



INTERNATIONELLA
HANDELSHÖGSKOLAN
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

Kan förslaget om SPE-Bolag vara en lösning på problematiken kring etableringsfriheten inom EU?

Filosofie kandidat uppsats inom Bolagsrätt

Författare: Anna Wall 880126

Handledare: Roger Sandberg

Framlägningsdatum 2010-05-18

Jönköping Maj 2010

Kandidat uppsats inom Bolagsrätt

Titel:	Kan förslaget om SPE-Bolag vara en lösning på problematiken kring etableringsfriheten inom EU?
Författare:	Anna Wall
Handledare:	Roger Sandberg
Datum:	[2010-05-18]
Ämnesord	EG-rätt, Bolagsrätt, Etableringsfrihet, SPE-bolag

Sammanfattning

Inom gemenskapen pågår idag ett harmoniseringsarbete beträffande både de nationella bolagsstiftningarna, men även vad gäller utvecklingen av överstatliga bolagsformer, där ibland det liggande förslaget om SPE-bolag. I det gemenskapsrättsliga fördraget regleras genom art. 49 samt 54 EUF den grundläggande etableringsfriheten. Denna har under ett flertal år varit uppe för diskussion då det är oklart hur långtgående denna frihet skyddas av fördraget.

Inom gemenskapen bygger medlemsstaterna idag sina bolagsstiftningar antingen på inkorporations- eller sätesprincipen. Det är skillnaden vid dessa principers tillämpning som har givet upphov till problematiken på området. Problemen rör huruvida ett bolag ska få separera sitt registrerade- och faktiska säte med bibehållande av rättslig status. Vid sidan av detta problem har även en annan problematik uppkommit som rör *forum shopping*. Vilken innebär att regelkonkurrens har skapats mellan medlemsstaternas lagstiftningar, som en följd av att det råder valfrihet för bolag att inkorporera sig under den medlemsstats nationella lagstiftning vilken de finner förmånligast.

Det liggande förslaget om SPE-bolagsförordning rör införandet av överstatlig bolagsform som kommer, vid ett eventuellt införande, verka som ett alternativ till de inhemska bolagsformerna. Bolaget har formen av ett aktiebolag och riktar sig mot de små och medelstora bolagen, det vill säga SMEs. Bolagsformen har till syfte att verka för att SMEs ska bli mer aktiva på den inre marknaden och därför är en viktig del i förslaget reglerna som berör bolagets etableringsmöjligheter.

Förslaget om SPE-bolag bereder bestämmelser som gäller dess bildande, men även vad gäller bolagets verksamhet. För att göra denna bolagsform mer attraktiv har bl.a. kapitalkravet endast satts till 1€. Då förslaget inte omfattar alla relevanta rättsliga områden kommer dessa även fortsättningsvis regleras av den nationella lagstiftning där bolagets säte är beläget, däribland skattelagstiftning. Förslaget bereder även bolaget med förflyttningsrätt inom gemenskapen, hur långtgående denna skyddas av den förslagna förordningen förefaller vara tvetydigt ur dess ordalydelse. Det finns dock starka indikationer på att denna förflyttningsrätt måste anses gå i linje med inkorporationsprincipen.

Huruvida ett eventuellt införande av SPE-bolagsförordningen skulle kunna lösa den problematik som finns på etableringsfrihetens område är diskuterbart. Den problematik som föreligger vid tillämpningen av inkorporations- och sätesprincipen kommer på ett rent teoretiskt plan kunna lösas genom ett sådant införande. Vad gäller problematiken med *forum shopping* kommer denna i viss mån endast kunna komma att begränsas genom ett sådant införande.

Förordningen är således endast en teoretisk lösning, men den är även alternativ till sin utformning, vilket innebär att den endast presenterar sig som ett alternativ till de inhemska bolagsformerna. Jag tror inte att förordningen vid ett införande, på ett praktiskt plan, skulle kunna få tillräcklig genomslagskraft för att lösa problematiken på etableringsfrihetens område. Det krävs andra åtgärder av mer direkt natur för att lösa dessa.

Innehåll

1	Inledningskapitel	1
1.1	Bakgrund.....	1
1.2	Syfte och avgränsning.....	3
1.3	Metod och material.....	4
1.4	Disposition.....	4
2	Rättsregler av vikt på etableringsfrihetens område.....	7
2.1	Art. 49 EUF	7
2.2	Art. 54 EUF	8
2.3	Sammanfattande reflektioner	9
3	Typer av etableringar	10
3.1	Inledning.....	10
3.2	Primär etablering.....	10
3.3	Sekundär etablering	11
3.4	Sammanfattande reflektioner	11
4	Principer som inverkar på etableringsfriheten.....	12
4.1	Inledning.....	12
4.2	Inkorporationsprincipen	12
4.3	Sättesprincipen	13
4.4	Problematik vid tillämpning av principerna	14
4.5	Sammanfattande reflektioner	16
5	Etableringsfrihet: praxis och problematik	17
5.1	Inledning.....	17
5.1.1	C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.....	17
5.1.2	C- 212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen	19
5.1.3	C- 208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)	20
5.1.4	C- 210/06 CARTESIO Okatató és Szolgáltató bt.....	22
5.1.5	Sammanfattande kommentarer kring målen.....	23
5.2	Problematiken som byggs upp genom EUD:s praxis	24
5.2.1	Inkorporations- och sättesprincipen	24
5.2.2	Ger <i>forum shopping</i> upphov till en <i>Delaware-effekt</i> inom EU?	29
5.3	Sammanfattande reflektioner	32
6	Förslaget om SPE-Bolag.....	34
6.1	Bakgrund.....	34
6.2	Syfte.....	34
6.3	Förslagets grundläggande regleringar.....	35
6.4	SPE-Bolags etableringsfrihet enligt förslaget	37
6.5	Innebörden av införandet av en förordning.....	40
6.6	Sammanfattande reflektioner	41

7	Är förslaget om SPE-Bolag en lösning på problematiken kring etableringsfriheten?	42
7.1	Inledning	42
7.2	SPE-Bolagsförslaget i förhållande till inkorporations- och sätesprincipen	42
7.3	SPE-Bolagsförslaget i förhållande till <i>forum shopping</i>	44
7.4	Förväntad genomslagskraft; tillräcklig för att lösa problematiken?	45
7.4.1	Statistik	45
7.4.2	Alternativ bolagsform i förhållande till nationella bolagsformer	46
7.5	Sammanfattande reflektioner	46
8	Slutlig analys	48
	Referenslista	51

Förkortningslista

AB	Aktiebolag
Art.	Artikel
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EUD	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
Kap.	Kapitel
SE-bolag	Europabolag (Societas Europaea)
SMEs	Small and Medium Enterprises
SPE-bolag	Europeiska privata aktiebolag (Societas Privata Europaea)

1 Inledningskapitel

1.1 Bakgrund

Syftet bakom grundandet av den Europeiska unionen är att uppnå en inre marknad med grund i de fyra friheterna, det vill säga "[...]fri rörlighet för varor, personer, kapital och tjänster".¹ Etableringsfriheten måste enligt formuleringarna i fördragsartiklarna 49 samt 54 EUF anses vara en av hörnstenarna som EU bygger på, detta då de bereder både fysiska som juridiska personer med fri rörlighet inom gemenskapen.²

I dagsläget är etableringsfriheten vad gäller subsidiära etableringar såsom dotterbolag och filialer helt harmoniserad.³ När det kommer till de primära etableringsmöjligheterna så som att förflytta bolagets faktiska säte har visst motstånd påträffats, detta har inneburit att den frihet som garanteras genom fördraget inte till fullo kunnat utnyttjas.⁴

Det finns framförallt en stor anledning till varför den primära etableringsfriheten inte fått den genomslagskraft som gemenskapen avsett. Anledningen är att varje enskild medlemsstats nationella bolagsstiftning egenhändigt styr huruvida ett bolag erkänns rättslig status som juridisk person. Därigenom avgör de även om denna status kan bibehållas vid förflyttning av ett bolags faktiska säte till en annan medlemsstat.⁵

Det har i ett flertal fall förekommit försök från lagstiftarna inom EU att harmonisera bolagsrätten genom ett flertal tillkomna direktiv. Dessvärre måste det konstateras att det i dagsläget saknas ett antaget direktiv som löser problematiken kring den primära etableringsfriheten.⁶

¹ Art. 3.3 FEU, Fördraget om Europeiska Unionen C 115/13, Europeiska unionens officiella tidning, 9.5.2008. Trädde i kraft den 1 januari 2009 samt Europeiska Kommissionen, "Vad är EU rätt?" (citater (se internetlänk i referenslistan).

² Sarfati Joakim, "NÅGOT OM FALLET CARTESIO OCH DESS INVERKAN PÅ DEN FRIA RÖRLIGHETEN FÖR JURIDISK PERSONER", Europarättslig Tidskrift 2009:4, sid. 715. EUF står för Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (konsoliderad version) C 115/47, Europeiska unionens officiella tidning, 9.5.2008, Trädde i kraft den 1 januari 2009.

³ Se bl.a. Friheten att upprätta filialer i andra medlemsstater regleras genom Rådets elfte direktiv 89/666/EEG, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr. L 395, 30/12/1989, sid. 0036-0039.

⁴ Lutter Marcus, "THE CROSS-BORDER TRANSFER OF A COMPANY'S SEAT IN EUROPE", Europarättslig Tidskrift 2000:1, sid. 60-61.

⁵ Lutter Marcus, a. a. sid. 61, samt SEC (2007) 1707, "Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office", Brussels, 12.12.2007, sid. 8-9.

⁶ Lutter Marcus, a. a. sid. 61.

Kommissionen lade under 2003 fram en handlingsplan för att modernisera bolagsrätten inom gemenskapen. Handlingsplanen omfattar ett initiativ till harmonisering inom gemenskapen, antingen genom att redan verksamma rättsakter på området förnyas eller genom införande av helt nya rättsakter. Ett av skälen till en sådan harmonisering är att underlätta gränsöverskridande etableringar.⁷

I handlingsplanen diskuterades vidare upprättande av ett förslag om införande av ett fjortonde bolagsdirektiv.⁸ Enligt utkastet till direktivet skulle ett införande i korthet innebära att bolag bereds med rättigheten att förflytta dess stadgeenliga säte inom gemenskapen.⁹ Direktivet omfattas av de mål som finns förtecknade i den så kallade *Lissabonstrategin*, men i oktober 2007 förklarade Kommissionen att man inte hade för avsikt att fortgå med planerna om införandet.¹⁰

Lissabonstrategin syftar främst till att tillväxten och sysselsättningen ska stimuleras inom gemenskapen. Vidare betonas det i denna att nya möjligheter skulle kunna skapas på gemenskapens inre marknad genom att de sista hindren eliminerades, vidare skulle detta medföra en ökad konkurrens inom gemenskapen.¹¹

Kommissionen har under de senare åren meddelat att de inramningsvillkor som finns för den näringsverksamhet som bedrivs på gemenskapens inre marknad behöver nyanteras och utvecklas på sikt. Kommissionen menar på att det i dagsläget endast är de större bolagen som drar nytta av möjligheterna som tillhandahålls på gemenskapens inre marknad och att en utveckling måste ske för att gynna SMEs expansion inom gemenskapen.¹²

⁷ KOM (2003) 284 slutlig, "Modernare bolagsrätt och effektivare företagsstyrning I Europeiska unionen- Handlingsplan", Bryssel den 21.5.2003. sid. 6-7.

⁸ KOM (2003) 284, sid. 20, se även not. 23 på ifrågavarande sida.

⁹ Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", Juridisk Tidskrift 2003-04:1 sid 74, se vidare för djupare redogörelse av utkastet till fjortonde bolagsdirektivet, Drury R.R. "Migrating companies", European Law Review 1999:4 sid. 362 ff.

¹⁰ SEC (2005) 981, "Common Actions for Growth and Employment: The Community Lisbon Programme", Brussels 20.7.2005, sid. 6 p. 20, samt McCreevy Charlie, European Commissioner for Internal Market and Services, "Speech by Commissioner MacCreevy at the European Parliament's Legal Affairs Committee", Brussels, 3 October 2007, SPEECH/07/592, sid 3.

¹¹ SEC (2008) 2098, "on the statue for a European Private Company (SPE)", impact assessment, Brussels 25.6.2008, sid. 4 se vidare KOM (2005) 24 slutlig, "Att arbeta tillsammans för tillväxt och sysselsättning, Nystart för Lissabonstrategin", Bryssel den 02.02.2005.

¹² KOM (2007) 724 Slutlig, "En inre marknad för framtidens Europa", Bryssel den 20.11.2007, sid. 5-6.

Under 2008 fastställdes förslaget om införandet av SPE-bolagsförordningen¹³, denna reglerar bestämmelser för införandet av ett europeiskt privat aktiebolag även benämnt *societas privata europaea*. Genom ett införande av denna överstatliga bolagsform är förhoppningen att SMEs ska kunna erhålla en större konkurrenskraft inom gemenskapen. Denna ökade konkurrenskraften ska uppnås genom bl.a. förenklade regler rörande SPE-bolagens etableringsmöjligheter inom gemenskapen.¹⁴

1.2 Syfte och avgränsning

Huvudsyftet med denna uppsats:

- Hur ser etableringsfriheten ut inom Europeiska unionen?
- Kan införandet av SPE-bolagsförordningen vara lösningen på den problematik som råder på etableringsfrihets område?

För att besvara huvudsyftena måste följande frågor besvaras:

- Vilken är den problematik som har utvecklats på etableringsfrihetens område?
- Vad innebär förslaget om SPE-bolag i förhållande till etableringsfriheten?

Avgränsning för denna uppsats:

Denna framställning kommer inte att behandla de rättfärdigandegrunder som regleras i art. 52 EUF, då det inte faller inom uppsatsens syfte. Således kommer denna del i största möjliga mån utelämnas vid genomgång av relevant rättspraxis. Till följd av att problematiken rörande etableringsfriheten är relativt omfattande kommer därför endast problem som direkt påverka förflyttningsrätten av det faktiska sätet att belysas. Även viss sekundär problematik som bl.a. *forum shopping* kommer att diskuteras, då denna är relevant för att se helheten i problematiken som föreligger på etableringsfrihetens område.

Framställningen kommer vidare inte behandla hela förslaget om SPE-bolagsförordningen utan endast den del som är direkt kopplad till etableringsfriheten,

¹³ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS).

¹⁴ KOM (2008) 396 Slutlig, ”om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-Bolag)”, Bryssel den 25.6.2008, sid. 2.

med inriktning på förflyttning av ett SPE-bolags säte. Övriga delar av förslaget som kan vara av väsentlighet i förhållande till problematiken kring etableringsfriheten kommer att beröras, dock i korthet. Denna framställning bygger i sin helhet på förslaget till förordning om SPE-bolag som publicerades den 25 juni 2008, vidare kommer en senare tillkommen lagstiftningsresolution att beröras i korthet.

1.3 Metod och material

Framställningen kommer i sitt innehåll till en början omfatta en deskriptiv metod, detta eftersom en redogörelse över viktig information rörande områdets grundläggande delar är av vikt för förståelsen av framställningens senare delar. Vidare kommer till viss del även en form av komparativ metod användas, främst vid diskussionen rörande *Delaware-effekten* och dess genomslagskraft i USA gentemot EU, men även då paralleller dras mellan SE- och SPE-bolag. Framställningens senare del omfattas av en problemorienterad metod, då med inriktning på problematiken på etableringsfrihetens område och om denna skulle kunna lösas genom införandet av SPE-bolagsförordningen. Den problemorienterade delen kommer även omfatta för och mot argument till om förslaget rörande SPE-bolagsförordningen utgör en sådan lösning.

För att få djupare förståelse för ämnet har följande rättskällor studerats; till en början artiklar i Europeiska Unionens Funktionsfördrag som är av vikt för det ifrågasvarande området, genomgående för denna framställning är, att endast nu gällande artiklar kommer att hänvisas till. Därefter praxis för att få förståelse för hur fördragsartiklarna tolkas och tillämpas i praktiken, förordningar, i fallet främst förslaget till SPE-Bolagsförordning av den 25 juni 2008, direktiv samt litteratur på bolagsrättens område. Till följd av att förordningen beträffande SPE-bolag endast är ett liggande förslag kommer förberedande rättsakter på området att studeras för att få en djupare förståelse för förordningens potentiellt kommande betydelse. Även artiklar kommer att studeras i vittgående omfattning för att följa aktuella diskussioner på området, både vad gäller etableringsfriheten, men även vad gäller det nu liggande förslaget om SPE-bolagsförordningen.

