymd plats och säteteorins försvarare fann istället (tillfällig) lindring i målet *Daily Mail*<sup>9</sup>, som domstolen avgjorde 1988.

Det brittiska bolaget Daily Mail avsåg att, av skatteskäl, flytta sitt huvudkontor från Storbritannien till Nederländerna. Med utgångspunkt i den i Storbritannien tillämpade inregistreringsprincipen mötte flyttplanerna inte några bolagsrättsliga hinder. Ett brittiskt bolag, dvs. ett bolag som är bildat enligt brittisk lag och inregistrerat i Storbritannien, kan ha sitt huvudkontor i vilket land som helst. Problemet var istället den brittiska skattelagstiftningen enligt vilken ett bolag anses ha skatterättslig hemvist på den plats där bolagets ledning har sitt säte och, om detta säte är Storbritannien, inte får flytta sin hemvist utan tillstånd av finansdepartementet.

Efter en lång tid av förhandlingar med departementet väckte Daily Mail talan vid High Court of Justice och gjorde gällande att fördragets bestämmelser om etableringsfrihet ger ett bolag rätt att flytta bolagsledningens säte till en annan medlemsstat utan något föregående tillstånd eller rätt att utan villkor erhålla ett sådant tillstånd. Domstolen vände sig till EU-domstolen för ett tolkningsbesked.

EU-domstolen konstaterar i domen inledningsvis att etableringsfriheten är en av gemenskapens grundläggande principer, att etableringsfrihetsbestämmelserna har direkt effekt och att dessa säkerställer rätten för medborgare och att etablera sig i en annan medlemsstat. Så långt inget nytt. Men den fråga som domstolen hade att behandla rörde, till skillnad från målen *Segers* och *Reyners*, inte i första hand etableringsrättens implikationer för en annan medlemsstat, i det aktuella fallet Nederländerna. De tidigare domarna gav inte svar på frågan om ett bolag med bibehållen juridisk status i hemmedlemsstaten kan flytta bolagsledningens faktiska säte till en

<sup>8</sup> Mål C-79/85, *Segers*, EU:C:1986:308.

<sup>9</sup> Mål C-81/87, *Daily Mail*, EU:C:1988:456.

annan medlemsstat. Den frågan handlar inte om erkännande av bolag från en annan medlemsstat utan om kravet på anknytning till det nationella territoriet vid bildande av bolaget och möjligheten att senare ändra denna anknytning och på den punkten skiljer sig, som inledningsvis konstaterats, medlemsstaternas lagstiftning väsentligt åt. Skillnaderna har också beaktats i fördraget, som i artikel 54, vari de bolag som etableringsfriheten omfattar definieras, jämställer anknytningsfaktorerna säte, huvudkontor och huvudsaklig verksamhet.

Med hänvisning till dessa omständigheter fann EU-domstolen att etableringsfrihetsbestämmelserna, ”på gemenskapsrättens nuvarande stadium” skulle tolkas så att de inte gav bolag rätt att flytta bolagsledningens faktiska säte, dvs. huvudkontoret, till en annan medlemsstat och samtidigt bibehålla ställningen som bolag i den medlemsstat enligt vars lagstiftning bolaget bildats.

Beskedet i Daily Mail var tydligt, men det handlade alltså inte om samma sak som de tidigare målen och vägen låg därför öppen för domstolen att ta ytterligare steg i fråga om etableringsfrihetens innebörd för frågan om erkännande av bolag från en annan medlemsstat. Det gjorde också domstolen, med eftertryck, drygt tio år senare.

Målet *Centros*<sup>10</sup> handlade om det danska paret Marianne och Tony Bryde, som bestämt sig för att bedriva viss näringsverksamhet i Danmark, men i stället för att göra det genom ett danskt bolag valt att skaffa ett brevlådeföretag i Storbritannien, Centros Ltd, och hos den danska registreringsmyndigheten ansökt om att få registrera en dansk filial. Myndigheten avsåg ansökan med motiveringen att Centros inte bedrev någon verksamhet i Storbritannien och var tillskopat uteslutande i syfte att kringgå de strängare kraven på minsta tillåtna kapitalinsats i ett danskt bolag. Beslutet överklagades och Højesteret beslutade att inhämta ett tolkningsbesked om innebörden av etableringsfrihetsbestämmelserna i aktuellt hänseende.

