

|

## 62000J0208

Domstolens Dom af 5. november 2002. - Überseering BV mod Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC). - Anmodning om præjudiciel afgørelse: Bundesgerichtshof - Tyskland. - Artikel 43 EF og 48 EF - selskab stiftet i henhold til lovgivningen i en medlemsstat, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted - selskab, der gør brug af sin etableringsfrihed i en anden medlemsstat - selskab, som efter værtsmedlemsstatens ret anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde til værtsmedlemsstatens område - værtsmedlemsstatens manglende anerkendelse af selskabets retsevne og partsevne - restriktion for etableringsfriheden - begrundelse. - Sag C-208/00.

*Samling af Afgørelser 2002 side I-09919*

Parter

Dommens præmisser

Afgørelse om sagsomkostninger

Afgørelse

### Parter

*I sag C-208/00,*

*angående en anmodning, som Bundesgerichtshof (Tyskland) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,*

*berseering BV*

*mod*

*Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC),*

*at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 43 EF og 48 EF,*

*har*

**DOMSTOLEN**

*sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene J.-P. Puissochet, M. Wathelet (refererende dommer) og R. Schintgen samt dommerne C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann, V. Skouris, F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr og J.N. Cunha Rodrigues,*

*generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer*

*justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,*

*efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:*

- Überseering BV ved Rechtsanwalt W.H. Wagenführ*
- Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) ved Rechtsanwalt F. Kösters*
- den tyske regering ved A. Dittrich og B. Muttelsee-Schön, som befuldmægtigede*
- den spanske regering ved M. López-Monís Gallego, som befuldmægtiget*
- den italienske regering ved U. Leanza, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato F. Quadri*
- Det Forenede Kongeriges regering ved R. Magrill, som befuldmægtiget, bistået af barrister J. Stratford*
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Patakia og C. Schmidt, som befuldmægtigede*
- EFTA-Tilsynsmyndigheden ved P. Dyrberg, J.F. Jónsson og E. Wright, som befuldmægtigede,*  
*på grundlag af retsmøderapporten,*

*efter at der i retsmødet den 16. oktober 2001 er afgivet mundtlige indlæg af Überseering BV ved W.H. Wagenführ, af Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) ved F. Kösters, af den tyske regering ved A. Dittrich, af den spanske regering ved N. Díaz Abad, som befuldmægtiget, af den nederlandske regering ved H. G. Sevenster, som befuldmægtiget, af Det Forenede Kongeriges regering ved R. Magrill, bistået af J. Stratford, af Kommissionen ved C. Schmidt, og af EFTA-Tilsynsmyndigheden ved P. Dyrberg,*

*og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 4. december 2001,*

*afsagt følgende*

*Dom*

## **Dommens præmisser**

*1 Ved kendelse af 30. marts 2000, indgået til Domstolens Justitskontor den 25. maj 2000, har Bundesgerichtshof i medfør af artikel 234 EF stillet to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 43 EF og 48 EF.*

*2 Spørgsmålene er blevet rejst under behandlingen af en sag, som føres mellem på den ene side et nederlandsk selskab, Überseering BV (herefter »Überseering«), der blev registreret den 22. august 1990 i handelsregistret for Amsterdam og Haarlem, og på den anden side et selskab, der har hjemsted i Tyskland, Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (herefter »NCC«), vedrørende afhjælpning af mangler ved udførelsen af arbejder i Tyskland, som Überseering havde givet NCC i entreprise.*

*National ret*

3 I henhold til Zivilprozessordnung (den tyske civilproceslov, herefter »ZPO«) skal en sag, der anlægges af en part, som ikke har retsevne, afvises. Ifølge ZPO's § 50, stk. 1, har enhver, der har retsevne, også partsevne. Dette gælder også for selskaber. Ved retsevne forstås evnen til at være berettiget eller forpligtet subjekt i retsforhold.

4 Efter Bundesgerichtshofs faste praksis, som den fremherskende opfattelse i den tyske juridiske litteratur også tilslutter sig, skal et selskabs retsevne bedømmes efter loven på det sted, hvor selskabet har sit faktiske hovedsæde («die Sitztheorie« eller hovedsædeteorien), i modsætning til den såkaldte »Gründungstheorie« (registreringsteorien), hvorefter retsevnen bestemmes efter loven i den stat, hvori selskabet er stiftet. Dette gælder også i tilfælde, hvor et selskab er gyldigt stiftet i en anden stat og derefter forlægger sit faktiske hovedsæde til Tyskland.

5 Et sådant selskab kan, for så vidt som dets retsevne skal bedømmes efter tysk ret, hverken være berettiget eller forpligtet subjekt i retsforhold eller part i en retssag, medmindre det nystiftes i Tyskland på en sådan måde, at det fører til, at det får retsevne i henhold til tysk ret.

#### Hovedsagen

6 I oktober 1990 erhvervede Überseering en grund i Düsseldorf (Tyskland), som selskabet anvendte til erhvervsformål. Ved hovedentreprisekontrakt af 27. november 1992 overlod Überseering det til NCC at renovere en garagebygning og et motel, der befandt sig på grunden. Ydelserne i henhold til kontrakten blev udført, men Überseering gør gældende, at der er mangler ved udførelsen af malerarbejdet.

7 I december 1994 erhvervede to tyske statsborgere med bopæl i Düsseldorf samtlige anparter i Überseering.

8 Efter at Überseering forgæves havde opfordret NCC til at afhjælpe de mangler, der var konstateret ved udførelsen af arbejderne, anlagde Überseering i 1996 sag ved Landgericht Düsseldorf mod NCC i medfør af hovedentreprisekontrakten. Überseering nedlagde påstand om, at NCC tilpligtedes at betale 1 163 657,77 DEM med rente til dækning af omkostningerne ved afhjælpningen af de hævdede mangler og som erstatning for de deraf følgende skader.

9 Landgericht afviste sagen, og efter anke stadfæstede Oberlandesgericht Düsseldorf afgørelsen herom. Oberlandesgericht bemærkede, at Überseering havde forlagt sit faktiske hovedsæde til Düsseldorf som følge af, at to tyske statsborgere havde erhvervet anparterne i selskabet. Oberlandesgericht fandt, at Überseering, som et nederlandsk selskab, ikke havde retsevne og dermed heller ikke partsevne i Tyskland.

10 Som følge heraf fastslog Oberlandesgericht, at Überseerings sagsanlæg ikke kunne antages til realitetsbehandling.

11 Überseering indbragte herefter Oberlandesgerichts dom for Bundesgerichtshof ved revisionsanke.

12 Det fremgår endvidere af, hvad Überseering har anført, at Überseering parallelt med den sag, der nu verserer for Bundesgerichtshof, er blevet sagsøgt ved en tysk domstol i medfør af andre, ikke nærmere angivne tyske retsforordninger. Überseering er således af Landgericht Düsseldorf blevet tilpligtet at betale arkitekt honorarer, sandsynligvis fordi selskabet den 11. september 1991 blev registreret i grundbogen for Düsseldorf som ejer af den grund, på hvilken garagebygningen og motellet, som blev renoveret af NCC, befandt sig.

