

# SELSKABERS NATIONALITET



- Grænselandet mellem den  
Internationale Privatrecht og  
Fællesskabsretten

Udarbejdet af:  
Anja B. Olesen

Vejleder:  
Erik Werlauff

## Selskabers nationalitet

– grænselandet mellem den Internationale Privatret og Fællesskabsretten

### Synopsis

Denne afhandling omhandler fastlæggelsen af selskabers nationalitet. Problemstillingerne er følgende:

*Hvorledes fastlægges et selskabs nationalitet på nationalt og fællesskabsretligt plan, og hvorledes stemmer disse overens.*

og

*Er SE-forordningens art. 7 om bestemmelse af SE-selskabets nationalitet i strid med EF-Traktatens art. 43 og art 48 om selskabers etableringsret?*

Afhandlingen er bygget op på den måde, at den internationale privatret omkring bestemmelse af et selskabs nationalitet, herunder de to kriterier, registreringskriteriet og hovedsædekriteriet, beskrives og fortolkes. Herefter beskrives og fortolkes etableringsretten i EU. Den internationale privatret og etableringsretten vil blive sammenholdt, for at se, hvorledes disse stemmer overens.

EF-Domstolen har afsagt nogle kendelser i relation til denne problemstilling; Centros, Überseeing og Inspire Art, som herefter vil blive beskrevet og analyseret i forhold til ovenstående analyse af den internationale privatret og etableringsretten.

SE-forordningens art. 7 bliver præsenteret og analyseret og sat i relation til ovenstående. Afhandlingens problemstillinger vil herefter blive besvaret i en konklusion.

Som perspektivering på afhandlingen vil muligheden for en europæisk Delaware-effekt blive belyst.

**UDARBEJDET AF:**  
Anja Olesen

**VEJLEDER:**  
Erik Werlauff

---

# INDHOLDSFORTEGNELSE

<b>Kapitel 1: Problemformulering</b> .....	<b>1</b>
1.1 Retskilder.....	2
1.1.1 Hovedprincipper.....	3
1.1.2 Fortolkningsprincipper.....	4
1.2 Emnevalg.....	5
1.3 Problemformulering.....	5
1.4 Afgrænsning.....	6
1.5 Disposition.....	6
<b>Kapitel 2: International privatret</b> .....	<b>7</b>
2.1 International selskabsret.....	7
2.1.1 Juridisk personlighed.....	8
2.2 Selskabsstatuttet.....	9
2.3 Selskabers nationalitetsbestemmelse i EU.....	10
2.3.1 Hovedsædekriteriet.....	10
2.3.2 Registreringskriteriet.....	11
2.3.3 Kompromis.....	12
2.4 Sammenfatning.....	13
<b>Kapitel 3: Etableringsretten</b> .....	<b>14</b>
3.1 Den foreløbige harmonisering.....	14
3.2 EF Traktaten.....	15
3.2.1 Artikel 43 EF.....	16
3.2.2 Artikel 46 EF.....	18
3.2.3 Artikel 48 EF.....	18
3.3 Daily Mail.....	20
3.4 Sammenfatning.....	21
<b>Kapitel 4: International privatret vs. etableringsretten</b> .....	<b>22</b>
4.1 Primær etablering.....	22
4.2 Sekundær etablering.....	22
4.2.1 Registreringskriteriet vs. etableringsretten.....	22
4.2.2 Hovedsædekriteriet vs. etableringsretten.....	22
4.3 Sammenfatning.....	23
<b>Kapitel 5: Domme</b> .....	<b>24</b>
5.1 Centros limited – C-212/97.....	24
5.1.1 EF-Domstolens afgørelse.....	25
5.1.2 Tolkning af dommen.....	28
5.1.3 Dommens betydning.....	29
5.2 Überseering BV – C-208/00.....	31
5.2.1 EF-Domstolens afgørelse.....	32
5.2.2 Tolkning af dommen.....	34
5.2.3 Dommens betydning.....	34
5.3 Inspire Art – C-167/01.....	36
5.3.1 EF-Domstolens afgørelse.....	37

5.3.2 Tolkning af dommen.....	40
5.3.3 Dommens betydning.....	40
5.4 Sammenfatning.....	40
<b>Kapitel 6: SE-selskabet.....</b>	<b>42</b>
6.1 Præamblen.....	42
6.2 Forordningen.....	43
6.2.1 Retskilder.....	44
6.2.2 Hjemsted.....	44
6.3 Diskussion.....	46
6.4 Sammenfatning.....	46
<b>Kapitel 7: Konklusion.....</b>	<b>47</b>
7.1 Selskabers nationalitet.....	47
7.2 EF-Domstolens afgørelser.....	48
7.3 SE-selskabet.....	49
<b>Kapitel 8: Perspektivering.....</b>	<b>51</b>
8.1 Delaware-effekten.....	51
8.2 USA vs. EU.....	52
8.3 Europas Delaware?.....	53
8.4 Afslutning.....	53
<b>Summary.....</b>	<b>55</b>
<b>Bilag A – Direktiver.....</b>	<b>59</b>
<b>Bilag B – Artikel 44, 45 &amp; 47 EF.....</b>	<b>60</b>
<b>Litteraturliste.....</b>	<b>61</b>
Artikler.....	61
Bøger.....	66

# KAPITEL 1

## PROBLEMFOMULERING

Den 8. Oktober 2004 blev det muligt at stifte et europæisk aktieselskab, SE-selskabet. Denne selskabsform har den særlige egenskab, at et selskab kan skifte nationalitet uden at dette behøver at blive opløst i fraflytterstaten og nystiftet i tilflytterstaten. Derudover har denne selskabstype sin egen lovgivning, SE-forordningen, som er stort set ens i hele EU. Dette betyder, at selskabets nationalitet er underordnet. SE-forordningen er blevet en realitet på grund af renvoi-teknikken, der betyder at, hvor forordningen ingen regler har, benyttes lovgivningen for aktieselskaber i den stat, hvor selskabet har hjemsted. Brugen af denne teknik giver dog en vis uensartethed fra stat til stat, blandt andet med hensyn til medarbejderindflydelse og ledelsesform, hvorfor selskabets nationalitet alligevel får betydning i praksis.

Ideen med at skabe en ny fælleseuropæisk selskabsform blev fremført i slutningen af halvtredserne af hollænderen Sanders. Denne fremlagde i 1966 et foreløbigt udkast til en forordning vedrørende det europæiske selskab kaldet Societas Europaea eller SE-selskabet. Tanken var at skabe en supranational selskabsform, som alene var reguleret i Fællesskabsretten.<sup>1</sup>

Aktieselskabsformen er både på nationalt og europæisk plan den dominerende selskabsform, når man måler størrelse, hvad enten det gælder omsætning, kapital eller antal medarbejdere.<sup>2</sup> Det er derfor naturligt at denne selskabsform er blevet stammen i det europæiske selskab.

Den stadig stigende internationalisering af erhvervslivet øger selskabernes behov for selskabsretlig mobilitet, og når selskaberne udøver aktivitet i mange stater, er de underlagt de forskellige staters retskilder. Det er de enkelte staters internationale privatret, som fastsætter lovvalgsreglerne. En vigtig forudsætning for selskabernes mobilitet er, hvilke tilknytningsfaktorer medlemsstaten benytter til bestemmelse af, hvor selskabet hører hjemme.

Et selskab har to hjemsteder; det vedtægtsmæssige og det faktiske. Det vedtægtsmæssige hjemsted er det hjemsted, som er nævnt i vedtægterne, mens det faktiske hjemsted<sup>3</sup> er der, hvor den øverste ledelse af selskabet befinder sig og hvorfra ordrer og direktiver for virksomheden udgår.<sup>4</sup> For at finde ud af hvilken nationalitet selskabet har og dermed hvilken lovgivning, lovvalgsreglerne udpeger som selskabets retlige grundlag, selskabsstatuttet, benyttes der i EU to kriterier, registreringskriteriet (inkorporationskriteriet) og hovedsædekriteriet. Begge kriterier tager udgangspunkt i selskabets to hjemsteder. Registreringskriteriet accepterer, at der ikke er sammenfald mellem de to hjemsteder, mens hovedsædekriteriet forlanger, at der er det.

Etableringsretten i art. 43 EF giver mulighed for, at personer kan oprette agenturer, filialer eller datterselskaber i alle medlemsstater på lige fod med statsborgere i den stat, hvor etableringen

---

<sup>1</sup> Hansen, Søren Friis: Société Fermée Européenne - Et europæisk anpartsselskab i støbeskeen?, Julebog 1998 s. 185

<sup>2</sup> Krüger Andersen, Paul: EU's selskabsret ...: Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, 1995 s. 14

<sup>3</sup> Faktiske hjemsted og hovedsædet er defineret på samme måde i denne afhandling, og vil som følge heraf begge blive benyttet.

<sup>4</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 131

finder sted. Art. 48 EF siger, at selskaber, som er lovligt oprettet, ligestilles med personer, og kan således frit etablere sig, hvor selskabet har lyst. Dette giver hermed juridiske personer samme rettigheder som fysiske personer efter art. 43 EF. Etableringsretten nævner ikke, hvorledes et selskabs nationalitet skal fastlægges, men siger, at der ikke må gøres forskel på indenlandske og udenlandske selskaber.

Ifølge art. 7 i SE-forordningen, skal selskabets ”*vedtægtsmæssige hjemsted være beliggende inden for Fællesskabet, i samme stat som selskabets hovedkontor*”, hvilket betyder, at forordningen stiller krav om, at det vedtægtsmæssige og det faktiske hjemsted skal være sammenfaldende, og dermed benyttes hovedsædekriteriet til fastlæggelse af et SE-selskabs nationalitet.

## 1.1. Retskilder

Retskilder er defineret i dansk juridisk teori som de faktorer, der danner grundlag for den regel, som lægges til grund ved en stillingtagen i konkrete retstilfælde.

De nationale retskilder er lovgivning (grundlov, love, anordninger, bekendtgørelser og cirkulærer), retspraksis/præjudikater, sædvaner og forholdets natur.<sup>5</sup> Retskilderne har ingen rangorden, det vil sige, at den ene kilde ikke er vigtigere end den anden, men for at en retskilde er gyldig, skal den have hjemmel i en lov, og denne hjemmel starter altid i Grundloven, hvorved Grundloven i princippet er af højere rang end de øvrige retskilder. I praksis benyttes lovgivningen som primær kilde, hvilket skyldes, at denne kilde er lettest tilgængelig.

EF- og EU-Traktaterne er grundlaget for Fællesskabet, og ifølge art. 249 (ex. 189) EF suppleres disse af en række sekundære retsakter, som vedtages af Rådet og Kommissionen. Disse sekundære retsakter er blandt andet forordninger og direktiver. De sekundære retsakter har forskellig retslig karakter, idet de tilsigter forskellig virkning i medlemsstaternes retssystemer, ligesom retsakternes adressater er forskellige. Forskellene er delvist begrundet i forskellige målsætninger.<sup>6</sup>

Traktaten er som udgangspunkt den øverste retskilde, idet de sekundære retsakter skal have hjemmel i en af traktaternes bestemmelser. De sekundære retsakter har ikke nogen egentlig rangorden, men afhænger af, hvilken hjemmelsbestemmelse den sekundære retsakt hviler på. To retsakter udstedt med samme hjemmel er i princippet ligestillede.<sup>7</sup>

### Traktater

Traktaterne er en folkeretlig reguleringsform, hvor suveræne og sideordnede stater regulerer deres indbyrdes mellemværender.<sup>8</sup> De kan være umiddelbart anvendelige, hvilket betyder, at de har direkte virkning i medlemsstaterne. For at traktatens bestemmelser får direkte virkning skal visse betingelser være opfyldt: 1) Bestemmelsen skal indeholde en klar og præcis forpligtelse, 2) Der må ikke knytte sig forbehold til bestemmelsen, 3) Bestemmelsens gennemførelse er uafhængig af gennemførelsesforanstaltninger fra medlemsstaterne eller institutionernes side. Det er EF-Domstolen som fortolker traktaterne, og denne foretager en helhedsvurdering af

---

<sup>5</sup> Ewald, Jens: Retskilderne og den juridiske metode, 2000 s. 1

<sup>6</sup> Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s. 105

<sup>7</sup> Engsig Sørensen, Karsten m.fl.: EU-Retten, 2004 s.125

<sup>8</sup> Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s. 21

situationen, hvor der fokuseres på, om traktatbestemmelsen indeholder rettigheder, der er egnet til at kunne påberåbes.<sup>9</sup>

### Forordninger

Art. 249, stk. 2 EF omhandler forordninger. Disse er almenyldigt bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat.<sup>10</sup> Forordninger tilsigter at være en del af gældende ret i medlemsstaterne, uden at medlemsstaterne behøver at foretage gennemførelsesforanstaltninger. Hensigten hermed er, at skabe fuldstændig identisk lovgivning i medlemsstaterne.<sup>11</sup>

### Direktiver

Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes mod, men det overlades til de nationale myndigheder at bestemme form og middel til gennemførelsen jf. art. 249, stk. 3 EF. Det betyder, modsat forordninger, at direktiver skal implementeres i de enkelte medlemsstater. Formålet med direktiver er ikke at skabe identisk retsstilling, men blot at harmonisere denne. Derfor bliver direktiver også ofte udformet som minimumsdirektiver, som således giver en vis fleksibilitet både politisk og retsligt.<sup>12</sup> Et direktiv er ikke umiddelbart anvendeligt, idet det per definition skal implementeres i national ret, men hvis implementeringen ikke er korrekt gennemført, har Domstolen argumenteret,<sup>13</sup> at direktiver er umiddelbart anvendelige efter udløbet af implementeringsfristen.<sup>14</sup>

### EF-Domstolen

Det er i sidste instans EF-Domstolen der fortolker bestemmelserne i Fællesskabsretten, og derfor er det Domstolens retspraksis, der afgrænser bestemmelsernes rækkevidde. Domstolens fortolkning er uafhængig af, den for tiden, gældende praksis ved de nationale domstole.<sup>15</sup>

## **1.1.1. Hovedprincipper**

### Legalitetsprincippet

Medlemsstaterne i EU har gennem tilslutningen til EF-Traktaten tildelt Fællesskabet nogle kompetencer. Dette betyder, at Fællesskabet efter art. 5, stk.1 EF kan handle indenfor nogle rammer og mål, som er præciseret i Traktaten, og institutionerne i EU kan efter art. 7 EF handle indenfor de rammer, som er tillagt den pågældende institution. Denne kompetenceoverdragelse kaldes *legalitetsprincippet* og betyder, at der ikke kan udstedes retsakter uden hjemmel eller med en anden hjemmel end den, der fremgår af traktaterne.<sup>16</sup>

### Subsidiaritetsprincippet

*Subsidiaritetsprincippet* blev traktatfæstet ved EF-Traktaten, og reglerne herom findes i art. 5, stk. 2 EF, der foreskriver, ”at Fællesskabet på de områder, som ikke hører ind under dets enekompetence, kun handler hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i

---

<sup>9</sup> Engsig Sørensen, Karsten m.fl.: EU-retten 1, 1999 s. 111-116

<sup>10</sup> Engsig Sørensen, Karsten m.fl.: EU-retten, 2004 s.112

<sup>11</sup> Engsig Sørensen, Karsten m.fl.: EU-retten, 2004 s.112-113

<sup>12</sup> Engsig Sørensen, Karsten m.fl.: EU-retten 1, 1999 s. 99

<sup>13</sup> Med blandt andet afgørelsen i 41/74 Van Duyn og senere afgørelser

<sup>14</sup> Engsig Sørensen, Karsten m.fl.: EU-retten 1, 1999 s. 116

<sup>15</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed ....., NTS 2003 nr.4 s.439

<sup>16</sup> Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s. 43

*tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne og derfor, på grund af den påtænkte handlings omfang eller virkninger, bedre kan gennemføres på fællesskabsplan.*<sup>17</sup>

### Proportionalitetsprincippet

Art. 5 EF sidste passus, ”Fællesskabet handler kun i det omfang, det er nødvendigt for at nå denne traktats mål” beskriver *proportionalitetsprincippet*. EF-Domstolen benytter en treleddet test, for at vurdere om en fællesskabsbestemmelse er i overensstemmelse med dette princip: 1) Bestemmelsen skal forfølge et lovligt mål, 2) Midlerne skal være egnede til at virkeliggøre det tilstræbte mål, og 3) Den må ikke være mere indgribende end nødvendigt.<sup>18</sup> Princippet gælder ikke blot for institutionerne i EU, men for hele Fællesskabsretten, hvor det blandt andet benyttes ved reglerne om fri etablering, som et væsentligt element i den afvejning af, om restriktioner er acceptable.<sup>19</sup>

### Ligebehandlingsprincippet

*Ligebehandlingsprincippet* indebærer efter EF-Domstolens praksis, at der stilles krav til fællesskabslovgiver om, at ensartede situationer behandles lige, medmindre forskelsbehandling er objektivt begrundet.<sup>20</sup>

## **1.1.2. Fortolkningsprincipper**

### Forrang

Fællesskabsretten har forrang for national ret og hermed også dansk ret. Forrang er et gammelt princip, som blev etableret inden Danmark trådte ind i EF.<sup>21</sup> Dette princip begrundes af Domstolen med, at denne ikke vil acceptere, at medlemsstaterne bevarer deres kompetence til selv at tilsidesætte Fællesskabsretten. I Danmark har Højesteret fastslået, at Fællesskabsretten ikke kan have forrang frem for den danske Grundlov, fordi Grundlovens § 20 udelukker at overdrage en så vidtgående kompetence til EU.<sup>22</sup> Denne uoverensstemmelse vil ikke blive behandlet i denne afhandling. Udgangspunktet for denne afhandling er, at Fællesskabsretten har forrang for national ret.

### Traktatfortolkning

Når Domstolen skal fortolke traktaterne, starter den med at sammenligne de forskellige sproglige versioner, da alle sproglige versioner er autentiske, og det undersøges, om der anvendes særlig sprogbrug. Herefter vurderes reglerne i rette sammenhæng, og de fortolkes i lyset af: 1) Fællesskabsrettens bestemmelser som helhed, 2) Deres målsætning og 3) Fællesskabsrettens udviklingstrin på tidspunktet for den pågældende bestemmelses anvendelse.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s. 46 &

Nielsen, Ruth: Retskilderne, 2002 s. 61

<sup>18</sup> Nielsen, Ruth: Retskilderne, 2002 s. 61

<sup>19</sup> Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s. 49 og Nielsen, Ruth: Retskilderne, 2002 s. 61

<sup>20</sup> Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s. 49

<sup>21</sup> Nielsen, Ruth: Dansk EF-medlemskab, 1994 s. 2-3

<sup>22</sup> Engsig Sørensen, Karsten m.fl.: EU-retten 1, 1999 s. 140-144

<sup>23</sup> Engsig Sørensen, Karsten m.fl.: EU-retten 1, 1999 s. 106



### Lex superior, lex specialis, lex posterior

Hvis der opstår modsigelser mellem to retsregler, det vil sige, hvis samme situation kan fortolkes med to retsregler, som ikke giver forenelige retsfølger, tager man udgangspunkt i tre fortolkningsprincipper;

Lex superior: Grundlov forud for lov, eller Fællesskabsret forud for dansk ret,

Lex specialis: Den specielle regel går forud for den generelle regel og

Lex posterior: Den yngre regel går forud for den ældre.

Disse fortolkningsprincipper udgør kun elementer af den samlede fortolkning, der beror på en pragmatisk helhedsvurdering.<sup>24</sup>

### EU-konform fortolkning

EU-konform fortolkning er et andet overordnet fortolkningsprincip, som betyder, at de nationale domstole skal fortolke national ret i overensstemmelse med de fællesskabsretlige regler.

## **1.2. Emnevalg**

Den internationale selskabsret er et meget aktuelt emne, idet den nye selskabsform, SE-selskabet, er blevet en realitet fra 8. Oktober 2004. Derudover udøver de fleste større virksomheder, en eller anden form for aktivitet over landegrænser, det være sig i form af indkøb, salg, fabrikation eller lignende, som giver anledning til mange juridiske spørgsmål, heriblandt spørgsmålet om selskabsstatuttet.

Valget af emne til denne afhandling skal ifølge studieordningen s. 10 være ”*af relevans for en statsautoriseret revisors virke*”. Emnet ligger inden for fagområdet selskabsret, og afhandlingen vil omhandle den nye europæiske selskabsform SE-selskabet, etableringsretten i EU og bestemmelse af selskabsstatuttet. Dette har relevans for en statsautoriseret revisor, idet en revisor virker som rådgiver for selskaber, blandt andet med henblik på etablering af selskaber i ind- og udland. Det er derfor vigtigt, at en revisor er bekendt med gældende ret på området.

## **1.3. Problemformulering**

Som det fremgår af indledningen, er der to forskellige opfattelser i EU af, hvordan man fastlægger et selskabs nationalitet. Denne afhandling vil undersøge, hvorledes disse to opfattelser stemmer overens med Fællesskabsretten. Det søges derfor besvaret:

*Hvorledes fastlægges et selskabs nationalitet på nationalt og fællesskabsretligt plan, og hvorledes stemmer disse overens?*

I SE-forordningen er hovedsædekriteriet valgt til fastlæggelse af SE-selskabets nationalitet. EF-Domstolen har i en række afgørelser afvist brugen af hovedsædekriteriet, med den begrundelse, at det er i strid med en af de grundlæggende bestemmelser i EF-Traktaten, nemlig diskrimination på grund af nationalitet og selskabers ret til fri etablering. Denne afhandling vil ligeledes

---

<sup>24</sup> Nielsen, Ruth: Retskilderne, 2002 s. 152-161

undersøge, om SE-forordningen har valgt at benytte et kriterium for fastlæggelse af selskabets nationalitet, som er i strid med etableringsretten. Derfor søges det besvaret:

*Er SE-forordningens art. 7 om bestemmelse af SE-selskabets nationalitet i strid med EF-Traktatens art. 43 og art 48 om selskabers etableringsret?*

#### **1.4. Afgrænsning**

Afhandlingen omhandler bestemmelsen af selskabers nationalitet, herunder SE-selskabets nationalitet. Derfor afgrænses fra alle andre aspekter af SE-selskabet, herunder selskabets stiftelse, medarbejderindflydelse, ledelsesform med videre.

Spørgsmålet om selskabets nationalitet bliver bestemt forskelligt, afhængigt af om det er i selskabsretlig, skatteretlig eller folkeretlig henseende. Denne afhandling behandler det selskabsretlige område, hvorfor der her afgrænses fra det skatteretlige og folkeretlige.

Der er brugt en dansk indgangsvinkel til Fællesskabsretten. Hermed afgrænses der fra at se på lovgivningen fra andre medlemsstater i EU, med mindre dette er oplagt. Dette er specielt i forhold til den internationale privatret og SE-forordningen.

#### **1.5. Disposition**

Afhandlingen er bygget op på den måde, at den internationale privatret omkring bestemmelse af et selskabs nationalitet, herunder de to kriterier, registreringskriteriet og hovedsædekriteriet, beskrives og fortolkes. Herefter beskrives og fortolkes etableringsretten i EU. Den internationale privatret og etableringsretten vil blive sammenholdt, for at se, hvorledes disse stemmer overens.

EF-Domstolen har afsagt nogle kendelser i relation til denne problemstilling; Centros, Überseering og Inspire Art, som herefter vil blive beskrevet og analyseret i forhold til ovenstående analyse af den internationale privatret og etableringsretten.

SE-forordningens art. 7 bliver præsenteret og analyseret og sat i relation til ovenstående. Afhandlingens problemstillinger vil herefter blive besvaret i en konklusion.

Som perspektivering på afhandlingen vil muligheden for en europæisk Delaware-effekt<sup>25</sup> blive belyst.

---

<sup>25</sup> Delaware-effekten er en betegnelse, der benyttes til at beskrive den konkurrence som foregår mellem selskabslovgivningen i de forskellige stater i USA.

