

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 4 december 2001¹

Inledning

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande ger domstolen tillfälle att klargöra innebörden av domen av den 9 mars 1999 i målet Centros² och att allmänt förklara i vilken mån gemenskapsrätten inverkar på fastställandet av juridiska personers personalstatut.

Denna tvist har gett upphov till en omfattande diskussion i europeisk doktrin och särskilt i den tyska.³

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Mål C-212/97, REG 1999, s. 1459 (nedan kallad domen i målet Centros).

3 — Se bland annat, Behrens, P.: Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1999, vol. 5, s. 323; Ebke, F.: Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, *Juristenzeitung*, 1999, vol. 13, s. 656; Roth, W.-H.: Gründungstheorie, ist der Damm gebrochen?, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, vol. 21, s. 861; Sandrock, O.: Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie, *Betriebsberater*, 1999, vol. 26, s. 1337; Steindorff, E.O.: Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung, *Juristenzeitung*, 1999, vol. 23, s. 1140; Wouters, J.: Private International Law and Companies' Freedom of Establishment, *European Business Organization Law Review*, 2001, vol. 2, s. 101; Zimmer, D.: Mysterium "Centros": von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, vol. 1, s. 23.

2. I målet vid den nationella domstolen har det uppkommit en fråga avseende en rättsordning enligt vilken ett bolag, som med giltig verkan bildats i en medlemsstat och som har sitt säte och bedriver sin verksamhet i gemenskapen — och som följaktligen kan göra anspråk på att åtnjuta den etableringsfrihet som föreskrivs i fördraget —, inte får göra gällande sina rättigheter vid domstolar i en annan medlemsstat där bolaget har etablerat sitt faktiska säte.⁴

3. I grund och botten rör det sig om att ta reda på huruvida — och i vilken mån — gemenskapsrätten direkt inverkar på utformningen av nationella bestämmelser om internationell privaträtt i fråga om bolags personalstatut.

Bakgrund samt förfarandet i målet vid den nationella domstolen

4. I enlighet med vad som framgår av begäran om förhandsavgörande kan de

4 — Jag kommer nedan att använda synonyma termer såsom "verkligt säte", "faktiskt säte för huvudkontoret" och "centrum för ledningen". Jag avser i samtliga fall den plats där bolagets verksamhet bedrivs och där en stor del av transaktionerna med tredje man ingås (jfr. Kegel, G.: Internationales Privatrecht, Munich 1995, Beck, s. 416).

faktiska omständigheterna och de processuella huvudpunkterna i målet vid den nationella domstolen sammanfattas enligt följande.

5. Käranden, Überseering BV (nedan kallat Überseering), är sedan år 1990 registrerat i handelsregistret för Amsterdam och Haarlem som "Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid" (BV).⁵ Enligt det tyska fastighetsregistret är bolaget ägare till en fastighet i Düsseldorf, på vilken har uppförts en stor garagebyggnad och ett motell.

6. Genom entreprenadavtal av den 27 november 1992 åtog sig svarandebolaget, NCC Nordic Construction Company Baumanagment GmbH (nedan kallat NCC), med säte i Tyskland, gentemot käranden att genomföra en ombyggnad av dessa två byggnader. Detta arbete utfördes, men sökanden ansåg att det förelåg fel i målningsarbetena. År 1995 krävde sökanden utan framgång att svaranden skulle avhjälpa dessa fel.

7. Den 1 januari 1995 förvärvade två privatpersoner samtliga aktier i kärandebolaget. Enligt vad Oberlandesgericht Düsseldorf, domstol i andra instans, kom fram till hade företaget efter detta förvärv det faktiska sätet för huvudkontoret i Düsseldorf.

5 — I nederländsk rätt typisk form för bolag med begränsat ansvar.

8. År 1996 väckte Überseering talan mot NCC och yrkade 1 163 657,77 DEM, jämte ränta, avseende utgifter för att avhjälpa felen i målningsarbetena och ersättning för skada som käranden lidit genom felen. Landgericht avvisade talan. Oberlandesgericht lämnade överklagandet mot första instansdomstolens beslut utan bifall på den grunden att käranden, såsom nederländskt bolag, saknade partsbehörighet i Tyskland. Enligt artikel 50 i den tyska civilprocesslagen (*Zivilprozeßordnung*, nedan kallad ZPO), har personer med rättskapacitet partsbehörighet. När det gäller bolag bestäms rättskapaciteten utifrån dess personalstatut, vilket regleras av rätten i den stat där sätet för bolagets huvudkontor ligger. Detta är också fallet med ett bolag som med giltig verkan bildats i Nederländerna och som flyttar sitt säte till Förbundsrepubliken Tyskland.

9. Käranden överklagade denna dom och upprepade därvid sitt ersättningsyrkande.

Relevant nationell rätt

10. Enligt tysk civilprocessrätt skall en talan avvisas om den väckts av en person som, på grund av att denne saknar partsbehörighet, inte kan vara part (kärande

eller svarande) eller intervenient i en rättegång. Enligt 50 § första stycket i ZPO har personer med rättskapacitet partsbehörighet. Denna bestämmelse gäller även bolag. Partsbehörigheten beror således i tysk rätt på om det föreligger rättskapacitet, med vilket avses förmåga att ha rättigheter och skyldigheter.

tillerkänns rättskapacitet i Tyskland, förlorar denna rättskapacitet när det flyttar sitt fasta säte till Förbundsrepubliken. I den mån som det omfattas av den tyska rättsordningen kan den varken ha rättigheter och skyldigheter eller vara part i en rättegång. För att delta i rättslivet skall bolaget upplösas och bildas på nytt så att det kan få rättskapacitet enligt tysk rätt.⁶

11. Enligt Bundesgerichtshofs fasta rättspraxis bestäms frågan om ett bolag har rättskapacitet i enlighet med den rätt som är tillämplig på platsen för det faktiska sätet för dess huvudkontor (den så kallade "Sitztheorie" eller sätesteorin). Detta gäller även när ett bolag med giltig verkan har bildats i en annan stat och därefter flyttat det faktiska sätet för huvudkontoret till Förbundsrepubliken. Den rättskapacitet som bolaget förvärvat genom bildandet bibehålls inte utan vidare i Tyskland, utan den beror på om bolaget fortsätter att existera enligt rätten i den stat där det bildades och om det dessutom har rättskapacitet enligt tysk rätt. Den dominerande åsikten i doktrinen är att denna rättspraxis är riktig.

