

|

62000J0208

Domstolens dom den 5 november 2002. - Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC). - Begäran om förhandsavgörande: Bundesgerichtshof - Tyskland. - Artiklarna 43 EG och 48 EG - Bolag som har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en medlemsstat i vilken den har sitt säte enligt bolagsordningen - Bolag som utövar etableringsfriheten i en annan medlemsstat - Bolag som enligt värdmedlemsstatens lagstiftning anses ha flyttat sitt faktiska säte till den staten - Värdmedlemsstat som inte erkänner bolagets rättskapacitet och partsbehörighet - Begränsning av etableringsfriheten - Skäl. - Mål C-208/00.

Rättsfallssamling 2002 s. I-09919

Sammanfattning

Parter

Domskäl

Beslut om rättegångskostnader

Domslut

Nyckelord

1. EG-fördraget - Artikel 293 tredje strecksatsen EG - Syfte - Ingående av avtal som syftar till att underlätta förverkligandet av bolags etableringsfrihet - Ingående av avtal som inte innefattar villkor för utövandet av denna frihet

(Artiklarna 44 EG och 293 tredje stycket EG)

2. Fri rörlighet för personer - Etableringsfrihet - Bolag som har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat i vilken det har sitt säte - Bolag som enligt en annan medlemsstats lagstiftning anses ha flyttat sitt faktiska säte till den staten - Värdmedlemsstat som inte erkänner rättskapaciteten - Begränsning av etableringsfriheten - Skäl - Föreligger inte

(Artiklarna 43 EG och 48 EG)

3. Fri rörlighet för personer - Etableringsfrihet - Bolag som har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat i vilken det har sitt säte - Bolag som utövar etableringsfriheten i en annan medlemsstat - Skyldighet för värdmedlemsstaten att erkänna bolagets rättskapacitet

(Artiklarna 43 EG och 48 EG)

Sammanfattning

1. Artikel 293 EG innebär inte att en lagstiftningskompetens finns kvar hos medlemsstaterna. Även om medlemsstaterna genom denna bestämmelse uppmantras att inleda förhandlingar i syfte att bland annat underlätta lösningen av de problem som följer av skillnaden mellan lagstiftningarna avseende ömsesidigt erkännande av bolag och bibehållandet av ställningen som juridisk person för det fall att sätet flyttas från ett land till ett annat, så gäller det endast "i den utsträckning det är nödvändigt", med andra ord i den mån som inte fördragsbestämmelserna gör det möjligt att förverkliga fördragets syften. Det skall särskilt understrykas att även om sådana avtal vars ingående uppmantras genom artikel 293 EG, liksom sådana harmoniseringsdirektiv som avses i artikel 44 EG, kan underlätta förverkligandet av etableringsfriheten, kan utövandet av denna frihet ändå inte vara villkorad av att sådana avtal ingåtts.

(se punkterna 54 och 55)

2. En medlemsstats underlåtenhet att erkänna rättskapaciteten hos ett bolag som har bildats i överensstämmelse med rättsordningen i en annan medlemsstat - i vilken det har sitt säte enligt bolagsordningen, med motiveringen bland annat att bolaget har flyttat sitt faktiska säte till den egna staten till följd av att samtliga andelar i bolaget har förvärvats av egna medborgare som är bosatta i den staten, vilket har till följd att bolaget saknar partsbehörighet i värdmedlemsstaten vad gäller att ta till vara sina rättigheter enligt ett avtal såvida det inte ombildar sig i enlighet med värdmedlemsstatens rättsordning - utgör en begränsning av etableringsfriheten som i princip är oförenlig med artiklarna 43 EG och 48 EG.

Även om det i detta avseende inte kan uteslutas att tvingande hänsyn till allmänintresset, exempelvis avseende skydd av borgenärers, minoritetsägares, anställdas eller skattemyndigheternas intressen, under vissa omständigheter och med iakttagande av vissa villkor kan motivera begränsningar av etableringsfriheten, så kan sådana hänsyn emellertid inte motivera att ett bolag som bildats i en annan medlemsstat, där det har sitt säte enligt bolagsordningen, inte tillerkänns rättskapacitet och därmed inte heller partsbehörighet. En sådan åtgärd står nämligen i direkt strid med den etableringsfrihet för bolag som följer av artiklarna 43 EG och 48 EG, vilket innebär att sistnämnda bestämmelser utgör hinder för åtgärden.

(se punkterna 82, 92-94, samt punkt 1 i domslutet)

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

(se punkt 95 samt punkt 2 i domslutet)

Parter

I mål C-208/00,

angående en begäran enligt artikel 234 EG, från Bundesgerichtshof (Tyskland), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Überseering BV

och

Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC),

angående tolkningen av artiklarna 43 EG och 48 EG,

meddelar

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden G.C. Rodríguez Iglesias, avdelningsordförandena J.-P. Puissechet, M. Wathelet (referent) och R. Schintgen samt domarna C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann, V. Skouris, F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr och J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

justitiesekreterare: avdelningsdirektören H.A. Rühl,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- Überseering BV, genom W.H. Wagenführ, Rechtsanwalt,*
- Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), genom F. Kösters, Rechtsanwalt,*
- Tysklands regering, genom A. Dittrich och B. Muttelsee-Schön, båda i egenskap av ombud,*
- Spaniens regering, genom M. López-Monís Gallego, i egenskap av ombud,*
- Italiens regering, genom U. Leanza, i egenskap av ombud, biträdd av F. Quadri, avvocato dello Stato,*
- Förenade kungarikets regering, genom R. Magrill, i egenskap av ombud, biträdd av J. Stratford, barrister,*
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Patakia och C. Schmidt, båda i egenskap av ombud,*
- EFTA:s övervakningsmyndighet, genom P. Dyrberg, J.F. Jónsson och E. Wright, samtliga i egenskap av ombud,*

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 16 oktober 2001 av: Überseering BV, företrädd av W.H. Wagenführ, Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), företrädd av F. Kösters, Tysklands regering, företrädd av A. Dittrich, Spaniens regering, företrädd av N. Díaz Abad, i egenskap av ombud, Nederländernas regering, företrädd av H.G. Sevenster, i egenskap av ombud, Förenade kungarikets regering, företrädd av R. Magrill, biträdd av J. Stratford, kommissionen, företrädd av C. Schmidt, och EFTA:s övervakningsmyndighet, företrädd av P. Dyrberg,

och efter att den 4 december 2001 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

Domskäl

1 Bundesgerichtshof har, genom beslut av den 30 mars 2000 som kom in till domstolens kansli den 25 maj samma år, med stöd av artikel 234 EG ställt två frågor om tolkningen av artiklarna 43 EG och 48 EG.

2 Dessa frågor har uppkommit i en tvist mellan Überseering BV (nedan kallat Überseering), ett nederländskt bolag registrerat den 22 augusti 1990 i Amsterdams och Haarlems handelsregister, och Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (nedan kallat NCC), ett bolag som är etablerat i Förbundsrepubliken Tyskland, avseende skadestånd för fel i utförandet av de arbeten som Überseering har uppdragit åt NCC i Tyskland.