## KAPITEL 2

# INTERNATIONAL PRIVATRET

Det retsområde, der traditionelt betegnes som international privatret, omhandler forholdet mellem privatretlige regler, som tilhører forskellige selvstændige retssystemer.<sup>26</sup> Dansk international privatret benyttes til at bestemme, hvornår reglerne om lovvalg, internationalt værneting og anerkendelse og fuldbyrdelse af domme på det privatretlige område skal behandles efter dansk lovgivning. Hovedproblemstillingen indenfor dette retsområde er spørgsmålet om lovvalg. Den internationale privatret er en del af de nationale retssystemer, og faktorerne for bestemmelse af retssystem er forskellige fra stat til stat.

Dette kapitel omhandler bestemmelsen af lovvalget, og således selskabsstatutten.<sup>27</sup> Staterne i EU fastlægger et selskabs nationalitet ved hjælp af enten registreringskriteriet eller hovedsædekriteriet, men inden dette spørgsmål bliver aktuelt, skal det først fastslås, hvornår et selskab har status som juridisk person. Begrebet *juridisk person* vil blive forklaret og herefter sat i relation til selskabets nationalitet.

Formålet med dette kapitel er at fastslå, hvorledes et selskabs nationalitet bestemmes på nationalt plan.

### 2.1. International selskabsret

Den internationale selskabsret omhandler spørgsmålet om lovvalg. Den anvendes, når der opstår konflikter af selskabsretlig karakter mellem to parter, som har tilknytning til forskellige geografiske retsområder og således forskellig nationalitet.<sup>28</sup> Den internationale selskabsret løser ikke konflikten, men udpeger den stat, hvis lovgivning skal.<sup>29</sup> Selskabsret er national ret, og derfor er det nødvendigt at fastlægge et selskabs nationalitet, for dermed at bestemme hvilke selskabsretlige regler selskabet er underlagt.<sup>30</sup> Til dette benyttes nogle faktorer/tilknytningsmomenter, som for eksempel det sted hvor selskabet er stiftet, det sted hvor selskabet har hovedvægten af sin økonomiske virksomhed eller det sted, hvor selskabets hovedsæde er placeret.<sup>31</sup> Fordelen ved stedet, hvor selskabet er stiftet, er, at det har en stærk formel karakter, som gør det let at konstatere, hvor selskabet er registreret og hermed afgøre lovvalget.<sup>32</sup> Fordelen ved stedet, hvor selskabet har hovedvægten af sin økonomiske virksomhed er, at reglerne passer bedst på de faktiske forhold. Fordelen ved hovedsædestaten er, at hovedsædet kun ligger ét sted,

---

<sup>26</sup> Siesby, Erik: Lærebog i international privatret, 1989 s.11

<sup>27</sup> For diskussion af værneting og anerkendelse og fuldbyrdelse af domme henvises til anden litteratur for eksempel Woxholdt, Geir: Lovvalsreglene i selskabsforhold . . . ., Lov og Rett 1993

<sup>28</sup> Nielsen, Peter Arnt: International privat- og procesret, 1997 s. 3-5

<sup>29</sup> Woxholdt, Geir: Lovvalsreglene i selskabsforhold . . . ., Lov og Rett 1993 s. 580

<sup>30</sup> Hansen, Søren Friis: Nekrolog over hovedsædeteorien, Julebogen 1999 s. 143

<sup>31</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 52

<sup>32</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 132

mens aktiviteten kan udøves i flere stater. Det er dog ikke altid lige let at afgøre, hvor selskabets hovedsæde ligger, idet der skal være tale om det reelle, og ikke det tilsyneladende hovedsæde.<sup>33</sup> Faktorerne bliver bestemt på nationalt plan, og det er således den internationale selskabsret i hver enkel stat, som afgør hvilke faktorer, den enkelte stat finder relevante for fastlæggelse af et selskabs nationalitet.<sup>34</sup>

For at et selskab kan optræde selvstændigt, skal det have status som juridisk person.

### 2.1.1. Juridisk personlighed

Der findes to former for personer, fysiske og juridiske. Juridiske personer er en betegnelse for et selskab, som er adskilt fra sin ejerkreds, og er oftest kapitalselskaber af aktie- eller anpartstypen. Fysiske personer, som er myndige og habile har mulighed for, med retsvirkning overfor omverdenen, at indgå retshandler og være part i en retssag. En fysisk person er herved et retssubjekt, og har i forhold til det omgivende samfund retsevne, handleevne, partsevne og procesevne.<sup>35</sup>

Der findes forskellige former for selskaber, som ikke alle kan betragtes som retssubjekter. De har derfor heller ikke alle juridisk personlighed. Et selskab opnår juridisk personlighed, når en formuemasse er udskilt fra sin ejerkreds på en sådan måde, at den har opnået retsevne, handleevne, partsevne og procesevne.<sup>36</sup> Selskabet får denne status ved sin stiftelse, hvilket betyder, at et selskab stiftet korrekt, har status som juridisk person i den stat, efter hvis lovgivning det er stiftet.<sup>37</sup> Den juridiske person eksisterer derfor kun med et bestemt formål for øje, og dets retsevne er derfor begrænset af dette formål.<sup>38</sup>

Retsevne er kompetencen til at være bærer af ret og pligt i eget navn, uden at denne ret og pligt direkte eller indirekte tilkommer/påhviler formuemassens eventuelle ejerkreds. Handleevne er kompetencen til selv at disponere over sin retsevne gennem tilsigtede eksterne dispositioner. Partsevne er evnen til at være sagsøger eller sagsøgt i retssager ved domstole eller voldgiftsretter, og procesevnen er kompetencen til selv at disponere over sin partsevne.<sup>39</sup>

En definition på begrebet "juridisk person" findes i forordningen for Europæisk Økonomisk Firmagruppe (EØFG)<sup>40</sup> art. 1, stk.2: "*firmagruppen har fra registreringstidspunktet evnen til i eget navn at erhverve rettigheder og pligter (retsevne), indgå aftaler og andre retshandlinger (handleevne) og være part i retssager (partsevne)*". Art. 20 foreskriver, at firmagruppen over for tredjemand udelukkende repræsenteres af forretningsførerne. En kombination af art. 1, stk. 2 og art. 20 giver en dækkende Fællesskabsretlig definition af det juridiske personlighedsbegrebs retsevne, partsevne, handleevne og procesevne.<sup>41</sup>

Et selskabs juridiske personlighed og et selskabs nationalitet er forbundet gennem lovgivning. Selskabet bliver stiftet efter en lovgivning, som giver selskabet juridisk personlighed. Afhængig

---

<sup>33</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 139

<sup>34</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 7

<sup>35</sup> Hansen, Søren Friis, m.fl.: Lærebog i selskabsret 1, 1999 s. 30-31

<sup>36</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 1

<sup>37</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 36

<sup>38</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 54

<sup>39</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 1

<sup>40</sup> Firmagruppen er et transnationalt samarbejdsinstrument, som giver små og mellemstore virksomheder mulighed for at arbejde sammen i en selvstændig retsenhed, der har juridisk personlighed.

<sup>41</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 2

af selskabets struktur, kan selskabet være underlagt forskellige lovgivninger. Dette afhænger af, hvilket kriterium medlemsstaterne benytter til at bestemme selskabsstatuttet. Et selskab er dog kun stiftet i overensstemmelse med én stats lovgivning.

## 2.2. Selskabsstatuttet

Der er enighed om, at et selskabs nationale lovgivning finder anvendelse på selskabet overalt, også uden for hjemstaten, men der er ikke enighed om, hvorledes selskabets nationalitet bestemmes.<sup>42</sup>

Selskabsstatuttet bestemmer, hvilken stats lovgivning, der skal anvendes på selskabets interne retsforhold og herved selskabets nationalitet.<sup>43</sup> Selskabsstatuttet omhandler således kun den selskabsretlige regulering af forholdet mellem selskabsdeltagerne. Selskabsretten i Danmark regulerer også forholdet omkring kreditorbeskyttelse og medarbejderindflydelse.<sup>44</sup> Selskabsstatuttet bestemmer altså, hvilken lovgivning selskabet skal forholde sig til. I EU er der, som tidligere nævnt, to uforenelige kriterier, som staterne benytter sig af, til bestemmelse af statuttet. Det ene kriterium, registreringskriteriet, bestemmer selskabets nationalitet, ud fra hvilken stat selskabet er registreret i. Det andet kriterium, hovedsædekriteriet, bestemmer selskabets nationalitet, ud fra hvilken stat selskabet har sit hovedsæde/faktiske hjemsted i.<sup>45</sup> Der kan forekomme selskabsretlige spørgsmål, hvor det er rimeligt at anvende en anden lovgivning end den som udpeges af selskabsstatuttet. Dette kan skyldes, at der mangler relevant tilknytning til den stat, som statuttet udpeger. Derfor kan de to kriterier ikke betragtes som enestående.<sup>46</sup> Selskabsstatuttet fastlægges dog som hovedregel ud fra enten registreringskriteriet eller hovedsædekriteriet. I praksis vil udfaldet ofte være det samme, uanset hvilket kriterium der vælges, idet et selskab, som udgangspunkt, har sit hovedkontor i samme stat, som det er stiftet.<sup>47</sup> På sigt kan uoverensstemmelse dog opstå, hvis selskabet reorganiserer sig.

Det retslige omfang af selskabsstatuttet er en anden problemstilling. Et par eksempler. Kan det anvendes på selskabet fra denne fødsel gennem livet til dets død? Det vil sige, fra tidspunktet hvor selskabet opnår status som juridisk person til selskabets likvidation. Og omfattes spørgsmålet om hvem, der kan være selskabsdeltagere, samt disses rettigheder og pligter? Disse problemstillinger behandles ikke i denne afhandling, og der henvises til anden litteratur for eksempel Allan Philip, Dansk og international privat- og procesret fra 1976.

Hvilket kriterium, der skal lægges til grund for valg af selskabsstatut er præget af to synspunkter, *kontraktssynspunktet* og *præceptivitetssynspunktet*. *Kontraktssynspunktet* er baseret på hensynet til markedskræfternes frie spil, som skulle føre til det, samfundsmæssigt set, bedste resultat. Udgangspunktet for dette synspunkt er, at der til grund for de fleste selskaber ligger en aftale om at stifte et selskab, som har ført til, at det enten helt er overladt til parterne selv at bestemme lovvalget eller selv at bestemme, hvilke faktorer, som skal ligges til grund herfor.<sup>48</sup> *Præceptivitetssynspunktet* er baseret på frygten for, at selskaberne skal omgå de præceptive selskabsretlige regler.

---

<sup>42</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 33

<sup>43</sup> Nielsen, Peter Arnt: International privat- og procesret, 1997 s. 629

<sup>44</sup> Hansen, Jesper Lau: Efter Centros, UfR 2001 s. 317

<sup>45</sup> Werlauff, Erik: Hovedsædekriteriet i ny skikkelse, UfR 2000 s. 465

<sup>46</sup> Nielsen, Peter Arnt: International privat- og procesret, 1997 s. 631

<sup>47</sup> Woxholdt, Geir: Lovvalsreglene i selskabsforhold ....., Lov og Rett 1993 s. 586

<sup>48</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 84

## 2.3. Selskabers nationalitetsbestemmelse i EU

I 1700-tallet fik selskaber deres eksistens ved en akt fra staten, den såkaldte koncessionstanke, hvor der ved stiftelsen normalt fulgte forskellige privilegier og enerettigheder. Umiddelbart efter den Franske Revolution (1789) blev det forbudt at drive virksomhed i selskabsform i Frankrig, på grund af den tætte sammenhæng mellem stat og selskab. Dette varede dog kun få år, og med Code de Commerce af 1807 blev selskabsstiftelse systematiseret. Koncessionstanken blev dog fastholdt med hensyn til nødvendig offentlig tilladelse til stiftelse. Selskaberne fik i denne forbindelse begrænset hæftelse og blev undergivet en mere lempelig og objektiv administration i forhold til andre lande.<sup>49</sup> Dette førte til, at franske selskaber ofte blev benyttet i Storbritannien, hvor selskabslovgivningen var meget restriktiv. Storbritannien indførte i 1856 Companies Act, som liberaliserede selskabsretten i Storbritannien. Denne gjorde det mere attraktivt at have britiske selskaber, således at disse nu blev benyttet i Frankrig.<sup>50</sup>

### 2.3.1. Hovedsædekriteriet

Frankrig ønskede at forhindre, at franske erhvervsdrivende benyttede britiske selskaber til at drive deres virksomhed udelukkende i Frankrig, og som modtræk hertil kom hovedsædekriteriet. Det var baseret på "fraude à la loi", som betyder, at hvis tilknytningen til en lov er skabt ved en disposition foretaget med den hensigt, at opnå et resultat, som ikke kunne opnås under den lovgivning, som der ville have været tilknytning til, var der tale om omgåelse. Disse selskaber kunne derfor ikke anerkendes i Frankrig,<sup>51</sup> og således opnå status som juridisk person. Kriteriet fandt vej til Tyskland omkring år 1900 og blev fulgt op med blandt andet en restriktiv aktieselskabslovgivning.<sup>52</sup>

Oprindeligt blev hovedsædet fastlagt som det sted, hvorfra selskabet blev ledet, det vil sige, hvor selskabets hjerne var, og i bestemmelsen heraf var det logisk, at selskabet fulgte lovgivningen i den stat, hvor hovedsædet var beliggende.<sup>53</sup> Opfattelsen blev, at stiftelsesstatens lov blev identisk med loven på stedet for hovedsædet. Hovedsædet opstod som en konsekvens af stiftelsen, og loven gjorde det til en betingelse for stiftelsens lovlighed, at hovedsædet var beliggende i stiftelsesstaten. De to elementer, stiftelse og hovedsæde, blev således teknisk udelelige, men hovedsædet blev ikke afgørende for lovvalget.<sup>54</sup>

I dag bliver hovedsædekriteriet udøvet på den måde, at et selskabs nationalitet bliver bestemt ud fra, hvilken stat selskabet har sit faktiske hjemsted i. Den oprindelige tanke bag dette er, at et selskab skal være underlagt lovgivningen i den stat, hvor selskabets tyngdepunkt befinder sig, idet selskabets interesser må antages at befinde sig her. Det gælder aktionærer, kreditorer, medarbejdere med videre. Derudover må det formodes, at samfundsmæssige interesser bedst beskyttes på denne måde, hvilket vil sige, lovgivningen passer bedst på de faktiske forhold.<sup>55</sup>

Der er ikke altid enighed om, hvorledes det faktiske hjemsted skal defineres, men som oftest bliver det faktiske hjemsted defineret som det sted, hvor tyngdepunktet af administrationen

---

<sup>49</sup> Hansen, Jesper Lau: Efter Centros, UfR 2001 s. 316

<sup>50</sup> Hansen, Jesper Lau: Efter Centros, UfR 2001 s. 316

<sup>51</sup> Philip, Allan: Dansk international privat- og procesret, 1976 s. 77

<sup>52</sup> Hansen, Jesper Lau: Efter Centros, UfR 2001 s. 316

<sup>53</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 103

<sup>54</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 114

<sup>55</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 56-57

bliver udført, hvilket typisk er der, hvor direktionen, bestyrelsen med videre har sit virke.<sup>56</sup> Selvom selskabet er registreret, stiftet og anerkendt som juridisk person i en anden stat, skal det ifølge hovedsædekriteriet registreres i den stat, hvor selskabet har sit faktiske hjemsted, for her at opnå status som juridisk person.<sup>57</sup> Hovedsædekriteriet bliver i EU blandt andet benyttet af Tyskland, Østrig, Frankrig, Belgien, Portugal og Luxembourg.

De væsentligste kritikpunkter af hovedsædekriteriet er, at definitionen af hjemsted ikke er entydig i EU, hvorfor fastlæggelse af hjemstedet ikke altid er ligetil, og ofte er forbundet med stor usikkerhed. Derudover er det vanskeligt for selskaberne at foretage grænseoverskridende aktiviteter, da dette kræver selskabsretlig mobilitet. Der kan ligeledes skabe usikkerhed om hvilke retsregler, selskabet er underlagt. De fleste som kommer i kontakt med selskabet vil gå ud fra, at det er lovgivningen i stifterstaten som regulerer selskabets forhold. Hvis ikke dette forhold gør sig gældende, vil det svække tredjemands forudsætninger.<sup>58</sup>

Et selskab har to hjemsteder, det faktiske, som er beskrevet ovenfor, og det vedtægtsmæssige. Når et selskab stiftes, udarbejdes vedtægter, som er selskabets grundlov.<sup>59</sup> I Danmark er disse for aktieselskaber beskrevet i AL § 4. I danske aktieselskabers vedtægter skal det angives, i hvilken kommune i landet, selskabet skal have hjemsted og postadresse. Hjemstedet er det sted, hvor selskabets generalforsamling normalt holdes, jf. AL § 68.<sup>60</sup> Derudover er hjemstedet også selskabets hjemting, det vil sige det sted, hvor selskabet kan sagsøges, jf. Rpl. § 238, stk. 1.<sup>61</sup> Ifølge hovedsædekriteriet skal det vedtægtsmæssige og det faktiske hjemsted være sammenfaldende.

Hovedsædekriteriet indebærer således, at et selskab gyldigt stiftet i en stat, der benytter registreringskriteriet, for eksempel Storbritannien, som flytter sin ledelse, og hermed sit faktiske hjemsted, til en stat som benytter hovedsædekriteriet, for eksempel Tyskland, vil ifølge tysk selskabslovgivning ikke blive anerkendt som juridisk person, idet selskabet ikke er stiftet korrekt efter tysk lovgivning, og dermed mangler selskabet retsevne. På samme måde gælder det, at hvis et selskab er korrekt stiftet i for eksempel Tyskland, og herefter vælger at flytte sit faktiske hjemsted, så frakendes selskabet sin juridiske personlighed i Tyskland.<sup>62</sup>

### 2.3.2. Registreringskriteriet

Dette kriterium blev udviklet i Storbritannien i 1700-tallet. Et selskabs nationalitet bestemmes ifølge dette kriterium udfra, hvilken stat selskabet er registreret i og selskabet er således underlagt loven i den stat, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted. Efter 1. selskabsdirektiv er registrering i stiftelsesstaten et krav. Nationaliteten bestemmes således udfra lovgivning i den stat, som har givet selskabet eksistens og selvstændig juridisk personlighed. Registreringskriteriet giver hermed selskaber ret til at blive oprettet og videreført i henhold til registreringsstatens ret, selv om det ikke har anden tilknytning til denne stat end stiftelsen.<sup>63</sup>

---

<sup>56</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 4

<sup>57</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 4

<sup>58</sup> Woxholdt, Geir: Lovvalsreglene i selskabsforhold . . . ., Lov og Rett 1993 s. 586-587

<sup>59</sup> Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, 2000 s.117

<sup>60</sup> Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, 2000 s.121

<sup>61</sup> Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, 2000 s.122

<sup>62</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 5

<sup>63</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 4

Registreringskriteriet er inspireret af inkorporationskriteriet, og disse anses i dag for at være identiske. Inkorporationskriteriet stammer fra USA. Dette kriterium er i realiteten blot en videreførelse af koncessionstanken, baseret på opfattelsen af, at et selskab hører hjemme i den stat, hvor det er blevet til. Som naturlig følge heraf, finder denne stats lovgivning anvendelse på selskabet. Det væsentlige ved inkorporationskriteriet er, at inkorporation er selve tilblivelsen af den selvstændige juridiske personlighed, og registreringen er blot sidste led i skabelsesprocessen.<sup>64</sup>

Registreringskriteriet forsvares med et grundlæggende logisk argument om, at stiftelsesstatens lov er blevet lagt til grund ved stiftelsen, og registreringen er sidste led i skabelsesproceduren, der giver en offentlig og notorisk stilling, som både offentlige og private kreditorer samt tredjemænd kan forholde sig til. Kort sagt giver kriteriet et grundlag, som omverdenen kan forholde sig til og indrette sig efter.<sup>65</sup> I Danmark har Allan Philip gjort sig til talsmand for stiftelseslandets lov er selskabsstatuttet, og hans synspunkt har opnået støtte hos andre forfattere.<sup>66</sup>

Et selskab, der er stiftet efter den danske aktieselskabslov og registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, anses som et dansk selskab, og er således underlagt dansk selskabsret, også selvom selskabets faktiske hjemsted er beliggende i et andet land.<sup>67</sup> I EU følger Storbritannien, Irland, Danmark, Sverige, Spanien, Finland og Holland registreringskriteriet.

Fordelene ved dette kriterium er, at det er utroligt let at afgøre, hvilken nationalitet et selskab har, og selskabet er ikke tvunget til at have sit hjemsted i stiftelsesstaten for at opnå anerkendelse som juridisk person.<sup>68</sup> Herved bliver selskaberne mere mobile, idet de har mulighed for at adskille det faktiske og det vedtægtsmæssige hjemsted, således at reorganisering ikke nødvendigvis forudsætter opløsning og nystiftelse. Anvendelsen af en anden lov end den som er lagt til grund for selskabet, kan føre til forstyrrelse af balance mellem de forskellige interesser i selskabet, som jo oprindeligt var baseret på den faktisk anvendte lov.<sup>69</sup>

Det væsentligste kritikpunkt af registreringskriteriet er risikoen for misbrug, der kan følge den store grad af partsautonomi,<sup>70</sup> som selskabstifterne har ved fastlæggelsen af selskabsstatuttet.<sup>71</sup> I forbindelse hermed henvises ofte til udviklingen i USA, hvor de enkelte stater konkurrerer med hinanden, på det selskabsretlige område, for at tiltrække selskaber. Denne konkurrence er kendt som Delaware-effekten, fordi 50% af de selskaber, der er noteret på New York Stock Exchange, er registreret i staten Delaware.<sup>72</sup> Denne form for konkurrence er hidtil blevet beskrevet i EU som en uønsket situation, der udvander gældende lovgivning. Dette vil blive behandlet i kapitel 8.

### 2.3.3. Kompromis

Der har været gjort forsøg på et kompromis mellem de to kriterier. En mellemform som er blevet kaldt die Überlagerungstheorie – overlappningsteorien. Denne teori går ud på, at man som

---

<sup>64</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 117

<sup>65</sup> Woxholdt, Geir: Lovvalgsreglene i selskabsforhold ..., Lov og Rett 1993 s. 584

<sup>66</sup> Woxholdt, Geir: Lovvalgsreglene i selskabsforhold ..., Lov og Rett 1993 s. 584

<sup>67</sup> Nielsen, Peter Arnt: International privat- og procesret, 1997 s. 631

<sup>68</sup> Hansen, Søren Friis: Nekrolog over Hovedsædeteteorien?, Julebog 1999 s. 150

<sup>69</sup> Philip, Allan: Studier i den internationale selskabsretsteori, 1961 s. 147

<sup>70</sup> Partsautonomi er parternes mulighed for og ret til at aftale lovvalg og værneting.

<sup>71</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 55

<sup>72</sup> Birkmose, Hanne Søndergaard: Frygten for Delaware, NTS 2000 3-4 s.291



udgangspunkt bruger registreringskriteriet, men hvis staten, hvor selskabet har sit faktiske hjemsted, har ufravigelige selskabsretlige regler, som overfor omverdenen giver en bedre beskyttelse af minoritetsaktionærer, selskabskreditorer og medarbejdere, skal disse benyttes, såfremt det forlanges af nogen med retslig interesse heri.<sup>73</sup>

En anden kompromisløsning benyttes af enkelte stater i Europa. De har indrettet deres selskabslovgivning således, at det er muligt at foretage et identitetsbevarende nationalitetsskifte. Italien, Luxembourg, Portugal, Spanien og Grækenland har med indbyrdes nuancer åbnet op for denne mulighed. Disse lande tilbyder tilflytning uden nationalitetsskifte, men ikke fraflytning.<sup>74</sup>

Et tredje kompromis har Tyskland opnået med USA gennem en traktat om gensidig anerkendelse af registreringskriteriet. Denne form for kompromis er dog kun mulig for store stater som USA, idet små stater ikke har samme gennemslagskraft og forhandlingsstyrke som USA.<sup>75</sup>

## 2.4. Sammenfatning

For at et selskab kan optræde selvstændigt, skal det have status som juridisk person. Selskabet opnår dette ved stiftelsen, og bliver automatisk anerkendt af den stat, efter hvis lovgivning selskabet er stiftet. De to faktorer, som registreringskriteriet og hovedsædekriteriet benytter til lovvalgsbestemmelsen, er det vedtægtsmæssige og det faktiske hjemsted. Registreringskriteriet giver mulighed for at adskille de to hjemsteder, hvorimod hovedsædekriteriet kræver, at disse ligger inden for samme stat. Ønsker selskabet at flytte sit faktiske hjemsted, er det afgørende for selskabets status som juridisk person, hvilket kriterium såvel fraflytterstaten som tilflytterstaten benytter til nationalitetsbestemmelse. Benytter blot en af disse hovedsædekriterier, kan det få alvorlige konsekvenser for såvel selskabet som for selskabsdeltagerne. For eksempel kan selskabsdeltagerne komme til at hæfte personligt for forpligtelser indgået i hovedsædestaten, selskabet kan ikke føre retssager på grund af manglende partsevne, og selskabet kan ikke anerkendes som selvstændigt skattesubjekt i hovedsædestaten.

