
GRÆNSEOVERSKRIDENDE TRANSAKTIONER AF SELSKABER INDEN FOR DEN EUROPÆISKE UNION

Johan Leitisstein Carlsson
Studienummer: 20164747
Cand.merc.jur.

&

Kristian Krause Bøjesen
Studienummer: 20164840
Cand.merc.jur.

Kandidatspeciale maj 2021, Aalborg Universitet
Vejleder: Gitte Søgaard

Abstract

The Treaty of the Functioning of the European

Union provides citizens of member states within the European Union with a set of fundamental rights and freedoms. One of these freedoms is the freedom of establishment, which is not exclusively provided for citizens but also for companies located within the Union. One way the companies may exercise this right, is by transferring between states by mergers, divisions, or transfers of the companies' seats. These types of cross-border transfers are protected by the freedom of establishment. Exercising this freedom in practice has not been as easy as that. Due to lack of harmonisation, each member state has their own specific set of rules with which they govern their national company laws. These often differentiate greatly. To resolve this problem, the European Union issued a directive on cross-border mergers, providing harmonisation for that specific type of transfer.

At the implementation of this directive in Danish Law, Denmark chose to provide equivalent rules for cross-border divisions and subsequently also for cross-border transfer of seat. This was not the case for a large number of the other member states though, as they chose not to provide any additional rules. After a number of cases ruled by the Court of Justice of the European Union, it was clear that legislation was needed in order to achieve harmonization.

In 2018, the European Commission proposed a directive, adding legislation for cross-border divisions and transfer of seat. Some of the main issues highlighted in the proposal were regarding the protection of creditors, employees, and minority shareholders. In order for the companies to exercise their freedom of establishment through cross-border divisions, and transfers of seats, there needed to be safeguards to protect these third parties' interests. The proposal also focused on safeguarding against companies abusing the freedom of establishment to circumvent tax legislation.

The adopted directive features a large set of clear rules for the protection of third parties' interests and leaves less of the interpretation to the member states. The directive makes it significantly easier to actually exercise the freedom of establishment in terms of cross-border transactions, as there are now clear and harmonized rules as to how these should be conducted. In some ways, the rules are still insufficient. The directive only covers limited liability companies, even though the Treaty states that the freedom of establishment applies to other company forms. Regarding the implementation

of the directive in Danish Law, only a few material changes must be made, as Denmark already has a somewhat complete set of rules for cross-border transactions.

In conclusion, the Treaty's provided freedom of establishment may finally be sufficiently regulated, so companies can exercise their rights, without having to resort to complex and expensive solutions. There might still be some deficiencies but, with the implementation of the new directive, the state of the freedom of establishment within the free market is at a place where companies can exercise their right, without the interests of third parties being at stake.

Forkortelser og definitioner

10. Selskabsdirektiv	EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2005/56/EF af 26. oktober 2005
Bestemmelsesstat/Værtsstat	Den medlemsstat som selskabet flytter til efter den grænseoverskridende transaktion
Domstolen/EU-Domstolen	Den Europæiske Unions Domstol
EU	Den Europæiske Union
EØS	Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde
Forum shopping	Anvendelse af grænseoverskridende transaktioner til den mest favorable lovgivning
Grænseoverskridende transaktion	Samlet betegnelse for grænseoverskridende omdannelser, Fusioner og spaltninger
Medlemsstat	Et land eller en stat som er del af EU/EØS
Oprindelsesstat/stiftelsesstat	Den medlemsstat hvori selskabet er stiftet og registreret
Postkasseselskab/skuffeselskab	Et selskab der har lille eller ingen erhvervsmæssig aktivitet i anden medlemsstat
SCE	Europæisk andelselskab (Societas Cooperativa Europea)
SE	Europæisk aktieselskab (Societas Europea)
Selskabsdirektivet	EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2017/1132 af 14. juni 2017
SMV	Små og mellemstore virksomheder
Storbritannien	Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland
TEUF/Traktaten	Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde
TEU/EU-Traktaten	Traktaten om den Europæiske Union
UCITS	Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1 - Indledning.....	7
1.1 Baggrund.....	7
1.2 Problemformulering.....	7
1.3 Afgrensning.....	7
1.4 Metode.....	9
1.5 Retskilder og fortolkning	9
1.6 Specialets fremstilling	10
Kapitel 2.....	12
2.1 Etableringsretten.....	12
2.1.1 Generelt om etableringsretten.....	12
2.1.2. Delaware effekten.....	16
2.1.3. Etableringsformer	18
2.1.4. Diskrimination	21
2.1.5. Restriktion	22
2.1.6. Etableringspligt	23
2.2. Historisk udvikling inden for grænseoverskridende omdannelse i Danmark og EU	24
2.2.1. Domstolenes behandling af lovvalgsteorier (incorporationsteorien eller hovedsædeteorien)	24
2.2.2. Dansk selskabsretlig lovgivning før implementering af det 10. selskabsdirektiv	28
2.2.3. SEVIC og implementeringen af det tiende selskabsretlige direktiv.....	29
2.2.4. Nyt syn på grænseoverskridende omdannelser	32
2.2.5. Vejen til lovgivning omkring grænseoverskridende omdannelser.....	37
2.2.6. C-106/16, <i>Polbud</i>	37
Kapitel 3.....	41
3.1. Retsstilling før direktivet.....	41

3.1.1. Fusion	41
3.1.2. Spaltning	42
3.1.3. Omdannelse/Flytning af Hjemsted	43
3.2. Hvorfor indikerer dette, at loven skal ændres?.....	43
3.2.1. Problemer i praksis ved grænseoverskridende fusion.....	44
3.2.2. Problemer i praksis ved grænseoverskridende spaltning.....	45
3.2.3. Problemer i praksis ved grænseoverskridende omdannelse	46
3.3. Direktiv 2017/1132	49
Kapitel 4.....	50
4.1. Forslag til direktiv om grænseoverskridende omdannelse og spaltning	50
4.1.1. Den almindelige lovgivningsprocedure.....	50
4.1.2. COM(2018) 241 final.....	51
4.1.3. Direktivforslagets førstebehandling	54
4.2. Omfanget af direktiv 2019/2121	60
4.2.1. Tilføjelse af regler for grænseoverskridende omdannelser	61
4.2.2. Ændringer og tilføjelser af regler for grænseoverskridende fusion direktiv 2019/2121 67	
4.2.3. Tilføjelse af regler for grænseoverskridende spaltning	68
4.2.4. Hvordan ser etableringsfriheden ud efter implementering.....	69
4.3. Krav til ændringer af dansk lovgivning.....	71
4.3.1. Danmarks implementering af erhvervsrettet direktiver.....	71
4.3.2. Ændringer i dansk lov - Grænseoverskridende fusioner.....	73
4.3.3. Ændringer i dansk lov - omdannelser/flytning af hjemsted	74
4.3.4. Ændringer i dansk lov - spaltning.....	75
4.3.5. De samlede implementeringskrav.....	76
Kapitel 5 - Konklusion	77
Kapitel 6 - Litteraturliste.....	81
6.1. Retskilder.....	81

6.1.1.	Traktater:.....	81
6.1.2.	Forordninger:.....	81
6.1.3.	Direktiver:.....	81
6.1.4.	Danske love:.....	82
6.2.	EU-dokumenter:.....	82
6.2.1.	Direktivforslag:.....	82
6.2.2.	Udtalelser i forbindelse med lovgivningsarbejdet	82
6.2.3.	Andre EU-dokumenter	83
6.3.	Domme og afgørelser:.....	83
6.3.1.	EU-Domstolens domme:.....	83
6.3.2.	Andre domsdokumenter fra EU-Domstolen.....	84
6.3.3.	Danske domme og afgørelser	84
6.4.	Bøger.....	84
6.5.	Artikler og retslitteratur:	84
6.6.	Fortolkningsmaterialer:.....	85
6.7.	Andre kilder:.....	85

Kapitel 1 - Indledning

1.1 Baggrund

Dette speciale bearbejder de problemstillinger med grænseoverskridende transaktioner, der har været inden for EU. Retten til fri etablering er sikret i TEUF artikel 49, hvilket medfører, at unionsborgere har adgang til at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed, med samme vilkår som statsborgere i den pågældende medlemsstat. TEUF artikel 54 sikrer samme rettigheder for de, af artiklen, omfattede selskaber.

Denne frihed og udnyttelsen heraf, skal sikre et stærkt indre marked med mulighed for vækst af selskaber. Der har historisk set manglet harmonisering på dette område. Forskellig lovgivning i medlemsstaterne, har gjort anvendelsen af etableringsfriheden svær, omkostningsfuld og i flere tilfælde umulig. Forskelle i national lovgivning om selskabers tilhørsforhold til medlemsstaten, samt manglende lovgivning om selskabstransaktioner er blandt de største problemer, som selskaber oplever, når de forsøger at anvende deres traktatsikrede etableringsfrihed.

EU har, med vedtagelsen af selskabsdirektivet 2019/2121, taget et skridt mod et mere harmoniseret indre marked for selskabstransaktioner. Dette speciale vil undersøge, hvilke forhold der har medført vedtagelsen af direktivet, samt hvilke forhold der har påvirket den endelige udformelse af direktivet. Derudover vil specialet sammenligne de nuværende danske regler på området med den retsstilling direktivet tilsigter, med fokus på de ændringer af lovgivningen direktivet vil medføre.

1.2 Problemformulering

Hvordan har lovgivningen på området for grænseoverskridende transaktioner af selskaber udviklet sig i Danmark og i EU, og hvordan kommer retsstillingen til at se ud efter implementeringen af direktiverne 2017/1132 og 2019/2121?

1.3 Afgrænsning

Dette speciale vil primært have fokus på reglerne omkring grænseoverskridende transaktioner af selskaber, som er reguleret i afsnit 2 af direktiv 2017/1132, ændringsdirektivet 2019/2121 samt i den danske Selskabslov. Dette speciale vil primært behandle grænseoverskridende selskabstransaktioner i form af grænseoverskridende omdannelse, flytning af sæde, fusion og spaltning. Etableringsretten som helhed vil også delvist blive behandlet for at danne grundlaget for grænseoverskridende transaktioner af selskaber inden for EU/EØS.

Der er inden for det valgte retsomsråde et væld af EU-domme. De domme, som vil blive analyseret i specialet, er udvalgt som værende de mest centrale domme. Der vil blive inddraget flere EU-domme, som ikke vil blive analyseret, men som vil blive anvendt til at underbygge argumentationen i specialet.

Afsnit 1 af direktiv 2017/1132, som omhandler almindelige bestemmelser og stiftelse af selskaber, vil ikke blive behandlet betydeligt i dette speciale. De to andre ændringsdirektiver til direktiv 2017/1132, hhv. direktiv 2019/1023 og direktiv 2019/1151, vil kun blive behandlet kortvarigt. Da de primært behandlede direktiver i specialet indeholder EØS-relevant tekst, vil der omtalen og behandlingen af EU og EU-relaterede problemstillinger, ligeledes gælde for EØS, hvor det er relevant.

Eftersom direktivet 2017/1132 ophæver en række af selskabsdirektiverne, vil enkelte af disse ligeledes blive behandlet i et vist omfang, specielt direktivet 2005/56/EF. Selskabsloven, som blev til i 2009, er en sammenskrivning af Aktieselskabsloven Anpartsselskabsloven, hvorfor disse også vil blive behandlet i et vist omfang.

De resterende selskabsdirektiver: Regnskabsdirektivet 2013/34¹, 2009/102 om Enkeltmandsselskaber², 2004/25 om Overtagelsestilbud³ og 2007/36 om aktionærrettigheder⁴, vil ikke blive behandlet i dette speciale.

Inden for EU's selskabsret er det muligt at stifte to typer EU-regulerede selskaber: kapital-selskabet SE og andelsselskabet SCE. Disse kapital-selskabsformer og reglerne herom, vil ikke blive behandlet i dette speciale. Specialet vil primært behandle problemstillinger inden for selskabsretten og EU-retten, og vil derfor kun berøre andre retsomsråder, hvor det er hensigtsmæssigt og nødvendigt. Proceduren, samt de dybdegående regler for implementering i national lovgivning, vil ikke blive behandlet.

¹ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2013/34/EU af 26. juni 2013 om årsregnskaber, konsoliderede regnskaber og tilhørende beretninger for visse virksomhedsformer, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/43/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 78/660/EØF og 83/349/EØF

² EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2009/102/EF af 16. september 2009 på selskabsrettens område om enkeltmandsselskaber med begrænset ansvar

³ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2004/25/EF af 21. april 2004 om overtagelsestilbud

⁴ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2007/36/EF af 11. juli 2007 om udøvelse af visse aktionærrettigheder i børsnoterede selskaber

1.4 Metode

Specialet er udarbejdet med udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, med hvilken der forsøges at beskrive og analysere den nuværende retstilstand, også kaldet "*de lege lata*"⁵.

Der vil i specialet ikke anvendes den juridiske metode, som primært anvendes til opgaveløsning i det praktiske liv. Den retsdogmatiske metode går ud på, at man systematisk og metodisk kan analysere gældende ret, for at få ny viden om denne.⁶ Den retsdogmatiske metode anvendes i dette speciale til at analysere og beskrive gældende ret for grænseoverskridende selskabstransaktioner. Derudover anvendes metoden til at analysere retsstillingen inden for EU, efter implementeringen af direktiverne 2017/1132 og 2019/2121.

Ved en videnskabelig anvendelse af den retsdogmatiske metode klarlægges retstilstanden, ved at beskrive, analysere og systematisere gældende ret⁷. Systematisering af retsregler er et vigtigt værktøj til at kunne fastlægge retstilstanden. Ved systematisering opdeles retten i "kasser", som efterfølgende kan opdeles i mindre grupper⁸. For den traditionelle systematik, opdeles retten først i privatret og offentlig ret. Dette gøres, fordi de, helt grundlæggende, bygger på forskellige principper. Inden for offentlig ret rådes der alene inden for hvad der er tilladt, mens der i privatretten er ret til at gøre alt, som ikke er forbudt. Dette speciale behandler selskabsretten og EU-retten. Selskabsretten er traditionelt privatretlig, dog har mange regler karakter af offentligretlige forskrifter⁹. EU-retten anses overordnet som værende folkeret. EU-retten adskiller sig dog fra anden folkeret, da den enkelte borger kan kræve dele af EU-retten håndhævet¹⁰. Denne systematik har gennem specialet fundet anvendelse, til at systematisere de selskabsretlige og EU-retlige regler.

Retspolitiske synspunkter vil i mindre omfang indgå i specialet. Dette er inddraget i analysen af tilblivelsen af direktivet 2019/2121. Anvendelsen af dette begrundes i hensyn til fuldstændigheden af specialet.

1.5 Retskilder og fortolkning

I dette speciale anvendes retskilder med forskellig retskildeværdi. Af primære retskilder anvendes lovgivning, EU-direktiver, retspraksis fra EU-domstolen samt national lovgivning. Disse anvendes til

⁵ Retsvidenskabsteori, s. 64

⁶ Retsvidenskabsteori, s. 204

⁷ Retsvidenskabsteori, s. 205

⁸ Retsvidenskabsteori, s. 218

⁹ Retsvidenskabsteori, s. 221

¹⁰ Retsvidenskabsteori, s. 221-222

at fastslå, hvad gældende ret er. Til fortolkning og forståelse anvendes der i specialet sekundære retskilder, såsom juridisk litteratur, rapporter fra EU, rapporter bestilt af EU samt artikler. Hertil skal det nævnes, at der ikke kan støttes ret på sekundære retskilder¹¹.

Der vil, i dette speciale, blive lagt stor vægt på retspraksis fra EU-domstolen, samt direktiver. I fortolkningen af direktiverne, anvendes direktivforarbejder, udtalelser fra EU-udvalg og medlemsstater og undersøgelser bestilt af EU samt retslitteratur. Den danske oversættelse af direktiverne er den primære version der bliver behandlet i specialet. Til dette, bliver der suppleret i form af den engelsksprogede version. Til den grundlæggende forståelse af det, i specialet, behandlede retsområde, vil der blive anvendt artikler fra TEUF.

Der vil i specialet også blive lagt stor vægt på udviklingen inden for EU-retspraksis, samt hvilken effekt dette kan have haft på udformningen af direktiverne. I analysen af hvilke parametre, der har påvirket udformningen af direktiverne, bliver forarbejderne til direktiverne analyseret. Der vil ligeledes blive anvendt udtalelser fra EU-udvalg, da disse viser de forskellige perspektiver, som direktiverne bliver udformet ud fra. Der vil også blive anvendt "impact analysis" og andre undersøgelser bestilt af EU. I analysen vil der også blive anvendt juridisk litteratur. Den juridiske litteratur er anvendt til fortolkning af domme, regler samt inddragelse af nye perspektiver.

Ved udvælgelsen af det anvendte materiale, har forfatterne af dette speciale været kritiske. Der er udvalgt artikler, bøger og anden retslitteratur, som er relevant for emnet, og som belyser forskellige aspekter. Materialet er udvalgt på baggrund af væsentligheden i forhold til problemstillingen.

1.6 Specialets fremstilling

Kapitel 1, er det indledende kapitel, hvor baggrund, problemformulering, afgrænsning, metode, retskilder og fortolkning fremgår.

Kapitel 2, omhandler de grundlæggende elementer i etableringsretten, samt den historiske udvikling for grænseoverskridende omdannelser i Danmark og EU.

Kapitel 3, omhandler retsstillingen før implementeringen af direktiverne 2017/1132 og 2019/2121. Her analyseres de problemer selskaber oplever ved udøvelsen af etableringsfriheden.

¹¹ Retsvidenskabsteori, s. 372

Kapitel 4, analyserer tilblivelsen af direktivet 2019/2121, i forhold til hvilke faktorer der har påvirket hvordan direktivet endeligt ser ud. Derudover sammenlignes direktivets regler med den danske lovgivning i forhold til hvilke ændringer implementering af direktivet vil kræve.

Kapitel 5, kommer med konklusionen på specialet og den problemformulering specialet er arbejdet ud fra.

Kapitel 6, er specialets litteraturliste og indeholder det materiale og de kilder der er anvendt til at skrive specialet.

Kapitel 2

I følgende kapitel bliver de grundlæggende begreber inden for EU-retten og etableringsretten behandlet. Dette er for at give en grundforståelse for de rettigheder og forpligtelser, som selskaber, inden for EU, har. Derudover giver disse et indblik i det grundlag, som EU-retten har for udvidelsen af harmoniseringen inden for etableringsretten, og dermed grænseoverskridende selskabstransaktioner.

Der vil derudover blive arbejdet med Delaware-effekten, som ved udvidelse af etableringsretten, uden selskabsretlig harmonisering, kan påvirke selskabsretten negativt i forhold til arbejdstagerrettigheder, kreditorbeskyttelse og minoritetsdeltageres rettigheder.

2.1 Etableringsretten

2.1.1 Generelt om etableringsretten

Den Europæiske Union er bygget på to traktater: Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde og traktaten om Den Europæiske Union¹². TEUF er traktaten, der omhandler EU's funktionsmåde, som indeholder en række principper og beføjelser¹³ over for medlemsstaterne. Hvis der i medlemsstaterne opstår tvivl om fortolkning af Traktaten, er det op til Den Europæiske Unions Domstol at fortolke disse¹⁴.

Et centralt princip fremgår af Traktatens artikel 10, som omhandler en tilstræbelse, om at bekæmpe enhver form for forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.¹⁵ Denne tilstræbelse, om at bekæmpe forskelsbehandling, bliver i Traktatens artikel 18 udvidet til et decideret forbud mod at diskriminere på grund af nationalitet.¹⁶ Dette diskriminationsforbud er et af hjørnestenene inden for EU-retten. Mange af de grundlæggende rettigheder, man som borger har i fællesskaber, sikres af dette forbud. Disse består blandt andet af retten til fri bevægelighed for personer, tjenesteydelser, varer og kapital samt erhvervsdrivendes ret til at etablere sig frit og drive erhvervs-mæssig virksomhed i en anden medlemsstat end sin egen.¹⁷¹⁸ Denne ret til fri etablering, er reguleret i TEUF artikel 49-55.

Artikel 49 lyder således:

¹² TEUF artikel 1, stk. 2

¹³ TEUF artikel 1, stk. 1

¹⁴ TEUF artikel 267

¹⁵ TEUF artikel 10

¹⁶ TEUF artikel 18

¹⁷ Selskabsret, s. 51

¹⁸ Charter om grundlæggende rettigheder, præambel og artikel 15

"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."¹⁹

2.1.1.1. Personer

De personer som kan benytte sig af etableringsfriheden i TEUF artikel 49, 1. pkt., er alle som har statsborgerskab i en af medlemsstaterne. I 2. pkt. bliver der, udover kravet til statsborgerskab, også opstillet et krav om, at man skal have bopæl inden for EU's grænser, hvis man som person vil etablere sig ved at oprette agentur, filial eller datterselskab. Dette kaldes for sekundær etablering.²⁰

Hvis man som statsborger i et EU-land, er bosiddende uden for EU, har man ret til at etablere sig i EU, medmindre man vil udøve sekundær etablering - på grund af bopælskravet.

Udover betingelsen til statsborgerskab, er der i 2. pkt. en betingelse om, at der skal udøves selvstændig erhvervsvirksomhed for at være omfattet.²¹

Der distanceres mellem en persons værk som selvstændig erhvervsvirksomhed eller lønmodtager, idet der er forskel på om personens ret til fri bevægelighed er efter TEUF artikel 45 arbejdstager, eller retten til fri etablering efter TEUF artikel 49. En af de ting der karakteriserer en selvstændig erhvervsdrivende, er det faktum, at man driver virksomhed på egen regning og risiko, og ligeledes ikke er underlagt instruktionsbeføjelser.²² Denne ret til fri bevægelighed for selvstændige erhvervsdrivende personer, med bopæl inden for EU, gælder ligeledes for selskaber som er stiftet, samt har hjemsted inden for Unionen²³. Det vedtægtsmæssige hjemsted, er normalt den medlemsstat hvori selskaberne er stiftet og registreret. Det faktiske hovedsæde kan være selskabets hovedkontor eller hovedvirksomhed.²⁴

¹⁹ TEUF artikel 49

²⁰ Se nærmere i afsnit 2.1.3. om Etableringsformer

²¹ EU-Retten, s. 549

²² EU-Retten, s. 550

²³ TEUF artikel 54, stk. 1

²⁴ EU-Retten, s. 554

2.1.1.2. Selskaber

Etableringsrettens tilsikrede rettigheder for personer, gælder ligeledes for selskaber defineret i artikel 54.²⁵ Artikel 54 har følgende ordlyd:

"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 privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje."²⁶

I forhold til hvilke selskaber, der er omfattet af denne artikel, er definitionen meget bred. Betingelsen er, at selskabet skal arbejde med gevinst for øje, hvorfor alle offentligretlige og privatretlige juridiske personer er omfattet af definitionen. Dette betyder praktisk talt, at samtlige selskabsformer er omfattet, også selvom de ikke anses for at være juridiske personer, men i et eller andet omfang har retsevne.²⁷ Denne brede afgrænsning gør, at et dansk interessentskab skal anses som værende et selskab efter artikel 54, stk. 2, selvom et interessentskab ikke har fuld retsevne²⁸, og at det generelt ikke kan siges, om et interessentskab har juridisk personlighed eller ej.²⁹

Erik Werlauff har formuleret det, som han kalder den 4-dobbelte selskabsfrihed, som han mener er de rettigheder som selskaberne får efter Traktaten. Det 4-leddede kriterium er udmøntet således:

1. Retten for selskabet til at etablere sig hvor som helst i EU/EØS.
 - Denne frihed er som udgangspunkt hjemlet direkte i Traktatens artikel 49.
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.
 - Denne frihed blev fastslået af Domstolen i C-79/85, Segers³⁰.

²⁵ TEUF artikel 49, stk. 2 og 54, stk. 1

²⁶ TEUF artikel 54

²⁷ EU-Retten, s. 552

²⁸ EU-Retten, s. 552

²⁹ Selskabsret, s. 24

³⁰ Denne sag bliver omhandlet i afsnit 2.1.2.

3. Retten til ved grænseoverskridende etablering at vælge etableringsformen, herunder at vælge mellem fx datterselskab og filial.
 - Denne frihed blev fastslået af Domstolen i sagerne C-270/83, Den Franske Skattesag og C-330/91, Commerzbank.
4. Retten til efter etableringen at nyde samme rettigheder, som filialstatens egne selskaber mv. har.
 - Denne frihed blev fastslået af Domstolen i sagerne C-330/91, Commerzbank, C-1/93, Halliburton og C-250/95, Singer.³¹

Selskabsfrihederne, er rettigheder givet til selskaber, efter Traktatens artikel 49, som derefter er blevet præciserede af Domstolen i forbindelse med medlemsstaternes præjudicielle spørgsmål, forelagt for Domstolen. Der vil i resten af specialet blive yderligere præciseret, hvilke rettigheder selskaberne har efter Traktaten.