EU-domstolens dom, avkunnad i mars 1999, underkände skoningslöst registreringsmyndighetens argumentation. Med referens till *Segers* konstaterade domstolen för det första att etableringsfrihetsbestämmelserna även omfattar ett bolag som inte bedriver någon verksamhet i ursprungslandet. Det saknar betydelse, skriver domstolen, ”att bolaget endast har bildats i den första medlemsstaten i syfte att etableras i den andra medlemsstaten för att där driva sin huvudsakliga, eller hela sin, ekonomiska verksamhet”. Domstolen konstaterade vidare att en medlemsstat visserligen har rätt att vidta åtgärder som syftar till att förhindra att dess medborgare på ett otillbörligt sätt försöker undandra sig den nationella lagstiftningen genom att använda sig av de möjligheter som ges i fördraget och att medborgarna inte har rätt att åberopa bestämmelser i gemenskapsrätten när det är fråga

<sup>10</sup> Mål C-212/97, *Centros*, EU:C:1999:126.

om missbruk eller bedrägeri, men att man vid en sådan bedömning också måste beakta syftet med de aktuella gemenskapsbestämmelserna.<sup>11</sup> ”Att en medlemsstats medborgare som önskar bilda ett bolag väljer att bilda bolaget i den medlemsstat som [...] förefaller ha de minst restriktiva bolagsrättsliga reglerna och att bilda filialer i andra medlemsstater, kan under dessa omständigheter inte i sig anses utgöra ett missbruk av etableringsrätten. Rätten att bilda ett bolag i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och att upprätta filialer i andra medlemsstater utgör nämligen, inom ramen för en inre marknad, ett led i utövandet av den etableringsfrihet som garanteras genom fördraget.” Tydligare än så kan det knappast sägas, men med en markering mot dem som levt i föreställningen att etableringsfriheten skulle vara avhängig en mer fullständig harmonisering av bolagsrätten fortsätter domstolen: ”Att bolagsrätten inte är fullständigt harmoniserad inom gemenskapen har i detta avseende knappast någon betydelse”. Och till sist en släng till medlemsstaterna: ”Det är för övrigt tillåtet för rådet att ytterligare bidra till denna harmonisering, med stöd av de befogenheter som ges i artikel 54.3 g [numera art. 50.2 g] i EG-fördraget”!

Inget avgörande från EU-domstolens sida med bolagsrättslig anknytning har fått tillnärmelsevis sådana konsekvenser som *Centros*, trots att det egentligen alltså bara handlade om en konsekvent fortsättning på domstolens tidigare uttolkning av fördraget. Domen resulterade i att det i Storbritannien kom att bildas en mängd brevlådeföretag i syfte att utgöra bas för filialbildningar i framför allt Tyskland men också andra medlemsstater. Detta satte i sin tur press på lagstiftaren runt om i Europa att liberalisera de egna bolagsrättsliga reglerna, framför allt för mindre bolag. I flera medlemsstater infördes exempelvis mer liberala regler för mycket små bolag utan personligt ägaransvar (”entreprenörsbolag”).

Betydelsen av domen var inte mindre på den rättsvetenskapliga sidan. Det skrevs hyllmeter om *Centros*, inte sällan som nekrologer över sätesprincipen. Principen är död, hävdade många, om det går att ”runda den” genom att bilda ett bolag i en annan medlemsstat och bedriva verksamheten i hemmedlemsstaten genom en filial.

På vissa håll var man dock inte beredd att ge slaget helt förlorat. Danmark är ju trots allt en medlemsstat som tillämpar inregistreringsprincipen, låt vara med viss modifiering. Kanske skulle, menade en del bedömare, domstolen ha sett annorlunda på saken om det handlat om en medlemsstat som tillämpat sätesprincipen.

Svaret kom redan tre år senare, 2002, i målet *Überseering*<sup>12</sup>. Det nederländska bolaget *Überseering BV* hade förvärvats av två tyska medborgare och hade sitt faktiska säte i Tyskland, sätesprincipens högborg. Bolaget ägde en fastighet i Tyskland som var föremål för renovering. Med anledning av

<sup>11</sup> Jfr mål C-55/94, Gebhard, EU:C:1995:411, punkt 37.

