
EU-RETTENS REGULERING AF GRÆNSEOVERSKRIDENDE OMSTRUKTURERINGER, HERUNDER MED HOVEDVÆGT PÅ GRÆNSEOVERSKRIDENDE FUSION

Kandidatspeciale – Cand. Merc. Aud.

Aalborg Universitet

December 2016



Nicolai Elgaard Jensen & Camilla Saksager Uggerhøj

Vejleder: Gitte Søgaard

Aalborg Universitet

December 2016

Indholdsfortegnelse

1. Executive summary	3
2. Indledning.....	5
2.1. Problemformulering.....	6
2.2. Problemafgrænsning	6
2.3. Metode	7
2.4. Opbygning	8
2.5. Kildekritik.....	9
3. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.....	10
3.1. Etableringsfrihed.....	11
4. Registrerings- og hovedsædekriteriet samt flytning af hjemsted	20
4.1. Registreringskriteriet	21
4.2. Hovedsædekriteriet	21
4.3. Grænseoverskridende flytning af hjemsted	22
5. Afgørelser der har formet retspraksis hos EF-Domstolen.....	24
5.1. Sag 81/87 Daily mail - afgørelsen	25
5.2. Sag C-212/97 Centros Ltd. - afgørelsen	28
5.3. Sag C-208/00 Überseering BV – afgørelsen	34
5.4. Sag C-167/01 Inspire Art Ltd. – afgørelsen.....	41
5.5. Sag C-411/03 SEVIC Systems AG - afgørelsen.....	47
5.6. Sag C-210/06 Cartesio - afgørelsen	53
5.7. Sag C-378/10 Vale Épitési kft - afgørelsen	57
6. Samlet analyse og fortolkning af afgørelserne	64
7. Det 14. selskabsdirektiv og mangel heraf	68
8. SE-selskabet og dets betydning.....	71
9. Redegørelse for grænseoverskridende fusioner	78

9.1. Det 10. selskabsdirektiv.....	78
9.2. Gennemførelse af en grænseoverskridende fusion efter det 10. selskabsdirektiv .	80
10. Omvendt lodret grænseoverskridende fusion – sugekop metoden.....	94
11. Konklusion	97
12. Litteraturliste	100

1. Executive summary

Especially since the 1980'es, the need has gradually arisen for companies to expand their activities across borders, and during this period, there has consequently also been a greater need for cross-border restructurings. This thesis discusses Union law regulation of cross-border restructurings, with an emphasis on cross-border mergers within the European Union.

The thesis discusses the company law matters in the EU. Tax law matters are not discussed. To understand the company law matters, we have taken the provisions on the freedom of establishment and the free movement of capital under the Treaty on the Functioning of the European Union as our starting point. The provisions of the Treaty ensure that restrictions hindering the right of establishment and the free movement of capital are not to be imposed. A series of Court of Justice decisions have proven this case-law. The decisions also deal with problems relating to the criteria of registration and principal place of business as such criteria are treated and interpreted differently by the Member States.

The series of decisions discussed in this thesis relate to Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art, Sevic, Cartesio, and Vale.

The Daily Mail and Cartesio decisions deal with companies wanting to relocate their registered offices to another Member State while maintaining their status as a legal entity in the state of establishment. The Court of Justice did not agree with the companies, ruling that companies are established under national law which governs their establishment and operations. This means that the state of establishment can impose restrictions against the relocation of a company.

The Centros, Überseering, and Inspire Art decisions deal with companies whose registered offices were located in the state of establishment; however, they operated their companies from another Member State. The Court of Justice agreed with the companies, ruling that the host Member State cannot impose restrictions because such restrictions are a hindrance to the freedom of establishment.

The Sevic and Vale decisions both dealt with the implementation of a cross-border restructuring in the form of a merger and a reconstruction, respectively. The Court of Justice agreed with the companies, ruling that a Member State cannot discriminate against a cross-border reconstruction when a corresponding national reconstruction is allowed.

Since 1997, there has been a draft 14th company law directive to enable cross-border relocations of registered offices. The draft directive has never been adopted because it has not been possible to reach political agreement on the contents of the directive, which is primarily due to the individual Member States' national legislation and their use of the criteria of registration and principal place of business.

The SE Regulation on the Statute for a European company was finally adopted in 2001. The purpose of this regulation is to enable cross-border restructurings by way of forming SE companies. An SE company cannot be newly established, and it also needs to meet higher demands compared to ordinary national limited liability companies, including demands on share capital size. The demands placed on an SE company have proven too extensive, and the company form has not become as popular as expected when the regulation was adopted. It is therefore not much applied in the EU or the EEA.

There is still a need for cross-border restructurings, which takes us to the 10th company law directive and thus the potential of a reverse vertical cross-border merger. This is a relevant method for the relocation of a company from one Member State to another as such a relocation is not safeguarded through previous Court of Justice decisions. The method is applied by a company establishing a wholly-owned subsidiary in another Member State, after which the parent company is merged into the subsidiary that will be the continuing company. This method is relevant as regards company law, but it can imply complications as regards tax law.

2. Indledning

Med baggrund i erhvervslivets interesse i at udvide, udvikle og flytte aktiviteter på tværs af landegrænser er behovet for et samarbejde mellem medlemsstaterne i EU- og EØS landene gennem årene vokset. Dette har resulteret i, at omstruktureringer i højere grad ikke nødvendigvis kun skal være mulige mellem selskaber i samme medlemsstat, men også mellem selskaber i forskellige medlemsstater. EU har derfor udarbejdet reguleringer som skal øge mobiliteten og gøre det lettere for selskaberne at arbejde på tværs af landegrænser, herunder bl.a. reglerne om det europæiske selskab (SE-selskabet). Ligeledes har der siden år 1997 forelagt et udkast til det 14. selskabsdirektiv omkring grænseoverskridende flytning af hjemsted.

For at løse denne opgave blev det 10. selskabsdirektiv¹ implementeret i EU-retten. Dette var netop for at tilgodese behovet for samarbejde på tværs af landegrænser. Direktivet retter sig alene imod grænseoverskridende fusioner mellem selskaber med begrænset ansvar. Et direktiv skal implementeres i den nationale lovgivning og giver i modsætning til en forordning medlemsstaterne nogle valgmuligheder i forhold til implementeringen, så længe de generelle betingelser i direktivet bliver overholdt. Da direktivet skal implementeres i national lovgivning, kan der være en række problemstillinger forbundet med de enkelte medlemsstaters fortolkning heraf, og der er derfor risici for forskelsbehandling.

I Danmark er reglerne om grænseoverskridende fusion implementeret i selskabslovens kapitel 16. Her er reglerne om national fusion og spaltning genbrugt med tilføjelser af bestemmelserne fra det 10. selskabsdirektiv.

Direktivet er udstedt med baggrund i betragtningen om at:

”Ingen af de bestemmelser og formaliteter i national ret, der henvises til i dette direktiv, bør indføre begrænsninger af etableringsfriheden eller de frie kapitalbevægelser, medmindre de er berettiget i overensstemmelse med Domstolens retspraksis og især hensynet til almeninteressen og både er nødvendige for at tilgodese dette overordnede hensyn og står i rimeligt forhold her- til”

¹ Officielt benævnt Europa-parlamentets og Rådets Direktiv 2005/56/EF af 26. oktober 2005. Benævnes herefter ”10. selskabsdirektiv”.

Det kan dermed antages, at ovenstående stemmer overens med TEUF artikel 49 og 54, om at der skal være etableringsfrihed samt kapitalens frie bevægelighed uden begrænsninger heri ved implementeringen af direktivet i national lovgivning i hver af medlemsstaterne. På trods af dette foreligger der fortsat en række udfordringer i praksis vedrørende selskabers ønske om at etablere sig i en anden medlemsstat. Der er en række betydningsfulde afgørelser fra EF-Domstolen, som har behandlet disse problemstillinger, og dermed har medvirket til at forme retspraksis indenfor området.

2.1. Problemformulering

I ovenstående er det belyst, at der igennem årene er opstået et øget behov for harmonisering af reglerne for gennemførelse for grænseoverskridende omstruktureringer. Dette leder os frem til nedenstående problemformulering:

Hvilke muligheder giver EU-retten for grænseoverskridende omstruktureringer, herunder med anvendelse af registrerings- og hovedsædekriteriet samt etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed i betragtning, og hvordan er retspraksis indenfor området?

2.2. Problemafgrænsning

Afgrænsningen i dette afsnit klarlægger i hovedtræk, hvilke områder der behandles, og hvilke der ikke behandles. Dog vil der kunne forekomme mindre afgrænsninger i de enkelte afsnit, hvor det findes relevant at benævne, hvilke forhold der ikke behandles.

Afhandlingen omhandler den selskabsretlige behandling af grænseoverskridende omstruktureringer, men med hovedvægt på fusioner. Andre former for omstruktureringer vil derfor ikke blive behandlet. De skattemæssige forhold og konsekvenser ved en grænseoverskridende fusion kan være essentielle. Disse konsekvenser benævnes kun i mindre omfang i de relevante afsnit.

Det 10. selskabsdirektiv om grænseoverskridende fusion indeholder nogle almene hensyn og udfordringer i forhold til medarbejdernes indflydelse og kreditorernes stilling. Vi afgrænser os i denne afhandling fra at behandle og inddrage disse forhold i vores dispositioner dybdegående, men inddrager forholdene i det omfang det findes nødvendigt.

Der afgrænses fra behandlingen af grænseoverskridende fusioner mellem lande, der ikke er medlem af EU og EØF.

Afhandlingen er teoretisk og juridisk baseret. Det er ikke formålet med afhandlingen at løse eller at udarbejde løsningsforslag til konkrete praktiske udfordringer, dog vil løsningsforslag inddrages, hvis det vurderes relevant. Afhandlingen retter sig derfor primært mod fagkompetente personer indenfor jura og rådgivning, da de behandlede udfordringer er relativt komplicerede og i et vist omfang meget teoretiske.

2.3. Metode

Afhandlingens problemformulering beskriver en juridisk problemstilling og løses derfor ved anvendelse af juridisk metode, som vi opdeler i to hovedpunkter:

- Retskildelæren
- Retsdogmatik

Retskildelæren er læren om hjemmel, kilden til at fastlægge hvad der er ret og pligt². Denne lære bruges til at fastslå retsstillingen i en given situation og opdeles hierarkisk i:

- Lov
- Retspraksis
- Retssædvane
- ”Forholdets natur”.

Lov og retspraksis betegnes som stærke retskilder, mens retssædvane og ”forholdets natur” betegnes som svage retskilder.

Der foreligger indenfor lovgivningen også et hierarki, som kan listes op således³:

- Grundloven og EU-traktaterne
- Almindelige love, herunder direktiver og forordninger
- Bekendtgørelser
- Cirkulærer

² Lone L. Hansen og Erik Werlauff, Den juridiske metode, side 85

³ <http://www.byplanlab.dk/sites/default/files2/PlanJura2Byplanlab4Juni2013.pdf> - den 29.08.16

- Planer
- Vejledninger
- Privat retsdannelse.

Retskilder er værdifulde redskaber, som vejleder om, hvordan man bør opføre sig i en given situation. Udover retskildehierarkiet inddrages også forarbejder og lovkommentarer som fortolkningsbidrag.

Den retsdogmatiske metode beskriver, hvordan gældende ret er, altså en metodisk gennemgang af de gældende regler på et givent område⁴. Retsdogmatik er læren om fortolkning og anvendes i denne afhandling til analyse og subjektive fortolkninger af gældende ret. Afhandlingen vil i stor grad beskrive og analysere almindelig lovgivning samt retspraksis og i mindre grad de øvrige retskilder.

Ved anvendelse af gældende lov, lovkommentarer, udkast til direktiver, fortolkende artikler og retspraksis anvendes den retslige polycentri, hvilket betyder, at vi anvender hermeneutikken til at udlede, at der er flere forskellige måder at fortolke gældende ret på.⁵

2.4. Opbygning

I den indledende del bliver emnet præsenteret. Ud fra den indledende emnepræsentation beskrives udfordringen i den valgte problemformulering for det konkrete emne. Der er ikke udarbejdet delspørgsmål eller oplistet problemstillinger indenfor området. Der tages udgangspunkt i en relativt bred problemformulering, hvor de konkrete problemstillinger vil blive præciseret i de forskellige afsnit i opgaven.

Den behandlende del omhandler de analyserende og vurderende dele, hvor der også vil være en blanding af teoretiske og praktiske forhold. Den behandlende del vil i de enkelte afsnit blive inddraget i forlængelse af den indledende del i det omfang, der er sammenhæng og relevans. De behandlende afsnit afsluttes med en fortolkning af de behandlede problemstillinger, som giver anledning til den endelige konklusion i afhandlingen.

⁴ Lone L. Hansen og Erik Werlauff, Den juridiske metode, side 198

⁵ Lone L. Hansen og Erik Werlauff, Den juridiske metode, side 18

2.5. Kildekritik

Der vil blive anvendt flere forskellige kilder i denne afhandling. Der vil blandt andet blive anvendt EU-forordninger, direktiver og nationale love. Disse kan påberåbes af borgerne, hvorfor de vil blive anvendt primært.

Derudover vil diverse bøger blive anvendt. Der bliver taget højde for, at bøger kan bære præg af forfatterens subjektive holdning, hvorfor der kan stilles spørgsmålstegn til nogle af de fortolkningskonklusioner, forfatteren er kommet frem til.

Videnskabelige artikler vil ligeledes blive anvendt, samt artikler fra diverse dagblade, hvor der kan blive taget forbehold for subjektiviteten af disse henvisninger.

Websites vil også blive anvendt. Afhængig af udbyderen af websitet vil der her blive taget forbehold for troværdigheden.

3. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

Maastrichttraktaten er til dato den mest omfattende traktatændring, da den førte til oprettelsen af den Europæiske Union. Efter vedtagelsen blev EU samarbejdet opdelt i tre søjler, hvor første søjle består af det økonomiske samarbejde. Samarbejdet i denne søjle reguleres i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).⁶

Samarbejdet i søjle to og tre reguleres i TEU, som er traktaten om den Europæiske Union. I TEU er der en række bestemmelser, som går på tværs af de tre søjler, hvilket er bestemmelser, der regulerer de overordnede mål og principper for samarbejdet. Jf. TEU artikel 5 omkring grundlæggende principper og beføjelser foreligger der følgende hovedprincipper:

- Legalitetsprincippet
- Proportionalitetsprincippet
- Nærhedsprincippet (subsidiaritetsprincippet)

Legalitetsprincippet betyder, at EU kun kan udstede retsakter og kun har beføjelser indenfor de kompetencer, som medlemsstaterne har afgivet.⁷

Proportionalitetsprincippet betyder, at Unionens handlinger ikke må gå videre end, hvad der er nødvendigt for at opnå målene i Traktaterne.⁸

Nærhedsprincippet betyder, at der på områder, hvor EU ikke har enekompetence, skal der kun udstedes EU-regler i det omfang, at en påtænkt handling ikke udelukkende kan overlades til medlemsstaterne. Det betyder, at harmoniseringen dermed kan indskrænkes til nogle minimumsregler, herunder om fastsættelse af en ny regel kan overlades til medlemsstaterne.⁹

Ifølge den primære EU-ret er der jf. TEUF artikel 18 forbud mod diskrimination eller forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Grundstenen er en uforhindret bevægelighed af varer, arbejdskraft, tjenesteydelser, kapital og erhvervsdrivendes etableringsret. Det skal dog bemærkes, at denne harmonisering af lovgivningen i medlemslandene ikke er målet i sig selv, men hvor målet er at fremme og vedligeholde det indre marked uden indre grænser i mellem medlemsstaterne.

⁶ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten 5. udgave, side 30

⁷ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten 5. udgave, side 89

⁸ <http://www.eu.dk/da/dokumenter/traktaten-eu/afsnit-1/artikel-5>

⁹ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten 5. udgave, side 37

Forbuddet mod diskrimination og forskelsbehandling kommer især til udtryk igennem traktatens regler om etableringsfrihed i artikel 49 og 54, samt reglerne om kapitalens frie bevægelighed i artikel 63. I forlængelse heraf kan der henvises til Erik Werlauffs betegnelse om den 4-dobbelte selskabsfrihed, som Generaladvokaten henviser til i sagen om Centros, en afgørelse som vil blive analyseret senere i afhandlingen:

1. Retten for selskabet til at etablere sig hvor som helst i EU/EØS.
2. Retten for selskabets ejere til at drive virksomhed i en hvilken som helst EU- eller EØS-stat gennem et selskab fra en hvilken som helst (anden) EU- eller EØS-stat.
3. Retten til ved grænseoverskridende etablering at vælge etableringsformen, herunder at vælge mellem f.eks. datterselskab og filial.
4. Retten til efter etableringen at nyde samme rettigheder, som filialstatens egne selskaber mv. har.¹⁰

Da etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed danner grundlaget for en grænseoverskridende fusion, behandles dette både teoretisk og analytisk i kapitlet om afgørelserne fra EF-Domstolen.

3.1. Etableringsfrihed

Som beskrevet er etableringsfriheden grundlaget for en grænseoverskridende fusion, da det er retten til at stifte og udøve virksomhed i en anden EU- eller EØS-stat og drive virksomhed på samme vilkår, som gælder for medlemsstatens egne borgere og virksomheder.¹¹

Der er stor forskel på, om man ønsker at flytte sin virksomhed fra én medlemsstat til en anden medlemsstat, åbne et agentur eller filial eller registrere et datterselskab i en anden medlemsstat. Men uanset hvad kræver det retsgrundlag, hvor der skal sondres i mellem tre lovgivninger. Den ene er lovgivningen i medlemsstaten for virksomhedens stiftelse. Den anden er lovgivningen i den medlemsstat, som virksomheden ønsker at etablere sig i, og til sidst er der den fælles EU-lovgivning.¹²

¹⁰ Erik Werlauff, Selskabsret 9. udgave, side 52-53

¹¹ Gitte Søgaard & Erik Werlauff, Koncernretten, side 103

¹² Alex Fomcenco & Erik Werlauff, Business Law, Europe 1. udgave, side 180-184

Det skal bemærkes, at det fremherskende udgangspunkt for eksistensen af en juridisk person er, at de i modsætning til fysiske personer er skabninger af national ret og eksisterer kun i kraft af forskellige nationale lovgivninger, der bestemmer deres stiftelse og funktion.¹³ Flytning af en virksomhed fra én medlemsstat til en anden er dybest set at ændre sin nationalitet. En sådan indsats kræver tilladelse fra begge medlemslande, som er involveret. Altså oprindelsesmedlemsstaten og den medlemsstat, som virksomheden ønsker at flytte til.

Ændring af statsborgerskab for et selskab, såvel som ændring af statsborgerskab for fysiske personer, er en væsentlig anden sag end at udøve sin etableringsfrihed, hvilket er sikret ved TEUF artikel 49 med hensyn til fysiske personer og TEUF artikel 54 med hensyn til virksomheder eller selskaber.

Udover de forskelle som er nævnt ovenfor, bliver det endnu mere kompliceret, når man skal fastlægge nationaliteten for et selskab, som er et mere kompliceret spørgsmål end for fysiske personer.

Et selskab kan indgå i én medlemsstat, men hvor selskabet har alle sine aktiviteter og hjemsted i en anden medlemsstat. Spørgsmålet er så, hvordan nationaliteten for et selskab kan defineres.

TEUF artikel 49 lyder som følgende:

”Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.”

¹³ EF Dom, Daily Mail, sag 81/87, præmis 19

Og TEUF artikel 54 lyder som følgende:

”Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatreten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje.”

Ifølge ovenstående bestemmelser skal selskaber behandles på lige vilkår som fysiske personer, såfremt følgende krav er opfyldt. Selskabet skal stiftes i overensstemmelse med lovgivningen i den enkelte medlemsstat, og de skal have deres vedtægtsmæssige hjemsted, centrale administration eller hovedforretningssted inden for området i den Europæiske Union.¹⁴

Som tidligere beskrevet ønsker den europæiske lovgivning at fremme den indbyrdes harmonisering af medlemsstaterne for at opnå en mere jævn proces indenfor det indre marked, herunder fri bevægelighed for selskaber. Selskaber kan udøve deres frie etableringsret gennem enten primær etablering eller sekundær etablering.

Primær etablering indebærer overførsel af central styring af et selskab og dermed kontrollen med et selskab til en anden medlemsstat, som udgør en reel og effektiv økonomisk aktivitet.

Sekundær etablering indebærer etablering af kontorer, filialer og agenturer.

Både primær etablering og sekundær etablering er friheder, der er sikret af TEUF. Hverken primær eller sekundær etableringsfrihed indebærer en frihed til at overføre hjemsted, dvs. konvertere til en anden nationalitet.

¹⁴ Alex Fomcenco & Erik Werlauff, Business Law, Europe 1. udgave, side 182

3.1.1. Flytning af ledelsen

Et selskab, der er stiftet i henhold til national lovgivning i en medlemsstat, og har sit hjemsted i denne medlemsstat, som følge af den frie etableringsret som er beskrevet i TEUF artikel 49 og artikel 54, kan flytte sin ledelse til en anden medlemsstat og dermed administrere det pågældende selskab fra værtsmedlemsstaten.¹⁵

Ovennævnte mulighed er ud fra en teoretisk betragtning og skal ses i sammenhænge med registrerings- og hovedsædekriteriet.

3.1.2. Etablering af et kontor

Et selskab, der er stiftet i henhold til national ret i en medlemsstat, kan åbne et kontor i en anden medlemsstat på grund af den frie etableringsret sikret ved TEUF artikel 49 og artikel 54. Et kontor etableret i en anden medlemsstat har ikke status som et selvstændigt juridisk objekt. Det er blot en repræsentation af det pågældende selskab. Kontoret kan tildeles forskellige typer af opgaver, alt afhængig af arten af dets formål. Det er selskabet, som bestemmer formålet med et sådan kontor. Normalt ville formålet være at repræsentere virksomheden og give oplysninger om produkter, men i princippet ikke at foretage nogen aktiviteter, og derfor indgår det ikke i nogen retsakter.

3.1.3. Oprettelse af agentur

Et selskab, der er stiftet i henhold til national ret i en medlemsstat kan etablere et agentur i enhver anden medlemsstat, på grund af bestemmelserne i TEUF artikel 49 og artikel 54. Et agentur, lige såvel som et kontor, er ikke uafhængig fra det selskab, som opretter agenturet. Et agentur har ikke status som en juridisk person. Det er blot en forlængelse af det pågældende selskab. Selskabet fastlægger agenturets pligter og ansvar i overensstemmelse med det ønskede formål, agenturet skal tjene. Normalt vil et agentur tjene det formål at repræsentere selskabet og vil kun have ret til at indgå bindende retsakter, hvis det er udstyret med konkret mandat til

¹⁵ Alex Fomcenco & Erik Werlauff, Business Law, Europe 1. udgave, side 184

at gøre dette. Virksomheden er ansvarlig for agenturets handlinger, medmindre de gennemføres ud over omfanget af udstedelse og mandat.

3.1.4. Oprettelse af en filial

Et selskab, der er stiftet i henhold til national ret i en medlemsstat kan åbne en filial i en anden medlemsstat på grund af den frie etableringsret sikret ved TEUF artikel 49 og artikel 54. En filial er en mere uafhængig enhed, der driver virksomhed i eget navn, men stadig handler på vegne af selskabet. Det er ikke en selvstændig juridisk person. En filial er således en udvidelse af det pågældende selskab. De fleste filialer består normalt af mindre afdelinger af forskellig karakter af det pågældende selskab, der er nødvendige for en væsentlig og effektiv funktion, såsom human ressource, markedsføring, regnskab osv. Typisk på daglig basis, vil en filialdirektør styre filialaktiviteter og vil rapportere direkte til og tage ordrer fra et ledelsesmedlem af hovedkontoret. Besiddelsen af en filial i et andet land giver selskabet mulighed for at være tættere på de lokale omgivelser, hvilket giver vigtig viden om behov og muligheder i virksomheden. Filialer skal registreres i værtslandet, samt hos skatte- og momsmyndigheder. Det er også obligatorisk for en filial at offentliggøre oplysninger om selskabets ejere og aktiviteter.¹⁶

3.1.5. Etablering af et datterselskab

Et selskab, der er stiftet i henhold til national ret i en medlemsstat, og har hjemsted i denne medlemsstat, kan som følge af den frie etableringsret, efter TEUF artikel 49 og artikel 54 etablere et datterselskab i en anden medlemsstat. Et datterselskab er en indbygget juridisk enhed, der er oprettet i en medlemsstat. Det er enten fuldt ejet af moderselskabet eller ejet af flere deltagere i overensstemmelse med opdelingen af selskabets kapital i aktier.

Uanset ejerforholdet er et datterselskab en selvstændig juridisk person med henblik på ansvar, beskatning og regulering. Det besidder retsevne, hvilket vil sige evnen til i eget navn at have rettigheder og forpligtelser af enhver art, handleevne til at indgå kontrakter eller foretage andre retshandlinger. Når et moderselskab ejer et datterselskab i en anden medlemsstat end sin egen,

¹⁶ Alex Fomcenco & Erik Werlauff, Business Law, Europe 1. udgave, side 184

skal moderselskabet følge lovene i den medlemsstat, hvor datterselskabet er registreret og fungerer.

Det betyder, at datterselskabet er skabt med baggrund i medlemsstatens selskabslovgivning og er således forskellig fra moderselskabet, som er skabt med baggrund i dennes medlemsstats selskabslovgivning. Datterselskabet skal dermed følge lovene i den medlemsstat, hvor datterselskabet er stiftet og ikke de love der gælder for moderselskabet.¹⁷

3.2. Kapitalens frie bevægelighed

Kapitalens fri bevægelighed er en integreret del af etableringen af det indre marked, som er en forudsætning for, at der kan ske grænseoverskridende kapitaltilførsler til etablering af virksomheder over landegrænser. Kapitalens fri bevægelighed medvirker også til, at virksomheder kan tiltrække investeringer fra hele EU.¹⁸

Kapitalens frie bevægelighed er traktatsikret ved TEUF artikel 63 og ses som slutstenen på realiseringen af det indre marked. TEUF artikel 63 lyder som følgende:

”1. Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.

2. Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for betalinger mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt”

3.2.1. Sammenhæng til de øvrige de traktatbestemte friheder

Der er en sammenhæng mellem kapitalens frie bevægelighed og de øvrige traktatbestemte friheder. Det ville for eksempel ikke være muligt at realisere varenes frie bevægelighed eller tjenesteydelseernes frie bevægelighed, hvis medlemsstaterne kan opstille forhindringer imod betalingen af disse ydelser. Derudover vil det ikke være muligt at opnå etableringsretten, hvis der

¹⁷ Alex Fomcenco & Erik Werlauff, Business Law, Europe 1. udgave, side 184-186

¹⁸ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen ”EU-retten 2010” side 681

er forhindringer mod overførsel af kapital ved opstart af en virksomhed eller køb af aktier i et udenlandsk selskab.