Nationell rätt

3 I Zivilprozessordnung (den tyska lagen om rättegången i tvistemål) föreskrivs att en talan som väcks av en part som saknar partsbehörighet skall avvisas. Enligt 50 § första stycket i Zivilprozessordnung har personer, inklusive bolag, med rättskapacitet - vilket definieras som förmågan att ha rättigheter och skyldigheter - partsbehörighet.

4 Enligt Bundesgerichtshofs fasta rättspraxis, som godtagits i den tongivande tyska doktrinen, skall ett bolags rättskapacitet bedömas i enlighet med den rättsordning som är tillämplig på den plats där det har sitt faktiska säte ("Sitztheorie" eller sätesprincipen). Denna teori står i motsatsförhållande till "Gründungstheorie" eller bildandepincipen, även kallad inkorporationsprincipen, enligt vilken rättskapaciteten skall bedömas i enlighet med rättsordningen i den stat där bolaget har bildats. Den förstnämnda regeln är tillämplig även när ett bolag rättsenligt har bildats i en annan stat och dess faktiska säte därefter flyttas till Tyskland.

5 Eftersom ett sådant bolags rättskapacitet skall bedömas enligt tysk rätt kan det varken ha rättigheter eller skyldigheter eller vara part i ett mål vid domstol, såvida det inte ombildar sig i Tyskland på sådant sätt att det erhåller rättskapacitet enligt tysk rätt.

Twisten vid den nationella domstolen

6 Überseering förvärvade i oktober 1990 en fastighet i Düsseldorf (Tyskland), som den använde i sin näringsverksamhet. Überseering uppdrog genom entreprenadavtal av den 27 november 1992 åt NCC att renovera ett garage och ett hotell som hade uppförts på denna fastighet. Arbetena utfördes, men Überseering gjorde gällande att fel förelåg avseende hur måleriarbetena hade utförts.

7 I december 1994 förvärvade två tyska medborgare bosatta i Düsseldorf samtliga andelar i Überseering.

8 Efter att förgäves ha krävt NCC på ersättning för de fel som konstaterats avseende utförandet av arbetena, väckte Überseering med stöd av entreprenadavtalet med NCC år 1996 talan mot NCC vid Landgericht Düsseldorf och yrkade att detta bolag skulle förpliktas att till det erlagga ett belopp av 1 163 657,77 DEM jämte ränta som ersättning för kostnaderna för reparationer av de påstådda felen och för de skador som därigenom uppkommit.

9 Landgericht avvisade talan. Oberlandesgericht Düsseldorf fastställde avvisningsbeslutet. Enligt sistnämnda domstol hade Überseering till följd av att andelarna i bolaget hade förvärvats av två tyska medborgare flyttat sitt faktiska säte till Düsseldorf. Oberlandesgericht fann att Überseering, i egenskap av nederländskt bolag, saknade rättskapacitet i Tyskland och följaktligen inte hade partsbehörighet.

10 Oberlandesgericht fann därför att Überseerings talan inte kunde tas upp till sakprövning.

11 Überseering väckte kassationstalan i Bundesgerichtshof mot Oberlandesgerichts dom.

12 Av Überseerings yttranden framgår vidare att det, parallellt med det mål som nu är anhängigt vid Bundesgerichtshof, med tillämpning av andra tyska rättsregler som inte närmare har preciserats har instämts som svarande vid en annan tysk domstol. Überseering har i det målet av Landgericht Düsseldorf förpliktats att betala arkitektarvoden, troligen på grundval av att det den 11 september 1991 skrevs in i Düsseldorfs fastighetsregister som ägare till den fastighet på vilken det garage och det motell som NCC renoverat har byggts.

Tolkningsfrågorna

13 Även om Bundesgerichtshof konstaterat att dess rättspraxis, som redovisats i punkterna 4 och 5 i förevarande dom, i olika hänseenden är omtvistad i delar av den tyska doktrinen, anser den att det, på gemenskapsrättens och bolagsrätten i Europeiska unionens nuvarande stadium, av flera skäl är önskvärt att denna rättspraxis får äga fortsatt tillämpning.

14 Först och främst bör den lösning som består i att låta ett bolags rättsliga ställning bedömas med hänsyn tagen till flera rättsordningar, på så sätt att olika anknytningspunkter beaktas, avfärdas. Enligt Bundesgerichtshofs uppfattning skulle en sådan lösning leda till en rättslig osäkerhet, eftersom de regelområden som omfattades av olika rättsordningar inte klart skulle kunna särskiljas från varandra.

15 Vidare skulle den anknytningspunkt som består i platsen för bolagets bildande ge bolagsgrundarna en fördel, genom att de därigenom skulle kunna välja den rättsordning som passar dem bäst när de väljer platsen för bolagsbildandet. Detta utgör den huvudsakliga svagheten hos bildandepincipen, genom vilken det förhållandet att bildandet och driften av ett bolag även påverkar intressena för tredje man samt för den stat i vilken det faktiska sätet är beläget, såvida detta säte finns i en annan stat än i den där bolaget har bildats, inte beaktas.

16 Den anknytningspunkt som består i det faktiska sätet gör det däremot möjligt att undvika att bolagsrättsliga bestämmelser i den stat där det faktiska sätet finns, som syftar till att skydda vissa grundläggande intressen, kringgås genom att ett bolag bildas utomlands. I förevarande fall innefattar den tyska rättsordningen bland annat syftet att skydda bolagets borgenärs intressen. Lagstiftningen om "Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)" - bolag med begränsat ansvar enligt tysk rätt - säkerställer detta skydd genom detaljerade regler om tillskott och bibehållande av bolagskapital. Även beroende bolag och minoritetsägare i dem måste skyddas i de fall där kopplingar mellan företagen finns, och detta skydd säkerställs i Tyskland genom exempelvis koncernrättsliga regler och, när fråga är om avtal om kontroll eller avtal om vinstöverlåtelse, genom regler om skadestånd och ekonomisk ersättning till de ägare som missgynnas av sådana överenskommelser och avtal. Slutligen säkerställer regler om medbestämmande ett skydd för de arbetstagare som är anställda i bolaget. Bundesgerichtshof har understrukit att jämförbara bestämmelser inte finns i alla medlemsstater.

17 Bundesgerichtshof är dock tveksam till om den etableringsfrihet som garanteras genom artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för att låta bolagets rättsliga ställning anknytas till rättsordningen i den medlemsstat där dess faktiska säte finns i de fall där det faktiska sätet flyttas

över gränserna. Enligt Bundesgerichtshofs mening kan svaret på denna fråga inte klart utläsas av domstolens rättspraxis.

18 Bundesgerichtshof har i detta hänseende anfört att domstolen i sin dom av den 27 september 1988 i mål 81/87, *Daily Mail and General Trust* (REG 1988, s. 5483, svensk specialutgåva, volym 9, s. 693), efter att ha uttalat att bolag kunde använda sig av etableringsfriheten genom att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag eller genom att överföra hela sitt kapital till ett nytt bolag i en annan medlemsstat, konstaterade att bolag, till skillnad från fysiska personer, endast existerar i kraft av den nationella lagstiftning enligt vilken deras bildande och existens regleras. Av samma dom framgår även att skillnaderna mellan lagvalsreglerna i de nationella lagstiftningarna har beaktats i EG-fördraget och att lösningen på de problem som hänger samman därmed ankommer på framtida lagstiftning.