De præjudicielle spørgsmål

13 Selv om Bundesgerichtshof har bemærket, at den retspraksis, der er omtalt i denne doms præmis 4 og 5, i forskellig henseende afvises i en del af den tyske juridiske litteratur, finder Bundesgerichtshof dog, at det på det udviklingstrin, på hvilket fællesskabsretten og også selskabsretten inden for Den Europæiske Union for tiden befinder sig, må foretrækkes at fastholde denne praksis.

14 Først og fremmest må alle de løsningsforslag, hvorefter et selskabs retsstilling under hensyn til forskellige tilknytningsmomenter skal bedømmes efter flere retsordener, forkastes. Disse forslag vil efter Bundesgerichtshofs opfattelse føre til retsusikkerhed, fordi de retsområder, som skal henføres under forskellige retsordener, ikke klart kan afgrænses i forhold til hinanden.

15 Desuden indebærer det sted, hvor selskabet er stiftet - hvis det anvendes som tilknytningsmoment - at selskabets stiftere opnår en fordel, idet de samtidig med stiftelsesstedet kan vælge den retsorden, som de foretrækker. Dette er den afgørende svaghed ved registreringsteorien, idet der ikke lægges tilstrækkelig vægt på, at et selskabs stiftelse og drift også har betydning for tredjemands interesser og for de interesser, der gør sig gældende for den stat, hvor selskabets faktiske hovedsæde befinder sig, hvis det faktiske hovedsæde er beliggende i en anden stat end den, hvor selskabet er stiftet.

16 Derimod kan det, ved at lægge vægt på det faktiske hovedsæde, forhindres, at de selskabsretlige bestemmelser, som gælder i den stat, hvor det faktiske hovedsæde befinder sig, og som skal beskytte bestemte afgørende interesser, omgås ved hjælp af en selskabsstiftelse i udlandet. I det foreliggende tilfælde tager tysk ret bl.a. sigte på at beskytte selskabskreditorenes interesser. I de tyske lovbestemmelser om »Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)« (dvs. tyske selskaber af anpartsselskabstypen) ydes denne beskyttelse ved hjælp af detaljerede regler om indbetaling og opretholdelse af selskabskapitalen. I forbindelse med associerede selskaber er der også behov for beskyttelse af de kontrollerede selskaber og disses minoritetsselskabsdeltagere. I Tyskland tilgodeses dette behov bl.a. ved de koncernretlige regler og, i forbindelse med aftaler om beherskelsesforhold og aftaler om overførsel af overskud (Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge), ved reglerne om godtgørelse og om kompensation for erhvervelse af selskabsandele fra de selskabsdeltagere, på hvis bekostning aftalerne er indgået. Endelig tjener medbestemmelsesreglerne til at beskytte lønmodtagere i selskabet. Der findes ikke tilsvarende bestemmelser i alle medlemsstaterne.

17 Bundesgerichtshof har imidlertid rejst det spørgsmål, om ikke etableringsfriheden, som garanteret ved artikel 43 EF og 48 EF - i tilfælde af forlæggelse af det faktiske hovedsæde til en anden stat - er til hinder for at knytte selskabets retsstilling til loven i den medlemsstat, hvor dets faktiske hovedsæde befinder sig. Svaret på dette spørgsmål kan efter Bundesgerichtshofs opfattelse ikke klart udledes af Domstolens praksis.

18 Bundesgerichtshof har i denne forbindelse henvist til, at Domstolen i dommen af 27. september 1988 i sagen Daily Mail og General Trust (sag 81/87, Sml. s. 5483) bemærkede, at selskaber kan udnytte etableringsfriheden ved at oprette agenturer, filialer eller datterselskaber eller ved at overføre hele deres kapital til et nyt selskab i en anden medlemsstat. Derefter udtalte Domstolen, at selskaber dog i modsætning til fysiske personer kun eksisterer i kraft af den nationale retsorden, som er bestemmende for deres stiftelse og eksistens. Det fremgår endvidere af samme dom, at man i EF-traktaten har accepteret, at de nationale lovkonfliktregler er forskellige, og at man har forbeholdt løsningen af de dermed forbundne problemer for det fremtidige lovgivningsarbejde.

19 I dommen af 9. marts 1999 i Centros-sagen (sag C-212/97, Sml I, s. 1459) underkendte Domstolen den retsopfattelse, der lå til grund for, at en dansk myndighed havde nægtet at registrere en filial af et selskab, som var gyldigt stiftet i Det Forenede Kongerige, i selskabsregistret. Bundesgerichtshof har dog bemærket, at selskabet i Centros-sagen ikke havde forlagt sit hjemsted, da det lige fra stiftelsen havde haft sit vedtægtsmæssige hjemsted i Det

*Forenede Kongerige og sit faktiske hovedsæde i Danmark.*

*20 Bundesgerichtshof har på baggrund af Centros-dommen rejst spørgsmål om, hvorvidt traktatens bestemmelser om etableringsfriheden - under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen - er til hinder for at anvende de lovkonfliktregler, der gælder i den medlemsstat, hvor det faktiske hovedsæde for et selskab, der er lovligt stiftet i en anden medlemsstat, befinder sig, når de medfører, at selskabets retsevne og dermed dets partsevne i værtsmedlemsstaten, med henblik på at gøre krav gældende i henhold til en kontrakt, ikke anerkendes.*

*21 På denne baggrund har Bundesgerichtshof besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:*

*»1) Skal artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at det er i strid med etableringsfriheden for selskaber, hvis retsevnen og partsevnen for et selskab, der er gyldigt stiftet efter en medlemsstats ret, bedømmes efter retten i den stat, hvortil selskabet har forlagt sit faktiske hovedsæde, og hvis det følger af denne ret, at selskabet ikke længere dér kan gøre krav i henhold til kontrakt gældende for domstolene?*

*2) Såfremt Domstolen besvarer dette spørgsmål bekræftende:*

*Påbyder etableringsfriheden for selskaber (artikel 43 EF og 48 EF), at retsevnen og partsevnen skal bedømmes efter retten i stat, hvor selskabet er stiftet?»*

*Det første præjudicielle spørgsmål*

*22 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 43 EF og 48 EF er til hinder for - i tilfælde, hvor et selskab, der er stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat, på hvis område det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, efter en anden medlemsstats ret anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde til denne anden stat - at sidstnævnte stat ikke anerkender, at selskabet har retsevne og dermed partsevne for de nationale domstole med henblik på at gøre rettigheder gældende i henhold til en kontrakt, det har indgået med et selskab, der er etableret i denne stat.*

*Indlæg for Domstolen*

*23 NCC samt den tyske, den spanske og den italienske regering har anført, at traktatens bestemmelser om etableringsfriheden ikke er til hinder for, at retsevnen og partsevnen for et selskab, der er lovligt stiftet i henhold til en medlemsstats ret, bedømmes efter retsreglerne i en anden medlemsstat, hvortil selskabet anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde, og i givet fald ikke er til hinder for, at selskabet ikke kan gøre rettigheder i henhold til en kontrakt, det har indgået med et selskab, der er etableret i denne anden medlemsstat, gældende for domstolene i denne medlemsstat.*