Denne formulering af selskabernes selskabsfrihed er blevet henvist til af EU-domstolens generaladvokat Antonio La Pergola, i hans forslag til afgørelse af sagen C-212/97, Centros.³²

Denne sag har også tætte bånd til Danmark, idet der er tale om en retssag fra den danske Højesteret, som blev forelagt for EU-domstolen.

Dommen omhandler et dansk par, som oprettede et private limited company i Storbritannien, hvilket svarer til et dansk anpartsselskab, ved navn Centros Ltd. Ved oprettelse af denne form for selskab i Storbritannien, er der efter britiske lovgivning, ikke et krav til mindstekapital. Efter oprettelsen ville det danske par oprette en filial i Danmark, for at drive erhvervmæssig virksomhed i landet, uden at drive nogen form for erhvervmæssig virksomhed i Storbritannien. Dette mente de at have ret til på baggrund af retten til fri etablering i Traktaten. Denne opfattelse var Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dog ikke enige i, idet de mente at den valgte selskabskonstruktion udelukkende var til for at omgå kapitalkravet i dansk lovgivning. Kapitalkravet var på daværende tidspunkt 200.000 kroner for stiftelse af et anpartsselskab. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen argumenterede for, at dette kapitalkrav var til for at beskytte kreditorer. Denne beskyttelsesmetode var en af de mindre byrdefulde, i forhold til at kræve personlig hæftelse for selskabsdeltagerne. I sagens præmis 24 nævner Domstolen en række domme, der fastlægger en praksis, hvorpå medlemsstaterne har ret til at træffe foranstaltninger, for at imødekomme eventuelt svig eller misbrug af de rettigheder og muligheder, som Traktaten giver. I præmis 29, henviser Domstolen til præmis 16 i sagen C-79/85, Segers. Præmis 16 i Segers siger, at situationen, hvor selskabet ikke driver erhvervmæssig virksomhed i selskabets hjemland, men udelukkende i den medlemsstat hvor filialen er beliggende, ikke anses for at være svig eller misbrug. Domstolen kom hermed frem til, at denne oprettelse af filial i Danmark for at omgå de danske kapitalkrav,

³¹ Selskabsret, s. 52 og Werlauff EBLR, s. 170

³² Centros, forslag til afgørelse, punkt 12, note 12

ikke var svig eller misbrug af Traktatens muligheder, og Centros Ltd. derfor havde ret til at stifte en filial i Danmark.

2.1.2. Delaware effekten

Udtrykket Delaware-effekten kommer fra konkurrencesituationen blandt staterne i USA, hvor det handlede om at have den mest fordelagtige selskabslovgivning, for at tiltrække selskaber. Dette resulterede i, at nogle stater, blandt andet staten Delaware, indrettede deres selskabslovgivning således, at de mest bebyrdende elementer for selskaberne blev undgået i lovgivningen. Dette blev betegnet som "a race for the bottom", fordi det resulterede i, at de indbyggede garantier i selskabslovgivningerne blev lempet.³³ Lempelser som disse, kan gøre det billigere og mindre risikofyldt for virksomhedsejere at drive virksomhed i den pågældende stat, men kan på samme tid forringe sikkerheden for kreditorer, ansatte og minoritetsdeltagere.

Inden for EU's grænser var der, ligesom i Centros, flere erhvervsdrivende, som forsøgte at omgå de nationale selskabslovgivninger, ved at anvende udenlandske selskaber, til at drive virksomhed. Dette ses blandt andet også i førnævnte dom C-79/85, Segers.

Segers omhandler en Hollandsk erhvervsdrivende, som oprettede et selskab med hjemsted i England, for at dette selskab kunne overtage hans virksomhed i Holland. Han fik derefter afslag på sygesikringsydelse, med begrundelse i, at disse ydelser ikke ydes til direktører, som er ansat i selskaber med hjemsted i udlandet. Domstolen kom frem til at dette var i strid med etableringsfriheden, selvom de hollandske myndigheder argumenterede for, at denne forskelsbehandling var berettiget for at bekæmpe misbrug.

I sagens præmis 17, henviste Domstolen til Traktatens daværende artikel 56 (nuværende artikel 52), hvor artiklens første stykke giver medlemsstaterne lov til at lave diskriminerende restriktioner, som er begrundede i hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.³⁴ Til dette tilføjede de:

*"Mens bekæmpelse af omgåelses transaktioner under visse omstændigheder altså kan berettige en forskelsbehandling, kan nægtelse af at tildele en direktør for et selskab stiftet efter en anden medlemsstats ret en sygeforsikringsydelse dog ikke udgøre en hertil egnet foranstaltning."*³⁵

Der er ligeledes en traktatmæssig hjemmel til at forskelsbehandle i TEUF artikel 51 som undtager virksomhed, som er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed, fra at anvende

³³ EU-retten, s. 725

³⁴ TEUF artikel 52, stk. 1

³⁵ Segers, præmis 17

bestemmelserne omkring etableringsfriheden. Artiklen giver også Europa-Parlamentet og Rådet beføjelsen til at undtage visse erhverv fra bestemmelserne.³⁶

På baggrund af mange lignende situationer, hvor erhvervsdrivende drev erhvervmæssig aktivitet i Holland via udenlandske selskaber, blev der i Holland indført en række krav til disse selskaber.³⁷ Lovgivningen, der omhandlede disse krav, blev taget op til præjudiciel afgørelse ved Domstolen i sagen C-167/01, Inspire Art:

Dommen omhandler selskabet Inspire Art, som var et britisk registreret limited selskab med hovedkontor i Storbritannien. Direktøren, som var enedirektør, havde enebemyndigelse til at tegne selskabet og var bosiddende i Holland, hvor selskabet ligeledes havde en filial, som de udelukkende drev deres erhvervmæssige virksomhed fra. På grund af dette, skulle Inspire Art, efter de hollandske regler, lade sig registrere i handelsregistret. Denne registrering gjorde, at Inspire Art skulle leve op til en række betingelser, blandt andet et krav til mindstekapital. Hvis de ikke levede op til dette krav, ville ledelsen skulle hæfte solidarisk for alle retshandler, indgået under dennes ledelse, der forpligter selskabet.³⁸ Dette bestred Inspire Art, hvor de anførte, at reglerne var i strid med fællesskabsretten og især etableringsretten samt TEUF artikel 49 og 54 (Daværende artikel 43 og 48 EF). Sagen blev derfor sendt videre til EU-domstolen til præjudiciel behandling. Domstolen kom blandt andet frem til, at det 11. selskabsdirektiv omkring filialer, var til hinder for at den hollandske "lov om formelt udenlandske selskaber", pålagde filialer af udenlandske selskaber, offentlighedsforpligtelser, der ikke fremgår af direktivet. I forhold til spørgsmålet om hvorvidt reglerne var i strid med etableringsretten, kom Domstolen frem til, at TEUF artikel 49 og 54 (Daværende artikel 43 og 48 EF) var til hinder for at en national lovgivning gjorde at en filial af et udenlandsk selskab ville blive pålagt disse betingelser om mindstekapital og selskabsledelsens ansvar. Domstolen anførte også, at selvom selskabet er stiftet i en anden medlemsstat, og at selskabet udelukkende udøver virksomheden i den medlemsstat hvor filialen er oprettet, får selskabet ikke frataget deres ret til fri etablering, medmindre der foreligger misbrug.

Det kan udledes af disse domme, at Domstolen overordnet har samme tankegang som Erik Werlauff, i forhold til Werlauff's 4-leddede kriterium.

Efter disse domsafsigelser, blev det i praksis umuligt for medlemsstaterne, at opsætte foranstaltninger i den selskabsretlige lovgivning for erhvervsdrivendes brug af udenlandske selskaber, til drift af indenlandsk aktivitet³⁹, medmindre der foreligger misbrug eller svig.⁴⁰ Dette gør

³⁶ TEUF artikel 51

³⁷ EU-Retten, s. 728

³⁸ Inspire Art, præmis 28

³⁹ EU-Retten, s. 729

⁴⁰ Centros, præmis 24

at erhvervsdrivende, der har intentioner om at stifte et selskab inden for Unionen, næsten har frit valg mellem medlemsstaternes selskabsformer og reguleringer. Dette kan resultere i en Delaware-effekt, hvor stifterne vil vælge de mindst byrdefulde reguleringer, og medlemsstaterne herved vil lempe deres selskabsreguleringer, for at tiltrække selskabsstiftere.⁴¹

Sammen med Centros, udledes det af Inspire Art, at man selskabsretligt selv kan vælge hvilken medlemsstat man har lyst til at etablere sig i, for at drive erhvervmæssig virksomhed. Derimod har Domstolen i dommen Cadbury Schweppes, begrænset den etablerende parts mulighed for selv at vælge, hvilket lands skattelovgivning de vil anvende. I dommens præmis 54, udtalte Domstolen:

*“ ... at der rent faktisk udøves erhvervmæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum ... ”*⁴²

Dette betyder, at anvendelse af “Postkasseselskaber”, uden nogen reel erhvervmæssig aktivitet, til at drage fordel af den mest lempelige skattelovgivning, ikke er beskyttet af retten til fri etablering.

2.1.3. Etableringsformer

Som nævnt i afsnit 4.1.1 om personer, er der i TEUF artikel 49 opstillet et ekstra krav til sekundær etablering inden for EU. Derfor bliver der skelnet mellem det, der kaldes primær og sekundær etablering.

2.1.3.1. Primær etablering

Primær etablering er situationen, hvor et selskab starter selvstændig erhvervsvirksomhed op fra bunden i en anden medlemsstat end den hvor selskabet er registreret, uden at der bliver oprettet agentur, filial, datterselskab eller lignende. Det kan også være situationer, hvor selskabet vælger at flytte hele sin erhvervmæssige aktivitet, eller blot hovedaktiviteten, til en anden medlemsstat.⁴³

Nedenstående måder, er de muligheder selskaber har for at flytte sine aktiviteter:

- Via en grænseoverskridende fusion, hvor det ophørende selskab herved udøver primær etablering
- Ved en grænseoverskridende ophørsspaltning, hvor den primære etablering udøves ved det ophørende selskabs spaltning til selskaber i andre medlemsstater

⁴¹ EU-Retten, s. 729

⁴² Cadbury Schweppes, præmis 54

⁴³ EU-Retten, s. 556

- Hvis et selskab skifter nationalitet ved at blive slettet i selskabsregisteret i oprindelseslandet, for derved at blive registreret i en anden stat. Dette kaldes også for forlæggelse af det vedtægtsmæssige hjemsted
- Hvis et selskab vælger at flytte sine aktiviteter til en anden stat, uden at blive registreret i denne anden stat. Selskabet beholder derved sit vedtægtsmæssige hjemsted. Dette kaldes for forlæggelse af det faktiske hovedsæde⁴⁴

De selskabsretlige regler i de forskellige medlemsstater, har gjort flytning af det faktiske sæde svært i nogle af staterne. I hovedtræk taler man om to lovvalgsteorier, som bruges til at forklare, hvordan den enkelte stat regulerer, hvilken lovgivning et selskab underlægges. Disse to lovvalgsteorier kaldes incorporationsteorien og hovedsædeteorien⁴⁵. I dansk teori antages det, at man har fulgt en variant af incorporationsteorien, kaldet registreringsteorien.⁴⁶

Incorporationsteorien går i store træk ud på, at et selskab er underlagt lovgivningen i den medlemsstat, hvor selskabet er stiftet. Hvis selskabet derfor flytter sine aktiviteter og sit hovedsæde til en anden medlemsstat, er selskabet stadig registreret i oprindelseslandet. Selskabet er derfor stadig underlagt oprindelseslandets lovgivning.

Hovedsædeteorien går modsætningsvist ud på, at det er lokationen af selskabets hovedsæde, som afgør hvilken selskabslovgivning det givne selskab er underlagt, og derfor ikke hvilken medlemsstat selskabet er registreret og stiftet i. Dette kan blive problematisk, idet selskabet er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i oprindelsesstaten, hvorfor det ikke vil opfylde stiftelsesreglerne i værtsstaten. Selskabet kan herved risikere at blive erklæret ugyldigt.

Anvendelse af hovedsædeteorien vanskeliggør, på denne baggrund, flytning af det faktiske sæde som en vej til primær etablering. Anvendelse af incorporationsteorien står ikke i vejen for dette.⁴⁷ Lovvalgsteoriene og Domstolens synspunkt på disse bliver behandlet yderligere i afsnit 2.2.1.

2.1.3.2. Sekundær etablering

Sekundær etablering, modsat primær etablering, er situationen, hvor et selskab vælger at udvide deres nuværende aktivitet til en anden medlemsstat, men fortsat beholder deres hovedaktivitet i den medlemsstat hvor selskabet er registreret. Dette kan, som nævnt ovenfor, og med hjemmel i

⁴⁴ EU-Retten, s. 596

⁴⁵ EU-Retten, s. 597

⁴⁶ EU-Retten, s. 597, note 98 og National Experiences, s. 276

⁴⁷ EU-Retten, s. 597

TEUF artikel 49, stk. 1, 2. pkt., blandt andet gøres ved oprettelse af et agentur, en filial, et datterselskab eller et forretningssted.⁴⁸

Denne opremsning af typer hvorpå man kan udøve sekundær etablering, er ikke en udtømmende liste, idet traktaten ikke stiller nogle minimumskrav til hvad etablering kan være. I sagen C-55/94, Gebhard, har Domstolen udtalt, at begrebet etablering, i traktatens forstand, er et meget vidt begreb. Domstolen udtaler også, at der ved etablering er et krav til en hvis erhvervsmæssig aktivitet⁴⁹. Udover dette, er der et minimumskrav til forretningslokaler og bemanding af disse i situationen hvor der ikke er oprettet en filial eller et datterselskab, eller en fuldmagt til for eksempel en rejsende sælger, hvis der ikke er tale om et agentur.⁵⁰

I forhold til sekundær etablering ved oprettelse af datterselskaber, er der ikke nogen traktatmæssig definition af, hvornår der præcist er tale om et datterselskab. Et datterselskab kan være et af de selskaber omfattet af definitionen i Traktatens artikel 54. Dette betyder, at et datterselskab i Traktatens forstand, modsat hvad man normalt forbinder med et datterselskab, kan være et Interessentskab. Det, der virker til at være afgørende for om der foreligger et datterselskab eller ej, er ligesom ved de koncernretlige definitioner inden for selskabsretten, at modervirksomheden opnår en bestemmende indflydelse.⁵¹ Én ting, der især adskiller stiftelse af datterselskab fra de andre former for sekundær etablering, er det faktum, at et datterselskab, i de fleste tilfælde, er et selskab og en juridisk enhed i sig selv, hvilket betyder, at datterselskabet har sin egen ret til fri etablering efter Traktaten.⁵²

Det er som sagt ikke noget krav, at sekundær etablering skal foregå specifikt ved oprettelse af en filial, et datterselskab eller ved agentur. Der må dog anses at være en form for minimumskrav til, hvad der kan karakteriseres som etablering, idet det at have et kontor i en anden medlemsstat, kan betragtes som etablering. Hvis man blot har en postkasse i den anden medlemsstat, kan det ikke karakteriseres som etablering.⁵³

⁴⁸ EU-Retten, s. 556

⁴⁹ Gebhard, præmis 25

⁵⁰ Den tyske co-assurancesag, præmis 21

⁵¹ EU-Retten, s. 562

⁵² EU-Retten, s. 561

⁵³ EU-Retten, s. 660

2.1.4. Diskrimination

Den der udøver sin traktatsikrede etableringsfrihed, bestemmer som udgangspunkt selv hvilken form for etablering, der skal udøves. I sagen C-270/83, Den franske skattesag, gjorde de franske skatteregler, at franske selskaber kunne få en skattefordel ved at investere i franske aktier, som filialer af udenlandske selskaber ikke havde ret til.⁵⁴ Dette var, efter Domstolens opfattelse, diskriminerende, hvortil den franske regering anførte, at de udenlandske selskaber, med filialerne i Frankrig, blot kunne oprette et fransk datterselskab.⁵⁵ Til dette udtalte Domstolen, at erhvervsdrivende udtrykkeligt selv må bestemme, hvilken juridisk form de har lyst til at udøve virksomhed gennem, samt etablere sig i en anden medlemsstat. Dette må der ikke diskrimineres imod, selvom de har muligheden for at drive deres virksomhed som datterselskab.⁵⁶ Domstolen anførte yderligere i Den franske skattesag, at forskelsbehandling af selskaber, på baggrund af deres vedtægtsmæssige hjemsted, er diskrimination på lige fod med diskrimination af personer på baggrund af deres nationalitet.⁵⁷ Dette forbud mod at diskriminere erhvervsdrivende personer, i henhold til artikel 49, blev fastlagt i sagen C-2/74, Reyners. Domstolen citerede her, hvad der er den nuværende artikel 49, stk. 2:

“ ... etableringsfriheden indebærer adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsaktivitet » på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.”⁵⁸

En af forskellene på personers nationalitet og selskabers hjemsted, er det faktum, at selskabet med hjemsted i én EU-stat, stadigvæk er registreret i den medlemsstat og er underlagt den stats lovgivning, selvom de driver erhvervmæssig aktivitet i en anden medlemsstat. Den anden medlemsstat vil, i nogle situationer, ønske at stille krav til hjemsted, afhængig af hvilken erhvervmæssig aktivitet der er tale om.⁵⁹ Dette kunne blandt andet ses i sagen C-101/94, Kommissionen mod Italien. Domstolen fandt den italienske selskabslovgivning som værende diskriminerende, idet lovgivningen krævede, at det udelukkende var selskaber med hjemsted i Italien, der kunne udøve børsmæglervirksomhed.⁶⁰ De italienske myndigheder anførte, at de mente, at denne forskelsbehandling var sagligt begrundet, da de andre medlemsstaters selskabslovgivning

⁵⁴ EU-Retten, s. 563

⁵⁵ Den franske skattesag, præmis 17

⁵⁶ Den franske skattesag, præmis 22

⁵⁷ Den franske skattesag, præmis 18

⁵⁸ Reyners, Præmis 18

⁵⁹ EU-Retten, s. 569

⁶⁰ Kommissionen mod Italien, præmis 8

ikke indeholdt de samme krav, samt der ikke kunne føres effektivt syn, eller indføres effektive sanktioner, på selskaber med hjemsted i en anden stat.⁶¹

Domstolen var ikke enig i myndighedernes argumentation, hvorfor de gav Kommissionen medhold i sagen. Ud fra denne dom fremgår det, at Domstolen er overvejende afvisende over for disse krav om selskabers hjemsted, i forhold til landets selskabslovgivning, samt argumentation om tilsyn- og kontrolhensyn.⁶²

2.1.5. Restriktion

Udover diskriminationsforbuddet, har der været en diskussion om hvorvidt rækkevidden af restriktionsforbuddet i artikel 49 også indeholdt et generelt restriktionsforbud.⁶³

Domstolen havde i sagen C-221/85, Kommissionen mod Belgien, udtalt at artikel 49 også omfattede et forbud mod ikke-diskriminerende restriktioner, så længe restriktionen udgør en uberettiget hindring for borgere i andre medlemsstater⁶⁴.

Udover kravet til en vis erhvervmæssig aktivitet, blev der i Gebhard-sagen udformet en firepunkts-test, der kan afgrænse hvorvidt en restriktion er til hindring for retten til fri etablering. Præmissen hvori testen er formuleret lyder:

*“Det fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde **fire betingelser**: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet”⁶⁵*

Domstolen ønskede med dette at slå fast, at Traktatens artikel 49, skulle fortolkes på linje med artikel 56 om fri udveksling af tjenesteydelser. De tre sidste betingelser kan føres tilbage til dommen, C-205/84, Den tyske co-assurancesag, der omhandler fri udveksling af tjenesteydelser, hvori præmis 27 har følgende ordlyd:

⁶¹ Kommissionen mod Italien, præmis 15 & 19

⁶² EU-Retten, s. 570

⁶³ EU-Retten, s. 576

⁶⁴ Kommissionen mod Belgien, præmis 5

⁶⁵ Gebhard, præmis 25

“Det er desuden en betingelse, at kravene er objektivt nødvendige for at sikre overholdelsen af de regler, der gælder for det pågældende erhverv, og for at beskytte de hensyn, som varetages med reglerne.”⁶⁶

Før testen kan anvendes, skal der foreligge en restriktion. En restriktion, i henhold til Traktatens artikel 49, vil være, når etableringsfriheden bliver hindret ved en foranstaltning, som enten gør det sværere at udøve den traktatsikrede frihed eller decideret forbyder den.

Ved brug af testen skal det først vurderes, hvorvidt de nationale foranstaltninger forskelsbehandler egne statsborgere og selskaber, med udenlandske statsborgere og selskaber. Dette er ikke et udtryk for, at den gængse diskriminationstest ikke længere er gældende, men blot for at sager, hvor der foreligger en diskriminerende restriktion, ikke bliver behandlet på samme måde som ikke-diskriminerende sager.

De følgende tre punkter i testen bliver behandlet sammen. Der skal i andet punkt vurderes, hvorvidt der foreligger nogle hensyn, hvilke kan anses for at være tvingende hensyn, som beror på samfundets interesser. Dette kan ses i perspektiv til Traktatens artikel 52, der tillader medlemsstaterne at lave diskriminerende foranstaltninger, som tager hensyn til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

Punkt tre og fire skal sikre, at de nationale foranstaltninger, som skal beskytte de samfundsmæssige hensyn, rent faktisk er proportionale og forenelige med de specifikke hensyn.⁶⁷ Et eksempel på dette kan ses i Centros-sagen, hvor Domstolen ikke var enig med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i, at den praksis som Danmark havde, var egnet til det specifikke formål⁶⁸.

2.1.6. Etableringspligt

TEUF artikel 49 giver borgere og selskaber retten til fri etablering inden for EU, men der kan også tales om en eventuel pligt til at etablere sig. Der kan af værtslande stilles krav til, at der skal foretages etablering, førend der kan udøves erhvervmæssig virksomhed af et selskab med hjemsted i anden medlemsstat. Derimod forhindrer Traktatens artikel 49, at etablering er påkrævet, for at kunne få de nødvendige tilladelser til at drive denne erhvervmæssige virksomhed⁶⁹. Domstolen anførte her, at de var af den overbevisning, at et sådant krav til etablering, inden det overhovedet

⁶⁶ Den tyske co-assurancesag, præmis 27

⁶⁷ EU-Retten, s. 577

⁶⁸ Centros, præmis 35

⁶⁹ Yellow Cab, præmis 35

var sikkert, at det var muligt at drive erhvervmæssig virksomhed, reelt set ville kunne afholde udenlandske virksomheder fra at udnytte deres ret til fri etablering⁷⁰.

Den østrigske lovgivning krævede, at man enten havde hjemsted i landet eller andet forretningssted i landet. Domstolen specificerede ikke, om der potentielt kunne kræves en primær etablering for at kunne drive erhvervmæssig virksomhed. Det forudsættes dog af Traktatens ordlyd i artikel 49, stk. 1, at en etableringspligt ikke ville kunne kræve en specifik form for etablering. Dette stemmer også overens med Werlauff's udsagn om den 4-dobbelte selskabsfrihed, hvor det frie valg af etableringsform, er fastslået i dommene Commerzbank og Den Franske Skattesag.

2.2. Historisk udvikling inden for grænseoverskridende omdannelse i Danmark og EU

I dette kapitel vil specialet gennemgå den historiske udvikling i EU-selskabsret, i forhold til fusioner, spaltning og omdannelse af selskaber på tværs af medlemsstaternes landegrænser. Denne udvikling giver et billede af, hvordan EU har påvirket dette retsområde, samt hvorfor der er opstået problemer med selskabstransaktioner på tværs af landegrænser inden for EU.

2.2.1. Domstolenes behandling af lovvalgsteorier (incorporationsteorien eller hovedsædeteorien)

Som nævnt i afsnit 2.1.3.1., bliver der af EU-lande anvendt to forskellige teorier, til at bestemme hvilket lands selskabsretlige lovgivning, der skal anvendes. Lande som Storbritannien, Holland, Sverige, Danmark, Finland, Norge, Schweiz og Italien bruger incorporationsteorien. Modsætningsvist anvender lande som Østrig, Belgien, Tyskland, Luxembourg, Portugal og Rumænien hovedsædeteorien.⁷¹ Flere lande anvender udgaver⁷² af de to teorier, som differentierer på forskellige områder.