19 I sin dom av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, *Centros* (REG 1999, s. I-1459), fastslog domstolen att en dansk myndighets avslag på en ansökan om registrering i handelsregistret av en filial till ett bolag som rättsenligt hade bildats i Förenade kungariket inte var förenligt med gemenskapsrätten. Bundesgerichtshof har anfört att detta bolag dock inte hade flyttat sitt säte, eftersom dess säte enligt bolagsordningen ända sedan bolagets bildande fanns i Förenade kungariket och dess faktiska säte i Danmark.

20 Mot bakgrund av domen i det ovannämnda målet *Centros* frågar Bundesgerichtshof om fördragsbestämmelserna om etableringsfrihet, i en situation sådan som den i målet vid den nationella domstolen, utgör hinder mot en tillämpning av de lagvalsregler som gäller i den medlemsstat där ett bolag som bildats i en annan medlemsstat har sitt faktiska säte, när dessa regler har till följd att detta bolags rättskapacitet - och därmed dess partsbehörighet i samma medlemsstat vad gäller att göra gällande rättigheter enligt ett avtal - inte erkänns.

21 Mot denna bakgrund har Bundesgerichtshof beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall artiklarna 43 EG och 48 EG tolkas så, att etableringsfriheten för bolag utgör hinder för att låta rättskapaciteten och partsbehörigheten för ett bolag, som rättsenligt har bildats enligt en medlemsstats rättsordning, bedöms enligt rättsordningen i en annan stat till vilken nämnda bolag har flyttat sitt faktiska säte, när bolaget enligt denna rättsordning inte längre i domstol i etableringsstaten kan göra gällande sina rättigheter 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?"

Den första tolkningsfrågan

22 Genom sin första fråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för en medlemsstat att vägra att erkänna att ett bolag har rättskapacitet och därmed även partsbehörighet i de nationella domstolarna vad gäller att göra gällande rättigheter enligt ett avtal som det har ingått med ett bolag som är etablerat i samma medlemsstat, när bolaget har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat - i vilken det har sitt säte enligt bolagsordningen - och anses ha flyttat sitt faktiska säte till den förstnämnda medlemsstaten enligt den statens rättsordning.

Yttranden i domstolen

23 NCC samt den tyska, den spanska och den italienska regeringen anser att fördragsbestämmelserna om etableringsfrihet inte hindrar att rättskapaciteten och

partsbehörigheten för ett bolag som rättsenligt har bildats enligt en medlemsstats rättsordning prövas enligt rättsreglerna i en annan medlemsstat till vilken detta bolag anses ha flyttat sitt faktiska säte, och i förekommande fall att detta bolag inte kan göra gällande rättigheter i domstol i denna andra medlemsstat enligt ett avtal som det har ingått med ett bolag som är etablerat i den andra staten.

24 De grundar delvis sin bedömning på bestämmelsen i artikel 293 tredje strecksatsen EG, i vilken följande föreskrivs:

"Medlemsstaterna skall i den utsträckning det är nödvändigt, inleda förhandlingar med varandra i syfte att till förmån för sina medborgare säkerställa:

...

- 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 ..."

25 Enligt NCC bygger artikel 293 EG på att samtliga medlemsstater erkänner det förhållandet att ett bolag som bildats i en medlemsstat inte automatiskt bibehåller sin ställning som juridisk person om dess säte flyttas till en annan medlemsstat, och att det är nödvändigt att medlemsstaterna ingår ett särskilt avtal om detta, vilket ännu inte har skett. NCC har därför dragit slutsatsen att det förhållandet att ett bolag förlorar sin ställning som juridisk person på grund av att dess faktiska säte flyttas till en annan medlemsstat är förenligt med gemenskapsbestämmelserna om etableringsfrihet. En medlemsstats underlåtenhet att erkänna ställningen som utländsk juridisk person för ett bolag som har bildats i en annan medlemsstat och flyttat sitt faktiska säte till den förstnämnda staten medför inte någon begränsning av etableringsfriheten, eftersom detta bolag har möjlighet att ombilda sig enligt den statens rättsordning. De enda rättigheter som skyddas genom etableringsfriheten är de som avser rätten att ombilda sig i den staten samt att inrätta driftställen där.

26 Enligt den tyska regeringen utformade fördragets upphovsmän artiklarna 43 EG och 48 EG i detta med full kännedom om de betydande skillnader som fanns mellan medlemsstaternas bolagsrättsliga bestämmelser och i avsikt att låta den nationella behörigheten samt de nationella rättsordningarna gälla så länge som någon harmonisering av lagstiftningarna inte hade skett. Även om det finns ett flertal harmoniseringsdirektiv som med stöd av artikel 44 EG har antagits inom bolagsrätten finns det för närvarande inte något sådant direktiv avseende förflyttning av säten, och något multilateralt avtal har inte ingåtts med stöd av artikel 293 EG inom detta område. Följaktligen är tillämpningen i Tyskland av den verkliga eller faktiska sätesprincipen och dess följdverkningar avseende frågan om erkännande av bolags rättskapacitet och partsbehörighet, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, förenlig med gemenskapsrätten.

27 Enligt den italienska regeringen visar den omständigheten att det i artikel 293 EG föreskrivs att medlemsstater skall ingå avtal, i syfte att bland annat säkerställa att ett bolag bibehåller sin ställning som juridisk person för det fall att sätet flyttas från en medlemsstat till en annan, på ett liknande sätt att frågan om bibehållande av ställningen som juridisk person efter det att ett bolags säte flyttats inte omfattas av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet.

28 Den spanska regeringen har i sin tur påpekat att konventionen om ömsesidigt erkännande av bolag och juridiska personer, som ingicks i Bryssel den 29 februari 1968, aldrig har trätt i kraft. Eftersom något avtal på grundval av artikel 293 EG således inte har ingåtts mellan medlemsstaterna föreligger det inte någon sådan harmonisering på gemenskapsnivå som gör det möjligt att avgöra huruvida ett bolag bibehåller sin ställning som juridisk person när dess säte flyttas. Denna fråga har inte reglerats genom artiklarna 43 EG och 48 EG.

29 NCC samt den tyska, den spanska och den italienska regeringen anser för det andra att deras bedömning vinner stöd i domen i det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust* och särskilt i dess punkter 23 och 24, vilka har följande lydelse:

"... enligt fördraget utgör de skillnader som föreligger mellan de nationella lagstiftningarna vad gäller den anknytning som krävs för bolag 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, vilka ännu inte har kommit till stånd.

Under dessa omständigheter kan man inte tolka artiklarna 52 [i EEG-fördraget (nu artikel 43 EG i ändrad lydelse)] och 58 i [EEG-fördraget [nu artikel 48 EG]] så att de ger nationella bolag rätt att flytta sätet för bolagsledningen och huvudkontoret till en annan medlemsstat och samtidigt bibehålla ställningen som bolag i den medlemsstat enligt vars lagstiftning de har bildats."