*24 De har til støtte for denne opfattelse for det første henvist til bestemmelserne i artikel 293, tredje led, EF, der har følgende ordlyd:*

*»Medlemsstaterne indleder i det omfang, det er nødvendigt, indbyrdes forhandlinger for til fordel for deres statsborgere at sikre:*

*[...]*

*- gensidig anerkendelse af de i artikel 48, stk. 2, nævnte selskaber, opretholdelse af et selskabs status som juridisk person i tilfælde af, at dets hjemsted forlægges fra et land til et andet [...]*«

*25 NCC har anført, at artikel 293 EF beror på, at alle medlemsstaterne anerkender, at et selskab, der er stiftet i en medlemsstat, ikke uden videre bevarer sin status som juridisk person, hvis det*

forlægger sit hjemsted til en anden medlemsstat, og at der hertil kræves, at medlemsstaterne indgår en særlig konvention herom, hvilket indtil nu ikke er sket. Heraf må det efter NCC's opfattelse udledes, at den omstændighed, at et selskab mister sin status som juridisk person, hvis det forlægger sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat, er forenelig med fællesskabsbestemmelserne om etableringsfriheden. Det udgør ikke en restriktion for etableringsfriheden, at en medlemsstat nægter at anerkende et selskabs status som en udenlandsk juridisk person, når selskabet er stiftet i en anden medlemsstat, men har forlagt sit faktiske hovedsæde til medlemsstatens område, idet selskabet har mulighed for at lade sig stifte på ny i henhold til medlemsstatens ret. De eneste rettigheder, der er beskyttet ved etableringsfriheden, er retten til nystiftelse og til sekundær etablering i medlemsstaten.

26 Den tyske regering har anført, at traktatens forfattere har medtaget bestemmelserne i artikel 43 EF og 48 EF med fuldt kendskab til de store forskelle mellem medlemsstaternes selskabsretlige regler og i den hensigt at lade den nationale kompetence og national rets bindende karakter bestå, så længe der ikke er foretaget en tilnærmelse af lovgivningerne. Der findes ganske vist en lang række harmoniseringsdirektiver på selskabsrettens område, som er udstedt med hjemmel i artikel 44 EF, men der er endnu ikke udstedt et sådant direktiv om forlæggelse af selskabers hjemsted, og der er heller ikke indgået en multilateral aftale på dette område i henhold til artikel 293 EF. På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er anvendelsen i Tyskland af teorien om det reelle eller faktiske hovedsæde og teoriens indvirkning på anerkendelse af selskabers retsevne og partsevne således forenelig med fællesskabsretten.

27 Også efter den italienske regerings opfattelse fremgår det af, at medlemsstaterne i henhold til artikel 293 EF skal indgå konventioner med henblik på bl.a. at sikre, at et selskab bevarer sin status som juridisk person, hvis det forlægger sit hjemsted fra én medlemsstat til en anden, at spørgsmålet om opretholdelsen af status som juridisk person efter en forlæggelse af et selskabs hjemsted ikke er løst ved fællesskabsrettens bestemmelser om etableringsfriheden.

28 Den spanske regering har fremhævet, at den konvention om gensidig anerkendelse af selskaber og juridiske personer, som blev undertegnet i Bruxelles den 29. februar 1968, aldrig er trådt i kraft. Da der således ikke er indgået en konvention mellem medlemsstaterne i medfør af artikel 293 EF, består der ingen harmonisering på fællesskabsplan, som kan løse spørgsmålet om opretholdelse af et selskabs status som juridisk person i tilfælde af forlæggelse af dets hjemsted. Artikel 43 EF og 48 EF indeholder intet herom.

29 For det andet har NCC samt den tyske, den spanske og den italienske regering anført, at deres opfattelse støttes af *Daily Mail* og *General Trust*-dommen, særlig dommens præmis 23 og 24, hvori Domstolen udtalte følgende:

»[...] ifølge traktaten anses forskellene i de nationale lovgivninger om den tilknytning, der kræves for deres selskaber, samt muligheden for og i givet fald de nærmere bestemmelser for en overførsel af et indenlandsk selskabs vedtægtsmæssige eller reelle hjemsted fra en medlemsstat til en anden, for problemer, som ikke er løst ved reglerne om etableringsretten, men som skal løses ved lovgivningsarbejde eller indgåelse af aftaler, som endnu ikke har ført til noget resultat.

Herefter kan [EØF]-traktatens artikel 52 (efter ændring nu artikel 43 EF) og artikel 58 (nu artikel 48 EF) ikke fortolkes således, at de giver selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med national ret, en ret til at flytte deres hovedsæde og hovedkontor til en anden medlemsstat under opretholdelse af deres egenskab af selskaber i den medlemsstat, ifølge hvis lovgivning de er stiftet.«

30 Den tyske regering har anført, at *Daily Mail* og *General Trust*-dommen ganske vist vedrører forholdet mellem et selskab og den medlemsstat, efter hvis lovgivning det er stiftet, i tilfælde af, at selskabet forlægger sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat, men at Domstolens argumentation i dommen kan overføres på spørgsmålet om forholdet mellem et selskab, der er

lovligt stiftet i en medlemsstat, og en anden medlemsstat (værtsmedlemsstaten i modsætning til den stat, hvori selskabet er stiftet), hvortil det faktiske hovedsæde forlægges. På dette grundlag har regeringen gjort gældende, at i tilfælde, hvor et selskab, som er lovligt stiftet i én medlemsstat, gør brug af sin etableringsfrihed i en anden medlemsstat som følge af, at alle selskabsandelene overdrages til statsborgere i denne stat, hvori de også har bopæl, falder spørgsmålet om, hvorvidt den lov, der ifølge lovkonfliktreglerne finder anvendelse, lader selskabet bestå i værtsmedlemsstaten, ikke ind under bestemmelserne om etableringsfriheden.

31 Også den italienske regering har anført, at det fremgår af Daily Mail og General Trust-dommen, at kriterierne til fastlæggelse af selskabers identitet ikke falder ind under udøvelsen af etableringsretten som reguleret ved artikel 43 EF og 48 EF, men under de nationale retsordeneres kompetence. Reglerne om etableringsfriheden kan derfor ikke påberåbes for at harmonisere tilknytningskriterierne, da fastlæggelsen af disse på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin udelukkende skal ske efter medlemsstaternes retsordener. For så vidt som selskaber kan have tilknytningsmomenter til flere medlemsstater, skal det i hver enkelt national retsorden fastlægges, hvornår et selskab er undergivet reglerne i den enkelte retsorden.

32 Efter den spanske regerings opfattelse er det ikke uforeneligt med artikel 48 EF at kræve, at et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats ret, skal have sit faktiske hovedsæde i medlemsstaten for i en anden medlemsstat at kunne betragtes som et selskab, der eventuelt er omfattet af etableringsfriheden.

33 Den spanske regering har i denne forbindelse henvist til, at der i artikel 48, stk. 1, EF opstilles to betingelser for, at de i artikel 48, stk. 2, EF definerede selskaber kan gøre brug af etableringsretten på lige fod med statsborgere i andre medlemsstater, idet de dels skal være stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, dels skal have deres vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed inden for Fællesskabet. Efter regeringens opfattelse er den anden betingelse blevet ændret ved den almindelige plan for ophævelse af begrænsninger i etableringsfriheden, som blev vedtaget i Bruxelles den 18. december 1961 (EFT Anden Serie IX, s. 7, herefter »den almindelige plan«).