For at udøve frihedsrettighederne er det nødvendigt at se på de enkelte sagers karakter, da kapitalens frie bevægelighed er et indirekte regelsæt til at opnå de andre frihedsrettigheder. Der kan som eksempel opstå en situation, hvor en aktionær igennem erhvervelse af aktier har ret til at drive et selskab. I dette eksempel ville reglerne efter TEUF artikel 49 skulle anvendes. Hvis aktionæren derimod har erhvervet aktier, som ikke giver kontrol over selskabet, vil det være regler efter TEUF artikel 63, som skal anvendes. Det betyder, at en majoritetsaktionær normalt ikke vil kunne påberåbe TEUF artikel 63, hvad der angår restriktioner, som rammer hans investering eller selve datterselskabet. Det afgørende er, at etableringen er den primære aktivitet, og det forhold, at det indebærer, at datterselskabet skal tilføres kapital, er kun et middel til at drive etablering.¹⁹

3.2.2. Kapitalbevægelser og betalinger

De kapitalbevægelser, som er beskyttet af TEUF artikel 63, er alle lovlige betalingsmidler, såsom kontanter, ihændechecks, værdipapirer, antikviteter og lignende. Arv og gaver er ligeledes omfattet af TEUF artikel 63. Kravet er, at det skal være en grænseoverskridende kapitaloverførsel, men det er underordnet, hvordan overførslen finder sted. Det vil sige, at det ikke er afgørende, om det er imellem to personer, der er bosiddende i hvert sit land, men derimod at overførslen eller bevægelsen har passeret grænsen. Det er dermed heller ikke et krav, at det skal være imellem to forskellige personer, da det ikke er et krav, at kapitalen skifter ejermand.

Det er vigtigt at sondre imellem kapitalbevægelser og betalinger, da det har betydning for om det er TEUF artikel 63, stk. 1 eller stk. 2, der finder anvendelse på transaktionen. Kapitalbevægelser er kendetegnet ved overførsler, som udgør investeringer eller overførsler i forbindelse med lånoptagelse, arv eller gaver. Betalinger er omvendt overførsler, som udgør en modydelse i forbindelse med varekøb eller tjenesteydelser.

¹⁹ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen "EU-retten 2010" side 682

3.2.3. Restriktionsforbud og undtagelser

Det fremgår af TEUF artikel 63, at alle restriktioner på kapitalbevægelser og betalinger forbydes. En restriktion omfatter enhver hindring, som kan afholde en person fra at investere, og dermed anvendes samme brede begreb, som det kendes fra de øvrige friheder. Det er ikke blot hindringer, der rammer selve kapitalbevægelserne, men også hindringer der rammer aktiviteter, der er knyttet til kapitalbevægelsen.

TEUF artikel 63 vedrører både forbud mod restriktioner, der opstår i oprindelseslandet samt bestemmelseslandet. De restriktioner, der typisk er opstået, har været krav om forhåndsgodkendelse, krav om at erhvervede værdipapirer deponeres i en bank eller krav om anvendelse af bestemte valutakurser. Der har ligeledes været regler, der forbyder investering i bestemte udenlandske formuegoder eller regulering imod udenlandske investeringer. Dette strider imod kapitalens frie bevægelighed, da samtlige transaktioner, der er nødvendige for overførslen, er sikret af restriktionsforbuddet. Det står frit for at vælge, hvordan transaktionen skal ske, og opstilles der et krav om, at transaktionen skal gennemføres via en bank, er dette en restriktion. Det er ligeledes en restriktion, hvis visse finansielle teknikker forbydes. Det skal som eksempel være muligt at foretage erhvervelser udover kontantkøb, ved at anvende terminsforretninger eller lignende.

Til TEUF artikel 63 er der også en række undtagelser, som er indeholdt i TEUF artikel 65. Af undtagelsesbestemmelser fremgår det, at medlemsstaterne har ret til at opretholde forskellig beskattning af skatteydere afhængigt af deres bopælssted, eller der hvor kapitalen er investeret, og de har samtidig mulighed for at oprette foranstaltninger, som sikrer, at skattelovgivningen bliver overholdt.

Domstolen fortolker disse undtagelsesbestemmelser som udtømmende, og medlemsstaternes foranstaltninger skal føre til de mindste hindringer for kapitalens frie bevægelighed. Foranstaltningerne må dermed ikke være et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af kapitalens frie bevægelighed. Foranstaltninger kan som eksempel være forbud mod indførelse af bestemte varer, men hvor medlemsstaten ikke har ført det samme forbud i relation til indenlandsk produktion eller indenlandsk handel med netop denne type varer. Dette accepteres

ikke fra Domstolens side, da foranstaltninger dermed alene vil ramme grænseoverskridende overførsler, og der er derfor en forskelsbehandling.²⁰

Ligeså vel som forståelsen for EF-traktatens artikler omkring etableringsfrihed og kapitalens frie bevægelighed er vigtig for forståelsen af EF-Domstolens afgørelser om grænseoverskridende omstruktureringer, er registrerings- og hovedsædekriteriet også essentielle for forståelsen heraf. Etableringsfrihed og kapitalens frie bevægelighed danner grundsten for det 10. selskabsdirektivs bestemmelser omkring grænseoverskridende fusioner, mens registrerings- og hovedsædekriteriet har medvirket til at forme retspraksis fra EF-Domstolen.

²⁰ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen "EU-retten 2010" side 688

4. Registrerings- og hovedsædekriteriet samt flytning af hjemsted

Grundlæggende omhandler registrerings- og hovedsædekriteriet at få determineret, hvilken nationalitet et selskab har, og hvordan selskabets tilhørsforhold egentlig skal bestemmes. Dette betegnes også som selskabsstatutten. Inden fastlæggelse af et selskabs hjemsted, skal der i første omgang tages stilling, til i hvilken henseende der spørges, da der kan være forskel på det selskabsretlige hjemsted og det skatteretlige hjemsted. Et selskab kan i princippet have to hjemsteder, det vedtægtsmæssige og det faktiske. Som hovedprincip gælder følgende til fastlæggelse af et selskabs nationalitet og dermed hjemsted:

- Selskabsretligt gælder der et registreringskriterium
- Skatteretligt gælder der et hovedsædekriterium

Selskabsretligt har selskabet hjemsted i den medlemsstat, hvor det er registreret, og hvor dets eksistens som selskab opstod. Der foreligger dog ikke EU-retligt nogen regulering, som fastsætter et selskabs selskabsretlige hjemsted til den medlemsstat, hvor det er registreret. Retspraksis indenfor området fastsætter i flere afgørelser, at der selskabsretligt gælder et registreringskriterium og, at et hovedsædekriterium ikke kan effektueres. Dog foreligger der samtidig afgørelser, som taler for et hovedsædekriterium. Dette analyseres nærmere efter analysen af de udvalgte afgørelser.

Skatteretligt har selskabet hjemsted i den medlemsstat, hvor det har sit faktiske hovedsæde. Denne medlemsstat vil i de fleste tilfælde være sammenfaldende med placeringen af selskabets ledelse. Her gælder der et hovedsædekriterium.²¹

Der kan være store fordele for selskaber ved at være skattepligtig til det ene land fremfor et andet. Denne afhandling behandler ikke de skattemæssige problemstillinger, men det er vigtigt at have det skattemæssige aspekt in mente, når registrerings- og hovedsædekriteriet behandles.

²¹ Gitte Søgaard & Erik Werlauff, Koncernretten, side 118-119

4.1. Registreringskriteriet

Efter registreringskriteriet, også kaldet inkorporationskriteriet, er det afgørende for et selskabs nationalitet, i hvilket land selskabet er registreret, og dermed hvilken selskabslovgivning dette tilhører.

Registreres et selskab f.eks. hos Erhvervsstyrelsen i Danmark, skal selskabet stiftes og registreres efter den danske selskabslovgivning og vil herefter blive betragtet som et dansk selskab, altså hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted. Det samme vil umiddelbart også gøre sig gældende i de øvrige lande i EU/EØS, der anvender registreringskriteriet.²²

4.2. Hovedsædekriteriet

Efter hovedsædekriteriet er det afgørende for et selskabs nationalitet, i hvilket land selskabet har sit faktiske hovedsæde. Begrebet forekommer ikke kun i dansk lovgivning, man har bl.a. i Tyskland et tilsvarende begreb kaldet ”die Sitztheorie”. Med begrebet faktiske hovedsæde forstås det i den danske lovgivning, som selskabets administrative grundstation, altså hvor selve administrationen, direktionen og eventuelt bestyrelsen har sin daglige gang²³. Dette kriterium bygger derfor på, at et selskab registreres i det land, hvor det har sit faktiske hovedsæde, og at det vedtægtsmæssige hjemsted skal være sammenfaldende hermed. Et selskab, der var stiftet i Danmark og havde sit faktiske hovedsæde i England, ville efter dette kriterium blive betragtet som et engelsk selskab.²⁴

Disse to forskellige kriterier har givet komplikationer og udfordringer omkring afgørelsen af selskabsstatuttet. Dette har bl.a. givet problemstillinger ved, at selskaber i en række sager decideret mistede sin anerkendelse som selvstændigt retssubjekt og dermed også rets- og partsevnen efter nationale lovgivninger. Afgørelser, fortolkninger og bemærkninger hertil vil blive diskuteret senere i afhandlingen.

²² Gitte Søgaard & Erik Werlauff, *Koncernretten*, side 117-118

²³ Selskabsskatteloven § 1, stk. 6

²⁴ Selskabsret, Werlauff 9. udgave, side 57

4.3. Grænseoverskridende flytning af hjemsted

Flytning af hjemsted mellem EU/EØS lande kan være relevant for selskaber af flere årsager. Det 14. selskabsdirektiv omkring grænseoverskridende flytning af hjemsted er endnu ikke eksisterende, og emnet er derfor ikke reguleret Fællesskabsretligt. Analysen vedrørende denne manglende EU-regulering behandles ikke i dette afsnit, men senere i afhandlingen.

Danmark har valgt at førtidsimplementere regler omkring grænseoverskridende flytning af hjemsted fra udkastet til direktivet. Den danske selskabslovgivnings kapitel 16A giver mulighed for at udføre grænseoverskridende flytning af hjemsted til et andet EU/EØS land. En flytning af f.eks. et dansk selskabs hjemsted fra Danmark til Spanien, vil kræve, at den spanske lovgivning giver tilladelse til flytningen. Grænseoverskridende flytning af hjemsted kræver, at der sker flytning af faktisk hovedsæde, da der ikke kan foretages en flytning kun på papiret. En grænseoverskridende flytning af hjemsted fra Danmark til et andet EU/EØS land kræver, at nedenstående formalia overholdes²⁵:

- Udarbejdelse af flytteplan
- Udarbejdelse af flytteredejørelse
- Udarbejdelse af kreditorerklæring (kan fravælges af kapitalejerne)
- Anmeldelsesfrist er senest 4 uger efter underskrivelse af flytteplan
- Gennemførelse kan tidligst ske 4 uger efter offentliggjørelse i Erhvervsstyrelsens IT-system af flytteplanen og kreditorerklæringen, eller fravalg af kreditorerklæring

Muligheden for at foretage en grænseoverskridende flytning af hjemsted mellem to lande i EU/EØS, hvis nationale lovgivning giver mulighed for det, kan være et alternativ til en grænseoverskridende fusion. Først foretager man en grænseoverskridende flytning af hjemsted til det pågældende land, herefter foretages der en national fusion mellem de to selskaber, som nu har samme hjemsted, og på den måde har man slået to selskaber sammen, uden at foretage en grænseoverskridende fusion. Dette er, grundet det manglende 14. selskabsdirektiv, kun en mulighed, hvis den modsatte medlemsstat ligeledes har førtidsimplementeret reglerne omkring grænseoverskridende flytning af hjemsted fra udkastet til direktivet.

²⁵ Erhvervsstyrelsen, Vejledning om grænseoverskridende flytning af hjemsted, udg. december 2013

Vores vurdering er dog ikke, at denne mulighed skal anvendes fremfor en grænseoverskridende fusion, da den administrativt kræver mere arbejde både med en grænseoverskridende flytning og efterfølgende national fusion. De skatteretlige konsekvenser af en grænseoverskridende flytning af hjemsted kontra en grænseoverskridende fusion vil ligeledes skulle tages i betragtning i denne situation.

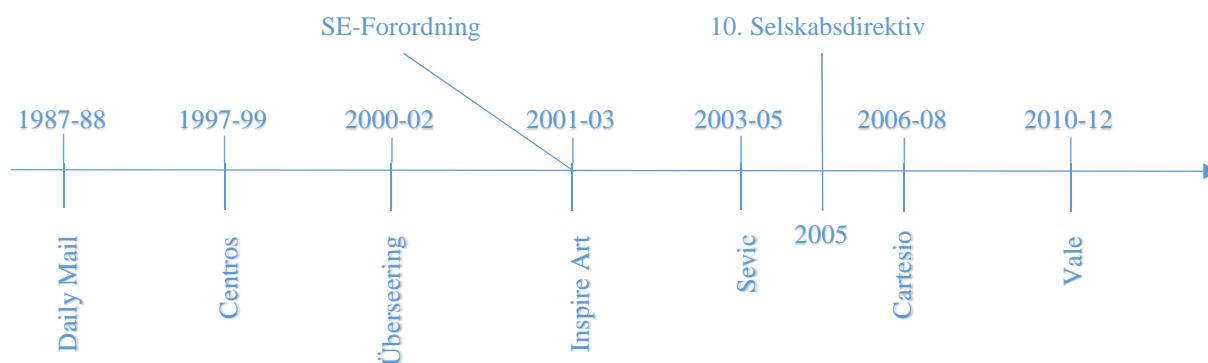
Gennemgangen af ovenstående grundlæggende begreber er nødvendig for forståelsen af den retspraksis, der har udviklet sig indenfor omstruktureringer på tværs af landegrænser i EU. I de efterfølgende afsnit behandles retspraksis for en række udvalgte afgørelser med en redegørelse og fortolkning af betydningen herfor.

5. Afgørelser der har formet retspraksis hos EF-Domstolen

Der foreligger en række afgørelser, som har fået stor betydning for det retlige samspil mellem EU-retten i forhold til selskabsstatuttet og national selskabsret. Det er ikke usædvanligt, at selskaber står overfor nogle juridiske udfordringer på baggrund af de forskellige nationale lovgivninger i medlemsstaterne. Der er på baggrund heraf et antal væsentlige sager, som danner præcedens vedrørende grænseoverskridende udfordringer. Afgørelserne, der indenfor dette retsområde rettes særligt fokus på, kan listes op som følgende:

- Sag 81/87, The Queen mod H. M. Treasury og Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail og General Trust plc.
- Sag C-212/97, Centros Limited mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen
- Sag C-208/00, Überseering BV mod Nordic Construction Company Baumanagement GmbH
- Sag C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mod Inspire Art Ltd.
- Sag C-411/03 SEVIC Systems AG mod den tyske lov om selskabsomdannelse "Umwandlungsgesetz"
- Sag C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt. mod Szegedi Ítélotábla
- Sag C-378/10, Vale Építési kft mod Legfelsőbb Biróság

Sagerne benævnes efterfølgende som hhv. Centros, Überseering, Inspire Art, Daily Mail, Cartesio, Vale og Sevic. Disse sager vil i de efterfølgende afsnit blive gennemgået, hvor der vil blive lavet en redegørelse for indholdet og problemstillingerne i sagerne, hvorefter der vil blive diskuteret og fortolket på sagernes afgørelse.



Figur 1 - Egen tilvirkning

5.1. Sag 81/87 Daily mail - afgørelsen

Daily Mail var et engelsk selskab, som ønskede at flytte sit hovedsæde og dermed administration til Holland uden at miste selskabets status som juridisk person eller ophøre med at være et selskab i England. Selskabsretligt var det muligt, da både England og Holland benyttede registreringskriteriet, men det krævede samtidigt tilladelse fra Det Forenede Kongeriges Skatteministerium. Ifølge præmis 7 i afgørelsen blev det klart fastslået, at hovedformålet med overførslen var at opnå en skattemæssig fordel, da Daily Mail ønskede at sælge en væsentlig del af sine ikke-permanente aktiver, hvor udbyttet fra salget ville blive anvendt til at købe egne aktier uden at skulle betale engelsk skat. I Holland ville det alene være eventuelle kapitalgevinster optjent efter flytning, som ville blive beskattet.

Selskabet var af den opfattelse, at TEUF artikel 49 og 54 i EF-traktaten gav rettigheden til at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat uden forudgående tilladelse eller ret til at opnå en sådan tilladelse uden betingelser.

High Court of Justice valgte at udsætte sagen og forelagde EF-Domstolen følgende spørgsmål:

- 1) *Er EOEf-Traktatens artikler 52-58 til hinder for, at en medlemsstat forbyder en juridisk person med hovedsæde i denne medlemsstat uden forudgående samtykke eller tilladelse at flytte hovedsædet til en anden medlemsstat under den ene eller begge omstændigheder, nemlig når:*
 - a) *Betaling af skat af fortjenester eller indtægter, som allerede er opstået, kan undgås;*
 - b) *Når skat, som kunne være blevet pålignet, såfremt selskabet havde opretholdt sit hovedsæde i denne medlemsstat, ville blive undgået, såfremt selskabet flyttede sit hovedsæde;*
- 2) *Giver Rådets direktiv 73/148/EUEF en juridisk person med hovedsæde i en medlemsstat ret til uden forudgående samtykke eller tilladelse at flytte hovedsædet til en anden medlemsstat under de i spørgsmål 1) angivne omstændigheder? I bekræftende fald, er de relevante bestemmelser umiddelbart anvendelige i dette tilfælde?*

- 3) *Hvis der kan kræves forudgående samtykke eller tilladelse, kan en medlemsstat da nægte tilladelse af de i spørgsmål 1) angivne grunde?*
- 4) *Gør det nogen forskel, at der i henhold til medlemsstatens relevante retsregler ikke kræves tilladelse til, at en fysisk person eller et firma flytter sin bopæl eller sit hovedsæde til en anden medlemsstat?*

I dette tilfælde blev EF-Domstolen stillet overfor en regel om oprindelsestilstand, der hindrede overførsel af selskabets hovedsæde til en anden medlemsstat. I dommen bemærkede Domstolen, at bestemmelserne skal sikre, at udenlandske statsborgere og selskaber behandles efter lige vilkår som landets egne statsborgere, og skal samtidig forbyde oprindelsesmedlemsstaten at etablere restriktioner mod, at egne borgere og selskaber etablerer sig i en anden medlemsstat.

Endvidere udtalte Domstolen, at retten til etablering generelt udøves ved oprettelsen af agenturer, filialer eller datterselskaber eller ved at deltage i stiftelsen af et selskab i en anden medlemsstat. I forbindelse med ovenstående blev det redegjort, at bestemmelserne ifølge engelsk lovgivning ikke pålagde restriktioner på sådanne selskaber og stod heller ikke i vejen for en hel eller delvis overdragelse af aktiviteterne i et selskab stiftet i England til et nystiftet selskab i en anden medlemsstat efter afviklingen af den skattemæssige situation for det engelske selskab. Det Forenede Kongeriges Skatteministeriums tilladelse var kun for selskaber, der ønskede at overdrage sit hovedsæde til en medlemsstat, men samtidig bevare sin status som en juridisk person i England.

Domstolen erklærede, at i modsætning til fysiske personer er selskaber skabninger af loven og den nuværende tilstand af fællesskabsretten, national retsorden, og eksisterer kun i kraft af de forskellige nationale lovgivninger.

Retten konkluderede derfor, at den frie etablering ikke giver selskaber rettigheder til at flytte deres hovedsæde og hovedkontor til en anden medlemsstat samtidig med opretholdelse af status som juridisk person i den medlemsstat, hvor selskabet er stiftet. Dermed accepterede Domstolen medlemsstatens nægtelse af overførsel af administrationskontoret.

Domstolens endelige dom i sagen lød således:

Vedrørende de spørgsmål, som er forelagt af High Court of Justice, Queen's Bench Division, ved kendelse af 6. februar 1987, for ret:

- 1) *Traktatens artikler 52 og 58 skal fortolkes således, at de ikke på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin giver et selskab, som er stiftet i henhold til lovgivningen i en medlemsstat, hvor selskabet ifølge sine vedtægter har hjemsted, nogen ret til at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat.*
- 2) *Rådets direktiv 73/148 af 21. maj 1973 om ophævelse af rejse- og opholdsbegrænsninger inden for Fællesskabet for statsborgere i medlemsstaterne med hensyn til etablering og udveksling af tjenesteydelser skal fortolkes således, at dets bestemmelser ikke giver et selskab ret til at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat.*

5.1.1. Fortolkning og dommens betydning

Det er ubestrideligt, at Daily Mail er en vigtig dom i forhold til spørgsmålet om etableringsfrihed og retten til at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat. Sagen beviste nemlig, at det ikke altid er muligt at påberåbe etableringsretten og slet ikke for selskaber.

Som tidligere beskrevet giver TEUF artikel 49 mulighed for, at fysiske personer kan etablere sig i hele EU på lige vilkår med medlemsstaternes statsborgere uden restriktioner. Det samme gør sig i teorien gældende for juridiske personer ifølge TEUF artikel 54. Når der her refereres til teorien er det fordi, der for selskaber ikke er den samme harmonisering vedrørende flytning af hjemsted som ved fysiske personer. Domstolen beskriver i sin afgørelse, at selskaber kun eksisterer i kraft af de forskellige nationale lovgivninger, som er bestemmende for deres stiftelse og funktion. Det er dermed sagt, at juridiske personer mangler muligheden for at benytte etableringsretten til flytning af selskabets vedtægtsmæssige hjemsted. Dette skyldes dog ikke etableringsretten ifølge den direkte fortolkning af lovteksten men skyldes desværre, at eksistensen for selskaber ikke kan harmoniseres over landegrænser.

Etableringsretten har dermed i praksis ikke gjort det muligt at udnytte den primære etablering for juridiske personer. Dog er det en interessant betragtning, om Domstolen var kommet frem til en anden afgørelse, såfremt flytningen ikke var for at opnå en skattemæssig fordel. Samtidig er det også en interessant betragtning, om Holland på en eller anden måde havde modsat sig

flytningen eller opstillet krav, hvis denne var blevet accepteret af England. Men denne situation blev aldrig aktuel i Daily Mail sagen.

Med baggrund i ovenstående danner denne sag derfor grundlag for en lang række andre afgørelser vedrørende etableringsretten for juridiske personer.

5.2. Sag C-212/97 Centros Ltd. - afgørelsen

Centros Limited var et selskab der blev stiftet i England i 1992 af et dansk ægtepar, Tonny og Marianne Bryde, som havde bopæl i Danmark. I 1992 anmeldte selskabet en dansk filial til Erhvervsstyrelsen, dengang benævnt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Anmeldelsen af filialen skete i overensstemmelse med det 11. selskabsdirektiv om udenlandske filialer. Erhvervsstyrelsen nægtede at registrere filialen grundet manglende oplysning om, hvorfra selskabet rent faktisk drev sin hovedvirksomhed fra, og betvivlede derfor, om der var tale om hovedetablering i Danmark. Altså mente Erhvervsstyrelsen, at Centros ikke blot ville etablere en filial i Danmark og samtidig drive hovedvirksomheden i England.

Centros mente, at selskabet opfyldte betingelserne for registrering af en filial af et udenlandsk selskab i henhold til daværende anpartsselskabslov. Samtidig mente selskabet, at det var uden betydning for etableringsretten, at der ikke blev drevet erhvervmæssig virksomhed i England efter stiftelsen. Det blev ikke forsøgt skjult overfor medkontrahenter eller overfor kreditorer, at der var tale om en dansk filial af et engelsk kapitalselskab.

I Landsretten fik Erhvervsstyrelsen medhold i at nægte registrering for filialen. Begrundelsen var, at der var tale om omgåelse af den daværende anpartsselskabslovs mindstekrav til kapitalens størrelse. En begrundelse, der også anvendtes, var beskyttelse af kreditorer, herunder de offentlige. Landsretten forelagde ikke sagen præjudicielt for EF-Domstolen, og Landsretten argumenterede med, at etableringsretten ikke kunne være en hindring mod, at staten ville undgå forsøg på omgåelse af dennes lovgivning.

Landsretten anvendte to domme fra EF-Domstolen som støttepunkt i argumentationen. Den første dom fastslog, at et af de væsentligste kendetegn ved en filial er, at denne er underlagt hovedvirksomhedens ledelse og kontrol²⁶. Den anden dom fastslog, at en medlemsstat ikke

²⁶ EF dom af 6. oktober 1976, sag 14/1976

kunne nægtes retten til at træffe foranstaltninger, som kunne forhindre, at de i EF-Traktaten garanterede friheder kunne udnyttes²⁷.

Efter Landsrettens afgørelse ankede Centros sagen til Højesteret, da selskabet mente, at de havde opfyldt kravene til registrering af en filial af et udenlandsk selskab jf. den daværende anpartsselskabslovs betingelser. Centros mente, at det var uden betydning for retten til fri etablering, at selskabet ikke havde drevet erhvervsmæssig virksomhed i stiftelsesstaten. Højesteret beslutter, at sagen udsættes, og fremsætter samtidig et præjudicielt spørgsmål for EF-Domstolen der lød således:

”Er det foreneligt med EF-traktatens artikel 52, jf. artikel 58 og artikel 56, at nægte registrering af en filial af et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, og som med en selskabskapital på 100 GBP (ca. 1 000 DKK) er lovligt stiftet og bestående i henhold til denne medlemsstats lovgivning, når selskabet ikke selv driver erhvervsmæssig virksomhed, men filialen ønskes oprettet for at drive hele virksomheden i det land, hvor filialen oprettes, og fremgangsmåden må anses for benyttet i stedet for stiftelse af et selskab i sidstnævnte medlemsstat med henblik på at undgå indbetaling af en mindste selskabskapital på 200 000 DKK, nu 125 000 DKK?”

Det kan dermed tolkes, at det primære spørgsmål i denne sag går på, om der er tale om misbrug eller omgåelse af den danske lov om selskabsstiftelse ved at stifte et tomt udenlandsk selskab og derigennem drive hovedaktiviteten i Danmark. Den danske regering argumenterede for, at reglerne om etableringsretten ikke kunne anvendes, da der var tale om et internt forhold mellem to danske statsborgere og regeringen. De mente derfor ikke, at sagen var relevant i forhold til et grænseoverskridende element, som berøres af fællesskabsretten og etableringsfriheden.

EF-Domstolen fastslog, at Traktatens regler om etableringsfrihed gjaldt i denne situation. Dette blev begrundet med, at et selskab i en fremmed medlemsstat, der ønsker at etablere en filial i en anden medlemsstat, ikke måtte hindres jf. Traktatens bestemmelser, uanset at selskabet alene drev erhvervsaktivitet i filialen. Det betød, at Domstolen fastslog, at TEUF artikel 43 (49) og 48 (54) gjaldt, selv hvis det udenlandske kapital-selskab blev stiftet kun med det formål at

²⁷ EF dom af 5. oktober 1994, sag C-23/1993

undgå den nationale lovgivning om kapitalkrav for danske kapitalselskaber. Det blev konkretiseret, at dette forhold i sig selv ikke udgjorde et misbrug af etableringsretten.