Man er i EU bekendt med denne situation og har, som nævnt, forsøgt at kombinere de to kriterier, således at man får mobiliteten fra registreringskriteriet og beskyttelsen fra hovedsædekriteriet, men det er ikke lykkedes at opnå dette med et godt resultat.

I EU er der udbredt brug af hovedsædekriteriet, hvilket betyder, at det kun i meget få tilfælde er muligt for et selskab at adskille sit faktiske og vedtægtsmæssige hjemsted over landegrænser. Dette fører til spørgsmålet om, hvordan man i dag kan bevare et selskabs status som juridisk person, samtidig med at selskabet kan organisere sig mest hensigtsmæssigt og fleksibelt, når der i EU benyttes to uforenelige kriterier til lovvalgsbestemmelsen.

De to kriterier benyttes på nationalt plan, men hvorledes ser Fællesskabsretten på problemet? Næste kapitel omhandler etableringsretten, som giver selskaber ret til fri etablering i EU.

---

<sup>73</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 6

<sup>74</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 6

<sup>75</sup> Werlauff, Erik: Koncernretten, 1996 s. 79-80

## KAPITEL 3

# ETABLERINGSRETEN

Grundlaget for etableringen af EF, og efterfølgende EU, er en række traktater indgået mellem medlemsstaterne. Den retlige karakter af EF er dannet på baggrund af to domme fra EF-Domstolen fra 1963 og 1964, Van Gend & Loos C-26/62 og Costa/ENEL C-6/64.<sup>76</sup>

De to vigtigste traktater er EF-Traktaten og EU-Traktaten. EF-Traktaten er oprindeligt vedtaget som EØF-Traktat i Rom, Marts 1957 med ikrafttræden 1. januar 1958. Den er siden ændret og suppleret. Den er en rammetraktat, som indeholder de grundlæggende regler om målsætninger, institutioner og hjemmelsbestemmelser, samt en række vigtige bestemmelser med et materielt indhold, blandt andet bestemmelser om etablering af det indre marked, med den frie bevægelighed af varer, personer, tjenesteydelser og kapital.<sup>77</sup> EU-Traktaten er oprindeligt vedtaget i Maastricht i Februar 1992 og trådt i kraft November 1993. Denne er også siden ændret og suppleret,<sup>78</sup> og er ligeledes en rammetraktat.

EF-Traktaten er første del af det eksisterende traktatgrundlag og omfatter det overstatslige samarbejde (søjle 1). EU-Traktaten er den anden del af det eksisterende traktatgrundlag, og omfatter fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik, (søjle 2) og politimæssig og strafferetlig (søjle 3) samarbejde. Der henvises til anden litteratur til en nærmere gennemgang, for eksempel Ruth Nielsen, Retskilderne. Den nye forfatningstraktat for EU, også kaldet EU grundloven, er en sammenskrivning af EF- og EU-Traktaterne.<sup>79</sup>

Dette kapitel indeholder en tolkning af etableringsretten. Denne tolkning tager udgangspunkt i EF-Traktatens artikler omkring etableringsretten og sagen Daily Mail bliver benyttet til belysning heraf.

Formålet med dette kapitel er at fastslå etableringsrettens rækkevidde.

### 3.1. Den foreløbige harmonisering

Målet med harmoniseringen af selskabsretten er, at fremme erhvervslivets effektivitet og konkurrenceevne.<sup>80</sup> Dette foregår gennem tre delmål. For det første, som et led i at realisere etableringsretten, for det andet, for at imødegå en Delaware-effekt og for det tredje, for at fremme mulighederne for, at europæiske selskaber kan etablere grænseoverskridende sammenslutninger og andre former for samarbejde.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Dommene vil ikke blive uddybet i denne afhandling

<sup>77</sup> Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s.195

<sup>78</sup> Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s. 1

<sup>79</sup> <http://eugrundloven.dk/sammenhold.php>

<sup>80</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl.: EU-Retten, 2004 s. 685

<sup>81</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl.: EU-Retten, 2004 s. 676

På nuværende tidspunkt er følgende direktiver vedtaget; 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 11., 12. og 13. selskabsdirektiv. Bilag A indeholder en oversigt over 1.- 14. selskabsdirektiv, som skal give overblik over den foreløbige harmonisering ved direktiver. Derudover er forordningen for Den Europæiske Økonomiske Firmagrube (EØFG), forordningen for det Europæiske Andelsselskab (SCE) og forordningen for det Europæiske Aktieselskab (SE) vedtaget. Der foreligger udkast til 10. og 14. selskabsdirektiv om henholdsvis grænseoverskridende fusion og nationalitetsbevarende hjemstedsflytning. Begge har hjemmel i art. 293 EF og venter blot på vedtagelse. Art. 293 EF giver også hjemmel til, at der kan udstedes direktiver til gensidig anerkendelse af de selskaber, som er omfattet af art. 48, stk. 2 EF. Et forslag til en konvention<sup>82</sup> blev fremsat i 1968, men blev aldrig ratificeret af Holland, og derfor aldrig trådt i kraft. En udstedelse af en sekundær retsakt i denne sammenhæng er dog ikke længere nødvendig, da retspraksis har skabt det nødvendige grundlag for gensidig anerkendelse.

Der er vedtaget en konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, den såkaldte Rom-konvention af 1980. Denne synes umiddelbart at skulle regulere lovvalget i selskabsretlige tvister, men konventionen afgrænser sig herfra i art. 1, stk. 2e. *"Spørgsmål, der er omfattet af reglerne om selskaber, foreninger og andre juridiske personer, herunder spørgsmål om disses stiftelse ved registrering eller på anden måde, deres handleevne, interne organisation og opløsning samt om ledelsens eller deltagernes personlige ansvar i denne egenskab for selskabets, foreningens eller den juridiske persons forpligtelser."*

På området for den frie etablering er harmonisering ikke nødvendigt, da EF-Traktatens art. 43 opfylder betingelserne for direkte virkning. Det vil sige, at den indeholder en klar og præcis forpligtelse, som ikke har forbehold, og der behøver således ikke foretages nogle gennemførelsesforanstaltninger. Art. 43 EF gælder derfor umiddelbart i alle medlemsstaterne.

Reglerne om stiftelse af aktie- og anpartsselskaber er i vidt omfang harmoniseret i 1. selskabsdirektiv – Publicitetsdirektivet. Publicitetsdirektivet regulerer tre forhold angående selskabets stiftelse: 1) indhold af stiftelsesdokument og vedtægter, 2) reglerne om selskabers registrering og offentliggørelse heraf og 3) reglerne om stiftelsens, og dermed selskabets ugyldighed. Aktieselskabet skal i stiftelsesdokumentet og vedtægterne blandt andet medtage selskabets navn, form og hjemsted, hvorfor det i EU er vedtaget, at selskabet skal fastlægge et vedtægtsmæssigt hjemsted ved stiftelsen.

Filialer af selskaber fra andre lande er ifølge 11. selskabsdirektiv også blevet underlagt en pligt til at offentliggøre visse oplysninger, ligesom aktie- og anpartsselskaber skal efter publicitetsdirektivet.

Harmoniseringen har koncentreret sig om aktieselskabsformen, hvilket skyldes, at det er denne selskabsform, der både på nationalt og europæisk plan er den dominerende og typisk den, der er involveret i grænseoverskridende aktiviteter.<sup>83</sup>

### 3.2. EF-Traktaten

EF-Traktaten har som et af sine helt grundlæggende forskrifter et forbud mod diskrimination på grund af nationalitet, jf. art. 12 EF. Art. 12 EF vedrører ikke en bestemt form for økonomisk

---

<sup>82</sup> En konvention er en traktat eller aftale indgået inden for folkeretten. Konventioner er aftaler indgået mellem flere stater og/eller internationale organisationer med henblik på at opnå retsvirkning i deres indbyrdes forbindelser og i forhold til statsborgerne i de pågældende stater.

<sup>83</sup> Hansen, Søren Friis m.fl.: Lærebog i selskabsret 1, 1999 s.116

aktivitet, og omfatter derved alle former for diskriminering på grund af nationalitet inden for traktatens område, ikke kun for personer, men også for selskaber.<sup>84</sup> Med udgangspunkt i dette er der oprettet et indre marked i EU, som skal fjerne hindringer for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital.<sup>85</sup> Etableringsretten er en del af det indre marked, og er en forudsætning for at grænseoverskridende samarbejde mellem selskaber kan realiseres.<sup>86</sup> Formålet med etableringsretten er derfor at fjerne de nationale hindringer for grænseoverskridende etableringer, og således sikre en effektiv udnyttelse af fællesmarkeds ressourcer.<sup>87</sup>

EF-Traktaten regulerer ikke spørgsmålet om statsborgerskab, det er derfor medlemsstaternes egen lovgivning, der afgør hvilken personkreds, der opnår statsborgerskab.<sup>88</sup> Dette krav er udviklet i folkeretten, hvor hver stat selv fastlægger, hvem der regnes for statsborger i staten, og dette anerkendes som udgangspunkt af de øvrige stater. Folkeretten tager dog forbehold for, at såfremt der ikke findes nogen reel tilknytning til den stat, til hvilken nationalitet man ønsker, kan dette ikke anerkendes.<sup>89</sup>

Betegnelsen etablering betyder, at man opnår en vedvarende og fast tilknytning til etableringslandet. Domstolen udtalte, at *"begræbet etablering indebærer aktuel udøvelse af en økonomisk aktivitet gennem et fast forretningssted i en anden medlemsstat for en tidsbegrænset periode."*<sup>90</sup> Herved har man adskilt etableringsretten fra retten til fri udveksling af tjenesteydelser, idet tjenesteydelser bliver etableret i en anden medlemsstat end den, hvori tjenesteydelsen erlægges.<sup>91</sup> Etablering må således kræve, at der minimum eksisterer visse lokaliteter, at disse er bemandede og har permanent karakter.<sup>92</sup>

For at etableringsretten ikke skal kunne misbruges, har man indført tre betingelser for, at man kan støtte ret på Traktaten; 1) man skal være statsborger i en medlemsstat, 2) have bopæl i EU og 3) den aktivitet, der udøves, skal være af erhvervsmæssig karakter.<sup>93</sup>

Reglerne om etableringsretten findes i EF-Traktatens art. 43-48. Disse gælder ikke i rent interne forhold, det vil sige, at der skal foreligge et grænseoverskridende element, før de kan bringes i anvendelse. De væsentligste bestemmelser i forhold til denne afhandling er art. 43 EF, 46 EF og 48 EF som vil blive beskrevet og tolket nedenfor. Art. 44 EF, 45 EF og 47 EF er beskrevet i Bilag B.

### 3.2.1. Artikel 43 EF

Den helt centrale bestemmelse i etableringsretten er art. 43 EF. Denne artikel er blevet erklæret umiddelbart anvendelig<sup>94</sup> af EF-Domstolen, hvilket betyder, at den kan anvendes direkte og fortolkes efter de almindelige fortolkningsprincipper.<sup>95</sup>

---

<sup>84</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl.: EU-Retten, 2004 s. 235

<sup>85</sup> Schaumburg-Müller, Peer m.fl.: EU selskabs-, børs- og kapitalmarksregler, 2003 s. 1 & Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s. 195

<sup>86</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993 s. 45

<sup>87</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993 s. 46

<sup>88</sup> EU Karnov: EUIND 012 s. 5

<sup>89</sup> Sørensen, Karsten Engsig: Udenlandske selskabers ....: Selskabers kapital: 1999 s.167

<sup>90</sup> Jf. C-332/89 Factortame II, præmis 20

<sup>91</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993 s. 47

<sup>92</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl.: EU-Retten, 2004 s. 516

<sup>93</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl.: EU-Retten, 2004 s. 505-506

<sup>94</sup> Jf. sag 2/74 – Reyners

<sup>95</sup> Se eventuelt kapitel 1.1.

*Art. 43, stk. 1: 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.*

Art. 43, stk. 1 siger således, at statsborgere i EU har ret til at foretage både primær og sekundær etablering i hele EU.<sup>96</sup>

#### 3.2.1.1. Primær etablering

Ved primær etablering forstås traditionelt, at der skabes en stabil og permanent indretning, der for den pågældende udgør det erhvervsmæssige midtpunkt.<sup>97</sup> Der er to former for primær etablering, den oprindelige og den efterfølgende. Den oprindelige primære etablering finder sted, hvor en fysisk person stifter et selskab, og den efterfølgende primære etablering finder sted, når et gyldigt stiftet selskab ønsker at skifte nationalitet.<sup>98</sup> Forskellen på de to former for primær etablering ligger i, hvilken person som foretager etableringen. Ved den oprindelige etablering er det en fysisk person, mens det ved den efterfølgende er en juridisk person.

Når et selskab vil foretage en grænseoverskridende primær etablering, indebærer det en flytning af hovedaktiviteten, enten i form af en fusion, en flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted eller en flytning af det faktiske hjemsted. Ved de to førstnævnte medfører det altid en ændring i reguleringsgrundlaget. Idet den juridiske person er et produkt af en national lovgivning, sætter dette en række begrænsninger for grænseoverskridende aktivitet.<sup>99</sup>

#### 3.2.1.2. Sekundær etablering

En sekundær etablering finder sted, når en juridisk person etablerer sig i en anden medlemsstat, mens den oprindelige juridiske person forbliver bestående, hvor den er. Der findes også to former for sekundær etablering, direkte eller indirekte. Etableringen af filialer eller agenturer i en anden medlemsstat betegnes som direkte sekundær etablering, og oprettelsen af et datterselskab<sup>100</sup> i en anden medlemsstat betegnes som indirekte sekundær etablering.<sup>101</sup> Den sekundære etablering behøver ikke at ske i en af de nævnte former, men kan også ske på andre måder, blandt andet ved deltagelse i joint venture.

#### 3.2.1.3. Artikel 43, stk. 2 EF

*Art 43, stk. 2 EF: 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 48 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.*

Med stk. 2 har diskrimineringsforbuddet fra art. 12 EF udvidet, sig fra blot at omfatte den egentlige etableringshandling, til også at omfatte den efterfølgende virksomhed. Det betyder, at art. 43 EF ikke kun omfatter et forbud mod diskrimination, men også et forbud mod, at en

---

<sup>96</sup> Hansen, Søren Friis: Nekrolog over hovedsædeteorien, Julebog 1999 s. 147

<sup>97</sup> EU-Karnov: EUIND 012 s. 8

<sup>98</sup> Hansen, Søren Friis m.fl.: Lærebog i selskabsret 1, 1999 s. 99

<sup>99</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl: EU-Retten, 2004 s. 558-560

<sup>100</sup> En definition af filial, agentur og datterselskaber findes i EU-Karnov EUIND 012 note 48, 49 og 50.

<sup>101</sup> Hansen, Søren Friis m.fl.: Lærebog i selskabsret 1, 1999 s. 102

oprindelsesstat stiller hindringer i vejen for et selskabs forsøg på at etablere sig og udøve virksomhed i en anden medlemsstat, et såkaldt restriktionsforbud.<sup>102</sup> Et sådant forbud rækker længere end et forbud mod diskrimination, idet et diskriminationsforbud kun kan benyttes, hvor det kan konstateres, at varer, personer, tjenesteydelser eller kapital behandles anderledes på grund af deres oprindelse/nationalitet.<sup>103</sup> Restriktionsforbuddet kan i princippet benyttes til at tilsidesætte enhver bestemmelse, der hindrer den fri bevægelighed, med mindre disse er begrundet i tvingende almene hensyn, som blandt andet er anført i art. 46 EF.<sup>104</sup> Etableringsrestriktioner, der hverken er formelt eller reelt diskriminerende, kan opretholdes, hvor restriktionerne er velbegrundede og proportionelle.<sup>105</sup> Proportionalitetsprincippet benyttes i denne forbindelse som et væsentligt element i afvejningen af, om restriktioner er acceptable.

Retten til at udøve virksomhed er uddybet i EU-karnov,<sup>106</sup> og omfatter blandt andet retten til at indgå kontrakter i almindelighed og retten til at eje formuegoder.

Et selskab, der er hjemmehørende uden for Fællesskabet, kan efter at have etableret et selskab i en medlemsstat, udnytte retten til sekundær etablering i øvrige medlemsstater efter art. 43 EF.<sup>107</sup>

### 3.2.2. Artikel 46 EF

*Art 46, stk. 1 EF: Bestemmelserne i dette kapitel og de forholdsregler, der træffes i medfør heraf, udelukker ikke anvendelse af love eller administrativt fastsatte bestemmelser, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.*

*Art. 46, stk. 2 EF: Rådet udsteder efter fremgangsmåden i artikel 251 direktiver om samordning af ovennævnte love og bestemmelser.*

Art. 46 EF er en undtagelsesbestemmelse der giver medlemsstaterne mulighed for at diskriminere, ved at opretholde foranstaltninger, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, såfremt disse foranstaltninger er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med proportionalitetsprincippet.<sup>108</sup>

### 3.2.3. Artikel 48 EF

*Art. 48, stk. 1 EF: Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.*

Art. 43 omfatter etableringsret for fysiske personer, mens art. 48 omfatter de juridiske personer. Art. 48, stk. 1 ligestiller fysiske og juridiske personer, således at begge er omfattet af

---

<sup>102</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993 s. 60

<sup>103</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl.: EU-Retten, 2004 s. 125

<sup>104</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl.: EU-Retten, 2004 s. 125

<sup>105</sup> Jf. 6/64 Costa /ENEL

<sup>106</sup> EU-karnov: EUIND 012 s. 4 note 36

<sup>107</sup> EU-karnov: EUIND 012 s. 8

<sup>108</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl.: EU-Retten, 2004 s. 557

etableringsretten i art. 43. På grund af de retlige forskelle mellem fysiske og juridiske personer er denne ligestilling ikke altid mulig i praksis.

*Art. 48, stk. 2 EF: 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.*

Stk. 2 definerer de selskaber, som er omfattet af etableringsretten. Definitionen af selskaber er meget bred, og omfatter i praksis alle selskabsformer. Det hentydes, at selskaberne skal være juridiske personer, men det må antages at være tilstrækkeligt, at selskabet har retsevne i et eller andet omfang.<sup>109</sup> Det er den enkelte stats nationale regler der afgør, hvilke enheder der i den pågældende stat har status som juridisk person. Som nævnt er det ikke længere nødvendigt at medlemsstaterne søger at sikre gensidig anerkendelse af de i artikel 48, stk. 2, nævnte selskaber, som foreskrevet i art. 293 EF, idet dette allerede er sket gennem domspraksis. Alle medlemsstaterne skal anerkende selskaber gyldigt stiftet efter en medlemsstats lovgivning.

Selvom selskabsdefinitionen i art. 48 EF er bred, stilles der visse krav til selskaberne, for at de er omfattet af etableringsretten.

1. Selskabet skal være stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, eller i overensstemmelse med Fællesskabsretten.<sup>110</sup> Herved udelukkes selskaber stiftet i tredjelande
2. Det er selskabs hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomheds beliggenhed, der er den faktor, der knytter selskabet til en medlemsstat. Det er herved uden betydning, hvilken nationalitet ejerne og ledelsen af selskabet har.<sup>111</sup> Art. 48 ligestiller de forskellige tilknytningsfaktorer, således at blot en af disse faktorer skal være beliggende inden for Fællesskabet, for at et selskab opfylder betingelsen.<sup>112</sup> Et problem er dog, at der ikke er en Fællesskabsretlig definition af hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed.
3. Selskabet skal have en faktisk og vedvarende tilknytning til erhvervslivet i medlemsstaten. Denne betingelse er opstillet ud fra en analogi af bopælskravet i art. 43.<sup>113</sup> De økonomiske aktiviteter behøver ikke at foregå i den medlemsstat, hvor selskabet er stiftet, men blot foregå inden for EU. Derudover skal selskabets tilknytning til EU have vedvarende karakter.<sup>114</sup>
4. Selskabet skal arbejde med gevinst for øje. Dette betyder, at organisationer og foreninger med rent ideelle formål, for eksempel kulturelle, politiske eller religiøse formål ikke er omfattet af art. 48's definition.<sup>115</sup>

Art. 48 EF anses som en bestanddel af art. 43 EF, idet den ikke indeholder nogen selvstændige forpligtelser, men blot udvider kredsen af begunstigede efter art. 43 EF.<sup>116</sup>

---

<sup>109</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl: EU-Retten, 2004 s. 509

<sup>110</sup> EU-retten omfatter blandt andet forordningen for SE-selskabet og forordningen for den Europæiske Økonomiske Firmagruppe.

<sup>111</sup> EU-karnov: EUIND 012 s. 8

<sup>112</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993 s. 48

<sup>113</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl: EU-Retten, 2004 s. 512

<sup>114</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl: EU-Retten, 2004 s. 513

<sup>115</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl: EU-Retten, 2004 s. 513

<sup>116</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993 s. 49

### 3.3. Daily Mail

Daily Mail<sup>117</sup> er et selskab stiftet i England, efter engelsk lovgivning og med vedtægtsmæssig hjemsted her. I midten af 1980'erne ønskede selskabet at flytte sin centrale administration til Holland, og dermed flytte sit faktiske og vedtægtsmæssige hjemsted hertil, under bevarelse af selskabets status som juridisk person. Både England og Holland benyttede registreringskriteriet, så selskabsretligt var det muligt at flytte.

Årsagen til flytning var skattemæssig. I den engelske internationale selskabsret skelnes der, i relation til skat, mellem det vedtægtsmæssige og det faktiske hjemsted. Det faktiske hjemsted var bestemmende for udløsning af skat af kapitalgevinster, mens det vedtægtsmæssige udløste skat af indtægter optjent i staten.<sup>118</sup> Ved flytning af det faktiske hjemsted undgik Daily Mail at blive avancebeskattet af en betydelig investeringsportefølje, som selskabet besad. I Holland ville beskatningen være betydelig mindre, idet selskabet kun ville blive beskattet af værdistigningen, som var påløbet efter flytningen.

Efter engelsk selskabsskatteret, krævede flytning af det faktiske hjemsted tilladelse fra skattemyndighederne i England. De gik med til at udstede den nødvendige tilladelse, hvis selskabet accepterede at betale en del af avanceskatten. Det ville selskabet ikke, og derfor nægtede de engelske skattemyndigheder at udstede tilladelsen. Selskabet indbragte spørgsmålet for den engelske domstol, som forelagde sagen præjudicielt for EF-Domstolen.<sup>119</sup> Spørgsmålet gik på, om:

*”Art. 43 og 48 EF var til hinder for, at en medlemsstat, uden samtykke eller tilladelse, flyttede sit faktiske hjemsted til en anden medlemsstat, når betaling af skat af fortjeneste og indtægter, som allerede var opstået, kunne undgås, og skat i det hele taget ville blive undgået, såfremt selskabet flyttede sit faktiske hjemsted.”<sup>120</sup>*

Domstolen konstaterede i præmis 19,:

*” 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.”*

Derudover sagde Domstolen i præmis 20, at de faktorer, der binder et selskab til en stat, varierer både ved nationalitetsbestemmelse og om et selskab efterfølgende må ændre bestemmelsesfaktorerne.