13. Såsom Bundesgerichtshof själv har medgett är dess rättspraxis omtvistad i doktrinen. Man kan i huvudsak urskilja två inriktningar:

Enligt den första skall ett bolags rättsliga relationer och följaktligen dess rättskapacitet bestämmas i enlighet med rätten i den stat där bolaget har bildats (bildandeteorin). Denna anknytningspunkt erbjuder den fördelen att den är mer exakt och stabil, vilket gagnar rättssäkerheten. Dessutom främjar den företagets rörlighet över gränserna.

Enligt andra skribenter skall ett företags personalstatut inte bedömas utifrån endast en rättsordning utan på ett differentierat

12. Att det faktiska sätet tas som anknytningspunkt medför att ett bolag som bildats med giltig verkan i utlandet, vilket i princip

6 — Det finns tvivel om huruvida det berörda företaget kan begränsa sig till att göra en ombildning i stället för att bildas på nytt.

sätt utifrån olika kriterier. Därigenom skall ett företags existens och rättskapacitet samt de rättsliga relationerna mellan delägarna ("interna relationer") regleras av rätten i den stat där bolaget bildades, medan bolagets verksamhet och skyddet för dess borgenärer ("yttre relationer") skall regleras av rättsordningen i den stat där bolagets säte ligger.

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

Artikel 48 EG

Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser

14. I tvisten i målet vid den nationella domstolen har uppkommit tveksamheter i huvudsak kring tolkningen av artiklarna 43 EG och 48 EG, jämförda med artikel 293 EG tredje strecksatsen.

Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen skall vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.

Artikel 43 EG

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

Med 'bolag' förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentlig-rättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte.

Artikel 293 EG

Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföre-

Medlemsstaterna skall i den utsträckning det är nödvändigt, inleda förhandlingar

med varandra i syfte att till förmån för sina medborgare säkerställa:

personalstatut. Den ifrågavarande domstolen beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

...

- ömsesidigt erkännande av bolag som avses i artikel 48 andra stycket, bibehållande av ställningen som juridisk person för det fall att ett bolags säte flyttas från ett land till ett annat samt möjlighet till fusion av bolag som lyder under olika nationella lagar,

...

- 1) Skall artiklarna 43 EG och 48 EG tolkas så, att det strider mot etableringsfriheten för bolag att rättskapaciteten och partsbehörigheten för ett bolag, som med giltig verkan har bildats enligt en medlemsstats rättsordning, bedöms enligt rättsordningen i den stat till vilken bolaget har flyttat det faktiska sätet huvudkontoret, när bolaget enligt denna rättsordning inte längre vid domstol i denna medlemsstat kan göra gällande anspråk enligt avtal?

2. Om domstolen besvarar denna fråga jakande:

Innebär etableringsfriheten för bolag (artiklarna 43 EG och 48 EG) att ett bolags rättskapacitet och partsbehörighet skall bedömas enligt rättsordningen i den stat där bolaget har bildats?

De ställda tolkningsfrågorna

15. Enligt Bundesgerichtshof, domstol i sista instans i tvistemål, framgår det inte klart av domstolens rättspraxis huruvida, för det fall ett företags säte flyttas till en annan stat, den etableringsfrihet som säkerställs i artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för att ta det faktiska sätet för företagets huvudkontoret som anknytningspunkt vid bestämmandet av bolagets

Förfarandet vid domstolen

16. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 25 maj 2000.

17. Förutom de två parterna i målet vid den nationella domstolen har den tyska, den spanska och den brittiska regeringen samt kommissionen och Europeiska Frihandelsammanslutningens (EFTA) övervakningsmyndighet yttrat sig skriftligen och muntligen i målet. Den italienska regeringen har inkommit med ett skriftligt yttrande, medan den nederländska regeringen endast yttrade sig vid förhandlingen i målet, vilken hölls förmiddagen den 16 oktober 2001.

18. Käranden har jämte den brittiska och den nederländska regeringen samt kommissionen uttalat sig för ett jakande svar på båda frågorna, medan EFTA:s övervakningsmyndighet har gjort det avseende den första frågan. Övriga har förespråkat motsatt svar.

Prövning av tolkningsfrågorna

19. Det är lämpligt att inledningsvis redogöra för den rättspraxis som de av Bundesgerichtshof ställda frågorna är att hänföra till. När väl de väsentliga, allmänt tillämpliga principerna fastställts, skall det sätt som de tillämpas på i förhållande till förevarande mål studeras.

Avgränsningen av de kriterier i rättspraxis som är tillämpliga

20. De som har yttrat sig har enligt min mening helt riktigt koncentrerat sina argument till domen av den 27 september 1988 i målet Daily Mail and General Trust PLC⁷ och av den 9 mars 1999 i det ovannämnda målet Centros.

21. Målet Daily Mail hade en egendomlig rättslig bakgrund. I den engelska handelsrätt som var tillämplig vid den ifrågavarande perioden föreskrevs att ett bolag som bildats enligt brittisk lagstiftning och med registrerat säte (*registered office*) i Förenade kungariket kunde flytta sätet för dess ledning och huvudkontor till ett annat land utan att förlora sin nationalitet.

Rättssubjekt med hemvist i Förenade kungariket var skattskyldiga för bolagskatt. Enligt skattelagstiftningen var det därför förbjudet för företag med skattemässig hemvist i Förenade kungariket att flytta sätet för dess ledning till utlandet utan föregående tillstånd från finansministern.

22. Vid en omfattande omstrukturering önskade Daily Mail flytta sätet för bolags-

⁷ — MÅL 81/87, REG 1988, s. 5483; svensk specialutgåva, volym 9, s. 693 (nedan kallad domen i målet Daily Mail).

ledningen till Nederländerna för att erhålla betydande skatteförmåner och begärde utan framgång det lagstadgade tillståndet.

Tolkningsfrågan uppkom sedan detta avslag överklagats. Domstolen ansåg att vid den utvecklingsfas som gemenskapsrätten befann sig innebar nuvarande artiklarna 43 EG och 48 EG inte en rätt för ett företag som bildats i enlighet med lagstiftningen i en medlemsstat där det hade sitt registrerade säte att flytta sätet för bolagsledningen till en annan medlemsstat.