Domstolen henviste til en tidligere afgørelse, hvor en hollænder ved navn Hr. Segers drev sin virksomhed gennem et engelsk moderselskab, som ingen aktivitet havde med et hollandsk datterselskab. Hr. Segers blev syg og ville gerne dækkes af den nationale sygdomsforsikringsordning. Han blev nægtet af den årsag, at selskabet ikke blev tolket som hollandsk, men som engelsk. Samtidig betvivlede den hollandske regering underordningsforholdet mellem ham som direktør og arbejdsgiver. EF-Domstolen fastslog i denne sag, at dette forhold var i strid med det generelle diskriminationsforbud og etableringsfrihedsreglerne. Derved kan det tolkes således, at Domstolen vurderer, om et forhold i en medlemsstat rammer alle udenlandske selskaber, og der dermed sker forskelsbehandling. I en sådan situation vil Domstolen ikke acceptere nationale foranstaltninger, som hindrer en ligebehandling²⁸.

Det blev fra Domstolens side slået fast, at en medlemsstat har ret til at træffe foranstaltninger, der skal hindre, at medlemsstatens statsborgere gennem misbrug af traktatens muligheder forsøger at unddrage egen nationale lovgivning. En medlemsstat må således gerne forsvare sig imod misbrug eller svigagtige forhold. Der kan dog ikke udarbejdes nogle generelle restriktioner imod dette, da disse forhold til enhver tid vil skulle afgøres ud fra en konkret vurdering i den enkelte situation.

Domstolen fastslår ligeledes i afgørelsen, at det står den erhvervsdrivende frit for at vælge, hvilken medlemsstats selskabsret der er mest anvendelig for virksomheden, og etablere sig i dette land, uanset hvorfra virksomheden reelt set blev drevet. Samtidig blev det altså fastslået, at på de områder, hvor der endnu ikke var sket harmonisering, måtte der gælde en fri konkurrence mellem de enkelte medlemsstaters selskabslovgivning.

Erhvervsstyrelsen nægtede som tidligere nævnt at registrere Centros' danske filial med den primære begrundelse at sikre offentlige kreditorer. Dette var ikke acceptabelt for Domstolen, men Domstolen ville dog acceptere sådanne nationale foranstaltninger mod omgåelse, og som dermed kunne hindre den frie etableringsret, hvis fire betingelser blev opfyldt:

- *”Foranstaltningerne skal anvendes uden forskelsbehandling”*
- *”Foranstaltningerne skal begrundes i tvingende samfundsmæssige hensyn”*

²⁸ EF 79/85, sag om Segers

- ”Foranstaltningerne skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af de formål, de følger”
- ”Foranstaltningerne må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt, for at opnå formålet”

Der blev hertil også henvist til tidligere afgørelser, hvor disse betingelser var blevet fastslået. Her kan bl.a. nævnes sag C-19/92 Kraus og sag C-55/94 Gebhard. Betingelserne var jf. Domstolen ikke opfyldt i Centros sagen, og samtidig henviste Domstolen til, at Centros tydeligt fremgik som et engelsk kapitalselskab og ikke som et dansk. Herved var det åbenlyst for kreditorerne, at dette selskab hørte under en anden lovgivning end den danske, hvorved nationaliteten ikke blev forsøgt skjult for kreditorerne. Dette har efter al sandsynlighed også haft indflydelse på Domstolens vurdering af, at der ikke var tale om et svigagtigt forhold i forbindelse med Centros' ønske om at oprette en filial i Danmark.

Domstolens endelige dom i sagen lød således:

”EF-Traktatens artikel 52 (tidl. 43 og nu 49) og 58 (tidl. 48 og nu 54) er til hinder for, at en medlemsstat nægter registrering af en filial af et selskab, som er stiftet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, hvor det har sit hjemsted, men ikke driver erhvervmæssig virksomhed, når filialen ønskes oprettet, for at selskabet kan drive hele sin virksomhed i den stat, hvor filialen oprettes, således at det undgås at stifte et selskab i sidstnævnte stat og derigennem, at de i denne stat gældende regler om stiftelse af selskaber, som er strengere med hensyn til indbetaling af en mindste selskabskapital, finder anvendelse. Denne fortolkning udelukker dog ikke, at den pågældende medlemsstats myndigheder kan træffe enhver foranstaltning, som er egnet til at hindre svigagtige forhold eller som består i, at der kan pålægges sanktioner i de med den medlemsstat, hvori selskabet er stiftet, eller over for selskabsdeltagerne i tilfælde, hvor det godtgøres, at de gennem stiftelse af et selskab reelt søger at unddrage sig deres forpligtelser over for private eller offentlige kreditorer på den pågældende medlemsstats område.”

5.2.1. Fortolkning og dommens betydning

Rækkevidden af denne afgørelse bemyndigede sig i spørgsmålet og diskussionen om, hvorvidt hovedsædekriteriet kunne opretholdes som kriterie til fastlæggelse af et selskabs nationalitet. Godt nok blev sagen ført mellem to medlemsstater, som anvendte registreringskriteriet, men i netop denne sag afveg Danmark fra dette og ville anvende hovedsædekriteriet overfor Centros grundet manglende udførelse af erhvervmæssig virksomhed i registreringsstaten.

Der blev fra forskellige forfattere argumenteret både for og imod, at afgørelsen skulle have betydning for hovedsædekriteriets forenelighed med Fællesskabsretten. Tyske forfattere argumenterede for, at afgørelsen ikke havde betydning herfor med baggrund i, at samtlige medlemsstater ved EF-traktatens vedtagelse benyttede hovedsædekriteriet, og at der dermed var en implicit anerkendelse af kriteriet. Derfor argumenteredes der for, at den internationale privatret og dermed den internationale selskabsret ikke var omfattet af EF-traktaten, og dermed skulle være resistent herfor.

Efter retskildelæren og princippet om *lex superior* har Fællesskabsretten forrang for national ret. Den internationale privatret er dog ikke direkte omfattet af traktatens bestemmelser, men skal til enhver tid fortolkes EU-konformt, hvilket i sidste ende betyder, at Fællesskabsretten bestemmer.

I den sammenhæng, at sagen, som ovenfor nævnt, vedrørte to medlemsstater med registreringskriteriet som grundprincip, argumenterede en række forfattere også for, at afgørelsen kun havde betydning for medlemsstater, der benyttede dette kriterium. Dermed at afgørelsen var uden betydning for medlemsstater med hovedsædekriteriet som grundprincip. Dette blev begrundet ved, at en hovedsædestat slet ikke anerkender stiftelsen af et udenlandsk registreret selskab, som har flyttet sit faktiske hovedsæde hertil, hvorved der slet ikke skulle være tale om et selskab, der er omfattet af etableringsfriheden.

Denne tankegang om, at nogle medlemsstater skulle være påvirket af afgørelsen i denne sag, mens andre medlemsstater ikke skulle være det, strider imod de grundlæggende principper bag Fællesskabsretten. Jf. EF-traktatens artikel 234 havde, grundet Fællesskabsrettens formål om at skabe ensartet retsstilling i EU, alle landes nationale domstole pligt til at forelægge EF-domstolen spørgsmål, som vedrørte Fællesskabsretten. Hvis dette argument om, at medlemsstater med hovedsædekriteriet som grundprincip ikke skulle berøres af denne afgørelse, holdt, ville

Danmark i princippet kunne ændre grundprincip til hovedsædekriteriet og dermed nægte registrering af filialen. Herfor ses det også i afgørelsen, at Domstolen slet ikke tager stilling til spørgsmålet om anvendelsen af kriterie, da dette ville skabe en ulig vægtfordeling mellem medlemsstaterne.²⁹

Hvis hovedsædekriteriet fortsat ville kunne håndhæves efter Centros afgørelsen, kunne medlemsstaterne, der anvendte registreringskriteriet som grundprincip, have en interesse i at skifte til hovedsædekriteriet. Konsekvenserne af dette ville umiddelbart være, at selskabers muligheder for grænseoverskridende aktiviteter ville blive yderligere begrænset end førhen, hvilket må forventes ikke at have været hensigten.³⁰

At afgørelsen i Daily Mail sagen ikke blev nævnt i Centros afgørelsen blev af mange forfattere tolket som en slags godkendelse af hovedsædekriteriet. Daily Mail problemstillingen handlede ikke om en godkendelse af hovedsædekriteriet selskabsretligt, men skatteretligt. Samtidig var det i Daily Mail sagen en problemstilling om primær etablering, der var tale om, mens der i Centros sagen var tale om sekundær etablering. Derfor kunne en henvisning til denne sag ikke anvendes som argument i Centros dommen.³¹

En håndhævelse af hovedsædekriteriet kunne efter Centros dommen ikke forsvares. Dette kriterie var selskabsretligt ikke i overensstemmelse med Fællesskabsrettens ret til fri etablering og udgjorde en diskrimination af udenlandske selskaber, der ønskede at etablere sig. Afgørelsen fik nok flere til at konkludere, at en yderligere harmonisering af international selskabsret nu ikke var nødvendig for at fremme selskabers mulighed for at foretage grænseoverskridende aktiviteter. Det var dog ikke tilfældet, da hovedsædekriteriet ikke blev sænket fuldstændigt efter afgørelsen, mens afgørelsen fortsat ikke havde åbnet for selskabers mulighed for at foretage grænseoverskridende fusioner eller at operere med datterselskaber i flere medlemsstater. Man forventede på daværende tidspunkt derfor fortsat, at der skulle udarbejdes et 10. selskabsdirektiv omkring grænseoverskridende fusioner (er udarbejdet), et 14. selskabsdirektiv omkring selskabers grænseoverskridende flytning af hjemsted (ikke udarbejdet) og en forordning om et europæisk selskab (er udarbejdet).

²⁹ Søren Friis Hansen: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003:4, side 432-437

³⁰ Karsten Engsig Sørensen: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2, side 103

³¹ Søren Friis Hansen: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003:4, side 437

Afgørelsen åbnede også op for tankerne omkring yderligere harmonisering af selskabsretten vedrørende øvrige forhold som f.eks. mindstekrav til selskabskapital for anpartsselskabstypen til sikring af kreditorbeskyttelse, arbejdstagerrepræsentation, ledelsesansvar og minoritetsrettigheder.³²

Centros afgørelsen fik hermed sat misbrug og svigagtig ageren i perspektiv. Det måtte ud fra afgørelsen konkluderes, at sådanne forhold kun eksisterede i helt særlige tilfælde, som skulle vurderes konkret og individuelt.³³ Afgørelsen må således tolkes som første punktering for medlemsstaterne, der forsøgte at opretholde hovedsædekriteriet som kriterium for fastlæggelse af et selskabs nationalitet. Dog var flere forfattere og juridiske forskere som tidligere nævnt ikke enige om skæbnen for hovedsædekriteriet og mente, at denne krævede yderligere afprøvning i den europæiske retspraksis.

Denne afprøvning viste sig i sagen om Überseering.

5.3. Sag C-208/00 Überseering BV – afgørelsen

Überseering BV var et hollandsk selskab stiftet og registreret i Holland den 22. august 1990. Selskabet købte den 6. oktober en grund i Düsseldorf, som selskabet skulle anvende til erhvervs-mæssigt formål. På grunden var der en garagebygning og et motel. Selskabet overlod ved oprettelse af en hovedentreprisekontrakt den 27. november 1992 renoveringen af garagebygningen og motellet til selskabet Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (herefter NCC). Der blev efter renoveringens færdiggørelse konstateret fejl og mangler i malerarbejdet, hvilket Überseering gør gældende. I 1994 køber to tyske statsborgere samtlige anparter i Überseering BV. Überseering forsøger forgæves at få NCC til at udbedre de mangler, der blev konstateret i forbindelse med renoveringen, men da dette ikke blev bragt i orden, måtte Überseering i 1996 lægge sag an mod NCC i Landgericht Düsseldorf. Der blev krævet erstatning på 1.163.657,77 D-mark.

Landgericht Düsseldorf afviste sagen, det samme stadfæstede Oberlandesgericht efter Überseerings anke. Sagen blev afvist med den begrundelse, at selskabet havde forlagt sit faktiske hovedsæde som følge af, at to tyske statsborgere havde købt anparterne. Oberlandesgericht fandt,

³² Karsten Engsig Sørensen: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2, side 105-106

³³ Karsten N. Olesen & Troels M. Lilja: Domsanalyse, 1. udgave 2012, side 169-170

at Überseering som et hollandsk selskab ikke havde rets- og partsevne i Tyskland. Sagsanlægget kunne derfor ikke tages til behandling. Überseering indbringer herefter sagen til afprøvning i Bundesgerichthof, den tyske højesteret, med henblik på at få sagen videre afprøvet i forhold til Fællesskabsretten. Bundesgerichthof vælger at udsætte sagen og forelægge EF-Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

”1) Skal artikel 43 EF (49) og 48 EF (54) fortolkes således, at det er i strid med etableringsfriheden for selskaber, hvis retsevnen og partsevnen for et selskab, der er gyldigt stiftet efter en medlemsstats ret, bedømmes efter retten i den stat, hvortil selskabet har forlagt sit faktiske hovedsæde, og hvis det følger af denne ret, at selskabet ikke længere dér kan gøre krav i henhold til kontrakt gældende for domstolene?

2) Såfremt Domstolen besvarer dette spørgsmål bekræftende:

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

Bundesgerichthof spørger således meget konkret efter, hvordan et selskabs nationalitet skal bestemmes under Fællesskabsretten. Det ønskes oplyst, om det er i strid med etableringsretten, at et selskab, der har forlagt sit faktiske hovedsæde til Tyskland men er stiftet i Holland, ikke har rets- og partsevne i en sag omkring misligholdelse af et kontraktforhold i Tyskland.

Til disse spørgsmål modtog Domstolen indlæg fra flere medlemsstater. Indlæg der var til fordel for NCC kom fra bl.a. Tyskland, Spanien og Italien (NCC-gruppen), mens indlæg der var til fordel for Überseering kom fra bl.a. Holland, England og Kommissionen (Überseering-gruppen). Flere af medlemsstaternes indlæg anvendte den daværende EF-traktats artikel 293 (ophævet) i deres fortolkning, da denne i sit tredje led havde følgende ordlyd:

”- gensidig anerkendelse af de i artikel 48 (54), stk. 2, nævnte selskaber, opretholdelse af et selskabs status som juridisk person i tilfælde, at dets hjemsted forlægges fra et land til et andet og mulighed for sammenslutning af selskaber, som er underkastet forskellige nationale lovgivninger”³⁴

³⁴ Traktat om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (konsolideret udgave 2006), artikel 293

Det betød, at flere medlemsstater kom frem til, at etableringsretten ikke omfattede retten til at forlægge sit faktiske hovedsæde. Dette krævede, at medlemsstaterne skulle indgå en særlig konvention, hvilket indtil da ej eksisterede. Der blev lagt vægt på, at et selskab mister sin status som juridisk person ved forlæggelse af sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat. NCC-gruppen mente ikke, at dette udgjorde en restriktion mod etableringsretten, da selskabet havde mulighed for at lade sig stifte på ny. Det blev samtidig bemærket, at de eneste rettigheder etableringsfriheden beskyttede, er retten til nystiftelse og retten til sekundær etablering.

NCC, Tyskland, Italien og Spanien henviste i sagen bl.a. også til afgørelsen i Daily Mail. Dette på trods af at det anerkendtes, at denne sag ikke helt behandlede samme problemstilling. Sagen omhandlede en primær flytning af faktisk hovedsæde fra England til Holland grundet en mildere beskatning i forbindelse med salg af nogle aktiver, men ville fortsat beholde status som et engelsk selskab. Der blev argumenteret for sammenlignelige forhold mellem de to sager med hensyn til etableringsrettens udøvelse og forlæggelse af faktiske hovedsæde mellem to medlemsstater.

Modargumenterne fra Überseering-gruppen gik på, at sagen om Daily Mail ikke kunne anvendes som støttepunkt, da der i denne sag var tale om konsekvenserne i den medlemsstat, hvor selskabet var stiftet, og derfor ikke kan bruges som argument for konsekvenserne i værtsmedlemsstaten. Überseering-gruppen henviste i stedet for til Centros-dommen, da denne sag omhandlede behandlingen af et selskab i værtsmedlemsstaten, hvor selskabet var stiftet i en anden stat end denne. Det samme gjaldt i denne sag, hvor man faktisk nægtede selskabet at have retsevne, hvorved det ikke kan fungere, grundet forlæggelse af det faktiske hovedsæde til Tyskland i forbindelse med to tyskeres køb af anparterne.

Domstolens første bemærkning til sagen i præmis 52 gik på, at i det tilfælde et selskab som var lovligt stiftet i en medlemsstat, hvor det også havde sit vedtægtsmæssige hjemsted, og som herefter forlagde sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat grundet salg af anparterne til fysiske personer med bopæl og statsborgerskab i den anden medlemsstat, ville dette forhold falde ind under EF-traktatens bestemmelser om etableringsretten.

Det blev i præmis 56 og 57 fra Domstolens side præciseret, som også tidligere, at selskaber indenfor Fællesskabet har ret til at udøve virksomhed i en anden medlemsstat jf. TEUF artikel 43 (49) og 48 (54). Samtidig at nationaliteten af et selskab skulle bestemmes efter samme praksis som ved fysiske personer. Tilknytning til en medlemsstats retssystem bestemmes ud fra

placering af det vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed. Domstolen støttede sin dom i Centros sagen på dette grundlag.

Præmis 60 fastslår, at det ikke er nødvendigt med en særlig konvention som tidligere nævnt. Selskaberne i medlemsstaterne er sikret fuld virkning af etableringsfriheden ved TEUF artikel 43 (49) og 48 (54). Videre i præmis 62 og 64 lukker Domstolen mere eller mindre diskussionen omkring at Daily Mail afgørelsen skulle kunne sammenlignes og have betydning for denne sag. Samtidig blev det i præmis 63 fastlagt, at Überseering aldrig havde haft intentioner om at forlægge sit hjemsted til Tyskland. Selskabets retlige eksistens i Holland var aldrig blevet betvivlet, og der var ikke gjort nogen form for indledende skridt for at opløse selskabet i stiftelsesstaten, hvorfor dette ansås fortsat at være et gyldigt stiftet selskab.

Domstolen konkluderer i præmis 70, at det skal være muligt for en medlemsstat at pålægge restriktioner mod et selskab, som er registreret i denne medlemsstat, mod at flytte deres faktiske hjemsted væk fra stiftelsesstaten, hvis dette selskab fortsat ønskede at opretholde status som juridisk person i stiftelsesstaten. Men fortsat blev der ikke taget stilling til problemstillingen omkring ufrivillig forlæggelse af faktisk hovedsæde, som var hovedsagen.

Det blev af Domstolen vurderet i præmis 73, at det faktum, at Überseering skulle have mistet sin rets- og partsevne i Tyskland som følge af forlæggelsen af faktisk hovedsæde til denne stat ikke kunne udledes af Daily Mail afgørelsen. Frem til præmis 77 blev det diskuteret, hvorvidt Überseering havde mistet retten til at påberåbe sig etableringsfrihed som følge af manglende tilknytning til en medlemsstats økonomi, denne påstand var der ikke hold i.

I præmis 78-82 behandles problemstillingen om, hvorvidt den tyske lovgivning kan kræve, at et selskab i Überseerings sted er nødsaget til at foretage nystiftelse i denne medlemsstat for at opnå rets- og partsevne i den nationale domstol, eller om dette er en restriktion mod etableringsretten. Domstolen konkluderede som følgende:

- Det havde ingen betydning, at selskabskapitalens nye ejere var tyske statsborgere
- Selskabet havde ikke mistet sin status som juridisk person i stiftelsesstaten
- Kravet om nystiftelse var en restriktion mod etableringsretten

Den tyske regering forsøgte i præmis 83-90 at argumentere imod og gjorde subsidiært gældende, at restriktionen i forbindelse med anvendelse af hovedsædekriteriet blev anvendt uden forskelsbehandling mellem udenlandske og nationale selskaber, dermed uden nogen form for

diskrimination, da reglerne også gjaldt for tyske selskaber, der forlagde sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat.

Denne restriktion mente tyskerne samtidig var begrundet i tvingende almene hensyn. Dette skyldtes, at det i Fællesskabsretten var principielt anerkendt at opfatte det vedtægtsmæssige og det faktiske hjemsted som én enhed. Den tyske regering argumenterede ligeledes for, at hovedsædekriteriet tjente for retssikkerheden og kreditorbeskyttelsen samt forhindrede konkurrencefordrejninger som følge af, at alle selskaber med midtpunkt for virksomheden i Tyskland ville blive underlagt samme retlige rammebetingelser. Samtidig blev der argumenteret for, at følgende formål blev beskyttet ved restriktionen:

- Beskyttelse af minoritetsdeltagere
- Beskyttelse af lønmodtagere via arbejdstagerrepræsentation i bestyrelse/tilsynsråd
- Beskyttelse af fiskale interesser, herunder skattemæssige

I præmis 91-93 gør Überseering-gruppen gældende, at restriktionen efter deres opfattelse ikke er begrundet, og henviser igen til Centros afgørelsen. Domstolen tilføjer, at det ikke kan udelukkes, at tvingende almene hensyn på visse betingelser og under visse omstændigheder kan begrunde restriktioner af etableringsfriheden til beskyttelse af ovennævnte interesser. Domstolen tilføjer dog endvidere, at disse formål ikke kan begrunde en manglende anerkendelse af et selskabs rets- og partsevne i værtslandet.

Domstolen besvarer det første præjudicielle spørgsmål således:

”Artikel 43 (49) EF og artikel 48 (54) EF er til hinder for – i tilfælde, hvor et selskab, der er stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat, på hvis område det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, efter en anden medlemsstats ret anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde til denne anden stat – at sidstnævnte stat ikke anerkender, at selskabet har retsevne og dermed partsevne for de nationale domstole, med henblik på at gøre rettigheder gældende i henhold til en kontrakt, det har indgået med et selskab, der er etableret i denne stat.”

Domstolen besvarer det andet præjudicielle spørgsmål således:

”I tilfælde, hvor et selskab, som er stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat, på hvis område det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, gør brug af sin etableringsfrihed i en anden medlemsstat, pålægger artikel 43 (49) EF og 48 (54) EF den sidstnævnte medlemsstat, at anerkende den retsevne og dermed den partsevne, selskabet har i henhold til retten i den stat, hvori det er stiftet.”

5.3.1. Fortolkning og dommens betydning

Überseering afgørelsen gjorde op med en historisk fortolkning af hovedsædekriteriet. Dette kriterium var udviklet for, at erhvervsdrivende ikke skulle kunne anvende kapitalselskaber stiftet under mere lempelige selskabslovgivninger til at drive forretning i lande med en mere restriktiv selskabslovgivning. Afgørelsen blev derfor et historisk opgør med dette protektioniske aspekt.³⁵

Afgørelsen gør dog ikke op med samtlige aspekter omkring hovedsædekriteriet. Afgørelsen slår fast, at en medlemsstat skal acceptere et selskab der er stiftet i en anden medlemsstat og dermed ikke fuldt ud kan anvende hovedsædekriteriet. Det kan tænkes, at hovedsædekriteriet fortsat vil blive forsøgt håndhævet af medlemsstaterne i følgende situationer:

- Overfor selskaber der er stiftet uden for EU, da disse ikke er sikret af TEUF artikel 49 og 54
- Overfor selskaber der er stiftet i den pågældende medlemsstat, da afgørelsen ikke medfører begrænsninger herom. Dvs. i konkrete tilfælde at sanktionere, at et selskab, der er stiftet i medlemsstaten, har flyttet sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat eller til en ikke-medlemsstat.
- Overfor selskaber som i stiftelsesstaten ikke længere anerkendes som lovligt stiftet. Medlemsstat A må således ikke nægte anerkendelse af et selskab, der er lovligt stiftet i medlemsstat B og har sit faktiske hovedsæde i medlemsstat C, medmindre selskabet ikke længere anerkendes som lovligt i medlemsstat B.

Nogle eksperter inden for dette fagområde mente, at der med Überseering afgørelsen blev åbnet op for en europæisk Delaware-effekt. Dog kunne det ikke konkret afgøres, om denne effekt

³⁵ Karsten Engsig Sørensen: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002:4, side 409-410

ville være udelukkende negativ. I korte træk handlede Delaware-effekten om, at de amerikanske stater startede en form for konkurrence på markedet indenfor for selskabsretten, for at gøre det så attraktivt som muligt for selskaberne at etablere sig i denne stat frem for andre, Delaware ”vandt”.

Medlemsstater, der ikke længere kunne håndhæve hovedsædekriteriet overfor selskaber stiftet i en anden medlemsstat, måtte nu søge andre veje for beskyttelse mod omgåelse af national lovgivning. Domstolen afviser i afgørelsen ikke, at medlemsstaterne i nogle tilfælde må opstille restriktioner til beskyttelse af kreditorer, minoritetsaktionærer og lønmodtagere. Domstolen er dog ikke særlig konkret omkring disse forhold i afgørelsen, hvorfor det må findes nødvendigt at disse forhold skal afprøves ved en konkret sag hos Domstolen, og at det end ikke herefter er sikkert, at nogle af de accepterede restriktioner kan opstilles som generelle i alle tilfælde.

Det blev fra tysk side stillet forslag om, at medlemsstaterne kunne udarbejde et direktiv der skulle harmonisere den internationale selskabsret. Forslaget gik på, at selskabers nationalitet skulle bestemmes ud fra registreringsstaten, samt at det ikke skulle være muligt at flytte sit faktiske hjemsted væk fra registreringsstaten. Det var tvivlsomt, hvorvidt et sådan forslag overhovedet kunne være blevet aktuelt. EF-domstolen havde i sine afgørelser præciseret rækkevidden af etableringsfriheden. Samtidig var EF-traktaten *lex superior* til sådan et eventuelt direktiv, hvorved landene ikke kunne sikre begrænsninger i etableringsfriheden ved indførelse af et direktiv.

Efter *Überseering* afgørelsen tog Tyskland således et stort skridt imod liberaliseringen af tysk selskabsret og hermed en erkendelse af at hovedsædekriteriet ikke længere kunne anvendes i samme skikkelse som hidtil. En afgørelse af 13. marts 2003 i Bundesgerichtshof, som har mange lighedspunkter med *Überseering*, og som blev afgjort med reference til *Überseering*, må betegnes at have givet hovedsædekriteriet et dødsstød i den tyske internationale selskabsret, hvor praksis herefter overgik til registreringskriteriet for fastlæggelse af selskabers nationalitet.³⁶

Centros og *Überseering* afgørelserne gjorde det muligt at oprette etableringskæder indenfor EU. Det kan diskuteres, hvorvidt *Überseering* afgørelsen reelt set bidrog med noget nyt i forhold til *Centros* afgørelsen, men ikke mindst fik den i en vis grad cementeret betydningen af *Centros*

³⁶ Karsten Engsig Sørensen: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002:4, side 409-410

afgørelsen.³⁷ Et selskabs faktiske hjemsted behøvedes ikke længere at være sammenfaldende med det vedtægtsmæssige hjemsted, og hovedsædekriteriet må i store træk betegnes som dødt.³⁸

En afprøvning af en medlemsstats muligheder for at pålægge et udenlandsk selskab at overholde nationale selskabsretlige regler skete ikke i sagen om Überseering, men afprøvning af visse forhold skulle vise sig i sagen om Inspire Art.