Herved konstaterer Domstolen, at man ikke ud fra etableringsrettens art. 43 EF eller art. 48 EF kan udlede nogen ret til, identitetsbevarende, at forlægge den juridiske persons faktiske og vedtægtsmæssige hjemsted til en anden stat. Selskaberne eksisterer kun i kraft af den lovgivning, hvorefter de er etableret. Domstolen gjorde herved klart, at etableringsretten ikke kunne benyttes til støtte for identitetsbevarende hjemstedsflytning for selskaber, så længe 14. selskabsdirektiv<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> Sag 81/87 af September 1988

<sup>118</sup> Hansen, Jesper Lau: Efter Centros, UfR 2001 s. 320

<sup>119</sup> Werlauff, Erik: EU-Selskabsret, 2002 s. 14

<sup>120</sup> <http://www.geocities.com/frederikwaage/domsoversigt.doc>

<sup>121</sup> Udkastet til 14. selskabsdirektiv om grænseoverskridende flytning af hjemsted mangler løsning på spørgsmålet omkring medarbejderrepræsentation i bestyrelse, hvor SE-forordningen kan benyttes som forbillede, og på skattespørgsmålet, hvor fusionskattedirektivet 90/434 kan benyttes som forbillede. Herefter bør det kunne vedtages.



ikke er realiseret. Domstolen har på tidspunktet for Daily Mail-dommen således begrænset den umiddelbare anvendelige etableringsret for selskaber til kun at gælde retten til sekundær etablering.<sup>122</sup>

Hvis en ny Daily Mail sag skulle opstå, er det argumenteret, at udfaldet ville blive et andet, men dette er ikke nødvendigvis sikkert.<sup>123</sup> Fysiske personer, der bosætter sig i en anden stat inden for EU, har ikke krav på nationalitetsskifte efter Fællesskabsretten, men er således heller ikke nødsaget til at skifte nationalitet for at opretholde sin retssubjektivitet. Derved adskiller fysiske personer sig fra juridiske personer, som er nødsaget til at skifte nationalitet for at bevare sin retsevne.<sup>124</sup>

### 3.4. Sammenfatning

Etableringsretten er en af de vigtigste bestanddele i Fællesskabsretten, idet den er med til, i begrænset omfang, at fjerne de nationale hindringer for grænseoverskridende etablering.

Art. 43 EF giver fysiske personer i EU mulighed for at etablere sig i hele EU på lige vilkår. Selskaber får med art. 48 EF samme muligheder. Disse to bestemmelser er de vigtigste for etableringsretten. Både fysiske og juridiske personer får hermed mulighed for frit at etablere sig i EU på lige vilkår med andre. De juridiske personer mangler desværre muligheden for at benytte etableringsretten ved flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted eller ved grænseoverskridende fusion. Dette skyldes ikke etableringsretten, da dette er muligt ud fra en direkte tolkning af bestemmelserne, men skyldes, at grundlaget for den juridiske persons eksistens, på nuværende tidspunkt, ikke kan forenes over landegrænser.

Den foreløbige harmonisering har forenklet muligheden for at benytte etableringsretten, men har ikke muliggjort, at selskaber kan benytte den fuldt ud, således at de kan skifte nationalitet, og hermed lovgivningsmæssig grundlag, og samtidig bevare deres identitet. Grunden til dette er, at selvom der er harmoniseret, er medlemsstaternes selskabslovgivning forskellig og uforenelig i den udstrækning, det er nødvendigt for flytning. Etableringsretten har i praksis således ikke den rækkevidde, som det var formålet, at den skulle have, idet muligheden for primær etablering for juridiske personer ikke er mulig.

Lovgivningen på Fællesskabsretlig plan er klar. Enhver statsborger i EU kan støtte ret på Traktatens bestemmelser omkring den fri etablering, men hvorledes stemmer dette overens med den internationale privatret? Næste kapitel undersøger, om den internationale privatret og etableringsretten er forenelig.

---

Schaumburg-Müller, Peer m.fl.: EU selskabs-, børsmarkeds- og kapitalmarkedsregler, 2003 s. 280

<sup>122</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993 s. 56

<sup>123</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 15

<sup>124</sup> Neville, Mette: Aktieselskabers tilknytning, Juristen nr. 4, 1997 s. 168 note 121

## **KAPITEL 4**

# **INTERNATIONAL PRIVATRET vs. ETABLERINGSRETEN**

I de to foregående kapitler er den internationale privatret og etableringsretten blevet behandlet særskilt. Formålet med dette kapitel er at se, om de to kriterier, hovedsæde- og registreringskriteriet, er forenelig med etableringsretten.

### **4.1. Primær etablering**

I forhold til den primære etablering for et selskab, har Domstolen konstateret, i Daily Mail sagen fra 1988, at denne form for etablering ikke, på Fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin, kunne finde støtte i art. 43 EF eller 48 EF, idet selskaber kun eksisterer i kraft af de nationale lovgivninger, selvom en direkte tolkning af art. 43 EF giver ret til primær etablering for fysiske personer, og sammen med art. 48 EF også til juridiske personer. Det må derfor konkluderes, at selvom etableringsretten giver mulighed for primær etablering for selskaber, er dette i praksis ikke muligt.

Art. 43 EF giver selskaber ret til at skifte nationalitet, men løser ikke problemet med, at de nationale lovgivninger ikke er indrettet således, at fusion og vedtægtsmæssig hjemstedsflytning er muligt. Dette betyder, at hindringen for den primære etablering skal findes i staternes individuelle lovgivninger, som ikke er forenelig med den traktatsikrede etableringsfrihed. Dette problem må afvente yderligere harmonisering, hvilket blandt andet kunne ske gennem 14. selskabsdirektiv - hjemstedsflytningsdirektivet.

### **4.2. Sekundær etablering**

#### **4.2.1. Registreringskriteriet vs. etableringsretten**

Registreringskriteriet fastlægger selskabets nationalitet efter, hvilken stat selskabet er registreret i. I forhold til sekundær etablering er der ingen uoverensstemmelser med etableringsretten, idet selskabet frit kan vælge, hvorledes denne etablering skal foregå, og i hvilket omfang selskabets aktivitet skal udøves i den sekundære etablering.

#### **4.2.2. Hovedsædekriteriet vs. etableringsretten**

Hovedsædekriteriet fastlægger selskabets nationalitet udfra, hvilken stat selskabet har sit faktiske hjemsted i. Selskaber stiftet i stater, der benytter hovedsædekriteriet, har ikke mulighed for at flytte hjemsted til en anden stat, fordi selskaberne således ikke længere anerkendes som juridiske personer i stifterstaten, og efter for eksempel tysk ret kræves opløst. Selskaber stiftet i stater, der benytter registreringskriteriet, og som flytter sit hjemsted til en stat, der benytter hovedsædekriteriet, bliver ikke anerkendt som juridiske personer i tilflytter staten, idet

selskaberne ikke er stiftet efter denne stats lovgivning, og dermed mangler selskaberne retsevne. Selskaber skal således, i Tyskland, nystiftes efter denne stats selskabslovgivning.

Danmark har hidtil stillet spørgsmålstejn ved omfanget af aktiviteten i den sekundære etablering, og har krævet en fast territorial tilknytning mellem selskabet og det land, efter hvis lov selskabet var stiftet, et genuine link, således at selskabet skulle udøve en eller anden form for aktivitet i stifterstaten for at blive registreret i Danmark, et indirekte hovedsædekriterium. Denne praksis er ikke længere gældende.

Hovedsædekriteriet er i strid med diskriminationsforbuddet i art. 12 EF, fordi det behandler selskaber forskelligt, afhængigt af, efter hvilken lovgivning de er stiftet. Hovedsædekriteriet er også i strid med restriktionsforbuddet i art 43 EF, idet selskaber der reorganiserer, ikke kan udøve deres virksomhed på lige fod med andre selskaber. Hovedsædekriteriet stiller krav om, at selskabets vedtægtsmæssige og faktiske hjemsted er sammenfaldende. EF-Traktatens art. 48 stiller ikke et sådant krav til de selskaber, der kan benytte etableringsretten. Art. 48 EF ligestiller vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed, således at blot en af disse tilknytningsfaktorer skal være beliggende inden for Fællesskabet, for at selskabet kan benytte etableringsretten.

### **4.3. Sammenfatning**

Efter denne teoretiske gennemgang af den internationale privatret og etableringsretten kan det konkluderes, at hovedsædekriteriet ikke er i overensstemmelse med etableringsrettens bestemmelser, og derfor kan dette kriterium ikke benyttes til fastlæggelse af et selskabs nationalitet, for de selskaber som har mulighed for at påberåbe sig retten til fri etablering. Registreringskriteriet giver mulighed for, at selskabet kan adskille det vedtægtsmæssige og det faktiske hjemsted, hvilket gør det muligt for selskaberne at benytte sig af den traktatsikrede etableringsfrihed.

Diskussionen, omkring opretholdelsen af hovedsædekriteriet, har været fremme siden før dommen i Daily Mail i 1988. Da dommen kom, blev den af mange betragtet som en accept af hovedsædekriteriet. Det var derfor nødvendigt at få en afgørelse fra EF-Domstolen, der direkte omhandlede spørgsmålet.

Næste kapitel indeholder EF-Domstolens mest betydningsfulde domme på området, nemlig Centros, Überseering og Inspire Art, som vil blive beskrevet og fortolket.

## KAPITEL 5

### DOMME

De lande, der benytter hovedsædekriteriet, ønsker ikke umiddelbart at opgive dette. Det skyldes, at kriteriet sikrer de selskaber, med faktisk hjemsted i landet, at de er omfattet af de præceptive regler i selskabslovgivningen, som skal beskytte forskellige interessegrupper. I Tyskland er det specielt reglerne omkring medarbejderrepræsentation, som er hovedårsagen til kriteriets benyttelse. Idet det er EF-Domstolen som fortolker bestemmelserne i Fællesskabsretten, er det derfor nødvendigt, at denne tager stilling til etableringsrettens rækkevidde omkring spørgsmålet om hovedsædekriteriets berettigelse.

Dette kapitel indeholder dommene, Centros, Überseering og Inspire Art, som hver især har været spadestik til hovedsædekriteriets grav. De tre domme vil hver især blive beskrevet og analyseret med henblik på at følge udviklingen i retstilstanden, som munder ud i en konklusion på, hvorledes denne ser ud i dag.

Formålet med kapitlet er at se, hvorledes Domstolen fortolker lovgivningen.

#### 5.1. Centros limited – C-212/97

Centros Limited blev stiftet og registreret i England i 1992 af det danske ægtepar Tonny og Marianne Bryde. Selskabet anmeldte i August 1992 en filial af et udenlandsk anpartsselskab til registrering hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i Danmark. Anmeldelsen skete i overensstemmelse med proceduren i 11. selskabsdirektiv - filialdirektivet. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nægtede at registrere filialen, med den begrundelse, at selskabet ikke havde oplyst, hvor det faktisk drev sin hovedvirksomhed, og hvorfra det blev ledet, det vil sige, det manglede et genuine link. Derudover var det ikke dokumenteret, at det udøvede en reel virksomhed.<sup>125</sup> Derved mente Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at Centros ikke reelt søgte om oprettelse af en filial, men ønskede at foretage selskabets hovedetablering i Danmark. Det måtte derfor anses som omgåelse af de nationale retsregler, jf. EF-Domstolens afgørelse præmis. 7. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gjorde ligeledes gældende, at registreringsnægtelsen var begrundet i tvingende almene hensyn, som i dette tilfælde var, at et anpartsselskab skulle have en mindstekapital, fordi det ville styrke selskabets soliditet med henblik på at beskytte tvangskreditorer og andre kreditorer.<sup>126</sup>

Centros havde gjort gældende, at selskabet opfyldte betingelserne for registrering af en filial af et udenlandsk selskab i henhold til anpartsselskabsloven, og at det var uden betydning for selskabets etableringsret, at selskabet ikke drev erhvervsmæssig virksomhed i England efter stiftelsen, jf. præmis 10 og 11.

---

<sup>125</sup> Højesterets domme, UfR 2000 s. 1079

<sup>126</sup> Gulmann, Claus: Lidt om selskabers etableringsret ..., Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003 s. 903

Ægteparret var begge danske statsborgere og havde bopæl i Danmark. Centros Ltd. havde adresse i England, men havde som nævnt ingen aktivitet i England. Ægteparret havde ikke forsøgt at skaffe sig en form for proforma aktivitet,<sup>127</sup> eller forsøgt at skjule overfor kreditorer eller medkontrahenter, at der var tale om en filial af et engelsk anpartsselskab.<sup>128</sup>

I landsretten<sup>129</sup> fik Erhvervs- og Selskabsstyrelsen medhold i registreringsnægtelsen, med den begrundelse, at der var tale om omgåelse af anpartslovens mindstekrav til kapitalens størrelse. Landsretten forelagde ikke sagen præjudicielt for EF-Domstolen, selvom den var bevidst om, at sagen indeholdte væsentlige Fællesskabsretlige aspekter. Landsretten argumenterede, at etableringsretten ikke kunne være en hindring mod at staten ønskede at beskytte sig mod forsøg på at omgå dens lovgivning.<sup>130</sup> Landsretten støttede ret på to domme afsagt af EF-Domstolen. Den første dom<sup>131</sup> fastslog, at de væsentligste kendetegn ved en filial var, at virksomheden var underkastet hovedvirksomhedens ledelse og kontrol, og den anden dom,<sup>132</sup> at en medlemsstat ikke kunne nægtes ret til at træffe foranstaltninger, der skulle forhindre, at de i Traktaten garanterede friheder udnyttedes.<sup>133</sup>

Sagen blev forelagt EF-Domstolen<sup>134</sup> under anken til Højesteret efter EF-Traktatens art 234.(ex. 177) Spørgsmålet lød:

*Er det foreneligt med EF-Traktatens artikel 52 (43), jf. artikel 58 (48) og artikel 56 (46), at nægte registrering af en filial af et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, og som med en selskabskapital på 100 GBP (ca. 1000 DKK) er lovligt stiftet og bestående i henhold til denne medlemsstats lovgivning, når selskabet ikke selv driver erhvervsmæssig virksomhed, men filialen ønskes oprettet for at drive hele virksomheden i det land, hvor filialen oprettes, og fremgangsmåden må anses for benyttet i stedet for stiftelse af et selskab i sidstnævnte medlemsstat med henblik på at undgå indbetaling af en mindste selskabskapital på 200.000 DKK, nu 125.000 DKK?<sup>135</sup>*

Det primære spørgsmål til Domstolen var således en stillingstagen til misbrugsargumentet.<sup>136</sup>

Den danske regering gjorde overfor EF-Domstolen gældende, at etableringsretten ikke kunne benyttes, fordi der var tale om et rent internt forhold, idet sagen vedrørte et dansk ægtepars selskab og de danske myndigheder, og der derfor ikke var et relevant grænseoverskridende element i denne sag, jf. præmis 16.

### 5.1.1. EF-Domstolens afgørelse

EF-Domstolen afsagde dom i sagen den 9. marts 1999. Domstolen var bevidst om sagens præjudicielle karakter, og derfor var sagen længe undervejs.

---

<sup>127</sup> Werlauff, Erik: Udenlandsk selskab til indenlandsk aktivitet, UfR nr. 16 1999 s. 166

<sup>128</sup> Hansen, Søren Friis: Nekrolog over hovedsædeteorien, Julebog 1999 s. 147

<sup>129</sup> Dom afsagt 8. september 1995

<sup>130</sup> Werlauff, Erik: Udenlandsk selskab til indenlandsk aktivitet, UfR nr. 16 1999 s. 166

<sup>131</sup> 14/1976 af 6. oktober 1876

<sup>132</sup> C-23/1993 af 5. oktober 1994

<sup>133</sup> Højesterets domme, UfR 2000 s. 1081

<sup>134</sup> 3. juni 1997

<sup>135</sup> Werlauff, Erik: Udenlandsk selskab til indenlandsk aktivitet, UfR nr. 16 1999 s. 166

<sup>136</sup> Gulmann, Claus: Lidt om selskabers etableringsret ..., Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard 2003 s. 900

Domstolen startede med at fastslå, at Traktatens regler om etableringsfrihed fandt anvendelse i en situation, hvor et selskab, der var stiftet efter en medlemsstats lovgivning, ønskede at stifte en filial i en anden medlemsstat, jf. præmis 17, også selvom selskabet alene udøvede virksomhed i filialstaten, jf. præmis 18. Det betød, at EF-Traktatens art. 43 og 48 også gjaldt i tilfælde, hvor et selskab var stiftet alene med det formål at omgå den nationale selskabslovgivning, i dette tilfælde de danske mindstekapitalkrav, og kun drev virksomhed gennem filialen. Domstolen henviste her til en tidligere afgørelse.<sup>137</sup>

Hollænderen hr. Segers havde valgt at drive sin virksomhed i Holland gennem et engelsk anpartsselskab, som ingen reel aktivitet havde i England, og med et hollandsk selskab som datterselskab.<sup>138</sup> Hr. Segers blev syg og bad om sygedagpenge i sin egenskab af direktør i selskabet. Dette nægtedes ham med den begrundelse, at selskabet ikke var hollandsk. EF-Domstolen fastslog, at dette var i strid med det grundlæggende diskriminationsforbud og etableringsreglerne.<sup>139</sup> Denne afgørelse viste, at Domstolen nøje vurderede medlemsstaternes valg af metode til hindring af omgåelse. Hvis midlet ramte alle udenlandske selskaber, som i Segers, eller forskelsbehandlingen i øvrigt ramte vilkårligt, var Domstolen ikke villig til at acceptere de nationale foranstaltninger.<sup>140</sup>

En medlemsstat kunne ikke med begrundelse i, at der forelå en fast administrativ praksis nægte registrering af en filial. Dette var en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 43 og 48 EF, jf. præmis 21 og 22. Domstolen havde herved underkendt den danske international selskabsret, som krævede et genuine link.<sup>141</sup>

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gjorde gældende, at selskabskonstruktionen alene var påtænkt til at omgå de nationale retsregler om stiftelse af anpartsselskaber, og derved var et misbrug af etableringsretten. Danmark måtte som følge heraf have ret til at træffe foranstaltninger til at imødegå et sådant misbrug, jf. præmis 23. Domstolen bemærkede, at de nationale domstole under visse omstændigheder, ud fra en konkret vurdering, kunne tage misbrug eller svigagtig adfærd i betragtning, som grundlag for at afvise, at vedkommende kunne drage fordel af de påberåbte Fællesskabsretlige forskrifter, jf. præmis 25. I det konkrete tilfælde afviste Domstolen dog, at der var tale om misbrug. Domstolen henviste i præmis 29 igen til Segers og præciserede, at det at selskabet ikke drev virksomhed i den medlemsstat, hvor det var registreret, men kun drev virksomhed i filialstaten, ikke var tilstrækkeligt til at godtgøre at der forelå et misbrug eller svigagtig forhold, som kunne danne grundlag for at filialstaten kunne nægte selskabet at gøre brug af Traktatens bestemmelser om etableringsretten. Der kunne derfor ikke udformes generelle regler, som skulle sikre mod misbrug, idet en afvisning skulle ske ud fra en konkret vurdering af hvert enkelt tilfælde.<sup>142</sup> Man kunne således ikke nægte at anerkende et selskab eller erklære det ugyldigt, blot fordi selskabet ingen tilknytning havde til stiftelsesstaten, jf. præmis 27, det vil sige, at mangel på et genuine link ikke kunne kategoriseres som misbrug eller svigagtig adfærd.<sup>143</sup> Hermed havde Domstolen åbnet op for muligheden for "et marked for selskabsret" inden for EU, således at erhvervsdrivende i EU frit kunne vælge den medlemsstats selskabsret,

---

<sup>137</sup> 79/85 Segers

<sup>138</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 21

<sup>139</sup> Werlauff, Erik: EU-selskabsret, 2002 s. 21

<sup>140</sup> Sørensen, Karsten Engsig, m.fl.: EU-Retten, 2004 s. 679

<sup>141</sup> Hansen, Søren Friis: C-212 og L-212, NTS 2000 nr. 1 s. 50

<sup>142</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2 s. 98

<sup>143</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2 s. 99

som ville passer bedst til deres behov, uanset hvor virksomheden reelt blev drevet.<sup>144</sup> Herved havde Domstolen fastslået, at på de områder, hvor der endnu ikke var sket harmonisering måtte gælde en fuldstændig fri konkurrence mellem de enkelte medlemsstaters selskabslovgivning.

Det, at de danske myndigheder nægtede at registrere filialen, med den begrundelse, at beskytte offentlige kreditorer, var ifølge Domstolen ikke acceptabelt. Domstolen ville dog acceptere, at der blev opstillet nationale foranstaltninger mod omgåelse, der hindrede udøvelsen af den frie etableringsret, hvis fire betingelser blev overholdt. Domstolen havde tidligere fastslået disse i en række afgørelser og gentog dem i præmis 34;

- 1) *De nationale foranstaltninger skal anvendes uden forskelsbehandling,*
- 2) *De skal være begrundet i tvingende samfundshensyn,*
- 3) *De skal være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og*
- 4) *De må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.*

Domstolen anførte i præmis 35, at registreringsnægtelse ikke ville være egnet til at nå det påberåbte formål om kreditorbeskyttelse, idet kreditorerne ville have haft en lige så usikker stilling, hvis Centros havde udøvet virksomhed i England.<sup>145</sup> Registreringsnægtelse var en alt for indgribende foranstaltning til beskyttelse af kreditorer, og registreringsnægtelsen opfyldte således ikke det ønskede mål.

Præmis 37 gav et forslag til at offentlige kreditorer, i henhold til lovgivningen, fik mulighed for at kræve de nødvendige garantier stillet. Derudover gav Domstolen i præmis 38 medlemsstaterne mulighed for at pålægge selskaber eller selskabsdeltagere sanktioner i tilfælde, hvor disse reelt søgte at unddrage sig deres forpligtelser overfor private eller offentlige kreditorer. Domstolen fastslog ligeledes i præmis 38, at bekæmpelsen af svigagtige forhold ikke kunne begrundes i en praksis, der gik ud på, generelt at nægte registrering af filialer af selskaber, fordi de havde hjemsted i en anden medlemsstat.<sup>146</sup>

Domstolen konkluderede i præmis 39:

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

---

<sup>144</sup> Hansen, Søren Friis: Nekrolog over hovedsædeteorien, Julebog 1999 s. 143

<sup>145</sup> Werlauff, Erik: Udenlandsk selskab til indenlandsk aktivitet, UfR 1999 nr. 16 s. 167

<sup>146</sup> Broberg, Morten, m.fl.: EU-Domme med bemærkninger og spørgsmål, 2000 s. 548

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fremsatte en subsidiær påstand, kort tid efter EF-Domstolen havde afsagt dom i sagen. Styrelsen ønskede sagen hjemvist til ny behandling, idet Centros ikke havde udfyldt anmeldelsesdokumentet af filialen korrekt. Selskabet havde ikke udfyldt feltet, hvor det skulle angives om selskabskapitalen var indbetalt.<sup>147</sup>

Højesteret tog Styrelsens subsidiære påstand til følge.

### 5.1.2. Tolkning af dommen

Det afgørende spørgsmål for rækkevidden af dommen blev en diskussion om medlemsstaternes mulighed for at opretholde hovedsædekriteriet til at fastlægge et selskabs nationalitet, selvom sagen ikke blev procederet på hovedsædekriteriets overensstemmelse med etableringsreglerne. Sagen omhandlede to stater, der begge normalt benyttede registreringskriteriet, men netop i denne sag benyttede Danmark hovedsædekriteriet.

Et snævert flertal af forfattere, hvoraf størstedelen kom fra Tyskland, afviste at dommen skulle betyde, at hovedsædekriteriet var uforeneligt med Fællesskabsretten,<sup>148</sup> og argumenterede derfor for en opretholdelse. Det første argument var, at den internationale privatret måtte være resistent over for Fællesskabsretten, idet samtlige oprindelige medlemsstater benyttede hovedsædekriteriet da EF-Traktaten blev vedtaget. Dog ændrede Holland kriterium til registreringskriteriet i 1959, og i 1957 var der tvivl i både Tyskland og Holland om, hvilket kriterium der var gældende. Det kunne derfor ikke fastslås, at hovedsædekriteriet skulle være sikret en særlig fortrinsstilling i Fællesskabsretten.<sup>149</sup>

Derefter blev det argumenteret, at den internationale privatret ikke var omfattet af Traktaten, og derfor havde Domstolen ikke kompetence til at regulere på dette område.<sup>150</sup> Efter retskildelæren har Fællesskabsretten forrang for national ret. Selvom den internationale privatret ikke er direkte omfattet af Traktatens bestemmelser, skal den altid fortolkes EU-konformt og efter princippet om *lex superior*. Det betyder, at Fællesskabsretten har forrang frem for den internationale privatret. Ligeledes blev argumentet om, at en generel underkendelse af hovedsædekriteriet ville være et brud på subsidiaritetsprincippet,<sup>151</sup> og dermed at medlemsstaternes internationale privatret var national ret og således ikke et anliggende for Fællesskabsretten, afvist.