Ovenstående skaber problemer, når selskaber ønsker at omstrukturere på tværs af landegrænser. Det skal her afgøres, hvilket medlemsstats lovgivning selskabet er underlagt. Problemet opstår eksempelvis, når et selskab flytter hovedsæde, fra en medlemsstat der følger incorporationsteorien, til et der følger hovedsædeteorien. Landet der fraflyttes, anerkender fortsat selskabet, mens den modtagende medlemsstat kræver, at selskabet skal indregistreres der hvor hovedsædet er. Dette begrænser derfor selskabernes etableringsret⁷³. I den omvendte situation vil selskabet ikke længere

⁷⁰ Yellow Cab, præmis 37

⁷¹ The consequences of Brexit, s. 10-14

⁷² Som nævnt i afsnit 2.1.3.1. anvender Danmark en variant af incorporationsteorien

⁷³ Mutilated Freedom, s. 111-112

være underlagt oprindelsesstatens lovgivning, på grund af kravet om, at hovedsædet skal være i landet, og selskabet vil heller ikke være underlagt lovgivningen i værtslandet, på grund af kravet om registrering⁷⁴.

Første gang EU-domstolen tog stilling til denne problemstilling, var i Daily Mail 81/87 dommen⁷⁵.

Daily Mail-dommen omhandler et selskab, der ønskede at flytte sit hovedsæde fra Storbritannien til Holland, for at anvende Hollandsk skattelovgivning. Lovgivningen i Storbritannien krævede en forhåndsgodkendelse fra skatteministeriet, førend dette kunne gøres. Selskabet valgte at flytte sit hovedsæde under forhandlingerne med skatteministeriet og havde derfor ikke fået tilladelse. Denne sag blev bragt for de nationale domstole, som fremsatte præjudicielle spørgsmål for Domstolen om, hvorvidt TEUF 49 og 54 (Daværende artikel 52 og 58) hindrer kravet om forhåndsgodkendelse af flytning af hovedsæde. I dommens præmis 16 udtaler domstolen, at såfremt oprindelseslandet kan hindre et selskab i at fraflytte, vil traktaten blive meningsløs. Denne dom omhandler dog ikke flytning af et selskab, men blot flytning af selskabets hovedsæde. Domstolen anerkender i dommen, at der inden for EU er mange forskellig lovgivninger, som i varierende grad giver selskaber mulighed for at flytte hovedsæde. Det konkluderes i dommens præmis 25, at:

*“ ... 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.”*⁷⁶

Dette blev derfor anset som en anerkendelse af hovedsædeteorien. Medlemsstaterne kunne selv bestemme, hvilke regler der gjaldt for selskaber, der opererede inden for deres eget territorium. Derudover havde medlemsstaterne mulighed for at fastsætte, hvilke regler der regulerer, om et selskab eksisterer efter national lovgivning. Dette gav derfor også medlemsstaterne mulighed for at begrænse selskabers adgang til at forlade en medlemsstat. Hvis en medlemsstat krævede, at selskabernes hovedsæde var i selv samme stat som deres vedtægtsmæssige hjemsted, var selskaberne nødsaget til at acceptere dette. Dette blev af EU-domstolen forklaret ved, at selskaber, efter de daværende EU-regler, kun eksisterer i kraft af national lovgivning⁷⁷.

⁷⁴ European Added Value Assessment, s. 15

⁷⁵ EU-Retten, s. 597

⁷⁶ Daily Mail, præmis 25

⁷⁷ Daily Mail, præmis 19

2.2.1.1. Centros/Überseering - Kun hovedsædeteori når oprindelsesland laver restriktion

Denne præcedens, som Domstolen havde sat efter Daily Mail-dommen, varede i mere end 10 år, indtil afsigelsen af dommen Centros.⁷⁸ Som tidligere nævnt, mente Domstolen, at denne form for etablering via et "pseudo-udenlandsk" selskab, var foreneligt med etableringsretten⁷⁹, hvilket såede tvivl om, hvorvidt Domstolen tilsluttede sig incorporationsteorien eller hovedsædeteorien⁸⁰. Dette resulterede i en heftig litterær debat blandt fagfolk⁸¹, idet denne afgørelse i høj grad kontrasterede Daily Mail-dommen. Det er interessant at bemærke, at Daily Mail ikke blev nævnt eller refereret til i Centros.

Debatterne omkring dette var blandt andet, at nogle fagfolk mente, at Domstolen nu havde sat en præcedens der sagde, at hovedsædeteorien var uforenelig med etableringsretten⁸². Andre kritiserede også denne praksis, idet adgangen selskaberne fik til at forelægge deres egentlige sæde, kunne resultere i en mulig Delaware-effekt⁸³. Andre debatterede, hvorvidt den præcedens der blev sat af Centros, udelukkende gjaldt for sekundær etablering. Især Tyskland var utilfreds med Centros-dommen, idet de var store tilhængere af hovedsædeteorien.⁸⁴ Domstolen fik i 2002, afsagt dom i sagen C-208/00, Überseering. Her blev domstolen syn på lovvalgsteoriene afklaret.

Dommen omhandlede tvisten om et mangelfuldt entreprisarbejde. Det tyske selskab NCC var hyret af det Hollandsk registrerede selskab Überseering. Überseering drev et motel i Tyskland, som NCC havde renoveret. Überseering var stiftet i Holland, men alle anparter i selskabet var solgt til to tyske statsborgere. Überseering sagsøgte NCC for manglende arbejde, men blev efter tysk lov ikke anset som havende rets- og partsevne. Efter tysk lovgivning på tidspunktet, havde kun tysk-stiftede selskaber retsevne, da Tyskland anvendte hovedsædeteorien. Sagen blev derfor afvist af de tyske domstole "Landgericht" og "Oberlandesgericht". Überseering ankede efterfølgende afgørelsen ved "Oberlandesgericht" til "Bundesgerichtshof", hvilket er øverste domstol i Tyskland for civilsager. Bundesgerichtshof fremsætter to præjudicielle spørgsmål for EU domstolen:

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

⁷⁸ Mutilated Freedom, s. 109

⁷⁹ Centros, præmis 39

⁸⁰ EU-Retten, s. 599

⁸¹ Mutilated Freedom, s. 109, note 27 & EU-Retten, s. 599

⁸² Mutilated Freedom, s. 109

⁸³ EU-Retten, s. 730

⁸⁴ Mutilated Freedom, s. 109

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

De tyske domstole nægtede at anerkende Überseering, som var et selskab lovligt stiftet i Holland.

Dette blev gjort ud fra hovedsædeteorien, da Tyskland mente at selskabet havde flyttet hovedsæde til Tyskland, uden at være blevet oprettet i det tyske system. EU domstolen udtalte i præmis 82, at dette var uforeneligt med TEUF artikel 49 og 54 (Daværende artikel 43 og 48 EF). Ud fra disse artikler, udgjorde den tyske lovgivning en restriktion for etableringsfriheden.

Efterfølgende blev der vurderet om den tyske lovgivning var begrundet. Tyskland argumenterede for, at restriktionen var af ikke-diskriminerende karakter, samt alment tvingende hensyn i forhold til retssikkerhed, kreditorbeskyttelse, beskyttelse af lønmodtagerer og skattevæsenets interesse.

Domstolens svar på det første spørgsmål blev, at den tyske lovgivning ikke var lovlig, jf. præmis 94. Til det andet præjudicielle spørgsmål besvarer EU domstolen i præmis 95, at et selskab, der er lovligt stiftet i en medlemsstat, og som ønsker at udøve etableringsfriheden, skal anerkendes af andre medlemsstater samt have retsevne og dermed partsevne.

Denne dom medførte derfor, sammen med Centros, en forskel mellem udadgående migration og indadgående migration. For udadgående migration, er det fortsat, som i scenariet i Daily Mail-dommen, muligt for medlemsstaterne at opsætte begrænsninger for selskabers mulighed for at flytte ud. Hvis en medlemsstat fortsat anvender registreringsteorien, kan selskaber, der er stiftet i det pågældende land, begrænses i deres mulighed for at forlade landet.

Det er dog ikke længere muligt at begrænse selskabers mulighed for at migrere ind i en medlemsstat, medmindre det er for at sikre alment tvingende hensyn. Efter denne dom, er alle medlemsstater pålagt at anerkende hinandens lovligt stiftede selskaber. Denne doms effekt blev derfor, at det ikke længere var muligt at anvende hovedsædeteorien fuldt ud. En medlemsstat der anvendte hovedsædeteorien, og derfor førhen ikke ville anerkende selskaber, der havde flyttet sit hovedsæde og/eller aktivitet ind i landet uden at registrere sig, blev efter denne dom pålagt at anerkende selskabet, samt give dette rets- og partsevne.

Dette resulterede i, at flere lande skiftede fra hovedsædeteorien til incorporationsteorien⁸⁵.

Denne dom har derfor medført en fremgang for selskabers frie bevægelighed. Erhvervsdrivende kan efter denne dom vælge, at stifte eller flytte deres selskab til de lande, der har den mest favorable selskabsretlige lovgivning, uden at skulle flytte selskabets aktivitet til dette land.

⁸⁵ EU-Retten, s. 600

2.2.2. Dansk selskabsretlig lovgivning før implementering af det 10. selskabsdirektiv

Dansk lovgivning har historisk set været åben over for handel på tværs af landegrænser. Det har dog ikke været muligt at foretage fusioner på tværs af landegrænser efter dansk lovgivning, før Domstolen med sagen C-411/03, SEVIC og implementeringen af det 10. selskabsdirektiv i 2007 (2005/56/EC). Dette skyldes, at den danske lovgivning ikke har anerkendt fusioner på tværs af landegrænser. Det var på daværende tidspunkt antaget, at fusioner i Danmark krævede specifik hjemmel i dansk lovgivning⁸⁶.

Efter implementering af det 3. selskabsdirektiv, om fusioner (78/855/EØF)⁸⁷ i de daværende love, Anpartsselskabsloven og Aktieselskabsloven i 1982, var den generelle forståelse, at fusioner kun var mulige mellem danske selskaber, som var underlagt reglerne i en af de to love⁸⁸. Det var derfor ikke muligt at foretage fusioner med selskaber, som ikke var omfattet af disse to love, hvorfor fusioner på tværs af landegrænser ikke var muligt. Det var derfor heller ikke muligt for andre typer selskaber end anpartsselskaber og aktieselskaber at fusionere. Hvis andre typer selskaber ønskede at udnytte de fordele en eventuel fusion kan have, skulle man derfor foretage andre former for rekonstruktion af selskabets ejerstruktur, eksempelvis ved at samle selskaber under samme ejer i koncernlignende forhold.⁸⁹

Den manglende mulighed for fusioner på tværs af landegrænser, blev bekræftet af Ligningsrådet i 1998⁹⁰ og af Erhvervsankenævnet i 2001⁹¹. I begge sager kom man frem til, at der i dansk lovgivning ikke var grundlag for at gennemføre fusioner på tværs af landegrænser. Dette blev dog delvist ændret i 2004, da SE-selskaber blev indført⁹². Et SE-selskab er et europæisk aktieselskab. Det blev dermed muligt for danske selskaber at deltage i stiftelsen af et SE-selskab. Det var dog fortsat kun en mulighed for anparts- og aktieselskaber, eftersom man skulle være underlagt enten Anpartsselskabsloven eller Aktieselskabsloven. Derudover gav det kun mulighed for at fusionere, hvis selskaberne fusionerede til et SE-selskab. Det var derfor fortsat ikke muligt for danske selskaber at fusionere på tværs af landegrænser med andre selskaber, hvis ikke de ønskede at blive underlagt reglerne for SE-selskaber.

⁸⁶ Rønfeldt og Werlauff, afsnit 1

⁸⁷ RÅDETS TREDJE DIREKTIV af 9. oktober 1978, om fusioner af aktieselskaber (78/855/EØF)

⁸⁸ National Experiences, s. 276

⁸⁹ National Experiences, s. 276-277

⁹⁰ Ligningsrådets afgørelse 1998

⁹¹ Erhvervsankenævnet Årsberetning 2001, s. 129-132

⁹² RÅDETS FORORDNING (EF) Nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE)

2.2.3. SEVIC og implementeringen af det tiende selskabsretlige direktiv

I november 2003 fremsatte Den Europæiske Kommission et direktivforslag til harmonisering af grænseoverskridende fusioner inden for EU⁹³. Dette direktiv har været ventet, manglet og arbejdet på siden 80'erne⁹⁴. Der har dog været en række problemer, i forhold til at lave en harmonisering på området. Det har specielt været på området for repræsentation af ansatte i bestyrelsen, som har givet problemer inden for EU. Efter vedtagelsen af direktivet i 2005, men før implementeringen, blev der afsagt dom i SEVIC sagen (C-411/03).

2.2.3.1. C-411/03, SEVIC

Dommen omhandler selskabet SEVIC Systems AG (herefter SEVIC), som af tyske myndigheder fik afslag på at fusionere med et selskab, der havde hjemsted i Luxembourg. De tyske myndigheder begrundede dette med, at reglerne for fusioner - og omdannelser generelt - ifølge den tyske lov om selskabsomdannelse (herefter UmwG), kun gjaldt for interne fusioner i Tyskland. Det var aftalt, at fusionen skulle udføres som en uegentlig vandret fusion, hvor det luxembourgske selskab skulle opløses uden likvidation, samt hele selskabets formue skulle overdrages til SEVIC, som skulle fortsætte begge selskabers aktiviteter uden at skifte navn. Denne form for fusion var mulig imellem tyske selskaber, jf. UmwG's § 2, stk. 1.

SEVIC anlagde derfor sagen til den "Landgericht Koblenz" (herefter Retten), for at få prøvet spørgsmålet ved domstolen.

Efter Rettens opfattelse, var det ikke muligt at svare på spørgsmålet i sagen, førend de vidste, om fusioner mellem selskaber i Tyskland og selskaber med hjemsted i andre EU-medlemsstater, hørte ind under TEUF artikel 49 og 54 (Daværende artikel 43 og 48 EF). Retten valgte på baggrund af dette, at udsætte sagen og forelægge nedenstående præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

"Skal artikel 43 EF og 48 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?"⁹⁵

Domstolen anfører i dommens præmis 16, at TEUF artikel 49 og 54 (Daværende artikel 43 og 48 EF) finder anvendelse på denne form for grænseoverskridende fusion. De henfører efterfølgende, at denne adgang til at oprette og lede selskaber, som den nationale lovgivning giver til landets egne

⁹³ COM(2003) 703 final

⁹⁴ An international model?, s.8

⁹⁵ SEVIC, præmis 25

selskaber, er omfattet af etableringsretten. Domstolen siger i præmis 19, at grænseoverskridende fusioner, sammen med andre selskabsomdannelse, opfylder et behov for samarbejde mellem, og sammenlægning af selskaber, med hjemsted i forskellige medlemsstater.⁹⁶ Disse fremtrædelsesformer er særligt vigtige i forhold til det indre marked samt udøvelsen af etableringsfriheden og hører derfor til blandt de erhvervsmæssige aktiviteter, som skal respekteres i etableringsfriheden i TEUF artikel 49 og 54.

Til spørgsmålet om hvorvidt der foreligger en restriktion for etableringsfriheden, henfører domstolen i præmis 20 til den tyske lovgivning. Den tyske lovgivning har udelukkende bestemmelser for interne fusioner og ingen generelle forskrifter om registrering af grænseoverskridende fusioner⁹⁷. Tyskland har yderligere en generel praksis om at afslå sådanne fusioner. Efter Domstolens overbevisning, kan denne forskelsbehandling for tyske og udenlandske selskaber, afholde selskaberne fra at udøve deres traktatsikrede etableringsfrihed. I præmis 21 bliver der redegjort for, at sådanne fusioner er gunstige for selskaberne, idet de sparer omkostninger og tid i forhold til andre former for omstruktureringer.

Domstolen kommer frem til, at der foreligger en restriktion af etableringsretten i henhold til TEUF artikel 49 og 54.

Til spørgsmålet om hvorvidt denne restriktion for etableringsfriheden er begrundet, er der i præmis 24 gjort rede for, at den tyske og den hollandske regering har gjort gældende, at der er visse betingelser for interne fusioner, som blandt andet har til formål at beskytte kreditorers, minoritetsdeltageres og lønmodtageres interesser. De har her anført, at disse beskyttelseshensyn, i forhold til grænseoverskridende fusioner, vil blive problematiske at opretholde, uden en harmonisering af lovgivningen på fællesskabsplan. De anfører også, at Kommissionens forslag til direktivet om grænseoverskridende fusioner af kapital-selskaber, nævner at gennemførelse af grænseoverskridende fusioner, ikke kan realiseres på en tilfredsstillende måde, uden en indvirkning på lovgivningen på EU-plan. I præmis 27 anfører Domstolen også, at selvom der er harmonisering på området for interne fusioner af aktieselskaber, fra direktiv 78/855/EØF⁹⁸, rejser grænseoverskridende fusioner særlige problemer.

⁹⁶ Dette behov er nævnt i forslaget til det 10. Selskabsdirektiv, COM(2003) 703 final

⁹⁷ SEVIC, præmis 13

⁹⁸ 78/855/EØF

I præmis 26 udtaler Domstolen, at de ikke mener, at harmoniseringsforskrifter som denne, skal være en betingelse for at kunne gennemføre etableringsfriheden efter TEUF artikel 49 og 54, hvor de blandt andet henfører til dommen C-204/90, *Bachmann*, præmis 11.

Domstolen anfører dog også i præmis 28, at nationale foranstaltninger, der er til for at beskytte kreditorernes, minoritetsdeltagernes og lønmodtagernes interesser⁹⁹ samt opretholdelse af en effektiv skattekontrol og god handelsskik¹⁰⁰, under visse omstændigheder og på visse betingelser, kan begrundes. Der bliver i præmis 29 påpeget, at disse restriktive foranstaltninger dog skal være forenelige med de mål, den er til for at sikre, samt at den ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå disse mål. Dette må anses for at være en forsimplet anførsel af betingelserne i Gebhard-testen.

Domstolen siger i præmis 30, at det generelle afslag på at registrere grænseoverskridende fusioner, medfører en restriktion af etableringsretten, selvom de interesser, der er nævnt i præmis 28, ikke er truet. Derfor mener Domstolen, at denne forskrift går ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte disse interesser. Domstolen kommer afslutningsvist frem til, at retten til fri etablering, i henhold til TEUF artikel 49 og 54 hindrer, at en medlemsstat udøver en praksis, hvorpå registrering af denne form for fusion generelt afslås, når der er tale om grænseoverskridende fusioner. Men registrering er mulig hvis der er tale om interne fusioner.

Denne dom pålagde medlemsstaterne at anse fusioner på tværs af landegrænser, som etablering på lige fod med indlands fusioner. Fusioner bliver dermed omfattet af den EU sikrede etableringsret efter TEUF art. 49 og 54¹⁰¹.

SEVIC dommen bliver derfor i bredt omfang anset som en udvidelse af etableringsretten, eftersom fusioner på tværs af landegrænser nu skulle anses som en etableringsform omfattet af etableringsretten.

Det stod dog ikke klart, om SEVIC dommen også tilsikrede selskabers ret til at foretage spaltninger på tværs af landegrænser¹⁰². Derudover var der tvivl om, hvorvidt SEVIC dommen kun omfattede retten til at registrere en indgående fusion, i den medlemsstat selskabet ønskede at oprette sig, eller om

⁹⁹ Überseering, præmis 92

¹⁰⁰ Inspire Art, præmis 132

¹⁰¹ Rønfeldt og Werlauff

¹⁰² Rønfeldt og Werlauff

den også omfattede retten, til udgående fusion, altså til at opløse selskabet i den medlemsstat hvor selskabet ikke længere ville være registreret¹⁰³. Dette spørgsmål blev dog gjort irrelevant ved implementeringen af det 10. selskabsdirektiv.

Det var dog fortsat tvivl omkring reglerne for andre typer virksomhedsomdannelse på tværs af landegrænser, som etablering og spaltning. Kort efter SEVIC sagen udstedte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen et forslag til lovændring samt retningslinjer for forståelsen af retstilstanden på området. Her i uddyber Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at fusioner på tværs af landegrænser er udsat for yderligere problemstillinger i forhold til indenlandske fusioner. De anbefalede derfor medlemsstaterne at få ændret i deres lovgivning på området. Dette var ikke i overensstemmelse med EU, da domme afsagt af Domstolen gælder med tilbagevirkende kraft. Danmark skal derfor anerkende ændringen af retsstillingen på området, selvom lovgivningen endnu ikke er ændret. For at overholde EU reglerne, blev implementering af det 10. selskabsdirektiv fremskyndet og implementeret i dansk lov d. 1. juli 2007 ved lov nr 573 af 06/06/2007.¹⁰⁴ Ved implementeringen af direktivet, valgte man i Danmark, både at lave regler for grænseoverskridende fusion og spaltning. Direktivet indeholdt udelukkende regler for fusion, hvorfor Danmark blev en del af et mindretal af medlemsstater, der havde lovgivning for grænseoverskridende spaltning. Derudover, tillod de danske regler også andre virksomheder med begrænset ansvar, end dem nævnt i direktivet, at spalte og fusionere¹⁰⁵.

2.2.4. Nyt syn på grænseoverskridende omdannelser

Selvom sagens kerne, i SEVIC-dommen, omhandlede grænseoverskridende fusioner, sidestiller Domstolen i præmis 19 grænseoverskridende fusioner med andre former for grænseoverskridende transaktioner som spaltning og omdannelse.

Spørgsmålet omkring grænseoverskridende omdannelser, har været i behandlet i dommene Daily Mail og Überseering, hvor Domstolen *de facto* havde sat en præcedens ud fra hvilken, det er lovligt for oprindelseslandet, at opsætte restriktioner for etableringsfriheden, men ikke for værtslandet. Denne opfattelse af hvordan etableringsfriheden skulle fortolkes, blev modificeret efter Domstolen i 2008, afsagde dom i sagen c-210/06, Cartesio.

¹⁰³ National Experiences, s. 278

¹⁰⁴ National Experiences, s. 278

¹⁰⁵ LOV nr 573 af 06/06/2007

2.2.4.1. C-210/06, *Cartesio*

Cartesio Oktató és Szolgáltató bt (herefter Cartesio), et kommanditselskab efter ungarsk lov, anmodede den relevante ungarske retsinstitution om at flytte deres hjemsted til Italien, og få dette angivet i handelsregisteret.

Efter ungarsk lov har et ungarsk selskab hjemsted på det sted, hvor selskabet har sit hovedkontor. Den ungarske ret har herefter redegjort for, at et selskab stiftet i Ungarn, ikke kan flytte sit hjemsted ud af landet, for fortsat at være et ungarsk registreret selskab. Ungarn anvender herved hovedsædeteorien. Flytningen vil kræve, at Cartesio ophører med at eksistere i Ungarn, hvorefter de skal registreres og stiftes på ny i Italien. Den ungarske stat nægtede derfor, at lade Cartesio flytte deres hovedsæde til Italien, ved at citere blandt andet Daily Mail-dommen i præmis 104:

“at selskaber i modsætning til fysiske personer er enheder oprettet i henhold til en retsorden, og på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin en national retsorden. De eksisterer kun i kraft af de forskellige nationale lovgivninger, som er bestemmende for deres stiftelse og funktion.”¹⁰⁶

I præmis 109 bliver det påpeget, at hvorvidt et selskab er omfattet af etableringsretten, på grund af manglende definitioner på fællesskabsniveau, er det de nationale lovregler, der definerer selskabets tilknytning.

Dommen, som har en meget lignende situation som Daily Mail, får samme udfald, idét Domstolen siger, at på det nuværende udviklingstrin, er retten til fri etablering **fortsat** ikke er til hinder for, at medlemsstaterne kan opsætte restriktioner for selskabernes mulighed for, at flytte deres hjemsted ud af landet. Generaladvokat Miguel Poiares Maduros udtaler i sit forslag til afgørelsen, at medlemsstaterne selv har ret til at vælge om de anvender hovedsædeteorien eller incorporationsteorien¹⁰⁷. Medlemsstaten kan herved kræve, at det krav om tilknytning der findes ved registrering og stiftelse, kan ligeledes kræves, for at kunne opretholde sin status som selskab stiftet efter denne medlemsstats lovgivning¹⁰⁸.