34 I den almindelige plan bestemmes følgende i afsnit I under overskriften »De af planen begunstigede«:

»Den i nærværende almindelige plan forudsætte ophævelse af begrænsninger i etableringsfriheden vil [...] blive gennemført til fordel for:

[...]

- selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i en medlemsstat [...], og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet eller i et af de oversøiske lande eller territorier,

med henblik på, at de kan etablere sig for at udøve selvstændig virksomhed på en medlemsstats territorium,

[...]

- selskaber som de ovenfor nævnte, i tilfælde hvor de kun har deres vedtægtsmæssige hjemsted inden for Fællesskabet eller i et oversøisk land eller territorium, dog kun på betingelse af, at deres virksomhed har faktisk og vedvarende tilknytning til erhvervslivet i en medlemsstat eller i et oversøisk land eller territorium, idet denne tilknytning dog ikke må gøres afhængig af, hvilken indfødsret navnlig [...] har

med henblik på oprettelse af agenturer, filialer eller datterselskaber på en medlemsstats territorium.«

35 Den spanske regering har anført, at selv om der i den almindelige plan kun stilles krav om anvendelse af faktisk og vedvarende tilknytning som kriterium for udøvelsen af friheden til at foretage en sekundær etablering, bør det samme kriterium anvendes, når der er tale om en primær etablering, således at de krav til tilknytningen, der opstilles for udøvelsen af etableringsretten, kan være ensartede.

36 Überseering, den nederlandske regering, Det Forenede Kongeriges regering, Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har anført, at artikel 43 EF og 48 EF, læst i sammenhæng, er til hinder for - i tilfælde hvor et selskab, der er lovligt stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat, efter en anden medlemsstats ret anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde til denne anden medlemsstat - at det følger af de lovkonfliktregler, der er gældende i sidstnævnte stat, at selskabets retsevne og partsevne bedømmes efter denne medlemsstats lovgivning. Dette vil være tilfældet, hvis selskabet efter den anden medlemsstats ret ikke anerkendes at have nogen mulighed for at gøre rettigheder gældende for domstolene, som det har i henhold til en kontrakt, det har indgået med et selskab, der er etableret i denne medlemsstat. Til støtte herfor har de fremført følgende argumenter.

37 For det første har Kommissionen gjort gældende, at det fremgår af ordlyden af artikel 293 EF, at indledning af forhandlinger med henblik på at fjerne forskelle mellem de nationale lovgivninger med hensyn til anerkendelse af udenlandske selskaber i henhold til artiklen kun skal ske »i det omfang, det er nødvendigt«. Efter Kommissionens opfattelse ville det, hvis der i 1968 havde været en relevant retspraksis, ikke have været nødvendigt at gøre brug af artikel 293 EF. Dette er forklaringen på den afgørende betydning, der i dag må tillægges Domstolens praksis på området med henblik på at fastlægge indholdet og rækkevidden af den etableringsret for selskaber, der er sikret ved artikel 43 EF og 48 EF.

38 For det andet har Überseering, Det Forenede Kongeriges regering, Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden anført, at Daily Mail og General Trust-dommen ikke kan være relevant i den foreliggende sag.

39 De har gjort gældende, at der i Daily Mail og General Trust-sagen, som det fremgår af dommens gengivelse af de faktiske omstændigheder, var tale om at afgøre, hvilke retlige konsekvenser der opstod i den medlemsstat, hvori selskabet var stiftet, som følge af en forlæggelse af selskabets faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat, og at dommen i sagen derfor ikke kan benyttes som grundlag for at afgøre, hvilke retlige konsekvenser en sådan forlæggelse har i værtsmedlemsstaten.

40 Daily Mail og General Trust-dommen angår efter deres opfattelse kun forholdet mellem stiftelsesmedlemsstaten og det selskab, der ønsker at forlade denne stat, samtidig med at det ønsker at opretholde den status som juridisk person, som er tillagt det i henhold til denne stats lovgivning. Da selskaber er enheder, der er oprettet i henhold til national ret, skal de fortsat overholde de krav, der opstilles i deres stiftelsesstats lovgivning. Daily Mail og General Trust-dommen anerkender således retten for den medlemsstat, hvori selskabet er stiftet, til i overensstemmelse med statens internationale privatretlige regler at regulere selskabers stiftelse og retlige eksistens. Dommen afgør derimod ikke spørgsmålet om, hvorvidt et selskab, der er stiftet efter en medlemsstats ret, skal anerkendes af en anden medlemsstat.

41 For det tredje har Überseering, Det Forenede Kongeriges regering, Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden gjort gældende, at man med henblik på besvarelsen af det spørgsmål, der er rejst i denne sag, ikke bør henholde sig til Daily Mail og General Trust-dommen, men til Centros-dommen, idet den hovedsag, der lå til grund for Centros-dommen, på samme måde som den



foreliggende sag, angik den måde, hvorpå et selskab, som er stiftet efter en anden medlemsstats ret, og som har gjort brug af sin etableringsret, behandles i værtsmedlemsstaten.

42 De har henvist til, at Centros-sagen angik et selskab, Centros Ltd, som foretog en sekundær etablering i Danmark som værtsland. Selskabet var lovligt stiftet i Det Forenede Kongerige, hvor det havde sit vedtægtsmæssige hjemsted, men hvor det ikke drev erhvervmæssig virksomhed. Centros Ltd ønskede at oprette en filial i Danmark for i denne stat at udøve hovedparten af sin erhvervmæssige virksomhed. De danske myndigheder rejste ikke tvivl om selve det engelske selskabs eksistens, men nægtede det retten til at gøre brug af sin etableringsfrihed i Danmark ved oprettelse af en filial, idet det stod fast, at formålet med denne form for sekundær etablering var at undgå, at de danske regler om stiftelse af selskaber, særlig reglerne om indbetaling af en mindste indskudskapital, skulle gælde.

43 I Centros-dommen fastslog Domstolen, at en medlemsstat (værtsstaten) skal acceptere, at et selskab, der er lovligt stiftet i en anden medlemsstat, hvori det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, på sit område lader registrere en anden form for etablering (i dette tilfælde en filial), hvorfra det kan drive hele sin virksomhed. Værtsmedlemsstaten kan således ikke over for et selskab, der er gyldigt stiftet i en anden medlemsstat, stille krav om overholdelse af sin egen materielle selskabsret, herunder særlig reglerne om selskabskapitalen. Efter Kommissionens opfattelse må det samme gælde, når værtsmedlemsstaten påberåber sig sin internationale selskabsret.

44 Den nederlandske regering har anført, at traktatens bestemmelser om etableringsfrihed ikke er til hinder for at anvende hovedsædeteorien som sådan. De konsekvenser, der i tysk ret knyttes til, hvad der i tysk ret betragtes som forlæggelse af et selskabs hjemsted til Tyskland - selv om selskabet i øvrigt har status som juridisk person i kraft af, at det er stiftet i en anden medlemsstat - udgør derimod en begrænsning af etableringsfriheden, når de fører til, at selskabets status som juridisk person ikke anerkendes.