5.4. Sag C-167/01 Inspire Art Ltd. – afgørelsen

Indledende til gennemgangen af ovenstående sag skal det bemærkes, at den hollandske regering den 17. december 1997 vedtog en lov, Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (forkortes WFBV), omkring formelle udenlandske selskaber, også kaldet pro forma selskaber. Loven havde til hensigt at pålægge udenlandske selskaber, der drev virksomhed i Holland, at de skulle overholde en række nationale krav, herunder opfyldelse af et mindstekrav til selskabskapitalen samt krav om personlig og solidarisk hæftelse fra selskabsledelsen overfor selskabets forpligtelser i visse tilfælde.

Inspire Art Limited blev stiftet den 28. juli 2000 af en hollandsk statsborger med hovedkontor i Folkstone, England. Selskabets stifter og direktør var bosiddende i Holland. Selskabet etablerede efter stiftelsen en filial i Amsterdam med aktivitet indenfor salg af kunstværker jf. præmis 34. Selskabet drev udelukkende virksomhed i Holland og anvendte blot England som sit vedtægtsmæssige hjemsted grundet lempeligere krav til selskabskapitalens størrelse.

Det lokale handelsregister i Amsterdam fandt, at selskabet var omfattet af WFBV, hvilket betød, at der ville blive fremsat krav til selskabets kapital. Selskabet anlagde sag mod handelsregisteret.³⁹ Jf. præmis 36 gør handelsregistret gældende, at Inspire Art er omfattet af WFBV's artikel, grundet at selskabet udelukkende driver virksomhed i Holland, og at der derfor er tale om et formelt udenlandsk selskab. Dermed mente handelsregistret, at selskabets registrering af filialen i Holland var ufuldstændig.

³⁷ Karsten N. Olesen & Troels M. Lilja: Domsanalyse, 1. udgave 2012, side 173

³⁸ Søren Friis Hansen: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003:4, side 443-445

³⁹ Søren Friis Hansen: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003:4, side 446

Jf. præmis 37 gør Inspire Art indsigelse mod dette, da selskabet ikke mener, at det er omfattet af WFBV artikel 1. Subsidiært gør Inspire Art gældende, at såfremt de måtte opfylde betingelserne i WFBV artikel 1, anføres det, at disse bestemmelser er i strid med fællesskabsrettens regler omkring etableringsfrihed og dermed nærmere betegnet TEUF artikel 43 (49) og 48 (54).

Den 5. februar 2001 afsiger Kantongerecht te Amsterdam dom om, at Inspire Art er omfattet af reglerne i WFBV artikel 1 jf. præmis 38. Angående hvorvidt disse regler er i strid med fællesskabsretten, valgte retten at forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for EF-Domstolen jf. præmis 39:

- 1) *Skal artikel 43(49) EF og 48(54) EF fortolkes således, at de er til hinder for, at Holland i henhold til Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen af 17. december 1997 opstiller nærmere bestemmelser som dem, der findes i lovens artikel 2 til og med 5 vedrørende etablering i Holland af en filial af et selskab, som er stiftet i England, udelukkende i den hensigt at opnå en fordel i forhold til foretagender, der er oprettet efter Hollandsk ret, som indeholder strengere betingelser end engelsk ret for stiftelse og fuld indbetaling, når denne hensigt ifølge den hollandske lov udledes af, at selskabet fuldt ud eller næsten fuldt ud udøver sin virksomhed i Holland og endvidere ikke har nogen reel tilknytning til den stat, hvori den lovgivning, hvorefter det er stiftet, er gældende?*
- 2) *Såfremt disse artikler skal fortolkes således, at bestemmelserne i Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen er uforenelige med disse artikler, skal artikel 46(52) EF da fortolkes således, at bestemmelserne i artikel 43(49) EF og 48(54) EF ikke begrænser anvendeligheden af de hollandske regler i Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, fordi bestemmelserne i denne lov er begrundet i de hensyn, som den hollandske lovgiver har anført?*

Overordnet set går spørgsmålene dermed på, om Holland kan gøre WFBV gældende overfor fællesskabsretten, og om det på fællesskabsretligt plan var muligt at opstille disse krav om overholdelse af nationale regler.

Der kom også i denne sag en del indlæg fra øvrige medlemsstater, og selve afgørelsen er lang med alle disse diskussioner frem og tilbage. Vi vælger at undlade beskrivelsen af forholdene i en række præmisser, da omfanget af beskrivelsen derved vil blive for lang. Sagen har flere lighedspunkter til Centros, hvorved nogle af diskussionerne i kraft heraf vil omhandle lignende problemstillinger.

I præmis 72 konkluderer Domstolen, at de forskellige offentlighedsforanstaltninger, der er fastsat i WFBV, er i strid med det 11. selskabsdirektiv omkring filialer. Det 11. selskabsdirektiv var udtømmende, og en national lov som WFBV kunne ikke fastsætte yderligere krav end disse. Jf. præmis 73 var flere af bestemmelserne i WFBV ikke omfattet af det 11. selskabsdirektivs anvendelsesområde, og disse måtte derfor undersøges i forhold til TEUF artikel 43(49) og 48(49). Dette gjaldt bl.a. de tidligere omtalte krav omkring mindstekapital og personlig solidarisk hæftelse fra ledelsen i visse tilfælde.

Bestemmelserne om udenlandske pro forma selskaber vedrørte ikke stiftelsen og anerkendelsen af selskabet, hvilket blev konkluderet i præmis 75. Dermed mente den hollandske regering ikke, at bestemmelserne berørte eller bragte den sikrede etableringsfrihed i fare.

EF-domstolen starter i præmis 95 med at henvise til Centros afgørelsen og hermed konkludere, at bestemmelserne om etableringsfriheden sikrer, at et selskab har ret til at lade sig stifte i én medlemsstat for herefter at foretage sekundær etablering i en anden medlemsstat og efterfølgende drive størstedelen af selskabets aktiviteter i sidstnævnte stat. En sådan stiftelse betragtes ikke som svig, selvom den primære ide bag etableringsformen er at opnå de mindst restriktive selskabsretlige regler. Det er kun i tilfælde af decideret svig, at sådanne etableringer kan modsættes, og det er i tidligere afgørelser afgjort af EF-domstolen, at dannelse af etableringskæder er lovligt ifølge EF-traktatens bestemmelser.

Endvidere slår EF-domstolen to ting fast i præmis 99-104. Sagen om Inspire Art omhandler ikke samme problemstilling som Daily Mail, men skal derimod sammenholdes til problemstillingerne i Centros og Überseering. De krav, WFBV pålægger et udenlandsk selskab, der ønsker etablering, har en præceptiv virkning og sætter nogle administrative krav, som gør etableringen mere byrdefuld, end hvis man f.eks. havde foretaget sekundær etablering i en anden medlemsstat. Derfor udgør disse krav en hindring for etableringsfriheden, hvilket Domstolen slår fast i præmis 105 med følgende ordlyd:

”Artikel 43 EF og 48 EF er til hinder for en national lovgivning som loven om udenlandske pro forma selskaber, hvorefter den frie adgang til oprettelse af en filial i medlemsstaten af et selskab, der er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning, er undergivet visse betingelser, som er fastsat i national selskabsret om stiftelse af selskaber, vedrørende mindstekapital og selskabsledelsens ansvar. Årsagerne til, at selskabet er blevet stiftet i førstnævnte medlemsstat såvel som den omstændighed, at selskabet udelukkende eller næsten udelukkende udøver sin virksomhed i den medlemsstat, hvor filialen er oprettet, kan – medmindre det i det konkrete tilfælde godtgøres, at der foreligger misbrug – ikke fratage selskabet retten til at påberåbe sig den etableringsfrihed, der er garanteret ved traktaten.”

Efter denne konklusion skulle Domstolen besvare, om denne hindring var begrundet. I præmis 106-107 slår Domstolen således fast, at de omtalte regler omkring offentlighed, som blev omtalt i præmis 71-72, ikke kunne begrundes, og dermed ville alene argumenterne vedrørende bestemmelserne i WFBV om krav til mindstekapital og selskabsledelsens ansvar blive undersøgt. Disse forhold skulle besvares under henvisning til, om kravene var forenelige med de i TEUF artikel 46 (52) oplyste hensyn, eller om der kunne være tale om et tvingende alment hensyn.

I afgørelsens præmis 108-130 bidrager begge parter i sagen med deres argumenter for og imod, hvorledes de tidligere nævnte forhold henholdsvis var begrundet og ikke begrundet. Grundet sagens omfangsrige diskussioner, vil vi ikke beskrive dette nærmere, men i højere grad forholde os til Domstolens afgørelse og argumentation.

TEUF artikel 46 (52) indeholder mulighed for diskrimination af etableringsretten, hvis forholdet kunne begrundes i hensyn til offentlig orden, offentlig sikkerhed eller offentlig sundhed. Domstolen slår i præmis 131-133 fast, at ingen af disse hensyn kunne begrunde hindringen af etableringsretten i denne sag. Begrundelsen skulle derfor vurderes i forhold til tvingende alment hensyn, altså kreditorbeskyttelse, bekæmpelse af misbrug og opretholdelse af effektiv skattekontrol samt god handelsskik. Domstolen henviste igen til de fire oplyste betingelser i Centros afgørelsen.

I præmis 135 fastslår Domstolen, at Inspire Art klart og tydeligt fremstår som et engelsk selskab og ikke som et hollandsk, dermed er kreditorerne tilstrækkeligt oplyste. Forholdet omkring kre-

ditorbeskyttelse kan derfor ikke tolkes som et tvingende alment hensyn. I præmis 136-139 fastslår Domstolen, i lighed med Centros afgørelsen, at der ikke er tale om misbrug eller svigagtige forhold i den situation, et selskab lader sin primære etablering ske i én medlemsstat for efterfølgende at lade sig sekundært etablere i en anden medlemsstat for at lade den primære udøvelse af selskabets aktiviteter foregå i den sidstnævnte medlemsstat. Dette er uanset, at selskabets valg af primær etablering kun er møntet på opnåelse af mere lempelige selskabsretlige regler.

EF-domstolen fastslog i præmis 140, at de påberåbte hensyn vedrørende effektiv skattekontrol og god handelsskik ikke opfyldte kravene til effektivitet, forholdsmæssighed og anvendelse uden forskelsbehandling. Disse krav skal være opfyldt, for at nationale foranstaltninger som dem WFBV opstillede kan retfærdiggøres.⁴⁰ Samtidig fastslog Domstolen i præmis 141, at bestemmelserne om mindstekapitalen og ledelsens ansvar samt sanktioner knyttet hertil var uforenelige med bestemmelserne om etableringsretten.

Besvarelsen af det andet spørgsmål, som omhandlede begrundelsen af hindringen blev af Domstolen besvaret således i præmis 142:

”...hverken artikel 46 EF eller hensynet til kreditorbeskyttelse, bekæmpelse af misbrug af etableringsfriheden, opretholdelse af god handelsskik eller af en effektiv skattekontrol kan begrunde den hindring, som bestemmelser i en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede om mindstekapitalen og om selskabsledelsens personlige og solidariske ansvar udgør for den etableringsfrihed, der er garanteret ved traktaten.”

EF-domstolens endelige besvarelser af de to forelagte præjudicielle spørgsmål blev som nedenstående:

”Artikel 2 i Rådets ellefte direktiv 89/666/EØF af 21. december 1989 om offentlighed vedrørende filialer oprettet i en medlemsstat af visse former for selskaber henhørende under en anden stats retsregler er til hinder for en national lovgivning som Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (den nederlandske lov om formelt udenlandske selskaber), der pålægger en filial

⁴⁰ Søren Friis Hansen: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003:4, side 447

af et selskab, som er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning, der ikke fremgår af direktivet.”

”Artikel 43 EF og 48 EF er til hinder for en national lovgivning som Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, hvorefter den frie adgang til oprettelse af en filial i medlemsstaten af et selskab, der er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning, er undergivet visse betingelser, som er fastsat i national selskabsret om stiftelse af selskaber, vedrørende mindstekapital og selskabsledelsens ansvar. Årsagerne til, at selskabet er blevet stiftet i førstnævnte medlemsstat såvel som den omstændighed, at selskabet udelukkende eller næsten udelukkende udøver sin virksomhed i den medlemsstat, hvor filialen er oprettet, kan — medmindre det i det konkrete tilfælde godtgøres, at der foreligger misbrug — ikke fratage selskabet retten til at påberåbe sig den etableringsfrihed, der er garanteret ved EF-traktaten.”

5.4.1. Fortolkning og dommens betydning

Afgørelsen i sagen om Inspire Art satte en række spørgsmål vedrørende selskabers nationalitet på plads. Samtidig manifesterede afgørelsen nogle af de forhold, som flere jurister fortsat betvivlede efter Centros og Überseering afgørelserne, og afgørelsen fik også her tydeligt præciseret, hvorledes registrerings- og hovedsædekriteriet samt medlemsstaternes mulighed for at fremsætte yderligere krav til udenlandske selskaber, der etablerer sig sekundært i den pågældende medlemsstat, skulle tolkes.

Det blev efter denne afgørelse endegyldigt slået fast, at en medlemsstat ikke kan vedtage en præceptiv lov, som på helt generel vis stiller nogle krav og laver restriktioner overfor udenlandske selskaber, der ønsker etablering i medlemsstaten. En sådan lov er imod den sikrede etableringsret, og det blev igen cementeret, at restriktionerne kun er mulige i særlige tilfælde, og at dette skal vurderes ud fra den enkelte sags præmisser.

Retskildelæren blev i afgørelsen også cementeret ved, at Domstolen fastslog, at det 11. selskabsdirektiv omkring filialer var udtømmende, og at national lovgivning ikke kan pålægge en filial yderligere krav, end det er foreskrevet i direktivet.

Afgørelsen måtte på dette tidspunkt, sammen med de mange referencer til både Centros og Überseering afgørelserne, tolkes som en definitiv aflivning af hovedsædekriteriet som princip for fastlæggelse af et selskabs nationalitet. Det må tolkes således, at en medlemsstat efter denne afgørelse ikke kan bestemme, om et selskab forlægger sit hjemsted, og dermed er omfattet af andre regler end i stiftelsesstaten, ej heller at et selskab herved mister rets- og partsevne i medlemsstaten og slutteligt, at der ikke kan laves et generelt regelsæt, som rammer alle disse selskaber med grænseoverskridende aktiviteter. Samtidig måtte det efter denne afgørelse tolkes således, at der forelå fuldstændig fri konkurrence mellem medlemsstaternes selskabslovgivning, da selskabernes sekundære etableringer højst sandsynligt i størstedelen af tilfældene skulle anerkendes i medlemsstaterne. Den tidligere omtalte Delaware-effekt kunne derfor fortsat blive en realitet.⁴¹

En afprøvelse hos EF-domstolen omkring primær etablering skulle vi herefter se i sagen om Sevic.

5.5. Sag C-411/03 SEVIC Systems AG - afgørelsen

EF-domstolen har som ovennævnt cementeret rækkevidden af EF-traktatens regler om etableringsfriheden igennem en række meget omdiskuterede og vigtige afgørelser indenfor denne retspraksis. Foruden Daily Mail omhandlede disse afgørelser behandlingen af sekundær etablering. Den første betydningsfulde afgørelse omkring rækkevidden af EF-traktatens bestemmelser vedrørende primær etablering skulle blive sagen om SEVIC Systems AG.⁴² Sammen med den afsagte dom i sagen vil der også blive refereret til generaladvokaten Antonio Tizzanos forslag til afgørelse fremsat den 7. juli 2005.⁴³

Sagen omhandlede selskaberne SEVIC Systems AG, herefter Sevic, med hjemsted i Tyskland og Security Vision Concept SA, herefter Security Vision med hjemsted i Luxembourg. Selskaberne ønskede at gennemføre en grænseoverskridende fusion, hvor Sevic skulle være det fortsættende selskab, og Security Vision skulle være det ophørende.

⁴¹ Søren Friis Hansen: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003:4, side 446-450

⁴² Søren Friis Hansen: Grænseoverskridende fusion og spaltning er nu en realitet, NTS 2006:2, side 54

⁴³ EF dom – forslag til afgørelse fra Generaladvokat Antonio Tizzano, sag C-411/03

Amtsgericht Neuwid afslog anmodningen om gennemførelse af fusionen jf. præmis 7 i afgørelsen. Dette skyldtes, at den tyske lov om virksomhedsomdannelse (Umwandlungsgesetz, herefter UmwG) § 1 stk. 1 nr. 1 kun kunne behandle fusioner mellem retssubjekter med hjemsted i Tyskland, altså selskaber omfattet af tysk selskabslov. Sevic anlagde herefter sagen til videre prøvelse ved Landgericht Koblenz.

Landgericht Koblenz vurderer, at svaret på problemstillingen omkring en fusion mellem et tysk selskab og et selskab fra en anden medlemsstat bunder i fortolkningen af EF-traktatens artikel 43(49) og 48(54). Derfor blev følgende præjudicielle spørgsmål forelagt EF-domstolen:

”Skal artikel 43(49) EF og 48(54) EF fortolkes således, at det er i strid med etableringsfriheden for selskaber at nægte et udenlandsk europæisk selskab at få registreret dets tilsigtede fusion med et tysk selskab i det tyske handelsregister i henhold til [UmwG's] §§ 16 ff., fordi UmwG's § 1, stk. 1, nr. 1, kun hjemler omdannelse af juridiske personer med hjemsted i Tyskland?”

De indledende bemærkninger starter i præmis 11-15 med at fastslå forholdene i sagen. Sevic har anmodet det tyske handelsregister om fusionen i henhold til UmwG, hvorved Security Vision skulle overtages og opløses uden likvidation. Dette blev som tidligere nævnt afslået, da UmwG ikke finder sted på grænseoverskridende fusioner, og tysk selskabsret indeholdte ikke andre forskrifter, som kunne finde anvendelse på en sådan fusion. Det betød, at interne fusioner og grænseoverskridende fusioner i Tyskland blev behandlet forskelligt.

I generaladvokatens forslag til afgørelse påpeger han i punkt 22, at den tyske regering opfatter Security Vision som et selskab, der har mistet sin status som juridisk person grundet ophøret i forbindelse med fusionen, hvorved selskabet ikke eksisterer og har retsevne i Tyskland. Derved mente regeringen ikke, at betingelserne for at anvende EF-traktatens bestemmelser i artikel 43 (49) og 48 (54) var tilstede.

Denne betragtning er generaladvokaten ikke enig i. Han påpeger i punkt 25-26, at et selskab som deltager i en fusion, fortsætter med at eksistere helt frem til registreringen af fusionen, og selskabet har dermed status som selvstændig juridisk person helt frem til, at fusionen er gennemført. Dette fremgik også meget udtrykkeligt i UmwG's § 20.

Generaladvokaten pointerede i punkt 30 således:

”Anvendelsesområdet for etableringsfriheden omfatter således enhver foranstaltning, som muliggør, eller blot letter, adgangen til en anden medlemsstat og/eller udøvelse af erhvervmæssig virksomhed i denne stat, hvorved de berørte erhvervsdrivende får mulighed for reelt at deltage i denne medlemsstats erhvervsliv på samme betingelser som dem, der gælder for indenlandske erhvervsdrivende.”

Efterfølgende slår generaladvokaten sin mening fast i punkt 31-32, hvor han tilføjer, at etableringsretten ikke kun omfatter retten til at flytte til en anden medlemsstat. Den omfatter alle aspekter, som på en eller anden måde har en indvirkning på, om den traktatsikrede etableringsfrihed kan udnyttes fuldt ud.

Afgørelsens præmis 19 præciserer, at grænseoverskridende fusioner, ligesom andre selskabsomdannelser, hører med til de erhvervmæssige aktiviteter, som medlemsstaterne er forpligtede til at respektere i forhold til den sikrede etableringsfrihed i TEUF artikel 43 (49).

Generaladvokaten påpeger i punkt 34-42 således også, at der i den omtalte sag ikke blot er tale om primær etablering men også sekundær etablering. Dette skyldes, at det under retsmødet kom frem, at Sevic beholdte Security Visions formuegoder, personale og produktionsmidler i Luxembourg og dermed opretholdt denne erhvervmæssige virksomheds aktivitet, nu blot som sekundært forretningssted, altså en filial. En sådan sekundær etablering ville, efter afgørelserne i Centros og Inspire Art, klart falde ind under bestemmelserne omkring etableringsfriheden. Generaladvokaten kommer samtidig frem til en konklusion i punkt 42 som går på, at en national bestemmelse som den omhandlede, var fuldt ud omfattet af TEUF artikel 43 (49) og 48 (54).

Præmis 21-23 i afgørelsen bekræfter generaladvokatens punkt 47 i forslaget til afgørelsen. Dette punkt præciserer, hvorledes en fusion som den omhandlede udgør en effektiv metode til omdannelse af selskaber. Samtidig indebærer en sådan fusion også færre komplikationer, mindre tidsforbrug og færre omkostninger end andre sammenlægningsmetoder indenfor selskabsretten. Denne kommentar indikerer allerede tidligt i afgørelsen, at man ser det som en væsentlig problemstilling, hvis en sådan fusion ikke kan gennemføres, og at selskaber derfor er nødsaget til at vælge andre mere omfangsrige omdannelsesmetoder.

Det faktum, at fusionen ikke var mulig i forhold til national lovgivning, udgjorde som tidligere nævnt en forskelsbehandling. Ordet forskelsbehandling er i sig selv, med vores erfarede viden omkring EF-traktatens bestemmelser, en klar indikation på, at dette er i strid med etableringsfriheden, hvilket Domstolen også slår fast i præmis 23. Dog med den undtagelse, at der i henhold til tidligere nævnte muligheder for restriktioner, kunne foreligge et forhold, som gjorde denne restriktion lovlig. Generaladvokatens holdning er, jf. punkt 51, også at denne nationale bestemmelse er i strid med TEUF artikel 43 (49) og 48 (54).

Den tyske regering forsøger at begrunde det omhandlede forbud med et behov for at sikre en tilstrækkelig retssikkerhed i forbindelse med handelstransaktioner og til beskyttelse af tyske selskabers ansatte, samt kreditorers og mindretalsaktionærs interesser. Generaladvokaten præciserer i punkt 57, at den eneste undtagelse, der kan foreligge til denne diskriminerende bestemmelse, er den fastsatte bestemmelse i TEUF artikel 46. Denne bestemmelse går på, som det også tidligere er præciseret, at diskriminerende foranstaltninger skal være begrundet i hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed. Yderligere tolkes det således af generaladvokaten og Domstolen, at foranstaltningerne kun kan anvendes, såfremt der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn.

Generaladvokaten ender i punkt 71 med at konkludere, at en diskriminerende foranstaltning som den omhandlede nationale bestemmelse ikke kan begrundes i TEUF artikel 46 eller i tvungne almene hensyn. Derfor må forholdet anses at være i strid mod TEUF artikel 43 (49) og 48 (54). Denne konklusion kommer efter, at han har lagt sin holdning fast på, at foranstaltningen er for generel og automatisk giver et forbud, hvorved denne ikke kan siges at være forholdsmæssig. Han præciserer også, at han mener, det er åbenlyst, at foranstaltningen går videre end nødvendigt for at realisere målet, samtidig med dette finder restriktionerne ikke anvendelse uden forskel.

Endvidere redegør generaladvokaten i punkt 72-78 for, at den nationale foranstaltning i den omhandlede problemstilling også kan tolkes som stridigt med TEUF artikel 56 (63) omkring frie kapitalbevægelser. Dog præciserer generaladvokaten, at denne problemstilling ikke vurderes som afgørende for at løse tvisten i hovedsagen.

Generaladvokatens konklusion bliver således i sidste ende:

- Den nationale foranstaltning i UmwG om at fusion ikke kan foretages med et selskab fra en fremmed medlemsstat er i strid med TEUF artikel 43 (49) og 48 (54).
- Såfremt det var relevant i forhold til den omhandlede problemstilling, ville også TEUF artikel 56 (63) være til hinder for denne foranstaltning.

I afgørelsens præmis 24-29 argumenteres der fra begge parter side for begrundelsen af restriktionen, hvor indholdet i store træk er det samme som generaladvokatens, blot mindre dybdegående. Der refereres dog også til det på daværende tidspunkt foreliggende forslag til et 10. selskabsdirektiv om grænseoverskridende fusioner. Dog bemærker Domstolen, at et harmoniseringsforskrift som dette er nyttigt, men kan ikke opstilles som en forudgående betingelse for gennemførelsen af den traktatsikrede etableringsfrihed.

Domstolens endelige dom endte som følge af ovenstående præmisser således:

”Artikel 43(49) EF og 48(54) EF er til hinder for, at registrering i en medlemsstat i det nationale handelsregister af en fusion ved opløsning uden likvidation af et selskab og overdragelse af dets formue som helhed til et andet selskab generelt afslås, hvis et af de to selskaber har hjemsted i en anden medlemsstat, mens der, såfremt visse betingelser er opfyldt, kan ske en sådan registrering, hvis de selskaber, der deltager i fusionen, begge har hjemsted i den førstnævnte medlemsstat.”

5.5.1. Fortolkning og dommens betydning

Afgørelsen sætter et klart og tydeligt forbud mod det forhold, hvor en medlemsstat opstiller en national lovgivning, som forhindrer et udenlandsk ophørende selskab fra en anden medlemsstat at lade sig fusionere med et fortsættende selskab i medlemsstaten. TEUF artikel 49 sikrer, at dette udenlandske selskab ikke må diskrimineres ved at man stiller selskabet dårligere, end hvad tilfældet ville have været for et indenlandsk selskab.

En problemstilling, der ikke bliver afgjort i denne afgørelse, vedrører det forhold, at den medlemsstat, hvor det ophørende selskab er registreret, ville modsætte sig en sådan fusion. Det

luxembourgske handelsregister havde ingen indvendinger, og Security Vision ophørte uden bemærkninger. Generaladvokaten lægger i sit forslag til afgørelse op til, at det i teorien kunne være en mulighed, at registreringsstaten for det ophørende selskab modsatte sig en sådan fusion med en argumentation baseret på tvingende almene hensyn. Staten ville ikke længere kunne styre selskabet. Dog lægger han også op til, at dette kun er i teorien, og at en registreringsstat ikke ville kunne nægte, at et selskab blev overtaget af et selskab i en anden medlemsstat og drev virksomheden videre via en filial i den oprindelige registreringsstat i stedet.⁴⁴

Men afgørelsen bidrog ikke til retspraksis på denne udfordring, og det var på dette tidspunkt derfor uvist, om det i praksis var muligt. Det skal hertil tilføjes, at etableringsfriheden ikke kan betinges af, at en medlemsstat skal give tilladelse til at udøve denne. EF-domstolens konklusion i præmis 19 i afgørelsen ville mangle mening, hvis det var muligt for medlemsstater generelt at blokere for grænseoverskridende fusioner. Der foreligger en pointe omkring, at afgørelsen ikke tager stilling til problemstillingen vedrørende restriktioner fra registreringsstaten.