23. För att komma till denna slutsats beaktade domstolen att det strider mot etableringsfriheten att ursprungslandet hindrar en av sina medborgare eller ett bolag som bildats i överensstämmelse med dess lagstiftning från att etablera sig i en annan medlemsstat.⁸ Den ansåg också att bolag, till skillnad från fysiska personer, är enheter som bildats i överensstämmelse med en rättsordning och att de existerar endast i kraft av de olika nationella lagstiftningarna som reglerar bildandet av dem och deras funktion.⁹

24. Efter att ha konstaterat att det, trots den uttryckliga uppmaningen i nuvarande

artikel 293 EG, inte hade antagits några gemenskapsbestämmelser på området, fastslog domstolen att enligt fördraget utgör de skillnader som föreligger mellan de nationella lagstiftningarna vad gäller den anknytning som krävs för bolag (säte, huvudkontor och huvudsakliga verksamhet) och vad gäller möjligheten att flytta sätet, det stadgeenliga eller det verkliga, från en medlemsstat till en annan och, i förekommande fall, de närmare bestämmelserna för detta, problem som inte har lösts genom reglerna om etableringsrätt, utan som skall lösas genom lagstiftning eller avtal.¹⁰

25. Ordalydelsen av detta sista uttalande är särskilt klar och ovillkorlig. Om svaret på den första tolkningsfrågan skulle avspegla endast det nuvarande rättsläget enligt rättspraxis, är det troligt att detta svar skulle bli nekande.¹¹

26. Bland dem som har yttrat sig har vissa, särskilt kommissionen, vinnlagt sig om att minska relevansen i förevarande mål av uttalandena i domen i målet Daily Mail. De har med stöd av omständigheterna i tvisten i det målet vid den nationella domstolen och av en princip om stärkt skydd för etableringsfriheten från mottagarstatens sida, försökt reducera dess omfattning till enbart ett uttalande att behörigheten att fastställa bestämmelser om bildande och rättslig förekomst för bolag i enlighet med tillämpliga konfliktbestämmelser endast ankommer på ursprungsmedlemsstaten.

8 — Domen i målet Daily Mail, punkt 16.

9 — Ibidem, punkt 19.

10 — Ibidem, punkt 23.

11 — Se i detta avseende, Behrens, P.: a.a., s. 323.

Det är fråga om en välvillig tolkning, som dock är felaktig: av domen följer inte att skyddet blir olika starkt beroende på om det är ursprungsstaten eller mottagarstaten som skall säkerställa detta, och inte heller överensstämmer det med vad som fastställts i punkt 23 i domen att dess verkan begränsas till ett erkännande av en viss exklusiv lagstiftningsbehörighet.

Tvärtom inverkar (eller inverkade), enligt vad som uttalats i den punkten, inte gemenskapsbestämmelserna om etableringsfrihet på medlemsstaternas behörighet att fastställa kriterier för fastställande av juridiska personers personalstatut samt deras behörighet i frågor avseende flyttning av säte, registrerat eller faktiskt, från en medlemsstat till en annan.

27. Man måste emellertid komma ihåg att vad som fastslogs i domen i målet Daily Mail gällde endast "på gemenskapsrättens [dåvarande] stadium". Denna reservation är orsaken till bekymren avseende skillnader i rättsordningar, vilka av gemenskapslagstiftaren beaktades i nuvarande artikel 293 EG, i vilken medlemsstaterna anmodas att minska dessa skillnader "i den utsträckning det är nödvändigt".

28. Det är följaktligen nödvändigt att undersöka om det sedan dess har skett väsentliga förändringar i rättsläget som möjliggör en ny bedömning.

29. Jag är ense med alla dem som har yttrat sig i målet i denna fråga om att de framsteg som noteras i tillnärmningen av lagstiftningar i fråga om bolag inte har haft någon inverkan på problemen när en juridisk persons säte, formellt eller faktiskt, flyttas till en annan medlemsstat. Det har alltså inte skett någon utveckling av den relevanta lagstiftningen.

30. Detsamma gäller inte i fråga om rättspraxisens utveckling. De som har yttrat sig är eniga även på denna punkt, även om alla inte drar samma slutsatser av de ändringar som de har påtalat.

31. Domen av den 9 mars 1999 i det ovannämnda målet Centros kommer lätt på tal.

I det målet ställdes frågan om det var förenligt med bestämmelserna om etableringsfrihet att neka registrering i behörigt register i en medlemsstat av en filial till ett utländskt bolag i gemenskapen som bildats i enlighet med lagarna i en annan medlemsstat med syftet att all verksamhet skulle utövas i det land där filialen etablerades. Den danska hänskjutande domstolen ansåg dessutom att den använda metoden syftade till att undvika mer betungande skyldigheter vid bildande av bolag som gällde i Danmark.

32. Domstolen resonerade i tre steg och skilde mellan a) frågan om tillämpning av bestämmelser om etableringsfrihet och b) åtgärder som en stat kan vidta för att, med användande av de möjligheter som erbjuds i fördraget, hindra att vissa nationella bestämmelser kringgås på ett oegentligt sätt (förhindrande av missbruk av rättsregler) och tillade c) några överväganden om riktigheten av de skäl som de danska myndigheterna framfört (tvingande hänsyn till allmänintresset).

33. Först kontrollerade domstolen om det fanns något hinder för denna grundläggande frihet.

För att fastslå att så var fallet var det tillräckligt att erinra om att rätten att fritt etablera sig utsträcker sig till att omfatta bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen (primär etablering), av vilket kunde dras slutsatsen att dessa bolags verksamhet får drivas i en annan medlemsstat genom ett kontor, en filial eller ett dotterbolag (sekundär etablering), varvid sätet, huvudkontoret eller den huvudsakliga verksamheten tjänar till att fastställa bolagens anknytning till en medlemsstats rättsordning, på samma sätt som nationaliteten är

avgörande när det gäller fysiska personer.¹²

Domstolen fastslog sedan att vägran att registrera filialen inte kunde vara en åtgärd för att hindra missbruk av etableringsfriheten, i den mening som avses i domen i målet Van Binsbergen.¹³ Domstolen ansåg tvärtom att rätten att bilda ett bolag i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning, närmare bestämt med den med minst restriktiva bolagsrättsliga bestämmelser, och att upprätta filialer i andra medlemsstater utgör, inom ramen för en inre marknad, ett led i utövandet av den etableringsfrihet som garanteras genom fördraget.¹⁴

Slutligen undersökte domstolen om den omtvistade nationella praxisen kunde motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset. De danska myndigheterna hade åberopat två hänsyn av detta slag: skyddet för offentliga borgenärer som inte står i avtalsförhållande till bolaget (såsom skattemyndigheten och myndighet för social trygghet)

12 — *Ibidem*, punkterna 19 och 20. I just det målet härledde generaladvokaten La Pergola ur nuvarande artiklarna 43 EG och 48 EG en rätt för varje berörd part att bilda ett bolag i överensstämmelse med lagstiftningen i en medlemsstat i avsikt att bedriva verksamhet i denna stat eller, på samma villkor, i vilken som helst annan medlemsstat. Ett på detta sätt bildat bolag skall ha rätt att etablera sig — primärt och eventuellt även sekundärt - varhelst det önskar inom gemenskapen (förslag till avgörande av den 16 juli 1998, Reg 1999, s. I-1461, punkt 20). Det är föga förvånande att denne generaladvokat medgav att han förespråkade en tillämpning av "Cassis de Dijon"-domen i fråga om ömsesidigt erkännande av bolags rörlighet (*ibidem*, punkt 20).