1.4 Disposition

Kapitel 1 Omfattar ett inledningskapitel som bereder läsaren med en bakgrund till den problematik som framställningen kommer att beröra. Kapitlet omfat-

tar även framställningens syfte med därtill gällande avgränsningar, samt den metod och det materialet som använts vid skapandet av denna framställning.

Kapitel 2-4 I dessa kapitel kommer grundläggande områden för etableringsfriheten, så som relevanta fördragsartiklar (kap. 2), de olika typerna av etableringar (kap. 3) samt de principer som styr etableringsfriheten (kap. 4), att beröras då dessa är av vikt för förståelsen av framställningens kommande kapitel.

Kapitel 5 Kapitlet inleds med en presentation av relevant rättspraxis på etableringsfrihetens område (kap. 5.1). Därpå kommer problematiken kring praxis att beröras med inriktning på bolagens förflyttningsrätt (kap. 5.2). Kapitlet kommer att avslutas med sammanfattande reflektioner över etableringsfriheten och den tillkomma problematiken (kap. 5.3).

Kapitel 6 Kapitlet inleds med en presentation av bakgrunden till förslagets tillkomst (kap. 6.1). Därefter presenteras SPE-bolagsförordningens syfte (kap. 6.2). Vidare kommer grundläggande bestämmelser i förordningen att beröras som är vikt för förståelsen av förordningens tillämplighet (kap. 6.3). Därpå följer en presentation av SPE-bolagets etableringsmöjligheter inom gemenskapen (kap. 6.4). Näst sista avsnittet kommer att beröra den juridiska delen av införandet, det vill säga vilken inverkan ett ikraftträdande av förordningen skulle erhålla (kap. 6.5). Kapitlet avslutas med några sammanfattande reflektioner rörande SPE-bolagsförordningen (kap. 6.6).

Kapitel 7 Kapitlet inleds med ett förberedande avsnitt för att återknyta till framställningens tidigare delar (kap. 7.1). Därpå kommer problematiken förknippad med tillämpningen av inkorporations- och sätesprincipen redovisas i förhållande till den förslagna SPE-bolagsförordningens potentiella inverkan (kap. 7.2). Därefter kommer SPE-bolagsförordningens inverkan i förhållande till ”forum shopping” och den underliggande risken för ”Delaware-effekten” att diskuteras (Kap. 7.3). Detta följs av en diskussion om huruvida SPE-bolagsförordningen kommer att få tillräcklig genom-

slagskraft för att lösa problematiken på etableringsfrihetens område (kap. 7.4). Kapitlet avslutas med sammanfattande reflektioner över hur SPE-bolagsförslaget förhåller sig till problematiken på etableringsfrihetens område (kap. 7.5).

Kapitel 8

Detta kapitel omfattar en slutlig analys om huruvida ett införande av den förslagna SPE-bolagsförordningen kan anses utgöra en lösning på den problematik som föreligger på etableringsfrihetens område. I denna slutliga analys kommer framställningens huvudsyften att besvaras i kronologisk ordning. För att kunna besvara dessa kommer även de två delsyftena besvaras i dess relevanta sammanhang.

2 Rättsregler av vikt på etableringsfrihetens område

2.1 Art. 49 EUF¹⁵

Av art. 49 st. 1 EUF följer:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.”¹⁶

Artikelns 1:a st. regleras således ett generellt förbud mot medlemsstater inom gemenskapen att företa restriktioner som skulle kunna hindra eller begränsa den primära och/eller sekundära etableringsfriheten som råder inom gemenskapen.¹⁷

Av art. 49 st. 2 EUF följer:

”Etableringsfriheten ska innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 54 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.”¹⁸

Genom artikelns 2:a stycke framgår indirekt att ett diskrimineringsförbud föreligger genom att det i artikeln stipuleras att medlemsstaterna ska behandla alla på lika villkor, det vill säga på samma sätt som staten i fråga behandlar sina egna medborgare. Genom art. 49 EUF bereds således alla medborgare, av en medlemsstat i EU, med rättigheten att fritt etablera sig inom unionen.¹⁹

¹⁵ Notera att art. 49 EUF är dåvarande art. 43 Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen C-325/33, Europeiska gemenskapernas officiella tidning 24.12.2002.

¹⁶ Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (konsoliderad version) C 115/47, Europeiska unionens officiella tidning, 9.5.2008, Trädde i kraft den 1 januari 2009. Art. 49 st. 1.

¹⁷ Craig Paul and De Búrca Gráinne, “EU LAW, TEXT, CASES AND MATERIALS”, fourth edition, Oxford University Press, © Text, Introductory Materials, Selection and Notes Paul Craig and Gráinne de Búrca, 2008, sid. 797.

¹⁸ Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (konsoliderad version) C 115/47, Europeiska unionens officiella tidning, 9.5.2008, Trädde i kraft den 1 januari 2009. Art. 49 st. 2.

¹⁹ Craig Paul and De Búrca Gráinne, “EU LAW, TEXT, CASES AND MATERIALS”, 2008, sid. 797

2.2 Art. 54 EUF²⁰

Av art. 54 st. 1 EUF följer:

”Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom unionen ska vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.”²¹

Genom artikelns 1:a stycke framgår att bolag ska behandlas på samma sätt som fysiska medborgare av en medlemsstat inom gemenskapen, detta innebär således att bolag även omfattas av art. 49 EUF då de likställs med fysiska medborgare. Det ska dock påpekas att en strikt likabehandling mellan juridiska och fysiska personer inte är möjligt att uppnå, detta eftersom de rent juridiskt behandlas olika.²²

Av art. 54 st. 2 EUF följer:

”Med ”bolag” förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentlighetsrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte.”²³

Av artikelns 2:a stycke ges en generell definition av vad som går in under bolagsbegreppet, i fallet omfattas alla bolag som innefattas i civil- eller handelslagstiftning, detta måste således innebära att begreppet skall tolkas vidsträckt. Även om artikeln till sin ordalydelse utesluter bolag vars syfte inte är att gå med vinst, borde de som bedriver någon form av sådan ekonomisk aktivitet ändå anses omfattas av art. 49 EUF. Detta eftersom artikeln inte återger någon restriktion om att sådana fall inte skulle omfattas av dess ordalydelse.²⁴

²⁰ Notera att art. 54 EUF är dåvarande art. 48 Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen C-325/33, Europeiska gemenskapernas officiella tidning 24.12.2002.

²¹ Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (konsoliderad version) C 115/47, Europeiska unionens officiella tidning, 9.5.2008, Trädde i kraft den 1 januari 2009. Art. 54 st. 1.

²² Craig Paul and De Búrca Gráinne, “EU LAW, TEXT, CASES AND MATERIALS”, sid. 806.

²³ Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (konsoliderad version) C 115/47, Europeiska unionens officiella tidning, 9.5.2008, Trädde i kraft den 1 januari 2009. Art. 54 st. 2.

²⁴ Craig Paul and De Búrca Gráinne, “EU LAW, TEXT, CASES AND MATERIALS”, sid. 806.

2.3 Sammanfattande reflektioner

Artiklarna 49 samt 54 EUF är således de huvudsakliga fördragsartiklarna som reglerar etableringsfriheten inom gemenskapen. De utgör grunden för fysiska som juridiska personers etableringsfrihet och tillstår med restriktioner som i sin tur ska förhindra medlemsstater från att företa olika typer av inskränkningar mot denna frihet. Även ett diskrimineringsförbud stipuleras vilket innebär att alla ska behandlas som om de vore inhemska medborgare oavsett var de väljer att etablera sig.

För bolag och då juridiska personer, som denna framställning riktar sig mot, måste dessa artiklar anses utgöra grunden för den gemenskapsrättsliga etableringsfriheten som garanteras genom fördraget. Hur dessa grundläggande regleringar tolkas och tillämpas i praktiken kommer åskådliggöras i senare delar av denna framställning.

3 Typer av etableringar

3.1 Inledning

Den etableringsfrihet som grundas på art. 49 och 54 EUF omfattar två olika typer av etableringar. Den första typen av dessa etableringsmöjligheter är den primära etableringen, medans den andra typen riktar sig mot en sekundär etablering, vilken är av sekundär natur i förhållande till den primära.²⁵

Det är av stor vikt att särskilja dessa olika etableringsmöjligheter, detta då de i praktiken behandlas mycket olika. Nedan följer en grundligare beskrivning av de olika etableringstyperna, dessa kommer även återknytas till längre fram i framställningen i samband med den mer praktiska sidan av etableringsfriheten.

3.2 Primär etablering

Inom gemenskapen finns det som nämnts olika typer av etableringar som måste särskiljas. Vid en primär etablering så handlar det om att ett bolag skapar en huvudsaklig etablering i någon medlemsstat inom gemenskapen. Mer specifikt innebär en primär etablering huvudsakligen att:

- ett bolag nyetableras inom gemenskapen, eller
- att bolaget förflyttar avskilda verksamheter mellan olika medlemsstater inom gemenskapen.

Denna etableringsform kan även tillämpas om ett bolag skulle överta en redan befintlig verksamhet.²⁶ Vid användningen av begreppet primär etablering kan detta åsyfta både det faktiska, men även det registrerade sätet.²⁷ Denna framställning kommer dock endast beröra primära etableringar där bolagets faktiska säte åsyftas.

²⁵ Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", Juridisk Tidskrift 2003–04:1, sid. 70

²⁶ Sevrinsson Daniel, a. a. sid. 70.

²⁷ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 23, se vidare för klargörande Drury R.R. "Migrating companies", European Law Review 1999:4 sid. 359.

3.3 Sekundär etablering

En annan typ av etablering i förhållande till den primära är den sekundära etableringsmöjligheten. När ett bolag vill etablera en sekundär etablering inom gemenskapen avser bolaget att öppna:

- ”[...]kontor (agentur),
- filial,
- dotterbolag eller
- liknande i en annan medlemsstat.”²⁸

Dessa olika former av sekundära etableringar skiljer sig dock åt. De förstnämnda två kan inte ses som enskilda juridiska personer medan ett dotterbolag agerar fristående från dess moderbolag genom att de enskilt innehar status som juridisk person.²⁹ Sekundära etableringar är således en form av förlängningar från ett bolag i en medlemsstat som använder denna typ av etablering för att nå ut på en större marknad inom gemenskapen.

3.4 Sammanfattande reflektioner

Som konstaterats finns det två typer av etableringsmöjligheter som har sin grund i art. 49 och 54 EUF. Det är å ena sidan den primära etableringsfriheten, denna kan innebära att en nyetablering sker av ett bolag eller att en fristående verksamhet i bolaget förflyttas mellan olika medlemsstater inom gemenskapen.

Den andra etableringsmöjligheten avser den sekundära, denna omfattar bolags rättigheter att genom bl.a. dotterbolag eller filialer utöva bolagets verksamhet i en annan medlemsstat inom gemenskapen.

Det har redan i bakgrunden konstaterats att den sekundära etableringsmöjligheten är fullt harmoniserad inom gemenskapen, den primära har dock medfört en del problematik vilket kommer att diskuteras vidare i kommande delar av denna framställning.

²⁸ Sevrinsson Daniel, ”EG:s etableringsrätt för bolag”, Juridisk Tidskrift 2003–04:1, sid. 70, det måste noteras att de tre förstnämnda etableringsmöjligheterna finns uppräknade i art. 49 EUF.

²⁹ European Commission, Your Europe-Business, ”Opening a branch” (se internetlänk i referenslistan).

4 Principer som inverkar på etableringsfriheten

4.1 Inledning

På samma sätt som fysiska personer anknyts till en medlemsstats lagstiftning genom sin nationalitet, knyts även juridiska personer på liknande sätt. En fråga som uppkommer vid behandlingen av juridiska personer är, vilken anknytningsfaktor som ska ligga till grund för att bestämma ett bolags nationalitet och då även tillämplig lagstiftning.³⁰

När det kommer till att avgöra en juridisk persons nationalitet följer medlemsstaterna inom gemenskapen i dagsläget två skilda läror. Vissa medlemsstater följer den så kallade inkorporationsprincipen medan andra lyder under sätesprincipen.³¹

Dessa principer går i dagsläget hand i hand med den etableringsfrihet som garanteras genom fördraget, detta då principerna lägger grunden för medlemsstaternas syn på gällande etableringsfriheten vilket kommer åskådliggöras vidare genom detta kapitel.

4.2 Inkorporationsprincipen

Principen går även under namnen inregistreringsprincipen samt bildandeteorin.³² Inom EU tillämpas inkorporationsprincipen av bl.a. Sverige, Storbritannien, Norge, Nederländerna, Finland, Irland och Danmark.³³ Principen härstammar från Storbritannien.³⁴

Medlemsstater inom gemenskapen vilka applicerar inkorporationsprincipen ger genom denna, de bolag vilka är registrerade i enlighet med medlemsstatens lagstiftning frihet att etablera sig i andra medlemsstater utan att förlora sin rättsliga status som juridisk person. Detta innebär således för bolagen att de kan förflytta sitt faktiska säte till en annan medlemsstat utan att upphöra som rättssubjekt under den nationella lagstiftning där de är etablerade genom ett registreringsförfarande. Vilket vidare innebär att den nationella lagstiftning under vilken bolaget är inkorporerat fortsätter verka som personalsta-

³⁰ Fors Mathias, "BOLAGENS FRIA RÖRLIGHET, VAD BLIR NÄSTA STEG?", Europarättslig Tidskrift 2002, nr. 2, sid. 262

³¹ Danelius Johan, "Aktiebolagslagen och EG:s bolagsrätt i framtiden", Svensk Juristtidning 2006:10, sid. 921.

³² Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", Juridisk Tidskrift 2003–04:1 sid. 70, not 8.

³³ Werlauff Erik, "EU-Company Law, Common business law of 28 states", uppl. 2, © by DJØF Publishing Copenhagen, sid 4.

³⁴ Skog Rolf, "Kan aktiebolag emigrera?", Balans 1997:8-9, sid. 21.

tut även efter förflyttningen.³⁵ Med begreppet ”[...] ett bolags faktiska säte menas den plats där bolaget har sin centrala ledning och bedriver sin huvudsakliga verksamhet.”³⁶

Grundtanken bakom inkorporationsprincipen är således att ett bolag ska kunna förflytta sitt faktiska säte utan att dess nationalitet påverkas.³⁷ Även om grundtanken med principen är god, ur den synvinkeln att den gynnar etableringsfrihet, för denna dock med sig vissa potentiellt negativa effekter. Detta genom att bl.a. skapandet av så kallade brevlådeföretag gynnas och därigenom kan principen även bidra till utnyttjande av bl.a. skatteparadis.³⁸

4.3 Sätesprincipen

Sätesprincipen tillämpas i dagsläget av bl.a. Luxemburg, Portugal, Tyskland, Italien, Österrike, Grekland, Frankrike, Spanien, Ungern och Belgien.³⁹ Principen härstammar från Frankrike såväl som Tyskland.⁴⁰ Sätesprincipen innebär vid dess tillämpning att ett bolag ska falla under den medlemsstats nationella lagstiftning där dess faktiska säte är etablerat.⁴¹ Se kap. 4.2 för definition av begreppet faktiskt säte.

Till skillnad från inkorporationsprincipen som redovisats för ovan, där ett bolag fritt kan förflytta sitt faktiska säte, ger sätesprincipen en motsats effekt som i regel innebär att en medlemsstat inte tillåter ett bolag att separerar sitt registrerade- och faktiska säte.⁴²

De medlemsstater som idag tillämpar sätesprincipen rättfärdigar detta ställningstagande med att principen hindrar tillkomsten av *the race to the bottom*, det vill säga att dessa medlemsstater inte vill tillåta så kallad *forum shopping*. *Forum shopping* innebär att ett bolag väljer den medlemsstaten som besitter den mest gynnsamma nationella lagstift-

³⁵ Sevrinsson Daniel, ”EG:s etableringsrätt för bolag”, Juridisk Tidskrift 2003–04:1 sid. 72.

³⁶ Sevrinsson Daniel, a. a. sid. 71.

³⁷ Sandström Torsten, ”Svensk Aktiebolagsrätt”, uppl. 2:2, © 2007 författaren och Nordsteds Juridik AB, sid. 30-31.