Centros vedrørte to stater, der begge benyttede registreringskriteriet. Det blev derfor fremført, at sagen ikke kunne have en konsekvens for hovedsædekriteriet, idet hovedsædestater ikke anerkendte selskaber, der var stiftet efter en anden stats lovgivning og som flyttede sit faktiske hjemsted til den pågældende stat. Derfor var der ikke tale om et selskab, som var omfattet af etableringsfriheden i henhold til art. 48 EF, fordi disse ikke anerkendtes i hovedsædestaterne.<sup>152</sup> Det, at afgørelsen kun skulle have virkning for nogle medlemsstater og ikke andre, var i strid med de grundlæggende principper bag Fællesskabsretten. Fællesskabsretten skulle skabe ensartethed i EU, og derfor havde de nationale domstole pligt til at forelægge EF-Domstolen spørgsmål, der vedrørte Fællesskabsretten, jf. art. 234 EF, for at sikre at retsstillingen blev ens i

---

<sup>147</sup> Højesterets domme, UfR 2000 s. 1082-1083

<sup>148</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s.434

<sup>149</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 434

<sup>150</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s.434-435

<sup>151</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s.435

<sup>152</sup> Hansen, Søren Friis: Nekrolog over hovedsædeteorien, Julebog 1999 s. 159 & Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s.435



alle medlemsstaterne.<sup>153</sup> Hvis argumentet holdt, ville Danmark kunne nægte at foretage filialregistreringer af udenlandske selskaber ved at indføre hovedsædekriteriet ved lov.<sup>154</sup> Derudover ville det medføre, at situationer, der i enhver henseende var ens, skulle behandles forskelligt ved de nationale domstole, afhængig af om den pågældende stat benyttede hovedsæde- eller registreringskriteriet.<sup>155</sup> Konsekvensen af dommen ville i sidste ende blive, at selskabers mulighed for grænseoverskridende aktiviteter ville blive ringere end før Centros.<sup>156</sup>

Domstolen nævnte ikke Daily Mail i sin afgørelse. Dette blev af flere forfattere tolket, som om Daily Mail afgørelsen fortsat stod ved magt i sin helhed, og således stadig var en godkendelse af hovedsædekriteriet. Men var Daily Mail afgørelsen i sig selv et udtryk for Domstolens godkendelse af hovedsædekriteriet? Sagen omhandlede to stater, der begge benyttede registreringskriteriet i selskabsretlig henseende og nægtelsen var ikke begrundet i selskabsretten, men i skatteretten. Daily Mail kunne således ikke anvendes til godkendelse af hovedsædekriteriet i selskabsretten, hvorfor den manglende henvisning i Centros heller ikke kunne være det.<sup>157</sup>

EF-Domstolen havde tidligere udtrykkeligt gjort opmærksom på ændringer i den hidtidige praksis, og den manglende henvisning til Daily Mail blev brugt som argument for, at medlemsstaternes nationale ret fortsat var frit stillet med hensyn til håndhævelsen af hovedsædekriteriet.<sup>158</sup> De to domme omhandlede imidlertid ikke samme problemstilling, idet Daily Mail omhandlede spørgsmålet om efterfølgende primær etablering, mens Centros omhandlede direkte sekundær etablering. Der var derfor ingen umiddelbar modstrid mellem de to afgørelser, som skulle gøre det nødvendig for Domstolen at ændre på sin hidtidige praksis. Hvis Domstolen havde ønsket at ændre sin afgørelse i Daily Mail, ville den sandsynligvis have inddraget det i sin afgørelse af Centros-sagen.<sup>159</sup>

Det vigtigste argument mod opretholdelsen af hovedsædekriteriet var, at hovedsædekriteriet per definition havde et krav om, at et selskab skulle opfylde selskabslovgivningen i den stat, hvor selskabet havde sit faktiske hjemsted. Når en stat ikke kunne bringe sin selskabslovgivning i anvendelse i klare omgælstilfælde, bortset fra svig, måtte det konkluderes, at en stat heller ikke kunne gøre det ud fra en sådan automatik, som hovedsædekriteriet var udtryk for. Derudover tvang hovedsædekriteriet selskabet til at lægge hovedvægten af sin administration i stiftelseslandet, idet selskabet ellers blev tvunget til at opgive sin oprindelige nationalitet og antage en ny, for at blive anerkendt som juridisk person i den nye stat.<sup>160</sup>

### 5.1.3. Dommens betydning

Allerede inden dommen i Centros blev det diskuteret, som nævnt i kapitel 4, om hovedsædekriteriet var en hindring for udøvelsen af etableringsretten. Et af argumenterne var, at kriteriet i vidt omfang blokerede for aktieselskabers mulighed for grænseoverskridende omstrukturering, når dette indebar flytning af det faktiske hjemsted,<sup>161</sup> og at det således var en

---

<sup>153</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s.436-437

<sup>154</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s.438

<sup>155</sup> Hansen, Søren Friis: C-212 og L-212, NTS 2000 nr. 1 s. 51

<sup>156</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2 s. 103

<sup>157</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed NTS 2003 nr. 4 s.437

<sup>158</sup> Hansen, Søren Friis: Nekrolog over hovedsædeteorien: Julebog 1999 s. 156

<sup>159</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2 s. 103

<sup>160</sup> Werlauff, Erik: Hovedsædekriteriet i ny skikkelse: UfR 2000 s. 466

<sup>161</sup> Neville, Mette: Aktieselskabers tilknytning, Juristen nr. 4 1997 s. 166-167

hindring for at formålene med etableringsretten kunne opnås, nemlig at fremme selskabers mulighed for at foretage grænseoverskridende aktiviteter, herunder omstrukturering.

Det måtte derfor konkluderes, at håndhævelsen af hovedsædekriteriet ikke var i overensstemmelse med gældende Fællesskabsret. Håndhævelsen var udtryk for indirekte diskriminering af udenlandske selskaber, der på grund af den manglende anerkendelse af selskabets retssubjektivitet reelt forhindredes i at udøve den, i henhold til traktaten, sikre ret til fri etablering.<sup>162</sup>

Med Centros afgørelsen kunne det tænkes, at yderligere harmonisering ikke var nødvendig, og at konkurrence mellem lovgivningerne ville virke mere effektivt end fortsat harmonisering via direktiver.<sup>163</sup> Centros åbnede dog ikke op for muligheden for grænseoverskridende fusioner og hjemstedsflytning, og gjorde det ikke lettere at have datterselskaber i flere forskellige medlemsstater. Derfor måtte det forventes, at yderligere harmonisering ville komme, muligvis med 10. og 14. selskabsdirektiv.

I Danmark vedtog man efter Centros en lov med navnet L-212, som gik ud på, at man krævede, at selskaber, der ønskede registrering, skulle have en formue på minimum 125.000 DKK. Hvis dette ikke var tilfældet, skulle virksomheden stille en garanti svarende til forskellen mellem virksomhedens formue og 110.000 DKK.<sup>164</sup> Denne lov var dog i strid med de opstillede krav i præmis 34. Loven var uproportional ved kun at henvende sig til selskaber med en formue under 125.000 DKK, og ved samtidig at stille samme garantikrav uanset omfanget af selskabets aktivitet i Danmark.<sup>165</sup>

Med afgørelsen i Centros må det dog siges, at misbrugsbetragtningen for fremtiden alene kan anvendes i helt ekstraordinære tilfælde,<sup>166</sup> idet der er åbnet op for muligheden for at benytte etableringskæder. Derudover har Centros sikret, at selskaber har adgang til at adskille det faktiske og det vedtægtsmæssige hjemsted, og Centros må siges at være det første skridt på vejen mod afskaffelse af hovedsædekriteriet.

Ikke alle var dog overbevidst om denne tolkning, og en ny prøvelse af spørgsmålet var nødvendig, for at få afklaret hovedsædekriteriets skæbne. Überseering blev næste mulighed for herfor.

---

<sup>162</sup> Hansen, Søren Friis: Nekrolog over hovedsædeteorien: Julebog 1999 s. 164

<sup>163</sup> Krüger Andersen, Paul: Et marked for selskabsret, NTS 1999 nr. 4 s. 2

<sup>164</sup> Hansen, Søren Friis: C-212 og L 212, NTS 2000 nr. 1 s. 48-49

<sup>165</sup> Sørensen, Karsten Engsig: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002 nr.4 s.411

<sup>166</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2 s. 98

## 5.2. Überseering BV – C-208/00

Überseering BV blev stiftet og registreret i Holland i August 1990. Samme år erhvervede selskabet sig en grund i Düsseldorf, Tyskland, hvorpå der befandt sig en garagebygning og et motel. Selskabet hyrede i 1992 entreprenørfirmaet NCC til at renovere bygningerne. I december 1994 erhvervede to tyske statsborgere med bopæl i Düsseldorf samtlige anparter i Überseering. De to tyske statsborgere udgjorde herefter også selskabets ledelse, hvilket betød, at selskabet reelt blev ledet fra Düsseldorf.<sup>167</sup>

I 1996 anlagde Überseering sag mod NCC ved Landesgericht Düsseldorf angående mangler ved reparationsarbejdet på bygningerne. Überseering krævede at NCC betalte 1.163.657 DM til dækning af udgifter og tab i forbindelse med manglerne. NCC krævede sagen afvist med henvisning til, at selskabet havde forlagt sit faktiske hjemsted til Tyskland, og efter dagældende tysk praksis kunne selskabet ikke anerkendes som selvstændigt retssubjekt, idet selskabet ikke længere besad rets- og partsevne og dermed ikke kunne anlægge sag ved domstolene. Landesgericht Düsseldorf konstaterede, at Überseering rent faktisk havde forlagt sit faktiske hjemsted til Tyskland, og som følge heraf blev sagen afvist.

Sagen blev indbragt for Bundesgerichtshof blandt andet med henblik på, at få prøvet om afvisningen af sagsanlægget var i overensstemmelse med Fællesskabsretten. Sagen blev herefter forelagt EF-Domstolen i overensstemmelse med EF-Traktatens art. 234 (ex. 177) med følgende spørgsmål:

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

Der blev således fra tysk side meget konkret spurgt til, hvorledes medlemsstaterne efterfølgende skulle fastlægge selskabers nationalitet.

Domstolen modtog mange indlæg med meninger om sagen. I selve dommen blev der gjort udførligt rede for de mange indlæg. Til fordel for NCC kom der indlæg fra regeringerne i Tyskland og Spanien, mens der til fordel for Überseering kom indlæg fra Englands regering og bemærkelsesværdigt også fra Kommissionen.<sup>168</sup>

Flere af de medlemsstater, der indgav indlæg, brugte EF-Traktatens art. 293 til deres fortolkning, og kom frem til, at etableringsretten ikke omfattede retten til at forlægge sit faktiske hjemsted, idet art. 293 EF anså dette spørgsmål for at skulle løses ved indgåelse af en særlig konvention

---

<sup>167</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 439-440 &

Sørensen, Karsten Engsig: EU-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002 nr. 4 s. 406

<sup>168</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 440

herom, og en sådan konvention eksisterede ikke på daværende tidspunkt.<sup>169</sup> Dette afviste Domstolen under henvisning til, at art. 293 EF var en opfordring, til medlemsstaterne, til at forhandle konventioner om forskellige emner, men denne kunne ikke betinge udøvelsen af etableringsfriheden ved, at der blev vedtaget sådanne konventioner, jf. præmis 55.

### 5.2.1. EF-Domstolens afgørelse

Domstolen afsagde dom i sagen den 5. november 2002.

Som det første konstaterede Domstolen i præmis 52, at et tilfælde, hvor et selskab, som var lovligt stiftet i en medlemsstat, og i hvilken det havde sit vedtægtsmæssige hjemsted, forlagde sit faktiske hjemsted, til en anden stat som følge af, at selskabsandelene blev overdraget til personer, som var statsborgere og bosat i sidstnævnte stat, ville falde under EF-Traktatens bestemmelser om etableringsretten.

I præmis 56 pointerede Domstolen, at selskaber havde ret til at udøve virksomhed i en anden medlemsstat, som det var bestemt i Traktatens art. 43 EF og 48 EF. Desuden skulle bestemmelsen af et selskabs nationalitet, og dennes tilknytning til en medlemsstats retssystem, fastlægges ved selskabets vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed, jf. præmis 57.

Domstolen gjorde i denne sag meget ud af, at forklare forskellen mellem på den ene side Daily Mail, der vedrørte en primær etablering, og på den anden side Überseering, der vedrørte spørgsmålet om anerkendelse af en juridisk person fra en anden stat, og hvorfor Daily Mail ikke havde betydning for afgørelsen i Überseering, jf. præmis 62.

Überseering havde på intet tidspunkt givet udtryk for, at det ville forlægge sit hjemsted til Tyskland. Selskabets retlige eksistens blev aldrig betvivlet efter retsreglerne i stiftelsesstaten, da samtlige selskabsandele blev overdraget til personer med bopæl i Tyskland. Der blev ikke taget skridt til at opløse selskabet i henhold til hollandsk ret, hvorefter det på intet tidspunkt var ophørt med at være gyldigt stiftet, jf. præmis 63.

Domstolen konkluderede i præmis 73, at det ikke kunne udledes af Daily Mail, at spørgsmålet om anerkendelse af et selskabs retsevne og partsevne ved sekundær etablering ikke skulle være omfattet af Traktatens bestemmelser om etableringsfrihed, selv om selskabet efter etableringsstatens ret blev anset for at have forlagt sit faktiske hjemsted til denne medlemsstat.<sup>170</sup>

Den spanske regering fremførte argumentet om, at der stilles krav om, at et selskab skulle have en faktisk og vedvarende tilknytning til fællesskabet, for at kunne påberåbe sig Traktatens bestemmelser, jf. præmis 75.<sup>171</sup> I dette tilfælde kunne der ikke drages tvivl om dette, da selskabet både havde sit vedtægtsmæssige og faktiske hjemsted inden for EU. Selskabet havde derfor ret til at påberåbe sig etableringsfriheden, for at modsætte sig tysk rets fratagelse af selskabets retsevne, præmis 76.

I præmis 78 stillede Domstolen spørgsmålet, om de tyske domstoles nægtelse af anerkendelsen af retsevne og partsevne af et lovligt stiftet selskab fra en anden stat, udgjorde en restriktion for etableringsfriheden.

---

<sup>169</sup> Sørensen, Karsten Engsig: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002 nr.4 s.406

<sup>170</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 440

<sup>171</sup> Sørensen, Karsten Engsig: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002 nr.4 s.408

Domstolen bemærkede i præmis 79, at tysk praksis på dette tidspunkt var, at selskabet kun kunne opnå retsevne i Tyskland ved at lade sig nystifte i Tyskland. Men Überseering, som var lovligt stiftet i Holland, hvor det havde sit vedtægtsmæssige hjemsted, kunne med art. 43 EF og 48 EF gøre brug af etableringsretten i Tyskland. Selskabet eksisterede i kraft af den hollandske lovgivning, og kravet om at selskabet skulle nystiftes i Tyskland, for at opnå retsevne, var ensbetydende med en ren nægtelse af etableringsfriheden, jf. præmis 81.<sup>172</sup> I denne henseende kunne det ikke have betydning, at hele selskabets kapital efter stiftelsen var blevet erhvervet af tyske statsborgere med bopæl i Tyskland, idet denne omstændighed ikke havde ført til, at det havde mistet sin status som juridisk person, anerkendt af hollandsk ret ved stiftelsen, jf. præmis 80.

Domstolen konstaterede herefter i præmis 82, at under disse omstændigheder udgjorde det en restriktion for etableringsfriheden, hvis en medlemsstat nægtede at anerkende et lovligt stiftet selskab fra en anden medlemsstat, medmindre selskabet foretog nystiftelse efter den pågældende medlemsstats ret.

Den tyske regering gjorde subsidiært gældende, at restriktionen fandt anvendelse uden forskelsbehandling, og at den var begrundet i tvingende almene hensyn. Derudover var den proportional med de tilstræbte mål. Hovedsædekriteriet havde ikke-diskriminerende karakter, idet det ikke kun gjaldt for udenlandske selskaber, men også for tyske selskaber, der forlagde sit faktiske hjemsted til en anden stat. Den tyske regering havde ligeledes anført, at i Fællesskabsretten var det principielt anerkendt, at det var berettiget, at opfatte det vedtægtsmæssige og faktiske hjemsted som en enhed, og derfor var begrundelsen for restriktionen et tvingende alment hensyn, som var afledt af Fællesskabsretten, jf. præmis 84-86. Derudover tjente hovedsædekriteriet til retssikkerhed og kreditorbeskyttelse, samt forhindrede konkurrencefordrejninger, idet alle selskaber med midtpunkt i Tyskland blev underkastet samme retlige rammebestemmelser, jf. præmis 87. Restriktionsforbuddet omfattede også beskyttelse af minoritetsselskabsdeltagere som følge af den manglende harmonisering (88), beskyttelse af lønmodtagere, som følge af risikoen for omgåelse af medarbejderrepræsentation i bestyrelsen (89) og beskyttelse af fiskale interesser, herunder skattemæssige (90).<sup>173</sup>

Domstolen anførte i denne forbindelse, at det ikke kunne udelukkes, at tvingende almene hensyn som beskyttelsen af kreditorernes, minoritetsselskabsdeltagernes, lønmodtagernes eller endog skattevæsenets interesser under visse omstændigheder, og på visse betingelser, kunne begrunde restriktioner for etableringsfriheden, jf. præmis 92, men sådanne formål kunne imidlertid ikke begrunde, at det ikke anerkendtes, at et selskab, der havde retsevne og dermed partsevne i staten, hvor det havde sit vedtægtsmæssige hjemsted, ikke havde rets- og partsevne i værtsstaten. Foranstaltning var ensbetydende med ren nægtelse af den traktatsikrede etableringsfrihed, jf. præmis 93.<sup>174</sup>

Konklusionen på spørgsmål 1, jf. præmis 94:

*Artikel 43 EF og artikel 48 EF er til hinder for – i tilfælde, hvor et selskab, der er stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat, på hvis område det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, efter en anden medlemsstats ret anses for at have forlagt sit faktiske hovedsæde til denne anden stat – at sidstnævnte stat ikke*

---

<sup>172</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 441

<sup>173</sup> Sørensen, Karsten Engsig: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002 nr.4 s.408

<sup>174</sup> Sørensen, Karsten Engsig: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002 nr.4 s.407

*anerkender, at selskabet har retsevne og dermed partsevne for de nationale domstole, med henblik på at gøre rettigheder gældende i henhold til en kontrakt, det har indgået med et selskab, der er etableret i denne stat.*

Konklusionen på spørgsmål 2, jf. præmis 95:

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

### 5.2.2. Tolkning af dommen

Hovedsædekriteriet var udviklet til at hindre at erhvervsdrivende benyttede selskaber, der var underlagt en mere lempelig selskabslovgivning, til at udøve aktiviteter i de lande, hvor selskabslovgivningen var mere restriktiv. Derfor var dommen et historisk opgør med et meget vigtigt protektionistisk aspekt af hovedsædekriteriet.<sup>175</sup>

Et udenlandsk selskab, der var omfattet af Traktatens bestemmelser om etableringsfrihed, skulle anerkendes som et sådant selskab, og således i henhold til de nationale regler, der lå til grund for stiftelsen. Dette gjaldt overalt hvor selskabet etablerede sig, også selvom der ikke blev udøvet virksomhed i stiftelsesstaten. Derfor lå det klart, at en omkvalifikation af et udenlandsk selskab til et nationalt personselskab ikke var i overensstemmelse med gældende Fællesskabsret.<sup>176</sup> Det betød, at medlemsstaterne ikke længere kunne anvende hovedsædekriteriet over for selskaber stiftet i andre medlemsstater.<sup>177</sup>

Spørgsmålet, om i hvilket omfang medlemsstaterne havde pligt til at anerkende udenlandske selskaber som selvstændige retssubjekter, blev fremført efter dommen. I selve afgørelsen pointerede Domstolen, at udøvelsen af etableringsfriheden forudsatte, at selskaberne anerkendtes af alle medlemsstaterne, jf. præmis 59. Det måtte dog forventes, at idet medlemsstaterne havde tiltrådt Traktaten, var de også indstillet på at efterleve Traktatens bestemmelser omkring etableringsretten, og således anerkende selskaber lovligt stiftet i en anden medlemsstat. Art. 48 gav også kun rettigheder til lovligt stiftet selskaber.<sup>178</sup>

Domstolen havde som sagt gjort klart, at medlemsstaterne ikke længere kunne imødegå omgåelse af nationale selskabsretlige regler, ved at nægte at anerkende disse selskaber, men Domstolen havde også i sine præmisser sagt, at det ikke kunne udelukkes, at en medlemsstat kunne kræve, at udenlandske selskaber opfyldte visse betingelser, som beskyttelse for kreditorer, minoritetsselskabsdeltagere og lønmodtagere, men nægtelse af anerkendelse var udelukket.<sup>179</sup>

### 5.2.3. Dommens betydning

Der har fra tysk side været fremsat et forslag om, at medlemsstaterne kunne vedtage et direktiv, der harmoniserede medlemsstaternes internationale selskabsret. I forslaget skulle selskabers nationalitet fastlægges ud fra den stat, hvor de var registreret og herefter ville der være forbudt

---

<sup>175</sup> Sørensen, Karsten Engsig: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002 nr.4 s.410

<sup>176</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 439

<sup>177</sup> Sørensen, Karsten Engsig: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002 nr.4 s.409

<sup>178</sup> Sørensen, Karsten Engsig: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002 nr.4 s.410

<sup>179</sup> Sørensen, Karsten Engsig: EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret, NTS 2002 nr.4 s.410

for selskabet at flytte sit faktiske hjemsted ud fra registreringsstaten. Et sådant forslag kunne imidlertid ikke gennemføres, idet selve forslaget var i strid med etableringsfriheden. Derudover var Traktatens bestemmelser *lex superior* til direktiver, så medlemsstaterne kunne ikke ved indførelse af direktiver begrænse etableringsfriheden, som var sikret selskaber gennem Traktatens art. 48 EF.<sup>180</sup>

Tyskland har taget dommen til efterretning, og har således i en afgørelse fra den tyske højesteret den 13. marts 2003 ændret praksis, og taget et væsentligt skridt mod liberaliseringen af tysk selskabsret,<sup>181</sup> hvilket har betydet, at der nu i tysk international selskabsret benyttes registreringskriteriet til fastlæggelse af selskabers nationalitet.<sup>182</sup>

Med dommene i Centros og Überseering har Fællesskabsretten gjort det muligt for selskaber at oprette etableringskæder, gjort det muligt at adskille det vedtægtsmæssige og det faktiske hjemsted, og således afskaffet brugen af hovedsædekriteriet til fastlæggelse af selskabers nationalitet, når det drejer sig om selskaber med hjemsted i EU.

Muligheden for, at medlemsstaterne kunne pålægge udenlandske selskaber, at opfylde nationale selskabsretlige regler, blev bestemt i Domstolens afgørelse i sagen Inspire Art.