30 Den tyska regeringen anser att, även om det står klart att domen i det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust* avsåg förhållandena mellan ett bolag och den medlemsstat enligt vars lagstiftning det har bildats för det fall att detta bolags faktiska säte flyttas till en annan medlemsstat, domstolens resonemang i nämnda dom kan överföras till frågan om förhållandet mellan ett bolag som rättsenligt bildats i en medlemsstat och en annan medlemsstat (värdmedlemsstaten, som skall skiljas från bolagets bildandestat) till vilken den har flyttat sitt faktiska säte. Mot denna bakgrund har nämnda regering hävdad att - när ett bolag som rättsenligt har bildats i en första medlemsstat använder sig av sin etableringsrätt i en annan medlemsstat på så sätt att samtliga andelar i bolaget överlåts till medborgare i den staten som är bosatta där - frågan huruvida de rättsregler som är tillämpliga enligt lagvalsreglerna i etableringsstaten innebär att detta bolag fortfarande anses existera inte omfattas av bestämmelserna om etableringsfrihet.

31 Även den italienska regeringen anser att det följer av domen i det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust* att de kriterier som är avsedda att tillämpas för att fastställa bolags identitet inte är hänförliga till utövandet av den etableringsfrihet som regleras i artikel 43 EG och 48 EG, utan omfattas av den behörighet som finns kvar i de nationella rättsordningarna. Reglerna om etableringsfriheten kan således inte åberopas i syfte att harmonisera anknytningspunkterna, vilka på gemenskapsrättens nuvarande stadium endast kan fastställas inom ramen för medlemsstaternas rättsordningar. Eftersom bolagen kan ha anknytningspunkter i flera stater är det viktigt att det i varje nationell rättsordning fastställs under vilka förutsättningar de nationella reglerna skall tillämpas på bolagen.

32 Den spanska regeringen anser att det inte är oförenligt med artikel 48 EG att kräva att ett bolag som har bildats i överensstämmelse med en medlemsstats rättsordning skall ha sitt faktiska säte där för att det skall kunna anses som ett bolag som eventuellt kan utöva etableringsfriheten i en annan medlemsstat.

33 Den spanska regeringen har i detta hänseende erinrat om att i artikel 48 första stycket EG uppställs två villkor för att de bolag som anges i artikel 48 andra stycket EG skall kunna utöva etableringsfrihet på samma villkor som medborgare i andra medlemsstater, nämligen dels att de skall ha bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning, dels att de skall ha sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen. Nämnda regering har anfört att det andra villkoret har ändrats genom det allmänna handlingsprogram för upphävande av begränsningar i etableringsfriheten som antogs i Bryssel den 18 december 1961 (EGT 2, 1962, s. 36, svensk version i EES-avtalets bilagor med rättsakter, band 6, s. 113, nedan kallat det allmänna programmet).

34 I det allmänna programmet föreskrivs följande under punkt I, som har rubriken "Förmånstagare":

"Hindren för etableringsfriheten skall undanröjas ... för :

...

- bolag som har bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning ... och som har sitt säte, huvudkontor eller huvudsakliga driftställe i gemenskapen eller i ett utomeuropeiskt land eller område,

vad gäller deras etablering i syfte att utöva verksamhet som egenföretagare i en medlemsstat,

...

- ovannämnda bolag under förutsättning att de, om de inte har sitt säte i gemenskapen eller i ett utomeuropeiskt land eller område, deras verksamhet har en verklig och kontinuerlig anknytning till näringslivet i en medlemsstat eller ett utomeuropeiskt land eller område, varvid denna anknytning inte får göras beroende av nationalitet, ...

vad gäller bildande av kontor, filialer eller dotterbolag i en medlemsstat."

35 Den spanska regeringen anser att, även om det i det allmänna programmet endast föreskrivs att villkoret om ett faktiskt och kontinuerligt samband skall tillämpas i samband med utövandet av friheten att upprätta en sekundär etablering, ett sådant kriterium måste tillämpas även när det är fråga om det huvudsakliga driftstället för att de anknytningspunkter som föreskrivs avseende rätten att åtnjuta etableringsrätten skall vara likformiga.

36 Überseering, den nederländska regeringen, Förenade kungarikets regering samt kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet anser att artiklarna 43 EG och 48 EG sammantaget utgör hinder för en medlemsstats lagvalsregler, enligt vilka ett bolags rättskapacitet och partsbehörighet skall bedömas i enlighet med den statens rättsordning när bolaget rättsenligt har bildats enligt en annan medlemsstats rättsordning och enligt den statens rättsordning anses ha flyttat sitt faktiska säte till den förstnämnda medlemsstaten. Ett sådant hinder föreligger när nämnda bolag enligt den förstnämnda medlemsstatens rättsordning inte har någon rätt att i domstol göra gällande rättigheter som det har enligt avtal som ingåtts med ett bolag i samma stat. Nämnda parter har anfört följande argument i detta hänseende.

37 Kommissionen har i första hand gjort gällande att enligt artikel 293 EG skall förhandlingar i syfte att lösa problem avseende skillnader mellan nationella lagstiftningar om erkännande av utländska bolag endast ske "i den utsträckning det är nödvändigt". Enligt kommissionen hade det inte varit nödvändigt att träffa avtal enligt artikel 293 EG om en relevant rättspraxis hade funnits år 1968. Detta förklarar den avgörande betydelse som domstolens relevanta rättspraxis har i dag när det gäller att definiera innehållet i och räckvidden av den etableringsfrihet för bolag som föreskrivs i artiklarna 43 EG och 48 EG.

38 För det andra har Überseering, Förenade kungarikets regering, kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet hävdade att domen i det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust* saknar relevans i förevarande mål.

39 De har gjort gällande, såsom framgår av de faktiska omständigheterna i nämnda mål, att det i det målet var fråga om en prövning av vilka rättsföljder en förflyttning av ett bolags faktiska säte till en annan medlemsstat har i den medlemsstat där bolaget bildats, vilket innebär att nämnda dom inte kan läggas till grund för en prövning av de rättsliga följderna av en sådan förflyttning i etableringsstaten.

40 Domen i det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust* gäller endast förhållandet mellan den medlemsstat där ett bolag bildats och det bolag som önskar lämna denna stat med bibehållande av den ställning som juridisk person som det har enligt samma stats lag. Eftersom bolag bildas enligt nationell rätt, måste de fortsätta att iakttä de krav som föreskrivs i lagen i den stat där de har bildats. Enligt domen i det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust* skall följaktligen regler om bolags bildande och deras rättsliga existens fastställas enligt rättsreglerna i den medlemsstat där bolaget bildats och i enlighet med dess internationella privaträtt. Genom domen har däremot inte frågan huruvida ett bolag som bildats enligt en medlemsstats rättsordning måste erkännas av en annan medlemsstat avgjorts.

41 Enligt *Überseering*, Förenade kungarikets regering, kommissionen samt EFTA:s övervakningsmyndighet bör prövningen av den fråga som ställts i förevarande mål grunda sig på domen i det ovannämnda målet *Centros* och inte på domen i det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust*, eftersom den nationella tvisten i det förstnämnda målet, liksom i målet *Überseering*, rörde den behandling som ett bolag som bildats enligt rättsordningen i en annan medlemsstat och som utövar sin etableringsrätt erhåller i värdmedlemsstaten.