³⁸ Wymeersch Eddy, ”The Transfer of the Company’s Seat in European Company Law”, ECGI Working Paper Series in Law, Law Working Paper N*. 08/2003 March, sid. 4.

³⁹ Werlauff Erik, ”EU-Company Law, Common business law of 28 states”, sid 5, Sevrinsson Daniel, ”EG:s etableringsrätt för bolag”, Juridisk Tidskrift 2003–04:1 sid. 71 samt C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000.

⁴⁰ Skog Rolf, ”Kan aktiebolag emigrera?”, Balans 1997:8-9, sid. 21.

⁴¹ Sevrinsson Daniel, ”EG:s etableringsrätt för bolag”, Juridisk Tidskrift 2003–04:1 sid. 71.

⁴² Danelius Johan, ”Aktiebolags rörlighet över gränserna”, Svensk Juristtidning 2010:2 sid. 122.

ning att registrera sitt bolag under, medan det faktiska sätet förläggs i en andra medlemsstat.⁴³ Se för praktiskt exempel Centros i kap. 5.1.2.

4.4 Problematik vid tillämpning av principerna

Inkorporations- och sätesprincipen är båda i sin tillämpning avgörande för att bedöma ett bolags nationalitet. Skillnaderna i principerna som har redogjorts för ovan är således konsekvensen av att länderna tillämpar olika anknytningsfaktorer för att avgöra ett bolags nationalitet.⁴⁴

Till följd av att länderna inte tillämpar samma anknytningsfaktor för att avgöra nationalitet på ett bolag uppkommer som följd ett antal problem när ett bolag ska förflytta sitt faktiska säte från en medlemsstat till en annan. Nedan kommer fyra typfall att redogöras för som åskådliggör problematiken som uppstår då principerna kolliderar med varandra.

Typfall 1:

Om ett bolag är etablerat i en stat vilken applicerar inkorporationsprincipen och vill förflytta sitt faktiska säte till en stat som även den applicerar inkorporationsprincipen uppstår vanligen inte några komplikationer. Detta eftersom båda länderna använder samma anknytningsfaktor för att avgöra bolagets nationalitet, vilket innebär att värdstaten inte kommer att begära att bolaget ska lyda under deras lagstiftning. Detta typfall har prövats i praktiken genom målet Daily Mail.⁴⁵ Se kap. 5.1.1 för redogörelse av målet.

Typfall 2:

I fallet är bolaget etablerat i en stat vilken applicerar inkorporationsprincipen men önskar förflytta sitt faktiska säte till en stat som applicerar sätesprincipen. I ett sådant fall uppstår vissa mindre komplikationer, detta till följd av att länderna inte tillämpar samma anknytningsfaktorer.

⁴³ Sandström Torsten, "Svensk Aktiebolagsrätt", sid. 30, not. 4.

⁴⁴ Skog Rolf, "Kan aktiebolag emigrera?", Balans 1997:8-9, sid. 20-21.

⁴⁵ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, Skog Rolf, "Kan aktiebolag emigrera?", Balans 1997:8-9, sid. 21, Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", Juridisk Tidskrift 2003-04:1 sid.73. Samt Fors Mathias, "BOLAGENS FRIA RÖRLIGHET, VAD BLIR NÄSTA STEG?", Europarättslig Tidskrift 2002, nr. 2, sid. 264.

Då inkorporationsprincipen tillåter en förflyttning av sätet med bibehållande av rättslig status enligt den nationella rätten ska en registrering i värdstaten inte komma att krävas. Detta trots att värdstaten är en sätesprincip stat som kräver registrering för att bolaget ska erhålla rättskapacitet inom landet. Vid denna förflyttning uppstår således en konkurrens situation mellan dessa medlemsstaters nationella lagstiftningar. Detta typfall har inte direkt berörts i praktiken, dock har det genom målet *Überseering*⁴⁶ konstaterats att en värdstat är tvungen att erkänna bolaget dess rättsliga status, vilken är garanterad av inkorporeringsstaten.⁴⁷ Se kap. 5.1.3 för redogörelse av målet.

Typfall 3:

Bolaget är i fallet etablerat i en stat vilken applicerar sätesprincipen och vill förflytta sitt faktiska säte till en stat som applicerar samma princip. Om en sådan förflyttning sker kommer inte bolaget längre anses vara en juridisk person i ursprungsstaten, detta eftersom sätesprincipen inte tillåter en separation utav det registrerade- och faktiska sätet vilket tidigare konstaterats. Värdstaten kommer således för att bolaget ska bli en juridisk person kräva registrering. Detta typfall för med sig relativt svåra konsekvenser för bolaget, detta i form av likvidation, då den juridiska personen måste avvecklas och sedan byggas upp på nytt i värdstaten.⁴⁸

Typfallet har relativt nyligen prövats i praktiken genom målet *Cartesio*⁴⁹, där EUD konstaterade att det var inkorporeringsstaten som genom sin nationella rätt beslutar om förflyttning av det faktiska säte får vidtas. Se kap. 5.1.4 för redogörelse av målet.

Typfall 4:

I detta typfall är bolaget etablerat i en stat vilken applicerar sätesprincipen och önskar förflytta sitt faktiska säte till en stat som applicerar inkorporationsprincipen. I detta fall vill varken ursprungsstaten eller värdstaten erkänna bolaget som en juridisk person. Detta då det faktiska sätet har förflyttat från en stat som applicerar sätesprincipen vilket

⁴⁶ C-208/00 *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-09919.

⁴⁷ Skog Rolf, "Kan aktiebolag emigrera?", *Balans* 1997:8-9, sid. 21, Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", *Juridisk Tidskrift* 2003-04:1 sid. 73. Samt Fors Mathias, "BOLAGENS FRIA RÖRLIGHET, VAD BLIR NÄSTA STEG?", *Europarättslig Tidskrift* 2002, nr. 2, sid. 264.

⁴⁸ Skog Rolf, a.a. sid. 21-22, Sevrinsson Daniel, a.a. sid. 73 samt Fors Mathias, a.a. sid. 264.

⁴⁹ C-210/06 *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.* [2008] ECR I-00000.

innebär att bolaget mister sin status som juridisk person samtidigt som inkorporeringsstaten anser att det är ett bolag i enlighet med ursprungsstatens lagstiftning. I fallet uppstår således en typ av vakuum då bolaget inte anses ha hemvist i någon av staterna och omfattas således inte av någon nationell lagstiftning.⁵⁰

Detta typfall har inte prövats i praktiken men ledning borde kunna tas från typfall 3, då även detta typfall gäller förflyttning från en medlemsstat som tillämpar sätesprincipen.

Med beaktande av de ovan åskådliggjorda typfallen kan det konstateras att den grundläggande etableringsfriheten som erkänns genom fördraget endast kan utnyttjas i en begränsad utsträckning.⁵¹

4.5 Sammanfattande reflektioner

Det finns i dagsläget således två skilda läror som medlemsstaterna följer vad gäller bestämmandet av ett bolags nationalitet. Den ena läran är inkorporationsprincipen och den andra är sätesprincipen. Den förstnämnda principen bedömer sin anknytningsfaktor efter var bolaget är inkorporerat, medans den sistnämnda gör det på grundval av var det faktiska sätet är beläget.

De medlemsstater som tillämpar inkorporationsprincipen tillåter en förflyttning av det faktiska sätet med bibehållande av rättslig status, vilket innebär att bolagen bereds med rättigheten att förflytta sig inom gemenskapen utan att detta påverkar dess nationalitet. Övriga medlemsstater som tillämpar sätesprincipen tillåter inte en separation av det registrerade- och faktiska säte. Skulle en sådan separation ske vid exempelvis en förflyttning av bolagets faktiska säte kommer således bolaget att förlora sin rättsliga status.

Utifrån typfallen kan det konstateras att beroende på hur principerna krockar med varandra så avgörs även den problematik som föreligger på etableringsfrihetens område. Den mest påträngande problematiken som måste anses föreligga är att etableringsfriheten endast kan nyttjas i begränsad utsträckning. De nämnda målen och problematiken med den begränsade etableringsfriheten kommer vidare beröras under kap. 5.

⁵⁰ Skog Rolf, "Kan aktiebolag emigrera?", *Balans* 1997:8-9, sid. 22, Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", *Juridisk Tidskrift* 2003-04:1 sid. 73. Samt Fors Mathias, "BOLAGENS FRIA RÖRLIGHET, VAD BLIR NÄSTA STEG?", *Europarättslig Tidskrift* 2002, nr. 2, sid. 264.

⁵¹ Fors Mathias, "BOLAGENS FRIA RÖRLIGHET, VAD BLIR NÄSTA STEG?", *Europarättslig Tidskrift* 2002, nr. 2, sid. 264-265.

5 Etableringsfrihet: praxis och problematik

5.1 Inledning

Det är EUD som genom art. 19 FEU ”[...] ska säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördragen.”⁵² Således har praxis från EUD på etableringsfrihetens område en stor betydelse, detta eftersom den ger ledning om hur artiklarna skall tolkas och tillämpas i praktiken.

Nedan kommer att flertal viktiga mål rörande etableringsfriheten att presenteras, dessa är av avgörande vikt för att förstå art. 49 och 54 EUF:s omfattning och tillämplighet i praktiken. Målen är även av vikt för att förstå den problematik som föreligger på området som kommer att presenteras senare i denna framställning.

5.1.1 C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.⁵³

Bakgrund:

Twisten i målet föreligger mellan parterna Daily Mail och H.M. Treasury. Tvisten rör Daily Mails anhållan om att det inte ska anses finnas någon förpliktelse att ansöka och beviljas tillstånd för förflyttning av bolagets säte från Storbritannien till Nederländerna, detta i enlighet med brittisk skattelagstiftning.⁵⁴

Storbritannien tillämpar i sin bolagsstiftning inkorporationsprincipen vilket innebär att en förflyttning av det faktiska sätet med bibehållande av rättskraft tillstås. I enlighet med skattelagstiftningen i Storbritannien bestäms beskattning av ett bolag i enlighet med dess skatterättsliga hemvist, med detta avses platsen för bolagets faktiska säte.⁵⁵

⁵² Art. 19.1 FEU, Fördraget om Europeiska Unionen C 115/13, Europeiska unionens officiella tidning, 9.5.2008, trädde i kraft 1 januari 2009.

⁵³ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483.

⁵⁴ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 2.

⁵⁵ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 3-4.

Anledningen till Daily Mails vilja att förflytta dess faktiska säte beror till synes på den förmånligare skattelagstiftningen som återfinns i Nederländerna.⁵⁶

Frågan som ställs till EUD är om art. 49 samt 54 EUF tillåter att en medlemsstat sätter upp krav om tillstånd för att ett bolag ska kunna förflytta sitt faktiska säte med bibehållande av rättslig status.⁵⁷

EUD:s Domskäl:

EUD inleder med att påpeka ”[...] att etableringsfriheten är en av gemenskapens grundläggande principer och att bestämmelserna i fördraget som garanterar denna frihet har direkt effekt sedan övergångsperiodens utgång”⁵⁸, denna borde således även omfatta bolag.⁵⁹

Vidare finner EUD att bolag endast existerar i enlighet med den nationella lagstiftning under vilken registrering har skett. Inom gemenskapen skiljer sig den anknytningsfaktor som krävs för bolagets existens vitt, detta genom att länderna antingen tillämpar inkorporations- eller sätesprincipen för att definiera sitt anknytningskrav. Storbritannien tillämpar som ovan konstaterat inkorporationsprincipen, dock med tillägg av restriktioner.⁶⁰

EUD poängterar att den problematik som har uppstått genom fördraget, till följd av medlemsstaternas skilda nationella lagstiftningar måste lösas genom harmoniserande lagstiftning. EUD finner slutligen med bakgrund i målet att art. 49 samt 54 EUF inte i sig bereder bolagen med rättigheten att förflytta dess faktiska säte, vilket vidare innebär att restriktionen inte står i strid med fördragsbestämmelserna.⁶¹

⁵⁶ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 7.

⁵⁷ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 9.

⁵⁸ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 15.

⁵⁹ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 15.

⁶⁰ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 19-20.

⁶¹ C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 23-25.

5.1.2 C- 212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen⁶²

Bakgrund:

Detta mål rör en tvist som uppkommit till följd av att en registrering av en filial belägen i medlemsstaten Danmark, under ett brittiskt moderbolag, har avvisats. Tvisten föreligger mellan Centros som är ägt av två danska medborgare och Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Bolaget Centros är registrerat enligt brittisk lagstiftning, men utför ingen verksamhet i inkorporeringsstaten.⁶³

Som grund för avvisningen hävdar Erhvervs- og Selskabsstyrelsen att bildandet av bolaget i Storbritannien endast beror på att paret har velat undvika Danmarks bestämmelser om aktiekapital som förfaller vara hårdare, då de danska reglerna krävde högre insättning av kapital, än de som föreligger i Storbritannien. Detta för att bl.a. ge skydd åt offentliga borgenärer, men även andra i liknande ställning. Frågan till EUD är således om avvisningen kan anses förenlig med de gällande fördragsbestämmelserna art. 49 samt 54 EUF.⁶⁴

EUD:s Domskäl:

EUD konstaterar i liket med målet Segers att den omständighet, att paret bildat ett bolag i enlighet med en medlemsstats nationella lagstiftning och sedan vill etablera en filial inom gemenskapen ska anses ligga inom ramen för gemenskapsrätten. Det ska inte anses vara av vikt i vilken av dessa två medlemsstater själva verksamheten bedrivs.⁶⁵

EUD hävdar vidare att det faktum att medborgare inom gemenskapen väljer den medlemsstat där den förmånligaste bolagsstiftning återfinns för att skapa sitt bolag under, och sedan upprättar förlängningar i form av filialer inte kan ses som ett felaktigt utnyttjande av etableringsrätten som följer av fördraget. Friheten att skapa bolag och tillkommande filialer ligger enligt EUD inom fördragets ramar för etableringsfriheten.⁶⁶

⁶² C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1495.

⁶³ C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1495, p. 2-3.

⁶⁴ C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1495, p. 3 och 12-14.

⁶⁵ C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1495, p. 17. Se även C-79/85 D.H.M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Banken Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen [1986] ECR 2375 p. 16.

⁶⁶ C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1495, p. 26-27.

Slutligen konstaterar EUD i fallet, att art. 49 samt 54 EUF ”[...] utgör hinder mot att en medlemsstat nekar registrering av en filial till ett bolag som har bildats i överrensstämmelse med lagstiftningen i en annan medlemsstat”.⁶⁷ Det kan således konstateras att EUD inte finner det tillräckligt att neka registrering av en filial till följd av att paret i fallet valt den mest gynnsamma nationella lagstiftning att bilda sitt bolag under utan att bedriva någon faktisk verksamhet i inkorporeringsstaten.⁶⁸

5.1.3 C- 208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)⁶⁹

Bakgrund:

Twisten i målet föreligger mellan det nederländska bolaget Überseering och det tyska bolaget NCC, angående ett skadeståndsanspråk.⁷⁰

I fallet uppkom problem då tysk bolagsstiftning inte medgav det nederländska bolaget ”[...] rättskapacitet - vilket definieras som förmågan att ha rättigheter och skyldigheter – partsbehörighet”⁷¹, då det inte var bildat i enlighet med tysk lagstiftning. Detta som en konsekvens av att Tyskland i sin bolagsrätt tillämpar sätesprincipen, vilket innebär att ”[...] ett bolags rättskapacitet [skall] bedömas i enlighet med den rättsordning som är tillämplig på den plats där det har sitt faktiska säte”.⁷²

Den tyska domstolen Bundesgerichtshof ställer därmed frågan till EUD om art. 49 samt 54 EUF anses vara ett hinder från att ett bolags partsbehörighet samt rättskapacitet avgörs i enlighet med den nationella lagstiftning som gäller i värdstaten, det vill säga den medlemsstaten där bolaget etablerat dess faktiska säte. Om så är fallet, ska partsbehörighet samt rättskapacitet avgöras i enlighet med den nationella lagstiftning som gäller i

⁶⁷ C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1495, p. 39.

⁶⁸ C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1495, p. 39.

⁶⁹ C-208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) [2002] ECR I-9919.

⁷⁰ C-208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) [2002] ECR I-9919, p. 2.

⁷¹ C-208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) [2002] ECR I-9919, p. 3 (citat), 5 & 9.