---

<sup>180</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 443-444

<sup>181</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 444

<sup>182</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 431

### 5.3. Inspire Art C-167/01

En undersøgelse foretaget i Holland viste, at der var 4000 udenlandske selskaber, som havde alle eller næsten alle deres aktiviteter i Holland. Derfor forsøgte man i Holland at imødegå en sådan anvendelse af udenlandske selskaber, ved at vedtage en ny lovgivning om pro forma selskaber.<sup>183</sup> Pro forma foreign companies act, som loven kaldes blev vedtaget 17. december 1997, og havde til hensigt at pålægge udenlandske selskaber, der udelukkende eller næsten udelukkende drev virksomhed i Holland, at opfylde en række krav, herunder opfyldelse af et mindstekrav til selskabskapitalen. Hvis et selskab omfattes af loven ikke opfyldte kravene, medførte dette blandt andet, at medlemmer af selskabets ledelse blev pålagt personlig hæftelse for selskabets gæld.<sup>184</sup>

Domstolen fik i sine afgørelser i Centros og Überseering ikke udtrykkeligt taget stilling til, om det fortsat var muligt for en medlemsstat at pålægge et selskab hjemmehørende i en anden medlemsstat, hvis faktiske hjemsted var placeret i en anden medlemsstat, pligt til at overholde nationale præceptive selskabsretlige regler,<sup>185</sup> som den nævnte hollandske lov. Nogle mente stadig at det var muligt, og således ikke en overtrædelse af Fællesskabsrettens bestemmelser. Spørgsmålet blev aktuelt med sagen Inspire Art.

Den 28. Juli 2000 stiftede en hollandsk statsborger det engelske private limited company Inspire Art Ltd. Selskabet havde sit vedtægtsmæssige hjemsted i Folkestone, England. Det etablerede en filial i Amsterdam, hvor det udelukkende udøvede aktivitet. Det engelske private limited company blev valgt som ramme for virksomheden, fordi kravene til selskabskapitalens størrelse var mindre end efter hollandsk ret.<sup>186</sup>

Selskabets direktør var bosiddende i Haag, Holland og bemyndiget til at tegne selskabet alene og uafhængigt. Det lokale handelsregister i Amsterdam fandt, at selskabet var underlagt loven om udenlandske pro forma selskaber, og pålagde derfor selskabet, at opfylde lovens krav om kapital. Inspire Art Ltd. anlagde sag mod handelsregistreret ved Kantongerecht te Amsterdam den 30. oktober 2000,<sup>187</sup> med påstand om, at selskabets registrering i handelsregistret i Amsterdam, var fuldstændig, idet selskabet ikke faldt under betingelserne i loven om udenlandske pro forma selskaber art. 1 og subsidiært, hvis domstolen måtte finde, at selskabet opfyldte betingelserne, at lovens bestemmelser var i strid med Fællesskabsretten, navnlig art. 43 EF og 48 EF, jf. præmis 37.

Kantongerecht te Amsterdam afsagde dom den 5. februar 2001, hvori den fastslog, at Inspire Art Ltd. formelt var et udenlandsk selskab, som det var beskrevet i loven om udenlandske pro forma selskaber art. 1. Hvad angik lovens forenelighed med Fællesskabsretten, blev dette præjudicielt forelagt EF-Domstolen den 19. april 2001 med følgende spørgsmål, jf. præmis 39

- 1) *Skal artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at de er til hinder for, at Holland i henhold til Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen af 17. december 1997 opstiller nærmere bestemmelser som dem, der findes i lovens artikel 2 til og med 5 vedrørende etablering i Holland af en filial af et selskab, som er stiftet i England, udelukkende i den hensigt at opnå en fordel i forhold til foretagender, der er oprettet efter Hollandsk ret, som*

---

<sup>183</sup> Engsig Sørensen, Karsten: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2 s. 93

<sup>184</sup> Hansen, Søren Friis, m.fl.: Lærebog i selskabsret 1, 1999 s.109-110

<sup>185</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 445

<sup>186</sup> Hansen, Søren Friis: To aktuelle afgørelser fra EF-Domstolen, Skattepolitisk Oversigt nr. 8 2003 s. 425-426

<sup>187</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 446



*indeholder strengere betingelser end engelsk ret for stiftelse og fuld indbetaling, når denne hensigt ifølge den hollandske lov udledes af, at selskabet fuldt ud eller næsten fuldt ud udøver sin virksomhed i Holland og endvidere ikke har nogen reel tilknytning til den stat, hvori den lovgivning, hvorefter det er stiftet, er gældende? Det vil sige:*

*Foreligger der en hindring for etableringsfriheden?*

- 2) *Såfremt disse artikler skal fortolkes således, at bestemmelserne i Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen er uforenelige med disse artikler, skal artikel 46 EF da fortolkes således, at bestemmelserne i artikel 43 EF og 48 EF ikke begrænser anvendeligheden af de hollandske regler i Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, fordi bestemmelserne i denne lov er begrundet i de hensyn, som den hollandske lovgiver har anført? Det vil sige:*

*Er hindringen begrundet?*

Domstolen blev således spurgt om loven om udenlandske pro forma selskaber kunne kræves overholdt på Fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin,<sup>188</sup> og på Fællesskabsretligt plan om det var muligt for medlemsstaterne på en eller anden generel måde at kræve, at udenlandske selskaber skulle opfylde nationale regler.

### 5.3.1. EF-Domstolens afgørelse

Dom i sagen blev afsagt den 30. september 2003. Også i denne sag var der mange indlæg fra medlemsstaterne.

Domstolen startede med at fastslå, at 11. selskabsdirektiv – filialdirektivet var udtømmende, og derfor kunne medlemsstaterne således ikke opstille yderligere krav til offentlighedsforskrifter, end hvad der var krævet af direktivet.<sup>189</sup> Loven om udenlandske pro forma selskaber krævede forskellige offentlighedsforanstaltninger, jf. præmis 65 som gik ud over, hvad der var krævet i filialdirektivet. Derfor var den hollandske lovs bestemmelser på dette område en hindring for filialdirektivets art. 2 og derfor ugyldige, jf. præmis 71 og 72.

Loven om udenlandske pro forma selskabers bestemmelser om mindstekapital og ledelsens ansvar var ikke omfattet af filialdirektivet, og derfor skulle disse undersøges i forhold til art. 43 EF og 48 EF, jf. præmis 73.

Derefter fastslog Domstolen, at Traktatens bestemmelser om etableringsfrihed, omfattede en situation, hvor et selskab var stiftet i en medlemsstat alene med det formål at udnytte denne medlemsstats selskabsretlige regler for derefter at etablere sig i en anden medlemsstat, hvor aktiviteten udøvedes, jf. præmis 95.<sup>190</sup> Kun tilfælde af svig kunne hindre denne form for udnyttelse af etableringsretten. Domstolen havde således endnu engang gjort klart, at etableringskæder var i overensstemmelse med Traktatens bestemmelser om etableringsretten. Domstolen henviste her til Segers præmis 16 og Centros præmis 17 og 18, hvor den også havde præciseret dette.

---

<sup>188</sup> Gulmann, Claus: Lidt om selskabers etableringsret....., Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard 2003 s. 896

<sup>189</sup> Vinther, Nikolaj og Erik Werlauff: Sagen om Inspire Art Ltd., Skat Udland nr. 12 2003, 386 s. 10017

<sup>190</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 446

I præmis 75 blev det fremført, at bestemmelserne i loven om udenlandske pro forma selskaber ikke vedrørte stiftelsen af selskabet, og dermed anerkendelsen af selskabet. Selskabet blev anerkendt og ikke nægtet registreret i Holland, og loven var derfor ikke en hindring for etableringsfriheden. Dette argument blev dog afvist af Domstolen, idet lovens regler om mindstekapital, og om ledelsens ansvar havde præceptiv virkning for udenlandske selskaber, som udelukkende eller næsten udelukkende udøvede virksomhed i Holland. Disse selskaber blev pålagt at opfylde dele af den hollandske selskabslovgivning for anpartsselskaber, og yderligere forpligtelser af administrativ karakter, hvilket gjorde det mere byrdefuldt at oprette disse selskaber, og derfor var det en hindring for udøvelsen af etableringsretten,<sup>191</sup> jf. præmis 99-101.

Bestemmelserne i loven om udenlandske pro forma selskaber vedrørende mindstekapital og selskabsledelsens ansvar, både på stiftelsestidspunktet og så længe selskabet bestod, udgjorde en hindring for den etableringsret, som var garanteret i Traktatens art. 43 EF og 48 EF, jf. præmis 104.

Domstolen konkluderede i præmis 105:

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

Domstolen nævnte Daily Mail sagen og bemærkede, at Inspire Art, sammen med Centros og Überseering, ikke omhandlede samme problemstilling som i Daily Mail, og derfor havde Daily Mail ingen relevans i denne sag, jf. præmis 102-103.<sup>192</sup>

Herefter besvarede Domstolen spørgsmålet, om hindringen var begrundet under henvisning til art. 46 EF eller tvungende almene hensyn, hvor det indledningsvis blev bemærket, at spørgsmålet om offentlighed i loven om udenlandske pro forma selskaber var i strid med filialdirektivet og derfor ikke kunne begrundes. Derfor var spørgsmålet rettet mod bestemmelserne om mindstekapital og om selskabsledelsens ansvar, jf. præmis 106 og 107.<sup>193</sup>

Art. 46 EF indeholdt en mulighed for, at medlemsstaterne kunne diskriminere, hvis det kunne begrundes i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Ingen af disse hensyn kunne begrunde hindringen i denne sag, så begrundelsen skulle findes i tvungende almene hensyn, det vil sige kreditorbeskyttelse, bekæmpelse af misbrug af etableringsretten, opretholdelse af en effektiv skattekontrol og god handelsskik, jf. præmis 131 og 132. Domstolen henviste her til de fire betingelser opstillet ved flere lejligheder og igen i Centros præmis 34.

Mindstekapitalkravet var et automatisk krav, som uden konkret risikovurdering blev påtvunget selskabet, blot fordi det faldt under definitionen i loven for udenlandske pro forma selskaber.

---

<sup>191</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 446

<sup>192</sup> Hansen, Søren Friis: To aktuelle afgørelser fra EF-Domstolen, Skattepolitisk Oversigt nr. 8 2003 s. 427

<sup>193</sup> Hansen, Søren Friis: To aktuelle afgørelser fra EF-Domstolen, Skattepolitisk Oversigt nr. 8 2003 s. 427

Inspire Art fremstod overfor omverdenen som et engelsk selskab, og derfor var potentielle kreditorer tilstrækkeligt oplyste, og derfor kunne dette krav ikke kategoriseres som et tvingende alment hensyn, jf. præmis 135.<sup>194</sup>

Domstolen gentog konklusionen fra Centros, at medlemsstaterne kunne træffe foranstaltninger mod misbrug af etableringsretten, jf. Centros præmis 24, og at der ikke forelå misbrug i den konkrete sag, blot fordi Inspire Art udnyttede etableringsretten til at stifte sit selskab i en medlemsstat, hvor de selskabsretlige regler var mindre byrdefulde, præmis 138, og kun udøvede virksomhed i filialstaten, præmis 139.

I præmis 140 konstaterede Domstolen, at hensynet til opretholdelse af god handelsskik, og en effektiv skattekontrol ikke opfyldte kriterierne om henholdsvis effektivitet, forholdsmæssighed og anvendelse uden forskelsbehandling, og derfor ikke kunne begrunde hindringen.<sup>195</sup>

Loven om udenlandske pro forma selskaber pålagde ledelsen af disse selskaber et personligt og solidarisk ansvar, hvis selskabet ikke overholdt kravene til mindstekapital. Kravet om mindstekapital var uforenelig med etableringsretten og Domstolen fastslog i præmis 141, at denne sanktion også var uforenelig med etableringsretten.

Konklusionen på spørgsmålet, om hindringen var begrundet, gav Domstolen i præmis 142:

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

Domstolen besvarede de præjudicielt forelagte spørgsmål i præmis 144:

*11. selskabsdirektivs artikel 2 er til hinder for en national lovgivning som Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, der pålægger en filial af et selskab, som er stiftet i henhold til en anden medlemsstats lovgivning, offentlighedsforpligtelser, der ikke fremgår af direktivet.*

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

---

<sup>194</sup> Vinther, Nikolaj og Erik Werlauff: Sagen om Inspire Art Ltd., Skat Udland nr. 12 2003, 386 s. 10018

<sup>195</sup> Hansen, Søren Friis: Selskabers fri bevægelighed, NTS 2003 nr. 4 s. 447

### 5.3.2. Tolkning af dommen

Dommen har sat punktum for, at medlemsstaterne kan diskriminere eller opstille restriktioner for udenlandske selskaber, på generel vis, ved at pålægge disse yderligere byrder i forhold til andre selskaber. Derudover har Domstolen præciseret retskildelæren i forhold til filialdirektivet, at en national lovgivning ikke kan pålægge filialer yderligere krav end foreskrevet af direktivet, idet dette direktiv er udtømmende, og Fællesskabsretten har forrang frem for national ret.

### 5.3.3. Dommens betydning

Med denne dom, sammen med Centros og Überseering, har Domstolen åbnet op for muligheden for et marked for konkurrence mellem medlemsstaternes selskabslovgivning. Medlemsstaterne kan kun i helt konkrete tilfælde pålægge et selskab at opfylde nogle nationale regler. Derudover må det konkluderes, at hovedsædekriteriet definitivt er dødt, idet hovedsædekriteriet er en national foranstaltning, som gør, at et selskab, der forlægger sit faktiske hjemsted fra en stat, som hylder dette kriterium, bliver tvangsopløst, og at et selskab, der forlægger sit faktiske hjemsted til en stat, som hylder kriteriet, mangler retsevne i staten. Dette må siges at udgøre en restriktion for et sådant selskab, som ikke kan retfærdiggøres ud fra de opstillede kriterier i Centros-dommens præmis 34.

Samtidig er dommen, sammen med de hidtidige domme, en tydeliggørelse fra Domstolens side af, at denne vil håndhæve proportionalitetsprincippet på en sådan måde, at enhver restriktion for den fri etableringsret vil blive tilsidesat som stridende mod Fællesskabsretten.<sup>196</sup>

Frankrig har indledt konkurrencen mellem medlemsstaternes lovgivning ved at reducere mindstekapitalen for anpartsselskaber til 1 Euro.<sup>197</sup>

## 5.4. Sammenfatning

Med dommen i Centros fik selskaberne mulighed for at benytte sig af etableringskæder, hvilket betød, at der blev mulighed for, at den primære etablering af selskabet blev foretaget i stater med lempelig selskabslovgivning, specielt på mindstekapitalkravsområdet, men også på området omkring, blandt andet, medarbejderrepræsentation. Selskaberne fik således mulighed for at adskille det vedtægtsmæssige og det faktiske hjemsted, så det kunne organisere sig mest hensigtsmæssigt.

Hovedsædekriteriet blev med dommen i Überseering erklæret for ubrugeligt til fastlæggelse af et selskabs nationalitet, for selskaber med hjemsted i EU. Kriteriet kan stadig benyttes af medlemsstaterne over for selskaber med hjemsted udenfor EU, idet disse selskaber ikke kan støtte ret på Traktatens bestemmelser. Nogle forfattere mener dog stadig, at kriteriet også kan benyttes af en stat, overfor denne stats egne selskaber, men denne opfattelse kan jeg ikke tilslutte mig, idet disse selskaber således bliver diskrimineret i forhold til andre selskaber i staten, hvorfor der i realiteten er opstillet en hindring for, at disse selskaber kan reorganisere sig.

På samme måde argumenterede Domstolen i Inspire Art. Her var spørgsmålet ikke, om fastlæggelsen af nationalitet, men om, i hvilket omfang en medlemsstat kunne pålægge udenlandske selskaber at opfylde nationale regler. Det blev fastslået, at der ikke var mulighed for at opstille generelle regler for udenlandske selskaber, medmindre disse kunne begrundes i etableringsrettens egne undtagelsesbestemmelser, blandt andet art. 46 EF om beskyttelse af den

---

<sup>196</sup> Winther, Nikolai & Erik Werlauff: Sagen om Inspire Art, Skat Udland 2003 nr. 386 s. 10021

<sup>197</sup> Hansen, Søren Friis: To aktuelle afgørelser fra EF-Domstolen, Skattepolitisk Oversigt 2003 nr. 8 s. 430

offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Medlemsstaterne kan kun kræve nationale foranstaltninger opfyldt i helt konkrete tilfælde, hvor det kan godtgøres, at der foreligger misbrug eller svig.

Domstolen har således meget konkret, gennem specielt Centros, Überseering og Inspire Art taget stilling til rækkevidden af etableringsretten. Gennem dommene er det blevet slået fast, at selskaber kan benytte etableringskæder, hvis dette er mest hensigtsmæssigt for dem. Hovedsædekriteriet kan ikke længere benyttes til at underkende eksistensen af selskaber, der er omfattet af etableringsretten, og medlemsstaterne kan ikke opstille generelle foranstaltninger, der pålægger udenlandske selskaber at opfylde nationale regler.

SE-selskabet, som næste kapitel omhandler, er også nødt til at få fastlagt sin nationalitet på grund af brugen af renvoi-teknikken. Forordningen for SE-selskabet har bestemt i art. 7, hvorledes dette skal foregå i et sådant selskab.

## KAPITEL 6

### SE-SELKABET

Med forordningen, for det europæiske aktieselskab, er der skabt en helt enestående og historisk situation indenfor den europæiske selskabsret, idet europæiske virksomheder nu har helt nye muligheder for strukturering og internationalisering.<sup>198</sup>

Forordningen om det europæiske aktieselskab trådte i kraft den 8. oktober 2004. Denne har hjemmel i EF-Traktatens art. 308.<sup>199</sup> Som nævnt i kapitel 1 er forordningen blevet en realitet på grund af renvoi-teknikken, som har nedtonet det oprindelige formål med skabelsen af en supranational selskabsform. Brugen af renvoi-teknikken har været et væsentligt kritikpunkt af SE-selskabet, idet SE-selskabet således bliver reguleret af regler på flere forskellige niveauer, jf. afsnit 6.2.1. om retskilder. Derudover bliver der ikke skabt ét SE-selskab, men 28 forskellige alt afhængig af i hvilken stat, selskabet får sit vedtægtsmæssige hjemsted. Der kan forekomme yderligere nuancer, idet der indenfor hver enkelt stat kan være forskel, alt afhængig af hvilken ledelsesform selskabet vælger, samt i hvilket omfang medarbejderrepræsentationsdirektivet bliver benyttet.<sup>200</sup>

Det vigtigste og mest bemærkelsesværdige, trods kritik og mangler, er, at SE-selskabet er skabt som retsform. Med dette er der mulighed for en fremskyndelse af vedtagelsen af 10. og 14. selskabsdirektiv, og derved igen skabt pres på SE-forordningen for at denne kan opnå fuldkommen status som supranational.<sup>201</sup>

Formålet med dette kapitel er at se, hvorledes SE-forordningens fastlæggelse af SE-selskabets nationalitet er forenelig med etableringsretten.

#### 6.1. Præambelen

I præambelen til forordningen fremføres det i betragtning nr. 1, at næste skridt i harmoniseringen af Europa, efter gennemførelsen af det Indre Marked, er en tilpasning af den juridiske ramme for selskaber, der har aktiviteter over et større geografisk område. Dette skal give disse selskaber mulighed for at planlægge og gennemføre reorganisering af deres aktiviteter på Fællesskabsplan.<sup>202</sup> Inden forordningen trådte i kraft ville selskaber fra forskellige medlemsstater, der ønskede at samarbejde eller omstrukturere, støde på vanskeligheder af både juridisk, psykologisk og skattemæssig karakter. Art. 44 EF har som hjemmel for direktiver været med til at afhjælpe nogle af disse ved harmonisering af medlemsstaternes selskabslovgivninger,

---

<sup>198</sup> Werlauff, Erik: SE-selskabet – en ny, fælleseuropæisk aktieselskabstype fra 8. oktober 2004, EU-ret og menneskeret Oktober 2002 s. 159

<sup>199</sup> SE-forordningen L 294/3 betragtning nr. 28

<sup>200</sup> Hjortshøj, Jacob & Tomas Krüger Andersen: Det Europæiske Selskab er en realitet, NTS 2001 nr. 4 s. 481-482

<sup>201</sup> Hjortshøj, Jacob & Tomas Krüger Andersen: Det Europæiske Selskab er en realitet, NTS 2001 nr. 4 s. 482

<sup>202</sup> SE-forordningen L 294/1 betragtning nr. 1

men til trods for harmoniseringen har selskaberne måtte vælge en juridisk ramme for virksomheden, som hørte under en bestemt national lovgivning.<sup>203</sup> SE-selskabets oprindelige formål var netop at gøre den juridiske ramme uafhængig af nationalitet, men dette har ikke været muligt at opnå.

Det primære formål med SE-selskabet, på nuværende tidspunkt, er at give selskaber mulighed for at fusionere og oprette fælles holdingselskaber og datterselskaber, jf. præambelens betragtning nr. 10. Forordningen omfatter ikke andre lovområder end det selskabsretlige, som for eksempel skatteret, konkurrenceret, intellektuel ejendomsret eller insolvens. På disse områder og andre områder, som ikke er omfattet af forordningen, gælder den nationale lovgivning og Fællesskabsretten, jf. præambelens betragtning nr. 20 og afsnit 6.2.1. om retskilder.

Under hensyntagen til EF-Traktatens diskriminations- og restriktionsforbud er det i præambelens betragtning nr. 5 blevet pålagt medlemsstaterne at sørge for, at der ikke sker forskelsbehandling af europæiske selskaber, ved at de uberettiget behandles anderledes end aktieselskaber, eller at der opstilles uforholdsmæssige begrænsninger for et europæisk selskabs stiftelse eller flytning af dets vedtægtsmæssige hjemsted.

Forordningen opfylder både subsidiaritetsprincippet og proportionalitetsprincippet, jf. præambelens betragtning 29. Medlemsstaterne kan ikke i tilstrækkelig grad opfylde målene med forordningen, idet det drejer sig om stiftelse af et aktieselskab på europæisk niveau, og på grund af omfanget og virkningen heraf kan dette bedre gennemføres på fællesskabsplan, jf. subsidiaritetsprincippet. Forordningen går ikke videre end, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet, hvilket er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

## 6.2. Forordningen

Forordningens art. 1 starter med at fastslå at SE-selskabet er et aktieselskab med status som juridisk person. Status som juridisk person opnås den dag selskabet optages i registeret, jf. art. 16, stk. 1. Herved opnår selskabet retsevne, partsevne, handleevne og procesevne. Valget af aktieselskab bliver begrundet i præambelens betragtning nr. 13 med, at et sådant selskab, både finansielt og ledelsesmæssigt, bedst imødekommer behovene hos de selskaber, som driver virksomhed på europæisk plan.

Et SE-selskab kan stiftes på fire måder, og forordningen er udtømmende med hensyn hertil. Det vigtigste element i forhold til stiftelse er kravet om det grænseoverskridende element.

SE-selskabet skal behandles som et aktieselskab, der er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, jf. art. 10. Det vil sige, at der ikke er grundlag for at behandle dette selskab anderledes end nationale aktie- og anpartsselskaber, når det kommer til valg af hjemsted. Det betyder, at SE-selskabet også kan hjemstedsshoppe<sup>204</sup>, ligesom andre selskaber i Europa kan i dag på grund af den frie bevægelighed. Det ville være helt mod selskabets ånd, hvis dette ikke var muligt, idet selskabets formål er at skabe mobilitet.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> SE-forordningen L 294/1 betragtning nr. 3

<sup>204</sup> Det vil sige, vælge hvilken stats selskabslovgivning der bedst passer til selskabets behov, og derefter foretage den primære etablering i denne stat.

<sup>205</sup> Werlauff, Erik: Grænseoverskridende flytning af et SE-selskab – et hjemstedskrav i strid med etableringsretten i Traktaten, UfR 2004 s. 243

### 6.2.1. Retskilder

SE-forordningen har en rangorden mellem de forskellige retskilder, som selskabet er underlagt, jf. art. 9. Denne rangorden er som følger:

- a) Bestemmelserne i forordningen.
- b) Bestemmelserne i SE-selskabets vedtægter, når forordningen udtrykkeligt tillader det. Ved SE-selskabets vedtægter forstås selskabets stiftelsesoverenskomst og dets egentlige vedtægter, når disse ikke er nedskrevet i samme dokument, jf. art. 6.
- c) Følgende rangorden omkring spørgsmål, som ikke er omfattet af forordningen
  - i. Den lovgivning, der er vedtaget af medlemsstaterne i medfør af fællesskabsforanstaltninger, der specifikt vedrører SE-selskabet.
  - ii. Den lovgivning i medlemsstaterne, som ville finde anvendelse på et aktieselskab, der er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted.
  - iii. Bestemmelserne i SE-selskabets vedtægter efter samme regler som dem, der gælder for et aktieselskab, der er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor SE-selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted.