42 Domen i det ovannämnda målet *Centros* rörde bolaget *Centros Ltd:s* sekundära etablering i Danmark, etableringsstaten. Bolaget hade rättsenligt bildats i Förenade kungariket och hade sitt säte enligt bolagsordningen där, utan att utöva någon ekonomisk verksamhet i den staten. *Centros Ltd* ville inrätta en filial i Danmark för att kunna utöva huvuddelen av sin ekonomiska verksamhet i den medlemsstaten. De danska myndigheterna ifrågasatte inte detta bolags existens i sig enligt engelsk rätt, men förvägrade det rätten att utöva sin etableringsfrihet i Danmark genom att inrätta en filial där, med motiveringen att denna typ av sekundär etablering uppenbart hade till syfte att undandra sig tillämpningen av de danska reglerna om bolags bildande och särskilt de regler som avser tillskott av ett minimikapital.

43 I den ovannämnda domen i målet *Centros* fann domstolen att en medlemsstat (värdmedlemsstat) måste godta att ett bolag som rättsenligt har bildats i en annan medlemsstat, i vilken det har sitt säte enligt bolagsordningen, låter registrera ett sekundärt driftställe (i det fallet en filial) i värdmedlemsstaten från vilket det kan utveckla hela sin verksamhet. Värdmedlemsstaten kan därför inte tillämpa sin nationella materiella bolagsrätt, exempelvis reglerna om bolagskapital, på ett bolag som med giltig verkan har bildats i en annan medlemsstat. Kommissionen anser att detsamma måste gälla när värdmedlemsstaten tillämpar sin internationella privaträtt avseende bolag.

44 Den nederländska regeringen anser att fördragsbestämmelserna om etableringsfriheten inte utgör hinder i sig för en tillämpning av den faktiska sätesprincipen. De verkningar som enligt tysk rätt följer av att det enligt denna rättsordning anses att sätet för ett bolag, som har erhållit sin ställning som juridisk person till följd av att det bildats i en annan medlemsstat, flyttas till Tyskland, utgör däremot en begränsning av etableringsfriheten när de innebär att nämnda bolag inte erkänns som juridisk person.

45 Den nederländska regeringen har anfört att de tre anknytningspunkter som avser sätet enligt bolagsordningen, det faktiska sätet (huvudkontoret) och det huvudsakliga driftstället i fördraget tillerkänns lika stor betydelse. Det föreskrivs inte någonstans i fördraget att sätet enligt bolagsordningen och huvudkontoret skall finnas i en och samma medlemsstat för att ett bolag skall kunna göra gällande etableringsfriheten. Den nederländska regeringen anser följaktligen att

etableringsrätten även tillkommer ett bolag vars faktiska säte inte längre finns i den stat där bolaget har bildats. Det skulle således strida mot fördragsbestämmelserna om etableringsfrihet om en medlemsstat inte erkänner ställningen som juridisk person för ett bolag som rättsenligt har bildats i en annan medlemsstat och som utövar sin rätt till sekundär etablering i den förstnämnda staten.

46 Förenade kungarikets regering har anfört att de tyska rättsregler som är i fråga i målet vid den nationella domstolen strider mot artiklarna 43 EG och 48 EG på grund av att de medför att ett bolag sådant som Überseering förhindras att utöva verksamhet genom ett kontor eller en filial i Tyskland i de fall som detta kontor eller denna filial anses utgöra bolagets faktiska säte enligt tysk rätt, eftersom reglerna innebär att bolaget förlorar den ställning som juridisk person utan vilken ett bolag inte kan fungera.

47 EFTA:s övervakningsmyndighet har tillagt att etableringsfriheten inte bara medför en rätt till sekundär etablering i en annan medlemsstat, utan även en rätt för ett bolag som har flyttat sitt faktiska säte till en annan medlemsstat att bibehålla sin ursprungliga etablering i den medlemsstat i vilken det har bildats. De tyska rättsregler som har tillämpats i tvisten vid den nationella domstolen innebär att etableringsfriheten omvandlas till en etableringsskyldighet för det fall att bolaget vill bibehålla sin ställning som juridisk person och därmed även sin partsbehörighet. Reglerna medför således en begränsning av den etableringsfrihet som föreskrivs i fördraget. Denna slutsats innebär inte att medlemsstaterna saknar rätt att föreskriva anknytningspunkter mellan ett bolag och det egna landet, men de måste utöva denna behörighet med iakttagande av fördragsbestämmelserna.

48 Den nederländska regeringen, Förenade kungarikets regering samt EFTA:s övervakningsmyndighet har vidare understrukit att Überseering inte har haft för avsikt att flytta sitt faktiska säte, i den mening som avses i tysk rätt, till Tyskland. Überseering har anfört att det inte haft för avsikt att låta sig upplösas i Nederländerna för att ombildas i Tyskland och att det önskar fortsätta existera som ett bolag med begränsat ansvar enligt nederländsk rätt (BV). Det är dessutom paradoxalt att bolaget enligt tysk rätt anses som ett sådant bolag när det är fråga om att väcka talan mot det och yrka att det skall förpliktas att betala arkitektarvoden.

49 Den nederländska regeringen har vid den muntliga förhandlingen anfört att enligt nederländsk rätt anses det i en situation sådan som den i målet vid den nationella domstolen vara fråga om inrättandet av en filial, det vill säga av en sekundär etablering. Enligt den nederländska regeringen är det felaktigt att i förevarande mål göra en bedömning som baserar sig på antagandet att Überseerings faktiska säte har flyttats till Tyskland endast på grund av att andelarna i bolaget har överlåtits till tyska medborgare som är bosatta i Tyskland. En sådan analys skulle endast bygga på tysk civilrätt. Det föreligger inte någon omständighet som tyder på att Überseering velat flytta sitt faktiska säte till Tyskland. Ett resonemang som grundar sig på ett antagande om att fråga är om ett huvudsakligt driftställe syftar dessutom till att göra domen i det ovannämnda målet Centros, i vilken det var fråga om en sekundär etablering som skapats genom att en filial inrättats, irrelevant och att försöka likställa förevarande mål med domen i det ovannämnda målet Daily Mail and General Trust.

50 Förenade kungarikets regering har anfört att Überseering rättsenligt har bildats i Nederländerna, att det alltid har varit inskrivet som ett bolag enligt nederländsk rätt i Amsterdam och Haarlems handelsregister och att det inte har avsett att flytta sitt faktiska säte till Tyskland. Det enda som har skett är att bolaget till följd av ett ägarbyte har utövat merparten av sin verksamhet och hållit vissa möten i Tyskland sedan år 1994. Bolaget bör således i praktiken anses ha agerat genom ett kontor eller en filial i Tyskland. En sådan situation är helt annorlunda än den som prövades i det ovannämnda målet Daily Mail and General Trust, vilket rörde ett medvetet försök att flytta sätet för och kontrollen av ett bolag enligt engelsk rätt från Förenade kungariket till en annan medlemsstat med bibehållen ställning som bolag som rättsenligt bildats i Förenade kungariket,

utan att bolaget skulle omfattas av de skattekrav som uppstod i Förenade kungariket då förvaltningen och kontrollen av ett bolag flyttades ut ur landet.