En anden interessant udtalelse fra denne dom, er dommens præmis 111, som siger:

¹⁰⁶ Daily Mail, præmis 19

¹⁰⁷ Cartesio, forslag til afgørelse, præmis 30

¹⁰⁸ Cartesio, præmis 110

“Der skal sondres mellem et sådant tilfælde af flytning af hjemstedet for et selskab, der er stiftet i henhold til en medlemsstats lovgivning, til en anden medlemsstat uden ændring med hensyn til, hvilken lovgivning det henhører under, og et tilfælde, hvor et selskab, der henhører under en medlemsstat, flytter til en anden medlemsstat med ændring med hensyn til den nationale lovgivning, der finder anvendelse, idet selskabet omdannes til en selskabsform, der henhører under national lovgivning i den medlemsstat, hvortil det flytter.”¹⁰⁹

Det kan heller ikke kræves af oprindelsesstaten, at selskabet bliver opløst og likvideret, for at kunne omdanne sig til et selskab i en anden medlemsstat, jf. præmis 113. Domstolen kom afsluttende frem til, at TEUF artikel 49 og 54 (Doværende artikel 43 EF og 48 EF) ikke var til hinder for, at en medlemsstat kunne opstille restriktioner for udgående flytning af hjemsted for medlemsstatens egne selskaber¹¹⁰.

Det blev hermed fastslået, at medlemsstater skulle acceptere selskabers flytning ud af landet, hvis selskabet ligeledes bliver oprettet som et selskab efter den modtagende stats lovgivning.

Der blev derfor lavet en distinktion imellem flytning af hovedsæde og omdannelser. Distinktionen gjorde, at flytning af hovedsæde fortsat kunne begrænses af oprindelseslandet, men omdannelser ikke kunne. Dommen skiller sig derfor ud fra tidligere, hvor distinktionen har været mellem udgående og indgående omdannelser/flytninger¹¹¹.

i 2009, umiddelbart efter denne dom, blev Aktieselskabsloven og Anpartsselskabsloven sammenskrevet til Selskabsloven¹¹². Ved denne oprettelse af Selskabsloven, blev der indført regler for grænseoverskridende omdannelse, som imiterede de eksisterende regler for grænseoverskridende fusion og spaltning.

Denne nye præcedens blev efterfølgende prøvet hos Domstolen i sagen C-378, VALE, som bliver kaldt et “spejlbillede” af Cartesio-dommen¹¹³.

2.2.4.2. C-378/10, VALE

Dommen omhandler selskabet VALE Costruzioni Srl/VALE Építési kft (herefter VALE), som blev registreret som et selskab med begrænset ansvar i henhold til italiensk ret i Italien i år 2000. I år

¹⁰⁹ Cartesio, præmis 111

¹¹⁰ Cartesio, præmis 124

¹¹¹ SEVIC, Forslag til afgørelse, præmis 45

¹¹² LOV nr 470 af 12/06/2009

¹¹³ Mutilated Freedom, s. 111

2006 havde VALE til hensigt at overføre sit hovedsæde og aktivitet til Ungarn, og fik derfor lov til at blive slettet fra det Italienske selskabsregister.

Senere i 2006 godkendte direktøren for VALE, sammen med en anden fysisk person, vedtægterne for det ungarske VALE. I 2007 indgav en repræsentant for VALE en anmodning til de ungarske myndigheder om at blive registreret i Ungarn. Efter lovgivningen i Ungarn, skal selskabsregistret indeholde oplysninger om den retlige forgænger til det omdannede selskab. Til dette angav repræsentanten det foregående italienske selskab, som retlig forgænger.

Denne registrering blev afvist i både første og anden instans, idét den ungarske lovgivning ikke gav mulighed for at ikke-ungarske selskaber, kunne angives som retlige forgængere. VALE valgte at tage sagen til den øverste ungarske domstol (herefter Højesteret) med en kassationsappel, for at få annulleret afslaget, og for at få selskabet registreret. VALE gjorde her gældende, at de mente afgørelsen var stridende mod TEUF artikel 49 og 54, samt at der i afgørelsen var overset forskellen mellem den internationale overførsel af et selskabs hovedsæde uden ændring af anvendelig national ret, og den internationale omdannelse af et selskab på den anden side. Højesteretten var enig i at ungarsk lovgivning hindrede registrering af et selskabs omdannelse, når det foregående selskab var et udenlandsk registreret selskab. Herved valgte de også at stille spørgsmålstegn ved om denne lovgivning var forenelig med retten til fri etablering i TEUF artikel 49 og 54. De valgte derfor at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål¹¹⁴:

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)medlemsstats 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?”¹¹⁵*

¹¹⁴ Der blev fremsat fire præjudicielle spørgsmål for Domstolen. Der vil i domsanalysen, kun blive behandlet de to første.

¹¹⁵ VALE, præmis 16

I forhold til spørgsmålet om hvorvidt TEUF artikel 49 og 54 kan anvendes i denne situation, henviser Domstolen først til præmis 19 af SEVIC-dommen, der som tidligere nævnt angiver, at selskabsomdannelser i princippet er en af de økonomiske aktiviteter, som medlemsstaterne er forpligtede til at respektere efter etableringsfriheden¹¹⁶.

Både den ungarske, tyske og britiske regering har sammen med Irland anført, at de ikke mener, at lovgivningen i dette tilfælde er TEUF artikel 49 og 54, idét de siger, at der er forskel på denne form for grænseoverskridende selskabsomdannelse, modsat den grænseoverskridende fusion i SEVIC-dommen¹¹⁷. Denne argumentation er Domstolen dog ikke enig i.

Selvom der ikke findes en definition af, hvilke selskaber etableringsretten gælder for, og selvom et selskab kun er reguleret og eksisterer i kraft af national lovgivning¹¹⁸, der samtidig definerer selskabets tilknytning¹¹⁹, anses det kun for at være gældende for oprindelsesstaten, og ikke værtsstaten, jf. præmis 30-32. Domstolen kommer i præmis 33 frem til, at en medlemsstats lovgivning, som tillader omdannelser af selskaber underlagt national ret, men ikke tillader omdannelse af selskaber, underlagt en anden medlemsstats ret, er omfattet af TEUF artikel 49 og 54.

I forhold til andet spørgsmål, vurderer Domstolen, at den ungarske lovgivning udgør en hindring for etableringsfriheden i Traktatens forstand¹²⁰, idét lovgivningen forskelsbehandler ungarske selskaber og udenlandske selskaber, og kan derved afskrække de udenlandske selskaber fra at udøve deres etableringsfrihed. I præmis 38 nævner Domstolen, at selvom EU-retlige regler vedrørende grænseoverskridende omdannelser, vil gøre det lettere at udføre, kan argumentationen omkring manglende regler ikke tiltrædes, idét udførelsen af etableringsfriheden hjemlet i artikel 49 og 54, ikke er betinget af sådanne regler. Allerede første trin i Gebhard-testen er her overtrådt, idét der ikke må anvendes forskelsbehandling.

I præmis 40, udtaler Domstolen, at der mangler en begrundelse for at reglerne skal sikre tvingende almene hensyn, og at der efter ungarsk ret, foreligger en hel generel regel, som nægter grænseoverskridende omdannelser. Domstolen mener derfor, at disse regler går ud over hvad der er

¹¹⁶ VALE, præmis 24

¹¹⁷ VALE, præmis 25

¹¹⁸ Daily Mail, præmis 19, Cartesio, præmis 104 og 109 og National Grid Indus, præmis 26

¹¹⁹ Cartesio, præmis 110 og National Grid Indus, præmis 27

¹²⁰ SEVIC, præmis 22 og 23

nødvendigt, for at nå målet. Domstolen kommer i præmis 41 frem til, at regler, som tillader omdannelser af nationale selskaber, men ikke tillader omdannelser af udenlandske selskaber, er en hindring for etableringsretten i TEUF artikel 49 og 54, og derfor er Traktaten til hinder for sådanne nationale lovgivninger.

2.2.5. Vejen til lovgivning omkring grænseoverskridende omdannelser

I februar 2012 kom Parlamentet med en henstilling til Kommissionen omkring et 14. selskabsdirektiv, der skulle omhandle grænseoverskridende flytning af selskabers hjemsted¹²¹. Parlamentet havde allerede i 2006, anmodet Kommissionen om at fremlægge dette direktivforslag¹²².

I juni 2012, anmodede Europa-Parlamentets Retsudvalg om at få en "European Added Value Assessment", for blandt andet at støtte op om deres henstilling vedrørende det nye direktiv omkring grænseoverskridende flytning af hjemsted. Kommissionen havde en forventning om, at Domstolens afgørelser ville afhjælpe og klargøre mange af de hindringer, der forelå på området for grænseoverskridende omdannelser i EU. Især havde de en forventning om, at Cartesio-sagen ville give en bedre indsigt på situationen¹²³.

Cartesio og VALE har haft betydning for retsområdet for grænseoverskridende omdannelser, idét der er kommet en ny sondring mellem flytning af hovedsæde og flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted. Efter disse domme, er retsområdet blevet yderligere defineret, dog findes der fortsat en række omstændigheder, som hverken er dækket af lovgivning eller retspraksis¹²⁴.

En af disse omstændigheder blev baggrund for sagen C-106/16, *Polbud*, som havde domsafsigelse i 2017.

2.2.6. C-106/16, *Polbud*

Dommen omhandler det Polske selskab Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o (herefter Polbud), der fik afslag på at få fjernet sin selskabsregistrering i Polen, i anledningen af flytning af selskabets hovedsæde og hjemsted til Luxembourg. Polbud vedtager beslutningen om at flytte hovedsæde og hjemsted ved generalforsamling og gennemfører dette i perioden 30. september 2011 til 28. maj 2013, hvor selskabet er underlagt luxembourgsk ret. Polbud afgiver herefter en begæring til den polske registreringsansvarlige ret, om at blive slettet fra det polske selskabsregister. Efter den polske selskabslov (Kodeks spółek handlowych) paragraf 288 og 272 kan et selskab kun slettes fra

¹²¹ Henstilling til Kommissionen

¹²² Europa-Parlamentets beslutning

¹²³ European Added Value Assessment, s. 28

¹²⁴ European Added Value Assessment, s. 28

selskabsregistret efter en likvidation. Polbud får afslag på at blive slettet fra selskabsregisteret, da de ikke har likvideret selskabet og derfor ikke kan fremlægge de korrekte likvidationspapirer.

Polbud anlægger derfor sag ved Sąd Rejonowy w Bydgoszczy (første instans), hvor sagsøgte får medhold. Polbud anker sagen til Sąd Okręgowy w Bydgoszczy (den regionale domstol) hvor appellen ligeledes bliver forkastet. Sagen ankes herefter til den øverste domstol Sąd Najwyższy, som udsætter sagen og forelægger Domstolen nedenstående præjudicielle spørgsmål:

1. *“Er artikel 49 TEUF og 54 TEUF til hinder for en medlemsstats anvendelse af bestemmelser i national ret i den stat, hvor et selskab (selskab med begrænset ansvar) blev stiftet, og hvorefter slettelse af selskabsregistret forudsætter, at selskabet opløses efter gennemførelse af likvidation, når selskabet er blevet etableret på ny i en anden medlemsstat i henhold til en generalforsamlingsbeslutning, ifølge hvilken selskabet skulle videreføre den juridiske personlighed, som det havde erhvervet i stiftelsesmedlemsstaten?”*
2. *“Kan artikel 49 TEUF og 54 TEUF fortolkes således, at selskabets forpligtelse i henhold til national ret til at gennemføre en likvidation – omfattende afslutning af løbende forretninger, inddrivelse af fordringer, opfyldelse af forpligtelser og realisering af selskabsformuen, fyldestgørelse eller sikring af kreditorer, indgivelse af en finansiel rapport vedrørende de gennemførte foranstaltninger samt udnævnelse af en person, der opbevarer regnskaber og bilag – inden selskabet opløses, hvilket sker på det tidspunkt, hvor det slettes af registret, udgør et egnet, nødvendigt og forholdsmæssigt middel til at sikre en beskyttelse af den beskyttelsesværdige offentlige interesse, der har til formål at beskytte kreditorer, minoritetsdeltagere og arbejdstagere i det fraflyttende selskab?”*
3. *“Skal artikel 49 TEUF og 54 TEUF fortolkes således, at der foreligger en begrænsning af etableringsfriheden, når et selskab med henblik på omdannelse til et selskab i en anden medlemsstat overfører sit vedtægtsmæssige hjemsted til denne uden at ændre hovedvirksomhedens hjemsted, der forbliver i stiftelsesmedlemsstaten?”¹²⁵*

Om spørgsmål 3, som behandles først, tiltræder domstolen ikke den argumentation den polske og østrigske regering fremlægger. Polen og Østrig argumenterer for, at TEUF artikel 49 og 54 ikke finder anvendelse. Der argumenteres fra østrigsk side for, at etableringsfriheden ikke kan påberåbes, når der ikke er planlagt flytning af faktisk økonomisk aktivitet. Polen refererer til domsafsigelserne i Daily Mail og Cartesio, som anvendes til at argumentere for, at selskabsflytningen, i denne sag, ikke henhører under anvendelsesområdet for de ovenfor nævnte artikler.

¹²⁵ Polbud, præmis 18

I Dommens præmis 32, udtaler domstolen, at selskaber, der er oprettet i overensstemmelse med medlemsstatens lovgivning, er omfattet af etableringsfriheden i TEUF artikel 49 og 54, hvis dets vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for EU.

I dommens præmis 44, konkluderer domstolen, at TEUF artikel 49 og 54 skal fortolkes således, at etableringsfriheden finder anvendelse på flytning af et selskabs vedtægtsmæssige hjemsted. Dette kræver blot, at selskabet er stiftet i overensstemmelse med medlemsstatens lovgivning samt, at det overholder betingelserne, fastsat i den modtagende medlemsstats lovgivning.

I første og andet spørgsmål ønskes det oplyst, om TEUF artikel 49 og 54 er til hinder for en lovgivning der kræver likvidation af et selskab, der ønsker at flytte fra en EU medlemsstat til en anden.

I dommens præmis 46 nævner domstolen, at TEUF artikel 49 påbyder ophævelse af restriktioner for etableringsfriheden. Heri nævnes det, at foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper eller gør etableringsfriheden mindre attraktiv, anses som restriktioner.

Domstolen kommer derfor frem til, at de polske restriktioner anses for at være begrænsende for etableringsfriheden¹²⁶. Det følger af domstolens faste praksis, at kun alment tvingende hensyn kan udgøre tilladte restriktioner, som skal være egnede og proportionale til at nå det pågældende mål.¹²⁷ I præmis 54, nævner Domstolen en række af de hensyn, der efter domstolspraksis, anses for at være tvingende almene hensyn. Disse er hhv. beskyttelse af kreditorer, minoritetsdeltagere¹²⁸ og lønmodtagere¹²⁹.

Polen har til dels lavet likvidationskravet for at beskytte kreditorer, minoritetsdeltagere og lønmodtagere¹³⁰. Dette er dog et generelt krav, hvorfor der ikke bliver taget stilling til den reelle risiko for kreditorer, minoritetsdeltagere og lønmodtagere. Det er derudover ikke muligt for selskaberne at vælge mindre restriktive foranstaltninger til at beskyttes disses interesser¹³¹.

¹²⁶ Polbud, præmis 51

¹²⁷ Polbud, præmis 52

¹²⁸ SEVIC, præmis 28

¹²⁹ AGET Iraklis, præmis 73

¹³⁰ Polbud, præmis 56

¹³¹ Polbud, præmis 58

Domstolen kommer derfor, i præmis 65, frem til, at den nationale lovgivning ikke er i overensstemmelse med etableringsfriheden i TEUF artikel 49 og 54.

Domstolen kom herved frem til, at restriktionen opsat af Polen, ikke levede op til Gebhard-testen, og derfor ikke var forenelig med TEUF artikel 49 og 54. Da det var blevet fastslået i *Cartesio* og *Vale*, at der skulle distingveres mellem flytning af hovedsæde og omdannelse, hvor generel restriktion af sidstnævnte, ikke var foreneligt med etableringsretten, kan der stadig foreligge en lovlig restriktion, hvis denne lever op til Gebhard-testen. Domstolen satte herved en præcedens ved, at det ikke var proportionalt at kræve likvidation af et selskab, for at beskytte interesserne for selskabsinteressenterne.

Kapitel 3

Dette kapitel behandler den nuværende retsstilling for grænseoverskridende selskabstransaktioner. Denne viser, hvilke muligheder EU-selskaber har for at anvende etableringsfriheden. Ud fra dette, bliver behovet for harmonisering, inden for EU, analyseret. I analysen af harmoniseringsbehovet, bliver både juridiske og økonomiske aspekter af problemstillingen inddraget. Herefter vil tilblivelsen af direktivet blive analyseret, med fokus på hvilke ændringer direktivet har haft, samt hvorfor det er blevet ændret. I afsnit 4, analyseres direktivets ændringer for de enkelte transaktionsformer og sammenlignes. Afslutningsvist analyseres direktivet som helhed, i forhold til uoverensstemmelser med de tilsigtede mål, samt hvilke ændringer direktivet vil medføre i dansk lovgivning.

3.1. Retsstilling før direktivet

I den nuværende EU-retlige regulering, er der kun fastsat rammer for nogle få typer fusioner på tværs af landegrænser inden for EU. De fusionstyper, der er omfattet, er for selskaber med begrænset ansvar¹³². Danmark har udover dette, ved implementeringen af direktivet i dansk lovgivning, valgt at tilføje yderligere virksomheder med begrænset ansvar¹³³.

Derudover er der fastsat regler for selskaber, der falder under reglerne for UCITS eller, SE og SCE. Disse regler vil dog ikke blive behandlet i dette speciale.

3.1.1. Fusion

Reglerne for fusioner på tværs af EU-lande blev harmoniseret i det 10. selskabsdirektiv i 2005. Dette direktiv omfattede dog kun selskaber med begrænset ansvar¹³⁴. Der er derfor ikke fastsat regler eller retningslinjer for hvordan andre selskabstyper kan fusioneres¹³⁵.

Nogle juridiske forfattere mener, at alle selskaber som er omfattet af TEUF artikel 54, har ret til at gennemføre en grænseoverskridende fusion.¹³⁶ Det kan ses af SEVIC dommen, som blev gennemgået i afsnit 2.2.3.1., at fusioner anses som en udøvelse af etableringsfriheden, og er derfor beskyttet af TEUF artikel 49 og 54. Dommen viser dog kun direkte, at det ikke er tilladt at opsætte restriktioner for selskaber, der fusionerer ud af en medlemsstat. Dommen viser derfor ikke helt klart, om der ligeledes ikke må opsættes restriktioner i det modtagende land. VALE dommen, gennemgået i afsnit

¹³² Direktiv 2005/56/EF artikel 2, stk. 1

¹³³ LOV nr 573 af 06/06/2007 og LBK nr 651 af 15/06/2006

¹³⁴ Is there a need to legislate?, s.9

¹³⁵ Is there a need to legislate?, s.9

¹³⁶ Is there a need to legislate?, s.10

2.2.4.2. viser dog, at restriktioner imod indgående virksomhedsomdannelser, ligeledes vil være imod etableringsfriheden. Praksis viser derfor, at fusioner sandsynligvis er beskyttet af etableringsfriheden, hvorfor alle selskabsformer omfattet af TEUF artikel 54, har ret til at gennemføre en grænseoverskridende fusion. Der mangler dog fortsat klare retningslinjer herfor, hvorfor det i praksis, vil være meget svært og omkostningsfuldt at gennemføre.

Alle danske selskaber, som er omfattet af Selskabsloven, kan deltage i grænseoverskridende fusioner med selskaber fra EU/EØS-lande. Dette kan gøres uden kreditorsamtykke, jf. Selskabsloven § 271, 2. pkt. Hertil skal det dog nævnes, at aftaler kan opsiges på baggrund af en fusion, hvis der i aftalen er en fusionsklausul eller er aftalt, at en fusion er en opsigelsesgrund.

I Danmark blev reglerne for grænseoverskridende fusion, indført ved implementeringen af det 10. selskabsdirektiv. De danske regler fremgår af Selskabslovens kapitel 16 §§ 271-290 og 311-316. I Danmark genbruges de nationale regler om fusion og spaltning, ved implementering af det 10. selskabsdirektiv for fusioner og spaltninger på tværs af landegrænser.

3.1.2. Spaltning

Der er på nuværende tidspunkt ingen EU-retlige regler omkring spaltning på tværs af landegrænser. Det eneste direktiv på området omhandler udelukkende spaltninger inden for landegrænser¹³⁷. Ligesom fusioner, kan spaltning anses som værende beskyttet mod restriktioner efter TEUF artikel 49 og 54. Dette skyldes, at der i SEVIC dommens præmis 19, nævnes at "andre selskabsomdannelser... med hjemsted i forskellige medlemsstater"¹³⁸ er vigtige for det indre markedes funktion. Ud fra denne dom, samt VALE dommen, kan der anses som værende forbud mod restriktioner imod fusioner på tværs af landegrænser inden for EU efter TEUF artikel 49 og 54. De manglende retningslinjer og harmonisering gør dog fusioner, på tværs af landegrænser, mindre attraktive.

I Danmark, bliver reglerne for grænseoverskridende spaltning, indført sammen med reglerne om grænseoverskridende fusion. For begge, bygger reglerne på dem fra det 10. selskabsdirektiv om grænseoverskridende fusion. De danske regler fremgår af Selskabslovens kapitel 16, §§ 291 - 310.

¹³⁷ 82/891/EØF

¹³⁸ SEVIC, præmis 19

3.1.3. Omdannelse/Flytning af Hjemsted

Ligesom for spaltninger, er der ikke nogen EU-retlige regler for flytning af hovedsæde. Det er dog nævnt direkte i VALE dommen, se afsnit 2.2.4.2, at flytning af virksomhedens hovedsæde, til en anden medlemsstat, er en ret, beskyttet af TEUF artikel 49 og 54.

Det følger dog af VALE dommen, at bestemmelser der gør denne form for omdannelse mulig skal findes i national ret¹³⁹. Det er derfor muligt at gennemføre en flytning af hovedsæde efter reglerne i de lande dette udføres i. Disse nationale regler skal anvendes i overensstemmelse med TEUF artikel 49 og 54. De skal overholde ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet som kan udledes af VALE dommens præmis 48.

Ækvivalensprincippet siger, at de nationale regler for nationale omdannelser, der anvendes på omdannelser på tværs af landegrænser, ikke må være "dårligere" end dem, der anvendes nationalt. Det må derfor ikke være sværere at flytte hovedsædet ud af landet, end det er at omdanne virksomheden internt i landet. Effektivitetsprincippet siger, at omdannelser på tværs af landegrænser ikke må gøres umulige, eller så upraktiske, at det i princippet ikke er muligt at foretage.

Danmark indførte regler på området for flytning af hjemsted inden for EU/EØS i 2012 i Selskabslovens kapitel 16a §§ 318a - 318o. Reglerne for dette, er lavet ud fra reglerne om grænseoverskridende fusion og spaltning. Disse regler tillader selskaber at flytte deres hjemsted ind eller ud af Danmark, men kun til EU/EØS-lande.

3.2. Hvorfor indikerer dette, at loven skal ændres?

Den nuværende lovgivning er, som vist i ovenstående afsnit, mangelfuld. Der blev for EU i 2016 lavet en undersøgelse¹⁴⁰, som viste, at der i forhold til grænseoverskridende fusion, spaltning eller omdannelse, enten var behov for lovgivning eller at der bør overvejes lovgivning. Der blev efterfølgende, i forbindelse med direktivforslaget, lavet et konsekvensanalyse¹⁴¹. Denne undersøgelse skulle vurdere, hvilket omfang den manglende lovgivning havde haft på selskabernes udøvelse af etableringsretten, samt beskyttelsen af selskabernes interesser.

¹³⁹ VALE, præmis 43

¹⁴⁰ Is there a need to legislate?

¹⁴¹ Impact Assessment

3.2.1. Problemer i praksis ved grænseoverskridende fusion

Efter implementering af det 10. selskabsdirektiv, steg antallet af grænseoverskridende fusioner med 173% i perioden mellem 2008 og 2012¹⁴². Det har derfor haft en positiv effekt, på selskabers mulighed for udøvelse af etableringsretten i forhold til fusioner. Der er dog fortsat problemer og usikkerheder på området. Direktivet dikterer, på flere områder, blot en minimumsstandard, eller foreskriver, at medlemsstaterne selv kan vedtage passende beskyttelse. Dette medfører, at der er store forskelle i, hvordan medlemsstaterne har implementeret denne beskyttelse.¹⁴³ Ligeledes fastsætter direktivet overordnede regler for beskyttelse af ejerkredsen, i form af den rapport, der skal laves før en fusion kan gennemføres. Direktivet overlader medlemsstaterne retten til at fastsætte yderligere regler for beskyttelse af minoritetsdeltagere, hvorfor retsstillingen for disse afhænger af, hvilken medlemsstat selskabet og fusionen foretages i.¹⁴⁴

Direktivet opsatte også regler for medarbejderdeltagelse i bestyrelsen, som var, at disse regler skulle følge medlemsstaternes lovgivning med 3 undtagelser. Hvis disse undtagelser er gældende, skal en fusioneret virksomhed enten forhandle sig frem til en løsning med medarbejderne eller anvende standardreglerne for medarbejderdeltagelse i ledelsen fra SE-forordningen. Disse regler blev indført for at undgå shopping i selskabslovgivningen i forhold til medarbejderrepræsentation.¹⁴⁵

Et fokuspunkt i undersøgelsen er det faktum, at den nuværende lovgivning i det 10. selskabsdirektiv, udelukkende omhandler selskaber med begrænset ansvar¹⁴⁶. Ligeledes kan det også påpeges, at det 3. og 6. selskabsdirektiv, der hhv. indeholder regler om fusion og spaltning for medlemsstaternes nationale selskaber, udelukkende gælder for aktieselskaber.