Dette betyder, at alt hvad forordningen tager stilling til reguleres af denne. Hvis forordningen giver selskabet valgmuligheder, skal disse reguleres i selskabets vedtægter. Løses spørgsmålet ikke ved hjælp af ovenstående, gælder hjemstedsstatens lovgivning om SE-selskabet, derefter statens lovgivning for aktieselskaber, og hvis ingen af disse har løst problemet gælder selskabets vedtægter.<sup>206</sup>

Herudover gælder det fuldt ud for SE-selskabet, jf. art. 9, stk. 3, hvis SE-selskabet udøver virksomhed af en bestemt type, som er omfattet af national speciallovgivning.

Et problem i forbindelse med retskilderne er, at den hidtidige harmonisering, på forskellige områder, blandt andet omkring kapitalbeskyttelseskrav, er foregået gennem direktiver, hvilket betyder, at disse er implementeret i national ret, og derfor kun til en vis grad er ensartet. Herved kommer disse regler til at gælde for SE-selskabet, i den form de er implementeret.<sup>207</sup>

### 6.2.2. Hjemsted

*SE-selskabets vedtægtsmæssige hjemsted skal være beliggende inden for Fællesskabet i samme medlemsstat som den, hvor SE-selskabets hovedkontor er beliggende. En medlemsstat kan herudover pålægge SE-selskaber, der er registreret på dens område, pligt til at placere deres hovedkontor og deres vedtægtsmæssige hjemsted på samme sted.<sup>208</sup>*

Hermed har forordningen valgt, at hovedsædekriteriet skal benyttes til at bestemme selskabets nationalitet. Ikke nok med at det vedtægtsmæssige hjemsted skal være beliggende i samme stat

---

<sup>206</sup> Werlauff, Erik: SE-selskabet – en ny, fælleseuropæisk aktieselskabstype fra 8. oktober 2004, EU-ret og menneskeret Oktober 2002 s. 161- 162

<sup>207</sup> Werlauff, Erik: SE-selskabet – en ny, fælleseuropæisk aktieselskabstype fra 8. oktober 2004, EU-ret og menneskeret Oktober 2002 s. 160

<sup>208</sup> Forordningen L 294/4 artikel 7



som det faktiske hjemsted, men det kan yderligere kræves, at disse geografisk skal være placeret samme sted. Ikke blot i samme stat, men også fysisk på samme sted. Tanken bag dette må være, at et SE-selskab ikke skal kunne benyttes som et postkasseselskab.<sup>209</sup>

Der gøres opmærksom på i præambelens betragtning nr. 27, at der ikke med forordningen er gjort indgreb i medlemsstaternes mulighed for at vælge mellem hovedsæde- og registreringskriteriet. Hovedsædekriteriet er valgt for SE-selskabet, men dette valg har ingen betydning for andre selskabstyper. Det udtrykkes således: *"På grund af SE-selskabets specifikke og fællesskabsprægede karakter berører den ordning med selskabets faktiske hjemsted, der er fastsat i denne forordning, ikke medlemsstaternes lovgivning og foregriber ikke de valg, der måtte blive truffet med hensyn til andre fællesskabstekster på det selskabsretlige område."* Dette punkt må siges at være forældet, idet hovedsædekriteriet ikke er i overensstemmelse med gældende Fællesskabsret og således ikke længere en valgmulighed i EU.

Kravet, om sammenfald mellem det vedtægtsmæssige og det faktiske hjemsted er ment meget alvorligt. Så alvorligt at der i art. 64 er fastsat en pligt for myndighederne til at gribe ind, hvis kravet ikke opfyldes. Det er myndighederne i staten, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, der skal sørge for at selskabet enten flytter sit hovedkontor tilbage til denne medlemsstat eller det flytter sit vedtægtsmæssige hjemsted til staten, hvor det har forlagt sit faktiske hjemsted til efter proceduren i art. 8. Hvis selskabet ikke bringer uoverensstemmelsen i orden, skal hjemstedsstaten indlede likvidationsprocedure. Ifølge art. 63 er opløsning, likvidation, konkursbehandling, betalingsstandsning og tilsvarende bobehandling underlagt lovgivning for aktieselskaber i hjemstedsstaten. Ved overtrædelse af art. 7 har hjemstedsstaten mulighed for at få overtrædelsen prøvet ved de nationale domstole, og herigennem præjudicielt forelagt EF-Domstolen med art. 234 EF, jf. art. 64, stk. 3.

Forordningen giver ikke en nærmere definition af, hvad der skal forstås ved det faktiske hjemsted. Definitionen i de enkelte lande er ikke entydig, men bliver, som nævnt i kapitel 2, oftest defineret som det sted, hvor tyngdepunktet af selskabets administration udføres. Heroverfor står imidlertid det forhold, at forordningen ikke overlader det til medlemsstaterne, gennem national ret, at definere det faktiske hjemsted. Det må betyde, at begrebet faktisk hjemsted skal betragtes som et Fællesskabsretligt begreb, og derfor også skal fortolkes som et sådant. Det betyder, at det i sidste ende er EF-Domstolen, der i overensstemmelse med art. 234 EF, skal fastlægge definitionen af begrebet.<sup>210</sup> Problemet herved er dog, at spørgsmålet først skal forelægges, før en sådan definition bliver fastlagt.

På den anden side skal et SE-selskab betragtes og behandles som et aktieselskab, der er stiftet i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, og herved er kun registreringskriteriet benyttet til fastlæggelse af nationalitet. Herefter må selskabet være omfattet af EF-Traktatens bestemmelser omkring etableringsfrihed, idet retskildelæren fastlægger, at Traktaten er den øverste retskilde, og de sekundære retskilder, herunder forordninger ikke må stride mod Traktatens bestemmelser, jf. afsnit 1.1. SE-forordningen art. 7 strider mod traktatens bestemmelser omkring etableringsfrihed, og det betyder, at Traktaten går forud for forordningen, *lex superior*.

---

<sup>209</sup> Werlauff, Erik: Grænseoverskridende flytning af et SE-selskab – et hjemstedskrav i strid med etableringsretten i Traktaten, UfR 2004 s. 245

<sup>210</sup> Werlauff, Erik: SE-selskabet – en ny, fælleseuropæisk aktieselskabstype fra 8. oktober 2004, EU-ret og menneskeret Oktober 2002 s. 168- 169 & Werlauff, Erik: SE-selskabet – Det europæiske aktieselskab, 2002 s. 107-108

Det er EF-Domstolen, som i sidste ende fortolker EU-retten. Domstolen har med sin fortolkning i Centros og Überseering gjort klart, at hovedsædekriteriet er i strid med EU-retten. SE-forordningen er en del af EU-retten, og når der opstår modsigelser mellem to retsregler benyttes, som udgangspunkt de tre fortolkningsprincipper, lex superior, lex specialis og lex posterior. Traktaten er lex superior i forhold til forordningen, men SE-forordningen er lex specialis og lex posterior i forhold til Traktaten. Dette kunne give anledning til et principielt spørgsmål omkring fortolkningen af retskildehierarkiet inden for Fællesskabsretten.

### 6.3. Diskussion

Hovedsædekriteriet er valgt til nationalitetsbestemmelse af SE-selskabet. Grunden til dette er, at selskabet ikke skulle kunne benyttes som et postkasseselskab.<sup>211</sup> Men hvorfor ønsker man at begrænse flertallet af selskabernes muligheder for organisering, for at mindske risikoen for at nogle benytter SE-selskabet som et postkasseselskab. Er postkasseselskaber så "farlige", at de kræver en så vidtgående foranstaltning. Er man ikke i et internationalt samfund nødt til at løbe den risiko, for at flertallet kan få optimale muligheder?

Hvis ikke formålet med at vælge hovedsædekriteriet var at forhindre postkasseselskaber, hvad kunne det så være? Var det et kompromis mellem staterne, for at få forordningen vedtaget?

Som tidligere nævnt benyttede hovedparten af medlemsstaterne hovedsædekriteriet inden Domstolens afgørelserne i Centros og Überseering. Valget af hovedsædekriteriet kunne anses, som et forsøg på at få kriteriet implementeret i Fællesskabsretten, og således få en indirekte godkendelse af det.

Uanset grunden til valget af hovedsædekriteriet, som basis for SE-selskabets nationalitet, kan det konkluderes, at det er i strid med etableringsretten, og således opstiller en hindring for SE-selskabets organiseringsmuligheder.

### 6.4. Sammenfatning

Med stiftelsen af SE-selskabet som retsform og hermed vedtagelsen af SE-forordningen er der skabt en enestående og historisk situation. Selskaber i EU har fået mulighed for at skifte nationalitet, uden at skulle opløses i fraflytterstaten og nystiftes i tilflytterstaten. Derudover er det også blevet muligt at fusionere over grænser.

SE-forordningen indeholder bestemmelserne for SE-selskabet på det selskabsretlige område, og har i art. 7 fastlagt, at SE-selskabets nationalitet bestemmes ved brug af hovedsædekriteriet. Dette kriterium er blevet underkendt af Domstolen, som stridende mod Traktatens bestemmelser om fri etablering, som konkluderet i kapitel 5, men hvilken betydning har det for SE-selskabet?

Idet EF-Traktaten er hjemmelsgrundlaget for SE-forordningen, mener jeg, at Traktatens bestemmelser må være lex superior til forordningen, og dermed er art. 7 i forordningen ugyldig. Selskabets nationalitet må herefter bestemmes efter art. 10, som henviser til det vedtægtsmæssige hjemsted. En anden mulig løsning på problemstillingen ville være, at få SE-selskabet gjort uafhængig af nationalitet, og dermed opnå den tiltænkte status som supranational.

I næste kapitel vil denne afhandlings konklusioner blive fremført.

---

<sup>211</sup> Jf. note 215

## KAPITEL 7

### KONKLUSION

Selskaber har i dag ofte aktiviteter i flere forskellige stater, hvilket øger selskabets behov for selskabsretlig mobilitet. Et selskabs nationalitet er bestemmende for, hvilket selskabsretligt regelsæt det skal være underlagt. I EU har der været benyttet to kriterier til fastlæggelse af et selskabs nationalitet, og disse to kriterier er uforenelige, hvilket har givet anledning til problemer. For eksempel i udnyttelsen af etableringsretten og for benyttelsen af SE-selskabet.

Dette kapitel indeholder en sammenfatning af denne afhandlings hovedpunkter, og hermed en konklusion på denne afhandlings problemstillinger, som er:

*Hvorledes fastlægges et selskabs nationalitet på nationalt og fællesskabsretligt plan, og hvorledes stemmer disse overens?*

og

*Er SE-forordningens art. 7 om bestemmelse af SE-selskabets nationalitet i strid med EF-Traktatens art. 43 og art 48 om selskabers etableringsret?*

#### **7.1. Selskabers nationalitet**

For at et selskab kan optræde selvstændigt, skal det have status som juridisk person. Denne status opnår selskabet ved stiftelsen, og dette betyder, at selskabet har retsevne, handleevne, partsevne og procesevne. Den juridiske person er stiftet i overensstemmelse med en stats lovgivning og med et bestemt formål for øje.

Selskabsstatuttet bestemmer, hvilken stats lovgivning der skal anvendes på selskabets interne retsforhold, og hermed bestemmes selskabets nationalitet. Det henvises således til, at den internationale privatret definerer hvilke faktorer, der bestemmer selskabets nationalitet. Registreringskriteriet og hovedsædekriteriet bliver benyttet i EU til fastlæggelse heraf. Registreringskriteriet benytter det vedtægtsmæssige hjemsted som faktor. Hovedsædekriteriet kræver, at det vedtægtsmæssige hjemsted skal være beliggende i samme stat som det faktiske hjemsted. Herved benytter hovedsædekriteriet det faktiske hjemsted som den bestemmende faktor.

Etableringsretten har til formål at fjerne de nationale hindringer for grænseoverskridende etableringer, og således sikrer en effektiv udnyttelse af fællesmarkedets ressourcer. Den centrale bestemmelse er art. 43 EF, som sikre statsborgere (fysiske personer) i EU, ret til at etablere sig i alle stater i EU, på samme vilkår som etableringsstatens egne statsborgere. Herved er det bestemt, at fysiske personer kan foretage både primær og sekundær etablering. Art. 48 EF giver samme rettigheder til juridiske personer, idet denne artikel ligestiller juridiske og fysiske

personer. På grund af de retlige forskelle mellem fysiske og juridiske personer er denne ligestilling ikke altid mulig.

EF-Domstolen har med Daily Mail-afgørelsen konstateret, at det på nuværende tidspunkt ikke er muligt at foretage primær etablering for juridiske personer, i form af flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted eller grænseoverskridende fusion. Den juridiske person eksisterer kun i kraft af den lovgivning, efter hvilken den er stiftet, og dette grundlag er ikke muligt at forene over landegrænser.

Gennem første del af denne afhandling er det således vist, hvordan man fastlægger et selskabs nationalitet i EU, på nationalt plan, ved brug af enten registreringskriteriet eller hovedsædekriteriet. Det overlades til de enkelte stater i EU at bestemme, hvorledes disse vil fastlægge et selskabs nationalitet. Der er enighed om, at et selskabs nationale lovgivning finder anvendelse på selskabet overalt, og hermed skal selskabet anerkendes i alle medlemsstater, hvis det har opnået status som juridisk person i en medlemsstat. Enigheden ophører ved valg af bestemmende faktorer for nationalitetsbestemmelse.

Efterfølgende er etableringsretten fortolket direkte ud fra bestemmelserne i EF-Traktaten. En sammenholdelse heraf har ført til den konklusion, at hovedsædekriteriet ikke er forenelig med etableringsretten, og at primær etablering for juridiske personer ikke på nuværende tidspunkt er mulig, på grund af forskellene i grundlaget for den juridiske person.

Svaret på afhandlingens første problemstilling er således:

*Et selskabs nationalitet bestemmes i den internationale privatret gennem selskabsstatuttet. Registreringskriteriet og hovedsædekriteriet har været de kriterier som blev benyttet på nationalt plan. På det Fællesskabsretlige plan kan hovedsædekriteriet ikke længere benyttes, idet dette kriterium strider mod EF-Traktatens bestemmelser om retten til fri etablering.*

## **7.2. EF-Domstolens afgørelser**

EF-Domstolen har tolket bestemmelserne i EF-Traktaten omkring etableringsretten. De vigtigste domme på området er Centros, Überseeing og Inspire Art. Centros var egentlig ikke en sag, der omhandlede nationalitetsbestemmelse, men omhandlede misbrug af etableringsretten. Domstolen tog stilling til dette spørgsmål og konstaterede, at der ikke var tale om misbrug, selvom etableringsreglerne var benyttet for at undgå, at selskabet blev underlagt en mere restriktiv lovgivning, end den som ellers ville have været benyttet. Etableringskæder kunne således ikke anses som et misbrug af etableringsretten, men som en måde, effektivt at benytte fællesmarkedets bestemmelser på.

Det afgørende spørgsmål for dommens rækkevidde var ikke en diskussion omkring misbrugsbetragtningen, men en diskussion af, om hovedsædekriteriet kunne opretholdes. Hovedsædekriteriet har per definition et krav om, at et selskab skal opfylde selskabslovgivningen i den stat, hvor det har sit faktiske og vedtægtsmæssige hjemsted. Ved brug af etableringskæder vil det faktiske og det vedtægtsmæssige hjemsted ikke være sammenfaldende, og hermed vil der være uoverensstemmelse mellem de selskabsretlige reguleringer, selskabet vil være underlagt i de forskellige stater.

Domstolen fastslog i Centros, at en stat, hvor det faktiske hjemsted var beliggende, ikke kunne kræve sin selskabslovgivning benyttet på selskabet, idet selskabet var underlagt selskabslovgivningen i staten, hvor det havde sit vedtægtsmæssige hjemsted. Kun ved direkte svig ville denne mulighed være til stede. Domstolen har således anset omgåelsesbetragtningen som en positiv udnyttelse af etableringsreglerne, og hermed lagt op til at konkurrence mellem retssystemerne kan opstå.

Denne tolkning af Centros-dommen vil få alvorlige konsekvenser for mange af medlemsstaterne i EU, idet hovedparten af dem benytter hovedsædekriteriet til fastlæggelse af selskabers nationalitet. Allerede inden domme havde spørgsmålet været oppe, men det krævede en afgørelse fra EF-Domstolen, for at få et entydigt svar.

Dette svar kom i sagen Überseering, hvor spørgsmålet til EF-Domstolen var, hvorledes medlemsstaterne skulle fastlægge et selskabs nationalitet, og således om hovedsædekriteriet kunne benyttes hertil. Domstolen konkluderede her, at medlemsstaterne ikke kunne imødegå en omgåelse af nationale selskabsretlige regler ved at nægte at anerkende juridiske personer fra andre medlemsstater. Herved blev der sat punktum for hovedsædekriteriets virke. Domstolen udelukkede dog ikke, at medlemsstaterne kunne kræve, at udenlandske selskaber opfyldte visse betingelser. Dette tog Domstolen selv stilling til i sagen Inspire Art.

Spørgsmålet til Domstolen i Inspire Art var, om en medlemsstat kunne kræve at udenlandske selskaber, som kun var stiftet pro forma i en anden medlemsstat, skulle overholde selskabsretlige regler, som var udformet på generel vis. Domstolen svarede benægtende på spørgsmålet. Medlemsstaterne kunne således ikke, på generel vis, diskriminere eller opstille restriktioner for udenlandske selskaber, uanset at disse kun var stiftet pro forma.

### 7.3. SE-selskabet

SE-selskabets oprindelige formål var at skabe en supranational selskabsform, hvor selskabets placering af hjemsted og hermed nationalitet var underordnet. Dette formål blev ikke nået, men SE-selskabet blev skabt som retsform, og hermed fik selskaberne i EU mulighed for at fusionere over landegrænser og skifte nationalitet, det vil sige, at selskaberne fik helt nye muligheder for omstrukturering og internationalisering.

I forordningens art. 10 henvises til den stat, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, hvorved SE-selskabet har mulighed for frit at vælge den stat, hvor lovgivningen passer bedst på selskabets behov. Denne mulighed begrænses dog i markant grad af, at det i art. 7 er fastlagt, at hovedsædekriteriet benyttes til fastlæggelse af selskabets nationalitet. Valg af vedtægtsmæssige hjemsted afhænger derfor af, hvor det faktiske hjemsted har sæde og vice versa.

Det må således ses som en hindring for SE-selskabets mulighed for organisering, på forordningens nuværende udviklingstrin, at dette kriterium er valgt til nationalitetsbestemmelse. Nogle forfattere<sup>212</sup> mener, hvilket jeg tilslutter mig, at selskaberne ikke behøver at vente på en ændring af forordningen, men at den primære Fællesskabsret i form af EF-Traktatens art. 43 og 48, allerede i dag medfører at sammenfaldskravet i art. 7 er ugyldigt.

Svaret på afhandlingens anden problemstilling er således:

---

<sup>212</sup> Heriblandt Erik Werlauff og Søren Friis Hansen

*SE-forordningens art. 7 om bestemmelse af SE-selskabets nationalitet er i strid med EF-Traktatens art. 43 og 48 om retten til fri etablering.*

Spørgsmålet om, hvorvidt der er grundlag for konkurrence mellem retssystemer, på samme måde som det ses i USA, er med underkendelsen af hovedsædekriteriet blevet aktuelt i EU. Grundlaget for konkurrence er skabt, med muligheden for at adskille det faktiske og det vedtægtsmæssige hjemsted. I næste kapitel vil det blive diskuteret, om der i EU kan forekomme en konkurrence mellem retssystemer, som der forefindes i USA.

## KAPITEL 8

# PERSPEKTIVERING

Med dommene i Centros, Überseering og Inspire Art er der åbnet op for mulig konkurrence mellem retssystemerne i Europa. Konkurrence mellem retssystemer er den situation, hvor en række retssystemer konkurrerer mod hinanden, om at tiltrække selskaber, ved at udbyde en attraktiv lovgivning. Selskabslovgivningen bliver herved et produkt, der bliver udbudt og efterspurgt, og hvor produktets udformning til dels bestemmes af efterspørgslen.<sup>213</sup>

Formålet med dette kapitel er at undersøge muligheden for en Delaware-effekt i EU.

### 8.1. Delaware-effekten

Konkurrence mellem retssystemer har været en del af den amerikanske selskabsret gennem en lang årrække, og den har fået navnet Delaware-effekten, idet den næstmindste stat i USA – Delaware – har været i stand til at få mange selskaber indregistreret i staten. Omkring 50% af samtlige selskaber, der er noteret på børsen i New York er indregistreret i Delaware, men stort set ingen af dem har aktivitet i staten.<sup>214</sup> Erhvervsdrivende i USA kan vælge at stifte deres selskab i hvilken som helst stat, uafhængigt af hvor selskabet reelt udøver sin aktivitet,<sup>215</sup> det vil sige, at man i USA benytter registreringskriteriet til fastlæggelse af selskabers nationalitet.

Delaware-effekten er i Europa blevet brugt i debatten omkring harmonisering af selskabsretten til at beskrive en uønsket situation og er fremhævet som en af de vigtigste grunde til, at der skulle ske en vis form for minimumsharmonisering på selskabsrettens område.<sup>216</sup> I EU har man set selskabsreguleringen som et middel til at realisere målet om et indre marked, der skulle sikre retten til fri etablering. Gennem harmonisering af selskabslovgivningen skal de nationale forskelle heri udjævnes, og derigennem sikre at såvel selskabsdeltagerne som tredjemands interesser blev varetaget lige byrdefuldt.<sup>217</sup>

Det må fastslås at en direkte Delaware-effekt ikke vil forekomme i EU, idet selskaber stiftet udenfor Fællesskabet, og hermed også selskaber fra Delaware, ikke kan støtte ret på Traktatens bestemmelser omkring etableringsfrihed.<sup>218</sup> Spørgsmålet er derfor, om en lignende effekt vil kunne opstå i EU?

---

<sup>213</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 17

<sup>214</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 18

<sup>215</sup> Sørensen, Karsten Engsig: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999 nr. 2 s. 93

<sup>216</sup> Sørensen, Karsten Engsig: Udenlandske selskabers omgåelse ....., Selskabers kapital 1999 s. 153

<sup>217</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 277-282

<sup>218</sup> Sørensen, Karsten Engsig: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2 s. 104

## 8.2. USA vs. EU

Umiddelbart virker en sammenligning af EU og USA ligetil. Begge har et system med separate stater, som har hver sin selskabslovgivning, men på mange måder er USA forskellig fra EU. I USA kan man tale om et fælles udgangspunkt for staterne med samme sprog, møntenhed og nationalitet, samt fælles forsvar og fælles præsident.<sup>219</sup> I EU er udgangspunktet et helt andet. Her er tale om en række selvstændige nationale stater, som har vidt forskellige traditioner med hensyn til sprog, kultur og politiske, sociale og økonomiske forhold.<sup>220</sup> Dette betyder, at der ikke er tale om samme udgangspunkt, hvilket spiller en betydelig rolle for konkurrencen.

I EU har der, som bekendt, været to kriterier til nationalitetsbestemmelse, registreringskriteriet og hovedsædekriteriet. Sidstnævnte er, som det konkluderes tidligere i denne afhandling, ikke i overensstemmelse med EF-Traktatens bestemmelser om etableringsfrihed. Registreringskriteriet bliver også benyttet i USA, idet dette kriterium har den vigtige forudsætning for grænseoverskridende mobilitet, og at det er uden betydning om det faktiske og vedtægtsmæssige hjemsted er placeret i samme stat. På dette punkt må det siges, at EU er kommet nærmere en situation, hvor der er mulighed for konkurrence mellem retssystemer.