51 EFTA:s övervakningsmyndighet anser att underlåtenheten att erkänna Überseerings partsbehörighet i Tyskland på grund av att dess faktiska säte, uppenbarligen oönskat, förflyttats till nämnda medlemsstat visar vilken osäkerhet som tillämpningen av olika medlemsstaters internationella privaträtt kan medföra vid gränsöverskridande transaktioner. Eftersom fastställandet av platsen för ett bolags faktiska säte till stor del beror på omständigheterna är det fortfarande möjligt att det i olika nationella rättssystem, eller till och med i olika domstolar inom ett och samma rättssystem, görs olika bedömningar vad gäller frågan om vad som utgör det faktiska sätet. Det blir dessutom allt svårare att fastställa det faktiska sätet i en internationell och datoriserad ekonomi, i vilken beslutsfattarnas fysiska närvaro blir alltmer överflödig.

Domstolens bedömning

Tillämpligheten av fördragsbestämmelserna om etableringsfrihet

52 Inledningsvis, och i motsats till vad såväl NCC som den tyska, den spanska och den italienska regeringen har hävdad, kan det konstateras att när ett bolag som rättsenligt har bildats i en medlemsstat i vilken det har sitt säte enligt bolagsordningen anses ha flyttat sitt faktiska säte till en annan medlemsstat enligt den medlemsstatens rättsordning, till följd av att samtliga andelar i bolaget överlåtits till medborgare i den sistnämnda staten som är bosatta där, omfattas på gemenskapsrättens nuvarande stadium de regler som den andra medlemsstaten tillämpar på detta bolag av de gemenskapsrättsliga reglerna om etableringsfrihet.

53 För det första kan i detta hänseende de argument grundade på artikel 293 EG som NCC, den tyska, den spanska och den italienska regeringen har åberopat avfärdas.

54 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 42 i sitt förslag till avgörande innebär nämligen inte artikel 293 EG att en lagstiftningskompetens finns kvar hos medlemsstaterna. Även om medlemsstaterna genom denna bestämmelse uppmuntras att inleda förhandlingar i syfte att bland annat underlätta lösningen av de problem som följer av skillnaden mellan lagstiftningarna avseende ömsesidigt erkännande av bolag och bibehållandet av ställningen som juridisk person för det fall att sätet flyttas från ett land till ett annat, så gäller det endast "i den utsträckning det är nödvändigt", med andra ord i den mån som inte fördragsbestämmelserna gör det möjligt att förverkliga fördragets syften.

55 Det skall särskilt understrykas att även om sådana avtal vars ingående uppmuntras genom artikel 293 EG kan, liksom sådana harmoniseringsdirektiv som avses i artikel 44 EG, underlätta förverkligandet av etableringsfriheten, så kan utövandet av denna frihet ändå inte vara villkorad av att sådana avtal ingåtts.

56 Domstolen erinrar om att den redan haft tillfälle att fastslå att den etableringsfrihet som gemenskapsmedborgarna har enligt artikel 43 EG innefattar en rätt för dem att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt att bilda och driva företag på samma villkor som i etableringsstatens lagstiftning föreskrivs för dess egna medborgare. Med andra ord, enligt själva lydelsen av artikel 48 EG, "[skall b]olag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen ... vid tillämpningen av bestämmelserna [i fördraget om etableringsrätt] ... likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna".

57 Av detta följer direkt att dessa bolags verksamhet får utövas i en annan medlemsstat, och platsen för sätet, huvudkontoret eller den huvudsakliga verksamheten tjänar härvid syftet att kunna fastställa bolagens anknytning till en medlemsstats rättsordning på samma sätt som nationaliteten har betydelse när det gäller fysiska personer.

58 Detta var utgångspunkten för domstolens bedömning i domen i det ovannämnda målet Centros (punkterna 19 och 20).

59 Utövandet av etableringsfriheten förutsätter emellertid med nödvändighet att nämnda bolag erkänns av varje medlemsstat i vilken de vill etablera sig.

60 Det är således inte nödvändigt att medlemsstaterna ingår avtal om ömsesidigt erkännande av bolag för att de bolag som uppfyller de villkor som anges i artikel 48 EG skall kunna utöva den etableringsfrihet de medgivits genom artiklarna 43 EG och 48 EG, vilka artiklar är direkt tillämpliga sedan utgången av övergångsperioden. Inte något argument för att motivera en begränsning av den fulla verkan av dessa artiklar kan således utläsas av det förhållandet att det till dags dato inte har ingåtts något avtal om ömsesidigt erkännande av bolag på grundval av artikel 293 EG.

61 Domstolen skall vidare pröva det argument som härletts ur domen i det ovannämnda målet Daily Mail and General Trust, vilket utgjorde kärnpunkten i yttrandena inför domstolen, mot bakgrund av att det har åberopats i syfte att på något sätt likställa den situation som prövades i domen i det ovannämnda målet Daily Mail and General Trust med den situation som enligt den tyska rättsordningen innebär att ett bolag som har bildats enligt en annan medlemsstats rättsordning förlorar sin rättskapacitet och partsbehörighet.

62 Domstolen understryker först att till skillnad från i det ovannämnda målet Daily Mail and General Trust, som rörde förhållandena mellan ett bolag och den medlemsstat enligt vars lagstiftning det hade bildats för det fall att bolaget önskar flytta sitt faktiska säte till en annan medlemsstat med bibehållande av den ställning som juridisk person som det har i den stat där det har bildats, rör målet vid den nationella domstolen frågan om en medlemsstat skall erkänna ett bolag som bildats enligt en annan medlemsstats rättsordning, där ett sådant bolag inte tillerkänns någon rättskapacitet i den förstnämnda medlemsstaten på grund av att det i denna stat anses att bolaget har flyttat sitt faktiska säte till den, utan att det i detta hänseende anses ha någon betydelse om bolaget faktiskt har haft för avsikt att flytta sitt säte.

63 Såsom den nederländska regeringen, Förenade kungarikets regering samt kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet har anfört har Öberseering aldrig givit uttryck för någon vilja att flytta sitt säte till Tyskland. Överlåtelsen av samtliga andelar i bolaget till tyska medborgare har inte medfört att dess rättsliga existens ifrågasatts i den stat där bolaget bildades. Särskilt skall framhållas att bolaget inte har upplösts enligt nederländsk rätt, och aldrig har upphört att existera enligt denna rättsordning.

64 Även om målet vid den nationella domstolen skulle anses röra en gränsöverskridande förflyttning av det faktiska sätet är mot denna bakgrund den tolkning av domen i det ovannämnda målet Daily Mail and General Trust som NCC och den tyska, den spanska och den italienska regeringen föreslagit felaktig.

65 I det sistnämnda målet ville Daily Mail and General Trust plc, ett bolag som bildats i överensstämmelse med Förenade kungarikets lagstiftning och som hade såväl sitt säte enligt bolagsordningen som sitt faktiska säte i detta land, flytta sitt faktiska säte till en annan medlemsstat med bibehållande av sin ställning som juridisk person eller som bolag enligt engelsk rätt. Detta krävde tillstånd från behöriga brittiska myndigheter, vilka inte beviljade något sådant. Nämnda bolag väckte då talan mot myndigheterna vid High Court of Justice, Queen's Bench Division (Förenade kungariket) och yrkade att den skulle fastställa att det enligt artiklarna 52 och

58 i EEG-fördraget hade rätt att flytta sitt faktiska säte till en annan medlemsstat utan föregående tillstånd och utan att det skulle förlora sin ställning som juridisk person.