45 Den nederlandske regering har gjort gældende, at de tre tilknytningsmomenter i henhold til traktaten - det vedtægtsmæssige hjemsted, det faktiske hovedsæde (hovedkontoret) og hovedvirksomheden - er ligestillede. Intet i traktaten angiver, at det vedtægtsmæssige hjemsted og hovedkontoret skal befinde sig i én og samme medlemsstat, for at etableringsfriheden kan påberåbes. Efter den nederlandske regerings opfattelse har et selskab, hvis faktiske hovedsæde ikke længere befinder sig i den stat, hvori selskabet er stiftet, således også etableringsret. Det er derfor i strid med traktatens bestemmelser om etableringsfriheden, såfremt en medlemsstat nægter at anerkende, at et selskab, som er lovligt stiftet i en anden medlemsstat, men som gør brug af sin frihed til sekundær etablering på medlemsstatens område, har retsevne.

46 Det Forenede Kongeriges regering har anført, at de tyske retsregler, som hovedsagen angår, er i strid med artikel 43 EF og 48 EF, idet de bevirker, at et selskab som Überseering forhindres i at drive sin virksomhed gennem et agentur eller en filial i Tyskland, hvis agenturet eller filialen efter tysk ret betragtes som selskabets faktiske hovedsæde, idet reglerne indebærer, at det mister sin retsevne, uden hvilken et selskab ikke kan fungere.

47 EFTA-Tilsynsmyndigheden har tilføjet, at etableringsfriheden ikke alene indebærer en ret til sekundær etablering i en anden medlemsstat, men også en ret til, for et selskab, der forlægger sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat, at opretholde sin oprindelige etablering i den medlemsstat, hvori det er stiftet. De tyske retsregler, der er anvendt i hovedsagen, medfører, at etableringsfriheden omdannes til en etableringsforpligtelse, for at selskabets retsevne og dermed dets partsevne kan opretholdes. De udgør dermed en restriktion for den etableringsfrihed, der er fastsat i traktaten. Dette betyder dog ikke, at medlemsstaterne ikke kan træffe bestemmelse om tilknytningspunkter mellem et selskab og medlemsstaternes område, men de skal udøve disse beføjelser under overholdelse af traktaten.

48 Den nederlandske regering, Det Forenede Kongeriges regering og EFTA-Tilsynsmyndigheden har endvidere fremhævet, at Überseering ikke har villet forlægge sit faktiske hovedsæde i tysk rets forstand til Tyskland. Überseering har anført, at man ikke har villet opløse selskabet i Nederlandene for at gennemføre en nystiftelse i Tyskland, og at selskabet ønsker fortsat at bestå som et nederlandsk anpartsselskab (BV). Det er i øvrigt paradoksalt, at man efter tysk ret betragter selskabet som et BV, når der har været tale om at sagsøge det til betaling af arkitekthonorarer.

49 Den nederlandske regering har under retsmødet gjort gældende, at man i nederlandsk ret - i en situation som den, der foreligger i hovedsagen - antager, at der er tale om oprettelse af en filial, dvs. en sekundær etablering. Det er efter denne regerings opfattelse ikke korrekt at bedømme den foreliggende sag ud fra den forudsætning, at Überseerings faktiske hovedsæde er blevet forlagt til Tyskland, blot fordi selskabsandelene er blevet overdraget til tyske statsborgere, der har bopæl i Tyskland. Dette er netop det særlige resultat, der følger af tysk privatret. Der er intet, der tyder på, at Überseering har haft til hensigt at forlægge sit faktiske hovedsæde til Tyskland. Hvis man argumenterer ud fra, at der skulle være tale om en primær etablering, vil hensigten være at frakende Centros-dommen - hvori der var tale om den form for sekundær etablering, der følger af oprettelse af en filial - betydning og at søge at bringe den foreliggende sag på linje med Daily Mail og General Trust-sagen.

50 Det Forenede Kongeriges regering har anført, at Überseering er lovligt stiftet i Nederlandene, at selskabet hele tiden har været registreret i handelsregistret for Amsterdam og Haarlem som et nederlandsk selskab, og at det ikke har søgt at forlægge sit faktiske hovedsæde til Tyskland. Det har kun, som følge af overførslen af ejendomsretten, fra 1994 udøvet størstedelen af sin virksomhed og holdt visse møder i Tyskland. Det må derfor i praksis anses for at have handlet i Tyskland gennem et agentur eller en filial. En sådan situation adskiller sig fuldstændigt fra den, der lå til grund for Daily Mail og General Trust-sagen, som angik et bevidst forsøg på at forlægge hjemstedet for og kontrollen over et engelsk selskab fra Det Forenede Kongerige til en anden medlemsstat, samtidig med at man ville opretholde selskabets status som et selskab, der var lovligt stiftet i Det Forenede Kongerige, men uden at overholde de skattemæssige krav, som i Det Forenede Kongerige var knyttet til, at administrationen af og kontrollen over et selskab blev forlagt til et sted uden for Det Forenede Kongeriges område.

51 EFTA-Tilsynsmyndigheden har anført, at nægtelsen af at anerkende Überseerings partsevne i Tyskland som følge af den forlæggelse af det faktiske hovedsæde til Tyskland, som selskabet åbenbart ikke har ønsket, er betegnende for den usikkerhed, som anvendelsen af medlemsstaternes forskellige internationale privatretlige regler kan medføre for transaktioner på tværs af landegrænserne. Da det i vidt omfang beror på de faktiske forhold, hvad der skal kvalificeres som et selskabs faktiske hovedsæde, er det altid muligt, at forskellige nationale retssystemer - eller endog inden for hvert retssystem, at forskellige domstole - ikke anlægger samme bedømmelse af, hvad der udgør et faktisk hovedsæde. Det vil i øvrigt blive stadig vanskeligere at fastlægge det faktiske hovedsæde i en international og edb-baseret økonomi, hvor det i stigende omfang bliver overflødig, at beslutningstagerne fysisk er til stede.

#### Domstolens bemærkninger

##### Om anvendeligheden af traktatens bestemmelser om etableringsfriheden

52 Indledningsvis og i modsætning til, hvad såvel NCC som den tyske, den spanske og den italienske regering har gjort gældende, bemærkes, at i tilfælde, hvor et selskab, som er lovligt stiftet i en medlemsstat, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, i henhold til en anden medlemsstats ret anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde til denne anden stat som følge af, at alle selskabsandelene er blevet overdraget til personer, der er statsborgere i den sidstnævnte stat, hvor de også har bopæl, falder de retsregler, denne stat anvender på selskabet,

på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke uden for anvendelsesområdet for de fællesskabsretlige bestemmelser om etableringsfriheden.

53 I denne henseende bemærkes for det første, at de argumenter, som støttes på artikel 293 EF, og som er fremført af NCC samt af den tyske, den spanske og den italienske regering, må forkastes.