Som nævnt i afsnit 4.1.2., er afgrænsningen for hvilke selskaber der er omfattet af TEUF artikel 49 og 54 meget bred. Dette betyder, at det ikke udelukkende er selskaber med begrænset ansvar, som er omfattet af retten til fri etablering.

¹⁴² Impact Assessment, s. 18

¹⁴³ Is there a need to legislate?, s. 18

¹⁴⁴ Impact Assessment, s. 19

¹⁴⁵ Impact Assessment, s. 19

¹⁴⁶ Is there a need to legislate?, s. 10

3.2.2. Problemer i praksis ved grænseoverskridende spaltning

Ifølge en undersøgelse i 2015 var der, i en periode på 5 år, omkring 700 nationale spaltninger i Danmark¹⁴⁷ med 469 i 2016¹⁴⁸. Spaltninger bliver derfor anvendt i stort omfang, inden for landets grænser, af virksomheder til at omstrukturere, forsimple selskabsstrukturen eller sælge dele af virksomheden fra. Inden for EU's grænser, har der udelukkende kunnet identificeres 20 grænseoverskridende spaltninger mellem 2010 og 2019¹⁴⁹. Dette viser derfor, at noget holder europæiske selskaber tilbage i forhold til at foretage spaltninger på tværs af landegrænser, inden for unionen.

En af grundene, til de få grænseoverskridende spaltninger, kan skyldes, at kun ca halvdelen af EU's medlemsstater har lovgivning, der tillader dette. I lande som Danmark, Finland og Tjekkiet er der lavet specifik lovgivning for grænseoverskridende spaltninger. I lande som Frankrig, Rumænien, Italien og Luxembourg bliver grænseoverskridende spaltninger tilladt, ofte som følge af retspraksis.¹⁵⁰ De differentierede regler medfører samlet, at det for mange virksomheder vil være meget dyrt, svært eller helt umuligt, at gennemføre en grænseoverskridende spaltning.

Det har endvidere medført, at der ofte anvendes andre løsninger, hvis et selskab ønsker at spalte en del af selskabet fra. Dette kan eksempelvis gøres ved at lave en national spaltning og derefter fusionere med et udenlandsk selskab, eller stifte et nyt selskab i værtsstaten og overføre indholdet i selskabet dertil. Denne løsning er dog også omkostningsfuldt, da der kræves yderligere rådgivning, procedurer, samt den juridiske usikkerhed, som medfører ekstra advokatombkostninger.

Afslutningsvist for spaltninger, skal det nævnes, at der ikke er EU harmonisering i forhold til beskyttelse af selskabets interessenter som kreditorer, minoritetsdeltagere eller ansatte.¹⁵¹ I

Danmark kræver en spaltning en ekspertvurdering af hvorvidt selskabet, efter spaltning, har midler til at betale kreditorer.¹⁵² Hvis der vurderes, at dette ikke er sikkert, kan kreditorer kræve sikkerhed fra selskabet for det skyldige beløb. Denne form for beskyttelse mangler i mange medlemsstater.

I Danmark, Irland, Italien og Polen har minoritetsdeltagere, som stemmer imod en spaltning, ret til at sælge deres aktier tilbage til selskabet til et rimeligt beløb.¹⁵³ Dette betyder at minoritetsdeltagere i et dansk selskab har rettigheder, som lignende minoritetsdeltagere i et fransk selskab ikke ville have.

¹⁴⁷ Impact Assessment, s. 22

¹⁴⁸ EY Study, s. 27, figur 17

¹⁴⁹ Empirical Findings, s. 28, figur 5.4

¹⁵⁰ Impact Assessment, s. 22-23

¹⁵¹ Impact assessment, s. 25

¹⁵² Impact assessment, s. 25

¹⁵³ Impact assessment, s. 25

Derudover er der i dansk ret opsat beskyttelse af ansatte i et selskab, der skifter reelle ejer, hvilket dog kan være svært at håndhæve i en grænseoverskridende spaltning.¹⁵⁴

I forhold til grænseoverskridende spaltninger, fandt undersøgelsen, at samme regler bør gælde som ved grænseoverskridende fusioner, dog med enkelte forskelle i specifikke situationer. Her argumenteres der for, at eftersom spaltninger er den omvendte situation i forhold til fusioner, kan reglerne genanvendes med enkelte ændringer.¹⁵⁵

3.2.3. Problemer i praksis ved grænseoverskridende omdannelse

Der er estimeret til at have været mellem 350-900 grænseoverskridende virksomhedsomdannelser i 2016.¹⁵⁶ Samme år var der estimeret til at være foretaget 1.668.053 nationale virksomhedsomdannelser¹⁵⁷. Dette er problematisk, da grænseoverskridende virksomhedsomdannelser er et godt værktøj for selskaber, til at operere i en anden medlemsstat uden at skulle likvideres og dermed miste de igangværende kontrakter samt deres legale identitet¹⁵⁸.

Grænseoverskridende omdannelser, er specielt et godt værktøj for mindre virksomheder, for hvem en fusion er for omkostningsfuld. På trods af, at etableringsretten sikrer muligheden for at omdanne en virksomhed på tværs af landegrænser, er processen styret af national lovgivning. Forskellig lovgivning på området kan derfor gøre processen dyr og uigennemskuelig. I lande som Belgien, Danmark, Frankrig, Grækenland, Italien m.fl. er grænseoverskridende omdannelser tilladt efter lovgivningen. Der er dog stor forskel på hvor nemt dette er at gennemføre. I Frankrig kræves der f.eks. enstemmighed om beslutningen på generalforsamling.¹⁵⁹

I over halvdelen af medlemsstater, er der ingen regler for grænseoverskridende omdannelser. Det er dog fortsat muligt at foretage, på baggrund af EU-domstolens afgørelser på området. Den manglende lovgivning gør dog processen mere risikabel og dermed dyrere for selskaberne, hvilket kan have en afskrækkende effekt.

¹⁵⁴ Impact assessment, s. 26

¹⁵⁵ Is there a need to legislate?, s.27

¹⁵⁶ EY Study, s. 22, figur 13

¹⁵⁷ EY Study, s. 21, figur 12

¹⁵⁸ Impact Assessment, s. 26

¹⁵⁹ Impact Assessment, s. 27

Afslutningsvist for omdannelser, skal det nævnes, at der ikke er EU harmonisering i forhold til beskyttelse af selskabets interessenter som kreditorer, minoritetsdeltagere eller ansatte. Der er flere medlemsstater, som har nationale regler for beskyttelse af disse. De lande, der har specifik lovgivning på områder er også disse, som har regler for grænseoverskridende omdannelser. Reglele minder meget om reglerne omtalt i afsnit 3.1.1., for fusioner.

I forhold til flytning af hjemsted, understreges der i undersøgelsen, at der er et stort behov for opsætning af rammer for processen. Disse rammer bør tage udgangspunkt i de samme proceduremæssige rammer som det 10. selskabsdirektiv. Det konkluderes derfor i undersøgelsen, at der er behov for at lave et direktiv for grænseoverskridende omdannelser, ikke blot for fusioner¹⁶⁰. I domsanalysen af SEVIC-dommen, er der også redegjort for at Domstolen mener, at samtlige former for grænseoverskridende transaktioner, er omfattet af etableringsretten¹⁶¹, og at mangelfuld lovgivning ikke giver medlemsstaterne ret til at opstille restriktioner for etableringsfriheden¹⁶². Da det fra Domstolens tidligere afgørelser¹⁶³, ikke var blevet klargjort hvorvidt det kun var restriktioner opstillet af værtslandet, der var uforenelige med etableringsretten¹⁶⁴, eller om Traktatens artikel 49 ligeledes hindrede medlemsstaterne i at opsætte restriktioner for egne selskaber. Denne tvivl blev elimineret efter dommene Cartesio, V ALE og Polbud, der sammen med afsigelsen i SEVIC fastslog, at Traktatens artikel 49 kan hindre restriktioner, opsat af både oprindelseslandet og værtslandet.

I forhold til oprindelsesstaternes restriktioner af flytning af sæde, er Daily Mail dommens præcedens, der tillod disse restriktioner, i hovedtræk blevet omstødt. Da der tidligere kun var distinktionen mellem indgående/udgående transaktioner, er denne distinktion nu er blevet mellem flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted/omregistrering i anden medlemsstat, og flytning af det faktiske hovedsæde.

Ved nærmere analyse af de specifikke scenarier af flytning af hjemsted, findes der tre former:

- Flytning af både det vedtægtsmæssige hjemsted og det faktiske hovedsæde
- Flytning af kun det vedtægtsmæssige hjemsted
- Flytning af kun det faktiske hovedsæde

¹⁶⁰ Is there a need to legislate?, s.9

¹⁶¹ SEVIC, præmis 19

¹⁶² SEVIC, præmis 26

¹⁶³ Daily Mail, Centros, Überseering, Sevic

¹⁶⁴ Se afsnit 5.1.

I præmis 112 af Cartesio nævner Domstolen, at Traktaten hindrer de restriktioner opstillet af oprindelsesstaten, for omdannelse til en selskabsform i en anden medlemsstat, betinget af at denne omdannelse, er tilladt efter lovgivningen i værtsstaten¹⁶⁵. I præmis 36 i Vale, udtaler Domstolen at idét et ungarsk selskab har ret til at omdanne sig, men et udenlandsk selskab ikke har, er der en klar forskelsbehandling. Ud fra dette, kan det diskuteres om en medlemsstat, der ikke tillader omdannelser for nationale selskaber, har ret til at hindre udenlandske selskaber i at etablere sig ved omdannelse. Traktatens artikel 49, stk. 2 siger, sammen med artikel 54, at etableringsfriheden giver adgang til at oprette og lede selskaber på samme vilkår, som gælder for selskaber oprettet efter værtslandets egne selskaber. Det må konkluderes ud fra dette, at hvis lovgivningen for landets egne selskaber ikke tillader omdannelse, så kan udenlandske selskaber ikke påberåbe sig etableringsfriheden, for at kunne omdanne sig til et selskab efter landets lovgivning.

I forhold til de indgående restriktioner, indeholder TEUF artikel 18 et generelt diskriminationsforbud på grund af nationalitet inden for Unionen. I Vale og Überseering har domstolen behandlet spørgsmål omkring diskriminerende restriktioner, og er i begge tilfælde kommet frem til, at det har været en hindring for retten til fri etablering. Der har ikke været nogle domsafsigelser vedrørende værtslandsrestriktioner af flytning af kun det vedtægtsmæssige hjemsted, men det forudsættes at sammen med diskriminationsforbuddet, Gebhard-testen og Vale og Überseering, at Traktaten ligeledes hindrer for forskelsbehandlende restriktioner af denne form for omdannelser.

I forhold til de ikke-diskriminerende restriktioner, udtalte Domstolen i dommen C-442/02, CaixaBank:

“Artikel 43 EF stiller krav om ophævelse af restriktioner for etableringsfriheden. Alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af denne frihed mindre interessant, skal betragtes som sådanne begrænsninger.”¹⁶⁶

Denne udtalelse af Domstolen, kan sættes i perspektiv til de mange udtalelser om mangel på lovgivning på fællesskabsniveau. Allerede i Daily mail dommen i 1988, ses problemet ved den manglende harmonisering på området. I dommens præmis 25, anvender EU-domstolen vendingen “... på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ...”¹⁶⁷. Der indikeres derfor her, at der kan være behov for udvikling af fællesskabsretten eller at EU-domstolen forventer udvikling af reglerne på

¹⁶⁵ Mutilated freedom, s. 112

¹⁶⁶ CaixaBank, præmis 11

¹⁶⁷ Daily Mail, præmis 25

området. Samme formulering anvendes i Inspire Art dommens præmis 89, samt fire steder i Überseering dommen¹⁶⁸. Domstolen påpeger specifikt, at der mangler materielle EU-retlige bestemmelser i VALE-dommens præmis 48.

3.3. Direktiv 2017/1132

I 2017 kom direktivet 2017/1132, hvilket er en kodifikation af en stor del af den EU-retlige selskabslovgivning. Det er henholdsvis 1., 2., 3., 6., 10., og 11. selskabsdirektiv der er blevet sammenlagt i ét direktiv. Dette direktiv indeholder blandt andet regler om publicitet, kapital, stiftelse, filialer, national fusion og spaltning af aktieselskaber og grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar. Målet med denne kodifikation var, at skabe et bedre overblik over de inkorporerede direktiver, som flere gange har set væsentlige ændringer, i det de kalder et klarheds- og rationaliseringshensyn¹⁶⁹.

Der blev i 2019 lavet nogle ændringer til direktivet. Den første ændring var i forbindelse med rekonstruktions- og insolvensdirektivet¹⁷⁰, som lader medlemsstaterne fravige en række artikler i forhold til oprettelsen af de rammer for forebyggende rekonstruktion, som er fastlagt i rekonstruktions- og insolvensdirektivet.

Den anden ændring kom med direktiv 2019/1151, som omhandler brugen af digitale værktøjer og processer inden for selskabsret. Denne ændring kom blandt andet for at gøre det nemmere, billigere og hurtigere at udnytte sin etableringsret inden for EU¹⁷¹. I 2018 var der for eksempel kun 17 medlemsstater hvor man fuldt ud kunne registrere sit selskab online. I nogle medlemsstater, som for eksempel Tyskland, kan man udelukkende registrere sit selskab "ansigt til ansigt", hvor man i Danmark udelukkende kan gøre det online¹⁷². Det kan ses at i flere medlemsstater, hvor man både kan registrere online og i papirform, at det er betydeligt billigere at registrere online¹⁷³.

De sidste ændringer af Selskabsdirektivet, kom med direktiv 2019/2121, som tilføjede regler for grænseoverskridende omdannelse og spaltning, samt ændringer i reglerne for grænseoverskridende fusion. Dette ændringsdirektiv bliver behandlet i nedenstående kapitel.

¹⁶⁸ Überseering, præmis 13, 26, 31 og 52

¹⁶⁹ 2017/1132 betragtning 1

¹⁷⁰ Direktiv 2019/1023

¹⁷¹ 2019/1151 betragtning 2

¹⁷² Impact Assessment, s. 14

¹⁷³ Impact Assessment, s. 16

Kapitel 4

Dette kapitel bearbejder direktivet 2019/2121 fra første forslag til implementeringen i national lov. Der vil blive analyseret hvilke faktorer, der har påvirket direktivet. Hertil vil der blive set på direktivforarbejderne, i forhold til baggrunden for direktivet. Derefter vil processen, fra direktivet blev foreslået til det endelige direktiv blev vedtaget, analyseres. Dette er tildels en retspolitisk analyse, eftersom de forskellige udvalgsudtalelser, samt ændringer til direktivet, vil blive analyseret. Herefter vil direktivets proceduremæssige og materielle indhold blive gennemgået i forhold til nuværende retsstilling. Afslutningsvist vil direktivets indhold blive sammenlignet med dansk lovgivning, i forhold til hvilke lovgivningsmæssige ændringer direktivet medfører.

4.1. Forslag til direktiv om grænseoverskridende omdannelse og spaltning

I dette afsnit, vil direktivforslagets baggrund og udvikling blive behandlet. Her vil EU-perspektiverne blive analyseret i forhold til, hvorfor der overhovedet er behov for harmonisering af reglerne. Dertil vil de relevante udvalg og medlemsstaters perspektiv blive inddraget i afsnit 4.1.3., hvor udviklingen af direktivet fra lovforslaget til det endelige direktiv blive analyseret. Dette er relevant at analysere, da harmonisering inden for EU, afhænger af de forskellige medlemsstaters interne forhold, traditioner, samt ønsker til lovgivningen.

4.1.1. Den almindelige lovgivningsprocedure

Ifølge TEUF artikel 50, stk. 1, udsteder Europa-Parlamentet og Rådet, direktiver om gennemførelse af etableringsretten. Før udstedelsen af direktivet, skal den almindelige lovgivningsprocedure følges, samt der skal kaldes til høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg.

Den almindelige lovgivningsprocedure for tilblivelsen af et direktiv¹⁷⁴ starter med, at direktivforslaget forelægges Europa-Parlamentet og Rådet af Kommissionen. Derefter er det op til Parlamentet og Rådet at vedtage direktivet, ved enten første- eller andenbehandlingen. Hvis ikke dette er tilfældet, skal Forligsudvalget, som er sammensat af medlemmer af både Parlamentet og Rådet, skabe et udkast. Hvis dette udkast accepteres af både Parlamentet og Rådet, vedtages direktivet ved tredjebehandlingen.¹⁷⁵

¹⁷⁴ TEUF artikel 289

¹⁷⁵ TEUF artikel 294

4.1.2. COM(2018) 241 final

Den 26. april 2018, blev direktivforslaget, COM(2018) 241 final vedtaget af kommissionen

EU's økonomiske udvikling afhænger af selskabers mulighed for at operere og udvikle sig på det indre marked. Virksomhederne står for at skabe vækst, arbejdspladser samt trække kapital til EU i form af investeringer. Det er derfor vigtigt, at selskaberne kan operere i et sundt miljø, i forhold til administrativt arbejde, imødegåelse af nye sociale og økonomiske udfordringer i en verden, der bliver mere og mere globaliseret. Omstrukturering af selskaber er en del af selskabernes livscyklus, og er en naturlig del af, at virksomheder vokser, samt tilpasser sig et forretningsmiljø i konstant forandring. Derudover giver omstrukturering virksomhederne mulighed for at undersøge nye markeder. Et af de overordnede mål med direktivændringerne er derfor at:

“frigøre potentialet i det indre marked ved at fjerne hindringer for grænseoverskridende handel, lette adgangen til markeder, øge tilliden og stimulere konkurrencen og samtidig sikre en effektiv og forholdsmæssig beskyttelse af interessenter.”¹⁷⁶

Direktivet har derfor to hovedmål. Første mål er, at forbedre den grænseoverskridende mobilitet inden for EU og det andet mål er, at sikre beskyttelse af interessenter¹⁷⁷.

4.1.2.1. Omdannelser

Grænseoverskridende mobilitet, er essentielt for et sundt miljø for selskaber. Omkring 80% af alle selskaber i EU, er selskaber med begrænset ansvar, hvor omkring 98-99% af dem er små eller mellemstore virksomheder. At gennemføre en grænseoverskridende fusion, med det mål, at etablere en virksomhed i en anden medlemsstat er dyrt. Grænseoverskridende omdannelse, er en billigere måde, for selskaber, at flytte over landegrænser.¹⁷⁸

For grænseoverskridende omdannelser og harmoniseringer er hovedformålet med direktivet følgende:

¹⁷⁶ COM(2018) 241 final, s. 2

¹⁷⁷ COM(2018) 241 final, s. 2

¹⁷⁸ COM(2018) 241 final, s. 1

*“– at gøre det muligt for virksomheder, især mikrovirksomheder og små virksomheder, at gennemføre en grænseoverskridende omdannelse på en velordnet, virkningsfuld og effektiv måde.
– at beskytte de mest berørte interessenter såsom arbejdstagere, kreditorer og aktionærer på en passende og forholdsmæssig måde.”¹⁷⁹*

EU-Domstolen har, som gennemgået tidligere i specialet, flere gange taget stilling til grænseoverskridende omdannelser i forhold til etableringsretten. Rammerne for hvad der må og ikke må gøres er derfor, til en vis grænse, blevet klarlagt. EU-domstolen har dog ikke kompetence til at indføre procedurer for hvordan omdannelserne skal gennemføres.¹⁸⁰ På EU-rettens nuværende harmoniseringsniveau, er der ikke fastsat fælles procedurer herfor. Det er derfor op til de enkelte medlemsstater, at fastsætte procedurer herfor. Dette medfører, at der ved hver enkelt grænseoverskridende omdannelse, skal tages stilling til forhold som: beskyttelse af interessenter, skattemæssige forhold og andre former for misbrug. Eftersom dette skal vurderes ved hver enkelt sag, bliver sagsprocessen dyrere og mere langsommelig for selskaberne. Derudover skal det vurderes om medlemsstaternes regler er forenelige med etableringsretten, hvilket fører til retssikkerhedsmæssige problemer, og har en potentielt negativ effekt på selskaber.

Når et selskab ønsker at flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted til en anden medlemsstat er dette underlagt medlemsstaternes lovgivning. Mange af medlemsstaternes love er vanskelige eller helt umulige at forene. I visse tilfælde vil det derfor ikke være praktisk muligt at gennemføre en grænseoverskridende omdannelse. De manglende eller modstridende nationale regler, medfører ydermere at beskyttelse af interessenternes rettigheder vil være utilstrækkelig eller ineffektiv.

Desuden pointeres det, at manglende harmonisering kan bane vej for hvidvaskning. På nuværende harmoniseringsniveau, er det muligt at oprette skuffeselskaber, som anvendes til hvidvaskning. Ved harmonisering og yderligere informationsdeling på tværs af landegrænser, vil det være nemmere for myndighederne at bekæmpe dette problem.¹⁸¹

4.1.2.2. Fusioner

Efter implementeringen af direktivet om grænseoverskridende fusioner, steg antallet af disse fusioner betydeligt i de efterfølgende år. Dette har derfor vist, at der er skabt bedre muligheder for at gennemføre en grænseoverskridende fusion på baggrund af harmonisering på området. Direktivet

¹⁷⁹ COM(2018) 241 final, s. 4

¹⁸⁰ COM(2018) 241 final, s. 3

¹⁸¹ COM(2018) 241 final, s. 3

blev generelt positivt modtaget af interessenter på fagområdet, og har begrænset omkostninger og administrativt arbejde med grænseoverskridende fusioner.

Der er dog i årene identificeret en række problemstillinger, som hindrer direktivets fulde effektivitet¹⁸². De primære problemstillinger, der er identificeret, er manglende harmonisering vedrørende beskyttelse af interessenter, samt forenkede procedurer for mindre komplekse fusioner. Formålet med direktivet er derfor at afhjælpe disse problemstillinger.

Mere specifikt, er de eksisterende regler, blevet kritiseret, for manglende information til arbejdstagerne omkring følgerne af fusionen. I forhold til beskyttelse af kreditorer er problemet, at der primært er fastsat procedureregler fra EU og den materielle beskyttelse er overladt til medlemsstaterne at regulere. Der er derfor forskelle mellem beskyttelsen i de forskellige medlemsstater. I forhold til aktionærer, er der fastsat regler om information fra fusionsplanen, ekspertrapporter og afstemninger på generalforsamlinger, men yderligere beskyttelse af mindretalsaktionærer er op til medlemsstaterne selv at regulere¹⁸³.

4.1.2.3. Spaltninger

For spaltninger, er der ingen harmonisering i form af retlige rammer. Forholdene for grænseoverskridende spaltninger er derfor meget fragmenteret. Under halvdelen af medlemsstaterne havde, på tidspunktet for direktivforslaget, nationale regler for grænseoverskridende spaltninger¹⁸⁴. Eftersom under halvdelen af medlemsstaterne havde regler på området og disse regler ikke var harmoniseret, ville en grænseoverskridende spaltning være vanskelig og dyr at gennemføre. Denne retsikkerhed samt de komplekse regler, var en hindring for selskabers grænseoverskridende mobilitet.

Hovedformålet med direktivet i forhold til grænseoverskridende spaltninger var derfor, at afhjælpe problemstillingen ved harmonisering af reglerne. Direktivets formål, i forhold til grænseoverskridende spaltning, var derfor det samme som for grænseoverskridende omdannelser.

¹⁸² COM(2018) 241 final, bilag 5

¹⁸³ COM(2018) 241 final, s. 6

¹⁸⁴ COM(2018) 241 final, s. 7

4.1.2.4. Samlede mål for direktivet 2019/2121

Grundlaget for direktivet, var et ønske om at forbedre forholdene for virksomheder i det indre marked. Der lægges stor vægt på, at selskabstransaktioner er essentielt for et sundt indre marked, hvorfor mere tids- og omkostningseffektive transaktionsformer på tværs af landegrænser er vigtig. Der lægges til grund for dette, at der efter implementeringen af det 10 selskabsdirektiv medførte en stor stigning i fusioner på tværs af landegrænser. Dette direktivs mål er derfor, at sikre lige muligheder for selskaber med begrænset ansvar, og at anvende andre transaktionsformer på tværs af landegrænser i EU's indre marked.