⁷² C-208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) [2002] ECR I-9919, p. 4 (citat), 5 & 9.

inkorporeringsstaten, det vill säga den stat där bolaget i det aktuella fallet är rättsenligen bildat.⁷³

EUD:s Domskäl:

EUD hävdar till en början med grund i målet Daily Mail att ett bolags existens bestäms i enlighet med den medlemsstatens nationella lagstiftning som under vilken bolaget bildats. Vidare finner domstolen i det berörda målet, att det är på grundval av den medlemsstats nationella lagstiftning i vilket bolaget har bildats som bestämmer huruvida bolaget behåller sin rättsliga status som juridisk person vid förflyttning av det faktiska sätet samt begränsningar i denna rättighet.⁷⁴

Vidare prövar EUD i det aktuella fallet om underlåtenheten att inte medge det nederländska bolaget partsbehörighet samt rättskapacitet ska anses begränsande i förhållande till den gemenskrätsliga etableringsfriheten. Enligt den tyska lagstiftningen krävs för att erhålla dessa rättigheter ett ombildande i Tyskland.⁷⁵ EUD konstaterar att den tyska lagstiftningens krav på ett ombildande ska anses oförenlig med etableringsfriheten. Detta på grundval av att bolag ”[...] endast existerar i kraft av den nationell lagstiftning genom vilken bildandet av detsamma och dess funktion regleras”.⁷⁶

Slutsatsen av EUD är således att art. 49 samt 54 EUF utgör en restriktion mot att inte erkänna bolag som juridiska personer, samt att tillkännage dem dess tillhörande rättigheter. Detta innebär att en värdstat inte kan frånta ett bolag de rättigheter som erhållits i inkorporeringsstaten.⁷⁷

⁷³ C-208/00 *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-9919, p. 21.

⁷⁴ C-208/00 *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-9919, p. 67-70. Se även C-81/87 *The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.* [1988] ECR 5483, p. 19-20.

⁷⁵ C-208/00 *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-9919, p. 78-79.

⁷⁶ C-208/00 *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-9919, p. 81. Se även C-81/87 *The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.* [1988] ECR 5483, p. 19.

⁷⁷ C-208/00 *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-9919, p. 94-95.

5.1.4 C- 210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.⁷⁸

Bakgrund:

Detta mål rör en tvist mellan bolaget Cartesio, vilket är beläget i Ungern, och medlemsstaten Ungern, med grund i att Cartesio's ansökan om förflyttning av dess faktiska säte till medlemsstaten Italien har avslagits.⁷⁹ Ungern avslog ansökan "[...] med motiveringen att gällande rätt i Ungern inte tillåter att ett bolag som bildats i Ungern flyttar sitt säte till utlandet och samtidigt fortsätter att ha ungersk lag som personalstatut."⁸⁰

Cartesio hävdar i målet att den ungerska lagstiftningen står i strid med fördragsartiklarna 49 samt 54 EUF, då skillnad görs mellan bolag på grundval av vilken medlemsstat inom gemenskapen dess säte är beläget i.⁸¹

Följande frågor hänvisas i fallet till EUD; om frågan rörande bolags förflyttningsrätt omfattas "[...] av gemenskapsrätten eller ska, i avsaknad av harmonisering, bestämmelserna i nationell rätt uteslutande tillämpas?"⁸² Kan en ansökan rörande förflyttning göras med grund i gemenskapsrättens bestämmelser? Är det oförenligt med art. 49 samt 54 EUF att bolag inte behandlas lika vad gäller dess rättigheter i förhållande till vilken medlemsstat dess säte är etablerat i? Är det oförenligt med artiklarna i fråga att inte tillåta ett bolag förflyttning av dess säte inom gemenskapen?⁸³

EUD:s Domskäl:

EUD konstaterar till en början, i linje med målet Daily Mail, att bolagets existens är beroende av den nationella lagstiftning under vilken den är registrerad.⁸⁴ Vidare finner EUD "[...] att medlemsstaternas lagstiftningar skiljer sig åt väsentligt 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

⁷⁸ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000.

⁷⁹ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 2.

⁸⁰ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 24.

⁸¹ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 26.

⁸² C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 40, 4) (a).

⁸³ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 40, 4) (b)-(d).

⁸⁴ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 104. Se även C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 19.

att senare ändra denna anknytning”⁸⁵, anknytningen skiljer sig således åt beroende på om medlemsstaten tillämpar sätes- eller inkorporationsprincipen.⁸⁶

Vidare finner EUD i det aktuella fallet, att då ingen harmonisering har uppnåtts inom gemenskapsrätten för vilken anknytningsfaktor som ska vara gällande måste medlemsstaterna anses ha suveränitet på detta område.⁸⁷ Detta innebär att ”[-e]n medlemsstat har alltså befogenhet att definiera såväl den anknytning som krävs för att ett bolag ska anses ha bildats enligt dess nationella rätt och för att det i denna egenskap ska kunna omfattas av etableringsrätten, som den anknytning som krävs för bibehållande av denna status i ett senare skede.”⁸⁸ Till följd av denna suveränitet har således även medlemsstaterna rätt att inte erkänna ett bolag sin rättsliga status under den nationella lagstiftningen om bolaget skulle avbryta anknytningen vilken krävs enligt denna.⁸⁹

EUD:s slutsats är således att art. 49 samt 54 EUF inte hindrar en medlemsstats lagstiftning från att i sin tur vägra bibehållande av rättslig status vid förflyttning av ett bolags faktiska säte inom gemenskapen.⁹⁰

5.1.5 Sammanfattande kommentarer kring målen

De ovan redogjorda målen är de som klarast redovisar för hur det gällande rättsläget ser ut på etableringsfrihetens område idag. Genom målen Daily Mail och Überseering har det konstateras att det alltid är inkorporeringsstaten som avgör ett bolags existens, vidare konstaterar EUD i det senare målet att bolagets rättsliga existens inte får fräntas av värdstaten utan att rättigheter som garanteras av inkorporeringsstaten ska kvarstå även vid förflyttning.

Som följd av att det är inkorporeringsstaten som bereder bolaget med dess rättsliga existens fann EUD i senaste målet Cartesio att denna rättighet även omfattade rättigheten

⁸⁵ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 105.

⁸⁶ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 105. Se även C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483, p. 20.

⁸⁷ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 109.

⁸⁸ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 110.

⁸⁹ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 109-110.

⁹⁰ C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 124.

att vägra ett bolag rättslig status om en separation sker av det registrerade- och faktiska säte, vilket är i linje med sätesprincipen.

Ett viktigt konstaterande gjordes även i Centros-målet, i vilket EUD fann att bolag har rätt att uppsöka den förmånligaste nationella lagstiftning att inkorporera sitt bolag under och från denna skapa förlängningar, i fallet i form av en filial.

Genom EUD:s konstaterande i dessa mål har viss problematik uppstått rörande etableringsfriheten och dess tillämplighet, denna problematik kommer att redogöras för nedan.

5.2 Problematiken som byggs upp genom EUD:s praxis

5.2.1 Inkorporations- och sätesprincipen

Det första fallet som är av vikt för etableringsfriheten är Daily Mail. Som ovan redogjort för rör fallet förflyttning av det faktiska sätet från och till en stat som tillämpar inkorporationsprincipen.

EUD gör i fallet ett viktigt konstaterande då de finner att ett bolag endast existerar i enlighet med den medlemsstats nationella lagstiftning under vilken bolaget är registrerat. Enligt bl.a. Joakim Sarfati är EUD:s yttrande ett klart tecken på att sätesprincipen vid denna tidpunkt måste anses gemenskapsrättsligt accepterad.⁹¹

Det konstateras vidare i Daily Mail att inkorporationsprincipen kan var behäftad med restriktioner av olika slag. I fallet uttryckte sig denna restriktion genom ett krav på tillstånd för att förflytta bolagets faktiska säte med bibehållande av rättslig status till en annan medlemsstat. Det måste ändå anses, trots restriktionsmöjligheten, att förflyttningen i fallet inte ger upphov till några större komplikationer som skulle kunna anses hindrande för den etableringsfrihet som garanteras av gemenskapsrätten.⁹²

Nästa mål som redovisats för ovan och som lämnat ett märke inom etableringsfriheten är Centros. EUD fann i målet att medborgare inom gemenskapen innehar friheten att välja den, enligt dem, förmånligaste lagstiftning att registrera sitt bolag under. Denna

⁹¹ Sarfati Joakim, "NÅGOT OM FALLET CARTESIO OCH DESS INVERKAN PÅ DEN FRIA RÖRLIGHETEN FÖR JURIDISK PERSONER", Europarättslig Tidskrift 2009:4, sid. 718.

⁹² Danelius Johan, "Aktiebolags rörlighet över gränserna", Svensk juristtidning 2010:2, sid. 127.

frihet inkluderade enligt EUD även att utföra hela sin verksamhet genom en filial i en annan medlemsstat inom gemenskapen, då denna frihet omfattas av fördraget.

Även om EUD i Centros behandlar ett mål gällande en subsidiär etablering, i fallet en filial, uppkommer frågan om inte primära etableringar måste behandlas likvärdigt. Ett flertal rättsvetare däribland Marcus Lutter, har alla behandlat frågan och lutar åt samma svar, att Centros-domen borde nått samma resultat eller i varje fall behandlats på likvärdigt sätt, om frågan hade gällt en primär etablering.⁹³

Oavsett om en primär eller sekundär etablering företas inom gemenskapen bereds således medborgarna med ett flertal alternativ, bl.a. vad gäller tillgängliga bolagsformer, som kan ses ungefär som ett smörgåsbord enligt Michael Bogdan. Detta som en följd av att EUD genom Centros-domen tillåter medborgarna att välja den medlemsstats nationella lagstiftning som passar dem bäst.⁹⁴

Ett flertal rättsvetare däribland Mathias Fors tog efter Centros-domen ställningstagandet, att EUD i sitt avgörande tog ett avsteg från sätesprincipen till fördel för tillämpningen av inkorporationsprincipen.⁹⁵ Detta med grund i bl.a. att EUD i fallet dömde mot begränsningar som var avsedda att hindra bolag från att ägna sig åt *forum shopping*.⁹⁶

Genom målet Centros har det således konstaterats att det inom gemenskapen råder valfrihet över vilken medlemsstats nationella lagstiftning som en medborgare får registrera sitt bolag under. EUD:s domslut i bl.a. Centros ger således upphov till en form av regelkonkurrens mellan medlemsstaterna inom gemenskapen, detta i förhållande till vilken medlemsstat som besitter den mest gynnsamma lagstiftningen.⁹⁷

⁹³ Lutter Marcus, "THE CROSS-BORDER TRANSFER OF A COMPANY'S SEAT IN EUROPE", Europarättslig Tidskrift 2000:1, sid. 70, se vidare för liknande resonemang, Fors Mathias, "BOLAGENS FRIA RÖRLIGHET, VAD BLIR NÄSTA STEG?", Europarättslig Tidskrift 2002, nr. 2, sid. 275-276.

⁹⁴ Bogdan Michael, "Rätt att välja bland nationella bolagsformer inom EU", Ny Juridik 1:04, sid. 11 samt C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1495, p. 27.

⁹⁵ Fors Mathias, "BOLAGENS FRIA RÖRLIGHET, VAD BLIR NÄSTA STEG?", Europarättslig Tidskrift 2002, nr. 2, sid. 275, se vidare för liknande resonemang Danelius Johan, "Aktiebolagslagen och EG:s bolagsrätt i framtiden", Svensk Juristtidning 2006:10, sid. 921, samt Wymeersch Eddy, "Centros: A landmark decision in European Company law", Financial Law Institute Working Paper Series, WP 1999-15, sid. 14.

⁹⁶ Danelius Johan, "Aktiebolagslagen och EG:s bolagsrätt i framtiden", Svensk Juristtidning 2006:10, sid. 921-922.

⁹⁷ Dotevall Rolf, "Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer", Svensk Juristtidning, 2006:10, sid. 887.

Vidare gör EUD i det ovannämnda målet *Überseering* ett konstaterande som är avgörande för bolagens etableringsfrihet inom gemenskapen. I fallet erkände inte Tyskland det nederländska bolaget varken dess rättskapacitet eller partsbehörighet, detta eftersom bolaget inte ansågs vara en juridisk person under den tyska lagstiftningen. För vidare diskussion måste det klargöras att Nederländerna är en stat som tillämpar inkorporationsprincipen (kap. 4.2) medan Tyskland tillämpar en strikt sätesprincip (kap. 4.3).

I målet *Überseering* konstaterades att värdstaten måste erkänna en juridisk person rättslig status då denna status har erhållits i inkorporeringsstaten. EUD konstaterade vidare att ett krav på ombildning i värdstaten måste anses stå i strid med den gemenskapsrättsliga etableringsfriheten.

Tyngdpunkten i målet måste anses "[...] vara att en medlemsstat inte kan begränsa etableringsfriheten för ett bolag bildat i en annan medlemsstat genom att med hjälp av sina internationellt privaträttsliga regler underkänna bolagets existens."⁹⁸

I likhet med rättsvetarnas kommentarer kring *Centros*-domen finner ett flertal rättsvetare däribland Johan Danelius, att *Überseering*-domen stärker argumenten för att EUD tar avsteg från sätesprincipen. Detta genom att de i likhet med *Centros*-domen dömer emot uppställda restriktioner som i detta fall är förenade med tillämpningen av sätesprincipen, i fallet genom att erkänna en juridisk person rättslig status som den enligt sätesprincipen annars inte skulle erkänts.⁹⁹

En mycket viktig slutsats att dra av fallet är, att så länge ett bolag besitter erkänd rättslig status genom en medlemsstat som tillämpar inkorporationsprincipen måste värdstaten acceptera bolagets existens och därmed given rättslig status, oavsett tillämplig princip.¹⁰⁰ Det är således den nationella lagstiftning vilken lyder i inkorporeringsstaten som kommer tilldelas företrädesrätt för att skydda bolagets rättsliga status vid en eventuell förflyttning.¹⁰¹

⁹⁸ Bogdan Michael, "Rätt att välja bland nationella bolagsformer inom EU", *Ny Juridik* 1:04, sid. 14.

⁹⁹ Danelius Johan, "Aktiebolagslagen och EG:s bolagsrätt i framtiden", *Svensk Juristtidning* 2006:10, sid. 921-922.

¹⁰⁰ Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", *Juridisk Tidskrift* 2003-04:1, sid 84.

¹⁰¹ Danelius Johan, "Aktiebolags rörlighet över gränserna", *Svensk juristtidning* 2010:2, sid. 127.

I EUD:s senaste avgörande *Cartesio* prövades frågan om huruvida Ungern som tillämpar sätesprincipen, i sin nationella lagstiftning, innehavde rättigheten att hindra ett bolag från att förflytta sitt faktiska säte med bibehållande av rättslig status.

EUD konstaterade till en början i likhet med målen *Daily Mail* och *Überseering* att bolag endast existerar genom den nationella lagstiftning under vilken registrering har skett. Detta innebär vidare att det även är denna som bestämmer huruvida bolagets rättsliga status kan bibehållas vid förflyttning av det faktiska sätet.¹⁰²

Cartesio-domen följer de tidigare avgörandena genom att EUD indirekt fastslår att det alltid är inkorporeringsstaten som avgör huruvida bolagets rättsliga status ska kvarstå vid en eventuell förflyttning, detta oavsett om medlemsstaten i fråga applicerar inkorporations- eller sätesprincipen. Det första fallet åskådliggjordes genom *Daily Mail* och det senare genom *Cartesio*. Utöver detta fastställs även att inkorporeringsstatens restriktioner rörande förflyttning av ett bolags faktiska säte kan utgöras av två olika karaktärer, antingen offentligrättslig eller bolagsrättslig. Den förstnämnda restriktionsmöjligheten visades genom *Daily Mail* och den senare genom *Cartesio*.¹⁰³

EUD:s konstaterande i *Cartesio*-domen för således med sig komplikationer för de bolag som vill förflytta sitt faktiska säte från en medlemsstat som tillämpar sätesprincipen, då principen i fråga inte tillåter att ett bolag separerar dess registrerade- och faktiska säte (kap. 4.3).

Det måste således konstateras utifrån det ovan nämnda att det i dagsläget inte finns någon möjlighet för bolag som är etablerade i medlemsstater som tillämpar sätesprincipen att förflytta sitt faktiska säte inom gemenskapen med bibehållande av rättslig status.