13 — Dom av den 3 december 1974 i mål 33/74, Van Binsbergen (REG 1974, s. 1299; svensk specialutgåva, volym 2, s. 379), punkt 13.

14 — Punkt 27 i domen i målet Centros.

och det allmänna skyddet för borgenärerna genom krav på ett minsta bolagskapital när bolaget grundas. Domstolen erinrade om de förutsättningar som är tillämpliga på denna sorts begränsande åtgärder, vilka fastslogs i domen av den 30 november 1995 i målet Gebhard¹⁵, och ansåg att dessa förutsättningar inte var uppfyllda i det förevarande fallet.¹⁶

34. Slutsatsen i domen i målet Centros är behagligt enkel: i denna dom tillämpas artiklarna 43 EG och 48 EG enligt deras ordalydelse. Denna hållning överensstämmer med den traditionella tolkningen av de grundläggande friheterna i fördraget, vilka efter en övergångsperiod skall ha direkt och omedelbar effekt. Jag önskar behandla följande två inslag i domen i målet Centros: ett utelämnande och ett uttalande.

35. Det betydelsefulla utelämnandet är det av varje hänvisning till artikel 293 EG och

till domen i målet Daily Mail, i vilken denna artikel var till ledning för domstolen. Inte heller generaladvokaten gick in på denna fråga i sitt förslag till avgörande och det verkar inte som om de som yttrade sig gjorde det i sina argument.

36. Det finns en första uppenbar förklaring: i målet Centros avsåg den prövade frågan öppnande av en *filial* och inte en flyttning av bolagets säte. Denna ståndpunkt skulle emellertid vara överdrivet formell. Vid denna bortses från att med säte kan förstås inte endast det registrerade utan även den plats där bolagets faktiska förvaltning sker. Vid en sådan ståndpunkt görs vidare, utan uppenbar grund, åtskillnad mellan en primär, mycket villkorad, rätt att etablera sig och en sekundär, nästan obegränsad, rätt till etablering.¹⁷ Dessutom kunde det inte undgå domstolen att ett fastställande av en så vid frihet att bilda filialer (vilka egentligen få bolag har som verkliga filialer, i ordets vanliga betydelse, eftersom bolagets samtliga tillgångar kan finnas i dessa)¹⁸ skulle göra det möjligt att kringgå lagstiftningen om flyttning av ett bolags säte, formellt eller faktiskt, från en medlemsstat till en annan, vilken, i avsaknad av harmonisering, omfattas av med-

15 — Mål C-55/94, REG 1995, s. I-1465 (nedan kallad domen i målet Gebhard), punkt 37, enligt vilken nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget skall uppfylla fyra förutsättningar. De skall tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de skall motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och de skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.

16 — Rent allmänt kunde den nationella praxisen inte motiveras av målsättningen att skydda borgenärerna, eftersom Centros förlit skulle ha registrerats i Danmark om bolaget hade drivit en verksamhet i Förenade kungariket, utan att de danska borgenärernas ställning skulle ha stärkts. Dessutom framstod Centros för aktörerna som ett engelskt bolag, inte ett danskt. I förhållande till de offentliga borgenärerna skulle en mindre restriktiv åtgärd än en registreringsvägran kunna bestå i att ge dem behörighet att begära nödvändig säkerhet. Slutligen fanns det inget som hindrade de danska myndigheterna att vidta någon åtgärd som var ägnad att förhindra bedrägeri eller besluta om sanktioner i anledning av bedrägeri (punkterna 34—38 i domen i målet Centros).

17 — Det är riktigt att utövandet av denna primära etableringsfrihet kan påverka medlemsstaterna mer än den sekundära, eftersom sätet, det faktiska eller det registrerade, är anknytningspunkt för tillämpningen av skattelagstiftning och administrativ tillsyn. Se i detta avseende, Zimmer, D.: a.a., s. 33. Se även, om än mer kritisk, Steindorf, E.: a.a., s. 1141. Dessa överväganden återspeglas emellertid inte i domarna och förklaras inte heller enligt fördraget.

18 — Detta anser Freitag, R.: Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, vol. 9, s. 267, särskilt s. 268.

lemsstaternas behörighet.¹⁹ De danska myndigheternas beslut att från etableringsfriheten utesluta fall där man endast försöker undvika en viss lagstiftning, borde ha föranlett domstolen att bedöma denna möjliga form av kringgående, i detta fall av dess egen rättspraxis, med hänvisning till domen i målet Daily Mail. Domstolen utgick emellertid från ståndpunkten att i gemenskapsrättsligt hänseende önskade Centros utöva den sekundära formen av etableringsfrihet.²⁰

38. Den tredje möjliga förklaringen skulle kunna vara att domen i målet Centros har företrädde framför domen i målet Daily Mail, åtminstone vad gäller de praktiska rättsliga följderna: för ett företag som önskar etablera det faktiska sätet för huvudkontoret i en annan medlemsstat skulle det räcka med att ansöka om registrering av en filial. Slutsatserna i domen i målet Daily Mail skulle då endast tjäna till att undvika att ursprungsstaten, i enlighet med vars lagstiftning bolaget har bildats, kan behålla en viss kontroll över den rättsliga enheten, som inte upphör att vara något som skapats genom denna rättsordning. Kontrollen skulle till exempel kunna avse fastställande av anknytningspunkten för skattskyldighet, såsom i fallet med Daily Mail, eller, mera allmänt, för utövande av administrativ tillsyn.

37. Den andra förklaringen skulle kunna bestå i att betona skillnaderna mellan de faktiska förutsättningarna i tvisterna i de respektive målen vid de nationella domstolarna. Därvid skulle förutsättningarna i domen i målet Daily Mail gälla endast i förhållande till *ursprungsstatens* behörighet att begränsa etableringsfriheten för företag som bildats i enlighet med dess rättsordning, medan domen i målet Centros endast skulle avse hinder som *mottagarstaten* skulle kunna uppställa. Eller att bakgrunden till den första var en skatterättslig tvist, medan föremålet för den andra var bolagsrättsligt. Denna åtskillnad framstår för mig som konstgjord för att motivera olika lösningar i rättspraxis. Den har inte stöd i något uttryckligt uttalande i domarna.