I forlængelse af fortolkninger af afhandlingens tidligere gennemarbejdede afgørelser, kan det dog fastlægges, at en medlemsstat ikke generelt kan nægte adgang til, at et hjemmehørende selskab vil ophøre. Det kan af afgørelserne fortolkes på den måde, at efter TEUF artikel 49 og 54 er såvel det ophørende selskabs hjemstat som det fortsættende selskabs hjemstat forpligtet til at give selskaber lov til at fusionere med selskaber i andre medlemsstater, såfremt de ville have fået tilladelse til fusionen med et indenlandsk selskab.⁴⁵

Afgørelsen slår samtidig fast, at den EF-traktatsikrede etableringsfrihed ikke kun omfatter ny-stiftelser. Den omfatter også muligheden for at eksisterende selskaber kan gennemføre andre grænseoverskridende omstruktureringer, som f.eks. fusioner eller spaltninger. Dette betød, at konkurrencen mellem medlemsstaternes retssystemer var bredere, end de fleste egentlig troede første omgang.⁴⁶

Efter EF-Domstolens afgørelser i sagerne om Centros, Überseering og Inspire Art troede flere eksperter, at hovedsædekriteriet definitivt var dødt, men dette kom igen til afprøvning i sagen om Cartesio.

⁴⁴Karsten N. Olesen & Troels M. Lilja: Domsanalyse, 1. udgave 2012, side 181-182

⁴⁵Søren Friis Hansen: Grænseoverskridende fusion og spaltning er nu en realitet, NTS 2006:2, side 55-59

⁴⁶Søren Friis Hansen: Grænseoverskridende fusion og spaltning er nu en realitet, NTS 2006:2, side 65

5.6. Sag C-210/06 Cartesio - afgørelsen

Cartesio sagen handler i hovedtræk om flytning af et selskabs hjemsted til en anden medlemsstat, end der hvor selskabet er stiftet.

Cartesio var et ungarsk simpelt kommanditselskab, som ansøgte om flytning af sit hjemsted til Italien, hvor hjemstedet dermed ville blive ændret i handelsregisteret. Både kommanditist og komplementar havde bopæl og statsborgerskab i Ungarn.

Anmodningen om flytning af hjemsted blev afslået, da gældende ungarsk ret ikke tillader, at et selskab, der er stiftet i Ungarn, flytter sit hjemsted til udlandet og samtidig fortsat er undergivet ungarsk lov som personalstatut. Ifølge loven har et ungarsk selskab hjemsted på det sted, hvor det har sit hovedkontor. Dermed følger ungarsk ret hovedsædekriteriet.

Appelretten i Ungarn henviste efterfølgende sagen til EF-Domstolen om en præjudiciel afgørelse af, om de nationale regler eller praksis, som forhindrede et ungarsk selskab i at flytte sit hjemsted til en anden EU-medlemsstat, var uforenelig med fællesskabsretten, herunder etableringsfriheden. I sagen skulle Domstolen ligeledes tage stilling til en række spørgsmål omhandlende betingelser for præjudicielle spørgsmål, men da disse ikke har betydning for spørgsmål om etableringsretten og selskabers fri bevægelighed, er de ikke omtalt nærmere. De præjudicielle spørgsmål omhandlende etableringsretten er som følgende:

”Når et selskab som er stiftet i Ungarn i overensstemmelse med ungarsk selskabsret og registreret i det ungarske handelsregister, ønsker at forlægge sit hjemsted til en anden af Den Europæiske Unions medlemsstater, er der da tale om et område, som er reguleret af fællesskabsretten, eller er det – når lovgivningerne ikke er harmoniseret – alene national ret, som finder anvendelse?”

Kan et ungarsk selskab anmode om forlæggelse af sit hjemsted til en anden af Den Europæiske Unions medlemsstater under direkte påberåbelse af fællesskabsretten (artikel 43 EF og 48 EF)? Kan fraflytningsstaten eller værtsstaten, hvis svaret er bekræftende, stille betingelser for eller kræve indhentelse af tilladelse til forlæggelsen af selskabets hjemsted?

Skal artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at en national lovgivning eller praksis, som indebærer, at erhvervsdrivende selskaber hvad angår udøvelsen af de rettigheder, som er tillagt sådanne selskaber, behandles forskelligt, afhængigt af i hvilken medlemsstat selskabet har hjemsted, er uforenelig med fællesskabsretten?

Skal artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at en national lovgivning eller praksis, som forhindrer et ... selskab i at forlægge sit hjemsted til en anden er uforenelig med fællesskabsretten?"

Domstolen begyndte sin argumentation med en observation fra dommen i Daily Mail, hvor det fremgår, at "et selskab, der er oprettet i henhold til en national retsorden, kun eksisterer i kraft af den nationale lovgivning, som er bestemmende dets stiftelse og funktion" jf. præmis 104. Desuden henvises der til, at lovgivningen i medlemsstaterne er varierende med hensyn til, hvilken tilknytning et selskab skal have til stiftelseslandet både ved stiftelsen og efterfølgende, og at flere medlemsstater ikke tillader, at et selskab forlægger hovedsædet til udlandet. Lovgivningen tillader f.eks. i nogle stater, at et selskab kan overføre sit hovedkontor til en anden medlemsstat, mens der i andre stater kan være restriktioner herfor. Dermed kan de retlige konsekvenser være forskellige fra stat til stat, jf. præmis 105. Det er dermed sagt lovligt for stiftelseslandet at opstille restriktioner mod at et selskab kan flytte sit hovedsæde eller vedtægtsmæssige hjemsted, men hvor det pågældende selskab ønsker at bevare sin nationale identitet.

Det bliver ligeledes præciseret i dommens præmis 109, at TEUF artikel 48 (54) ikke beskriver, hvilke selskaber etableringsretten gælder for, og derfor må der tages udgangspunkt i stiftelseslandets lovgivning. Domstolen sammenligner dette med reglerne om etableringsretten for fysiske personer, hvor det også først skal afgøres, hvor den pågældende har statsborgerskab, før etableringsretten kan påberåbes.

I overensstemmelse med sin argumentation i Daily Mail i 1998 og Überseering i 2002, bemærkede EF-Domstolen således, at flytning af et selskabs vedtægtsmæssige eller faktiske hjemsted fra en medlemsstat til en anden ikke skal løses af reglerne om etableringsretten, men skal løses ved en eventuel fremtidig harmonisering af lovgivningen på området. I tråd med dette har medlemsstaterne derfor mulighed for at forbyde, at et selskab bevarer sin egenskab under den nationale ret, når det ønskes, at selskabet flyttes til en anden medlemsstat, da tilknytningen til stiftelsesmedlemsstaten hermed brydes.

Det fremgår dermed, at Domstolen anvendte et lignende ræsonnement og kom frem til en lignende konklusion som i Daily Mail.

I behandlingen af Kommissionens fremsatte punkter fastholdt Domstolen, at flere forordninger såsom de europæiske økonomiske firmagrupper (EØFG), det europæiske selskab (SE) og statut for det europæiske andelsselskab (SCE) har fremsat regler, der gør det muligt for nye juridiske enheder at overføre deres hjemsted og faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat uden likvidation af selskabet. Sådant en transaktion indebærer en ændring af den nationale lovgivning, der gælder for virksomheden. Domstolen påpegede, at disse regler ikke fandt anvendelse på Cartesio, da selskabet ønskede at flytte sit faktiske hjemsted fra Ungarn til Italien, men samtidig ønskede at forblive et ungarsk selskab uden ændringer i den lovgivning, selskabet er underlagt.

I sine afsluttende bemærkninger, præciserede Domstolen, at sagen om Sevic ikke vedrørte den samme problemstilling som i Daily Mail og var dermed ikke en præcisering af denne sag. Sagen om Sevic omhandlede, at selskabet blev nægtet gennemførelse af en grænseoverskridende fusion, hvilket ikke var sammenligneligt med Daily Mail sagen, som omhandlede flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted med samtidig opretholdelse af selskabets status som juridisk person i stiftelsesstaten. Sevic sagen minder mere om de tvister, vi så i Centros og Inspire Art sagerne, mens Cartesio sagen direkte kan sammenholdes med tvisten i sagen om Daily Mail.

Domstolen besvarede dermed det præjudicielle spørgsmål om etableringsretten således:

”På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin skal artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at de ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som forhindrer et selskab, der er stiftet i henhold til denne medlemsstats nationale ret, i at flytte sit hjemsted til en anden medlemsstat og samtidig beholde sin egenskab af et selskab, der henhører under national ret i den medlemsstat, efter hvis lovgivning der er blevet stiftet.”

5.6.1. Fortolkning og dommens betydning

Ifølge EF-Domstolen handler sagen om, at en medlemsstat nægter, at et selskab stiftet i denne medlemsstat kan flytte sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat, men samtidig ønsker

at bevare sin status som juridisk person i stiftelseslandet. Dommens afgørelse medfører, at medlemsstaterne selv kan bestemme, om det skal være muligt for selskaber at udføre denne transaktion og under hvilke vilkår.

Dommen har haft betydning for både hovedsædekriteriet og registreringskriteriet, da medlemsstater dermed har mulighed for at påbyde, at selskaber ikke må flytte sit hovedsæde. Det fremstår dermed klart, at medlemsstaterne kan bestemme, at selskaber stiftet i landet skal have deres hovedsæde eller hovedkontor i landet, såfremt de fortsat ønsker at være underlagt stiftelseslandets lovgivning⁴⁷.

Det andet spørgsmål, der så opstår i denne sammenhæng, er, hvorvidt andre medlemsstater kan stille krav til et selskabs tilknytning til stiftelseslandet, udover stiftelseslandet selv. Hvis stiftelseslandet kan erklære et selskab ugyldigt, fordi det pågældende selskab flytter sit hovedsæde til en anden medlemsstat, kan det muligvis antages, at medlemsstater udover stiftelsesstaten selv kan gøre det samme. Dette vil medføre, at etableringsretten ikke er sikret. Årsagen til, at dette spørgsmål opstår, begrundes i præmis 109 i afgørelsen, hvor det er anført, at spørgsmålet om et selskabs nationalitet skal ses i sammenhæng med bestemmelsen om en fysisk persons statsborgerskab. Det betyder, at nationaliteten skal afgøres forudgående. Men definitionen af et selskabs nationalitet skal ikke kun ses i sammenhæng med stiftelseslandets nationalitet og dennes lovbestemmelser, men derimod alle de nationaliteter selskabet kommer i berøring med igennem selskabets levetid.⁴⁸

Har vi som eksempel et selskab, der er stiftet i et land, som følger registreringskriteriet, hvor selskabet ønsker at flytte sit selskab til et land, som anvender hovedsædekriteriet, betyder det, at selskabet vil være gyldigt i det land, som anvender registreringskriteriet, hvorimod det ikke vil blive betragtet som gyldigt i det land, som anvender hovedsædekriteriet. Det betyder, at medlemsstaterne kan anvende egne lovvalgsregler til at bestemme, hvilken lovgivning der finder anvendelse på selskabet. EF-Domstolen ser ud til at acceptere dette som et forudgående spørgsmål, som skal afgøres, inden selskabets rettigheder afgøres.

Dog fremgår det af dommens præmis 110, at det alene er stiftelseslandet, der har mulighed for at stille krav til hovedsædet. Denne betragtning fremgår også af afgørelserne angående Inspire Art og Centros, at hvis andre medlemsstater end stiftelseslandet opstiller restriktioner, strider

⁴⁷ Engsig Sørensen, Karsten "Cartesio-dommen Et skridt frem og to tilbage", NTS 2009:01/02, side 20

⁴⁸ Engsig Sørensen, Karsten "Cartesio-dommen Et skridt frem og to tilbage", NTS 2009:01/02, side 22

dette imod etableringsretten. Det betyder, at det alene er stiftelseslandet, der kan stille krav til hovedsædets placering, hvilket gør det mindre attraktivt at anvende hovedsædekriteriet, da reglerne skal anvendes ens for både indenlandske og udenlandske selskaber.

Dette kan også være en af årsagerne til, at Karsten Engsig Sørensen i sin artikel i NTS 2009:01/02 betegner afgørelsen i Cartesio sagen som ”*et skridt frem og to tilbage*”.⁴⁹ Problemstillingerne omkring etableringsretten og den frie bevægelighed kan ikke alle sammenholdes, og afgørelsen i Sevic betød ikke, at nu kunne alle grænseoverskridende omstruktureringer pro forma lade sig gøre i henhold til gældende etableringsfrihed. Det kan godt være, at man med Sevic dommen havde taget et skridt frem, men det betød ikke, at næste skridt også partout skulle gå frem, og det blev bevist med Cartesio afgørelsen, som refererede helt tilbage til Daily Mail, og som ikke blev accepteret.

Efter afgørelsen i Sevic, som omhandlede en primær etablering som følge af en grænseoverskridende fusion, opstod spørgsmålet omkring, hvorvidt andre former for grænseoverskridende omdannelser var mulige. Dette skulle vise sig i sagen om Vale.

5.7. Sag C-378/10 Vale Épitési kft - afgørelsen

På mange måder ligner sagen om Vale og sagen om Cartesio hinanden, men dog med visse forskelle. Hvor Cartesio handlede om et ungarsk selskab, som ønskede at flytte til Italien, handler Vale om et italiensk selskab, som ønsker at flytte sine aktiviteter til Ungarn. Selve afgørelsen handler om tvisten vedrørende fortolkningen af TEUF artikel 49 og 54 og forholdet til en grænseoverskridende omdannelse.

Vale var et italiensk selskab med begrænset ansvar, som ønskede en grænseoverskridende omdannelse til et ungarsk selskab med begrænset ansvar. Selskabet ansøgte om at blive slettet i det italienske selskabsregister for at overføre sit hovedsæde og sine aktiviteter til Ungarn. I Ungarn blev ansøgningen om optagelse i det ungarske handelsregister afvist med den begrundelse, at et selskab, der er registreret i en anden medlemsstat, kan ifølge de ungarske selskabsregler ikke overføre sit hovedsæde til Ungarn, og det er ikke muligt at angive et selskab, der ikke er ungarsk, som retlig forgænger.

⁴⁹ Engsig Sørensen, Karsten ”Cartesio-dommen Et skridt frem og to tilbage”, NTS 2009:01/02

Vale appellerede afslaget, hvor de påstod, at afslaget var i strid mod TEUF artikel 49 og 54 om etableringsfrihed. I ungarsk ret finder lovgivningen om omdannelse kun anvendelse på nationale tilfælde, og der stilles derfor spørgsmålstegn ved foreneligheden med etableringsfriheden, hvortil de præjudicielle spørgsmål opstår:

- 1) *Skal værtsmedlemsstaten henholde sig til bestemmelserne i artikel 49 TEUF og 54 TEUF i en situation, hvor et selskab, der er stiftet i en anden (oprindelses)medlemsstat, flytter sit hovedsæde til værtsmedlemsstaten og samtidig med henblik herpå sletter sin registrering i oprindelsesmedlemsstaten, selskabets indehavere opretter et nyt stiftelsesdokument i henhold til værtsmedlemsstatens lovgivning, og selskabet anmoder om optagelse i selskabsregistret i værtsmedlemsstaten i henhold til denne stats ret?*
- 2) *Skal artikel 49 TEUF og 54 TEUF, såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, i den beskrevne situation fortolkes således, at de er til hinder for en (værts)medlemsstat lovgivning eller praksis, som forhindrer, at et selskab, der er lovlig stiftet i en anden (oprindelses)medlemsstat, flytter sit hovedsæde til værtsmedlemsstaten og fortsætter sin virksomhed efter den sidstnævnte stats ret?*
- 3) *Er det med henblik på besvarelsen af det andet spørgsmål relevant, af hvilken grund værtsmedlemsstaten nægter selskabets optagelse i selskabsregistret? Nærmere bestemt:*
 - *Hvis selskabets i det i værtsmedlemsstaten oprettede stiftelsesdokument som virksomhed, hvis rettigheder det er succederet i, angiver det i oprindelsesmedlemsstaten stiftede selskab, hvis registrering det har slettet, og anmoder om, at det nævnte selskab i egenskab af dets retlige forgænger registreres i værtsmedlemsstatens selskabsregister.*
 - *Er værtsmedlemsstaten, i forbindelse med international omdannelse inden for Fællesskabet, med henblik på dens afgørelse vedrørende anmodningen om selskabets optagelse i selskabsregistret, forpligtet til at tage hensyn til den akt, hvorved oprindelsesmedlemsstaten i sit*

selskabsregister indførte flytningen af hovedsæde, og, i bekræftende fald, i hvilket omfang?

- 4) *Kan værtsmedlemsstaten i henhold til bestemmelserne i dens selskabsret, som regulerer nationale selskabsomdannelser, træffe afgørelse vedrørende en anmodning om optagelse i den pågældende stats selskabsregister fra et selskab, som foretager en international omdannelse inden for Fællesskabet, og kræve af det nævnte selskab, at det opfylder alle kravene i værtsmedlemsstatens selskabsret vedrørende nationale omdannelser (f.eks. udarbejdelse af en regnskabsopgørelse og en opgørelse over aktiverne), eller er den derimod forpligtet til på grundlag af artikel 49 TEUF EF og 54 TEUF at sondre mellem internationale omdannelser inden for Fællesskabet og nationale omdannelser, og i bekræftende fald, i hvilken udstrækning?*

Til besvarelsen af spørgsmål 1 og 2 fastslår domstolen, at transaktioner vedrørende omdannelse af selskaber i princippet vedrører økonomiske aktiviteter, hvilket skal ses i sammenhæng med etableringsfriheden, jf. præmis 19 i Sevic afgørelsen. Som tidligere beskrevet i Daily Mail er det dog fast retspraksis, at et selskab, der er oprettet i henhold til en national retsorden, kun eksisterer i kraft af den nationale lovgivning, som er bestemmende for dets stiftelse og funktion. Samme retspraksis blev der også henvist til i Cartesio.

Når dette er fastsat, henviser Domstolen dog til, at en medlemsstat kan definere den tilknytning, som kræves af et selskab, for at det kan anses for at være stiftet i henhold til national ret og dermed være omfattet af etableringsretten som den tilknytning, der kræves for efterfølgende at opretholde denne egenskab. Selvom en medlemsstat selv kan definere tilknytningsforholdet, fastslår Domstolen samtidigt, at en national lovgivning som giver selskaber, der er underlagt national ret, mulighed for omdannelse, men som ikke tillader omdannelse af et selskab, der er stiftet i en anden medlemsstat, er omfattet TEUF artikel 49 og 54, hvilket er tilfældet i denne sag.

For at kunne påberåbe etableringsretten kræves det, at der rent faktisk udøves erhvervmæssig virksomhed i værtsmedlemsstaten, hvilket er i Ungarn, og at selskabet befinder sig i denne stat. Som beskrevet i afgørelsen sigter Vale mod at etablere sig i Ungarn, og de kan derfor påberåbe etableringsfriheden.

Da Ungarn kun tillader omdannelse af selskaber, der i forvejen har hovedsæde i Ungarn, er der derfor en forskelsbehandling, hvilket er en hindring mod den traktatbestemte etableringsfrihed. Domstolen anerkender dog, på lige vis som i *Sevic*, at der kan være særlige problemstillinger ved grænseoverskridende omdannelser, da det er to nationale lovgivninger, som skal anvendes, men det er ikke en fyldestgørende årsag til at lave forskelsbehandling.

Da ungarsk lovgivning, som tidligere nævnt, generelt nægter grænseoverskridende omdannelser, kan nægtelsen heller ikke begrundes med beskyttelse af kreditorernes, minoritetsdeltageres og lønmodtagernes interesser samt opretholdelse af en effektiv skattekontrol og god handelsskik. I de tidligere fortolkede afgørelser fik vi også bekræftet, at der ikke kan laves en generel og præventiv lovgivning overfor virksomheder fra andre medlemsstater, eventuelle begrundelser for restriktioner skal vurderes særskilt og individuelt.

Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål 1 og 2 er derfor, at Ungarn ikke kan nægte registrering, da det strider imod etableringsfriheden ifølge TEUF artikel 49 og 54.

Spørgsmål 3 og 4 lyder på, om den ungarske ret skal fortolke TEUF artikel 49 og 54 i sammenhæng med en grænseoverskridende omdannelse, således at de har ret til at fastsætte bestemmelser om en grænseoverskridende omdannelse efter de nationale regler, der regulerer stiftelsen og driften af et selskab, hvor der er krav om en regnskabsopgørelse og opgørelse over aktiver. Derudover ønsker den ungarske ret oplyst, hvorvidt der kan gøres bemærkning om den ”retlige forgænger” ved en grænseoverskridende omdannelse, da dette skal bemærkes ved nationale omdannelser. Til sidst ønsker den ungarske ret oplyst, hvorvidt dokumenter fra oprindelsesstaten skal tages i betragtning.

I Domstolens afgørelse bemærkes det, at der ikke er nogle faste EU-retlige regler om grænseoverskridende omdannelse. Da der ikke er nogle særlige bestemmelser om en grænseoverskridende omdannelse i TEUF artikel 49 og 54, skal der derfor tages hensyn til to nationale lovgivninger, nemlig oprindelsesmedlemsstatens lovgivning og værtsmedlemsstatens lovgivning. Igen er der den samme begrundelse som ved spørgsmål 1 og 2, at så længe der er mulighed for at lave en national omdannelse, skal der også være mulighed for at lave en grænseoverskridende omdannelse. Dermed skal de nationale bestemmelser foretages under hensyn til de forpligtelser, som fremgår af TEUF artikel 49 og 54 og skal samtidig følge ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet.

Det er, som tidligere beskrevet, fast retspraksis, at et selskab er stiftet efter en national retsorden og eksisterer kun efter den nationale lovgivning, som er bestemmende for dets stiftelse og funktion. Derfor kan Ungarn kræve, at der skal udarbejdes en regnskabsopgørelse og en opgørelse over aktiverne, da det er Ungarns lovgivning, som regulerer stiftelsen og driften af et selskab. Det følger samtidig af ækvivalensprincippet, at Ungarn ikke er forpligtet til at lempe reglerne om krav om diverse oplysninger ved grænseoverskridende omdannelser, når der også er krav om disse oplysninger ved nationale tilfælde.

Dog er det ikke i overensstemmelse med ækvivalensprincippet at afvise ansøgningen om optagelse i det ungarske selskabsregister med den begrundelse, at ”retlig forgænger” skal være et ungarsk selskab, hvor det i denne sag er et italiensk selskab, som er ”retlig forgænger”. I den forbindelse bemærkes, at bemærkningen om ”retlig forgænger” i selskabsregisteret, uafhængigt af, om omdannelsen er national eller grænseoverskridende bl.a. kan være nyttig med henblik på at informere selskabets kreditorer om, at det er blevet omdannet. Desuden anfører den ungarske regering ingen hensyn, der begrunder, at en sådan bemærkning er forbeholdt nationale omdannelser.

Dermed er afvisningen af at lade Vale indføre i det ungarske selskabsregister som ”retlig forgænger” ikke forenelig med ækvivalensprincippet, jf. præmis 56 og 57.

Hvad der angår effektivitetsprincippet, er det således, at de ungarske myndigheder er forpligtet til at tage hensyn til dokumenter, der kommer fra de italienske myndigheder, hvor det fremgår, at selskabet opfylder kravene i denne medlemsstat. Årsagen hertil er, at såfremt Ungarn ikke tager hensyn til dokumenter, som kommer fra andre myndigheder, risikerer de at gøre selskabet, som ønsker omdannelse, ude af stand til at bevise, at de rent faktisk opfylder kravene og dermed bringes virkeliggørelsen af den grænseoverskridende omdannelse i fare.

Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål 3 og 4 er dermed, at Ungarn har ret til at fastlægge den relevante nationale ret for en grænseoverskridende omdannelse og således anvende bestemmelserne i dennes nationale ret med ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet i betragtning.

Domstolen besvarer dermed de præjudicielle spørgsmål således:

- 1) Artikel 49 TEUF og 54 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, som giver selskaber, der er underlagt national*

ret, mulighed for omdannelse, men som generelt ikke tillader, at et selskab, omfattet af en anden medlemsstats ret, omdannes til et selskab, der er underlagt national ret, ved at stifte selskab som det sidstnævnte.

2) *Artikel 49 TEUF og 54 TEUF skal i sammenhæng med et selskabs grænseoverskridende omdannelse fortolkes således, at værtsmedlemsstaten har ret til at fastlægge den relevante nationale ret for en sådan transaktion og således anvende bestemmelserne i dens nationale ret om nationale omdannelser, der regulerer stiftelsen og driften af et selskab, såsom kravene om udarbejdelse af en regnskabsopgørelse og en opgørelse over aktiver. Ikke desto mindre er ækvivalensprincippet, henholdsvis effektivitetsprincippet, til hinder for, at værtsmedlemsstaten*

- *Afviser ved grænseoverskridende omdannelser at gøre bemærkning om det selskab, der anmoder om omdannelsen, som den ”retlige forgænger”, hvis en sådan bemærkning om forgængerselskabet skal gøres i selskabsregistreret ved nationale omdannelser, og*
- *Afviser at tage behørigt hensyn til dokumenter, der udgår fra oprindelsesmedlemsstatens myndigheder, under proceduren for registrering af selskabet.*

5.7.1. Fortolkning og dommens betydning

Der er forskel på, om et selskab flytter hjemsted uden at blive underlagt en ny lovgivning, eller om selskabet flytter hjemsted og bliver underlagt en ny lovgivning. Som beskrevet i sagen om Cartesio kan medlemsstaterne selv bestemme reglerne om stiftelse af selskaber i henhold til deres nationale lovgivning i det første tilfælde. I det andet tilfælde forholder det sig helt anderledes.

Når et selskab ønsker at flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted, og dermed er indstillet på at ændre sin lovgivning herunder at lade sig indregistrere i andet land, er situationen en anden, da det vil være en hindring af etableringsretten ikke at tillade dette. Denne situation er netop det, der er kendetegnet for Vale.

Det er dog ikke logisk, at en medlemsstat må bestemme, at et selskab skal have sit faktiske hovedsæde i landet, men ikke kan bestemme, at et selskab ikke kan skifte nationalitet.⁵⁰ Der er ingen tvivl om dette punkt, og dommen er klar i sin melding om, at medlemsstaterne skal indrette sin lovgivning, så den tillader, at et selskab, som er stiftet i et andet land, kan flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted samtidig med, at det skifter lovgivning og nationalitet.

I denne sammenhæng kan det diskuteres, hvorvidt modtagerlandet skal acceptere en grænseoverskridende omdannelse, da det er en indgriben i medlemsstaternes selvbestemmelsesret, men dommen er ret tydelig på dette punkt. Modtagerlandet kan dog kræve, som det fremgår af afgørelsen, at selskabet for at blive omdannet opfylder nationale krav om placering af det faktiske hovedsæde og vedtægtsmæssige hjemsted samt tilpasser vedtægterne efter nationale krav, men der må omvendt ikke stilles krav, som unødigt begrænser etableringsretten og dermed muligheden for en omdannelse. Denne fortolkning er også i overensstemmelse med afgørelserne for Centros og Inspire Art.

Af dommen fremgår det også tydeligt, at eftersom det er muligt at udføre omdannelse af nationale selskaber efter den nationale selskabslov, indebærer tankegangen, at et nationalitetsskifte også skal være muligt. Dommene om Vale, Centros og Inspire Art tyder derfor på, at værtsmedlemsstaterne skal medvirke til, at selskaber kan gennemføre fri bevægelighed.

Det fremgår af ovenstående, at medlemsstaterne bør overveje at indføre regler, der både tillader og harmoniserer reglerne om et nationalitetsskifte. Tidligere har der fra EU været overvejet et 14. selskabsdirektiv vedrørende nationalitetsskifte, men disse planer er for længst blevet opgivet. Udkastet til dette direktiv behandles senere i afhandlingen.