4.1.3. Direktivforslagets førstebehandling

Direktivforslaget bliver ikke nødvendigvis vedtaget som det er fremlagt. Som nævnt ovenfor, skal forslaget som forelagt af Kommissionen, behandles af EU-Parlamentet og Rådet, samt Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg. Behandlingen i EU-Parlamentet, er blandt andet sket ved indhentning af udtalelser fra relevante udvalg. I forbindelse med Rådets behandling, kom det daværende østrigske formandskab også med en udtalelse. Nogle af medlemsstaterne havde ligeledes valgt at udtale sig om direktivforslaget.

De respektive parter, som udtalte sig, kom både med rosede bemærkninger til lovforslaget, men også en del bekymringer. Mange af udtalelserne indeholder deciderede ændringsforslag til de specifikke artikler i direktivforslaget. De mest essentielle af udtalelserne og ændringsforslagene bliver behandlet nedenfor

4.1.3.1. Udtalelse fra Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg

Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg er generelt meget positive over for direktivforslaget. De udtaler at det, efter deres mening, er vigtigt at beskytte de legitime interesser for alle interessenter, for at kunne skabe bæredygtige virksomheder og dermed give EU en konkurrencemæssig fordel.¹⁸⁵

Særligt fokuserer udvalget på de små- og mellemstore virksomheder, som ved de nye regler for selskabsomdannelser, sammen med reglerne om brugen af digitale værktøjer, nemmere og billigere vil kunne udøve deres ret til fri etablering. Som nævnt tidligere, udgør SMV'er en bestandig andel af den Europæiske Unions selskaber, hvilket gør dem til en vigtig del af det indre marked. Forskelle

¹⁸⁵ Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse, 1.1. + 1.2.

mellem, og manglen på nationale regler omkring omdannelse, rammer især SMV'erne, da de ikke har ressourcerne til at udøve deres etableringsfrihed ved de alternative, dyrere metoder¹⁸⁶.

Udvalget er også positive over for mikrovirksomheder og små virksomheders fritagelse, for at skulle have omdannelsen undersøgt af en uafhængig sagkyndig, i henhold til direktivforslagets artikel 86g. Efter deres opfattelse, kan dette blive meget byrdefuldt og omkostningsrigt for virksomhederne. De vælger dog at understrege, at uvildige sagkyndige, efter deres mening, er vigtige i forhold til at kunne afsløre svig i store selskaber¹⁸⁷. Udvalget mener dog ikke, at reglerne er fuldkomne, idét det udtaler:

“Der bør dog foretages visse ændringer for at lette den administrative byrde og de administrative omkostninger ved gennemførelsen af de foreslåede initiativer for mikrovirksomheder og for små og mellemstore virksomheder.”¹⁸⁸

I forhold til eventuel udnyttelse af direktivet, især med henblik på oprettelsen af postkasseselskaber, skal dette, efter udvalgets mening, ikke stå til hinder for forslaget. De ser dog gerne, at der i direktivet var en generel klausul mod udnyttelse af etableringsretten, idét de er enige med Kommissionen i at omdannelser, fusioner og spaltninger kan anvendes svigagtigt. Derimod er de imod udtrykket “kunstige arrangementer”, som bliver anvendt flere gange i direktivforslaget, da de synes at det er uklart hvad udtrykket indeholder. Derfor mener de at der i stedet skal fastlægges nogle kriterier, som identificerer de specifikke udnyttelser af etableringsretten¹⁸⁹.

4.1.3.2. Udtalelse fra Økonomi- og Valutaudvalget

Økonomi- og Valutaudvalgets ordfører foreslår, at begrebet “kunstigt arrangement” bliver direkte defineret i direktivet, hvor de også foreslår, at begrebet skal udvides til grænseoverskridende fusioner. Alt dette er for, at der ikke opstår tvivl blandt medlemsstaterne i deres fortolkning af reglerne, hvilket kan føre til smuthuller i enkelte medlemsstaters lovgivning, som gør det muligt at oprette postkasseselskaber¹⁹⁰.

Med en ændring i artikel 86c, stk. 3, vil udvalget yderligere hindre muligheden for oprettelsen af “kunstige arrangementer”. Udvalget vil her indføre et krav om at det selskab, der gennemfører den

¹⁸⁶ Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse, 3.6.3.

¹⁸⁷ Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse, 3.6.11. + 3.6.12.

¹⁸⁸ Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse, 3.4.

¹⁸⁹ Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse, 1.14.

¹⁹⁰ Økonomi- og Valutaudvalgets udtalelse, s. 3

grænseoverskridende omdannelse, skal udøve reel erhvervsvirksomhed og være faktisk etableret i værtsstaten, og skal kunne godtgøre for dette. Deres definition på at udøve reel erhvervsvirksomhed og være faktisk etableret lyder:

“Det selskab, der foretager den grænseoverskridende omdannelse ... hvor det overdrager det centrale administrations- eller hovedforretningssted til bestemmelsesmedlemsstaten, og dets operationer der skaber værdi og er materielt udstyret med personale, udstyr, aktiver og lokaler.”¹⁹¹

Dette betyder, at det efter Økonomi- og Valutaudvalgets mening, ikke skal være muligt at omdanne sit selskab til et selskab i en anden stat, udelukkende for at kunne drage fordel af denne anden stats selskabslovgivning. Udvalget går herved mod den præcedens, som domstolen har sat i forbindelse med Polbud-dommen. Dette vil også kunne hjælpe mod en eventuel Delaware -effekt.

Udvalget nævner ligeledes vigtigheden i at have korresponderende sikkerhedsforanstaltninger til de foranstaltninger, der gør det lettere for selskaberne at flytte sig på tværs af grænserne. Udvalget foreslog tilføjelser til direktivforslagets artikel 86c, stk. 2, som er situationer hvorpå selskaber ikke må udøve retten til grænseoverskridende omdannelse. Disse ændringsforslag lyder:

“ca) selskabet er i løbet af de seneste tre år blevet dømt for socialt bedrageri, skattesvig, skatteunddragelse eller hvidvaskning af penge eller enhver anden form for økonomisk kriminalitet”¹⁹²

“cb) en eller flere af selskabets direktører er genstand for disciplinærsager i forbindelse med deres professionelle virke i selskabet, navnlig for skatteovertrædelser, eller er genstand for strafferetlige sanktioner i denne forbindelse, eller er blevet diskvalificeret som direktører i nogen medlemsstat, hvor selskabet har aktiviteter”¹⁹³

Udvalget vil her sikre sig at selskaber eller direktører, der har handlet svigagtigt, ulovligt eller uprofessionelt til en vis grad, ikke skal have lov til at udøve retten til grænseoverskridende omdannelse. Udvalget foreslog en tilsvarende tilføjelse til reglerne for grænseoverskridende fusioner¹⁹⁴, men ikke for grænseoverskridende spaltninger.

¹⁹¹ Økonomi- og Valutaudvalgets udtalelse, ændringsforslag 46

¹⁹² Økonomi- og Valutaudvalgets udtalelse, ændringsforslag 42

¹⁹³ Økonomi- og Valutaudvalgets udtalelse, ændringsforslag 43

¹⁹⁴ Økonomi- og Valutaudvalgets udtalelse, ændringsforslag 119 og 20

Udover dette, anfører udvalgets ordfører bekymringer omkring grænseoverskridende spaltninger. Ordføreren mener, at der er større risici ved grænseoverskridende spaltninger i forhold til de andre transaktioner. Ordføreren diskuterer herved også nødvendigheden af inklusionen af reglerne om spaltninger i forslaget, idét forslaget kun regulerer få spaltningsformer.¹⁹⁵

4.1.3.3. Udtalelse fra Udvalget om Beskæftigelse og Sociale Anliggender

Udvalget om Beskæftigelse og Sociale Anliggender mener, at det er vigtigt at have foranstaltninger til at bekæmpe oprettelsen af postkasseselskaber inden for EU, men at denne beskyttelse skal være rimelig og forholdsmæssig, for ikke at afskrække reelle etableringsudøvere.

Udvalget har udarbejdet ændringsforslag¹⁹⁶ til 86c, stk. 3, der med små ændringer i formuleringen, er identiske med ændringsforslaget fra Økonomi- og Valutaudvalget.

Ordføreren for udvalget mener, at der burde udarbejdes nogle fælles retningslinjer, til at hjælpe de kompetente myndigheder i medlemsstaterne, med at analysere virksomhedernes aktiviteter, for at finde eventuelle tilfælde af omgåelse eller misbrug.

Udvalget har også, lig Økonomi- og Valutaudvalget, foreslået en definition af begrebet “kunstigt arrangement”¹⁹⁷ i direktivet, hvor de foreslår, at begrebet “hovedkontor” skal defineres.

De definerer “hovedkontor” som:

“ ... det sted, hvor den centrale administration foregår, og hvor der tages forretningsmæssige beslutninger, der er nødvendige for selskabets forretningsområde som helhed”¹⁹⁸

I forhold til reglerne omkring ledelsesrapporter og andre rapporter, anbefaler udvalget af forenkle disse, for ikke at medføre yderligere administrative byrder for virksomhederne.

Slutligt mener de, at reglerne for omdannelser og spaltninger skal være lig reglerne for fusioner, for ikke yderligere at komplicere det for virksomhederne.¹⁹⁹

4.1.3.4. Formandskabets udtalelse

Det østrigske formandskab for EU-rådet, kom med en række af ændringer til direktivforslaget, hvor en del af dem blev implementeret i det endelige direktiv. Ændringsforslagene er kommet af flere

¹⁹⁵ Økonomi- og Valutaudvalgets udtalelse, s. 1-2

¹⁹⁶ Udvalget om Beskæftigelse og Sociale Anliggenders udtalelse, ændringsforslag 38

¹⁹⁷ Udvalget om Beskæftigelse og Sociale Anliggenders udtalelse, ændringsforslag 35

¹⁹⁸ Udvalget om Beskæftigelse og Sociale Anliggenders udtalelse, ændringsforslag 34

¹⁹⁹ Udvalget om Beskæftigelse og Sociale Anliggenders udtalelse, kort begrundelse

omgange, hvor nogle af disse dokumenter ikke har været tilgængelige.

I artikel 86m, "Attest forud for omdannelsen", blev der tilføjet, at den kompetente myndighed kan give det omdannende selskab muligheden for at opfylde manglende betingelser, eller afslutte ikke-afsluttede procedurer og formaliteter. I artikel 86p, "Registrering", fik formandskabet i stk. 2, litra c, tilføjet, at det skal oplyses, at sletningen eller fjernelsen af selskabet fra oprindelsesstatens register, er som resultat af den grænseoverskridende omdannelse.

Formandskabet har i en af deres udtalelser, bemærket samme problemstilling omkring begrebet "kunstigt arrangement" som Økonomi- og Valutaudvalget og Udvalget om Beskæftigelse og Sociale Anliggender. Formandskabet har modsat udvalgene, valgt at fjerne begrebet helt fra direktivteksten.²⁰⁰

I forhold til virkningstidspunktet for den grænseoverskridende omdannelse, stod der i lovforslaget at omdannelsen skulle få virkning på registreringsdatoen i værtsstaten. Dette fik formandskabet ændret til at virkningstidspunktet skulle bestemmes af værtsstatens retsregler. Denne ændring gør, at reglerne i direktivet for virkningstidspunktet for grænseoverskridende omdannelser, er de samme som for grænseoverskridende fusioner og spaltninger.

Direktivforslaget indeholdt regler om regnskabsdato, for den grænseoverskridende spaltning i forslagets artikel 160f, samt en tilføjelse af samme regler for fusioner i forslagets artikel 122a. Lovforslaget indeholdt ikke disse regler for omdannelser. Disse artikler omkring regnskabsdato for fusion og spaltning, har formandskabet fået fjernet.

Formandskabet foreslog at fjerne direktivforslagets artikler, 86t, 133a og 160v omkring uafhængige sagkyndiges ansvar for både grænseoverskridende omdannelser, fusioner og spaltninger. Disse blev ikke fjernet, men derimod modificeret, og hedder i det endelige direktiv "Uafhængige eksperter", og giver ligesom i direktivforslaget, medlemsstaterne bemyndigelse til at fastsætte regler for det ansvar som påhviler den uafhængige ekspert, der skal udarbejde den uafhængige ekspertrapport.

²⁰⁰ Schmidt, Company Law Package, s. 241

4.1.3.5. Retsudvalgets udtalelse

Retsudvalget har blandt andet foreslået, at fjerne medlemsstaternes beslutningskompetence til at fravælge andelsselskaber fra reglerne om grænseoverskridende omdannelse og spaltning²⁰¹. Denne regel har derimod eksisteret for fusioner, helt tilbage fra det 10. selskabsdirektiv²⁰². Det er derfor uforståeligt, at reglen i det vedtagne direktiv er blevet fjernet for hhv. grænseoverskridende omdannelse og spaltning, men ikke for fusion. Mere end halvdelen af medlemsstaterne havde ved implementeringen af direktiv 2005/56/EF, valgt at ekskludere andelsselskaber fra at anvende bestemmelserne i direktivet²⁰³.

4.1.3.6. Tysklands og Estlands udtalelser

Tysklands Bundesrat og Estland udtalte sig om Direktivforslaget, både i forhold til hvad de synes var godt, og hvad de gerne ville have ændret.

Den tyske Bundesrat nævner blandt andet, at de gerne ser, at reglerne for hver af de respektive grænseoverskridende transaktioner harmoniseres²⁰⁴.

De nævner også, at bestemmelserne omkring regnskabsdato for grænseoverskridende fusioner og spaltninger kræver en fornyet gennemgang²⁰⁵. Dette stemmer til dels overens med EU-rådets formandskabs forslag om at fjerne artiklerne.

Estland er positiv omkring målet for direktivet, i forhold til at skabe et miljø, der fremmer vækst og er tilpasset nye udfordringer, som samtidig sikrer beskyttelsen af interessenterne i virksomhederne. De er ligeledes positive over indførelsen af en retlig ramme, hvilket efter deres mening, er stærkt tiltrængt, for at kunne udnytte det indre markedes fulde potentiale²⁰⁶.

Derimod indeholder direktivforslaget, efter Estlands mening, uklare og besværlige forpligtelser, som gør at dette mål ikke kan udføres, og at det kan have en afskrækkende virkning på SMV'er.

Estland er imod hvad de kalder "den ulige behandling af selskaber, der er etableret under forskellige retlige teorier på trods af deres legitimitet og ligestilling"²⁰⁷, idét TEUF artikel 54, sammen med den retspraksis behandlet i specialet, hjemler en ret til fri etablering for andre virksomhedsformer end

²⁰¹ Retsudvalgets betænkning, ændringsforslag 81 og 241

²⁰² 2005/56/EF, artikel 3, stk. 2.

²⁰³ Bech-Bruun & Lexidale, s. 100

²⁰⁴ Tysklands udtalelse, præmis 23

²⁰⁵ Tysklands udtalelse, præmis 24

²⁰⁶ Estland udtalelse, s. 1

²⁰⁷ Estland udtalelse, s. 2

udelukkende selskaber med begrænset ansvar. Kommissionen har i lovforslaget også anerkendt dette²⁰⁸.

De mener også, at direktivforslagets sammenkobling af det vedtægtsmæssige hjemsted og det faktiske hovedsæde, kan få virkninger til at registrere sig uden for EU, hvilket kan få negative konsekvenser for virksomhedernes interesser²⁰⁹. Forum shopping er et normalt fænomen andre steder i verden. Dermed kan medlemsstaterne få svært ved at konkurrere på et globalt plan.²¹⁰

Estland forstår ikke hvorfor reglerne omkring grænseoverskridende omdannelser og spaltninger ikke blot tager udgangspunkt i regler om grænseoverskridende fusioner.

De synes også, at de ændringer der er kommet i reglerne om grænseoverskridende fusioner er for vidtgående, i forhold til de konstaterede problemer²¹¹.

Ud fra dette må det konkluderes, at Estland ikke mener at direktivforslaget er tilstrækkeligt til at fremme de mål som direktivet er lavet på. Det er især beskyttelsen af virksomhedsinteressenterne, samt den administrative og økonomiske byrde for SMV'er, der efter Estlands mening, ikke bliver imødekommet.

4.2. Omfanget af direktiv 2019/2121

Direktivet blev vedtaget af EU-Parlamentet og Rådet efter førstebehandling. Der blev under førstebehandlingen foretaget en del ændringer i direktivteksten fra lovforslaget. Med tilføjelsen af grænseoverskridende omdannelser og spaltninger, samt ændringerne i reglerne for grænseoverskridende fusioner, er der kommet en del materielle og processuelle regler. De relevante regler vil blive gennemgået nedenfor.

Nedenstående figurer viser, hvordan den EU-retlige regulering for etableringsfriheden ser ud. Figur 1 viser retsstillingen før direktiv 2019/2121, hvor figur 2 viser hvordan det nye direktiv har ændret retsstillingen.

²⁰⁸ COM(2018) 241 final, s. 19

²⁰⁹ Estland udtalelse, s. 2, sektion 1

²¹⁰ Sjøgaard & Werlauff, s. 24

²¹¹ Estland udtalelse, s. 2, sektion 2

Figur 1

Selskabsform	Grænseoverskridende fusioner	Grænseoverskridende spaltninger	Grænseoverskridende flytning af sæde (Omdannelser)
Selskaber med begrænset ansvar	10. Selskabsdirektiv	Etableringsfriheden, TEUF artikel 49 og 54 (<i>Sevic, Cartesio, Vale, Polbud</i>)	
Andre selskabsretlige enheder efter TEUF artikel 54	Etableringsfriheden, TEUF artikel 49 og 54 (<i>Sevic</i>)		

Kilde: Schmidt, Company Law Package, s. 225 og egen tilvejebringelse

Figur 2

Selskabsform	Grænseoverskridende fusioner	Grænseoverskridende spaltninger	Grænseoverskridende flytning af sæde (Omdannelser)
Selskaber med begrænset ansvar	Selskabsdirektivet		
Andre selskabsretlige enheder efter TEUF artikel 54	Etableringsfriheden, TEUF artikel 49 og 54 (<i>Sevic</i>)	Etableringsfriheden, TEUF artikel 49 og 54 (<i>Sevic, Cartesio, Vale</i>)	Etableringsfriheden, TEUF artikel 49 og 54 (<i>Sevic, Cartesio, Vale, Polbud</i>)

Kilde: Schmidt, Company Law Package, s. 225 og egen tilvejebringelse

4.2.1. Tilføjelse af regler for grænseoverskridende omdannelser

En grænseoverskridende omdannelse, efter direktivet, er når et selskab omdanner sig til en selskabsform i en anden medlemsstat, ved som minimum at flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted.

Dette direktiv indførte nye regler for grænseoverskridende fusioner, samt regler for grænseoverskridende omdannelser og spaltninger. De nye regler fra direktivet 2019/2121 vil her blive gennemgået overordnet og sammenlignet med målene for direktivet. Reglerne beskrevet i afsnittene 4.2.1.1 til 4.2.1.8., vil i de efterfølgende afsnit blive sammenlignet med reglerne for grænseoverskridende fusioner og spaltninger. Dette skyldes, at de proceduremæssige regler for de

tre grænseoverskridende transaktioner er meget ens. Der vil derfor i de efterfølgende afsnit blive lagt vægt på områderne, der er forskellige fra reglerne om grænseoverskridende omdannelser.

4.2.1.1. Processuelle og materielle regler

Direktivet indeholder en række procedure ændringer i forhold til grænseoverskridende omdannelser. I forhold til den første del af processen, skal der nu udarbejdes en plan for omdannelsen, samt en rapport til aktionærene og til medarbejderne. Disse skal udarbejdes for at selskabet kan opnå den påkrævede attest forud for omdannelsen, se nærmere om attesten i afsnit 4.2.1.6.²¹².

Planen skal indeholde information om selskabet, som selskabets vedtægtsmæssige hjemsted, hvilken retlig form selskabet ønsker efter omdannelsen, sandsynlige følger for beskæftigelsen, beskyttelsesforanstaltninger tilbudt kreditorer, m.m.²¹³. Planen indeholder derfor både de nødvendige informationer, som skal anvendes til selve omdannelsen, men også information om, hvordan selskabet har til hensigt at beskytte kreditorer samt hvordan omdannelsen påvirker interessenter af selskabet.

Rapporten til aktionærene og medarbejderne er en samlet rapport opdelt i et afsnit til aktionærene og et til medarbejderne. Det er dog også muligt for selskaberne at dele den op i to rapporter. Rapporten skal forklare og begrunde de økonomiske og juridiske aspekter, samt følgerne for medarbejderne. Afsnittet for selskabsdeltagerne skal indeholde information om kompensationen, følger for selskabsdeltagerne og rettigederne for selskabsdeltagerne²¹⁴. Denne afsnit/rapport kan dog undlades at udarbejdes, såfremt alle selskabsdeltagerne har indvilliget i at give afkald på den²¹⁵.

Afsnittet for medarbejdere, skal indeholde information om hvilke følger den grænseoverskridende omdannelse har for deres ansættelsesforhold og foranstaltninger der skal beskytte ansættelsesforholdet²¹⁶. Denne afsnit/rapport kan dog undlades at udarbejdes, såfremt selskabet og dets datterselskaber ikke har medarbejdere ud over dem der er ansat i administrationen²¹⁷.

²¹² 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86c

²¹³ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86d litra a-k

²¹⁴ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86e nr. 3

²¹⁵ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86e nr. 4

²¹⁶ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86e nr. 5

²¹⁷ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86e nr. 8

Som verificering af planen, er det påkrævet at laves en uafhængig ekspertrapport. Denne rapport skal laves af en uafhængig ekspert, hvilket medlemsstaten har ansvar for. Rapporten skal være tilgængelig for selskabsdeltagerne senest en måned inden den endelige afstemning om omdannelsen. Rapporten skal som minimum indeholde en vurdering af kompensationen til selskabsdeltagerne, samt en vurdering af metoden anvendt til at værdiansætte virksomheden. Såfremt alle selskabsdeltagere er enige, kan ekspertrapporten undlades. Ligeledes kan medlemsstaterne vælge at der i selskaber med én ejer, kan undlades at udarbejdes en ekspertrapport²¹⁸.

Senest en måned før afstemningen om omdannelsen på generalforsamlingen, skal selskabet offentliggøre planen for den grænseoverskridende omdannelse, samt en meddelelse til selskabsdeltagerne, kreditorerne, samt medarbejderrepræsentanterne om, at der senest fem dage inden generalforsamlingen kan indgives bemærkninger til omdannelsen. Det kan kræves af medlemsstaterne, at den uafhængige ekspertrapport offentliggøres. Hvis denne skal offentliggøres, har medlemsstaterne pligt til at sikre selskabernes adgang til, at fjerne fortrolige oplysninger²¹⁹.

Efter udarbejdelse og offentliggørelse af ovenfor nævnte rapporter, samt indgivelse af medarbejderudtalelser, skal der på generalforsamling stemmes om planen, for den grænseoverskridende omdannelse, skal godkendes. Direktivet kræver, at medlemsstaterne fastsætter hvilket flertal der kræves på generalforsamlingen for at godtage omdannelsen. Flertallet kan sættes til minimum to tredjedele og maksimalt 90%. Stemmetærsklen må dog ikke overstige den, der er fastsat i national ret for grænseoverskridende fusioner²²⁰.

4.2.1.2. Beskyttelse af selskabsdeltagere

I forhold til beskyttelse af selskabsdeltagere, pålægger direktivet medlemsstaterne at indføre regler, der lader de selskabsdeltagere, som stemmer imod godkendelse af den grænseoverskridende omdannelse, en ret til at afhænde deres kapitalandele mod passende kompensation. Det er muligt for medlemsstaterne at lade andre end de nævnte selskabsdeltagere anvende denne ret. Der kan også kræve udtrykkelig modstand mod planen for den grænseoverskridende omdannelse, for at kunne anvende denne ret. Efter afstemningen, er det reguleret af den pågældende medlemsstat, inden for hvilken periode kapitalejeren skal udøve denne ret, dog maksimalt en

²¹⁸ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86f

²¹⁹ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86g

²²⁰ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86h

måned. Det er ligeledes op til medlemsstaterne at fastsætte hvilken periode, selskabet har til at betale denne kompensation, dog maksimalt 2 måneder efter afstemningen om omdannelsesplanen. Såfremt modtageren af kompensationen finder denne for lav, skal medlemsstaten have en kompetent myndighed eller organ, der kan håndtere en sådanne sag.²²¹

4.2.1.3. Beskyttelse af kreditorer

Direktivet kræver at medlemsstaterne:

“Indfører en passende ordning til beskyttelse af interesserne for kreditorer, hvis krav stammer fra tiden før offentliggørelsen af planen for den grænseoverskridende omdannelse og ikke er forfaldet på tidspunktet for en sådan offentliggørelse.”²²²

Det er derfor op til medlemsstaterne at sikre beskyttelsen af kreditorer. Derudover skal medlemsstaterne sikre, at kreditorer som ikke er tilfredse med den sikkerhed der tilbydes i planen for den grænseoverskridende omdannelse, kan anmode en administrativ eller retslig myndighed om hensigtsmæssige beskyttelsesforanstaltninger.