<sup>12</sup> Mål C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632.

brister i arbetets utförande väckte Überseering vid tysk domstol talan mot den tyska entreprenören. Talan avvisades emellertid med motiveringen att bolaget visserligen hade sitt faktiska säte i Tyskland men inte i övrigt uppfyllde den tyska bolagslagstiftningens krav och därför saknade rättskapacitet i Tyskland.

Sedan Überseering överklagat avvisningsbeslutet frågade Bundesgerichtshof EU-domstolen om den bedömning som gjorts i lägre instans var förenlig med fördragets bestämmelser om fri etableringsrätt. EU-domstolen erinrade om att det inte kan uteslutas att "tvingande hänsyn till allmänintresset, exempelvis avseende skydd av borgenärs, minoritetsägares, anställdas eller skattemyndigheternas intressen, under vissa omständigheter och med iakttagande av vissa villkor kan motivera begränsningar av etableringsfriheten", men konkluderade att sådana hänsyn inte kan motivera att ett bolag som bildats i en annan medlemsstat, där det enligt bolagsordningen har sitt säte, inte tillerkänns rättskapacitet och därmed inte heller partsbehörighet. "En sådan åtgärd står nämligen i direkt strid med den etableringsfrihet för bolag som följer av artiklarna 43 EG och 48 EG [numera art. 49 och 54]."

Redan året därpå, 2003, kom ännu en dom, *Inspire Art*<sup>13</sup>, på samma tema. EU-domstolen underkände då den nederländska regleringen av s.k. "pseudo-foreign companies" enligt vilken utländska bolag som bedrev verksamhet uteslutande eller nästan uteslutande i Nederländerna var tvungna att uppfylla vissa bolagsrättsliga krav, bl.a. i fråga om minsta tillåtna insatskapital, för att erkännas av Nederländerna. Kraven på effektivitet, proportionalitet och icke-diskriminering hade enligt domstolen inte visats vara uppfyllda beträffande de bestämmelser som enligt den nederländska regeringen motiverades av intresset av att upprätthålla lojala handelstransaktioner och en effektiv skattekontroll.

Sammanfattningsvis klargjorde EU-domstolen genom domarna i målen *Segers*, *Centros*, *Überseering* och *Inspire Art* att EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet ger bolag hemmahörande inom unionen – oberoende av om hemmedlemsstaten tillämpar inregistreringsprincipen eller sätesprincipen – en närmast obegränsad rätt till vad som ibland kallas sekundär etablering i en annan medlemsstat, dvs. att där starta och driva ett dotterbolag eller en filial.

Men har etableringsfriheten och kravet på icke-diskriminering möjligen större implikationer än så? Ligger vägen öppen för bolag från en medlemsstat att också "flytta" bolaget till en annan medlemsstat, dvs. att byta bolagsrättslig hemvist? Den frågan har domstolen behandlat i en serie domar, där den senaste kom så sent som i slutet av 2017.

Redan i fördraget uppmärksammades, som ovan påpekats, frågan om fusion mellan bolag i olika medlemsstater. Fördraget ålade i sin ursprungliga

<sup>13</sup> Mål C-167/01, *Inspire Art*, EU:C:2003:512.



version medlemsstaterna att, i den utsträckning det var nödvändigt, genom förhandlingar nå överenskommelser om bl.a. sådana fusioner, men någon sådan överenskommelse kom inte till stånd och så småningom upphävdes fördragsbestämmelsen. Inom ramen för harmoniseringen av bolagsrätten lade Kommissionen år 2003 fram ett förslag till direktiv om gränsöverskridande fusioner, vilket också antogs år 2005. Redan ett par månader innan direktivet antogs kom emellertid en dom från EU-domstolen i ämnet.

Målet *SEVIC*<sup>14</sup> handlade om ett tyskt (övertagande) bolag som genom fusion skulle gå samman med ett (överlåtande) bolag med bolagsrättslig hemvist i Luxemburg. Fusionen hade beslutats i enlighet med lagstiftningen i respektive land men när den skulle registreras i Tyskland, där det sammanslagna bolaget skulle ha sitt säte, avslogs registreringsansökan. Den tyska bolagslagstiftningens regler om fusion omfattade, enligt registreringsmyndigheten, endast bolag med säte i Tyskland. Beslutet överklagades och Landgericht Koblenz beslutade att inhämta ett tolkningsbesked från EU-domstolen om huruvida registreringsmyndighetens synsätt var förenligt med fördragets bestämmelser om etableringsfrihet.