För de fall då ett bolag ändå är i behov av att genomföra en sådan förflyttning finns det bara en väg att gå. I målet *Cartesio* framställde den ungerska domstolen att det i fallet krävdes en avveckling av bolaget i Ungern och att bolaget sedan nyetablerade sig i den medlemsstat dit bolaget ville förflytta sitt faktiska säte.¹⁰⁴

¹⁰² Danelius Johan, a. a. sid. 127-128.

¹⁰³ Danelius Johan, a. a. sid. 127-129, se vidare för liknande kommentarer kring *Cartesio*-domen, Sarfati Joakim, "NÅGOT OM FALLET CARTESIO OCH DESS INVERKAN PÅ DEN FRIA RÖRLIGHETEN FÖR JURIDISK PERSONER", *Europarättslig Tidskrift* 2009:4, sid. 721.

¹⁰⁴ C-210/06 *CARTESIO* Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 102-103.

Även om detta uttalande är direkt riktat mot de bolag som är etablerade i Ungern måste enligt mig ändå en parallell kunna dras till andra bolag som är registrerade i medlemsstater som tillämpar samma princip, det vill säga sätesprincipen. Detta skulle således innebära att det inom gemenskapen finns ett antal bolag som inte kan tillgodogöra sig den primära etableringsfriheten. Vilket i sig också innebär att för att kunna förflytta bolagets säte måste en avvecklingsprocess inledas i inkorporeringsstaten, samtidigt som bolaget startas upp i en annan medlemsstat.

I samband med både Centros- och Überseering-domen framställde, som ovan nämnt, flertalet rättsvetare argument för att EUD tog avsteg från sätesprincipen. Genom Cartesio-domen har detta motbevisats. Johan Danelius framförde nyligen i en artikel, att även om EUD i målet förklarade sätesprincipen förenlig med gemenskapsrätten måste det ändå påpekas att det i det stora hela är inkorporationsprincipen vilken i äldre praxis klarat sig bäst.¹⁰⁵

Sammantaget kan vi genom praxis se att den problematik som finns idag, att bolag etablerade i medlemsstater som tillämpar sätesprincipen inte erkänns primär etableringsfrihet, har byggts upp genom ett flertal domar från EUD. Det är dock först i Cartesio som EUD faktiskt tar ett direkt ställningstagande till att sätesprincipen och dess begränsningar är förenliga med gemenskapsrätten.

Ett annat problem som uppkommit parallellt genom praxis är som ovan nämnt regelkonkurrensen och den där tillkomna möjligheten till *forum shopping* som utvecklades framförallt genom Centros-domen. Efter Cartesio-domen finns det enligt mig även anledning till oro att denna kommer att öka, framförallt som en följd av konstaterandet att bolag under nationella lagstiftningar som tillämpar sätesprincipen inte erkänns full etableringsfrihet. Efter Cartesio-domen skulle potentiellt en utveckling komma att ske som innebär, att bolag som ska nyetableras inom gemenskapen kommer att utnyttja *forum shopping* för att tillgodogöra sig den primära etableringsfriheten. Detta genom att bruka de medlemsstaters lagstiftningar vilka vilar på inkorporationsprincipen.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Danelius Johan, "Aktiebolags rörlighet över gränserna", Svensk Juristtidning 2010:2, sid. 125, samt C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgálató bt. [2008] ECR I-00000, p. 109-110 i vilken det klargörs att medlemsstaterna har suveränitet på det aktuella området.

¹⁰⁶ Se för liknande resonemang men grundat på den tidigare Überseering-domen, se Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", Juridisk Tidskrift 2003-04:1 sid. 85.

5.2.2 Ger *forum shopping* upphov till en *Delaware-effekt* inom EU?

Som ovan konstaterats har bl.a. Centros-domen och i viss mån även Überseering-domen givet upphov till regelkonkurrens inom gemenskapen. Detta som en följd att medborgare inom gemenskapen sedan Centros-domen tilldelats friheten att uppsöka den medlemsstats nationella lagstiftning som de anser förmånligast. Regelkonkurrensen rör således frågan om vilken medlemsstat som kan erbjuda den förmånligaste lagstiftningen när det kommer till etableringar av bolag inom gemenskapen.¹⁰⁷

De medlemsstater som idag applicerar sätesprincipen inom gemenskapen, i sin nationella bolagsstiftning, är de som i dagsläget motverkar regelkonkurrensen och dess potentiella följdkonsekvenser.¹⁰⁸ Syftet med principen är att *forum shopping* efter förmånligaste nationella lagstiftning, vilket innebär att bolaget registrerar sig i en medlemsstat men förlägger det faktiska sätet i en annan, inte ska tillåtas.¹⁰⁹ Det måste dock konstateras att EUD genom Überseering-domen motverkar syftet med denna princip, då det förklarades i målet att en medlemsstat vilken agerar värdstat inte får neka ett bolag dess rättsliga status, vilken erhållits i inkorporeringsstaten.¹¹⁰ Därigenom bidrar således Überseering-domen till att regelkonkurrensen växer ytterligare.

En liknande situation som inkorporationsprincipen givet upphov till inom gemenskapen, kan även sedan en längre tid tillbaka ses inom USA.¹¹¹ Detta genom den så kallade *Delaware-effekten*.¹¹² Vad effekten är och hur denna har uppkommit är således en viktig fråga för att se om samma effekt kan skönjas inom EU.

Bakgrunden till *Delaware-effektens* utveckling är den att det i USA inte finns någon harmoniserad bolagsstiftning, det federala regelverk som finns på bolagsrättens område

¹⁰⁷ Dotevall Rolf, ”Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer”, Svensk Juristtidning, 2006:10, sid. 887.

¹⁰⁸ Sevrinsson Daniel, ”EG:s etableringsrätt för bolag”, Juridisk Tidskrift 2003–04:1 sid. 85.

¹⁰⁹ Sandström Torsten, ”Svensk Aktiebolagsrätt”, sid. 30 samt not. 4 samma sida.

¹¹⁰ Sevrinsson Daniel, ”EG:s etableringsrätt för bolag”, Juridisk Tidskrift 2003–04:1 sid. 84.

¹¹¹ Dotevall Rolf, ”Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer”, Svensk Juristtidning, 2006:10, sid. 886.

¹¹² Sevrinsson Daniel, ”EG:s etableringsrätt för bolag”, Juridisk Tidskrift 2003–04:1 sid. 85, samt Vetenskapsrådet, ”EU:s och USA:s bolagsrätt skiljer sig åt: Bolag flyttar till attraktiva lagstiftningar”, Intervju med Jan Andersson (Internetlänk till artikeln återfinns i referenslistan).

ligger i bakgrunden i förhållande till delstaternas egen lagstiftningsförmåga när det gäller bolagsstiftning.¹¹³

I delstaten Delaware återfinns den mest attraktiva och således viktigaste bolagsstiftningen inom USA. Detta genom bl.a. sina bolagsregler och den special inrättade domstolen vilken är specialiserad på bolagsrättsliga frågor. I delstaten Delaware, är som en följd av detta, ca 50 % av USA:s större bolag inkorporerade här.¹¹⁴

Till följd av att alla delstater inom USA byggt sin bolagsstiftning på inkorporationsprincipen uppstod framförallt med grund i Delawares moderna och därmed attraktiv bolagsstiftningen, vilket den ansågs vara redan 1915, en form av regelkonkurrens.¹¹⁵ En harmonisering av denna lagstiftning har dock skett i USA "[...] med utgångspunkt i två paragrafsamlingar: dels delstaten Delawares bolagsrätt, dels "The Model Business Corporation Act"- ett slags rekommendation till lagstiftning".¹¹⁶ Jan Andersson menar på, att harmoniseringen inom USA har ägt rum till följd av att delstaterna finner det väsentligt att besitta en god bolagsrätt, därför har regelkonkurrensen bidragit till att delstaterna frivilligt sett över deras regelverk med vägledning i bl.a. Delawares lagstiftning.¹¹⁷

Frågor som är av avgörande vikt är om en effekt likande *Delaware-effekten* kan komma att uppstå inom gemenskapen, eller om den redan uppstått och i så fall om denna kommer att leda till samma harmonisering som utvecklats i USA?

Ett flertal rättsvetare däribland Johan Danelius finner att en sådan effekt, mer eller mindre, nu kan skönjas inom Europa. Detta genom att bolag inom gemenskapen uppsö-

¹¹³ Vetenskapsrådet, "EU:s och USA:s bolagsrätt skiljer sig åt: Bolag flyttar till attraktiva lagstiftningar", Intervju med Jan Andersson (Internetlänk till artikeln återfinns i referenslistan).

¹¹⁴ Daines Robert, "Does Delaware Law improve firm value?", Journal of Financial Economics 62 (2001), sid. 526.

¹¹⁵ Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", Juridisk Tidskrift 2003–04:1 sid. 85-86 samt Cary. L William, "Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware", The Yale Law Journal, volume 83, Number 4, March 1974, sid. 664-665, replik på artikeln Winter, Ralph K. JR, "STATE LAW, SHAREHOLDER PROTECTION, AND THE THEORY OF CORPORATION", The Journal of legal studies 251 (1977), sid. 251 ff.

¹¹⁶ Vetenskapsrådet, "EU:s och USA:s bolagsrätt skiljer sig åt: Bolag flyttar till attraktiva lagstiftningar", Intervju med Jan Andersson, citatet återfinns i st. 5, (Internetlänk till artikeln återfinns i referenslistan).

¹¹⁷ Vetenskapsrådet, "EU:s och USA:s bolagsrätt skiljer sig åt: Bolag flyttar till attraktiva lagstiftningar", Intervju med Jan Andersson (Internetlänk till artikeln återfinns i referenslistan).

ker den medlemsstat vilken besitter den gynnsammaste lagstiftningen att etablera sig under, vilket i sin tur skapar en form av konkurrenssituation på den inre marknaden.¹¹⁸

En fråga som måste försöka besvaras är om regelkonkurrensen inom gemenskapen skulle kunna komma att leda till ett *race to the bottom* eller *race to the top*. Det förstnämnda syftar till att regelkonkurrensen kan skapa sådana bolagsstiftningar som mer eller mindre utvattnas på grundläggande krav för att göras mer attraktiva för näringsidkare. En sådan urvattning av regelsystemen skulle kunna nå en brytpunkt för vad som måste anses acceptabelt. Om detta skulle bli en konsekvens som visar sig inom gemenskapen skulle det nedåtgående mönstret kunna förhindras/brytas genom införande av bl.a. förordningar men även direktiv, för att skapa någon form av harmoniserande grundkrav.¹¹⁹

På andra sidan står teorin om *race to the top*, denna teori innebär att bolagen väljer de medlemsstater som värnar om de skyddsvärda intressena så som aktieägare när de ska etablera sig. Detta eftersom risken för att bolag skulle kunna drabbas av bl.a. fientliga övertaganden troligen skulle öka om dess aktieägare utnyttjas för att främja ledningen. Daniel Sevrinsson förklarar att en sådan situation troligen inte kommer att presentera sig inom gemenskapen. Detta med anledning av att marknadskrafterna inom EU i förhållande till USA inte når samma styrka, samt det faktum att fientliga övertaganden sällan äger rum inom gemenskapen.¹²⁰

Som konstaterats finns det rättsvetare som påstår att *Delaware-effekten* kan skönjas inom gemenskapen. Daniel Sevrinsson hävdar att det finns faktorer inom gemenskapen som påvisar att en sådan effekt inte skulle kunna hävda sig här, detta genom att bolagsrätten i vissa delar redan harmoniserats och det faktum att detta arbete fortfarande pågår.¹²¹ En potentiellt även större anledning enligt mig, är den som både Daniel Sevrinsson och Rolf Dotevall presenterar, vilket "[...] är att de kulturella och språkliga skillna-

¹¹⁸ Danelius Johan, "Aktiebolagslagen och EG:s bolagsrätt i framtiden", Svensk Juristtidning 2006:10, sid. 922, se för liknande resonemang, Vetenskapsrådet, "EU:s och USA:s bolagsrätt skiljer sig åt: Bolag flyttar till attraktiva lagstiftningar", Intervju med Jan Andersson (Internetlänk till artikeln återfinns i (referenslistan).

¹¹⁹ Bogdan Michael, "Rätt att välja bland nationella bolagsformer inom EU", Ny Juridik 1:04, sid. 18.

¹²⁰ Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", Juridisk Tidskrift 2003–04:1 sid. 87.

¹²¹ Sevrinsson Daniel, a. a. sid. 88.

derna är större mellan medlemsstaterna i EU än vad som gäller i USA.”¹²² Dessa skillnader gör det inte lika attraktivt att dra nytta av andra medlemsstaters bolagsformer.¹²³

Det som är anmärkningsvärt att konstatera är att medlemsstaten Danmark reviderat sin lagstiftning, troligen som en konsekvens av utfallet i Centros-målet.¹²⁴ Under senare år har även andra medlemsstater som bl.a. Frankrike, Tyskland och Spanien reviderat sina regelverk på bolagsrättens område för att kunna stärka sin konkurrenskraft inom gemenskapen.¹²⁵ Mathias Fors hävdade att den regelkonkurrens som nu föreligger inom gemenskapen kan vara ”[...] ett sätt att stimulera till ytterligare harmonisering.”¹²⁶

Det kan således konstateras att den regelkonkurrensen som skapats genom praxis i gemenskapen kan likas vid den i USA, men i vilken grad denna finns inom gemenskapen är diskuterbart. Huruvida det i slutändan kan leda till en full harmonisering kommer att avgöras i framtiden, men det faktum att medlemsstater idag reviderar sina bolagsstiftningar kan vara ett bra tecken på att en framtida harmonisering inte ska uteslutas.

5.3 Sammanfattande reflektioner

De berörda målen i detta kapitel har givit upphov till ett antal problem vad gäller framförallt den primära etableringsfriheten, men även andra problem som är av väsentlighet. Detta eftersom de alla i grunden härrör från tillämpningen av inkorporations- och sätesprincipen.

Genom framförallt Daily Mail, Überseering och Cartesio har ett grundläggande problem av avgörande vikt för etableringsfriheten uppdagats. Detta då det har framkommit att ett bolag endast existerar enligt den nationella lagstiftning under vilken den är inkorporerad, detta innebär vidare att det även är denna som avgöra om ett bolag får förflytta sitt faktiska säte med bibehållande av rättslig status. I Cartesio- domen konstaterade EUD att det inte stred mot fördragsbestämmelserna att vägra bibehållning av rättslig status vid

¹²² Dotevall Rolf, ”Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer”, Svensk Juristtidning, 2006:10, sid. 887 (citrat se för liknande resonemang Sevrinsson Daniel, ”EG:s etableringsrätt för bolag”, Juridisk Tidskrift 2003–04:1 sid. 88.

¹²³ Sevrinsson Daniel, a. a. sid. 88-89.

¹²⁴ Bogdan Michael, ”Rätt att välja bland nationella bolagsformer inom EU”, Ny Juridik 1:04, sid. 18.

¹²⁵ Dotevall Rolf, ”Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer”, Svensk Juristtidning, 2006:10, sid. 887-888.

¹²⁶ Fors Mathias, ”BOLAGENS FRIA RÖRLIGHET, VAD BLIR NÄSTA STEG?”, Europarättslig Tidskrift 2002, nr. 2, sid. 278.

förflyttning av det faktiska sätet. Detta implicerar att de medlemsstater som inte tillåter separation av det registrerade- och faktiska säte, det vill säga styrs av sätesprincipen, kommer att kunna neka bolag deras primära etableringsrätt.

I målet Centros lade EUD indirekt grunden för regelkonkurrens inom gemenskapen. Detta genom konstaterandet att det inom gemenskapen råder valfrihet över vilken nationell bolagsstiftning en medborgare får skapa sitt bolag under. Som en följd av detta domslut har regelkonkurrens uppstått inom gemenskapen, vilket innebär att bolag idag söker sig till den attraktivaste bolagsstiftningen, även benämnt *forum shopping*. Efter Cartesio-domen är det sannolikt att denna konkurrens kommer att öka, framförallt med anledningen av sökandet efter att kunna åtnjuta full etableringsfrihet.

En likande situation av regelkonkurrens återfinns i USA med ursprung i delstaten Delaware. Genom att Delawares bolagsstiftning var modern och förmånlig ur bolagssynpunkt etablerade sig större delen av de största bolagen där. Detta har i längden fört med sig den så kallade *Delaware-effekten*, vilken innebär att bolagsrätten harmoniserades på frivillig väg med framförallt Delawares bolagsstiftning som förebild.