Jag måste medge att man vid denna tolkning försöker skapa en allmängiltig teori av några uttalanden i mycket vida ordalag i denna dom, särskilt vad som anfördes i punkt 23.²¹

39. Enligt min mening handlar det snarare om att *komplettera* den domen: frågor avseende fastställandet av den anknytningspunkt som är avgörande för *lex sociatis* samt frågor som härrör från flyttningen av ett bolags säte från en medlemsstat till en annan reglerades och regleras, i avsaknad av harmoniserade bestämmelser, av rättsordningarna i medlemsstaterna, i vilka

19 — Se punkt 23 i domen i målet Daily Mail.

20 — Detta utelämnande kan bero på att domstolen underförstått ansåg att det inte finns någon skillnad i system mellan de primära och sekundära uttrycken av etableringsfriheten. Se i detta avseende, Behrens, P.: a.a., s. 327.

21 — Se punkten 24 ovan.

emellertid *den materiella rätten med gemenskapsursprung skall iaktas*.²²

40. Ur detta perspektiv har den europeiska rätten fortfarande inte någon direkt inverkan på medlemsstaternas behörighet att anta konfliktregler på sitt sätt, så länge de gemenskapsrättslig principerna iaktas.

41. Det betydelsefulla uttalandet i domen i målet Centros är angivandet, i fråga om etableringsfrihet för bolag, av de allmänna kriterier för bedömningen av huruvida inskränkningar av en grundläggande frihet är förenliga med fördragets bestämmelser som domstolen fastställde i domen av den 31 mars 1993 i målet Kraus²³ och som bekräftades i domen i det ovannämnda målet Gebhard.

42. Innefattandet av denna sorts analys innebär ett erkännande av omedelbar effekt för bestämmelserna om etableringsfrihet i fråga om rörlighet för bolag, vilket i sin tur betyder att reservationen i artikel 293 EG överges eller åtminstone begränsas.²⁴

22 — Se i detta avseende, Wouters, J.: a.a., s. 122 och följande sidor.

23 — Mål C-19/92, REG 1993, s. I-1663, punkt 34; svensk specialutgåva, volym 14, s. 167.

24 — Vilket för övrigt redan har uttalats, eller åtminstone kort berörts, i dom av den 10 juli 1986 i mål 79/85, Segers (REG 1986, s. 2375), punkt 16.

Detta val är riktigt med hänsyn till en dynamisk europeisk integration och vinner stöd av bestämmelsens ordalydelse. Tvärt emot vad som föreskrivs i artikel 295 EG ("Detta fördrag skall inte i något hänseende ingripa i..."), enligt vilken bestämmelse regler om äganderätt till produktionsmedel²⁵ inte — utan någon som helst tvekan — skall omfattas av fördragets tillämpning, innehåller artikel 293 EG endast en anmodan till medlemsstaterna att inleda förhandlingar, dessutom endast i den utsträckning "det är nödvändigt". Följaktligen är artikel 293 EG inte jämförbar med ett verkligt lagstiftningsförbehåll, utan den liknar snarare en erinran till medlemsstaterna om att de skall övervinna de oundvikliga problem som med nödvändighet uppkommer ur skillnaderna i lagstiftning i fråga om ömsesidigt erkännande av bolag, i fråga om bibehållande av ställningen som juridisk person för det fall ett bolags säte flyttas till en annan medlemsstat och i fråga om fusion. I egenskap av en sådan erinran kan den inte utgöra hinder för någon yttring av de grundläggande friheterna.

43. Jag anser således att den befintliga rättspraxisen gör det möjligt att bedöma förenligheten med fördraget av inskränkningar som har till syfte eller verkan att begränsa utövandet av etableringsfriheten av juridiska personer som skyddas av artikel 48 EG, i enlighet med de allmänna normer som domstolen har fastställt, nämligen att de inte i sig är diskriminerande, att de motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset och att de är ändamåls-

25 — Se i detta avseende mitt förslag till avgörande i målen C-367/98, kommissionen mot Portugal, mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike och C-503/99, kommissionen mot Belgien, punkt 39 och följande punkter (REG 2001, s. I-4731, s. 4733).

enliga och proportionerliga för att uppnå det eftersträvade målet.

Såsom är fallet med andra juridiska områden kan denna sorts analys — strikt gemenskapsrättslig — inte aspirera på att forma den ifrågavarande nationella rätten, i detta fall den internationella privaträtten. Den ifrågavarande nationella lagstiftningen skall tolkas i överensstämmelse med gemenskapsrätten eller i annat fall överensstämma med de kriterier för rättfärdigande av inskränkningar som är motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Prövning av den första tolkningsfrågan

44. Genom sin första tolkningsfråga, som är mer begränsad än den andra, önskar Bundesgerichthof i huvudsak få klarhet i huruvida gemenskapsrätten utgör hinder för nationella bestämmelser, enligt vilka ett bolag som med giltig verkan bildats enligt lagstiftningen i en medlemsstat inte får åberopa rättigheter enligt avtal vid domstolar i en annan medlemsstat, eftersom det faktiska sätet för bolagets huvudkontor ligger i sistnämnda stat.

45. Detta nekande av partsbehörighet förklaras enligt Bundesgerichthof av att bolagets rättskapacitet och partsbehörighet bedöms enligt rättsordningen i den medlemsstat där bolaget har lagt det faktiska sätet för sitt huvudkontor och av att

bolaget enligt denna rättsordning inte kan tillerkännas partsbehörighet, eftersom den utländska bolagsformen inte erkänns i denna rättsordning. För det berörda bolaget återstår endast möjligheten att upplösas och bildas på nytt enligt rättsordningen i mottagarstaten.

46. Enligt min mening är det emellertid att föredra att hålla sig till den mest objektiva innebörden av den uppkomna frågan, för att undvika en dom på ett område där tolkningen ankommer på nationell rätt: i den tyska rättsordningen nekas partsbehörighet för utländska bolag vars faktiska säte ligger, i överensstämmelse med just denna rättsordning, i Tyskland.

Jag tror nämligen för det första att de tyska bestämmelserna inte med lätthet kan godtas vid en eventuell självständig gemenskapstolkning av begreppen rättskapacitet och partsbehörighet. Samtidigt som partsbehörighet såsom kärande nekas bolag vars verkliga säte inte ligger i den stat där bolaget bildades, godtas nämligen — enligt vad Überseering har förklarat vid domstolen — att de har partsbehörighet såsom svarande i samma fall.²⁶ Dessutom har just den hänskjutande domstolen, som i

26 — I ett annat förfarande har Landgericht Düsseldorf förlitad Überseering att betala ersättning till de arkitekter som medverkade i utförandet av ombyggnadsarbetena, med en inteckning i fast egendom som Überseering äger i Tyskland som säkerhet, enligt vad Überseering har anfört, vilket inte har bestritts.

begäran om förhandsavgörande definierar rättskapacitet som förmågan att ha rättigheter och skyldigheter, medgett att Öberseering äger en fastighet.²⁷ Därigenom skulle det uppkomma en underlig begrepps- uppdelning av den klassiska gestaltningen av rättskapacitet som snarare verkar vara en avskräcknings- eller en sanktionsmekanism.