I domen, som meddelades 2005, påminde domstolen om att etableringsfriheten omfattar "alla de bestämmelser som tillåter eller också enbart underlättar tillträdet till en annan medlemsstat än etableringsstaten och utövandet av näringsverksamhet i den staten, och som ger berörda aktörer möjlighet att effektivt och på samma villkor som de nationella aktörerna delta i medlemsstatens näringsliv". "Gränsöverskridande fusioner tillgodoser", fortsatte domstolen, "i likhet med andra former för omvandling av bolag, behovet av samarbete mellan och sammanslagningar av bolag som är etablerade i olika medlemsstater. De utgör ett sätt att utöva etableringsfriheten som är viktigt för den inre marknadens goda funktion. Medlemsstaterna skall således iaktta etableringsfriheten i enlighet med artikel 43 EG [numera art. 49] med avseende på gränsöverskridande fusioner." Tvingande hänsyn till allmänintresset såsom skydd av borgenärs, minoritetsägares och anställdas intressen kan, som domstolen konstaterat i bl.a. *Überseering* och *Inspire Art*, motivera inskränkningar i etableringsrätten, men då fordras att sådana bestämmelser är ägnade att säkerställa att det eftersträlvade syftet uppnås och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte. Så var inte fallet med den tyska ordningen att fusionsreglerna i den tyska lagen omfattade tyska bolag men inte bolag från andra medlemsstater. Kort sagt, det var fel av myndigheten att vägra registrering av fusionen.

SEVIC-domen gav ny näring åt tankar om att etableringsfriheten skapar en närmast obegränsad rätt för bolag att flytta inom gemenskapen. Hade *Daily Mail* trots allt passerats av tiden? Var det nu fritt fram att också flytta huvudkontoret utomlands, utan att byta bolagsrättslig hemvist? Frågan kom

<sup>14</sup> Mål C-411/03 *SEVIC Systems*, EU:C:2005:762.

upp i målet *Cartesio*<sup>15</sup> 2008 där det ungerska bolaget Cartesio ville flytta sitt faktiska säte till Italien men förbli ett, i bolagsrättsligt hänseende, ungerskt bolag. Då emellertid Ungern vid denna tidpunkt tillämpade sätesprincipen och ansåg ungersk aktiebolagslagstiftning vara tillämplig endast på bolag med faktiska säte i Ungern, möttes Cartesio i Ungern av beskedet att en flytt av det faktiska sätet krävde att bolaget likviderades i Ungern.

Många bedömare trodde – utan närmare analys av domstolens praxis, får man anta – att domstolen skulle överge synsättet i *Daily Mail*. Så blev emellertid inte fallet. Den i målet aktuella frågan om att flytta det faktiska sätet, huvudkontoret, utomlands men behålla det bolagsrättsliga sätet i hemmedlemsstaten, är nämligen, som domstolen tydligt konstaterade, en helt annan än den som *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* och *SEVIC* handlade om. Med samma synsätt som i *Daily Mail* konstaterade domstolen att en medlemsstat har befogenhet att definiera såväl den anknytning som krävs för att ett bolag ska anses ha bildats enligt dess nationella rätt och för att det i denna egenskap ska kunna omfattas av etableringsrätten, som den anknytning som krävs för bibehållande av denna status i ett senare skede. Den befogenheten omfattar, konstaterade domstolen, också möjligheten för medlemsstaten ifråga att inte låta ett bolag som omfattas av dess nationella rätt behålla denna status när det avser att förlägga bolaget till en annan medlemsstat genom att flytta sätet till den senare statens territorium, och därigenom avbryta den anknytning som föreskrivs i den nationella rätten i den medlemsstat där bolaget bildats. Det ungerska kravet på att Cartesios faktiska säte måste förbli i Ungern stred med andra ord inte mot EU-rätten.