Huruvida en liknande effekt skulle kunna ske inom gemenskapen har diskuterats vitt, ett flertal rättsvetare har konstaterat att det föreligger en tendens till *Delaware-effekten* inom gemenskapen. Om denna effekt kommer utmynna i samma utgång som i USA är svårt att säga, något som talar emot det är de kulturella likväl som de språkliga olikheterna som finns inom gemenskapen. I USA finns inte dessa skillnader i lika bred omfattning vilket innebär att effekten spred sig lättare, men det kan ändå konstateras att den regelkonkurrens som nu föreligger inom gemenskapen troligen kommer att främja den framtida harmoniseringsprocessen.

6 Förslaget om SPE-Bolag

6.1 Bakgrund

Kommissionen lade under 2007 fram en förberedande rättsakt gällande *En inre marknad för framtidens Europa*.¹²⁷ I denna rättsakt konstaterade Kommissionen att ”[-d]en inre marknaden måste ge bättre resultat och mer konkreta fördelar för såväl konsumenter som små och medelstora företag, så att deras förväntningar och intressen tillgodoses så väl som möjligt.”¹²⁸

I jämförelse med gemenskapens större bolag som utnyttjar möjligheterna som tillhandahålls på gemenskapens inre marknad, har SMEs inte haft lika lätt att tillgodose sig samma möjligheter. Även om etableringsmöjligheterna inom gemenskapen under den senare tiden har blivit bättre konstaterar Kommissionen att ytterligare satsningar måste företas för att ge SMEs samma möjligheter.¹²⁹

Det i nuläget liggande förslaget om SPE-bolag omfattas av ett tidigare framtaget åtgärds paket som riktar sig mot SMEs, vilket benämns Small Business Act¹³⁰, vilken riktar sig mot gemenskapen.¹³¹ I dagsläget är ”[-ö]ver 99 % av företagen i EU [...] små och medelstora företag, men bara 8 % av dem bedriver handel över gränserna och 5 % har dotterbolag eller samriskföretag i utlandet.”¹³²

6.2 Syfte

Syftet med införandet av SPE-bolagsförordningen är ”[...] att stärka de små och medelstora företagens konkurrenskraft genom att underlätta deras etablering och verksamhet på den inre marknaden.”¹³³

¹²⁷ KOM (2007) 724 slutlig, ”En inre marknad för framtidens Europa”, Bryssel den 20.11.2007.

¹²⁸ KOM (2007) 724 slutlig, sid. 5 st. 1.

¹²⁹ KOM (2007) 724 slutlig, sid. 5-6.

¹³⁰ KOM (2008) 394 slutlig, ”Tänk småskaligt först, En ”Small Business Act” för Europa”, Bryssel den 25.6.2008.

¹³¹ KOM (2008) 396 slutlig, sid. 2.

¹³² KOM (2008) 396 slutlig, sid. 2 st. 2.

¹³³ KOM (2008) 396 slutlig, sid. 2 st. 4.

Även om detta förslag främst är riktat mot att underlätta för SMEs kommer troligen denna förordning även att gynna andra större företagstyper, dock är den förslagna förordningen till sin utformning specifikt riktat mot SMEs behov.¹³⁴

Förslaget om införande av SPE-bolag har även till syfte ”[...] att minska de kostnader som uppstår på grund av att de nationella reglerna skiljer sig åt både när det gäller att bilda och att driva företag.”¹³⁵

Vissa rättsliga frågor omfattas inte av förordningen och kommer således även vidare att avgöras med tillämpning av nationell- eller gemenskapsrättslig lagstiftningen, däribland skatterättens område. För att upprätta skattemässig neutralitet inom gemenskapen för SPE-bolagen har Kommissionen för avsikt ”[...] att utvidga följande direktivs tillämpningsområde till att även gälla SPE-bolaget: direktivet om moderbolag och dotterbolag (90/435/EEG)¹³⁶, fusionsdirektivet (90/434/EEG)¹³⁷ och direktivet om räntor och royalties (2003/49/EG)¹³⁸.”¹³⁹

Det kan således konstateras att det övergripande syftet med införandet av SPE-bolagsförordningen är att underlätta för SMEs att etablera sig på den inre marknaden och att därtill anpassa vissa gällande gemenskapsrättsakterna till att omfatta SPE-bolag.

6.3 Förslagets grundläggande regleringar

Förordningen om SPE-bolag omfattar i huvudsak regleringar rörande bildande och drift av de bolag som utgör ett SPE-bolag i förordningens mening.¹⁴⁰ Som framgår omfattar förordningen ett privat aktiebolag vilket ska inneha rättslig status som juridisk per-

¹³⁴ KOM (2008) 396 slutlig, sid. 2.

¹³⁵ KOM (2008) 396 slutlig, sid. 2 st. 6.

¹³⁶ Rådets direktiv 90/435/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater (EGT L 225, [20/08/1990], s. 6).

¹³⁷ Rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater (EGT L 225, 20.8.1990, s. 1).

¹³⁸ Rådets direktiv 2003/49/EG av den 3 juni 2003 om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater (EUT L 157, 26.6.2003, s. 49).

¹³⁹ KOM (2008) 396 slutlig, sid. 2-3 (citat).

¹⁴⁰ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 1.

son.¹⁴¹ Genom att bolaget har formen av ett aktiebolag innebär detta att bolagets ägare endast har ett begränsat ansvar, vilket innebär att denna inte ansvarar för kapital i större utsträckning än vad som investerats.¹⁴² Då aktiebolaget har formen privat innebär detta att "[d]ess aktier får inte erbjudas allmänheten och ska inte handlas offentligt."¹⁴³

Bolagsformen SPE ska i första hand regleras genom förordningens bestämmelser men även av bilaga I som medföljer. Skulle inte en uppkommen rättsfråga omfattas av dessa bestämmelser ska den medlemsstats nationella lagstiftning under vilken SPE-bolaget etablerat dess säte verka som ett komplement.¹⁴⁴

Det finns fyra olika tillvägagångssätt för att bilda ett SPE-bolag i enlighet med förordningen, vilka är som följer:

- "[...] Bildande av ett SPE-bolag i enlighet med denna förordning.
- Ombildning av ett befintligt bolag.
- Fusion av befintliga bolag.
- Delning av ett befintligt bolag."¹⁴⁵

Vid ett SPE-bolags bildande ska företagsnamnet omfattas av akronymen SPE, detta för att bolaget ska vara erkänt som ett europeiskt privat aktiebolag.¹⁴⁶ Vidare ska ett sådant bolag "[...] ha sitt säte och huvudkontor eller huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen"¹⁴⁷, det förefaller sedan Centros-domen¹⁴⁸ att dessa får etableras separat, det vill säga att det inte föreligger ett krav på att dessa sammanfaller "[...] i den medlemsstat i

¹⁴¹ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 3 (c) samt KOM (2008) 396 slutlig, sid. 5.

¹⁴² Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 3 (b) samt KOM (2008) 396 slutlig, sid. 5-6.

¹⁴³ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 3 (d) (citrat) samt KOM (2008) 396 slutlig, sid. 6.

¹⁴⁴ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 4 samt KOM (2008) 396 slutlig, sid. 6.

¹⁴⁵ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 5.1 (citrat), se vidare KOM (2008) 396 slutlig, sid. 6.

¹⁴⁶ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 6 samt KOM (2008) 396 slutlig, sid. 6.

¹⁴⁷ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 7 st. 1.

¹⁴⁸ C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1495

vilken det har sitt säte.”¹⁴⁹ Det måste observeras, vilket tidigare konstaterats, att Centros-målet berörde en sekundär etablering genom vilken verksamheten skulle företas i sin helhet. Detta borde således implicera att separationen av etableringarna enligt den föreslagna förordningen endast skulle få ske genom sekundära former av etableringar.

Vid registrering av ett SPE-bolag ska förfarandet ske i överensstämmelse med första bolagsrättsdirektivets¹⁵⁰ 3:e artikel, detta eftersom förordningen inte omfattar några bestämmelser som rör ett specifikt registreringsförfarande för den aktuella bolagsformen. Registreringen ska enligt förordningen ske där sätet är beläget inom gemenskapen.¹⁵¹ Det kapitalkrav som föreligger för att kunna starta ett SPE-bolag ligger enligt förordningen på 1€, det lågt satta kapitalkravet är avsett att gynna företagsetableringar.¹⁵²

6.4 SPE-Bolags etableringsfrihet enligt förslaget

I fall ett SPE-bolag skulle vilja företa en förflyttning av dess säte inom gemenskapen kan detta ske utan att en avvecklingsprocess måste företas, eftersom förflyttningen kan verkställas med bibehållande av bolagets rättsliga status som juridisk person enligt förordningen.¹⁵³ En förflyttning av det registrerade sätet medför att det istället är lagstiftning i värdstaten som kommer komplettera förordningen.¹⁵⁴

Som en form av säkerhetsventil i förordningen föreskrivs att denna förflyttningsrätt inte tillkommer SPE-bolag vilka är utsatta ”[...] för avveckling, likvidation, insolvens eller betalningsinställelse”.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 7 st. 2 (citrat) samt KOM (2008) 396 slutlig, sid. 6-7.

¹⁵⁰ Rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredjemans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr. L 065, 14/03/1968, sid. 0008- 0012.

¹⁵¹ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 9.1 samt KOM (2008) 396 slutlig, sid. 7.

¹⁵² Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 19. 4 samt KOM (2008) 396 slutlig, sid. 7.

¹⁵³ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 35.1 samt KOM (2008) 396 slutlig, sid. 10.

¹⁵⁴ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 35.3 jfr art. 4 st. 2.

¹⁵⁵ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 35.2 (citrat) samt KOM (2008) 396 slutlig, sid. 10.

Det förfarande som regleras i SPE-bolagsförordningen för vidtagandet av förflyttning av ett bolags säte har sin grund uti förordningen om SE-bolag.¹⁵⁶ Vid en förflyttning ska SPE-bolagets ledning vidta det förfarandet som regleras i art. 36 i den förslagna förordningen. I detta förfarande ingår bl.a. att upprätta ett så kallat flyttförslag vilket kommer verka som underlag för aktieägarnas godkännande av flytten, även en form av konsekvensanalys måste upprättas som berör följderna av SPE-bolagets förflyttning.¹⁵⁷

När ett förflyttningsförfarande ska äga rum är det medlemsstaternas skyldighet att genom införandet av en särskild instans kontrollera huruvida SPE-bolagets förflyttning är lagenlig. Instansen ska kontrollera detta genom att undersöka huruvida kraven i art. 36 i den förslagna förordningen är uppfyllda. Om så är fallet innebär detta att värdstaten företar en registrering av bolaget och därefter sker en avregistrering i dess hemstat.¹⁵⁸

S.M. van den Braak finner å andra sidan att art. 7 ska tolkas så att det registrerade- och faktiska sätet kan etableras i två skilda medlemsstater inom gemenskapen, vilket även borde medföra att separata förflyttningar skulle falla inom den förslagna förordningens tillämplighet.¹⁵⁹ Vidare finner S.M. van den Braak att art. 4, 7 samt 35 i det givna förslaget ska anses omfatta både förflyttning av det registrerade men även det faktiska sätet.¹⁶⁰ Förflyttning av ett SPE-bolags faktiska säte skulle då inte generera i någon ändring av tillämplig kompletterande nationell lagstiftning, detta då det registrerade sätet inte förflyttas. Även statusen som juridisk person skulle kvarstå vid en sådan förflyttning.¹⁶¹

Under 2009 framställdes en lagstiftningsresolution som till viss del berörde SPE-bolagens etableringsfrihet och därav även dess förflyttningsrätt inom gemenskapen. I förslaget som Kommissionen framställt framkom som följer:

¹⁵⁶ KOM (2008) 396 slutlig, sid. 10 samt Rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag, Europeiska gemenskapernas officiella tidning, L 294/1, 10.11.2001.

¹⁵⁷ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 36.

¹⁵⁸ Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS), art. 37.

¹⁵⁹ D.F.M.M. Zaman m.fl. (editors), S.M. van den Braak (guest author), "The European Private Company (SPE), A Critical Analysis of the EU Draft Statute", © 2009 Intersentia Antwerp-Oxford-Portland, sid. 176.

¹⁶⁰ D.F.M.M. Zaman m.fl., (editors), S.M. van den Braak (guest author), a.a. sid. 177.

¹⁶¹ D.F.M.M. Zaman m.fl., (editors), S.M. van den Braak (guest author), a.a. sid. 177, se vidare för resonemang om hur SPE-bolagens förflyttningsrätt förhåller sig till SE-bolagens, sid. 195.

”För att företagen ska kunna dra största möjliga nytta av den inre marknaden bör SPE-bolag kunna ha sitt säte och sitt huvudkontor i olika medlemsstater och flytta sitt säte från en medlemsstat till en annan oberoende av huruvida dess huvudkontor eller huvudsakliga verksamhet också flyttas.”¹⁶²

Det som är föremål för ändring i fallet rör de åtgärder som måste företas för att inte bolagsformen skulle kunna nyttjas för att undvika rättsliga krav uppställda av medlemsstaterna inom gemenskapen.¹⁶³

Enligt förslaget ordalydelse med understöd av den föreliggande rättsakten torde det således krävas, oavsett om det gäller en förflyttning av det registrerade- eller faktiska sätet, att bolaget omregistreras. Vilket är en följd av att förordningen bygger separationsmöjligheten på Centros-domen, vilken begränsar denna till att endast omfatta sekundära etableringar. Men enligt S.M. van den Braak torde det istället ses som att det registrerade- och faktiska sätet kan etableras separat, vilket skulle innebära att en förflyttning av det faktiska sätet skulle kunna vidtas på liknande sätt som om inkorporationsprincipen tillämpades fullt ut.

Enligt mig har S.M. van den Braak en poäng då flertalet rättsvetare hävdar att Centros-domen även skulle kunna omfatta primära etableringar. Även Kommissionens förslag och ändringen som ovan redovisas för indikerar att denna tolkning skulle kunna förefalla vara korrekt, då denna ger vika för att både separata etableringar som förflyttningar skulle falla inom förordningens tillämpningsområde. Det förefaller således vara fallet att den förslagna förordningen torde tolkas så att det registrerade- och faktiska sätet ska kunna etableras separat inom gemenskapen. Vidare innebär detta i fallet att Centros-domen tagits till en annan nivå än dess ordalydelse medger.

¹⁶² Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 10 mars 2009 om förslaget till rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) (KOM (2008)0396-C6-0283/2008-2008/0130(CNS)), P6_TA (2009) 0094, se ändring 3, skäl 4, Kommissionens förslag (se internetlänk i referenslistan).

¹⁶³ Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 10 mars 2009 om förslaget till rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) (KOM (2008)0396-C6-0283/2008-2008/0130(CNS)), P6_TA (2009) 0094, se ändring 3, skäl 4, i fallet ändringen av Kommissionens förslag (se internetlänk i referenslistan).

6.5 Innebörden av införandet av en förordning

Det följer av art. 288 EUF att ”[-e]n förordning ska ha allmän giltighet. Den ska till alla delar vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat.”¹⁶⁴ En förordning reglerar detaljerade regler som ska tillämpas enhetligt inom gemenskapen. När en förordning utfärdas ska denna som fördraget stipulerar vara direkt tillämplig vilket innebär, att den utan vidare inkorporering eller liknande rättshandlingar ska kunna tillämpas som nationell lagstiftning i medlemsstaterna.¹⁶⁵

I målet C- 39/72 *Commission v. Italy*¹⁶⁶ fastställde EUD, att nationella implementeringsbestämmelser inte ska gälla mot införandet av nya förordningar, så till vida sådana inte skulle krävas i samband med förordningens utfärdande.¹⁶⁷ Genom målet konstaterades även att förordningar har direkt effekt.¹⁶⁸ Direkt effekt innebär att enskilda personer ges rättigheten ”[...] att åberopa de gemenskapsrättsliga bestämmelserna utan att vara beroende av de nationella texter som ska omsätta dessa i praktiken.”¹⁶⁹

När det gäller utfärdande av gemenskapsrättsliga förordningar ska dessa tillkännages en fullständig direkt effekt, vilket konstaterades i målet C- 43/71 *Politi SAS v. Italian Ministry of Finance*¹⁷⁰. Detta innebär att förordningar kan ha horisontell, men även vertikal direkt effekt. Den förstnämnda innebär att bestämmelserna i förordningen kan åberopas i fall som involverar privatpersoner emellan, medans den senare syftar till förhållandet då förordningens bestämmelser åberopas av privatpersoner i förhållande till staten.¹⁷¹

¹⁶⁴ Art. 288 st. 2 EUF.