Der nævnes i direktivet, at medlemsstaterne kan kræve en korrekt erklæring, der viser selskabets finansielle situation fra selskabets administrative- eller ledelsesorgan²²³. Dette kan give kreditorer et bedre indblik i deres mulighed for at få betaling. Derudover skal medlemsstaterne sikre, at kreditorer, hvis krav stammer fra før offentliggørelsen af den grænseoverskridende omdannelse, kan indgive et søgsmål i oprindelsesmedlemsstaten²²⁴.

4.2.1.4. Medarbejderinformation og -høring

Medarbejderne har ret til information og høring i forbindelse med en grænseoverskridende omdannelse. Rammerne herfor er beskrevet i 2002/14/EF²²⁵ samt 2009/38/EF²²⁶. Udover reglerne nævnt i afsnit 8.2.1.1. om udtalelser og bemærkninger fra medarbejdere, har selskabet pligt til at overholde medarbejdernes ret til information og høring, inden der træffes afgørelse om planen for den grænseoverskridende omdannelse²²⁷.

²²¹ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86i

²²² 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86j nr. 1.

²²³ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86j

²²⁴ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86j nr. 4

²²⁵ 2002/14/EF

²²⁶ 2009/38/EF

²²⁷ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86k

4.2.1.5. Medarbejders medbestemmelse

Hovedreglen for medarbejders medbestemmelse er, at selskabet er underlagt reglerne for medbestemmelsen der gælder i bestemmelsesstaten. Der er dog undtagelser til denne regel.

Første undtagelse er: hvis selskabet i seks måneder op til offentliggørelsen af omdannelsesplanen har haft minimum 4/5 af tærsklen i oprindelsesstaten, som udløser medbestemmelse. Anden undtagelse er: hvis bestemmelsesstatens retsregler ikke a) har samme niveau af medbestemmelse som der gjaldt før omdannelsen, eller b) ikke giver medarbejdere, som er beliggende i andre medlemsstater, samme ret til medbestemmelse, som medarbejdere i bestemmelsesstaten har. I dette tilfælde vil medarbejderrepræsentationen enten skulle reguleres efter regler fastsat af bestemmelsesmedlemsstaten, eller ved forhandling mellem selskabet og medarbejderrepræsentanten. Dette er med en række forbehold, opremset i artiklens stk. 4-7. Derudover skal selskaber underrette sine medarbejdere, eller medarbejders repræsentanter, om forhandlingerne omkring medbestemmelsen.²²⁸

4.2.1.6. Attest forud for omdannelsen

Det er medlemsstaternes pligt at udpege enten domstole, myndigheder eller notarer der har kompetence til at sikre omdannelsens lovlighed og derefter udstede en attest. Denne attest bekræfter legaliteten af omdannelsen i forhold til oprindelsesmedlemsstatens regler og lovgivning. I anledning af attesten, skal den kompetente myndighed foretage kontrol af omdannelsesplanen, de planlagte procedurer m.m. Denne kontrol kan have to udfald. Mulighed et: alt er i orden og der udstedes attest forud for omdannelsen. Mulighed to: der gives begrundet afslag og virksomheden får mulighed for at opfylde de relevante betingelser. Hvis der i undersøgelsen findes mistanke om misbrug eller svigagtigt formål med omdannelsen, kan den kompetente myndighed forlænge kontrolperioden fra 3 måneder til 6 måneder²²⁹.

²²⁸ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86l

²²⁹ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86m

4.2.1.7. Bestemmelsesmedlemsstatens kontrol

Bestemmelsesmedlemsstaten har også pligt til at udpege en myndighed, notar eller domstol, der har kompetence til at kontrollere om omdannelsen er lovlig i forhold til den del der bestemmes af bestemmelsesmedlemsstaten, samt godkende omdannelsen.²³⁰

4.2.1.8. Registrering, virkning og gyldighed

Når bestemmelsesmedlemsstaten har registreret det omdannede selskab, skal oprindelsesmedlemsstaten underrettes om at den grænseoverskridende omdannelse har fået virkning. Oprindelsesmedlemsstaten kan så slette selskabet i deres system²³¹. I bestemmelsesstaten skal der oplyses at registreringen er resultatet af en grænseoverskridende omdannelse²³², hvor der ligeledes i oprindelsesmedlemsstaten skal oplyses at sletningen fra landets register, er resultatet af en grænseoverskridende omdannelse²³³. I begge af medlemsstaternes registre, skal registreringsnummer, navn og retlige form for det foregående og det nyomdannede selskab, oplyses²³⁴. Disse regler omkring oplysninger i medlemsstaternes registre, kan gøre det nemmere for kreditorer, andre interessenter eller parter at finde frem til det nyomdannede selskab, i tilfælde af at de vil rette krav mod dem.

Omdannelsen får virkning efter bestemmelsesmedlemsstatens regler. Omdannelsen kan dog først få virkning efter bestemmelsesmedlemsstatens kontrol samt efter modtagelsen af attesten fra oprindelsesmedlemsstaten²³⁵. Virkningen af omdannelsen er, at alle selskabets aktiver og passiver bliver flyttet til det omdannede selskab. De tilbageværende selskabsdeltagere får kapitalandele i det omdannede selskab. Alle selskabets rettigheder og forpligtelser som eksisterede på omdannelsesstartspunktet, følger med over til det omdannede selskabs²³⁶.

En grænseoverskridende omdannelse, som overholder ovenstående regler, må som udgangspunkt ikke erklæres ugyldig. Undtagelsen hertil er dog, at medlemsstaterne fortsat har beføjelser i forhold til socialret, beskatning, strafferet m.m.²³⁷

²³⁰ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86o

²³¹ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86p

²³² 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86p, stk.2, litra a

²³³ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86p, stk. 2, litra c

²³⁴ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86p, stk. 2, litra e

²³⁵ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86q

²³⁶ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86r

²³⁷ 2019/2121 artikel 1, stk. 5 om tilføjelse af artikel 86t

4.2.2. Ændringer og tilføjelser af regler for grænseoverskridende fusion direktiv 2019/2121

Direktivet tilføjer til definitionen på en grænseoverskridende fusion, tilfældet hvor der bliver lavet en uegentlig lodret fusion. Dette afhænger af, at det er samme person der besidder alle kapitalandele i de deltagende selskaber, eller at ejerkredsen er den samme i selskaberne, og har samme fordeling af kapitalandele²³⁸. Der tilføjes til artikel 120, at medlemsstaterne skal sikre at selskaber der er under likvidation og er begyndt at distribuere aktiver, ikke kan fusionere. Der indsættes dog mulighed for medlemsstaterne at tillade selskaber der er under insolvensbehandling, at fusionere²³⁹.

Der tilføjes til reglerne om grænseoverskridende fusioner, regler for udarbejdelse af en rapport fra administrations- eller ledelsesorganet til selskabets deltagere og medarbejdere. Reglerne herfor er næsten identiske med reglerne nævnt i afsnit 4.2.1.1. Forskellene fra fusionsrapporten til selskabsdeltagere og den nævnt ovenfor er: Der skal i rapporten beskrives ombytningsforholdet af kapitalandele. Derudover er der regler for hvad der sker såfremt det modtagende selskab ikke stemmer for fusionen²⁴⁰.

Reglerne for den uafhængige ekspertrapport nævnt i afsnit 4.2.1.1. er næsten ens i forhold til grænseoverskridende fusioner. Forskellene her stammer primært fra, at der for fusioner arbejdes med mere end ét selskab, hvorfor der skal laves en ekspertrapport for hvert selskab. Det er dog muligt, at få udarbejdet en fælles rapport for alle deltagende selskaber. I forhold til indholdet af rapporten, bliver der for rapporten for grænseoverskridende fusioner lagt yderligere vægt på værdiansættelsesmetoderne. Her skal der anføres hvilke metoder der er anvendt, samt information om ombytningsforhold²⁴¹.

Reglerne for beskyttelse af selskabsdeltagere er meget lig reglerne for grænseoverskridende omdannelser. Der er dog tilføjet udspecificering af kravet til at sikre korrekt ombytningsforhold af kapitalandele. Her skal medlemsstaterne sikre, at selskabsdeltagere som finder ombytningsforholdet fastsat i den fælles fusionsplan utilstrækkeligt, kan anfægte dette og kræve et udligningsbeløb udbetalt²⁴².

²³⁸ 2019/2121 artikel 1, stk. 6 om ændring af artikel 119, nr. 2 litra d

²³⁹ 2019/2121 artikel 1, stk. 7 om ændring af artikel 120, stik 4-5

²⁴⁰ 2019/2121 artikel 1, stk. 10 om ændring af artikel 124

²⁴¹ 2019/2121 artikel 1, stk. 11 om ændring af artikel 125

²⁴² 2019/2121 artikel 1, stk. 13 om tilføjelse af artikel 126a

Reglerne for beskyttelse af kreditorer, medarbejderinformation og -høring, attest forud for fusionen samt registrering, er næsten helt ens for både grænseoverskridende fusioner og omdannelser²⁴³.

4.2.3. Tilføjelse af regler for grænseoverskridende spaltning

Reglerne for grænseoverskridende spaltning er for alle reglerne nævnte i afsnit 4.2.1.1 til 4.2.1.8 næsten helt ens. Af denne grund, vil der nedenfor udelukkende blive nævnt forskelle mellem reglerne for grænseoverskridende omdannelse og grænseoverskridende spaltning.

Planen for en grænseoverskridende spaltning, kræver grundet kompleksiteten yderligere information i forhold til en grænseoverskridende omdannelse. Direktivet kræver derfor yderligere information, som en nøjagtig opgørelse af aktiver og passiver, samt en redegørelse for fordelingen af disse²⁴⁴.

Reglerne for beskyttelse af selskabsdeltagere er meget ens med reglerne for grænseoverskridende fusioner. Her er samme tilføjelse, som udspecificerer, at medlemsstaten skal sikre korrekt ombytningsforhold af kapitalandele. Her skal medlemsstaterne sikre, at selskabsdeltagere som finder ombytningsforholdet fastsat i den fælles fusionsplan utilstrækkeligt, kan anfægte dette, og kræve et udligningsbeløb udbetalt²⁴⁵.

Til reglerne for beskyttelse af kreditorer, har udover reglerne nævnt i afsnit 4.2.1.3, tilføjet at kreditorer til det spaltede selskab, kan rette krav mod de modtagende selskaber²⁴⁶.

Grundet kompleksiteten og de mange forskellige grænseoverskridende spaltningformer, er afsnittet om virkningen af grænseoverskridende spaltninger anderledes, end det for grænseoverskridende omdannelser. Der beskrives i afsnittet muligheden for at lave ophørsspaltning og grenspaltning/partiel spaltning²⁴⁷.

²⁴³ 2019/2121 artikel 1, stk. 13-22 om tilføjelse af artikel 126a-134

²⁴⁴ 2019/2121 artikel 1, stk. 23 om tilføjelse artikel 160d

²⁴⁵ 2019/2121 artikel 1, stk. 23 om tilføjelse af artikel 160i

²⁴⁶ 2019/2121 artikel 1, stk. 23 om tilføjelse af artikel 160j

²⁴⁷ 2019/2121 artikel 1, stk. 23 om tilføjelse af artikel 160r

4.2.4. Hvordan ser etableringsfriheden ud efter implementering

Efter implementeringen af direktivet 2019/2121, vil det blive nemmere for kapitalselskaber inden for EU- og EØS-landene at anvende etableringsfriheden, specielt for små- og mellemstore virksomheder. De nuværende processuelle begrænsninger, gør det omkostningsrigt for selskaberne at udøve deres etableringsret²⁴⁸. Ud fra data fra det portugisiske selskabsregister, udgør omkostninger til juridisk rådgivning, 55 % af de samlede omkostninger til udførelse af en grænseoverskridende spaltning²⁴⁹.

Allerede i 2013, skete der en betydelig stigning i antallet af grænseoverskridende omdannelser²⁵⁰. Dette kan ikke anses som værende en tilfældighed, da der i foregående år, kom afsigelse ved Domstolen i sagen VALE. Dettets sættes i perspektiv til den lignende stigning i antallet af fusioner fra 2007 til 2008²⁵¹, hvilket var umiddelbart efter implementeringen af direktiv 2005/56/EF. Kommissionen havde en forventning om, at retspraksis ville fjerne hindringerne for at udføre grænseoverskridende omdannelser²⁵². Det vurderes at visse af disse hindringer er blevet fjernet, idét der forekom en stigning i omdannelser umiddelbart efter VALE-sagen. Ikke desto mindre, vil direktivet kunne skabe en retlig ramme, som harmoniserer de enkelte landes lovgivninger, hvor der herved vil være endnu færre hindringer for at kunne udføre grænseoverskridende omdannelser. Idét selskaberne efter direktivet, kan flytte deres vedtægtsmæssige hjemsted, uden at skulle flytte det faktiske hovedsæde, kan det give selskaberne muligheden for at forum shoppe inden for Unionens grænser. Denne præcedens blev sat af Polbud-dommen, men bliver med materielle harmoniserede regler, nu en reel mulighed for at udøve etableringsfriheden.

I betragtning 8 til direktivet, nævner de at reglerne omkring grænseoverskridende spaltninger, udelukkende drejer sig om spaltninger, hvor de modtagende selskaber er nyoprettede selskaber. Kommissionen mener at grænseoverskridende spaltninger, hvori aktiver og passiver bliver overført til et eller flere eksisterende selskaber, er for komplekst samt der er en større risiko for svig og omgåelse. Dette er ikke ensbetydende med at Traktaten ikke tillader disse former for spaltning, men at det rent processuelt bliver både besværligt og omkostningsrigt, eller decideret umuligt for selskaberne at gennemføre, medmindre de involverede medlemsstater har regler for de pågældende spaltningformer. Denne antagelse er grundet i et beskedent antal af grænseoverskridende spaltninger de seneste år.

²⁴⁸ EY Study, s. 25, Figur 16 og s. 29, figur 19

²⁴⁹ EY Study, s. 29

²⁵⁰ Empirical Findings, s. 26, figur 5.2

²⁵¹ Empirical Findings, s. 25, figur 5.1

²⁵² European Added Value Assessment, s. 28

Kommissionens begrundelse i større risiko for svig og omgåelse, kan sættes i perspektiv til Økonomi- og Valutaudvalgets udtalelse, hvor de mener at grænseoverskridende spaltning i helhed er for risikabelt at have med i direktivet, og kan ikke se nødvendigheden i at inkludere disse regler. Kommissionens argumentation mod spaltning til eksisterende selskaber, bakkes dog ikke op af saglige argumenter eller forklaring på, hvorfor dette ikke kan undgås med lovgivning²⁵³. Blandt andet, er der i de nuværende danske regler vedrørende grænseoverskridende spaltning, ikke en begrænsning på, at de modtagende selskaber skal være nyoprettede selskaber, jf. SEL § 291, stk. 1.

I det originale lovforslag, var mikrovirksomheder og små virksomheder²⁵⁴ ligeledes fritaget for at skulle udarbejde en ekspertrapport²⁵⁵. Det var blandt andet foreslået af Retsudvalget²⁵⁶, at denne fritagelse skulle fjernes. Dette er på trods af, at de i deres begrundelse, anfører at en af deres vigtigste ændringer er forenkling af proceduren samt sænke omkostningerne.

Man vil kunne argumentere for, at ved de vedtagne regler, er der lavere usikkerhed i forhold til selskabsdeltagerne. Selvom mikrovirksomheder og små virksomheder har et relativt lille antal medarbejdere og selskabsdeltagere, vil der stadig kunne komme en betydelig risiko, ved at fratage disse reglen om at skulle have udarbejdet en ekspertrapport. Modsat ville de ved enighed om fritagelse, have indforstået denne risiko.

Idét direktivet kun omhandler grænseoverskridende transaktioner for selskaber med begrænset ansvar, er der flere selskabs- og virksomhedsformer der vil skulle anvende direktivet eller retspraksis analogt for at kunne udøve sin etableringsret, med mindre at medlemsstaterne af selv, vælger at inkludere disse selskabs- og virksomhedsformer i deres lovgivning omkring grænseoverskridende transaktioner.

Kommissionen har i direktivforslaget anerkendt denne skævvridning. De argumenterer for udelukkelsen af disse virksomhedsformer, med at reglerne for grænseoverskridende fusioner i meget begrænset omfang, anvendes af andre enheder end selskaber med begrænset ansvar²⁵⁷.

²⁵³ Schmidt, Company Law Package, s. 234-235

²⁵⁴ Jf. Kommissionens Henstilling 2006/361/EF

²⁵⁵ COM(2018) 241 final, artikel 86g, stk. 6

²⁵⁶ Retsudvalgets betænkning, ændringsforslag 126

²⁵⁷ COM(2018) 241 final, s. 19

Rent empirisk, er denne argumentation justificeret, da 98 % af både de overtagende og fusionerende selskaber var aktie- og anpartsselskaber²⁵⁸.

En betydelig faktor her kan være det faktum, at reglerne for grænseoverskridende fusion i direktiv 2005/56/EF, ligeledes udelukkende omfattede selskaber med begrænset ansvar. Derfor har det været betydeligt sværere og mere omkostningsrigt for andre selskabs- og virksomhedsformer, at udføre en grænseoverskridende fusion.

Et andet ræsonnement for denne udelukkelse, er at ifølge kommissionen, vil det skabe en række af praktiske problemer at udvide anvendelsesområdet, idét EU's selskabsretlige og regnskabsregler, udelukkende finder anvendelse på selskaber med begrænset ansvar²⁵⁹. En inklusion af andre selskabs- og virksomhedsformer i direktivet, vil herved kunne gøre det betydeligt nemmere for disse at udøve deres traktatsikrede ret. Selvom denne inklusion vil skabe en række problemer, er det ikke uden for lovgivningsmæssig rækkevidde at kunne håndtere disse²⁶⁰.

I TEUF artikel 50, stk. 2, litra f, står der at EU-Parlamentet og Rådet, med udstedelse af direktiver, har til opgave at gradvist fjerne hindringerne for etableringsretten. Efter vedtagelsen af dette direktiv, er hindringerne for at udføre grænseoverskridende transaktioner blevet mindsket, men udelukkende for selskaber med begrænset hæftelse. Derfor kan det diskuteres om Parlamentet og Rådet har udført deres opgave til fulde. Det bemærkes også, at Domstolen i Reyners-sagen har udtalt, at de direktiver der skal udstedes på området for etableringsretten, skal udfylde to funktioner. Den første funktion er at direktiverne, i overgangsperioden, skulle ophæve hindringerne for gennemførelsen af etableringsretten. Den anden funktion er, at der skal indføres bestemmelser i medlemsstaternes lovgivning, der skal gøre det lettere at udøve denne ret.²⁶¹ Ud fra Domstolens efterfølgende afgørelser, kan det diskuteres, hvorvidt disse to funktioner burde være sammenfaldende, for at kunne ophæve hindringerne for etableringsretten.

4.3. Krav til ændringer af dansk lovgivning

4.3.1. Danmarks implementering af erhvervsrettet direktiver

Dansk selskabslovgivning har tidligere været på forkant i forhold til implementering af direktiver. Dette ses eksempelvis efter afsigelsen af Cartesio-dommen, hvor man fra dansk side, valgte at

²⁵⁸ Bech-Bruun & Lexidale s. 101 og 102

²⁵⁹ COM(2018) 241 final, s. 19

²⁶⁰ Schmidt, Company Law Package, s. 230

²⁶¹ Reyners, præmis 21

ændre loven, så grænseoverskridende omdannelser blev muligt²⁶². Dette står i modsætning til flere andre EU-lande, hvor disse omdannelser fortsat skulle laves med udgangspunkt i EU-dommen, uden national lovgivning. På samme vis, har Danmark regler for grænseoverskridende spaltninger, før implementeringen af direktivet 2019/2121²⁶³.

I henhold til Delaware-effekten beskrevet i kapitel 1 afsnit 1.2, er det vigtigt, at man fra dansk side ikke overimplementerer direktivet. Danmark har gennem tiden været et af de EU-lande, der har overimplementeret direktiver, hvad der også er kaldet "gold plating"²⁶⁴. Dette kan potentielt medbringe byrder for erhvervslivet og forværre danske virksomheders konkurrenceevne²⁶⁵. Strenge regler for selskabsomdannelser, kreditor beskyttelse og medarbejdermedbestemmelse kan gøre det mindre attraktivt at stifte selskaber i Danmark. Ved implementeringen skal Delaware-effekten, og dens potentielle fordele dog opvejes med de ulemper lempelige regler kan medføre for interessenter i danske selskaber. Danmark skal derfor være påpasselig med både at "gold plate", men også med at minimumsimplimentere.

For at undgå overimplementering fra dansk side, blev der i 2015 nedsat et EU-implementeringsudvalg. Udvalgets mål, var en indsats for en mindre byrdefuld implementering af erhvervsrettede EU-reguleringer. I 2017, kom implementeringsudvalget med en redegørelse, hvori der fremgik fem principper for implementering af erhvervsrettet EU-reguleringer²⁶⁶.

"1. Den nationale regulering bør som udgangspunkt ikke gå videre end minimumskravene i EU-reguleringen.

2. Danske virksomheder bør ikke stilles dårligere i den internationale konkurrence, hvorfor implementeringen ikke bør være mere byrdefuld end den forventede implementering i sammenlignelige EU-lande.

3. Flexibilitet og undtagelsesmuligheder i EU-reguleringen bør udnyttes.

4. I det omfang det er muligt og hensigtsmæssigt, bør EU-regulering implementeres gennem alternativer til regulering.

²⁶² Impact Assessment, s. 38

²⁶³ Impact Assessment, s. 22

²⁶⁴ Selskabsret, s. 57

²⁶⁵ Redegørelse nr. R 14, s. 1

²⁶⁶ Redegørelse nr. R 14, s. 1

5. Byrdefuld EU-regulering bør træde i kraft senest muligt og under hensyntagen til de fælles ikrafttrædelsesdatoer.”²⁶⁷

Ved iagttagelse af ovenstående principper, vil implementeringen af de i specialet omtalte direktiver, sikre en mindre byrdefuld implementering, set fra et virksomhedsejer perspektiv. Implementeringen af EU-direktiver er dog en politisk beslutning, hvorfor dette ikke vil blive analyseret eller kommenteret yderligere.

Overordnet, om de danske regler i forhold til direktivet 2019/2121, kan det siges, at ved implementeringen af det 10. selskabsdirektiv, lavede Danmark lignende regler for spaltning og senere hen også for omdannelser. Eftersom de nye regler for grænseoverskridende omdannelser og spaltninger i direktivet, ligner de tidligere regler for grænseoverskridende fusioner, overholder de danske regler mange af direktivets nye krav.

I nedenstående afsnit vil ændringerne for grænseoverskridende fusioner blive gennemgået først. I og med at de danske regler for grænseoverskridende omdannelser og spaltninger, bygger på fusionsreglerne i det 10. selskabsdirektiv, kræver disse større ændringer, da de nye regler ikke har baggrund i fusionsreglerne. De gentagne ændringer vil derfor ikke blive gennemgået for hver type grænseoverskridende transaktion.

4.3.2. Ændringer i dansk lov - Grænseoverskridende fusioner

Processuelt, sker der ikke de store ændringer i forhold til fusionsplanen. Der er i Selskabsloven allerede regler for, at der i anledningen af en grænseoverskridende fusion, skal udarbejdes en fusionsplan, jf. SEL § 272. Der er dog flere krav til indholdet af planen i direktivet. Derudover indfører direktivet reglen om, at en uvildig vurderingsmand skal vurdere planen. I de nuværende danske regler, skal der kun laves en vurdering i SEL § 276, i forhold til beskyttelse af kreditorer. Derudover skal vurderingsmanden, efter direktivet, lave en “Uafhængig ekspertrapport”. Indholdet af denne rapport er dikteret af direktivet, og skal derfor også implementeres i dansk lov.

Af nye regler, skal administrations- eller ledelsesorganet lave en rapport til selskabsdeltagere og medarbejdere²⁶⁸. Dette er nye regler i dansk ret, og skal derfor implementeres. Efter de nuværende

²⁶⁷ Redegørelse nr. R 14, s. 2

²⁶⁸ Direktiv 2019/2121 art. 124

danske regler, skal medarbejderne have adgang til fusionsplanen, jf. SEL 280, stk. 7 inden for en frist på 4 uger efter offentliggørelsen af fusionen.