I ett *obiter dictum* lämnade emellertid domstolen en liten öppning för en fortsatt rättsutveckling i gränslandet mellan å ena sidan medlemsstaternas rätt att besluta om de bolagsrättsliga anknytningsfaktorerna och å andra sidan skyldigheten att inom ramen för etableringsfriheten inte diskriminera bolag från andra medlemsstater. Medlemsstaternas befogenhet att bestämma de anknytningsfaktorer som avgör ett bolags nationalitet kan inte, skriver domstolen, ”rättfärdiga att den medlemsstat, i vilken bolaget bildats, genom att tvinga bolaget till upplösning och likvidation, hindrar detta från att ombildas till ett bolag enligt den nationella rätten i den andra medlemsstaten, i den mån den rätten medger detta”. Fyra år senare kom just ett sådant fall upp i domstolen.

Målet *VALE*<sup>16</sup> rörde ett italienskt bolag som ville flytta till Ungern, såväl bolagsrättsligt som verksamhetsmässigt. VALE ville, kort sagt, bli ett i alla avseenden ungerskt bolag. På VALE:s begäran ströks bolaget ur det italienska bolagsregistret med en notering om att bolaget flyttat till Ungern. VALE anpassade sin bolagsordning till den ungerska aktiebolagslagens krav och såg också till att uppfylla kravet på ett visst minsta aktiekapital, varefter

<sup>15</sup> Mål C-210/06, *Cartesio*, EU:C:2008:723.

<sup>16</sup> Mål C-378/10, *VALE*, EU:C:2012:440.

det, med åberopande av den ungerska lagens bestämmelser om omvandling av bolag från en bolagsform till en annan, ansökte om registrering i det ungerska bolagsregistret. Den ungerska registreringsmyndigheten avslog ansökan, men VALE överklagade och på den ungerska högsta domstolens begäran fick EU-domstolen ännu en gång lämna ett tolkningsbesked om etableringsfrihetens innebörd.

Domstolen hade visserligen redan i *SEVIC* slagit fast att ombildning av bolag i princip omfattas av etableringsfriheten men flera av de medlemsstater som yttrade sig i målet hävdade att lagstiftning om omvandling inte omfattas av fördragets etableringsfrihetsbestämmelser, eftersom en gränsöverskridande ombildning, till skillnad från en gränsöverskridande fusion som var aktuell i *SEVIC*, innebär att ett bolag bildas i värdmedlemsstaten.

Domstolen godtog inte argumentationen. Med referens till *Cartesio* och *National Grid Indus*<sup>17</sup> konstaterade domstolen att det visserligen inte kan bestridas att en medlemsstat har befogenhet att bestämma såväl den anknytning som krävs för att ett bolag ska anses ha bildats enligt dess nationella rätt, och för att det i den egenskapen ska kunna omfattas av etableringsrätten, som den anknytning som krävs för bibehållande av denna status i ett senare skede. Men, fortsatte domstolen, ”i överensstämmelse med denna fasta rättspraxis ska det framhållas att en eventuell skyldighet, enligt artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF, att tillåta en gränsöverskridande ombildning inte har någon inverkan på vare sig denna befogenhet för värdmedlemsstaten [...] eller denna stats antagande av bestämmelser om bildande och drift av bolag som är resultatet av en [sådan] gränsöverskridande ombildning”.

I linje därmed konkluderade domstolen att etableringsfrihetsbestämmelserna i EU-fördraget ska tillämpas på nationell lag enligt vilken det är tillåtet att ombilda inhemska bolag, men enligt vilken det inte är tillåtet att ombilda ett bolag som bildats enligt en annan medlemsstats rätt. Kort sagt var Ungern skyldigt att tillåta det italienska bolaget VALE att, på samma villkor som ungerska bolag, använda sig av omvandlingsreglerna i den ungerska aktiebolagslagen.

Var frågan om etableringsfrihetens innebörd såvitt avser gränsöverskridande omvandlingar därmed uttömd? Nej, minst en pusselbit återstod. VALE ville flytta sin verksamhet och sin bolagsrättsliga hemvist från Italien till Ungern. Men hur skulle domstolen se på saken om ett bolag endast skulle vilja byta bolagsrättslig hemvist, dvs. utan att flytta verksamheten?