Efter redegørelser og fortolkninger af en række forskellige sager omkring grænseoverskridende omstruktureringer indenfor EU vil disse blive fortolket i forhold til sammenlignelige problemstillinger imellem hinanden.

⁵⁰ Engsig Sørensen, Karsten "Cartesio-dommen Et skridt frem og to tilbage", NTS 2009:01/02, side 23

6. Samlet analyse og fortolkning af afgørelserne

Nedenstående afsnit har til formål at analysere og fortolke de tidligere behandlede afgørelser i forhold til hinanden. Samtidig har afsnittet til formål at analysere diversifikationen i de forskellige afgørelser herunder årsagerne og vores fortolkning på, hvorfor nogle af selskaberne fik medhold hos EF-Domstolen, og hvorfor nogle ikke fik det.

Daily Mail afgørelsen fra 1988 dannede præcedens for en lang række efterfølgende afgørelser indenfor spørgsmål om etableringsfrihed og grænseoverskridende flytninger af hjemsted med registreringskriteriet og hovedsædekriteriet i betragtning. Selskabet fik ikke tilladelse til at flytte sit hovedsæde fra England til Holland og samtidig opretholde sin status som juridisk person i England. Problemstillingen bestod i, at den engelske skattelovgivning fastsætter det skattemæssige hjemsted som det sted, hvor hovedsædet befinder sig. Dermed er der forskel på selskabsretten og skatteretten i forhold til at bestemme selskabsstatutet.

EF-Domstolen konkluderede, at selskaber er skabninger af den nationale lovgivning, som er bestemmende for dets stiftelse og funktion, hvorved selskabet kun eksisterer i kraft af den nationale lovgivning. Denne konklusion gav dermed stiftelseslandet mulighed for at opstille restriktioner imod selskabets ønske om at flytte hovedsædet til en anden medlemsstat i den situation, hvor de fortsat ville opretholde deres juridiske status i stiftelseslandet. Årsagen til, at dette var muligt i denne situation, må også tolkes ud fra det synspunkt, at selskabet ikke skulle have mulighed for at bevare selskabsretlig status som engelsk selskab og samtidig kunne skifte deres skattemæssige status til at være hollandsk.

I Cartesio afgørelsen fra 2008 opstod en problemstilling, som var identisk med den, der forelå i Daily Mail. Cartesio blev nægtet flytning af selskabets hjemsted til en anden medlemsstat end den, hvor selskabet var stiftet. Problemstillingen var her ligeledes, at selskabet ønskede at opretholde sin status som juridisk person i stiftelseslandet. Flere eksperter havde på tidspunktet for afgørelsen både håbet og forventet, at sagens afgørelse ville få en anden udgang end afgørelsen i Daily Mail. Dette tolker vi som et ønske om et brud med stiftelseslandets muligheder for at opstille restriktioner mod et selskabs flytning af hovedsæde uden at miste juridisk status i stiftelseslandet.

Såfremt Cartesio havde fået medhold, ville afgørelsen dermed have været et banebrydende opgør med hovedsædekriteriet, og det ville dermed være svært at stille spørgsmålstejn ved et

selskabs tilhørsforhold til de enkelte medlemsstater, da registreringskriteriet herefter ville stå stærkere. Det ville ligeledes have bakket op om en yderligere harmonisering af lovgivningen på tværs af landegrænser, som er det egentlige formål med EF-traktatens bestemmelser. Såfremt hovedsædekriteriet aldrig havde været en mulighed jf. EF-traktaten, ville flere af de omtalte afgørelser måske aldrig være endt ved Domstolen som præjudicielle spørgsmål.

I sagerne om Centros, Überseering og Inspire Art forsøgte værtsmedlemsstaterne at gøre afgørelsen fra Daily Mail gældende. I hovedtræk omhandlede problemstillingerne i disse tre sager ikke den samme problemstilling som i Daily Mail, hvilket EF-Domstolen også gjorde gældende i disse afgørelser. Problemstillingerne i disse sager vedrørte i hovedtræk værtslandets forsøg på at opstille restriktioner for udenlandske selskabers mulighed for at drive virksomhed i landet. Alle tre omtalte selskaber fik medhold ved EF-Domstolen, da en værtsmedlemsstats nægtelse af en etablering eller forsøg på at opstille restriktioner herfor stred imod etableringsfriheden. En sådan restriktion eller hindring kræver for værtsmedlemsstaten, at de skal overholde 4 helt konkrete betingelser, som tidligere beskrevet i de nævnte afgørelser. Der tegnede sig således også et mønster i disse sager på, at den værtsmedlemsstat, der skulle modtage en sekundær etablering, frygtede modtagelsen af et selskab, som ikke kunne kontrolleres. Dette blev forsøgt modarbejdet for at ”genvinde” kontrollen over selskabet.

På baggrund af dette kan det fortolkes således, at det i langt de fleste tilfælde kun er stiftelseslandet, som har mulighed for at opstille restriktioner eller at hindre en etablering. Med baggrund i de behandlede afgørelser og det hertil hørende behandlede litteratur fortolker vi det således, at det kun er i helt særlige tilfælde, at en medlemsstat kan gøre disse fire betingelser gældende, og vi vurderer, at det er usandsynligt, at dette i praksis vil kunne lade sig gøre.

En anden betragtning som afgørelserne gør os opmærksom på, er det forhold, at EF-Domstolens afgørelser i sagerne om Centros, Überseering og Inspire Art gang på gang skyder hovedsædekriteriet ned. Dette forstærker vores undren omkring afgørelsen i Cartesio yderligere, da denne afgørelse netop støtter op om hovedsædekriteriet. I forhold til den kronologiske rækkefølge af sagerne, kan der stilles en undren overfor, at EF-Domstolen i Daily Mail afgørelsen bakker op omkring hovedsædekriteriet, hvorefter Domstolen i princippet arbejder imod en anvendelse af hovedsædekriteriet i de tre efterfølgende afgørelser, for derefter igen at bakke op omkring hovedsædekriteriet i Cartesio afgørelsen.

En interessant betragtning i denne diskussion er det forhold, at EF-Domstolen i Daily Mail afgørelsen anerkender den engelske stats skattemyndigheders betragtning af hovedsædekriteriet og dermed giver den engelske stat medhold i sagen. Cartesio afgørelsen omhandler umiddelbart ikke noget skatteretligt forhold, hvorved vi mener, at der kan stilles et spørgsmålstegn ved anvendelsen af Daily Mail afgørelsen som grundlag for Cartesio afgørelsen. Som vi tolker det, anerkender EF-Domstolen i Daily Mail afgørelsen den engelske stats skattemyndigheds anvendelse af hovedsædekriteriet, mens Domstolen i Cartesio afgørelsen anerkender Ungarns selskabsretlige anvendelse af hovedsædekriteriet. Dermed kunne der argumenteres for, at Domstolen muligvis kunne være kommet frem til en anden afgørelse, såfremt den ikke havde lænet sig så meget op af Daily Mail afgørelsen.

Hvor ovennævnte sager går på grænseoverskridende flytninger mellem medlemsstater, handler afgørelserne i Sevic og Vale om grænseoverskridende omdannelser af selskaber. Samtidig omhandler disse to sager både den primære og den sekundære etablering, hvor de før omtalte sager omhandler sekundær etablering. Sagerne kan sammenholdes, da begge afgørelser går på en grænseoverskridende omdannelse, hvor værtsmedlemsstatens nationale lovgivning modsætter sig denne flytning. Disse to sager tager i højere grad udgangspunkt i spørgsmålet omkring etableringsfriheden, fremfor spørgsmålet omkring anvendelsen af registrerings- og hovedsædekriteriet.

Sagerne omhandler nærmere den forskelsbehandling de nationale lovgivninger opstiller, som strider imod etableringsfriheden. I Sevic modsatte den tyske selskabslov sig grænseoverskridende fusioner, men ikke nationale fusioner, hvorved forskelsbehandlingen opstod. I Vale modsatte den ungarske selskabslov sig en grænseoverskridende omdannelse, men ikke en national omdannelse, hvorved forskelsbehandlingen opstod. Som i de resterende sager forsøger man også her at referere til Daily Mail afgørelsen, men EF-Domstolen slår igen klart og tydeligt fast, at det ikke er den samme problemstilling, der bliver behandlet. Efter vores fortolkning tegner der sig en tendens til, at der altid refereres til Daily Mail afgørelsen af den simple årsag, at EF-Domstolen ikke gav selskabet medhold.

Forskelsbehandlingen kommer egentlig også til udtryk i sagerne om Centros og Inspire Art. I Centros forsøger den danske stat at afvige fra anvendelsen af registreringskriteriet i denne enkeltstående sag og dermed anvende hovedsædekriteriet for at opnå medhold i benægtelsen af selskabets statut. I Inspire Art havde de hollandske myndigheder vedtaget en særskilt national

lovgivning, som opstillede særskilte krav til proforma hollandske selskaber. Denne lovgivning stred imod den traktatsikrede etableringsret.

Det faktum, at Daily Mail og Cartesio ikke kunne få lov at flytte deres hjemsted til en anden medlemsstat åbner op for udfordringerne omkring grænseoverskridende flytning af hjemsted. Dette henleder os til det 14. selskabsdirektiv om netop denne problemstilling, et selskabsdirektiv som fortsat kun foreligger i udkast.

7. Det 14. selskabsdirektiv og mangel heraf

Der blev i år 1997 udarbejdet et udkast til et 14. selskabsdirektiv omkring grænseoverskridende flytning af hjemsted indenfor EU.⁵¹ Udkastet er aldrig kommet videre i processen siden dette, og det må umiddelbart vurderes, at dette direktiv er opgivet, hvilket det også bemærkes af flere eksperter. Fællesskabsretlige retningslinjer for denne type af grænseoverskridende omstruktureringer ville bidrage yderligere til selskabers mobilitet indenfor fællesskabet, hvorved koncerner ville have yderligere muligheder for at organisere deres koncernstruktur mere optimalt. Man skal huske at have in mente, at det 10. selskabsdirektiv omkring grænseoverskridende fusioner endnu ikke var udarbejdet på tidspunktet for dette udkast, hvorved grænseoverskridende omstruktureringer på tværs af landegrænserne i begrænset omfang var harmoniseret indenfor fællesskabet.

Selve processen for en grænseoverskridende flytning af hjemsted, som beskrives i udkastet til det 14. selskabsdirektiv, vil ikke blive gennemgået detaljeret, kun udvalgte problemstillinger og forhold.

Udkastet til direktivet blev udarbejdet som et forsøg på at harmonisere reglerne omkring flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted på tværs af landegrænser indenfor fællesskabet, men man konstaterede ret tidligt i udkastet, at harmonisering af reglerne på dette område var yderst komplekst og dybest set umuligt. Årsagen til dette konstateres i udkastet til at være den store diversitet i anvendelsen af henholdsvis registreringskriteriet og hovedsædekriteriet indenfor fællesskabet.

Diversiteten i anvendelsen af de to forskellige kriterier ville kunne resultere i, at der kunne være selskaber, som enten ville anses for at have to hjemsteder eller ingen hjemsted. To hjemsteder, hvis selskabet var registreret i en medlemsstat, som anvendte registreringskriteriet, men havde placeret deres faktiske hovedsæde i en medlemsstat, som anvendte hovedsædekriteriet. Modsat kunne et selskab komme i en situation, hvor deres hjemsted ikke hørte hjemme i nogen medlemsstat. Denne situation ville opstå, hvis selskabet var registreret i en medlemsstat, der anvendte hovedsædekriteriet, mens deres faktiske hovedsæde var placeret i en medlemsstat, der

⁵¹ Udkast til 14. selskabsdirektiv, november 1997, XV/D2/6002/97-EN REV.2

anvendte registreringskriteriet. Denne konkrete problemstilling fremgår direkte af bemærkningerne i udkastet.

Det blev derfor konstateret, at et direktiv, der skulle sikre muligheden for grænseoverskridende flytning af hjemsted, var nødsaget til at skulle fastsætte det ene af disse kriterier som hovedkriterie for medlemsstaterne, altså skulle der tvinges et kriterie ind i alle medlemsstater. Denne proces ansås for yderst kompliceret og besværlig at få gennemført i praksis. Direktivets formål var at muliggøre en overførsel af et selskabs registrerede hjemsted, uden at dette blev ophørt i den oprindelige medlemsstat og uden at der skete nystiftelse i den nye medlemsstat. Det skulle altså være muligt blot at flytte den juridiske person kun med ændring af den lovgivning, denne juridiske person var underlagt.

Dette selskabsdirektiv ville således ikke kunne løse den problemstilling, der forelå i Daily Mail og Cartesio, da disse selskaber ville flytte deres hjemsted men bevare deres juridiske status i stiftelseslandet. Selskaberne ønskede at forlægge deres hovedsæde, men ikke deres vedtægtsmæssige hjemsted, og dette ville der fortsat ikke være hjemmel til jf. udkastet til det 14. selskabsdirektiv, hvis dette var blevet vedtaget.

Sikring af kreditorer beskrives i udkastet også som en vigtig faktor. Det skal være muligt for kreditorer i god tid at få kendskab til flytning og til at få gjort krav på deres tilgodehavender. Kreditorer hvis tilgodehavender er opstået inden det udsendte forslag til flytning skulle jf. udkastet være tilstrækkeligt sikrede. Udkastet åbnede ligeledes også op til sikringen af offentlige kreditorers tilgodehavender, der opstod helt frem til selve flytningen. Netop forholdet omkring kreditorernes retsstilling er også et af de punkter, vi har erfaret, at EF-Domstolen lægger sin vægt på i de gennemgåede afgørelser. Dette må vurderes at være et essentielt emne i forhold, til at grænseoverskridende omstruktureringer skal være mulige.

Ligeledes fremgår det også af udkastet, at planen for flytningen skal indeholde en beskrivelse af de konsekvenser nationalitetsskiftet for selskabsdeltagere og medarbejdere. Samtidig kan medlemsstaterne lave særlige protektioniske regler for minoritetsaktionærer. Den mest oplagte beskyttelse for de aktionærer, der stemmer imod flytningen, ville være, at de kan kræve deres aktier indløst.⁵²

⁵² Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen "EU-retten 2010" side 806

Da det 10. selskabsdirektiv sikrer, at selskaber kan skifte nationalitet, jf. Sevic afgørelsen, er der indenfor EU-retten sikret en vis mobilitet. Dog kræver en grænseoverskridende fusion involvering af mindst to selskaber, hvorimod en flytning i henhold til det 14. selskabsdirektiv ikke forudsætter, at der involveres andre selskaber. Dette ville være en forenkling af proceduren for nationalitetsskifte, og der kan derfor argumenteres for, at en vedtagelse af det 14. selskabsdirektiv ville øge mobiliteten på tværs af landegrænser.⁵³

Udkastet til direktivet henviser flere gange til proceduren for flytning af registrerede hjemsted, der på nuværende tidspunkt forefindes i SE-forordningen. Dog blev SE-forordningen først vedtaget efter, at dette udkast blev udarbejdet, hvorfor det er de indledende arbejder til SE-forordningen, der henvises til.

SE-selskabet og dets betydning vil blive gennemarbejdet nedenfor, hvorefter der vil blive lavet en kort sammenfatning og analyse af udkastet til det 14. selskabsdirektiv og SE-forordningens muligheder.

⁵³ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen "EU-retten 2010" side 807

8. SE-selskabet og dets betydning

SE-selskabet, Societas Europea, har været under overvejelse længe. Ideen om et europæisk selskab opstod tilbage i 1950-60'erne, og i år 1970 blev der gjort mere alvor bag tankerne, da Kommissionen her for første gang fremsatte forslag til en forordning om et fælles europæisk aktieselskab. Igen i slutningen af 80'erne udarbejdede Kommissionen to adskilte forslag. Et forslag til forordning om et statut for det europæiske aktieselskab og et forslag til direktiv om supplerung af dette statut med hensyn til arbejdstagernes stilling. Først i starten af 2000'erne blev medlemsstaterne enige omkring forholdene, der skulle indgå i SE-forordningen.⁵⁴ Umiddelbart var en af de største problemstillinger i processen for udarbejdelsen og vedtagelsen af en fælles gældende forordning spørgsmålet om medarbejderindflydelse. Nogle medlemsstater havde allerede implementeret regler omkring dette, mens andre ikke havde, og disse medlemsstater bremsede derfor processen. Den endelige forordning blev vedtaget den 8. oktober 2001.

Der blev i år 2004 foretaget ændringer hertil i ”Rådets forordning (EF) nr. 884/2004 af 26. april 2004”. Dette er hermed den gældende forordning omkring statut for det europæiske selskab. Denne forordning skabte historiske muligheder indenfor europæisk selskabsret, muligheder for omstrukturering og internationalisering. Selskabet stiftes på baggrund af en selvstændig lovgivning, som gælder for alle medlemsstaterne samt EØS landene. Denne lovgivning er stiftet med baggrund i, at det skulle være lettere for selskaber fra forskellige medlemsstater at fusionere, etablere holdingselskab eller et fælles SE-datterselskab.

SE-selskabsformen har aldrig rigtig fundet fodfæste i Danmark, her har vi kun 1 aktivt SE selskab registreret jf. www.cvr.dk pr. 19.11.16. Trækker man en statistik over registrerede europæiske SE-selskaber, viser denne, at der i alt er registreret 2.771 i Europa, heraf er 1.867 beliggende i Tjekkiet og 402 i Tyskland, som dermed er de to lande, der er hjemmestat for flest SE-selskaber.⁵⁵

⁵⁴ Arbejdsministeriet, udkast forslag til lov om medarbejderindflydelse i SE-selskaber, 14. november 2003

⁵⁵ Statistik over registrerede SE-selskaber i Europa: http://ecdb.worker-participation.eu/show_overview.php?letter=A&orderField=se.se_name&status_id=3&title=Established%20SEs

Et SE-selskab kan ikke stiftes som nystiftelse. Selskabet kan jf. forordningen kun opstå ved at foretage grænseoverskridende omstrukturering. SE-selskabet kan stiftes på følgende overordnede måder:

- Ved en grænseoverskridende fusion
- Ved stiftelsen af et holdingselskab
- Ved stiftelsen af et fælles SE-datterselskab
- Ved omdannelse fra aktieselskab til et SE-selskab

Et aktieselskab, som er stiftet i henhold til en medlemsstats lovgivning, og som har sit vedtægtsmæssige hjemsted samt hovedkontor i et af disse lande, kan stifte et SE-selskab ved at foretage en fusion mellem to selskaber, som hører under to forskellige medlemsstaters lovgivning. Det vil sige, at der altså allerede på dette tidspunkt før afgørelsen i Sevic sagen og færdiggørelsen af det 10. selskabsdirektiv kunne foretages en grænseoverskridende fusion, så længe det fortsættende selskab blev til et SE-selskab.

Et aktieselskab eller andre kapitalselskaber med begrænset ansvar, som er stiftet i henhold til en medlemsstats lovgivning, og som har sit vedtægtsmæssige hjemsted samt hovedkontor i et af disse lande, kan stifte et SE-holdingselskab. Dog skal mindst to af selskaberne:

- Enhøre under forskellige medlemsstaters lovgivning, eller
- I mindst to år har haft et datterselskab, som hører under lovgivningen i en anden medlemsstat eller har haft en filial som har været beliggende i en anden medlemsstat.

Under samme forudsætninger som ovenstående to punkter kan et selskab eller andre offentligtretlige juridiske enheder stifte et SE-datterselskab.

Et aktieselskab, som er stiftet i henhold til en medlemsstats lovgivning, og som har sit vedtægtsmæssige hjemsted samt hovedkontor i et af disse lande, kan omdannes til et SE-selskab, hvis det i mindst to år har haft et datterselskab i en anden medlemsstat, som har været underlagt dennes lovgivning. Da der ikke benævnes øvrige selskabsformer med begrænset ansvar i forordningen, er det kun aktieselskaber, der kan omdannes.⁵⁶

⁵⁶ Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE), artikel 2

SE-selskaber betragtes jf. forordningens artikel 3 som et aktieselskab i den medlemsstat, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted. Det vil sige, at et dansk SE-selskab behandles selskabsretligt på lige fod med et almindeligt dansk aktieselskab, medmindre der direkte er foreskrevet en anden behandling af et forhold i forordningens bestemmelser end det, der fremgår i den danske lovgivning. Forordningen om SE-selskabet er ikke udtømmende på alle områder og der overlades derfor en del til den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted.

Ydermere er der for SE-selskabet krav om at tegne en selskabskapital på minimum t.EUR 120, hvilket umiddelbart er højere end de fleste medlemsstaters minimumskrav til selskabskapitalen for aktieselskaber. I Danmark er mindstekapitalen herfor på t.DKK 500, mens den i Tyskland er t.EUR 50. Foreligger der en situation, hvor en medlemsstats mindstekrav til et aktieselskab overstiger kravet for SE-selskaber, vil det pågældende SE-selskab med sit vedtægtsmæssige hjemsted i denne medlemsstat være pålagt at opfylde dette øgede kapitalkrav.

SE-selskabets vedtægtsmæssige hjemsted skal jf. artikel 7 ligge indenfor fællesskabet og være sammenfaldende med placeringen af selskabets hovedkontor. Man kan derfor ikke blot foretage en ”teknisk” flytning af selskabets vedtægtsmæssige hjemsted. Hovedkontoret og selskabets ledelse skal dermed også flyttes til denne medlemsstat. Her er det interessant at se en konkret stillingtagen til registrerings- og hovedsædekriteriet i forordningen. En problemstilling som tidligere i afhandlingen har været drøftet flittigt under de behandlede afgørelser. Man har således vedrørende SE-selskaberne konkret afværget, at der kan opstå udfordringer med fastlæggelsen af et selskabs nationalitet, da hovedsædet skal være placeret i registreringsstaten. I forordningens artikel 64 fremgår det klart og tydeligt, at den medlemsstat, der er hjemsted for selskabet, skal træffe passende foranstaltninger for at få dette forhold bragt i orden indenfor nogle givne tidsfrister. Overholdes dette ikke, skal medlemsstaten træffe nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der indledes likvidationsprocedure. Sanktionerne er derfor ret klare ved en misligholdelse af dette krav.

Et SE-selskab kan jf. forordningens artikel 8 stk. 1 flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted fra en medlemsstat til en anden. En flytning af hjemsted kan foretages, uden at dette bevirker selskabets opløsning eller stiftelse af en ny juridisk person.

Ledelses- eller administrationsorganet i selskabet skal udarbejde en plan om flytningen. Denne plan skal overordnet indeholde:

- Selskabets nuværende navn
- Det nuværende vedtægtsmæssige hjemsted
- Registreringsnummer
- Det påtænkte vedtægtsmæssige hjemsted
- De påtænkte vedtægter for selskabet og i givet fald det nye navn
- Flytningens eventuelle følger for medarbejderindflydelsen
- Den påtænkte tidsplan
- Eventuelle rettigheder til beskyttelse af aktionærer og/eller kreditorer

Der foreligger en række betingelser, som skal overholdes for at SE-selskabet kan flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted. Disse betingelser fremgår af forordningens artikel 8 stk. 3-16. Nedenstående præsenteres et udvalg af disse. Nogle punkter forbliver helt udeladt eller kun delvist præsenteret:

- Der skal udarbejdes en beretning, og mindst en måned før generalforsamlingen for vedtagelse af flytningen kan selskabets aktionærer og kreditorer få lov at gennemgå planen for flytningen og kræve relevante kopier.
- En medlemsstat må gerne sikre passende beskyttelse af mindretalsaktionærer, der udtaler sig mod en flytning.
- Selskabet skal vedrørende forpligtelser indgået før offentliggørelse af flytning godtgøre, at kreditorer og andre rettighedshavere er passende beskyttet.
- En kompetent myndighed skal udstede en attest på, at de rette handlinger og formaliteter er opfyldt. Registrering i ny medlemsstat kan kun ske efter forelæggelse af denne attest.
- Selskabet er flyttet pr. den dato, det bliver registreret i en ny medlemsstat, og først her bliver det slettet fra den gamle.
- Efter offentliggørelse af dette kan selskabets nye vedtægtsmæssige hjemsted gøres gældende overfor tredjemand. Dog kan tredjemand fortsat gøre det gamle hjemsted gældende, så længe slettelse i det gamle register ikke er offentliggjort, og tredjemand ikke har kendskab til det nye hjemsted.

- En kompetent myndighed i fraflytningsstaten kan modsætte sig flytningen, hvis den nødvendige tidsfrist på 2 måneder jf. stk. 6 på to måneder overholdes. Indsigelsen kan kun fremsættes af samfundsmæssige hensyn.
- Selskaber under opløsning, likvidation, konkursbehandling, betalingsstandsning eller lignende bobehandlinger kan ikke flytte hjemsted.
- Krav, der rejses mod selskabet inden flytningen, behandles i medlemsstaten, der var hjemsted inden flytningen, også selvom der først anlægges sag efter flytningen.

Det har blandt flere eksperter indenfor selskabsretten været anført, at dette krav om sammenfald mellem registreret hjemsted og hovedkontorets beliggenhed kunne stride imod den EF-traktat-sikrede etableringsfrihed, da selskabet hindres i frit at flytte deres faktiske hovedsæde. Det må dog følge af afgørelsen i *Cartesio*, at en medlemsstat generelt godt kan kræve, at selskabet skal have sit hovedkontor i den stat, det er registreret. SE-selskabet afleder deres eksistens af SE-statutten og må derfor acceptere et sådan krav.⁵⁷

Det fremgår i forordningens artikel 69, at der senest 5 år efter forordningens ikrafttræden skal laves en rapport om anvendelsen af forordningen med tilhørende ændringsforslag. Herunder skulle det undersøges, om det ville være hensigtsmæssigt at tillade, at et SE-selskabs hovedkontor og vedtægtsmæssige hjemsted er beliggende i forskellige medlemsstater. Rapporten fra Kommissionen bygger på en ekstern undersøgelse, hvor en række interessenter er blevet spurgt. Rapporten siger bl.a. således omkring hensigtsmæssigheden i mulighed for adskillelse mellem et SE-selskabs vedtægtsmæssige hjemsted og placering af hovedsæde:

*”Den eksterne undersøgelse argumenterer for adskillelsen. Det understøttes også af virksomhedernes vidnesbyrd, men andre aktører, f.eks. visse medlemsstater og fagforeninger, er modstandere heraf. De frygter, at bl.a. muligheden for at adskille det vedtægtsmæssige hjemsted og hovedkontoret kunne gøre skattemyndighedernes kontrol vanskelig at anvende på grund af manglende gennemsigtighed i oplysninger om selskaber registreret i andre medlemsstater.”*⁵⁸

⁵⁷ Engsig Sørensen, Karsten ”*Cartesio-dommen Et skridt frem og to tilbage*”, NTS 2009:01/02, side 26

⁵⁸ RAPPORT FRA KOMMISSIONEN TIL EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDET
Anvendelsen af Rådets forordning 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE)

Kommissionen kommer ikke frem til en konklusion om, at der skal ske ændringer til den gældende SE-forordning, men refererer til et muligt senere forslag til ændring i år 2012 hvis relevant. Det er ud fra vores research ikke et forslag, der er blevet aktuelt, og det har ikke været muligt at finde et forslag til ændring heraf. Dette leder op til en diskussion omkring udeblivelsen heraf. Der kan argumenteres for, at en ændring af SE-forordningen således at SE-selskaber skulle have mulighed for at adskille det vedtægtsmæssige hjemsted med det faktiske hovedsæde, ville SE-selskabet komme i direkte konkurrence med nationale retlige former, hvorfor der i rapporten også udtrykkes tvivl om, hvor stor politisk støtte, der ville være hertil.