Slutligen kan det göras skilda tolkningar i fråga om den rättsordning som gäller för det fall som är i fråga, nämligen flyttningen av sätet för bolagets huvudkontor²⁸ eller i fråga om kriterierna för att bedöma om denna flyttning verkligen har skett.

För det andra är det inte heller omöjligt att tänka sig att en användning av teorin om verkligt säte inte ohjälpligt ger upphov till de dramatiska konsekvenser som den leder till i tysk rätt.²⁹

Av dessa skäl framstår det som klokare att undvika varje rättslig klassificering i natio-

nell rätt och betrakta de nationella bestämmelserna i fråga som ett fall med begränsning av partsbehörigheten för ett bolag som försöker undvika viss huvudsaklig bolagsverksamhet i en annan stat än den där det bildades.

47. I enlighet med vad jag har anfört ovan är denna inskränkning i princip oförenlig med etableringsfriheten enligt fördraget, och motsatsen kan inte härledas ur artikel 293 EG.

48. Det skall följaktligen undersökas om inskränningen uppfyller de andra villkor som fastslagits i rättspraxis.

49. Till skillnad från vad vissa av de som har yttrat sig i målet har gjort gällande är åtgärden inte diskriminerande i sig. Ett bolag som bildats i enlighet med tysk rätt och som flyttat sätet för sitt huvudkontor till en annan medlemsstat skulle ha behandlats på samma sätt. Under alla förhållanden skulle en sådan flyttning ha påverkat dess rättskapacitet, i dess mening enligt tysk rätt.³⁰

27 — Se punkt 5 ovan.

28 — Vid förhandlingen i målet var den nederländska och den brittiska regeringen överens om att ett fall som det förevarande i deras rättsordningar skulle betecknas som ett bildande av en filial.

29 — Se i detta avseende, Wouters, J.: a.a., s. 132. Man skulle till exempel kunna tänka på tillämpningen på detta bolag av vissa tvingande bestämmelser som föreskrivs för den motsvarande bolagsformen i enlighet med den nationella rätten.

30 — Se i detta avseende den tolkningsfråga som ställdes i mål C-86/00, HSB Wohnbau GmbH, som var i fråga i beslut av den 10 juli 2001 att domstolen saknade behörighet att pröva frågorna (på den grunden att det hänskjutande organet inte agerade i egenskap av rättskipande myndighet). I punkt 7 uttalades att enligt tysk rätt anses "ett bolag... existera i rättslig mening endast om det har sitt verkliga säte i det land enligt vars rättsordning det har bildats. En nödvändig följd av att ett bolag flyttar sitt säte till utlandet är enligt detta synsätt att bolaget upplöses och avvecklas, det vill säga att bolaget bland annat upphör att vara en juridisk person i Tyskland, och att det bildas ett nytt bolag i utlandet."

50. Av begäran om förhandsavgörande framgår att genom säteteorin, såsom den tillämpas i Tyskland, skyddas borgenärernas rättigheter (genom krav på ett minsta tillskjutet bolagskapital och bestämmelser om villkoren för att förfoga över detta kapital), rättigheterna för bolag i beroendeställning och för minoritetsaktieägare (genom att starkare hänsyn tas till deras intressen genom att kvalificerad majoritet krävs eller genom att skadestånd eller ersättning föreskrivs under vissa omständigheter) och arbetstagarnas rättigheter (genom föreskrifter om medbestämmanderätt på villkor som föreskrivs i lag). Den tyska regeringen har också nämnt skyddet för statskassans intressen (genom minskning av fall med dubbel skattskyldighet).

Dessa skäl bör anses som tvingande hänsyn till allmänintresset enligt domstolens rättspraxis.³¹

51. Det återstår att undersöka om åtgärden skall anses ändamålsenlig och proportionerlig i förhållande till de eftersträlvade målen.

52. På denna punkt bör svaret bli nekande. Beslutet att neka ett företag, som med giltigt verkan bildats i en annan medlemsstat,

31 — Se avseende skydd för ett bolags borgenärer, dom av den 16 mars 1999 i mål C-222/97, Manfred Trummer och Peter Mayer (REG 1999, s. I-1881), punkt 30, och, underförstått, domen i det ovannämnda målet Centros, punkt 35, samt avseende skydd för arbetstagarnas rättigheter, bland annat dom av den 17 december 1981 i mål 279/80, Webb (REG 1981, s. 3305; svensk specialutgåva, volym 6, s. 265), punkt 19.

partsbehörighet såsom kärke är inte ändamålsenligt för att uppnå de legitima mål som påstås eftersträvas. Således går beslutet utöver vad som krävs för att uppnå dessa mål.

53. Domstolen har redan haft tillfälle att bedöma det skydd för ett bolags borgenärer som kan följa av kravet på ett minsta tillskjutet bolagskapital.³² För övrigt har det inte undersökts om Überseering faktiskt erbjöd mindre garantier för borgenärerna. Slutligen är det uppenbart att nekandet av partsbehörighet såsom kärke, vilket hindrar den berörde att vid en domstol göra gällande giltiga anspråk gentemot tredje man, snarare förefaller vara till förmån för bolagets gäldenärer än för dess borgenärer.

54. Inget av de tre andra intressen som påstås skyddas genom den ifrågavarande åtgärden har tydliggjorts på ett så tillräckligt sätt att de förtjänar en prövning.

Det har inte preciserats vilka rättigheter för minoritetsdelägarna som förmodas vara föremål för skydd. Det har inte heller framgått ens att det finns sådana ägarinnehav i Überseering eller att den rätts-

32 — Se punkt 35 i domen i målet Centros och framför allt punkt 21 i generaladvokatens förslag till avgörande i det målet.

ordning som reglerar dessa inte ger dem en likvärdig skyddsnivå. Vidare kan, precis som i fråga om borgenärerna, nekandet av partsbehörighet såsom kärande för bolaget inte vara till förmån för minoritetsdelägarna.

Av diskussionen inför domstolen kan den slutsatsen dras att medbestämmande gäller i företag med mer än två tusen arbetstagare och det finns inget som, snarare än för motsatsen, talar för att flyttningen av ledningen i kärnbolaget i målet vid den nationella domstolen har påverkat ett så stort antal löntagare.