54 Som generaladvokaten har anført i punkt 42 i forslaget til afgørelse, opstilles der i artikel 293 EF ikke et forbehold for medlemsstaternes lovgivningskompetence. I bestemmelsen opfordres medlemsstaterne ganske vist til at indlede forhandlinger, bl.a. for at lette løsningen af de problemer, som følger af, at lovgivningerne om gensidig anerkendelse af selskaber og opretholdelse af deres status som juridiske personer i tilfælde af, at deres hjemsted forlægges fra et land til et andet, er forskellige, men dette skal kun ske »i det omfang, det er nødvendigt«, dvs. såfremt det ikke ved hjælp af traktatens bestemmelser er muligt at gennemføre traktatens mål.

55 Det skal specielt fremhæves, at selv om de konventioner, som der i artikel 293 EF opfordres til indgåelse af, på linje med de harmoniseringsdirektiver, som skal udstedes i medfør af artikel 44 EF, skal lette gennemførelsen af etableringsfriheden, kan udøvelsen af denne frihed dog ikke være betinget af, at der vedtages sådanne konventioner.

56 I denne henseende skal det, som Domstolen allerede har haft lejlighed til at fremhæve, bemærkes, at den etableringsfrihed, som er anerkendt ved artikel 43 EF for medlemsstaternes statsborgere, indebærer, at de har ret til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed og til at drive og oprette virksomheder på samme vilkår, som i etableringsmedlemsstatens lovgivning er fastsat for statens egne borgere. Desuden bestemmes det udtrykkeligt i artikel 48 EF, at »[s]elskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, [...] for så vidt angår anvendelsen af [traktatens bestemmelser om etableringsretten] [ligestilles] med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne«.

57 Heraf følger direkte, at sådanne selskaber har ret til at udøve deres virksomhed i en anden medlemsstat, idet deres vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed, som det er tilfældet med hensyn til fysiske personers nationalitet, tjener til at fastlægge deres tilknytning til en medlemsstats retssystem.

58 Domstolen har støttet sin argumentation i Centros-dommen (præmis 19 og 20) på dette grundlag.

59 Udøvelsen af etableringsfriheden forudsætter imidlertid nødvendigvis, at de nævnte selskaber anerkendes af enhver medlemsstat, hvori de ønsker at etablere sig.

60 Det er derfor ikke nødvendigt, at medlemsstaterne vedtager en konvention om gensidig anerkendelse af selskaber, for at de selskaber, der opfylder betingelserne i artikel 48 EF, kan gøre brug af den etableringsfrihed, der er sikret dem ved artikel 43 EF og 48 EF, der har været umiddelbart anvendelige fra overgangsperiodens udløb. Der kan således ikke udledes noget argument som begrundelse for en begrænsning af disse artiklers fulde virkning af det forhold, at der indtil nu ikke i medfør af artikel 293 EF er vedtaget en konvention om gensidig anerkendelse af selskaber.

61 For det andet skal der tages stilling til det argument, som på grundlag af Daily Mail og General Trust-dommen, der har været et centralt punkt i retsforhandlingerne for Domstolen, er blevet fremført for, på en måde, at sidestille den situation, som efter tysk ret medfører, at et selskab, der er stiftet efter en anden medlemsstats lovgivning, mister sin retsevne og partsevne, med den situation, der lå til grund for Daily Mail og General Trust-dommen.

62 Indledningsvis bemærkes, at Daily Mail og General Trust-dommen angår forholdet mellem et selskab og den medlemsstat, efter hvis lovgivning det var stiftet, i et tilfælde, hvor selskabet ønskede at forlægge sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat, samtidig med at det opretholdt den status som juridisk person, som det havde i stiftelsesstaten. I modsætning hertil angår den foreliggende hovedsag spørgsmålet om en medlemsstats anerkendelse af et selskab, der er stiftet efter en anden medlemsstats ret, i et tilfælde hvor selskabet nægtes enhver retsevne i den førstnævnte medlemsstat, som antager, at selskabet har forlagt sit faktiske hovedsæde til sit område, uden at det herved tillægges betydning, om selskabet rent faktisk har villet skifte hjemsted.

63 Som anført såvel af den nederlandske regering og Det Forenede Kongeriges regering som af Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har Überseering på intet tidspunkt givet udtryk for, at det har villet forlægge sit hjemsted til Tyskland. Selskabets retlige eksistens er aldrig blevet draget i tvivl efter retsreglerne i stiftelsesstaten som følge af, at samtlige selskabsandele er overdraget til personer med bopæl i Tyskland. Der er navnlig ikke taget skridt til at opløse selskabet i henhold til nederlandsk ret, hvorefter det på intet tidspunkt er ophørt med at være gyldigt stiftet.

64 Selv hvis hovedsagen opfattes således, at den drejer sig om en forlæggelse af det faktiske hovedsæde fra et land til et andet, er den fortolkning af Daily Mail og General Trust-dommen, som NCC samt den tyske, den spanske og den italienske regering har foreslået, derfor ikke korrekt.

65 I den sag, der gav anledning til dommen, ønskede Daily Mail og General Trust plc - som var et selskab, der var stiftet efter lovgivningen i Det Forenede Kongerige, hvor det havde såvel sit vedtægtsmæssige hjemsted som sit faktiske hovedsæde - at forlægge det faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat uden at opgive sin status som juridisk person eller sin egenskab af britisk selskab. Dette krævede imidlertid en tilladelse fra de kompetente britiske myndigheder, som disse nægtede at give. Selskabet anlagde derefter sag mod myndighederne ved High Court of Justice, Queen's Bench Division (Det Forenede Kongerige), og under sagen gjorde det gældende, at EØF-traktatens artikel 52 og 58 gav det ret til at forlægge sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat uden krav om forudgående tilladelse og uden at miste sin status som juridisk person.

66 Til forskel fra den foreliggende hovedsag angik den sag, der førte til afsigelsen af Daily Mail og General Trust-dommen, ikke en medlemsstats behandling af et selskab, som var lovligt stiftet i en anden medlemsstat, og som gjorde brug af sin etableringsfrihed i den førstnævnte medlemsstat.

67 High Court of Justice forelagde Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt traktatens bestemmelser om etableringsfriheden giver et selskab ret til at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat. Domstolen bemærkede, jf. Daily Mail og General Trust-dommens præmis 19, at et selskab, der er oprettet i henhold til en national retsorden, kun eksisterer i kraft af den nationale lovgivning, som er bestemmende for dets stiftelse og funktion.

68 I samme doms præmis 20 fremhævede Domstolen, at de nationale lovgivninger er meget forskellige, både for så vidt angår den krævede tilknytning til det nationale område ved stiftelsen af et selskab og for så vidt angår muligheden for, at et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med denne lovgivning, senere kan ændre denne tilknytning.

69 Derefter fastslog Domstolen i dommens præmis 23, at ifølge traktaten anses disse forskelle for problemer, som ikke er løst ved traktatens regler om etableringsretten, men som skal løses ved lovgivningsarbejde eller indgåelse af aftaler. Domstolen konstaterer herom, at dette endnu ikke har ført til noget resultat.