Vi har ikke kunnet opspore nogle konkrete afgørelser, hvor en tvist om dette har været til afprøvelse hos EF-Domstolen. Måske skyldes dette de klare retningslinjer i forordningen. Efter afgørelsen i *Cartesio* kunne det være interessant at se EF-Domstolens behandling af en sag om et SE-selskabs manglende sammenfald mellem registrerede hjemsted og placering af hovedkontor.

Udkastet til det 14. selskabsdirektiv beskriver en række problemstillinger ifbm. at få udarbejdet et endeligt direktiv, der kunne godkendes og blive politisk accepteret i størstedelen af Fællesskabet. Dette skyldtes som tidligere nævnt den store diversitet i anvendelsen af registrerings- og hovedsædekriteriet. Udkastet henviser flere gange til de indledende arbejder omkring SE-forordningen, og efter gennemgangen af den gældende SE-forordning må det konkluderes, at flere væsentlige forhold i udkastet og forordningen er sammenfaldende.

Det kan derfor også diskuteres, hvorvidt et endeligt udarbejdet direktiv omkring grænseoverskridende flytning af hjemsted ville have været banebrydende indenfor omstruktureringer på tværs af landene i Fællesskabet. Det er relativt klart, at direktivet ville have muliggjort flytning af hjemsted med samtidig flytning af hovedsæde for almindelige kapitalselskaber, hvor disse regler på nuværende tidspunkt kun er harmoniseret på fællesskabsplan for SE-selskaber. Men umiddelbart efter gennemlæsning af udkastet til direktivet tyder det ikke på, at dette ville have muliggjort en grænseoverskridende flytning af hjemsted, uden at selskabets hovedsæde også skulle flyttes.

SE-selskabets omfattende krav til stiftelsen gør, at selskabet kan blive for omfangsrig en proces at kaste sig ud i, hvilket kan være en af årsagerne til, at aktieselskaber fravælger denne selskabsform. Udover de omfattende krav til stiftelsen gælder der i høj grad en fri konkurrence indenfor Fællesskabet, da en stor del herudover er overladt til nationale lovgivninger.

Få år efter SE-forordningen blev vedtaget og muliggjorde grænseoverskridende fusioner, blev det 10. selskabsdirektiv vedtaget. Der kan argumenteres for, at SE-forordningen var attraktiv i årrækken frem til vedtagelsen af det 10. selskabsdirektiv, hvorefter forordningen måske blev mindre attraktiv, da det efter det 10. selskabsdirektiv blev muligt for alle kapitalselskaber med begrænset hæftelse at foretage grænseoverskridende fusioner. Det kan for en mindre koncern med grænseoverskridende aktiviteter derfor være svært at se fordele ved SE-selskabet som selskabsform fremfor et almindeligt aktieselskab. Hvis koncernen ikke har behov for at fremstå som et kapitalstærkt SE-selskab, vurderes fordelene herved at være minimal.

Eftersom det 10. selskabsdirektiv har haft stor betydning for udviklingen i omstrukturingsmulighederne på tværs af landegrænser indenfor Fællesskabet, vil vi i nedenstående afsnit gennemgå direktivet og analysere mulighederne indenfor grænseoverskridende fusioner

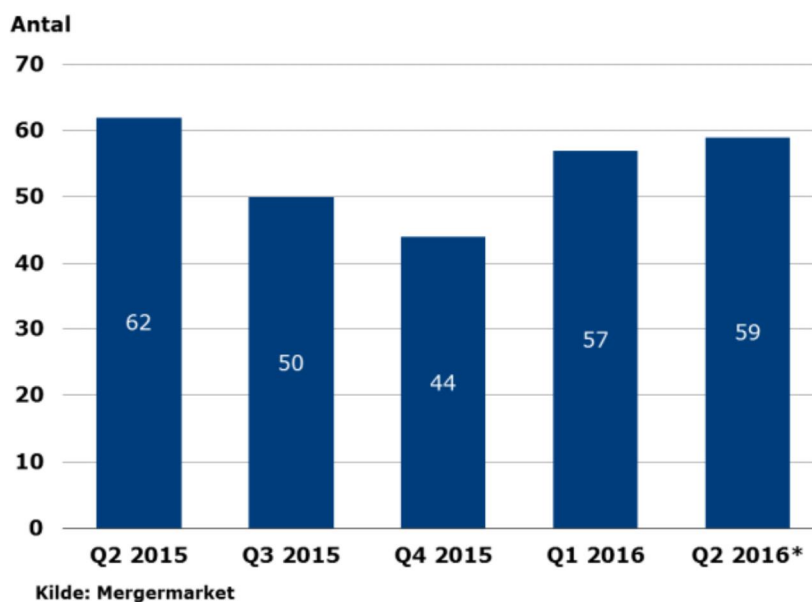
9. Redegørelse for grænseoverskridende fusioner

9.1. Det 10. selskabsdirektiv

Omstruktureringer i selskabsregi har, som tidligere nævnt, gennem årene vist sig som et nyttigt redskab til virksomheders omlægninger og ændringer af strukturelle forhold. Det er i højere grad blevet mere hyppigt for kapitalselskaber at foretage fusioner i forbindelse med udviklingen i aktiviteterne. I forbindelse med dette er der opstået et yderligere behov for at foretage sådanne omstruktureringer på tværs af landegrænser.

Udviklingen i handler mellem europæiske selskaber har historisk været stigende. Denne udvikling ser ud til at fortsætte jf. en kvartalsrapport for 2. kvartal 2016 fra analysevirksomheden Audon A/S. Her nævnes det, at salget af europæiske virksomheder lå på et højt niveau i år 2015 sammenlignet med tidligere år, og udviklingen fortsætter umiddelbart i den retning i år 2016⁵⁹.

Nedenfor ses en tabel fra kvartalsrapporten på udviklingen i solgte danske virksomheder til udenlandske købere:



Figur 2 - Kvartalsnyt M&A i Danmark og i Europa

*Der er foretaget en korrektion på 5 virksomhedssalg i Q2 2016 som følge af endnu ikke registrerede handler

⁵⁹ <http://www.audon.dk/publikationer/analysis/> - kvartalsnyt M&A i Danmark og Europa, juli 2016

Rapporten viser en tendens til at færre danske virksomheder foretager opkøb i udlandet, mens der er en stigende tendens til at udenlandske virksomheder opkøber danske virksomheder. I forhold til udviklingen i grænseoverskridende fusioner er det irrelevant, hvilken vej der handles. Tendensen viser, at der i stor grad er behov for både virksomhedskøb, virksomhedssalg og virksomhedssammenslutninger på tværs af grænserne, både i Europa og resten af verden. Rapporten viser for 1. halvår 2016, at 82% af køberne kommer fra Europa, mens det for hele år 2015 var 72% af køberne, der stammede fra Europa.

Udviklingen gennem de sidste årtier har medvirket til, at det 10. selskabsdirektiv, også kaldet CBM-direktivet (cross-border-merger), blev udarbejdet i år 2005 med implementering i nationale lovgivninger senest ultimo 2007. Direktivet muliggør gennemførelse af en grænseoverskridende fusion. Den fortsatte udvikling i virksomheders interesse i enten at sammenslutte sig med andre virksomheder i EU eller generelt flytte aktiviteten rundt i EU har medført, at der er udarbejdet et udkast til et 14. selskabsdirektiv omkring grænseoverskridende flytning af hjemsted. Dette vil blive behandlet senere i afhandlingen.

En sådan fusion sker mellem selskaber med begrænset ansvar, som er hjemmehørende i mindst to forskellige EU/EØS medlemsstater⁶⁰. Muligheden for gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer bygger hovedsageligt på etableringsbestemmelserne i TEUF artikel 49-54, der forbyder medlemsstater at fastlægge restriktioner for både statsborgere og selskabers etablering i en anden medlemsstat⁶¹. Dette vil blive behandlet senere i afhandlingen.

Tabel 1 - Tidslinje for reglerne omkring grænseoverskridende fusioner:

1984	Det første forslag til et direktiv om grænseoverskridende fusioner blev allerede vedtaget af Kommissionen den 14. december 1984. Forslaget blev dog trukket tilbage i år 2001 som følge af, at Kommissionen foretog en generel tilbagetrækning af forslag til direktiver, der havde været under behandling i flere år ⁶² .
1990	En fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater blev udarbejdet ved Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 ⁶³ .

⁶⁰ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF

⁶¹ Konsolideret udgave af traktaten om oprettelse af det europæiske fællesskab (97/C 340/03)

⁶² Forslag til 10. selskabsdirektiv, 2003/0277 (COD) – kommissionen for de europæiske fællesskaber

⁶³ Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater

2004	Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE) dannede baggrund for lov nr. 363 af 19. maj 2004 om det europæiske selskab ⁶⁴ . Reglerne gav mulighed for, at aktieselskaber kunne fusionere på tværs af landegrænser, hvis der som resultat af fusionen blev stiftet et SE-selskab.
2005	Det 10. selskabsdirektiv vedtages. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF af 26. oktober 2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar. Direktivet skulle implementeres i national ret inden udgangen af år 2007.
2007	Ved lov nr. 573 af 6. juni 2007 blev der i dansk lov implementeret regler om grænseoverskridende fusioner og grænseoverskridende spaltninger. Danmark var et af de første lande til at implementere direktivets regler i national ret.

Direktivet blev udarbejdet som følge af det øgede behov for samarbejde og omstrukturering mellem selskaber på tværs af landegrænser i medlemsstaterne. Direktivet skulle lette gennemførelsen af sådanne fusioner, hvor det historisk set har givet mange udfordringer både juridisk og administrativt før direktivets gennemførelse.

9.2. Gennemførelse af en grænseoverskridende fusion efter det 10. selskabsdirektiv

Det 10. selskabsdirektiv medvirker til at udvide de nationale regler om fusion til også at finde anvendelse på grænseoverskridende fusioner. Direktivet fastslår, hvilket lands selskabslovgivning der skal følges i forbindelse med de enkelte skridt i forbindelse med fusionens vedtagelse.

Direktivet omfatter som tidligere nævnt alle kapitalselskaber, altså selskaber med begrænset hæftelse, som hører til mindst to forskellige medlemsstaters lovgivning. Det er dog muligt for medlemsstaterne selv at definere, om det skal være muligt at udføre en grænseoverskridende fusion for andelsselskaber, også selvom det hører under definitionen om et selskab med begrænset ansvar.

Der er i direktivets artikel 4 indlagt mulighed for beskyttelse af minoritetsinteresser, således at medlemsstaterne kan lave en passende beskyttelse, hvis minoritetsinteresserne har modsat sig en grænseoverskridende fusion.⁶⁵ Medlemsstaterne kan som eksempel kræve, at der skal være

⁶⁵ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen "EU-retten 2010" side 799

en høj stemmemajoritet, før en grænseoverskridende fusion kan gennemføres. Det kan yderligere være et krav, at de aktionærer, som ikke ønsker den grænseoverskridende fusion, kan kræve sig indløst. Dette gør det muligt for en medlemsstat at gøre sig mindre attraktiv i forhold til en grænseoverskridende fusion. Derudover skal der også tages hensyn til beskyttelsen af kreditorenes stilling. Dog må disse regler ikke gå udover etableringsrettens bestemmelser.

En af de forhindringer, der har været i forbindelse med vedtagelsen af det 10. selskabsdirektiv, er arbejdstagernes medindflydelse, da det var frygtet, at de ville miste deres medindflydelse. Løsningen på dette fremgår af artikel 16, hvor det er anført, at hvis der er medindflydelse i et af de fusionerende selskaber, og en sådan medindflydelse ikke er gældende i det land, hvor det fortsættende selskab er beliggende, så er fusionen betinget af, at det fortsættende selskab underlægger sig en sådan medindflydelse.⁶⁶ I nogle tilfælde kan det være muligt at omgå reglerne om medarbejderrepræsentation, hvis det fortsættende selskab i fusionen er beliggende i et land, der ikke har regler herom. Det vil kun være et krav, hvis det ophørende selskab har regler herom.

Direktivet stiller ikke krav om, at et selskabs hovedsæde skal være placeret i det land, hvor det fortsættende selskab er beliggende, med mindre der anvendes hovedsædekriteriet i den pågældende medlemsstat. Der åbnes således op for, at eksisterende selskaber kan gå fra at høre under selskabslovgivningen i én medlemsstat til en anden ved at fusionere med eksempelvis et skuffeselskab i en anden medlemsstat.

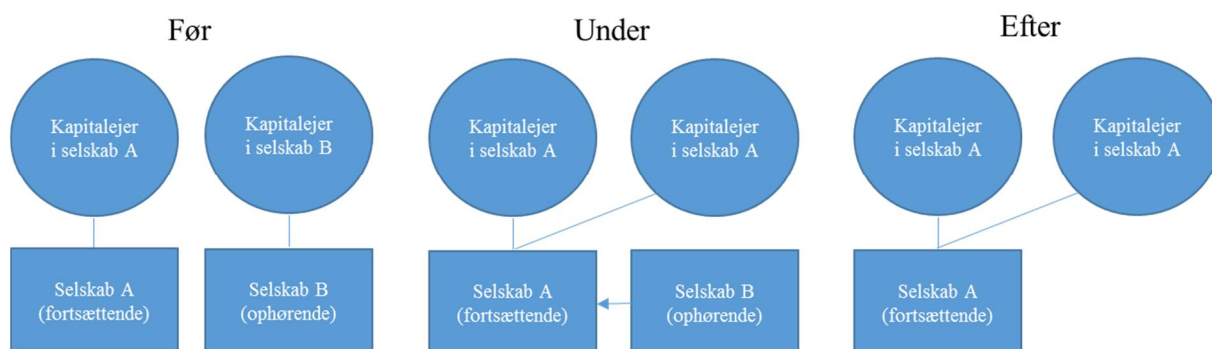
Der eksisterer to typer af fusion efter selskabslovens bestemmelser, hvilket er den uegentlige fusion og den egentlige fusion. Den uegentlige fusion medfører, at et eller flere selskaber opløses uden likvidation ved at overdrage selskabets aktiver og forpligtelser til et allerede eksisterende selskab. Den egentlige fusion medfører, at de bestående deltagende selskaber overdrager deres aktiver og forpligtelser til et nyt selskab, der opstår som led i fusionen.⁶⁷ Såvel aktie- som anpartsselskaber kan fusionere, og der er intet som forhindrer, at f.eks. et aktieselskab fusionerer med et eller flere anpartsselskaber.

⁶⁶ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen "EU-retten 2010" side 799

⁶⁷ Søren Corfixen Whitt og Lars Bunch, "Fusioner og spaltninger i praksis" Revision og Regnskabsvæsen 2015.03

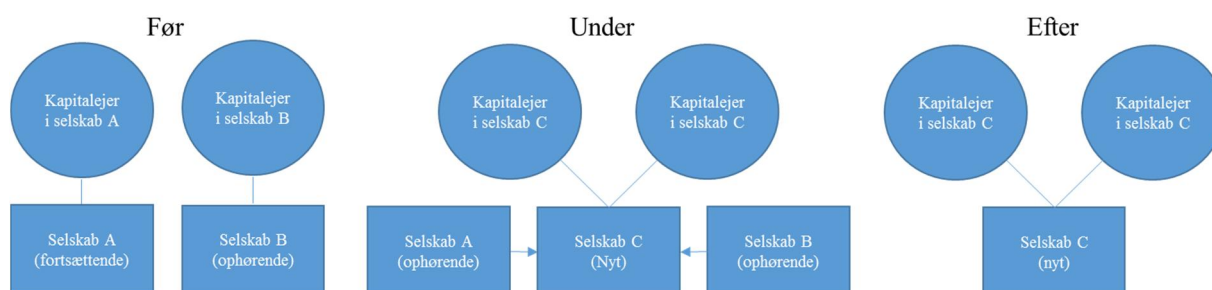
Det er et krav ved begge typer af fusion, at det er selskabets samlede formue og forpligtelser, som overdrages, hvilket betyder, at såfremt der udeholdes en del heraf, er der ikke tale om en fusion.⁶⁸

Uegentlig fusion



Figur 3 - Egen tilvirkning

Egentlig fusion



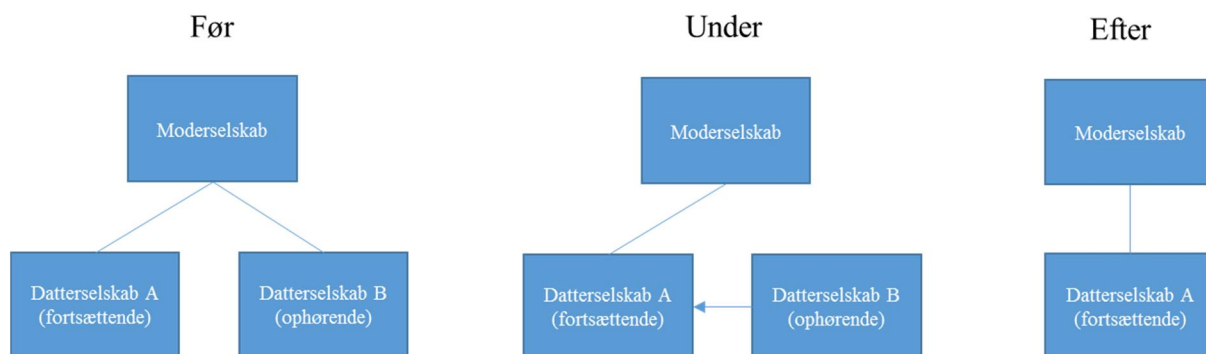
Figur 4 - Egen tilvirkning

Ved en vandret fusion forstås en fusion mellem to eller flere søsterselskaber. Det vil sige datterselskaber med samme moderselskab. Der forefindes ingen særlige regler i selskabsloven i forbindelse med vandrette fusioner, og disse følger derfor de almindelige betingelser for en

⁶⁸ Jesper Seehausen, fusioner i praksis, intern publikation Beierholm

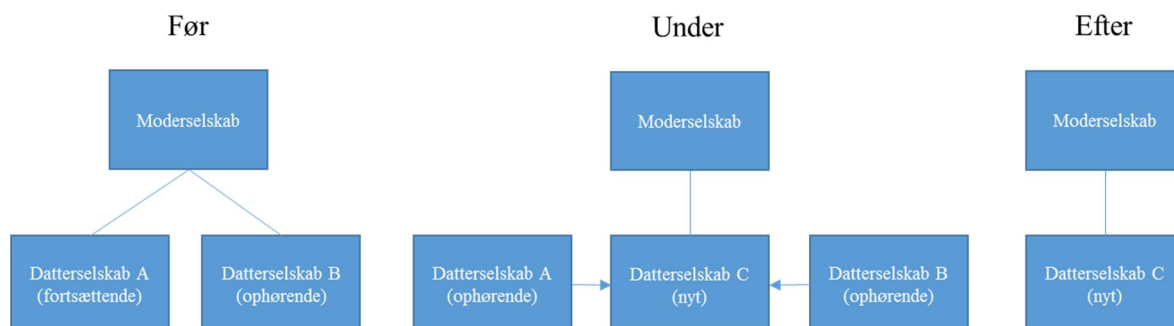
fusion. En vandret fusion kan både være egentlig og uegentlig. Forskellen er illustreret nedenfor.⁶⁹

Vandret uegentlig fusion



Figur 5 - Egen tilvirkning

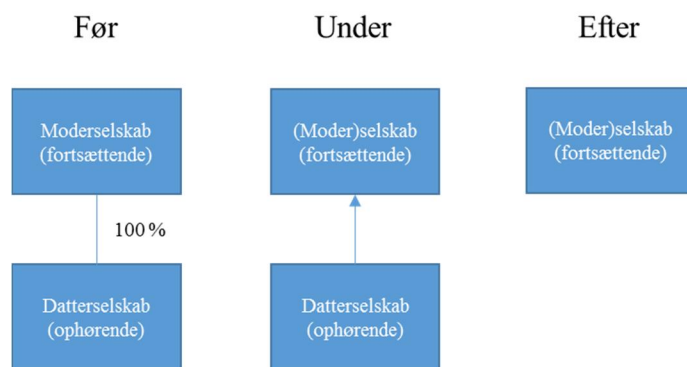
Vandret egentlig fusion



Figur 6 - Egen tilvirkning

En lodret fusion forstås som en fusion mellem et moderselskab og et helejet datterselskab, hvor moderselskabet bliver det fortsættende selskab. Fusionen får kun betegnelse som en lodret fusion, hvis datterselskabet er 100% ejet, også selvom moderselskabet er det fortsættende selskab. Hvis datterselskabet ejes med en andel under 100%, er der tale om en almindelig fusion.

⁶⁹ Jesper Seehausen, fusioner i praksis, intern publikation Beierholm



Figur 7 - Egen tilvirkning

Der forefindes en enkelt undtagelse til dette i selskabsloven med kommentarer. Nemlig i det tilfælde hvor et datterselskab ejer en andel af egne aktier, mens moderselskabet ejer de resterende aktier. Ved en fusion mellem disse to selskaber kan der ses bort fra andelen af egne aktier, og fusionen kan betegnes som en lodret fusion, selvom moderselskabet praktisk talt ikke ejer 100%.

En lodret fusion er per definition en uegentlig fusion. Hvis et moderselskab og et helejet datterselskab sammensluttes til et nyt selskab, vil der være tale om en egentlig fusion, men der vil i dette tilfælde være tale om en fusion, der går under kravet for almindelige fusioner og ikke under kravene for en lodret fusion.⁷⁰

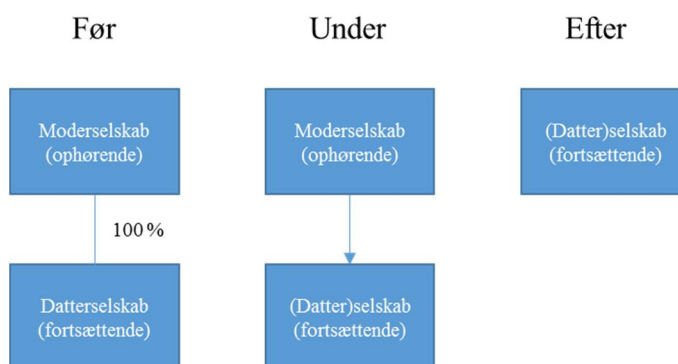
⁷⁰ Jesper Seehausen, fusioner i praksis, intern publikation Beierholm

Forskelle mellem reglerne for lodrette fusioner og for almindelige fusioner kan forklares som vist i tabel 2:⁷¹

	Almindelig fusion	Lodret fusion
Fusionsredegørelse	Kapitalejerne kan i enighed beslutte, at der ikke skal udarbejdes en fusionsredegørelse.	Der skal aldrig udarbejdes en fusionsredegørelse.
Vurderingsberetning	Der skal udarbejdes vurderingsberetning, hvis det fortsættende selskab er et aktie- eller partnerselskab, og hvis der opstår kapitalforhøjelse i det fortsættende selskab, eller hvis der stiftes et nyt aktie- eller partnerselskab. Vurderingsberetningen kan undlades, hvis der udarbejdes vurderingsmandsudtalelse.	Der skal aldrig udarbejdes en vurderingsberetning.
Vurderingsmandsudtalelse	Der skal i hvert deltagende selskab udarbejdes en vurderingsmandsudtalelse om den påtænkte fusion, herunder en eventuel fusionsplan. Dette kan dog undlades, hvis kapitalejerne i enighed beslutter, at det ikke skal udarbejdes.	Der skal aldrig udarbejdes en vurderingsmandsudtalelse.
Beslutning om gennemførelse	En beslutning om fusion i et ophørende selskab træffes som udgangspunkt af generalforsamlingen, men kan under visse omstændigheder (SL § 246 stk. 2) træffes af det centrale ledelsesorgan.	En beslutning om fusion i et ophørende selskab træffes af det centrale ledelsesorgan.

⁷¹ Jesper Seehausen, fusioner i praksis, intern publikation Beierholm

En omvendt lodret fusion forstås også som en fusion mellem et moderselskab og et helejet datterselskab, blot hvor datterselskabet er det fortsættende. Selskabsloven indeholder ikke særlige regler om en sådan fusion, hvorfor de almindelige regler for fusioner skal følges. Denne type fusion er per definition en uegentlig fusion ligesom en almindelig lodret fusion. Som tidligere nævnt er der tale om en almindelig fusion i det tilfælde, hvor moderselskabet og datterselskabet sammensluttet til et nyt selskab, altså en egentlig fusion.⁷²



Figur 8 - Egen tilvirkning

9.2.1. Processen for en grænseoverskridende fusion

9.2.1.1. Fælles plan for grænseoverskridende fusioner

De centrale ledelsesorganer i de enkelte selskaber, som indgår i fusionen, skal udarbejde og underskrive en fælles plan i forening. Planen skal betragtes som et forslag til en aftale, hvor aftalen først bliver bindende i det øjeblik, hvor de fusionerende selskabers respektive kompetente organer vedtager aftalen.

Planen skal som minimum indeholde følgende oplysninger⁷³:

- De fusionerende selskabers selskabsform, navn og hjemsted samt det fortsættende selskabs selskabsform, navn og hjemsted
- Kapitalandelens ombytningsforhold og størrelsen af eventuelle kontante udligningsløb

⁷² Jesper Seehausen, fusioner i praksis, intern publikation Beierholm

⁷³ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 5

- Fordeling af kapitalandelene i det fortsættende selskab
- Følger for beskæftigelsen efter gennemførelse af den grænseoverskridende fusion
- Datoen for hvornår der retmæssigt kan udloddes udbytte, og angivelse af hvis der er særlige forhold knyttet hertil
- Datoen for hvornår de fusionerende selskabers dispositioner regnskabsmæssigt anses for foretaget for det fortsættende selskab
- De rettigheder, som det selskab der er resultatet af den grænseoverskridende fusion, tilsikrer selskabsdeltagere med særlige rettigheder og indehavere af andre værdipapirer end aktier eller de foranstaltninger, der foreslås til fordel for disse personer
- Eventuelle særlige fordele, der indrømmes de eksperter, som undersøger planen for den grænseoverskridende fusion, samt medlemmerne af de fusionerende selskabers administrations-, ledelses-, tilsyns- eller kontrolorganer
- Vedtægter for det fortsættende selskab
- Hvis det er hensigtsmæssig, oplysninger om de procedurer, hvorefter der i henhold til artikel 16 er fastsat nærmere regler for arbejdstagernes inddragelse i fastlæggelsen af deres rettigheder med hensyn til medbestemmelse i det selskab, der er resultatet af den grænseoverskridende fusion
- Oplysninger om vurderingen af aktiver og passiver der er overført til det fortsættende selskab
- Datoerne for de fusionerende selskabers regnskaber, som har dannet grundlag for betingelserne ved den grænseoverskridende fusion.

9.2.1.2. Offentliggørelse

Ovenstående plan skal for hvert af de fusionerende selskaber offentliggøres efter bestemmelserne i de enkelte medlemsstaters lovgivning. Planen skal offentliggøres mindst en måned før, der træffes beslutning om den grænseoverskridende fusion på generalforsamlingen.