66 Till skillnad från tvisten vid den nationella domstolen rörde inte det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust* den behandling som ett bolag som rättsenligt bildats i en medlemsstat och som utövar sin etableringsfrihet i en annan medlemsstat ges i den sistnämnda medlemsstaten.

67 På en fråga från *High Court of Justice* avseende huruvida fördragsbestämmelserna om etableringsfrihet medför en rätt för ett bolag att flytta sitt huvudkontor till en annan medlemsstat, svarade domstolen i punkt 19 i sin dom i det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust* att ett bolag som bildats i överensstämmelse med en nationell rättsordning endast existerar i kraft av den nationella lagstiftning genom vilken bildandet av bolaget och dess funktion regleras.

68 I punkt 20 i samma dom underströk domstolen skillnaderna mellan medlemsstaternas lagstiftningar både vad gäller kravet på anknytning till det nationella territoriet vid bildandet av bolaget och vad gäller möjligheten för ett bolag som har bildats i överensstämmelse med en sådan lagstiftning att senare ändra denna anknytning.

69 I punkt 23 i den nämnda domen slog domstolen fast att enligt fördraget utgör dessa skillnader problem som inte har lösts genom reglerna i fördraget om etableringsfriheten, utan som skall lösas genom lagstiftning eller avtal. Såsom domstolen konstaterade hade några sådana åtgärder ännu inte vidtagits.

70 Domstolen begränsade sig därför till att konstatera att rätten för ett bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning att flytta sitt säte enligt bolagsordningen eller sitt faktiska säte till en annan medlemsstat, utan att därvid förlora den ställning som juridisk person som det har enligt rättsordningen i den medlemsstat där det bildats, och i förekommande fall villkoren för denna förflyttning, hade reglerats i den nationella lagstiftning enligt vilken nämnda bolag hade bildats. Domstolen slog därför fast att en medlemsstat hade rätt att föreskriva begränsningar i rätten för ett bolag som bildats enligt dess rättsordning att flytta sitt faktiska säte utanför landet, såvida det önskar bibehålla den ställning som juridisk person som det har enligt den nationella rättsordningen.

71 Domstolen uttalade sig däremot inte om frågan huruvida en medlemsstat kan vägra att erkänna ett bolags ställning som juridisk person enligt rättsordningen i den stat där det har bildats när bolaget - såsom i målet vid den nationella domstolen - har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en medlemsstat och anses ha flyttat sitt faktiska säte till en annan medlemsstat enligt den sistnämnda statens rättsordning.

72 Trots de allmänna formuleringar som använts i punkt 23 i domen i det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust* har domstolen således inte haft för avsikt att tillerkänna medlemsstaterna en rätt att villkora det faktiska utövandet av etableringsfriheten på respektive stats territorium för bolag, som rättsenligt har bildats i andra medlemsstater och som anses ha flyttat sina säten till den egna staten, med att de skall iaktta den nationella rättsordningen.

73 Det följer följaktligen inte av domen i det ovannämnda målet *Daily Mail and General Trust* att frågan om erkännandet av rättskapaciteten och partsbehörighet i etableringsmedlemsstaten för ett bolag som bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en medlemsstat, som har ställning som juridisk person i den staten och som utövar sin etableringsfrihet i en annan medlemsstat, inte omfattas av fördragsbestämmelserna om etableringsfrihet, även om bolaget med tillämpning av etableringsstatens rättsordning anses ha flyttat sitt faktiska säte till den staten.

74 För det tredje avfärdar domstolen vad den spanska regeringen anfört om att rätten till etableringsfrihet enligt fördraget genom kapitel I i det allmänna programmet har villkorats på så sätt att det skall finnas ett faktiskt och kontinuerligt samband med en medlemsstats ekonomi.

75 Det följer nämligen av själva lydelsen av programmet att detta endast innehåller ett krav på ett faktiskt och kontinuerligt samband för det fall att bolaget endast har sitt säte enligt bolagsordningen inom gemenskapen. Det är ostridigt att denna regel inte omfattar Überseering, som har såväl sitt säte enligt bolagsordningen och sitt faktiska säte inom gemenskapen. För sådana fall har domstolen i punkt 19 i domen i det ovannämnda målet Centros konstaterat att bolag som har bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen genom artikel 58 i fördraget likställs med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.

76 Av övervägandena ovan följer att Überseering har fog för att åberopa etableringsfriheten för att motsätta sig att det enligt den tyska rättsordningen förvägras ställningen som juridisk person med partsbehörighet.

77 Domstolen erinrar dessutom om att förvärv av andelar i ett bolag som bildats och etablerats i en medlemsstat och som görs av en eller flera fysiska personer som är bosatta i en annan medlemsstat i princip omfattas av fördragsbestämmelserna om fri rörlighet för kapital, i den mån som det ägande som följer därav inte ger dessa fysiska personer ett visst inflytande över bolagets beslut och inte gör det möjligt för dem att bestämma över bolagets verksamhet. Om förvärvet avser samtliga andelar i ett bolag som har sitt säte i en annan medlemsstat och det ägande som följer därav ger ett visst inflytande över bolagets beslut och gör det möjligt för förvärvarna att bestämma över bolagets verksamhet är det emellertid fördragsbestämmelserna om etableringsfriheten som skall tillämpas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 april 2000 i mål C-251/98, Baars, REG 2000, s. I-2787, punkterna 21 och 22).

Huruvida en begränsning av etableringsfriheten föreligger

78 Det skall därefter prövas om de tyska domstolarnas underlåtenhet att erkänna rättskapaciteten och partsbehörigheten för ett bolag som rättsenligt bildats enligt en annan medlemsstats rättsordning utgör en begränsning av etableringsfriheten.

79 I en situation sådan som den i målet vid den nationella domstolen har ett bolag som rättsenligt har bildats enligt rättsordningen i en annan medlemsstat än Förbundsrepubliken Tyskland, i vilken stat det har sitt säte enligt bolagsordningen, enligt tysk rätt inte något annat val än att ombilda sig i Tyskland om det i en tysk domstol vill göra gällande rättigheter som det har enligt ett avtal som ingåtts med ett bolag bildat enligt tysk rätt.

80 Überseering, som rättsenligt har bildats i Nederländerna och har sitt säte enligt bolagsordningen där, har emellertid enligt artiklarna 43 EG och 48 EG rätt att i egenskap av bolag enligt nederländsk rätt utöva sin etableringsfrihet i Tyskland. Det har i det hänseendet föga betydelse att tyska medborgare som är bosatta i Tyskland har förvärvat hela bolagskapitalet efter det att bolaget bildats, eftersom denna omständighet inte förefaller ha medfört att bolaget har förlorat sin ställning som juridisk person enligt den nederländska rättsordningen.

81 Bolagets själva existens följer till och med av dess egenskap av bolag enligt nederländsk rätt, eftersom ett bolag - såsom har erinrats ovan - endast existerar i kraft av den nationell lagstiftning genom vilken bildandet av detsamma och dess funktion regleras (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Daily Mail and General Trust, punkt 19). Kravet på att bolaget skall ombildas i Tyskland står därför i direkt strid med etableringsfriheten.