¹⁶⁵ Foster Nigel, ”Foster on EU LAW”, © Nigel Foster 2006, sid. 90.

¹⁶⁶ C- 39/72 *Commission v Italy* [1973] ECR 101.

¹⁶⁷ C- 39/72 *Commission v Italy* [1973] ECR 101, p. 17 samt Foster Nigel, ”Foster on EU Law”, sid. 90.

¹⁶⁸ Craig Paul and De Búrca Gráinne, ”EU LAW, TEXT, CASES AND MATERIALS”, sid. 278.

¹⁶⁹ Europa, Sammanfattning av EU- lagstiftning, ”Gemenskapsrättens direkta effekt”, citatet återfinns i st. 3 (se referenslistan för internetlänk).

¹⁷⁰ C-43/71 *Politi SAS v. Italian Ministry of Finance* [1971] ECR 1039, samt Europa, Sammanfattning av EU- lagstiftning, ”Gemenskapsrättens direkta effekt” (se referenslistan för internetlänk).

¹⁷¹ Europa, Sammanfattning av EU- lagstiftning, ”Gemenskapsrättens direkta effekt” (se referenslistan för internetlänk).

Förordningar har således sedan deras införande juridisk inverkan fristående från den inhemska nationella lagstiftningen, det som dock kan inträffa är att den inhemska lagstiftningen måste revideras för att inte stå i strid med innehållet i förordningen.¹⁷²

6.6 Sammanfattande reflektioner

Som konstaterat är den förslagna SPE-bolagsförordningen tillägnad SMEs. Genom införandet av denna förordning är syftet att SMEs medverkan på den inre marknaden inom gemenskapen ska öka.

Ett SPE-bolag är ett europeiskt privat aktiebolag vilket innebär att aktieägarna har ett begränsat ansvar vilket endast omfattar det aktiekapital som satts in i bolaget. För att göra SPE-bolagen en mer attraktiv bolagsform har kapitalkravet endast satts till 1€. SPE-bolagsformen kommer att vara tillgängliga både för redan registrerade bolag men även för bolag som ska nyetableras inom gemenskapen.

När det kommer till SPE-bolagets etableringsmöjligheter tolkas förordningen med understödjande av dess förberedande rättsakt som att en separering av det registrerade- och faktiska sätet endast skulle kunna företas i den utsträckningen som ”Centros”-domen medger. Det vill säga att den skulle vara begränsad till sekundära etableringar. Det förefaller dock vara så att denna ska tolkas ett steg längre i detta sammanhang. Vilket skulle innebära att SPE-bolaget inom den förslagna förordningens ramar skulle kunna etablera dess registrerade- och faktiska säte separat, vilket även torde omfatta förflyttningsrätten. Denna tolkning går i linje med inkorporationsprincipen, vilken redan är en vedertagen princip för att bestämma anknytningsfaktor för ett bolags nationalitet.

Om denna förordning träder i kraft innebära detta att denna blir direkt tillämplig inom gemenskapen, vilket vidare innebär att den utan implementeringsåtgärder ska börja tillämpas som inhemska nationell rätt hos medlemsstaterna inom gemenskapen.

¹⁷² Craig Paul and De Búrca Gráinne, “EU LAW, TEXT, CASES AND MATERIALS”, sid. 84.

7 Är förslaget om SPE-Bolag en lösning på problematiken kring etableringsfriheten?

7.1 Inledning

I föregående kapitel har både problematiken som uppkommit på etableringsfrihetens område diskuterats (kap. 5.2) samt det liggande förslaget om SPE-bolagsförordningen (kap. 6). Inom gemenskapen pågår kontinuerligt ett harmoniseringsarbete riktat mot de nationella bolagsstiftningarna, vid sidan av denna byggs även överstatliga bolagsformer upp i form av bl.a. SPE-bolag.¹⁷³

Den fråga som måste diskuteras är om den alternativa harmonisering som sker genom skapandet av överstatliga bolagsformer även kan anses utgöra en lösning på den problematik som föreligger på etableringsfrihetens område. Då med inriktning på förflyttningsrätten för ett bolags faktiska säte.

7.2 SPE-Bolagsförslaget i förhållande till inkorporations- och sätesprincipen

Den problematik som direkt rör tillämpningen av inkorporations- och sätesprincipen klargjordes i målet *Cartesio*. Genom målet konstaterades att de medlemsstater som bygger sin bolagsstiftning på sätesprincipen innehar rättigheten att vägra ett bolag förflyttning av dess faktiska säte med bibehållande av rättslig status. Detta klargörande innebär att de bolag som idag är etablerade i medlemsstater som tillämpar denna princip inte kan tillgodogöra sig den primära etableringsfriheten.

Problematiken rör således endast redan existerande bolag, eftersom bolag som nyetablerar sig idag har en valmöjlighet att etablera sig i en medlemsstat som tillämpar inkorporationsprincipen och därigenom tillgodogöra sig den primära etableringsfriheten.¹⁷⁴

Som tidigare konstaterats torde SPE-bolagsförordningen ge vika för att Centros-domen ska dras ett steg längre än dess ordalydelse och även omfatta rättigheten att utnyttja primära etableringar. Detta skulle innebära att ett SPE-bolag skulle kunna etablera sitt

¹⁷³ Skog Rolf, "Förslag till ny europeisk bolagsform för små företagare", *Balans* 2008:10, sid. 22.

¹⁷⁴ SEC (2007) 1707, sid. 11.

registrerade- och faktiska säte i olika medlemsstater inom gemenskapen. Även separata förflyttningar av dessa stöds av lagstiftningsresolutionen. Denna teori går således i linje med inkorporationsprincipen. Vidare skulle detta innebära för bolag etablerade i medlemsstater som tillämpar sätesprincipen, att de genom en omregistrering till ett SPE-bolag skulle kunna tillgodogöra sig den primära etableringsfriheten, vad gäller det faktiska sätet. Genom ett sådant förfarande skulle således dessa bolag komma runt kravet på avveckling som är förenat med sätesprincipen och direkt kunna tillgodogöra sig primär etableringsfrihet.

Om denna tolkning av den förslagna förordningen skulle finnas vara korrekt, innebär detta enligt mig, ett försök till att komma runt den problematik som tillämpningen av sätesprincipen medför. Vilket potentiellt även skulle kunna bidra till en framtida harmonisering.

Genom att SPE-bolagsförordningen tillåter ett redan etablerat nationellt bolag att omregistrera sig till ett SPE-bolag bereder förordningen således dessa bolag med en valmöjlighet att kunna tillgodogöra sig rättigheten. Det finns givetvis även nackdelar med en sådan omregistrering, om bolaget är känt som exempelvis ett GmbH¹⁷⁵ bolag kan det ses som en nackdel att behöva ändra till SPE i bolagsnamnet. En sådan ändring skulle potentiellt kunna skada ett redan existerande bolag marknadsmässigt eftersom bolaget är marknadsfört som ett GmbH bolag.

Det framfördes i målet *Cartesio* att i brist på harmonisering rörande bolagens etableringsfrihet ska framförallt olika förordningar verka avhjälpande, däribland SE-bolagsförordningen.¹⁷⁶ Detta måste således innebära att även SPE-bolagsförordningen är avsedd att ha samma inverkan, vid ett eventuellt införande.

Slutsatsen är således att den förslagna SPE-bolagsförordning kan ses som en teoretisk lösning för de bolag som idag inte erkänns primär etableringsfrihet i inkorporeringsstaten. Med anledning av att de genom denna skulle kunna kringgå kravet på avveckling som är förenat med sätesprincipen och direkt tillgodogöra sig primär etableringsfrihet.

¹⁷⁵ GmbH representerar ett Tysklands registrerat andelsbolag. TYSKRET, SAGAWE & KLAGES RECHTSANWÄLTE (se internetlänk i referenslistan).

¹⁷⁶ C-210/06 *CARTESIO* Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000, p. 115, se även C-81/87 *The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust plc*. [1988] ECR 5483, p. 23.

7.3 SPE-Bolagsförslaget i förhållande till *forum shopping*

Genom Centros-domen konstaterades det att bolag har valfrihet att välja den enligt dem förmånligaste lagstiftning att registrera sitt bolag under. Även om målet rörde upprättandet av en sekundär etablering är det enligt ett flertal rättsvetare, som ovan diskuterats, även troligt att detta gäller vid upprättandet av primära etableringar. Detta domslut har fört med sig att bolag idag söker sig till den medlemsstat som har den mest förmånligaste nationella lagstiftning som finns inom gemenskapen.

Under år 2005 företogs en undersökning genom vilken det konstaterades, att det i Storbritannien var registrerat 19 686 bolag vars faktiska säte inte var förlagt i densamma, utan hade etablerats i en annan medlemsstat inom gemenskapen. I förhållande till medlemsstaten Tyskland som är en stark anhängare av sätesprincipen var det under bara det ifrågavarande året 2 401 bolag som valde att registrera sig under Storbritanniens nationella lagstiftning.¹⁷⁷ Efter Cartesio-domen finns det enligt mig även anledning att tro att denna siffra kommer att öka.

Som tydligt redovisas för genom statistiken förekommer det idag en form av *forum shopping* inom gemenskapen, huruvida denna skulle kunna utvecklas till en europeisk form av *Delaware-effekt* har diskuterats i kap. 5.1.2. Frågan är då om införandet av SPE-bolagsförordningen skulle kunna lindra/begränsa nyttjandet av *forum shopping* och därigenom motverka en potentiell *Delaware-effekt* inom gemenskapen.

SPE som bolagsform borde anses relativt förmånlig, framförallt då det för bolagsformen inte föreligger några krav rörande gränsöverskridande verksamhet, vilket vidare innebär att den borde kunna konkurrera med nationella bolagsformer.¹⁷⁸ En annan anledning borde vara att det inte återfinns en borte gräns för dess verksamhets omfattning.¹⁷⁹ Dessa anledningar tillsammans med ett kapitalkrav om endast 1 € borde kunna göra bolagsformen relativt intressant och konkurrensförmålig inom gemenskapen.

En stor fördel enligt mig med att starta ett SPE-bolag i förhållande till att söka sig till en annan medlemsstat för att etablera ett bolag är dess tillgänglighet. SPE-bolagsformen

¹⁷⁷ SEC (2007) 1707, sid. 11.

¹⁷⁸ Svernlöv Carl och Blomberg Erik, "Förslag om europeiskt privat bolag (SPE)", Ny Juridik 3:08, sid. 143.

¹⁷⁹ Skog Rolf, "Förslag till ny europeisk bolagsform för små företagare", Balans 2008:10, sid. 22.

kommer vid ett eventuellt införande vara direkt tillgängligt i alla medlemsstater vilket förenklar förfarandet vid bolagsbildningen i jämförelse med utländska bolagsformer där både språkliga likväl som kulturella skillnader kan vara svåra att överkomma.

Huruvida den förslagna SPE-bolagsförordningen kan lindra effekterna av *forum shopping* och eventuellt motverka en potentiell *Delaware-effekt* inom gemenskapen är mycket svårbedömt. Detta beror framförallt på att bolagen genom *forum shopping* vill åtgärda olika förmåner i de nationella lagstiftningarna och frågan är då om förslaget kan tillgodosätta alla behov. Om ett bolag registreras som SPE-bolag är det endast den nationella lagstiftningen vilket utgör ett komplement till förordningen som kommer att erkänna bolagen viss valbarhet, men inte i samma utsträckning som ett utnyttjande av en fullständig *forum shopping* skulle kunna ge.

Som även Johan Danelius hävdar får Centros-domen effekten av att behovet av bolagsformen SPE avtar då valfriheten att välja den förmånligaste lagstiftningen och därigenom även bolagsform garanteras genom målet. Det som dock talar för ett behov av SPE-bolag är att både rättsosäkerhet som praktiska svårigheter skulle kunna lösas.¹⁸⁰

Det mest sannolika svaret är att vissa bolag kommer att finna SPE-bolagsförordningen mest förmånlig och rättssäker, medans andra bolag som vill utnyttja en viss medlemsstats nationella lagstiftning för att denna anses förmånligare kommer att fortsätta utnyttja möjligheterna till *forum shopping*.

7.4 Förväntad genomslagskraft; tillräcklig för att lösa problematiken?

Även om SPE-bolagsförordningen som sådan, på ett teoretiskt plan, skulle kunna lindra och i viss mån lösa viss problematik kvarstår frågan om den kommer att få tillräcklig genomslagskraft för att kunna lösa problematiken på ett rent praktiskt plan.

7.4.1 Statistik

Med bas i ett flertal undersökningar har det fastställts att det inom gemenskapen finns ca 23 miljoner SMEs, av alla bolag inom gemenskapen utgör dessa bolag 99 %. I förhållande till större bolag som är verksamma på den inre marknaden inom gemenskapen,

¹⁸⁰ Danelius Johan, "Aktiebolagslagen och EG:s bolagsrätt i framtiden", Svensk Juristtidning 2006:10, sid. 923.

har SMEs medverkan varit mycket låg.¹⁸¹ Den förslagna SPE-bolagsförordningen är som redan konstaterat riktad mot att öka SMEs medverkan på den inre marknaden.

Vilken genomslagskraft förordningen kommer att få kan i dagsläget enbart spekuleras i, då förordningen ännu ligger som ett förslag. En försiktig parallell kan dras mot förordningen om SE-bolag. Denna förordning har enligt undersökningar inte fått den genomslagskraft som förväntades vid dess införande, en av anledningarna är att harmoniseringen i förhållande till förordningen har varit bristfällig.¹⁸²

Det går i dagsläget endast spekulera i hur många SMEs som skulle kunna vara intresserade av denna bolagsform, men ur en statistik synvinkel borde bolagsformen ha större framgång än SE-bolagen med tanke på att 99 % av bolagen i gemenskapen är SMEs.

7.4.2 Alternativ bolagsform i förhållande till nationella bolagsformer

Som konstaterats ovan utgör de förslagna SPE-bolag en överstatlig bolagsform vilket innebär att den kan ses som ett alternativ till medlemsstaternas inhemska bolagsformer. Rolf Skog hävdar att bolagsformen SPE kan, vid ett eventuellt införande, komma att utvecklas till en tänkvärd valmöjlighet av bolagsform. Då med tanke på svenska näringsidkare i förhållande till den inhemska bolagsformen AB, i fallet av privat natur.¹⁸³

Det faktum att bolagsformen SPE ligger parallellt med de inhemska bolagsformerna innebär att det slutligen ligger på medlemsstaternas enskilda näringsidkare att avgöra i vilken omfattning bolagsformen kommer att användas inom gemenskapen.

7.5 Sammanfattande reflektioner

Den problematik som skapas genom medlemsstaternas tillämpning av inkorporations- och sätesprincipen är som konstaterats, framförallt att bolag etablerade i medlemsstater som tillämpar sätesprincipen vägras primär etableringsfrihet. För dessa bolag kan den alternativa bolagsformen SPE vara en lösning, detta genom att bolaget företar en omregistrering till ett SPE-bolag och därigenom erhåller rättigheten till primär etableringsfrihet.

¹⁸¹ SEC (2008) 2098, sid. 6-7.

¹⁸² SEC (2007) 1707, sid. 12.

¹⁸³ Skog Rolf, "Förslag till ny europeisk bolagsform för små företagare", Balans 2008:10, sid. 22 & 24.

Som konstaterats torde den förslagna förordningen tolkas så att ett SPE-bolag ska erhålla rättigheten att etablera sitt registrerade- och faktiska säte separat inom gemenskapen. Denna rättighet torde även omfatta separata förflyttningar av dessa. För bolag som idag är etablerade under sätesprincipen skulle en omregistrering till ett SPE-bolag medföra en lösning för dessa bolag, då de genom denna kan undvika kravet på avveckling och samtidigt erhålla rättigheten till primär etableringsfrihet.

Om SPE-bolagsformen kan vara en lösning på *forum shopping* och därmed även motverka effekten av en potentiell *Delaware-effekt* är troligen den svåraste frågan att besvara. All *forum shopping* kommer inte att kunna motverkas genom införandet av förordningen, detta eftersom bolagen fortfarande kommer erkännas rättigheten att uppsöka den mest förmånliga lagstiftning att komplettera förordningens bestämmelser med. Viss effekt som *forum shopping* för med sig kommer troligen kunna motverkas, då omfattningen av denna skulle kunna begränsas genom införandet av förordningen.