70 Herved konstaterede Domstolen kun, at muligheden for, at et selskab, som er stiftet i henhold til en medlemsstats lovgivning, forlægger sit vedtægtsmæssige hjemsted eller sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat uden at miste sin status som juridisk person i henhold til stiftelsesmedlemsstatens retsorden og, i givet fald, de nærmere vilkår herfor, var reguleret i den nationale lovgivning, hvorefter selskabet var stiftet. Domstolen nåede derefter frem til, at en medlemsstat havde adgang til at pålægge et selskab, som var stiftet efter medlemsstatens retsorden, restriktioner for en flytning af dets faktiske hjemsted til et sted uden for medlemsstatens område, for at selskabet kunne opretholde den status som juridisk person, som det havde efter medlemsstatens ret.

71 Domstolen tog derimod ikke stilling til, om det er tilladt - i tilfælde hvor et selskab, som i hovedsagen, der er stiftet efter en medlemsstats lovgivning, efter en anden medlemsstats ret anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde til denne medlemsstat - at denne anden medlemsstat nægter at anerkende den status som juridisk person, selskabet har i henhold til stiftelsesstatens retsorden.

72 Selv om Daily Mail og General Trust-dommens præmis 23 er generelt formuleret, havde Domstolen ikke til hensigt at give medlemsstaterne adgang til at opstille det som en betingelse for, at selskaber, som er lovligt stiftet i andre medlemsstater, men som medlemsstaterne antager har forlagt deres faktiske hovedsæde til deres område, rent faktisk kan gøre brug af etableringsfriheden på deres område, at selskaberne overholder deres nationale selskabsret.

73 Det kan således ikke udledes af Daily Mail og General Trust-dommen, at spørgsmålet om anerkendelse af et selskabs retsevne og partsevne i etableringsmedlemsstaten - i tilfælde hvor et selskab, som er stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat og har status som en juridisk person i denne medlemsstat, gør brug af sin etableringsret i en anden medlemsstat - ikke er omfattet af traktatens bestemmelser om etableringsfriheden, selv om selskabet efter etableringsstatens ret anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde til denne medlemsstat.

74 For det tredje bemærkes, at det argument, som den spanske regering har fremført, og som går ud på, at der i den almindelige plan - i et tilfælde som det, hovedsagen angår - i afsnit I stilles krav om, at der består en faktisk og vedvarende tilknytning til en medlemsstats økonomi som betingelse for at være omfattet af den etableringsfrihed, der er sikret ved traktaten, må forkastes.

75 Det følger således af selve den almindelige plans ordlyd, at denne kun stiller krav om en faktisk og vedvarende tilknytning i tilfælde, hvor selskabet kun har sit vedtægtsmæssige hjemsted inden for Fællesskabet. Dette er utvivlsomt ikke tilfældet for Überseering, som har både sit vedtægtsmæssige hjemsted og sit faktiske hovedsæde inden for Fællesskabet. For så vidt angår dette tilfælde har Domstolen i Centros-dommens præmis 19 udtalt, at traktatens artikel 58 ligestiller selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

76 Heraf følger, at Überseering har ret til at påberåbe sig etableringsfriheden for at modsætte sig tysk rets nægtelse af at antage, at selskabet har status som en juridisk person, der har partsevne.

77 Det bemærkes endvidere, at det forhold, at en eller flere fysiske personer, der har bopæl i en medlemsstat, erhverver kapitalandele i et selskab, som er stiftet og er hjemmehørende i en anden medlemsstat, som udgangspunkt er omfattet af traktatens bestemmelser om frie

kapitalbevægelser, når kapitalandelene ikke giver de pågældende fysiske personer en sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet, at de kan træffe afgørelse om dets drift. Hvis derimod erhvervelsen omfatter alle kapitalandelene i et selskab, der har sit vedtægtsmæssige hjemsted i en anden medlemsstat, og kapitalandelene giver en bestemmende indflydelse på beslutningerne i selskabet og sætter de pågældende i stand til at træffe afgørelse om selskabets drift, er det traktatens bestemmelser om etableringsretten, der finder anvendelse (jf. i denne retning dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 21 og 22).

Om der foreligger en restriktion for etableringsfriheden

78 Der skal dernæst tages stilling til, om de tyske domstoles nægtelse af at anerkende, at et selskab, som er lovligt stiftet efter en anden medlemsstats lovgivning, har retsevne og partsevne, udgør en restriktion for etableringsfriheden.

79 Det bemærkes, at et selskab, som er lovligt stiftet efter en anden medlemsstats ret end Forbundsrepublikken Tyskland, og som har sit vedtægtsmæssige hjemsted i stiftelsesmedlemsstaten, ikke i en situation som den, der foreligger i hovedsagen, har anden mulighed efter tysk ret - hvis det for en tysk domstol vil gøre rettigheder gældende i henhold til en kontrakt, som det har indgået med et tysk selskab - end at lade sig nystifte i Tyskland.

80 Überseering, som er lovligt stiftet i Nederlandene, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, har imidlertid i medfør af artikel 43 EF og 48 EF ret til at gøre brug af sin etableringsfrihed i Tyskland som et selskab efter nederlandsk ret. I denne henseende kan det ikke have betydning, at hele selskabets kapital på et tidspunkt efter stiftelsen er blevet erhvervet af tyske statsborgere, der har bopæl i Tyskland, idet denne omstændighed ikke ses at have ført til, at det har mistet den status som juridisk person, som det anerkendes at have i den nederlandske retsorden.

81 Selve selskabets eksistens er endog uløseligt forbundet med dets egenskab af et selskab efter nederlandsk ret, for så vidt som et selskab, som allerede omtalt, kun eksisterer i kraft af den nationale lovgivning, der er bestemmende for dets stiftelse og funktion (jf. i denne retning Daily Mail og General Trust-dommen, præmis 19). Kravet om, at samme selskab nystiftes i Tyskland, er derfor ensbetydende med en ren nægtelse af etableringsfriheden.

82 Under disse omstændigheder udgør det en restriktion for etableringsfriheden, som principielt er uforenelig med artikel 43 EF og 48 EF, såfremt en medlemsstat nægter at anerkende, at et selskab, som er stiftet efter lovgivningen i en anden medlemsstat, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, har retsevne, bl.a. med den begrundelse, at selskabet har forlagt sit faktiske hovedsæde til medlemsstatens område som følge af, at alle selskabsandelene er blevet erhvervet af personer, der er statsborgere i medlemsstaten, hvor de også har bopæl, med det resultat, at selskabet i værtsmedlemsstaten ikke har partsevne med henblik på at gøre rettigheder gældende for domstolene i henhold til en kontrakt, medmindre det foretager en nystiftelse efter værtsmedlemsstatens ret.

Om restriktionen for etableringsfriheden eventuelt er begrundet

83 Det skal endelig afgøres, om en sådan restriktion for etableringsfriheden kan være begrundet i de hensyn, der er fremført såvel af den forelæggende ret som af den tyske regering.

84 Den tyske regering har, for det tilfælde at Domstolen måtte fastslå, at anvendelsen af hovedsædeteorien udgør en restriktion for etableringsfriheden, subsidiært gjort gældende, at restriktionen finder anvendelse uden forskelsbehandling, at den er begrundet i tvingende almene hensyn, og at den er proportional med de tilstræbte mål.