For hvert af de fusionerende selskaber skal følgende oplysninger offentliggøres i de enkelte medlemsstaters officielle tidende:

- De fusionerende selskabers form, navn og vedtægtsmæssige hjemsted
- Det register, hvortil de dokumenter, der skal være offentligt tilgængelige, er anmeldt for hvert af de fusionerende selskaber, samt deres registreringsnummer i registeret
- Oplysninger for hvert af de fusionerende selskaber om de nærmere regler for udøvelse af de rettigheder, der tilkommer kreditorerne og evt. minoritetsinteresser i de fusionerende selskaber, samt om, hvor der vederlagsfrit kan indhentes udtømmende oplysninger om disse nærmere regler.

Det gælder også de yderligere krav, som kan være pålagt af den medlemsstat, som de enkelte selskaber hører under. Dog må dette ikke være til hinder for udøvelsen af etableringsfriheden og kapitalens frie bevægeligheder.⁷⁴

9.2.1.3. Rapport fra ledelses- eller administrationsorganet

Ledelsen eller administrationsorganet skal udarbejde en rapport for hvert af de fusionerende selskaber. Rapporten skal forklare og begrunde de juridiske og økonomiske aspekter af den grænseoverskridende fusion og skal indeholde en redegørelse heraf for selskabsdeltagere, kreditorer og medarbejdere.

Rapporten skal stilles til rådighed for selskabsdeltagerne og medarbejderrepræsentanterne senest en måned før, der afholdes generalforsamling. Hvis ikke der er medarbejderrepræsentanter, skal rapporten stilles til rådighed for medarbejderne. Modtager ledelsen eller administrationsorganet en udtalelse fra medarbejderrepræsentanterne, skal udtalelsen vedlægges rapporten.⁷⁵

Der er dog ikke krav om, at der skal udarbejdes en rapport, hvis der er tale om en lodret fusion mellem et moderselskab og et helejet datterselskab, hvor moderselskabet er det fortsættende selskab. Det samme gælder i realiteten, hvis der er tale om en omvendt lodret fusion mellem et moderselskab og et helejet datterselskab, hvor datterselskabet er det fortsættende selskab, idet

⁷⁴ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 6

⁷⁵ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 7

kapitalejerne og dermed moderselskabet som nævnt kan beslutte, at der ikke skal udarbejdes en rapport.

Det er udelukkende i de bestående selskaber, at der skal udarbejdes en rapport. Hvis der er tale om en egentlig fusion, hvor der opstår et nyt selskab som led i fusionen, opstår dette selskab først ved gennemførelsen af fusionen, og der skal derfor ikke udarbejdes en rapport for dette selskab.

9.2.1.4. Uafhængig ekspertrapport

Der skal udarbejdes en ekstern ekspertrapport for hvert af de fusionerende selskaber senest en måned før datoen for generalforsamlingen til selskabsdeltagerne. Eksperterne skal være afhængig af lovgivningen i den enkelte medlemsstat og kan både være en fysisk eller juridisk person. Som alternativ kan der udarbejdes en fælles ekspertrapport for de fusionerende selskaber af en eller flere eksperter. Eksperterne skal være udpeget hertil af en retslig eller administrativ myndighed i den stat, hvor et af de fusionerende selskaber eller det fortsættende selskab har hjemsted. Eksperterne skal have ret til at anmode hvert af de fusionerende selskaber om de oplysninger, de finder nødvendige for at kunne udøve deres hverv. Disse specificeres ikke yderligere.⁷⁶

Det kan undlades at udarbejde ekspertrapport, såfremt alle selskabsdeltagere i hvert enkelt selskab, som indgår i den grænseoverskridende fusion, er enige herom.

Hvis der skal udarbejdes en ekspertrapport, skal rapporten indeholde følgende:

- Oplysning om den anvendte fremgangsmåde ved vurderingen
- Angivelse af det aftalte vederlag

Ekspertrapporten skal således bl.a. indeholde en erklæring om, at den ansatte økonomiske værdi af de indskudte aktiver mindst svarer til det aftalte vederlag, herunder den evt. pålydende værdi af de kapitalandele, der skal udstedes, med tillæg af en evt. overkurs. Ekspertrapporten skal derimod ikke indeholde en erklæring om, at den ansatte økonomiske værdi af de indskudte aktiver er lig med det aftalte vederlag, herunder den evt. pålydende værdi af de kapitalandele,

⁷⁶ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 8

der skal udstedes, med tillæg af en evt. overkurs. Der er således tale om en ”mindst svarer til”- og ikke en ”lig med”-erklæring. Det påhviler den øverste ledelse at skaffe en ny vurdering, hvis ekstraordinære omstændigheder medfører en væsentlig ændring i de indskudte aktivers værdi på den afgørende dato for dispositionens gennemførelse

9.2.1.5. Generalforsamlingens godkendelse

Efter udarbejdelse af rapport fra ledelses- eller administrationsorganet og uafhængig ekspert-rapport skal den fælles plan for den grænseoverskridende fusion godkendes af de fusionerende selskabers generalforsamling.

I hvert af de fusionerende selskaber kan generalforsamlingen kræve, at gennemførelsen af den grænseoverskridende fusion skal være betinget af godkendelse af fastlagte retningslinjer for medarbejdernes medbestemmelse i det fortsættende selskab.

Det er ikke nødvendigt, at det i en medlemsstats lovgivning kræves, at det overtagende selskabs generalforsamling godkender fusionen, hvis en række betingelser i artikel 8 i direktiv 78/855/EØF er opfyldt. Disse specificeres ikke yderligere.⁷⁷ Det vurderes at disse betingelser relativt ubesværet kan overholdes i en situation, hvor et helejet moderselskab skal fusioneres med et helejet datterselskab i en anden medlemsstat. Er der tale om to selskaber med flere kapitalejere der skal fusionere med hinanden, er der en større sandsynlighed for at nogle kapital-ejere vil gøre krav på en generalforsamlingsgodkendelse.

9.2.1.6. Attest forud for fusionen

Til kontrol af den grænseoverskridende fusions lovlighed, udpeger hver medlemsstat den domstol, notar eller anden myndighed, som har kompetencerne til dette. Kontrollen går på den del af proceduren, der vedrører hver enkelt af de fusionerende selskaber, som hører under dens nationale lovgivning. Den kompetente myndighed udsteder en attest, som er det endelige bevis på, at alle formaliteter og handlinger, der skal opfyldes forud fusionen, er afsluttet.

⁷⁷ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 9

Hvis der er én af de nationale lovgivninger, som et af de fusionerende selskaber er underlagt, der har en fast procedure for ombytningsforholdene på kapitalandelene eller udbetaling af udligningsbeløb til minoritetsinteresser, hvilket ikke må være til hinder for den grænseoverskridende fusion, kan denne procedure kun iværksættes, hvis de andre fusionerende selskaber, som ikke er underlagt en sådan procedure, udtrykkeligt accepterer den.⁷⁸

9.2.1.7. Kontrol af lovligheden af den grænseoverskridende fusion

Der skal for hver medlemsstat udpeges en domstol, notar eller anden myndighed, hvis funktion er at kontrollere lovligheden af gennemførelsen af den grænseoverskridende fusion. Ligeledes skal lovligheden kontrolleres, hvis der på baggrund af den grænseoverskridende fusion er stiftet et nyt selskab, som er underlagt den pågældende medlemsstats nationale lovgivning. Myndigheden skal især kontrollere, om de fusionerende selskaber har godkendt den fælles plan for den grænseoverskridende fusion i enslydende form. Såfremt det er relevant, skal myndigheden ligeledes kontrollere, om reglerne for arbejdstagernes medbestemmelse er fastsat i overensstemmelse med reglerne herom.

Efterfølgende skal hvert af de fusionerende selskaber indsende den tidligere nævnte attest til den myndighed, der har kompetence til at kontrollere den grænseoverskridende fusions lovlighed. Dette skal ske senest seks måneder efter dens udstedelse samt den fælles plan for den grænseoverskridende fusion, som er godkendt på generalforsamlingen.⁷⁹

9.2.1.8. Den grænseoverskridende fusions ikrafttræden

Den grænseoverskridende fusion får virkning, jf. den nationale lovgivning, som fusionen er underlagt. Datoen for ikrafttrædelsen skal ligge senere end kontrollen for lovligheden af den grænseoverskridende fusion.⁸⁰

⁷⁸ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 10

⁷⁹ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 11

⁸⁰ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 12

9.2.1.9. Registrering

Lovgivningen i hver af de medlemsstater, som de fusionerende selskaber er underlagt, skal fastlægge de nærmere regler for offentliggørelse af gennemførelsen af fusionen i det offentlige register, hvor dette er relevant. Det register, som det selskab, der er resultatet af fusionen, er underlagt, skal straks underrette de øvrige registre om sletning heri, straks efter fusionen har fået virkning.⁸¹

9.2.1.10. Virkninger af den grænseoverskridende fusion

Virkningerne af en grænseoverskridende fusion skal ses i sammenhæng med de tidligere illustrerede fusionsformer.

Hvis en medlemsstats lovgivning, for at fusionen får retsvirkning overfor tredjemand, kræver, at særlige formaliteter skal være opfyldt forud for overdragelsen af de fusionerede selskabers aktiver, rettigheder og forpligtelser, er det selskab, der er resultatet af fusionen, forpligtet hertil.

De rettigheder og forpligtelser vedrørende ansættelsesforhold, som eksisterer på tidspunktet for gennemførelse af den grænseoverskridende fusion, overføres til det fortsættende selskab, når fusionen har fået virkning.

Ingen kapitalandele i det overtagende selskab vil blive ombyttet med kapitalandele i det overtagne selskab, som besiddes af:

1. Enten det overtagende selskab selv eller en person der handler i eget navn men på selskabets vegne
2. Eller det overtagne selskab selv eller en person der handler i eget navn men på selskabets vegne.⁸²

⁸¹ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 13

⁸² 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 14

9.2.1.11. Forenklede formaliteter

Hvis en grænseoverskridende fusion gennemføres af et selskab, der ejer alle kapitalandelene og har alle stemmerne på generalforsamlingen i det eller de overtagne selskaber, er der en række undtagelser som finder sted:

- Den fælles plan skal ikke indeholde kapitalandelenes ombytningsforhold og størrelsen af eventuelle kontante udligningsbeløb
- Den fælles plan skal ikke indeholde fordeling af kapitalandelene i det fortsættende selskab
- Den fælles plan skal ikke indeholde datoen for, hvornår der retmæssigt kan udloddes udbytte og angivelse af, hvis der er særlige forhold knyttet hertil
- Der skal ikke udarbejdes en uafhængig ekspertrapport
- Ledelsesrapport og ekspertrapport skal ikke godkendes på generalforsamlingen

Hvis en grænseoverskridende fusion gennemføres af et selskab, der ejer 90% af kapitalandelene eller derover uden at eje 100%, hvor stemmerettighederne på generalforsamlingen er fordelt ligesådan, er der alene krav om rapporter fra en eller flere uafhængige eksperter. Ligeledes skal der foreligge de dokumenter, der er nødvendige for den påkrævede kontrol, som den nationale lovgivning kan kræve.⁸³

Efter en redegørelse af det 10. selskabsdirektiv og kravene til gennemførelse af en grænseoverskridende fusion herefter samt en redegørelse for mulige fusionsformer, vil der i det følgende afsnit blive analyseret på anvendelse af en grænseoverskridende fusion som alternativ til en grænseoverskridende flytning af hjemsted.

⁸³ 10. selskabsdirektiv – direktiv 2005/56/EF, artikel 15

10. Omvendt lodret grænseoverskridende fusion – sugekopmetoden

Efter analyse af forskellige muligheder og retspraksis indenfor omstruktureringer på tværs af landegrænser i Fællesskabet, kan et selskab som konsekvens af det manglende 14. selskabsdirektiv flytte hjemsted ved hjælp af en omvendt lodret grænseoverskridende fusion. Der skal dog skelnes mellem en grænseoverskridende flytning af hjemsted og en grænseoverskridende fusion, da en flytning ikke vil medføre ophør af det eksisterende selskab, hvorimod der ved en fusion vil være et ophørende selskab.

Selve begrebet omvendt lodret grænseoverskridende fusion er interessant at beskæftige sig med. Vi kan i denne henseende glemme etableringsretten, da EF-Domstolen, som det fremgår af ovenstående sager, er i uenighed om, hvorvidt etableringsretten giver ret til udflytning. Denne problemstilling blev stadfæstet i sagen om Daily Mail, hvor der fra EF-Domstolens side blev redegjort for ”at selskaber kun eksisterer i kraft af de forskellige nationale lovgivninger, som er bestemmende for deres stiftelse og funktion.”⁸⁴ Det blev ligeledes bekræftet i sagen om Cartesio, at det ikke er muligt at flytte sit hjemsted fra en medlemsstat til en anden og samtidig opretholde sin juridiske status i stiftelsesstaten.

Ved at gøre anvendelse af en omvendt lodret fusion, som Erik Werlauff kalder for sugekopmetoden, er der mulighed for at anvende disse regler for netop at opnå den ønskede flytning. Årsagen til denne betegnelse skyldes en betragtning om, at det selskab, der ønsker at flytte sit hjemsted, placerer en sugekop i det land, man ønsker at flytte til og herefter trækker sig dertil.⁸⁵

En omvendt lodret fusion forstås som en fusion mellem et moderselskab og et helejet datterselskab, hvor datterselskabet er det fortsættende selskab. Selskabsloven indeholder ingen særlige regler for omvendte lodrette fusioner. En omvendt lodret fusion følger derfor reglerne for almindelige fusioner.

Ligesom en lodret fusion er en omvendt lodret fusion pr. definition en uegentlig fusion. Hvis et moderselskab og et helejet datterselskab sammensmeltes til et nyt selskab, er der som tidligere nævnt tale om en uegentlig fusion, og en sådan fusion følger ligeledes reglerne for almindelige fusioner.

⁸⁴ Daily Mail præmis 19

⁸⁵ http://werlauff-publishing.com/news/sig-navnet-omvendt-lodret-graenseoverskridende-skattefri-fusion-eller-bare-sugekopmetoden.html?_store=en&_from_store=dk

Det er selskabsretligt mindre omfattende at gennemføre en omvendt lodret grænseoverskridende fusion, end det er tilfældet ved en fusion mellem to ”fremmede” selskaber. Dette skyldes sammenfaldet mellem kapitalejere i det ophørende og kapitalejere i det fortsættende selskab. Ved en omvendt lodret fusion mellem et moderselskab og et helejet datterselskab skal der henvises til afsnittet om de forenklede formaliteter, hvor det bl.a. fremgår, at der kan udelades en uafhængig ekspertrapport, samt at ledelses- og ekspertrapporten ikke kræver godkendelse på generalforsamlingen. Ledelsen eller administrationsorganet skal til enhver tid udarbejde en rapport med redegørelse for kreditorernes stilling og fusionens betydning for medarbejderne samt minoritetsaktionærerne i moderselskabet.

Det selskab, der ønsker at flytte, opretter et helejet datterselskab i en anden medlemsstat, hvortil man ønsker at flytte for efterfølgende at indfusionere moderselskabet heri gennem en omvendt lodret grænseoverskridende fusion. Vederlaget til moderselskabsaktionærerne vil være datterselskabsaktierne. Det fortsættende selskab kan skattefrit erhverve alle kapitalandelene i det ophørende moderselskab som egne kapitalandele og herefter udlevere dem skattefrit som fusionsvederlag til det ophørende moderselskabs kapitalejere.⁸⁶

De selskabsretlige regler for en omvendt lodret grænseoverskridende fusion er en side af sagen, men ved sådan en omstrukturering er det vigtigt at have de skattemæssige aspekter med i overvejelserne. Gennemførelse af en omvendt lodret grænseoverskridende fusion koster som udgangspunkt en udflytterskat for det ophørende selskab. Fusionen kan dog helt eller delvist foretages skattefrit, hvis der opretholdes en filial i det ophørende selskabs stiftelsesstat.⁸⁷

Det kan ligeledes ved en grænseoverskridende fusion være altafgørende for beslutningen herom, at de fusionerende selskabers skattemæssige underskud fra tidligere år kan sammenføres. Har et af de fusionerende selskaber et større skattemæssigt underskud fra tidligere år, vil det ikke være effektivt for koncernens fremtidige drift, at underskuddet går tabt. EU-rettens regler om restriktionsforbuddet sikrer dette forhold ved grænseoverskridende fusioner, hvis en national fusion havde sikret dette. Overførsel af skattemæssige underskud ved fusioner kræver,

⁸⁶ Erik Werlauff selskabsret side 797

⁸⁷ http://werlauff-publishing.com/news/sig-navnet-omvendt-lodret-graenseoverskridende-skattefri-fusion-eller-bare-sugekopmetoden.html?_store=en&_from_store=dk

at der foreligger en sambeskatning, ellers annulleres skattemæssige underskud som udgangspunkt ved en fusion.⁸⁸ Dette fremgår også af retspraksis i EU-dom af 21. februar 2013 i C-123/11, A Oy.

⁸⁸ Erik Werlauff, selskabsskatteret 17. udgave, side 524

11. Konklusion

Den traktatsikrede etableringsfrihed og kapitalens frie bevægelighed sikrer, at selskaber indenfor Fællesskabet har mulighed for at foretage både primær og sekundær etablering uden begrænsning. En begrænsning heraf strider imod TEUF artikel 18, som sikrer forbud mod diskrimination og forskelsbehandling. Det betyder, at grænseoverskridende omstruktureringer som hovedprincip skal behandles på lige fod med mulighederne for nationale omstruktureringer.

Vores fortolkning af en række afgørelser har dog vist os, at EF-Domstolen i nogle situationer er i splid med sig selv, hvad der angår etableringsfriheden. I sagen om Cartesio og Daily Mail, blev det bevist, at etableringsfriheden ikke kunne benyttes til flytning af hjemsted, hvor EF-Domstolens konklusion lød, at selskaber er skabninger af loven, som er bestemmende for deres stiftelse og funktion.

Omvendt var det for Centros, Überseering og Inspire Art muligt at benytte etableringsfriheden til stiftelse af et selskab med det vedtægtsmæssige hjemsted i stiftelsesstaten og efterfølgende sekundær etablering i en anden medlemsstat, hvor driften af selskabet skulle ske. En medlemsstat har mulighed for at modsætte sig en sekundær etablering som ovenstående, men kun i de tilfælde hvor der er tale om svigagtige forhold eller trusler mod almene hensyn. Dette vurderes kun at være i helt særlige tilfælde, og efter vores analyse af afgørelser tyder det på at være højst usandsynligt, at en medlemsstat kan gøre dette gældende.

Det kan dermed konkluderes, at såfremt stiftelsesstaten modsætter sig flytning af hjemsted, kan etableringsfriheden ikke anvendes, hvorimod hvis det er værtsmedlemsstaten, som modsætter sig tilflytning, er det i strid med etableringsfriheden. Dette skal også ses i sammenhæng med diversiteten i anvendelse af registrerings- og hovedsædekriteriet indenfor Fællesskabet, som har medvirket til forskellige fortolkninger af TEUF's bestemmelser.

Afgørelserne om Sevic og Vale beviste, at etableringsfriheden ligeledes kunne anvendes til primær etablering. Hvor Vale handlede om en grænseoverskridende omdannelse, handlede Sevic om en grænseoverskridende fusion. Igen sikrer etableringsfriheden, at så længe der er mulighed for at foretage nationale omstruktureringer, skal det også være muligt at foretage grænseoverskridende omstruktureringer, i henhold til diskriminationsforbuddet.

SE-forordningen trådte i kraft i år 2001. Denne forordning muliggjorde grænseoverskridende omstruktureringer, som ikke var harmoniseret indenfor Fællesskabet, herunder både flytning af

hjemsted så længe hovedsædet følger det vedtægtsmæssige hjemsted og grænseoverskridende fusioner. Sevic havde mulighed for at benytte reglerne i SE-forordningen, såfremt de havde accepteret en omdannelse til et SE-selskab med de dertilhørende krav. Det vil sige, at de kunne have anvendt SE-ordningen i tilfælde af, at selskabet ikke havde fået medhold i sagen vedrørende etableringsfriheden.

For Vale havde det ikke været fordelagtigt at anvende reglerne fra SE-forordningen, da der ikke var behov for at omdanne til et SE-selskab eller behov for stiftelse af hverken et SE-holdingselskab, SE-datterselskab eller filial af et SE-selskab. Vale ønskede alene at omdanne selskabet fra et italiensk selskab til et ungarsk selskab. Der var således heller ikke behov for en sekundær etablering i form af en filial, som i forvejen var beskyttet af etableringsfriheden.

Det 10. selskabsdirektiv, som blev vedtaget i 2005 med implementering senest i 2007, sikrer harmonisering af reglerne om grænseoverskridende fusioner indenfor Fællesskabet. Direktivet blev således vedtaget i efteråret 2005, hvilket er sammenfaldende med afgørelsen af Sevic.

Der er således tre modeller til at gennemføre en grænseoverskridende fusion indenfor EU-retten. En fusion kan gennemføres ved enten at anvende etableringsretten, SE-forordningen eller det 10. selskabsdirektiv.

Lige såvel som det 10. selskabsdirektiv regulerer reglerne indenfor grænseoverskridende fusioner, kan reglerne også anvendes til grænseoverskridende flytning af hjemsted i kraft af, at det 14. selskabsdirektiv om flytning af hjemsted ikke er vedtaget. Udkastet til det 14. selskabsdirektiv definerer ikke muligheder for at flytte det vedtægtsmæssige hjemsted uden samtidig flytning af det faktiske hovedsæde. Enkelte lande har førtidsimplementeret reglerne om flytning af hjemsted, men dette er uden betydning, hvis reglerne herom ikke er implementeret i værtsmedlemsstaten.

Måden hvorpå det 10. selskabsdirektiv kan anvendes, er ved at danne en omvendt lodret grænseoverskridende fusion imellem et moderselskab og et helejet datterselskab, hvor moderselskabet er det ophørende selskab, og datterselskabet er det fortsættende selskab.

Etableringsfriheden sikrer ved en omvendt lodret fusion, at der kan stiftes en filial i moderselskabets oprindelige medlemsstat, hvor selskabet har mulighed for at drive virksomhed fra. Selskabsretligt er dette en effektiv måde at flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted på under den forudsætning, at EF-Domstolen fastholder sin retspraksis fra sagerne om Centros, Überseering og

Inspire Art, hvor hovedsædekriteriet ikke kan opretholdes selskabsretligt. Skatteretligt er der mulighed for, at fusionen kan gennemføres helt eller delvis, når der stiftes en filial i moderselskabets stiftelsesstat.

12.Litteraturliste

Bøger

Den juridiske metode- en introduktion

1. udgave 2013

Lone L. Hansen & Erik Werlauff

Selskabsret

9. udgave 2013

Erik Werlauff

Koncernretten

1. udgave 2015

Gitte Søgaard & Erik Werlauff

EU-retten

5. udgave 2010

Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen

Business Law, Europe

1. udgave 2014

Alex Fomcenco & Erik Werlauff

Domsanalyse

1. udgave 2012

Karsten Naundrup Olesen & Troels Michael Lilja

Selskabsskatteret 2015/16

17. udgave 2015

Erik Werlauff

Artikler

Centros Ltd-afgørelsen og dens konsekvenser

Nordisk Tidsskrift for selskabsret 1999:2

Karsten Engsig Sørensen

EU-domstolens seneste praksis om selskabsret: Überseering og hovedsædeteorien

Nordisk Tidsskrift for selskabsret 2002:4

Karsten Engsig Sørensen

Selskabers fri bevægelighed – Hovedsædeteorien er død, registreringsteorien længe leve!

Nordisk Tidsskrift for selskabsret 2003:4

Søren Friis Hansen

Grænseoverskridende fusion og spaltning er nu en realitet

Nordisk Tidsskrift for selskabsret 2006:2

Søren Friis Hansen

Cartesio-dommen – Et skridt frem og to tilbage i sagaen om selskabers muligheder for fri bevægelighed

Nordisk Tidsskrift for selskabsret 2009:1-2

Karsten Engsig Sørensen

Omvendt lodret grænseoverskridende skattefri fusion – eller bare sugekopmetoden

Werlauff§Jura 2014

Erik Werlauff

Fusioner og spaltninger i praksis

Revision & Regnskabsvæsen 2015.03.0014

Søren Corfixen Whitt & Lars Bunch, Erhvervsstyrelsen

Grænseoverskridende omdannelse – Et overblik over de selskabsretlige udfordringer, der følger af EF-domstolens dom i Cartesio-sagen

Skattepolitisk oversigt 2009.1

Søren Friis Hansen

Hjemmesider

<http://www.byplanlab.dk/sites/default/files2/PlanJura2Byplanlab4Juni2013.pdf> - Slides af specialistadvokat Jacob Brandt (L)

<http://www.audon.dk/publikationer/analysis/> - analytisk materiale på virksomhedshandler i DK/EU

<http://ecdb.worker-participation.eu/> - statistik på SE-selskaber i Europa

<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html> - Leksikon for EU

Lovgivning

Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF Om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar

Forslag til Europa-parlamentets og Rådets direktiv om grænseoverskridende fusioner af kapital-selskaber 2005/56/EF

Lov nr. 573 af 6. juni 2007 om ændring af lov om aktieselskaber, lov om anpartsselskaber, lov om visse erhvervsdrivende virksomheder og lov om erhvervsdrivende fonde

Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE)

Rapport fra kommissionen til Europa-parlamentet og Rådet om Anvendelsen af Rådets forordning 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE)

Udkast til 14. selskabsdirektiv, november 1997, XV/D2/6002/97-EN REV.2

Selskabsloven

Selskabsloven med kommentarer, www.karnovgroup.dk

Bekendtgørelse af lov om det europæiske selskab (SE-loven)

Umwandlungsgesetz – tysk lov om selskabsomdannelse

Øvrig litteratur

Vejledning om grænseoverskridende flytning af hjemsted

December 2013

Erhvervsstyrelsen

Vejledning og anmeldelse af Europæiske Selskaber (SE-selskaber)

Oktober 2005

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

Udkast forslag til lov om medarbejderindflydelse i SE-selskaber

14. november 2003

Arbejdsministeriet

Fusioner i praksis, intern publikation i Beierholm

December 2015

Jesper Seehausen

Afgørelser

Sag C-212/97, Centros Limited mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

Sag C-208/00, Überseering BV mod Nordic Construction Company Baumanagement GmbH

Sag C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mod Inspire Art Ltd.

Sag 81/87, The Queen mod H. M. Treasury og Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail og General Trust plc.

Sag C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt. mod Szegedi Ítéletábla

Sag C-378/10, Vale Építési kft mod Legfelsőbb Biróság

Sag C-411/03 SEVIC Systems AG mod den tyske lov om selskabsomdannelse ”Umwandlungsgesetz”

Sag C-411/03, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Antonio Tizzano

Sag C-14/76, Éts. A. de Bloos, SPRL mod Société en commandite par actions Bouyer

Sag C-79/85, D. H. M. Segers mod Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank

Sag C-23/1993, TV10 SA mod Commissariaat voor de Media

Tfs 1996, 261 af 8. september 1995 – Centros Limited