Svaret kom i målet *Polbud*<sup>18</sup>, som domstolen avgjorde så sent som i december 2017. Det polska bolaget Polbud, som var inregistrerat i Polen, ville omvandlas till ett bolag enligt luxemburgsk rätt men varken flytta verksamheten eller bolagsledningens säte från Polen. Bolaget vidtog nödvändiga åtgärder i Luxemburg och registrerades i det luxemburgska bolagsregistret

<sup>17</sup> Mål C-371/10, *National Grid Indus*, EU:C:2011:785.

<sup>18</sup> Mål C-106/16, *POLBUD-WYKONAWSTWO*.

under namnet Consoil Geotechnik S.a.r.l. Planerna stötte emellertid på patrull i Polen, vars lagstiftning i praktiken innebar att bolaget som en följd av dessa åtgärder skulle vara tvunget att likvideras i Polen.

I processen yttrade sig bl.a. den österrikiska regeringen, som menade att förfarandet inte omfattades av etableringsfriheten eftersom Polbud inte utövade någon ekonomisk verksamhet i Luxemburg. Domstolen underkände argumentet med hänvisning till *Centros*. I linje med att etableringsfriheten i *Centros* ansågs omfatta en situation där ett bolag etablerades i Storbritannien uteslutande för att bedriva all verksamhet genom en filial i bolagsbildarnas hemmedlemsstat, Danmark, omfattar etableringsfriheten också en situation ”där ett bolag som bildats enligt lagstiftningen i en medlemsstat [läs: Polen] önskar omvandlas till ett bolag enligt rätten i en annan medlemsstat [läs: Luxemburg], med iakttagande av den andra medlemsstatens kriterium för att fastställa att bolaget har en anknytning till dess nationella rättsordning [...] även om detta bolag utövar sin huvudsakliga, eller hela sin, ekonomiska verksamhet i den förstnämnda medlemsstaten”. Det polska kravet på likvidation innebar således en otillåten begränsning av denna etableringsfrihet.

## Sammanfattning

Genom EU-domstolens avgöranden i de ovan nämnda målen står det klart att europarättens bestämmelser om etableringsfrihet för medborgare och bolag hemmahörande i Europeiska Unionen har en mycket långtgående innebörd, längre än vad de flesta bedömare föreställde sig när vägen mot en europeisk ekonomisk gemenskap beträddes.

I fråga om bolag med bolagsrättslig hemvist inom unionen följer direkt av EU-fördraget att dessa kan etablera sig i en annan medlemsstat exempelvis genom att starta ett dotterbolag eller en filial. I likhet med medborgare kan bolag också starta ett bolag i en annan medlemsstat utan att där bedriva någon verksamhet och låta det bolaget i sin tur starta en filial i ytterligare en annan medlemsstat.

Filialer, som Nial helst ville slippa se i Sverige, är nu en del av vardagen i näringslivet. Det finns idag drygt 3 000 utländska filialer i det svenska filialregistret. Filiallagen fick sin nuvarande struktur i samband med Sveriges inträde i EES och har sedan dess vid ett par tillfällen modifierats med hänsyn till EU-rättens utveckling. Efter ändringar år 2011 kan sådan näringsverksamhet som omfattas av bestämmelserna i EU-fördraget (och

EES-avtalet) om fri rörlighet för varor och tjänster till och med bedrivs helt utan filialetablering.<sup>19</sup>

Genom EU-domstolens senaste praxis står det klart att etableringsfriheten även innebär en omfattande rätt för bolag i en medlemsstat att använda sig av regler om fusion (sannolikt även delning) och omvandling från en bolagsform till en annan för att *de facto* byta bolagsrättslig hemvist, i förening med eller helt utan att etablera någon verksamhet i den nya hemmedlemsstaten. Svenska bolag kan på dessa sätt emigrera och sannolikt kan på motsvarande sätt bolag från andra medlemsstater immigrera till Sverige. Det är en utveckling som Nial och hans samtida knappast kunde förutse och än mindre hade anledning att kommentera. Kanske kan det vara en uppgift för en svensk rättsvetenskapsman som funderar över vad han ska fylla sina dagar med när Högsta domstolens dörrar slagit igen bakom honom. Det svenska lagstiftaren ska nog för sin del vara beredd på nya direktivförslag från EU-kommissionens sida i syfte att åstadkomma en kodifiering av EU-domstolens praxis rörande aktiebolagens etableringsfrihet i den Europeiska Unionen.

<sup>19</sup> Se prop. 2010/11:87.