85 Den tyske regering har anført, at den ikke-diskriminerende karakter er en følge af, at de retsregler, der er en konsekvens af hovedsædeteorien, ikke alene finder anvendelse på ethvert

udenlandsk selskab, der etablerer sig i Tyskland ved at forlægge sit faktiske hovedsæde til landet, men også på tyske selskaber, der forlægger deres faktiske hovedsæde til et andet land end Tyskland.

86 Med hensyn til de tvingende almene hensyn, der er fremført som begrundelse for den hævdede restriktion, har den tyske regering indledningsvis anført, at det i den afledte fællesskabsret på andre områder forudsættes, at hovedsædet er sammenfaldende med det vedtægtsmæssige hjemsted. I fællesskabsretten er det således principielt anerkendt, at det er berettiget at opfatte det vedtægtsmæssige hjemsted og det faktiske hovedsæde som en enhed.

87 Den tyske regering har endvidere anført, at de tyske internationale selskabsretlige regler tjener retssikkerheden og kreditorbeskyttelsen. Regeringen har fremhævet, at der på dette område ikke på fællesskabsplan er sket en harmonisering af de nærmere regler for beskyttelse af anpartsselskabers kapital, og at der for sådanne selskaber i andre medlemsstater end Forbundsrepublikken Tyskland gælder regler, som til dels stiller væsentlig lempeligere krav. Den i tysk ret anvendte hovedsædeteori sikrer i denne sammenhæng, at et selskab, hvis midtpunkt for virksomheden befinder sig på Forbundsrepublikken Tysklands område, råder over en bestemt mindstekapital, hvilket bidrager til beskyttelsen af selskabets medkontraahenter og kreditorer. Dette forhindrer også, at der opstår konkurrencefordrejninger, da alle selskaber, hvis midtpunkt for virksomheden befinder sig i Tyskland, underkastes samme retlige rammebetingelser.

88 Beskyttelsen af minoritetsselskabsdeltagerne er efter den tyske regerings opfattelse endnu en begrundelse. Når der ikke er fastsat en fællesskabsstandard for denne beskyttelse, skal en medlemsstat kunne lade samme retlige rammebetingelser, som beskytter mindretalsaktionærerne, gælde for ethvert selskab, hvis midtpunkt for virksomheden er beliggende på medlemsstatens område.

89 Også lønmodtagerbeskyttelsen som følge af reglerne om medbestemmelse i virksomhederne på de betingelser, der er fastsat i loven, begrunder, at hovedsædeteorien anvendes. Efter den tyske regerings opfattelse kan forlæggelse til Tyskland af det faktiske hovedsæde for et selskab, der er stiftet efter en anden medlemsstats ret - hvis selskabet opretholder sin egenskab af et selskab efter den anden medlemsstats ret - indebære en risiko for omgåelse af de tyske bestemmelser om medbestemmelse, som indebærer, at lønmodtagerne på visse nærmere betingelser kan være repræsenteret i selskabets tilsynsråd. Et sådant organ findes ikke altid i selskaber i de øvrige medlemsstater.

90 Endelig kan fiskale interesser begrunde den restriktion, som anvendelsen af hovedsædeteorien eventuelt udgør. Den tyske regering har i denne henseende anført, at registreringsteorien i videre omfang end hovedsædeteorien giver adgang til oprettelse af selskaber, som er hjemmehørende i forskellige lande, og som derfor er fuldt skattepligtige i mindst to medlemsstater. I denne forbindelse er der risiko for, at selskaberne kræver og opnår skattemæssige fordele i flere stater. Som eksempel har den tyske regering nævnt indregning, på tværs af landegrænserne, af tab i overskud, som er opnået af virksomheder i samme koncern.

91 Den nederlandske regering, Det Forenede Kongeriges regering, Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har gjort gældende, at restriktionen ikke er begrundet. De har navnlig anført, at kreditorbeskyttelsesformålet også blev fremført af de danske myndigheder i Centros-sagen som begrundelse for at nægte registrering i Danmark af en filial af et selskab, som var lovligt stiftet i Det Forenede Kongerige, men som skulle drive hele sin virksomhed i Danmark, uden at selskabet opfyldte dansk rets krav til stiftelsen og indbetalingen af en mindsteselskabskapital. De har tilføjet, at det ikke er utvivlsomt, at krav om en mindsteselskabskapital er et effektivt middel til at beskytte kreditorerne.

92 I denne henseende kan det ikke udelukkes, at tvingende almene hensyn som beskyttelsen af kreditorernes, minoritetsselskabsdeltageres, lønmodtagernes eller endog skattevæsenets

*interesser, under visse omstændigheder og på visse betingelser kan begrunde restriktioner for etableringsfriheden.*

*93 Sådanne formål kan imidlertid ikke begrunde, at det ikke anerkendes, at et selskab, der er forskriftsmæssigt stiftet i en anden medlemsstat, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, har retsevne og dermed partsevne. En sådan foranstaltning er ensbetydende med en ren nægtelse af den etableringsfrihed, som selskaber anerkendes at have i medfør af artikel 43 EF og 48 EF.*

*94 Det første spørgsmål skal herefter besvares med, at artikel 43 EF og 48 EF er til hinder for - i tilfælde, hvor et selskab, der er stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat, på hvis område det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, efter en anden medlemsstats ret anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde til denne anden stat - at sidstnævnte stat ikke anerkender, at selskabet har retsevne og dermed partsevne for de nationale domstole med henblik på at gøre rettigheder gældende i henhold til en kontrakt, det har indgået med et selskab, der er etableret i denne stat.*

*Det andet præjudicielle spørgsmål*

*95 Det følger af besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål, at i tilfælde, hvor et selskab, som er stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat, på hvis område det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, gør brug af sin etableringsfrihed i en anden medlemsstat, pålægger artikel 43 EF og 48 EF den sidstnævnte medlemsstat at anerkende den retsevne og dermed den partsevne, selskabet har i henhold til retten i den stat, hvori det er stiftet.*

## **Afgørelse om sagsomkostninger**

*Sagens omkostninger*

*96 De udgifter, der er afholdt af den tyske, den spanske, den italienske og den nederlandske regering, af Det Forenede Kongeriges regering samt af Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.*

## **Afgørelse**

*På grundlag af disse præmisser*

*kender*

**DOMSTOLEN**

*vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Bundesgerichtshof ved kendelse af 30. marts 2000, for ret:*

*1) Artikel 43 EF og 48 EF er til hinder for - i tilfælde, hvor et selskab, der er stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat, på hvis område det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, efter en anden medlemsstats ret anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde til denne anden stat - at sidstnævnte stat ikke anerkender, at selskabet har retsevne og dermed partsevne for de nationale domstole med henblik på at gøre rettigheder gældende i henhold til en kontrakt, det har indgået med et selskab, der er etableret i denne stat.*

*2) I tilfælde, hvor et selskab, som er stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat, på hvis område det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, gør brug af sin etableringsfrihed i en anden medlemsstat,*



*pålægger artikel 43 EF og 48 EF den sidstnævnte medlemsstat at anerkende den retsevne og dermed den partsevne, selskabet har i henhold til retten i den stat, hvori det er stiftet.*