Förbundsrepublikens regering har inte klargjort vilka skattebestämmelser som skulle riskera att kringgå genom att Überseering gör gällande sina rättigheter vid tyska domstolar.³³

55. Hur föga ändamålsenlig åtgärden än anses vara för att uppnå de återopade syftena, framgår det med särskild klarhet vid en undersökning av om nekandet av partsbehörighet såsom kärande är proportionerligt att åtgärden är oförenlig med fördraget.

33 — Såsom EFTA:s tillsynsmyndighets ombud har påpekat skulle Überseerings etablering i Tyskland tvärt emot kunna vara fördelaktig för den tyska statskassan, eftersom bolaget kan bli skattskyldigt för lokala skatter.

Den tyska regeringen uppehöll sig vid förhandlingen i målet vid en punkt som den kort berört i sitt skriftliga yttrande: möjligheten att ett bolag i Überseerings situation i egenskap av enhet som inte är en juridisk person fortsätter att göra gällande sina rättigheter vid domstolar. Den tyska regeringens redogörelse, som var föga klar, bestreds av ombuden för parterna i målet vid den nationella domstolen, vilka var och en hade en annan förklaring till detta system och till dess rättsliga följder.

Domstolen förfogar under dessa förutsättningar inte över tillräckliga uppgifter för att bedöma om Überseering, eller något annat bolag i samma situation, kan göra gällande ett anspråk vid en domstol och under vilka förhållanden. Vad som dock verkar stå klart är ett bolag i ett fall som det som är i fråga i förevarande mål inte kan vara part i en rättegång och därvid fortsätta att vara en skild juridisk person.

Det skall följaktligen hållas fast vid tolkningsfrågans lydelse, såsom den har ställts av Bundesgerichtshof, av vilken framgår att den sanktionsåtgärd som föreskrivs i detta lands rättsordning består i att det berörda bolaget "inte vid domstolar... kan göra gällande anspråk enligt avtal".³⁴

34 — För övrigt framgår det av beslutet att avsaknaden av partsbehörighet utsträcker sig till att avse yrkanden som härrör från andra källor än avtalen.

56. En åtgärd av detta slag innebär i praktiken ett enormt hinder för bolags etableringsfrihet.

motiverade i förhållande till eftersträvandet av ett legitimt syfte och stå i rimlig proportion till dessa syften.³⁹

57. Åtgärden innebär att ett företag som bildats med giltig verkan i överensstämmelse med lagstiftningen i en medlemsstat fräntas möjligheten att fungera i vissa rättsliga hänseenden. Åtgärden utgör under alla förhållanden ett allvarligt ingrepp i den grundläggande rättigheten bestående i rätt till domstolsprövning enligt artikel 6.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad konventionen). Den europeiska domstolen för mänskliga rättigheter har tolkat den första av dessa bestämmelser i dom av den 21 februari 1975 i målet *Golder mot Förenade kungariket*³⁵ och fastslog därvid att möjligheten till rättegång i civilrättsliga frågor är en självklar följd av rättens företräde, en princip som i sin tur är en del av de europeiska ländernas gemensamma arv.³⁶ Det är för visso så att rätten till effektiv domstolsprövning, på grund av sin karaktär, vilket gäller för så många andra grundläggande rättigheter, inte är absolut.³⁷ I domen av den 28 maj 1985 i målet *Ashingdane mot Förenade kungariket*³⁸ ansåg domstolen i Strasbourg emellertid att begränsningarna inte får påverka själva kärnan i rättsordningen, skall vara

Domstolen i Strasbourg har därvid medgett förenlighet med konventionen för bestämmelser enligt vilka rättsliga yrkanden prövas först efter en viss tidsfrist⁴⁰ eller vid en summarisk prövning⁴¹ eller enligt vilka det krävs att det ställs en *cautio indicatum solvi*.⁴² I inget av dessa fall åsidosätts principens kärna utan utövandet överensstämmer med rimliga villkor. Det har också medgetts att det i nationell lagstiftning kan tillämpas begränsande åtgärder *intuitu personae*. Det är fråga om klassiska fall i vilka det enligt rättsordningen tolereras ett reducerat utövande av rättskapaciteten eller partsbehörigheten, vilket gäller för underåriga,⁴³ parter som gör sig skyldiga till rättegångsmissbruk,⁴⁴ fångar⁴⁵ eller personer som försatts i konkurs.⁴⁶ Ingen av dessa grupper liknar förevarande fall.

39 — *Ibidem*, punkt 57.

40 — Yttrande från Europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna av den 6 oktober 1982, X. mot Sverige (mål nr 9707/82, *Décisions et rapports* 33, s. 223).

41 — Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheternas dom i det ovannämnda målet *Ashingdane mot Förenade kungariket*, punkt 59.

42 — Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheternas dom av den 13 juli 1995 i målet *Tolstoy Miloslavsky mot Förenade kungariket* (Serie A nr 316-B).

43 — Jfr. domen i det ovannämnda målet *Golder mot Förenade kungariket*.

44 — Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheters beslut av den 2 december 1985, H. mot Förenade kungariket (mål nr 11559/85, *Décisions et rapports* 45, s. 281) om tillätlighet.

45 — Europeiska domstolen för mänskliga rättigheters dom av den 28 juni 1984 i målet *Campbell och Felf mot Förenade kungariket* (Serie A nr 80).

46 — Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheters beslut av den 4 maj 1987, M. mot Förenade kungariket (mål nr 12040/86, *Décisions et rapports* nr 52, s. 269), om tillätlighet.

35 — Serie A nr 18.

36 — *Ibidem*, punkt 34.

37 — *Ibidem*, punkt 38.

38 — Serie A nr 93.

Notera dessutom att i dessa fall hade rätten till rättegång endast begränsats — aldrig upphävts — och inte som allmän regel villkorats av ett föregående tillstånd från en företrädare för allmänintresset.

vilka i sin tur de allmänna gemenskapsrättsliga principerna härrör.

58. I fråga om handelsföretag, vars huvudsakliga tillgångar utgörs av anspråk gentemot tredje man, kan nekandet av partsbehörighet såsom kärande även utgöra dels en allvarlig inskränkning av fysiska och juridiska personers rätt till respekt för sin egendom, vilken rätt skyddas av artikel 1 i tilläggsprotokoll nr 1 till konventionen, dels ett nekande av rätten till effektivt rättsmedel, i strid med artikel 13 i konventionen.