82 Mot denna bakgrund utgör en medlemsstats underlåtenhet att erkänna rättskapaciteten hos ett bolag som har bildats i överensstämmelse med rättsordningen i en annan medlemsstat - i vilken det har sitt säte enligt bolagsordningen, med motiveringen bland annat att bolaget har flyttat sitt faktiska säte till den egna staten till följd av att samtliga andelar i bolaget har förvärvats av egna medborgare som är bosatta i den staten, vilket har till följd att bolaget saknar partsbehörighet i värdmedlemsstaten vad gäller att ta till vara sina rättigheter enligt ett avtal såvida det inte ombildar sig i enlighet med värdmedlemsstatens rättsordning - en begränsning av etableringsfriheten som i princip är oförenlig med artiklarna 43 EG och 48 EG.

Huruvida begränsningen av etableringsfriheten är motiverad

83 Det skall slutligen prövas om en sådan begränsning av etableringsfriheten kan motiveras med hänsyn till de skäl som åberopats av såväl den hänskjutande domstolen som av den tyska regeringen.

84 Den tyska regeringen har i andra hand, för det fall att domstolen skulle finna att tillämpningen av sätesprincipen utgör en begränsning av etableringsfriheten, gjort gällande att denna begränsning tillämpas på ett icke diskriminerande sätt, är motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset och är proportionerlig i förhållande till de eftersträlvade målen.

85 Den tyska regeringen anser att den omständigheten att de rättsregler som följer av sätesprincipen inte bara är tillämpliga på alla utländska bolag som etablerar sig i Tyskland och flyttar sitt faktiska säte dit utan även på bolag enligt tysk rätt som flyttar sitt faktiska säte utanför Tyskland, visar att begränsningen inte är diskriminerande.

86 Vad gäller de tvingande hänsyn till allmänintresset som åberopats för att motivera den påstådda begränsningen har den tyska regeringen inledningsvis hävdade att den sekundära gemenskapsrätten på andra områden förutsätter att huvudkontoret och sätet enligt bolagsordningen är identiska. Det har således i princip erkänts inom gemenskapsrätten att det är tillåtet att föreskriva att sätet enligt bolagsordningen och huvudkontoret skall vara identiska.

87 Enligt den tyska regeringen syftar de tyska internationella privaträttsliga reglerna om bolag till att åstadkomma rättssäkerhet och borgenärsskydd. Den har anfört att det inte finns någon harmonisering på gemenskapsnivå avseende hur bolag med begränsat ansvars kapital skall skyddas och att dessa bolag i andra medlemsstater än Förbundsrepubliken Tyskland omfattas av krav som delvis är mycket mildare. Den sätesprincipen som enligt tysk rätt är tillämplig säkerställer i detta sammanhang att ett bolag, vars verksamhets kärna finns i Tyskland, har ett visst minimikapital. Detta bidrar till att skydda bolagets avtalsparter och borgenärer. Det hindrar även att konkurrensen snedvrids, eftersom samtliga bolag som har sin verksamhets kärna i Tyskland omfattas av samma bestämmelser.

88 Enligt den tyska regeringen kan begränsningen även motiveras med en hänvisning till skyddet för minoritetsägare. Eftersom någon gemenskapsstandard för skyddet för minoritetsägare inte finns, måste en medlemsstat kunna tillämpa samma lagstadgade krav till skydd för minoritetsägare på samtliga bolag vars verksamhets kärna finns inom landet.

89 Även skyddet för de anställda, i form av ett medbestämmande i företaget enligt villkor som föreskrivs i lag, motiverar en tillämpning av sätesprincipen. Enligt den tyska regeringen kan förflyttningen till Tyskland av det faktiska sätet för ett bolag som bildats enligt en annan medlemsstats rättsordning medföra en risk, för det fall att bolaget bibehåller sin ställning som bolag enligt den rättsordningen, för att de tyska bestämmelserna om medbestämmande, vilka gör det möjligt för de anställda att under vissa villkor representeras i bolagsstyrelser, kringgås. Någon sådan styrelserepresentation finns inte alltid i bolag från övriga medlemsstater.

90 Slutligen motiverar fiskala intressen den begränsning som eventuellt följer av en tillämpning av sätesprincipen. Den tyska regeringen har i detta hänseende hävdat att bildandepincipen i högre grad än sätesprincipen gör det möjligt att bilda bolag som har dubbla hemvist och som därför är obegränsat skattepliktiga i minst två medlemsstater. Det föreligger en risk för att sådana bolag samtidigt begär och erhåller skattemässiga fördelar i flera stater. Som exempel har den tyska regeringen angett gränsoverskridande avräkningar av förluster från vinster mellan företag inom en och samma koncern.

91 Den nederländska regeringen, Förenade kungarikets regering, kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet anser att den ifrågavarande begränsningen inte är motiverad. De har särskilt gjort gällande att syftet att skydda borgenärer även åberopades av de danska myndigheterna i det ovannämnda målet Centros för att motivera en vägran att registrera filialen till ett bolag som rättsenligt hade bildats i Förenade kungariket och vars hela verksamhet skulle utövas i Danmark, men som inte uppfyllde kraven enligt dansk rätt vad gällde uppbyggnad och tillskott av ett minimikapital i bolaget. De har tillagt att ett krav avseende minimikapital i bolaget inte nödvändigtvis utgör ett verksamt medel för att skydda borgenärerna.

92 Domstolen framhåller inledningsvis att det inte kan uteslutas att tvingande hänsyn till allmänintresset, exempelvis avseende skydd av borgenärers, minoritetsägares, anställdas eller skattemyndigheternas intressen, under vissa omständigheter och med iakttagande av vissa villkor kan motivera begränsningar av etableringsfriheten.

93 Sådana hänsyn kan emellertid inte motivera att ett bolag som bildats i en annan medlemsstat, där det har sitt säte enligt bolagsordningen, inte tillerkänns rättskapacitet och därmed inte heller partsbehörighet. En sådan åtgärd står nämligen i direkt strid med den etableringsfrihet för bolag som följer av artiklarna 43 EG och 48 EG.

94 Den första frågan skall följaktligen besvaras så, att artiklarna 43 EG och 48 EG utgör hinder för en medlemsstat att underlåta att erkänna att ett bolag har rättskapacitet och därmed även partsbehörighet i de nationella domstolarna vad gäller att göra gällande rättigheter enligt ett avtal som det har ingått med ett bolag som är etablerat i samma medlemsstat, när bolaget har bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat - i vilken den har sitt säte enligt bolagsordningen - och anses ha flyttat sitt faktiska säte till den förstnämnda medlemsstaten enligt den statens rättsordning.

Den andra tolkningsfrågan

95 Av svaret på den första tolkningsfrågan följer att när ett bolag som bildats i överensstämmelse med lagstiftningen i en medlemsstat, i vilken den har sitt säte enligt bolagsordningen, utövar etableringsfriheten i en annan medlemsstat medför artiklarna 43 EG och 48 EG en skyldighet för denna stat att erkänna den rättskapacitet och därmed även den partsbehörighet som detta bolag har enligt rättsordningen i den stat där det har bildats.

Beslut om rättegångskostnader

Rättegångskostnader

96 De kostnader som har förorsakats den tyska, den spanska, den italienska, den nederländska regeringen, Förenade kungarikets regering samt kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

Domslut

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

- angående de frågor som genom beslut av den 30 mars 2000 har ställts av Bundesgerichtshof - följande dom:

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

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