Både i direktivet og dansk ret, er der fastsat regler om minoritetsdeltagerbeskyttelse. Begge steder er det muligt for aktionærer, som har modsat sig flytningen, at kræve indløsning af sine kapitalandele. Det fremgår af direktivet, at medlemsstaterne selv vurderer om selskabsdeltageren direkte skal have stemt imod fusionen, eller om anden form for modstand er nok til at kunne kræve sine kapitalandele indløst. De danske regler er derfor i overensstemmelse med direktivet. De danske regler mangler dog at fastsætte en tidsfrist for udbetaling af kompensationen og mulighed for at klage over kompensationsstørrelsen.

I forhold til reglerne for offentliggørelse af planen, meddelelser til interessenter og ekspertrapporten, har Danmark allerede regler for dele heraf. Efter SEL § 279, stk 4., offentliggør Erhvervsstyrelsen flytteplanen, hvorfor der blot skal tilføjes de nye dokumenter, til hvad der offentliggøres.

De danske regler for medarbejderes medbestemmelse fremgår i SEL §§ 311 - 317. Der skal dog foretages enkelte ændringer i de danske regler ved implementering af direktivet. I de danske regler, fremgår en undtagelse til anvendelse af bestemmelsesstatens regler. Den danske undtagelse kræver 500 medarbejdere, jf. SEL § 311 nr. 3, som ved implementering af direktivet skal ændres til "fire femtedele af den gældende tærskel, som fastsat i retsreglerne i den medlemsstat, hvis jurisdiktion selskabet er underlagt"²⁶⁹

I dansk ret, er der i SEL § 289, regler for udstedelse af en attest, før den grænseoverskridende fusion får virkning. Kravene til attesten er mere udspecificeret i direktivet, hvorfor der ved implementering skal tilføjes flere punkter hertil.

4.3.3. Ændringer i dansk lov - omdannelser/flytning af hjemsted

Som tidligere nævnt, er reglerne for grænseoverskridende omdannelser ikke harmoniseret på EU plan. Direktivet indfører derfor de første fælles regler på området. Danmark har dog regler for dette. Selskabslovens kapitel 16 a regulerer grænseoverskridende omdannelser. De ændringer, der skal foretages for reglerne for grænseoverskridende fusioner, skal ligeledes foretages for reglerne for

²⁶⁹ Direktiv 2019/2121 artikel 1, stk. 20 om tilføjelse af art. 133

grænseoverskridende omdannelser. Der er dog enkelte yderligere ændringer, der specifikt skal ændres for grænseoverskridende omdannelser.

Efter de nuværende danske regler er det et krav, at den anden medlemsstat tillader grænseoverskridende omdannelser, jf. SEL 318 a, stk 2. Dette vil ikke være relevant efter implementeringen af direktivet, eftersom alle medlemsstater vil have regler herfor.

Efter SEL § 318 a, stk. 3, kræves det, at der er regler for medarbejderes medbestemmelse i det bestemmende land. Denne regel er derfor også overflødig, eftersom direktivet indfører regler for hvordan medarbejderes medbestemmelse skal fastsættes ved grænseoverskridende omdannelser.

I Selskabsloven, refereres der i kapitlet om grænseoverskridende fusioner i forhold til medarbejderes medbestemmelse til § 311-317, omhandlende medarbejderes medbestemmelse ved grænseoverskridende fusioner. Dette gøres ved at skrive ” §§311-317 finder med de nødvendige tilpasninger tilsvarende anvendelse på grænseoverskridende flytning af hjemsted.²⁷⁰” Lignende er skrevet i § 317 for grænseoverskridende spaltninger. Af denne grund, er der ens regler for medarbejderes medbestemmelse for alle tre typer grænseoverskridende selskabstransaktioner.

4.3.4. Ændringer i dansk lov - spaltning

Reglerne for spaltning er, ligesom for omdannelser, ikke harmoniseret på EU-plan. Det er derfor kun muligt at spalte grænseoverskridende til de lande, der tillader dette. Ligesom for grænseoverskridende omdannelser, er det ikke alle medlemsstater, der har indført regler herom i national lovgivning. I forhold til spaltningens muligheder, så tillader direktivet kun at der spaltes til nystiftede selskaber.

Direktivets regler for spaltning er på de fleste punkter ens med reglerne for fusion, hvorfor ændringerne i afsnit 4.3.2. også er gældende i dette afsnit.

I SEL § 291, stk. 2 fremgår det blandt andet, at en grænseoverskridende spaltning, hvori et dansk kapitalselskab indgår, er betinget af, at lovgivningen i de lande de andre selskaber har hjemsted, ligeledes skal tillade grænseoverskridende spaltning. Denne paragraf skal ændres, eftersom der med harmoniseringen fra direktivet, vil være lovgivning herom i alle EU's medlemsstater.

²⁷⁰ Selskabsloven § 318 o

4.3.5. De samlede implementeringskrav

Helt overordnet kan det siges, at det er begrænset hvor store ændringer direktivet har på dansk lovgivning. Dette skyldes måden hvorpå det 10. selskabsdirektiv blev implementeret. Grundet domsafsigelsen i SEVIC, fremskyndte Danmark implementeringen af direktivet og indførte regler om grænseoverskridende spaltning. Selskabsloven blev lavet i 2009, hvori reglerne for grænseoverskridende omdannelse blev lavet. Ændringerne i reglerne om grænseoverskridende fusioner er begrænsede, hvorfor de danske ændringer i reglerne for grænseoverskridende spaltninger og omdannelser ligeledes vil være begrænsede. Der er dog indsat yderligere beskyttelse af kreditorer, aktionærer samt medarbejdere, hvilket kræver en vis ændring i lovgivningen. Derudover er der lavet processuelle ændringer, hvilket medfører, at der skal udarbejdes flere rapporter, som skal udleveres til interessenter.

Kapitel 5 - Konklusion

Udgangspunktet for dette speciale var, at klarlægge udviklingen af retsstillingen for grænseoverskridende transaktioner ud fra et historisk perspektiv, samt hvordan direktiverne 2017/1132 og 2019/2121 vil påvirke retsstillingen i Danmark og EU. Den generelle ret til fri etablering er hjemlet i TEUF artikel 49, for både personer og for de selskaber, som er omtalt i TEUF artikel 54. Der sondres mellem primær og sekundær etablering. Den primære etablering består for selskaber ved at etablere sig, enten ved at flytte sin primære aktivitet fra én medlemsstat til anden, eller at oprette ny virksomhed i anden medlemsstat end hvor selskabet hører hjemme. Den sekundære etablering er oprettelse af blandt andet datterselskaber, filialer og agenturer, i anden medlemsstat end den hvor selskabet har hjemsted. Der er i Traktaten et generelt forbud mod at diskriminere på baggrund af nationalitet af personer, hvor selskaber i denne forstand sidestilles med personer. Traktaten har nogle bestemmelser, der gør, at i enkelte, specifikke situationer, har medlemsstaterne ret til at opsætte diskriminerende restriktioner. Der er som udgangspunkt ikke et generelt restriktionsforbud, men at en medlemsstat heller ikke må opsætte ikke-diskriminerende restriktioner for retten til fri etablering. Udover at Traktaten hjemler en ret til at etablere sig i andre medlemsstater, er der ligeledes en pligt til at etablere sig, hvis man ønsker at drive erhvervsvirksomhed i den pågældende medlemsstat.

Selskabslovgivningen kan variere betydeligt fra medlemsstat til medlemsstat, hvorfor nogle selskaber har valgt at udnytte etableringsretten, for at få nytte af den mest fordelagtige lovgivning. Dette medfører, at medlemsstaterne vælger at lempe deres selskabslovgivning, for at tiltrække selskaber. Dette kan i værste fald resultere i lempelser, der reducerer beskyttelsen af selskabets minoritetsdeltagere, kreditorer og medarbejdere.

Lovgivningen for grænseoverskridende transaktioner for selskaber har både på EU og dansk plan udviklet sig i etaper. På EU-plan har dette udviklet sig de første mange år ved retspraksis fra EU-domstolen. På baggrund af TEUF, har domstolen afsagt en række domme, som har udvidet EU selskabers mulighed for at anvende etableringsfriheden. Som retspraksis har udviklet sig, er det som udgangspunkt, blev nemmere for selskaber, at anvende etableringsfriheden i forhold til grænseoverskridende omdannelse. Der kan også ses, at der efter VALE-dommen, skete store stigninger i antal grænseoverskridende omdannelser. Forskellige brancheorganisationer udtrykte dog, at som der blev mere og mere retspraksis på området, blev retsstillingen rodet. Derudover blev det dyrere at anvende etableringsfriheden, eftersom det i bedste tilfælde krævede omkostninger til

juridisk rådgivning, og i værste tilfælde ville medføre retssager imod de omfattede medlemsstater, om retten til at anvende etableringsretten.

For at styrke det indre marked, blev det 10. selskabsdirektiv indført, som gjorde det muligt at fusionere selskaber på tværs af medlemsstaternes landegrænser. Dette sikrede bedre mobilitet for selskaber inden for EU/EØS, og blev generelt positivt modtaget. Direktivet overlod dog store dele af interessen beskyttelse til medlemsstaterne. Dette gav dog incitament til at forum shoppe, eftersom nogle medlemsstater fastsatte hårdere og dermed mere omkostningsfyldte regler, for beskyttelse af medarbejdere, kreditorer og aktionærer. Derudover harmoniserede direktivet ikke reglerne for grænseoverskridende spaltninger eller omdannelser. Næste etape i udviklingen og harmoniseringen heraf er direktiverne 2017/1132 og 2019/2121.

De danske regler for grænseoverskridende transaktioner, har ligeledes udviklet sig i etaper. Eftersom Danmark er underlagt EU-reglerne, har den danske lovgivning udviklet sig i takt med EU. Danmark har dog, på flere punkter, været foran EU-reglerne. Ved implementeringen af det 10. selskabsdirektiv, indførte Danmark regler for grænseoverskridende spaltning, udover reglerne for grænseoverskridende fusion. Implementeringen af dette direktiv, samt reglerne for grænseoverskridende fusion, blev fremskyndet i Danmark, efter domsafsigelsen i SEVIC-dommen. I 2009 blev der ved sammenskrivningen af Aktieselskabsloven og Anpartsselskabsloven til Selskabsloven, lavet regler for grænseoverskridende omdannelse. Dette blev gjort umiddelbart efter Cartesio-dommen. Danmark har derfor været på forkant med EU-retten, da der først er kommet fælles regler herfor med de nye direktiver.

Som retsstillingen ser ud nu, er der kun harmoniserede regler på området for grænseoverskridende fusioner. Denne harmonisering har dog visse mangler. Det er op til medlemsstaterne selv, at lave regler for beskyttelse af selskabsinteressenter. Der er derfor stor forskel mellem reglerne medlemsstaterne imellem. Derudover er direktivet blevet kritiseret for ikke at tillade andre selskabsformer end selskaber med begrænset hæftelse, at anvende de grænseoverskridende transaktionsformer. Reglerne for grænseoverskridende spaltning og omdannelse er ikke harmoniseret. Retspraksis har dog vist, at disse transaktionsformer er omfattet af etableringsfriheden, hvorfor selskaber teoretisk har mulighed for at anvende disse. De manglende fælles retningslinjer og harmonisering af reglerne, gør dog processen omkostningsfuld og usikker. I flere tilfælde vil de nuværende nationale regler være modstridende, hvorfor det ikke er muligt at anvende etableringsfriheden i praksis.

Eftersom Danmark har regler for både grænseoverskridende fusion, spaltning og omdannelse, vil det være muligt at anvende disse transaktionsformer på tværs af den danske grænse. De danske regler for spaltning og omdannelse kræver dog, at de andre involverede medlemsstater ligeledes har regler for dette, hvorfor det ikke vil være muligt at gøre mellem Danmark og alle andre medlemsstater.

Kommissionens direktivforslag har tilføjet regler for grænseoverskridende spaltninger og omdannelser, som på mange punkter ligner reglerne for fusioner. I forhold til de eksisterende regler for grænseoverskridende fusioner, havde Kommissionen tilføjet yderligere regulering, for at beskytte kreditorer, medarbejder og minoritetsdeltagere. For at sikre sig mod at selskaberne kan misbruge reglerne til blandt andet skatteunddragelse, havde Kommissionen i forslaget, indført et forbud mod oprettelsen af hvad de kaldte "kunstige arrangementer".

Ved behandlingen af direktivforslaget i EU-Parlamentet og Rådet, blev der indsamlet udtalelser fra relevante udvalg i EU-Parlamentet, Det Østrigske Formandskab for Rådet, udvalgte medlemsstater samt Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg. Blandt disse udtalelser, forekom en del ændringsforslag til direktivets artikler, hvor en del af dem prægede det endelige direktiv. Udtrykket "kunstige arrangementer", blev anset som værende uklart og ville skabe tvivl blandt medlemsstaterne i deres fortolkning af udtrykket. Denne formulering blev efterfølgende fjernet, og blev ikke en del af det endelige direktiv. Andre af Kommissionens forslag blev heller ikke positivt modtaget, som blandt andet eksklusionen af andre selskabsretlige enheder end selskaber med begrænset ansvar, fra at være omfattet af direktivet. Økonomi- og Valutaudvalget mente, at der var for store risici ved at tilføje regler for grænseoverskridende spaltning, og ville gerne have disse fjernet fra direktivet.

Direktivet 2017/1132, sammen med ændringsdirektivet 2019/2121, indfører i høj grad harmonisering af grænseoverskridende selskabstransaktioner. I forhold til det 10. selskabsdirektiv, overlader de nye direktiver, færre beføjelser til medlemsstaterne, til at kunne opsætte regler for beskyttelse af interessenter. De store ændringer direktivet medfører, er harmonisering af reglerne for grænseoverskridende fusion og omdannelse. De fælles regler herfor, vil gøre det nemmere for selskaber at anvende etableringsfriheden. Efter implementeringen af direktivet, vil selskaber ikke længere skulle støtte sig op af TEUF art. 49 og 54, når der foretages grænseoverskridende spaltning eller omdannelse. Fra selskabernes perspektiv gør direktivet processen for at anvende disse selskabstransaktionsformer mere gennemskuelig, samt mindre risikabel. Fra medlemsstaternes

perspektiv, har harmoniseringen fjernet mange tvivlsspørgsmål om hvorvidt nationale regler er ulovlige restriktioner. Dette skyldes, at direktivet kun overlader få områder til medlemsstaterne selv, at indføre regler. Et eksempel herpå er, at medlemsstaterne skal fastsætte stemmetærsklen for vedtagelsen af en grænseoverskridende omdannelse. Her kan medlemsstaterne selv sætte grænsen. Denne skal dog ligge inden for et bestemt interval, og må ikke være højere end for vedtagelsen af en grænseoverskridende fusion. Direktivet fastsætter derfor meget præcise rammer for implementeringen, hvilket sikrer næsten ens regler i alle medlemsstater.

Implementering af direktivet i dansk lov vil, overordnede set, ikke kræve det store proceduremæssige ændringer. Danmark har, modsat mange andre medlemsstater, allerede regler for alle tre transaktionstyper. De danske regler bygger på reglerne for det 10. selskabsdirektiv om grænseoverskridende fusion, hvorfor ændringerne vil være begrænset. Der bliver i direktivet tilføjet få proceduremæssige regler for grænseoverskridende fusioner, hvorfor disse ændringer i dansk ret skal foretages for alle transaktionstyper. Derudover indfører direktiverne nye materielle regler for alle transaktionstyper, hvilket vil kræve visse ændringer i selskabsloven.

Kapitel 6 - Litteraturliste

6.1. Retskilder

6.1.1. Traktater:

- Traktaten om Den Europæiske Union (TEU)
- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

6.1.2. Forordninger:

- RÅDETS FORORDNING (EF) Nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE)

6.1.3. Direktiver:

- RÅDETS TREDJE DIREKTIV af 9. oktober 1978, om fusioner af aktieselskaber (78/855/EØF)
- RÅDETS SJETTE DIREKTIV af 17. december 1982, om spaltning af aktieselskaber (82/891/EØF)
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2002/14/EF af 11. marts 2002 om indførelse af en generel ramme for information og høring af arbejdstagerne i Det Europæiske Fællesskab (2002/14/EF)
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2005/56/EF af 26. oktober 2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2009/38/EF af 6. maj 2009 om indførelse af europæiske samarbejdsudvalg eller en procedure i fællesskabsvirksomheder og fællesskabskoncerner med henblik på at informere og høre arbejdstagerne (2009/38/EF)
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2017/1132 af 14. juni 2017 om visse aspekter af selskabsretten
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/1023 af 20. juni 2019 (rekonstruktions- og insolvensdirektivet)
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/1151 af 20. juni 2019 om ændring af direktiv (EU) 2017/1132, for så vidt angår brugen af digitale værktøjer og processer inden for selskabsret
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/2121 af 27. november 2019 om ændring af direktiv (EU) 2017/1132, for så vidt angår grænseoverskridende omdannelser, fusioner og spaltninger

- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2017/1132 af 14. juni 2017 om visse aspekter af selskabsretten (kodifikation)

6.1.4. Danske love:

- Aktieselskabsloven - LBK nr 649 af 15/06/2006
- Anpartsselskabsloven - LBK nr 650 af 15/06/2006
- Lov om ændring af lov om aktieselskaber, lov om anpartsselskaber, lov om visse erhvervsdrivende virksomheder og lov om erhvervsdrivende fonde - LOV nr 573 af 06/06/2007
- Selskabsloven - LBK nr 763 af 23/07/2019
- Selskabsloven 2009 - LOV nr 470 af 12/06/2009

6.2. EU-dokumenter:

6.2.1. Direktivforslag:

- COM(2003) 703 final: Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om grænseoverskridende fusioner af kapital­selskaber
- COM(2018) 241 final: Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om ændring af direktiv (EU) 2017/1132 for så vidt angår grænseoverskridende omdannelser, fusioner og spaltninger

6.2.2. Udtalelser i forbindelse med lovgivningsarbejdet

- Tysklands udtalelse: COM(2018) 241 final; dokument 8561/18
 - Kan findes på <https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COD20180114/debra.do> (sidst besøgt 18-05-2021)
- Estlands udtalelse: 2018/0114(COD); dokument 13691/19 ADD 1
- Formandskabet for EU-Rådets udtalelse: 2018/0114(COD); dokument 15678/18
- Retsudvalgets betænkning, inklusiv udtalelser fra Udvalget om Beskæftigelse og Sociale Anliggender og Økonomi- og Valutaudvalget; mødedokument A8-0002/2019
- Udtalelse fra Det Europæiske Økonomiske og Sociale udvalg: dokument INT/841 – EESC-2018-01917-00-00-AC-TRA

6.2.3. Andre EU-dokumenter

- Retsudvalget: *REPORT with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats*, (2011/2046(INI)) (Henstilling til Kommissionen)
- DEN EUROPÆISKE UNIONS CHARTER OM GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER, (2010/C 83/02) (Charter om grundlæggende rettigheder)
- Europa-Kommissionen: *Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, konsekvensanalyse*, ledsagedokument til COM(2018) 241 final, {SWD(2018) 141 final} (Impact Assessment)

6.3. Domme og afgørelser:

6.3.1. EU-Domstolens domme:

- Domstolens Dom: C-201/15, AGET Iraklis
- Domstolens Dom: C-204/90, Bachmann
- Domstolens Dom: C-196/04, Cadbury Schweppes
- Domstolens Dom: C-442/02, CaixaBank France
- Domstolens Dom: C-210/06, Cartesio
- Domstolens Dom: C-212/97, Centros
- Domstolens Dom: C-330/91, Commertzbank
- Domstolens Dom: C-81/87, Daily Mail
- Domstolens Dom: C-270/83, Den franske skattesag
- Domstolens Dom: C-55/94, Gebhard
- Domstolens Dom: C-1/93, Halliburton
- Domstolens Dom: C-167/01, Inspire Art
- Domstolens Dom: C-221/85, Kommissionen mod Belgien
- Domstolens Dom: C-101/94, Kommissionen mod Italien
- Domstolens Dom: C-205/84, Den tyske co-assurancesag
- Domstolens Dom: C-106/16, Polbud
- Domstolens Dom: C-2/74, Reyners
- Domstolens Dom: C-79/85, Segers
- Domstolens Dom: C-411/03, SEVIC
- Domstolens Dom: C-250/95, Singer
- Domstolens Dom: C-378/10, VALE
- Domstolens Dom: C-2008/00, Überseering

- Domstolens Dom: C-338/09, Yellow Cab

6.3.2. Andre domsdokumenter fra EU-Domstolen

- Cartesio – Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Poiares Maduro af 22. maj 2008 (Cartesio, forslag til afgørelse)
- Centros – Forslag til afgørelse fra generaladvokat Antonio La Pergola af 16. juli 1998 (Centros, forslag til afgørelse)
- SEVIC – Forslag til afgørelse fra generaladvokat Antonio Tizzano af 7. juli 2005 (SEVIC, forslag til afgørelse)

6.3.3. Danske domme og afgørelser

- TfS 1998, 797, Ligningsrådets afgørelse af 26. juni 1998, j.nr. 99/97-4314-849 (Ligningsrådets afgørelse 1998)

6.4. Bøger

- Biermeyer, Thomas & Meyer, Marcus: *Cross-border Corporate Mobility in the EU - EMPIRICAL FINDINGS*, 1. Udgave, Maastricht Universitet, 2020 (Empirical Findings)
- Engsig Sørensen, Karsten & Runge Nielsen, Poul & Hartig Danielsen, Jens: *EU-Retten*, 6. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014 (EU-Retten)
- Munk Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 2. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018 (Retsvidenskabsteori)
- Papadopoulos, Thomas: *Cross-Border Mergers: EU Perspectives and National Experiences*, Springer, 2019 (National Experiences)
- Werlauff, Erik: *Selskabsret*, 10. Udgave, Karnov Group, 2016 (Selskabsret)

6.5. Artikler og retslitteratur:

- Böckli, Peter m.f.: *The consequences of Brexit for companies and company law*, 2017 (The consequences of Brexit)
- Fabris, Daniele, *European Companies' 'Mutilated Freedom'. From the Freedom of Establishment to the Right of Cross-Border Conversion*, 2019, European Company Law Journal 16, Issue 4, s. 106-113 (Mutilated Freedom)
- M. Siems, Mathias, *THE EUROPEAN DIRECTIVE ON CROSS-BORDER MERGERS: AN INTERNATIONAL MODEL?*, 2005 (An international model?) Tilgængelig ved https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=853804 (sidst besøgt 18-05-2021)

- Rønfeldt, Thomas og Werlauff, Erik: *Fusion som etableringsmåde - om international fusion, flytning og spaltning, hjemlet direkte af etableringsfriheden i EF-traktaten*, U.2006B.181, 2006 (Rønfeldt og Werlauff)
- Schmidt, Jessica: *Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package*, 2019, *European Company and Financial Law Review*, Volume 16, Issue 1-2, side 222-271 (Schmidt, Company Law Package)
- Søgaard, Gitte & Werlauff, Erik: *Cross-border Transfer and Change of Lex Societatis After Polbud, C-106/16: Old Companies Do Not Die ... They Simply Fade Away to Another Country*, *European Company Law Journal* 15, Issue 1, s. 106-113 (Søgaard & Werlauff)
- Werlauff, Erik: *European Company Law: Status 1998 (1) Equal treatment of companies, domicile under company law and related concepts*, 1998, *European Business Law Review* 9, Issue 5, s. 169-175 (Werlauff EBLR)

6.6. Fortolkningsmaterialer:

- Bech-Bruun, Lexidale: *Study on the application of the Cross-Border Mergers Directive*, 2013 (Bech-Bruun & Lexidale)
- Ernst & Young: *DG JUST: Assessment and quantification of drivers, problems and impacts related to cross-border transfers of registered offices and cross-border divisions of companies*, JUST/2015/PR/01/0003 (EY Study)
- Lehne & Regner: *European Added Value Assessment: Directive on the cross-border transfer of a company's registered office 14th Company Law Directive*, 2012 (European Added Value Assessment)
- Lund Poulsen, Troels: *Redegørelse af 15/5 18 om indsatsen for en mindre byrdefuld implementering af erhvervsrettet EU-regulering*. (Redegørelse nr. R 14)
- Schmidt, Jessica: *Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?*, 2016 (Is there a need to legislate?)

6.7. Andre kilder:

- Den Europæiske Unions Tidende, *Europa-Parlamentets beslutning om den seneste udvikling og udsigter i relation til selskabsret (2006/2051(INI))*, 13.12.2016 (Europa-Parlamentets beslutning)
- Erhvervsankenævnet Årsberetning 2001