59. Samma tankar gör sig gällande mot bakgrund av artikel 47 (rätt till ett effektiva rättsmedel och till en opartisk domstol) och artikel 17 (rätt till egendom) i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, vilken tillkännagavs i Nice den 7 december 2000, som, utan att utgöra *ius cogens* i ordets rätta bemärkelse, eftersom den saknar "egentlig rättsverkan",⁴⁷ innebär en mycket värdefull källa som gemensam nämnare för de i medlemsstaterna rådande rättsliga värderingarna, från

60. Slutligen har domstolen fastslagit att rätten till domstolsprövning är mycket viktig inom gemenskapen.⁴⁸

61. Det kan följaktligen fastställas att nekandet av partsbehörighet såsom kärande för en juridisk person, som med giltig verkan bildats i överensstämmelse med en medlemsstats rättsordning, utgör en allvarlig inskränkning av en grundläggande rättighet. Proportionalitetstesten kräver, för att övervinnas, att det i den andra vågskålen finns ett krav av allmänintresse som av tvingande skäl skall skyddas. Det är därvid tillräckligt att konstatera att det inte har förts fram några omständigheter som kan visa på ett socialt behov av denna omfattning. Såsom jag konstaterade när jag bedömde ändamålsenligheten, föreskrivs det inte i den tyska rättsordningen, vid en så allvarlig sanktionsåtgärd, någon konkret bedömning av risken. De rättsliga intressen som avses skyddas genom åtgärden eller, rättare sagt, den risk som dessa intressen kan löpa genom att ett bolag inte har sitt huvudkontor i den stat där det bildades, kan inte mäta sig med vidden av den ålagda sanktionsåtgärden.

47 — Generaladvokaten Tizzano's förslag till avgörande av den 8 februari 2001 i mål C-173/99, BECU (REG 2001, s. I-4881), punkt 27.

48 — Se bland andra dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597), punkt 18, och av den 15 oktober 1987 i mål 222/86, Hcydens (REG 1987, s. 4097; svensk specialutgåva, volym 9, s. 223), punkt 14.

62. Det skall under dessa omständigheter fastställas att artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för en nationell ordning där ett bolag nekas partsbehörighet såsom kärke på den grunden att sätet för dess huvudkontor ligger i en annan medlemsstat än den där bolaget bildades.

åtgärden bestående i att neka partsbehörighet såsom kärke inte är vare sig ändamålsenlig eller proportionerlig i förhållande till de eftersträvade syftena och följaktligen inte är motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset, saknar det betydelse vilken exakt väg som, med tillämpning av olika konfliktregler i tysk rätt, den tyska domstolen följde för att, i överensstämmelse med sin nationella rätt, bedöma grunden för sanktionsåtgärden.

Prövning av den andra tolkningsfrågan

63. Den andra frågan, vilken Bundesgerichtshof har ställt för det fall den första skulle få ett jakande svar, vilket jag föreslår, har en vidare omfattning på grund av sin abstrakta karaktär. Det är fråga om att utreda om det enligt de principer som reglerar etableringsfriheten krävs att bolags rättskapacitet och partsbehörighet alltid skall bedömas enligt rättsordningen i den stat där bolag bildas.

65. Det ankommer inte på domstolen att ge sig in i noggrannare utredningar som hör till nationell rätt. Jag vidhåller att det problem som skall betraktas från ett gemenskapsrättsligt perspektiv är det om motiveringen av en åtgärd som inskränker en grundläggande frihet mot bakgrund av förmodade tvingande hänsyn till allmänintresset.

66. Mot bakgrund av förutsättningarna för svaret på den första tolkningsfrågan är det enligt min mening inte nödvändigt att besvara den andra.

64. Den extra nyttan av ett svar på denna andra tolkningsfråga, när den hänskjutande domstolen löser den uppkomna frågan om tolkningen av gemenskapsrätten, är inte omedelbart uppenbar. Om, såsom jag föreslår, domstolen anser att sanktions-

Detta innebär att samma lösning skulle gälla om nekandet av partsbehörighet inte

var en följd av att rättskapacitet inte erkänns utan resultatet av en tillämpning av tvingande bestämmelser.

67. Denna ståndpunkt framstår för mig som än mer riktig, eftersom den gör det möjligt att undvika vågade uttalanden, utan något som helst men för det samarbete som kan förväntas från domstolen vid lösningen på den ställda frågan.

68. För det första innebär ett svar på den andra frågan att egenarter i tysk rätt skall användas i en självständig gemenskapsteori, i den mån som det godtas — vilket åtminstone kan ifrågasättas — att nekandet av partsbehörighet såsom kårande beror helt på den omständigheten rättskapacitet och partsbehörighet inte erkänns. Jag anser att det tvärtom skulle vara möjligt att anse att detta nekande är ett av de möjligheter som erbjuds i rättsordningen för att sanktionsbelägga felaktiga beteenden i syfte att skydda vissa rättsliga intressen.

69. För det andra skulle det, om den medlemsstat där bolaget bildades också är den stat i vilket bolaget har sitt registrerade

säte, vara att tvinga domstolen att välja ett av anknätningskriterierna som, då några framsteg inte gjorts i lagstiftningshänseende, skall anses vara giltiga i enlighet med artikel 48 EG, nämligen det avseende den ifrågavarande enhetens säte, det avseende dess huvudkontor eller det avseende dess huvudsakliga verksamhet. Om det i fördraget inte ges företräde för något, ankommer det inte på domstolen att göra detta.⁴⁹ I avsaknad av harmonisering fortsätter medlemsstaterna att vara fria att utforma — och de nationella domstolarna att tolka — sina regelverk i fråga om internationell privaträtt på området, vilka emellertid i fråga om dess faktiska effekter skall iakttas kraven i gemenskapsrätten.

70. För det fall domstolen anser det lämpligt att besvara den andra tolkningsfrågan, antingen för att den anser att svaret skulle underlätta för den hänskjutande domstolen att avgöra sitt mål eller för att den anser det lämpligt att fastslå en princip, föreslår jag alternativt av skälen i ovanstående punkt att svaret skall bli negativt.

49 — Neutralitetsprincipen i fördraget avseende medlemsstaternas behörighet att fastställa den anknätningspunkt som är avgörande för *lex societatis* återspeglas också i rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag (EGT 294, s. 1). Se i synnerhet punkt 27 i redogörelsen i direktivet för skälen.

Förslag till avgörande

71. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara Bundesgerichtshofs fråga på följande sätt:

Artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för nationella bestämmelser som medför att partsbehörighet såsom kärande nekas ett bolag som bildats med giltig verkan enligt rättsordningen i en medlemsstat och vars faktiska säte för huvudkontoret har flyttats till en annan medlemsstat.