Sammantaget är det mycket svårt att avgöra huruvida SPE-bolagsförordning kommer att utgöra en lösning på den problematik som rör etableringsfriheten. Förordningen bereder en teoretisk lösning för de bolag som i dagsläget inte erkänns primär etableringsfrihet, men huruvida den faktiskt löser problematiken i sin helhet kommer avgöras av vilken genomslagskraft den får inom gemenskapen vid ett eventuellt ikraftträdande.

8 Slutlig analys

Genom praxis på etableringsfrihetens område har det konstaterats att medlemsstaterna inom gemenskapen innehar suveränitet vad gäller den anknytningsfaktorn som lägger grunden för ett bolags nationalitet, vilket vidare innebär att medlemsstaterna idag kan tillämpa antingen inkorporations- som sätesprincipen för att bestämma denna. Klargörandet genom praxis har dock givit vika för uppkomsten av viss problematik på detta område. Denna grundar sig på att det endast är de bolag som är etablerade i medlemsstater vilka tillämpar inkorporationsprincipen som erkänns både den primära som sekundära etableringsfriheten, de som är etablerade under sätesprincipen erkänns endast den senare. För att bolag under sätesprincipen ska kunna företa en primär etablering krävs således att ett avvecklingsförfarande vidtas.

Ett parallellt problem som uppkommit är *forum shopping*. Denna ger upphov till en form av regelkonkurrens mellan medlemsstaterna, i förhållandet om vilken stat som besitter den attraktivaste lagstiftningen. Ett potentiellt följdproblem av en exploaterad *forum shopping* skulle kunna vara en europeisk form av *Delaware-effekten*. I USA ledde denna effekt så småningom till en frivillig harmonisering av bolagsstiftningen. Huruvida effekten skulle kunna få samma genomslagskraft inom EU är omdiskuterat, då det i dagsläget endast finns svaga tendenser till denna inom gemenskapen.

Det måste således konstateras att den etableringsfrihet som garanteras genom fördraget endast kan nyttjas i begränsad utsträckning, detta som en följd konsekvens av den bristande harmoniseringen som idag råder på bolagsrättens område. I nuläget är det oklart huruvida en sådan harmonisering någonsin kommer att finnas inom gemenskapen. Kommissionen har vid sidan av försöken till harmonisering även utvecklat ett antal överstatliga bolagsformer, där i bland det liggande förslaget om införande av SPE-bolagsförordningen. Frågan är om denna bolagsform med sina etableringsbestämmelser skulle kunna inverka och kanske även lösa problematiken som rör etableringsfrihetens område.

Till sin utformning är den förslagna förordningen om SPE-bolag relativt intressant ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv, detta då den riktar sig mot den bolagsgrupp som utgör 99 % av alla bolag inom gemenskapen, vilket är SMEs. När det kommer till ett SPE-bolags etableringsmöjligheter finns det egentligen två olika tolkningsmöjligheter som

kan utmynnans av det liggande förslaget. Vid den ena tas både förslagets ordalydelse samt dess förberedande rättsakt under beaktande för att utröna hur långtgående ett SPE-bolags etableringsfrihet sträcker sig. Vilket skulle innebära att en separation av det registrerade- och faktiska sätet inte skulle kunna företas i längre utsträckning än Centrosdomen medger. Den andra tolkningsmöjligheten vilken torde förefalla vara den korrekta är den som S.M. van den Braak redovisar för, vilken även stöds av en senare lagstiftningsresolution. Denna innebär att förordningen omfattar rättigheten att separera det registrerade- och faktiska sätet, men även möjligheten att förflytta dessa separat.

Enligt mig förefaller denna tolkning vara mycket kontroversiell och kommer troligen medföra stora diskussioner. Det som enligt mig förefaller mest egendomligt är att bolagsformen enligt denna tolkning skulle gå i linje med tillämpningen av inkorporationsprincipen, anledningen till varför detta skulle förefalla vara egendomligt är att både inkorporations- som sätesprincipen idag har konstaterats vara förenliga med gemenskapsrätten. Vad som även måste noteras är att detta endast är ett förslag till förordning, vilket innebär att den slutliga utformningen inte på något sätt är fastställd.

Enligt mig kommer det bli svårt att få igenom förslaget i dess nuvarande lydelse, framförallt med grund i att det är ett flertal medlemsstater inom gemenskapen som idag tillämpar sätesprincipen. Skulle dessa medlemsstater acceptera denna lydelse innebär detta att de antar en bolagsform vars bestämmelser strider mot deras egna rättsgrundsatser. Det finns en klar risk för att det nu liggande förslaget kommer att behöva revideras markant i dess bestämmelser rörande SPE-bolagens etableringsfrihet. Om de potentiella ändringarna skulle bli allt för betydande kan detta medföra att syftet med att underlätta för dessa bolag att etablera sig inom gemenskapen skulle kunna komma att urvattnas. En följd fråga är även om förslaget efter vidtagna revideringar kommer att medföra ett sådant mervärde att det kan anses befogat att införa det, framförallt om syftet med införandet har inskränkts markant.

Vad som dock måste understrykas trots att förordningens bestämmelser är minst sagt kontroversiella i dess nuvarande lydelse, är att den rent teoretiskt skulle kunna utgöra en lösning på den problematik som föreligger för de bolag som idag är etablerade under sätesprincipen. Detta genom att dessa bolag genom en omregistrering skulle kunna erhålla den primära etableringsfriheten och således även komma runt det avvecklingsförfarande som sätesprincipen uppställer då ett bolag vill förflytta dess faktiska säte.

Likaledes skulle utnyttjandet av *forum shopping* i viss mån kunna begränsas, då det endast är den kompletterande nationella lagstiftningen som blir valbar. Även om detta låter bra på ett teoretiskt plan så kvarstår frågan om huruvida bolagsformen skulle stå sig i praktiken. Själv finner jag det osannolikt att förordningen, förutsatt att den träder ikraft, kommer få sådan genomslagskraft att den kommer att lösa problematiken. En annan sak som måste tas i beaktande är att förslaget gäller en alternativ bolagsform, vilket innebär att det i slutändan är medlemsstaternas enskilda näringsidkare som avgöra SPE-bolagets potentiella genomslagskraft.

En annan fråga som är relevant i dagsläget är om förslaget i dess nuvarande lydelse skulle kunna utgöra ett sådant mervärde ur ett etableringsperspektiv, att det skulle anses vara befogat att införa det. Enligt mig anser jag inte att något sådant mervärde kan identifieras framförallt med grund i, att det endast är de bolag som nu är etablerade under sättesprincipen som kommer att dra någon form av fördel av denna. Bolag som redan är etablerade under inkorporationsprincipen erkänns redan den primära etableringsfriheten och de som ska nyetableras kan utnyttja *forum shopping* för att erhålla denna rättighet.

Slutsatsen är således att ett eventuellt införande av det idag liggande förslaget inte skulle kunna lösa den problematik som föreligger på etableringsfrihetens område på ett rent praktiskt plan. Det finns som konstaterat även indikationer på att förslaget i dess nuvarande lydelse inte skulle kunna komma att träda ikraft, utan att en revidering av den föreslagna förordningens etableringsbestämmelser har vidtagits. För att skapa en harmoniserad bolagsrätt inom gemenskapen krävs det slutligen enligt mig mer direkta åtgärder än vad en alternativ bolagsform kan komma att ge genom förordningsbestämmelser.

Referenslista

Fördrag

Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen C-325/33, Europeiska gemenskapernas officiella tidning 24.12.2002.

Fördraget om Europeiska Unionen C 115/13, Europeiska unionens officiella tidning, 9.5.2008, trädde i kraft den 1 januari 2009.

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (konsoliderad version) C 115/47, Europeiska unionens officiella tidning, 9.5.2008, trädde i kraft den 1 januari 2009.

Förordning

Rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag, Europeiska gemenskapernas officiella tidning, L 294/1, 10.11.2001.

Förslag till Rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-bolag) 2008/0130 (CNS).

Direktiv

Rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredjemans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen, Europeiska gemenskapens officiella tidning nr. L 065, 14/03/1968, sid. 0008- 0012.

Rådets elfte direktiv 89/666/EEG, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr. L 395, 30/12/1989, sid. 0036-0039.

Rådets direktiv 90/435/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater, Europeisk gemenskapernas officiella tidning nr. L 225, 20/08/1990, sid. 0006-0009.

Rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr. L 225, 20.08.1990, sid. 0001-0005.

Rådets direktiv 2003/49/EG av den 3 juni 2003 om ett gemensamt beskattningssystem för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i oblika medlemsstater, Europeiska gemenskaperna officiella tidning nr. L 157, 26.06.2003, sid. 49-54.

Praxis

C-43/71 Politi SAS v. Italian Ministry of Finance [1971] ECR 1039.

C- 39/72 Commission v. Italy [1973] ECR 101.

C-79/85 D.H.M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Banken Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen [1986] ECR 2375.

C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. [1988] ECR 5483.

C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999] ECR I-1495

C-208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) [2002] ECR I-9919.

C-210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008] ECR I-00000.

Litteratur

Bogdan Michael, ”Rätt att välja bland nationella bolagsformer inom EU”, Ny Juridik 1:04, sid. 7-20.

Cary. L William, ”Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware”, The Yale Law Journal, volume 83, Number 4, March 1974, sid. 663-705. Artikeln återfinns på följande hemsida (observera att det krävs inloggning):

<http://www.heinonline.org.bibl.proxy.hj.se/HOL/Page?handle=hein.journals>

[/ylr83&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/ylr#673](#) (2010-04-19)

Craig Paul and De Búrca Gráinne, "EU LAW, TEXT, CASES AND MATERIALS", fourth edition, Oxford University Press, © Text, Introductory Materials, Selection and Notes Paul Craig and Gráinne de Búrca, 2008.

Danelius Johan, "Aktiebolagslagen och EG:s bolagsrätt i framtiden", Svensk Juristtidning 2006:10, sid. 918-933.

Danelius Johan, "Aktiebolags rörlighet över gränserna", Svensk juristtidning 2010:2, sid. 120-141.

Daines Robert, "Does Delaware Law improve firm value?", Journal of Financial Economics 62 (2001), sid. 525-558. Artikeln återfinns på följande hemsida (observera att det krävs inloggning):

http://www.sciencedirect.com/bibl.proxy.hj.se/science?_ob=MIimg&_imagekey=B6VBX-43WTHWV-1-J&_cdi=5938&_user=646817&_pii=S0304405X01000861&_orig=search&_coverDate=12%2F31%2F2001&_sk=999379996&view=c&wchp=dGLzVlz-zSkWA&md5=cb1c6893a8472d7c4f5b9fe8ffee0f16&ie=/sdarticle.pdf

(2010-04-19)

D.F.M.M. Zaman mfl. (editors), S.M. van den Braak (guest author), "The European Private Company (SPE), A Critical Analysis of the EU Draft Statue", © 2009 Intersentia Antwerp-Oxford-Portland.

Dotevall Rolf, "Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer", Svensk Juristtidning, 2006:10, sid. 885-899.

Drury R.R. "Migrating companies", European Law Review 1999:4 sid. 354-372.

Fors Mathias, "BOLAGENS FRIA RÖRLIGHET, VAD BLIR NÄSTA STEG?", Europarättslig Tidskrift 2002, nr. 2, sid. 261-279.

Foster Nigel, "Foster on EU LAW", © Nigel Foster 2006.

- Lutter Marcus, "THE CROSS-BORDER TRANSFER OF A COMPANY'S SEAT IN EUROPE", *Europarättslig Tidskrift* 2000:1, sid. 60-70.
- Sandström Torsten, "Svensk Aktiebolagsrätt", uppl. 2:2, © 2007 författaren och Nordstedts Juridik AB.
- Sarfati Joakim, "NÅGOT OM FALLET CARTESIO OCH DESS INVERKAN PÅ DEN FRIA RÖRLIGHETEN FÖR JURIDISK PERSONER", *Europarättslig Tidskrift* 2009:4, sid. 715-721.
- Sevrinsson Daniel, "EG:s etableringsrätt för bolag", *Juridisk Tidskrift* 2003–04:1 sid. 69-89.
- Skog Rolf, "Kan aktiebolag emigrera?", *Balans* 1997:8-9, sid. 20-24.
- Skog Rolf, "Förslag till ny europeisk bolagsform för små företagare", *Balans* 2008:10, sid. 22-24.
- Svernlöv Carl och Blomberg Erik, "Förslag om europeiskt privat bolag (SPE)", *Ny Juridik* 2008:3, sid. 141-147.
- Werlauff Erik, "EU-Company Law, Common business law of 28 states", uppl. 2, © by DJØF Publishing Copenhagen.
- Winter, Ralph K. JR, "STATE LAW, SHAREHOLDER PROTECTION, AND THE THEORY OF CORPORATION", *The Journal of legal studies* 251 (1977), sid. 251-292. Artikeln återfinns på följande hemsida (observera att det krävs inloggning):
<http://www.heinonline.org.bibl.proxy.hj.se/HOL/Page?handle=hein.journals/legstud6&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/legstud#255>
(2010-04-19)
- Wymeersch Eddy, "Centros: A landmark decision in European Company law", *Financial Law Institute Working Paper Series*, WP 1999-15. Artikeln återfinns på följande hemsida (observera att den måste laddas ner):
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=190431 (2010-04-10)
- Wymeersch Eddy, "The Transfer of the Company's Seat in European Company Law", *ECGI Working Paper Series in Law*, Law Working Paper N*. 08/2003

March. Artikeln återfinns på följande hemsida(observera att den måste laddas ner):

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=384802 (2010-04-12)

Förberedande Rättsakter

KOM (2003) 284 slutlig, "Modernare bolagsrätt och effektivare företagsstyrning I Europeiska unionen-Handlingsplan", Bryssel den 21.5.2003.

KOM (2005) 24 slutlig, "Att arbeta tillsammans för tillväxt och sysselsättning, Nystart för Lissabonstrategin", Bryssel den 02.02.2005.

SEC (2005) 981,"Common actions for Growth and Employment: The Community Lisbon Programme", Brussels 20.7.2005.

SEC (2007) 1707,"Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office", Brussels 12.12.2007.

KOM (2007) 724 slutlig, "En inre marknad för framtidens Europa", Bryssel den 20.11.2007.

KOM (2008) 394 slutlig, "Tänk småskaligt först, En "Small Business Act" för Europa", Bryssel den 25.6.2008.

KOM (2008) 396 slutlig, "om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag (SPE-Bolag)", Bryssel den 25.6.2008.

SEC (2008) 2098,"on the statute for a European Private Company (SPE)", impact assessment, Brussels 25.6.2008.

Internetkällor

Europeiska Kommissionen, "Vad är EU rätt?" Artikeln återfinns på följande hemsida:

http://ec.europa.eu/community_law/introduction/treaty_sv.htm (2010-03-31)

European Commission, Your Europe-Business, "Opening a bransch", Artikeln återfinns på följande hemsida:

http://ec.europa.eu/youreurope/business/expanding-business/opening-branch/index_en.htm (2010-05-04)

Vetenskapsrådet, ”EU:s och USA:s bolagsrätt skiljer sig åt: Bolag flyttar till attraktiva lagstiftningar”, Intervjuad: Jan Andersson, Det juridiske fakultet, Universitet i Bergen. Artikeln återfinns på följande hemsida:

<http://www.vr.se/huvudmeny/forskningvistodjer/humanioraochsamhallsvetenskap/slutfordaprjekt20012005/bolagflyttartillattraktivlagstiftning.4.aad30e310abcb9735780004852.html> (2010-04-11)

Europa, Sammanfattning av EU- lagstiftning, ”Gemenskapsrättens direkta effekt”. Artikeln återfinns på följande hemsida:

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114547_sv.htm (2010-04-15)

Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 10 mars 2009 om förslag till rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag P6_TA(2009)0094. Informationen finns tillgänglig på följande hemsida:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0094+0+DOC+PDF+V0//SV>

(2010-05-04)

TYSKRET, SAGAWE & KLAGES RECHTSANWÄLTE. Informationen finns tillgänglig på följande hemsida:

<http://www.tyskret.com/svenska/handel/etabler.html> (2010-04-17)

Övrigt

McCreevy Charlie, European Commissioner for Internal Market and Services, “Speech by Commissioner MacCreevy at the European Parliament’s Legal Affairs Committee”, Brussels, 3 October 2007, SPEECH/07/592.