I USA benytter man en lovgivning, som er deklaratorisk,<sup>221</sup> hvilket betyder, at man kan fravige den, hvis dette er mere hensigtsmæssigt. Lovgivningen i EU er lige modsat, den er præceptiv,<sup>222</sup> hvilket betyder, at den skal overholdes, hvis den eksisterer. Herved har lovgivningen større betydning for selskaberne i EU, idet de ikke har mulighed for at fravige de gældende regler.<sup>223</sup> I EU har man gennem harmonisering, forsøgt at ensarte lovgivningen i de forskellige stater. Derudover varetager selskabslovgivningen i EU flere forskellige interesser. Udover at varetage aktionærernes interesser, varetages også medarbejdernes og kreditorernes interesser. I USA er det kun aktionærernes interesser der varetages.

Konkurrencen i USA foregår ikke udelukkende ved stiftelsestidspunktet, men også ved reinkorporation, det vil sige ved flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted, og herved nationalitetsskifte. Hvis selskaberne i EU på nuværende tidspunkt, medmindre der var tale om SE-selskaber, skulle skifte nationalitet, skulle disse opløses i stifterstaten ved hjælp af en solvent likvidation, for derefter at blive stiftet på ny i tilflytterstaten. En konsekvens af dette er, at alle selskabers aktiver må realiseres og kreditorerne skal have, hvad der er deres, hvorefter der kan foretages udlodning til aktionærerne. Derudover skal selskabet ophørsbeskattes.<sup>224</sup>

I USA foregår reinkorporationen gennem fusion. Dette er også muligt i EU, men i meget begrænset omfang. Det skal være muligt med de nationale lovgivninger. I Danmark medfører det, at i tilfælde, hvor et udenlandsk selskab som det ophørende selskab, fusionerer ind i et dansk selskab, skal det behandles som et apportindskud, mens i tilfælde, hvor et dansk selskab fusionerer ud af landet, skal behandles som en solvent likvidation.<sup>225</sup>

Ledelsessystem og ejerstruktur er også forskellig. I USA benytter man det enstrengede ledelsessystem, mens der i EU er udbredt brug af det tostrengede ledelsessystem.<sup>226</sup> Derudover er

---

<sup>219</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s.224

<sup>220</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s.224

<sup>221</sup> Reglerne finder kun anvendelse, hvis parterne ikke selv har aftalt noget.

<sup>222</sup> Regler, hvis beskyttelse en part ikke kan give afkald på, uanset hvad parterne ellers måtte have aftalt.

<sup>223</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 306

<sup>224</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 134

<sup>225</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 143

<sup>226</sup> En-strengt betyder at der kun er en direktion. Ved det tostrengede er der en direktion og en bestyrelse.



ejerskabet anderledes, idet USA har spredt ejerskab, hvilket vil sige mange aktionærer, mens der i EU ofte er koncentreret ejerskab. Dette gælder dog ikke i England, hvor meget få aktionærer ejer alle aktierne i selskabet.<sup>227</sup>

Det europæiske marked er væsentlig mindre end det amerikanske. For Danmarks vedkommende kan nævnes, at kun ca. 250 selskaber er børsnoterede. Det betyder, at markeds kræfterne ikke kan antages at spille den samme rolle i EU som i USA, idet aktiemarkedet i EU er svagere end i USA.<sup>228</sup>

For at konkurrence mellem retssystemerne i EU vil opstå, skal såvel selskaber som medlemsstater have et incitament til at indgå i konkurrencen. Derudover skal forskellene i medlemsstaternes lovgivning være så store, at fordelene er større end omkostningerne<sup>229</sup> og øvrige forhold, der indgår i beslutningsprocessen, skal være overkommelige.

I USA er der et økonomisk incitament til at indgå i konkurrencen, idet staterne får skatteindkomst af de selskaber, der er registreret i staten, den såkaldte franchise tax. Denne form for skatteopkrævning er ikke tilladt i EU, idet det vil stride mod kapitaltilførselsdirektivet.<sup>230</sup> Ud over franchise tax underkastes selskaberne i USA også selskabsskat af deres indkomst, således som det også kendes fra EU-staternes skattesystemer. Retten til at pålægge selskabsskat tilfalder som udgangspunkt, den stat, hvorfra indtægten hidrører, det vil sige kildestaten, hvorfor selskabsskatten som udgangspunkt ikke udgør noget væsentligt incitament til konkurrence i USA.<sup>231</sup>

Selvom en stat har mange indregistrerede selskaber, er det ikke nogen garanti for, at det medfører erhvervsaktivitet, som kan generere indkomstskat i stiftelsesstaten. Men de mange selskaber kunne medføre nogle afledte erhvervsaktiviteter for blandt andet advokat- og revisorstanden.<sup>232</sup>

### 8.3. Europas Delaware?

Et af de spørgsmål, som mange stiller i forbindelse med debatten om konkurrence mellem retssystemer er, hvilken stat i EU der bliver Europas Delaware. Det bedste bud på nuværende tidspunkt er enten Storbritannien eller Irland, idet begge lande følger registreringskriteriet, ingen af dem stiller krav om mindstekapital til Ltd.-typen,<sup>233</sup> og på andre områder er selskabslovgivningen meget liberal. De har blandt andet ingen regler om medarbejderrepræsentation. Derudover er begge lande engelsksprogede.<sup>234</sup>

### 8.4. Afslutning

Hvis konkurrencen er til stede, vil der stadig være overvejelser inden en stiftelse finder sted. Dette sker under afvejning af fordele og ulemper herved. Fordelene er en attraktiv lovgivning, mens ulemperne er fremmed lovgivning. Derudover er der overvejelser omkring praktiske

---

<sup>227</sup> Birkmose, Hanne S.: Frygten for Delaware – monsteret fra USA?, NTS 2000:3/4 s. 303

<sup>228</sup> Birkmose, Hanne S.: Frygten for Delaware – monsteret fra USA?, NTS 2000:3/4 s. 304

<sup>229</sup> Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 185-187

<sup>230</sup> Sørensen, Karsten Engsig: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2 s. 105

<sup>231</sup> Birkmose, Hanne S.: Frygten for Delaware – monsteret fra USA?, NTS 2000:3/4 s. 310

<sup>232</sup> Sørensen, Karsten Engsig, m.fl.: EU-retten, 2004 s. 682

<sup>233</sup> Den engelske udgave af et anpartsselskab

<sup>234</sup> Sørensen, Karsten Engsig: Centros Ltd.-afgørelsen og dens konsekvenser, NTS 1999:2 s. 105

forhold, så som sproglige forviklinger, højere omkostninger til rådgivning og risikoen for at sætte sin troværdighed på spil.<sup>235</sup>

Men vil en konkurrence opstå i Europa? Hvis man sammenligner situationen i USA med situationen i EU, vil en konkurrence i EU ikke have lige så gode vilkår som den har i USA, primært fordi konkurrencen reguleres af markedet, som er betydelig større i USA. Det grundlæggende udgangspunkt for konkurrencen er meget forskelligt, og måske som det vigtigste argument, medlemsstaterne i EU mangler det økonomiske incitament, som man har i USA med sin franchise tax.

En mulighed, for at konkurrencen vil opstå, kan være, hvis medlemsstaterne konstaterer, at mange selskaber stiftes i England, på grund af de lempelige kapitalkrav, og herved kan andre medlemsstater føle sig nødsaget til at lempe deres krav til mindstekapitalen, hvilket som nævnt allerede er sket i Frankrig, og det kunne fremprovokere en konkurrence mellem retssystemerne i EU. Et alternativ hertil kunne være en fortsat harmonisering af lovgivningen. Et problem i denne forbindelse er dog, at der ikke i EU er enighed om, hvor der skal harmoniseres, og der er ligeledes ikke enighed om konkurrence er et problem.<sup>236</sup>

Om man vælger harmonisering eller markedskræfter vil kun tiden vise.

---

<sup>235</sup>Birkmose, Hanne S.: Konkurrence mellem retssystemer, 2004 s. 235

<sup>236</sup>Sørensen, Karsten Engsig, m.fl.: EU-retten, 2004 s. 683

## SUMMARY

On October the 8<sup>th</sup> 2004 it became possible to found a European Company, the SE-company (SE). This type of company is very unique because it can change nationality. Furthermore, it has its own legislation, the Order of the European Company, which means, that no matter in which member state the SE-company is situated it is subjected to this specific legislation.

A company can have two domiciles: the registered office and the actual main seat. The registered office is the place whereto the Articles of Association ascribe the company, and the actual main seat is where the board of directors of the company are situated. The latter is usually where the company is managed. In the EU two different criteria are used to determine the nationality of a company and in that way determine, which legislation the company must follow. These are the criterion of registration and the main seat criterion. Both criteria use the domicile to define the home state. The main seat criterion requires merging between the two domiciles while the criterion of registration accepts separation.

The legislation concerning the right of establishment is found in the Treaty of the European Community. Article 43 EF gives persons the opportunity to found companies, agencies, branches and subsidiaries in all the states in the European Union on the same terms as the citizens within the state of the foundation. Article 48 EF gives the same rights to companies legally founded in one of the European states. This means that a legal person is given the same status as that of a natural person according to article 43 EF. The right of establishment do not mention how a company's nationality is decided, just that discrimination between domestic and foreign companies is not allowed.

According to article 7 in the Order of the European Company, the company's registered office must be situated in the European Union in the same state as the company's actual main seat. This means that the legislation for the SE requires merging of the registered office and the actual main seat, and because of that, the company's nationality is determined by the main seat criterion.

### **The Problem Formulation**

As mentioned, there are two different interpretations in the European Union on how to define a company's nationality. The aim of this paper is to find out if these two interpretations agree with the legislation of the European Union, the question is:

*How is a company's nationality determined on a national level as well as within the European Union and are they compatible?*

The main seat criterion is chosen to determine the nationality of the SE-company. The European Court of Justice has in a number of decisions rejected the use of the main seat criterion with the

argument that it is against the fundamental legislation of the Treaty of the European Community, namely discrimination of nationality and the company's right of establishment.

This paper also seeks to answer whether the Order of the European Company has chosen a criterion to determine the nationality of a company, which is in conflict with the right of establishment, the question is:

*Is the Order of the European Company's article 7, which decides the nationality of the SE, in conflict with the Treaty of the European Community articles 43 and 48 concerning a company's right of establishment?*

The key question of this paper is how to determine the nationality of a company, including a SE's nationality. As a consequence this paper is delimited from all other aspects of the SE including how to found such a company, the influence of the staff and the form of direction.

A company's nationality is defined in different ways depending on if it is company law, tax law or international law. This paper focuses on company law, and is therefore delimited from tax- and international law.

Chapter 2 presents the international civil law, more specific the applicable law and thus the rules and regulations of national companies. The two criteria will be discussed in this chapter, but before the applicable law becomes relevant, it is necessary to determine when a company has status as a legal person. The purpose of the chapter is to determine how a company's nationality is defined nationally.

The main seat criterion demands merging between the two domiciles while the criterion of registration accepts separation. In case a company wishes to move its actual main seat to another state, it is essential for the company's status as a legal person, which criteria are used to determine the company's nationality in both the "home" state and the new state. If just one of the states uses the main seat criterion it can have important consequences for the people involved with the company especially the company management.

In the EU the main seat criterion is prevalent, which makes it very difficult for companies in the EU to move the actual main seat to another state. This leads to the question of how a company can maintain its status as a legal person and at the same time organize itself most expediently and flexibly, when the states in EU use two incompatible criteria of applicable law?

The right of establishment is analysed in chapter 3. The articles in the Treaty of the European Community are used as foundation for the analysis. The European Court of Justice's decision in the case of Daily Mail is used as illustration hereof. The purpose of the chapter is to determine the extent of the free establishment.

Article 43 EC gives natural persons in the EU the opportunity of establishment on equal terms. With article 48 EC, companies are given the same opportunity. However, the European Court of Justice pointed out in the case of Daily Mail in reason 19 that a company only exists because of the national legislation on the basis of which it is founded. Therefore the legal persons are not able to use the rights they have been given through the Treaty of the European Community to found a primary establishment, because the basis for the legal persons existence is, at present, not possible to unite across borders.

Chapter 4 compares the international civil law with the articles in the Treaty of the European Community concerning the right of establishment. This comparison concludes, that the main seat criterion is not consistent with the right of establishment. For that reason the main seat criterion can no longer be used to determine the nationality of a company, which can rely upon the free establishment.

Several questions on this matter have been asked the European Court of Justice. Chapter 5 deals with the development of the legal status. The three most important cases are described and analysed and a conclusion on how the notion legal status is interpreted today is given. The purpose of this chapter is to see how the European Court of Justice interprets the Treaty of the European Community.

Centros, Überseering and Inspire Art are the cases used. With Centros the European Court of Justice pointed out, that it was possible for the companies to use chains of establishment. With that, the companies now had the opportunity to separate the registered office and the actual main seat. The main seat criterion was declared useless in the Überseering case, and the case Inspire Art determined that it was not possible for a state to prepare general regulation for foreign companies, unless these regulations could find reason in the Treaty of the European Community's own articles of exception, for example article 46 EC concerning protection of the public sectors policy, security or health.

The European Company became a reality on October 8<sup>th</sup> 2004. Chapter 6 concerns the European Company. The purpose of this chapter is to see, how the Order of the European Company's determination of the SE company's nationality is compatible with the right of free establishment.

In article 7 the SE company's registered office must be situated in the Union, in the same state as the company's actual main seat. This means that the legislation for the SE demands merging of the registered office and the actual main seats, and because of that, the company's nationality is determined by the main seat criterion, and therefore the determination of a SE company's nationality is contrary to the European Court of Justice's decision on this matter.

## **Conclusion**

Throughout the first part of this paper, it was revealed that two different criteria are used to determine the nationality of companies in the EU; the criterion of registration and the main seat criterion. In addition, the right of establishment from the articles of the Treaty of the European Community was interpreted directly. A comparison led to the conclusion that the main seat criterion is not in compliance with the articles in the Treaty.

Afterwards the European Court of Justice's most important decisions on the matter, were reviewed to see, how they interpret the articles in the Treaty. The Courts interpretation of the right of establishment concerning the main seat criterion is consistent with the interpretation of this paper.

Furthermore it is included in the right of establishment by the European Court of Justice, that a state cannot impose further restrictions to a foreign company or obey the states own corporate law.

The answer to this papers first question is:

*A company's nationality is determined in the international private law through the criterion of registration or main seat criterion. In the laws of the European*

*Union it is not possible to use the main seat criterion anymore, because this criterion is in conflict with the Treaty of the European Community's articles about the right of establishment.*

The SE uses, according to article 7, the main seat criterion to determine the nationality of the company. It is an obstacle for the SE opportunity to organise at this time.

The answer to this papers second question is:

*The Order of the European Company's article 7 on how to determine the company's nationality is in conflict with the Treaty of the European Community's article 43 and 48 concerning the right of establishment.*

In order to put the above into perspective, chapter 8 finally deals with a discussion on the possibility of a European Delaware-effect with a comparison of the situation in the USA with the situation in the EU.

## BILAG A

### DIREKTIVER

1. Selskabsdirektiv – *publicitetsdirektivet*.  
Omhandler offentlighed om selskabernes forhold.  
Gælder både for aktie- og anpartsselskaber. Normalt gælder direktiverne kun for aktieselskaber.
2. Selskabsdirektiv – *kapitaldirektivet*.  
Omhandler kapitalforhold. Har stor betydning for alle spørgsmål om opretholdelse og sikring af kapitalen i aktieselskaber.
3. Selskabsdirektiv – *fusionsdirektivet*.  
Regulerer detaljeret fusionsproceduren.
4. Selskabsdirektiv – *årsregnskabsdirektivet*  
Omhandler aflæggelsen af årsregnskab.  
Gælder både for aktie- og anpartsselskaber.
5. Selskabsdirektiv – *selskabets struktur, ledelsesforhold mv.*  
Direktivet er endnu ikke vedtaget og foreligger således kun i udkast.
6. Selskabsdirektiv – *spaltningsdirektivet*  
Medlemsstaterne har ikke pligt til at tillade spaltning, men hvis de gør, skal direktivets bestemmelser anvendes.  
Direktivet giver tre spaltningmåder.
7. Selskabsdirektiv – *koncernregnskabsdirektivet*  
Omhandler konsolidering af regnskaber i en koncern.
8. Selskabsdirektiv – *revisordirektivet*  
Fastlægger uafhængigheds og decorumkrav til revisorer.
9. Selskabsdirektiv – *koncerndirektivet*  
Ensarter materielle koncernregler.  
Direktivet er endnu ikke vedtaget og foreligger således kun i udkast.
10. Selskabsdirektiv – *international fusion*  
Omhandler grænseoverskridende fusion af aktieselskaber inden for EU  
Direktivet er endnu ikke vedtaget og foreligger således kun i udkast.
11. Selskabsdirektiv – *filialdirektivet*  
Omhandler den tekniske gennemførelse af filialstiftelse.
12. Selskabsdirektiv – *enkeltmandsselskaber*  
Giver mulighed for selskaber med kun en ejer.
13. Selskabsdirektiv – *overtagelsesdirektivet*  
Omhandler offentlig overtagelse af noterede aktier
14. Selskabsdirektiv – *hjemstedsflytning*  
Muliggør grænseoverskridende hjemstedsflytning.  
Direktivet er endnu ikke vedtaget og foreligger således kun i udkast.

## BILAG B

### ART. 44, 45 & 47 EF

#### Artikel 44 EF

*Art. 44, stk. 1 EF: Efter fremgangsmåden i artikel 251 og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg udsteder Rådet direktiver om gennemførelse af etableringsfriheden inden for en bestemt erhvervsgrænse.*

Med denne artikel er der givet hjemmel til, at der kan udstedes direktiver, som øger muligheden for at benytte etableringsfriheden inden for en bestemt erhvervsgrænse. Disse er ikke nærmere præciseret, men i art. 44, stk. 2, litra a EF er nævnt erhverv, som i særlig grad vil fremme udviklingen af produktion og handel.

*Art. 44, stk. 2 EF: Rådet og Kommissionen udfører de opgaver, som er overdraget dem i henhold til ovennævnte bestemmelser,*

Herved er det Rådet og Kommissionen, der har fået hjemmel til at udstede direktiver til gennemførelsen af etableringsfriheden. Art. 44, stk. 2 EF indeholder otte underpunkter, som præciserer, hvorledes det ønskes, at etableringsfriheden skal gennemføres.

#### Artikel 45 EF

*Art 45 EF: Virksomhed, som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i en medlemsstat, er i den pågældende stat ikke omfattet af bestemmelserne i dette kapitel.*

*På forslag af Kommissionen kan Rådet med kvalificeret flertal undtage visse erhverv fra bestemmelserne i dette kapitel.*

Denne artikel er en undtagelse fra den traktatsikrede etableringsret efter art. 43 EF, idet der her gives tilladelse til, at medlemsstaterne må diskriminere, hvis et selvstændigt erhverv varigt eller lejlighedsvist er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed.<sup>237</sup> Domstolen har fastslået, at denne undtagelse skal begrænses til virksomhed, som i sig selv er direkte og særligt forbundet med denne udøvelse.<sup>238</sup> Bestemmelsen skal fortolkes snævert.<sup>239</sup>

#### Artikel 47 EF

*Art. 47, stk. 1 EF: For at lette adgangen til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed udsteder Rådet efter fremgangsmåden i artikel 251 direktiver om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater og andre kvalifikationsbeviser.*

Art. 47 EF giver Rådet hjemmel til at udstede direktiver således, at staterne gensidigt skal anerkende erhvervsmæssige kvalifikationer, så det letter adgangen til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed. Direktiver er udstedt for så vidt angår børs, banker, forsikring og offentlig udbud.<sup>240</sup>

Art. 44, stk. 3, art. 46, stk. 2 og art. 47 er sammen med art. 94-97 EF og art. 308 EF omfattende beføjelser til, ved harmonisering, at regulere det erhvervsretlige område.<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl.: EU-Retten 2004 s. 555-556

<sup>238</sup> Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s. 308

<sup>239</sup> Engsig Sørensen, Karsten; m.fl.: EU-Retten, 2004 s. 556

<sup>240</sup> Nielsen, Ruth: EU ret, 2002 s. 310-311

<sup>241</sup> EU Karnov: EUIND 012 s. 15



## LITTERATURLISTE

### Artikler:

Andersen, Paul Krüger

*Et marked for selskabsret*  
NTS 1999:4, s. 1-2

*EU's selskabsret*  
- udviklingslinjer i et dansk og nordisk perspektiv.  
Nye tendenser i skandinavisk selskabsret  
Jurist & Økonomforbundets Forlag 1995, s. 9-36

Bergqvist, Christian

*Det Europæiske Selskab*  
INSPI 6/2002

Birkmose, Hanne Søndergaard

*Frygten for Delaware – monstret fra USA?*  
NTS 2000:3/4 s.291-313

Dam, Henrik

*Fire vægge gør intet hjem – om selskabers hjemsted*  
Generationsskifte i ret og praksis, s-278-295  
Festskrift til Finn Taksøe-Jensen  
Forlaget Magnus 1999

EF-Domstolens dom i Inspire Art C-167/01

<http://curia.eu.int>

EF-Domstolens dom i Centros C-212/97

<http://curia.eu.int>

EF-Domstolens dom i Überseering C-208/00

<http://curia.eu.int>

EU Karnov

*EUIND012, s. 1-28*

Gulmann, Claus

*Lidt om selskabers etableringsret i lyset af Centros- og Überseering-dommene.*  
Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s. 895-906  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2003

Hansen, Søren Friis

*C-212 & L 212*  
*Konsekvenserne for dansk og europæisk selskabsret*  
NTS 2000:1, s. 45-64

*Men så en dag blev det generaladvokaten for meget*  
Om uartige medlemsstater, inspireret kunst og opkrævningslovens § 11a  
Skattepolitisk Oversigt 5-2003, s 275-288

*Nekrolog over hovedsædeteorien*  
Julebog 1999, s.143-174  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 1999

*Selskabers fri bevægelighed*  
*-Hovedsædeteorien er død,*  
*-registreringsteorien længe leve!*  
NTS 2003:4, s.431-450

*Société Fermée Européenne - Et europæisk anpartsselskab i støbeskeen?*  
Julebog 1998 s. 185  
Jurist & Økonomforbundets Forlag. 1998

*To aktuelle afgørelser fra EF-domstolen*  
Skattepolitisk Oversigt 59. årgang. December 2003. Nr. 8

Hansen, Jesper Lau  
*Efter Centros*  
Ugeskrift for retsvæsen 2001B, s. 316-322

Hjortshøj, Jacob & Tomas Krüger Andersen  
*Det Europæiske Selskab er en realitet*  
NTS 2001:4, s. 470-482

Højesterets domme  
*Centros Limited*  
3. Februar 2000 sag 402/1995

Jacobsen, Christen Boye  
*Erhvervsrettens udvikling 1973-2002*  
*- fra askepot til et blomstrende fag -*  
Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, s.459-486  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2003

Lynggaard, Karsten Duch  
*International selskabsret*  
INSPI 6/2000, s. 11-15

Neville, Mette & Karsten Engsig Sørensen  
*Selskabers nationalitetsskifte*  
*Udkast til et 14. selskabsdirektiv.*  
NTS Marts 1999:1, s. 37-61

Neville, Mette  
*Aktieselskabers tilknytning*  
Juristen, April 1997, s. 145-172  
Djøf

Pressemeddelse fra Store SE-dag af Erik Werlauff og Nikolaj Vinther  
SE-forordningen af 8. Oktober 2001

Stokholm, Jon

*Hvem vil efterspørge et SE-selskab?*  
NTS 2002:2, s. 235-239

Sørensen, Karsten Engsig

*Centros Ltd-afgørelsen og dens konsekvenser*  
NTS 1999:2 s. 92-109

*EF-Domstolens fortolkning af selskabsdirektiverne*  
NTS 1999:2 s.79-91

*EF-Domstolens seneste praksis om selskabsret*  
NTS 2001:1 s.31-32

*EU-domstolens seneste praksis om selskabsret:  
Überseering og hovedsædeteorien.*  
NTS 2002:4 s. 405-416

*Udenlandske selskabers omgåelse af nationale kapitalkrav*  
Selskabers Kapitalkrav – Nye tendenser i skandinavisk selskabsret 3  
s.146-179  
Lars Bo Langsted (red)  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 1999

Sørensen, Niels Bang & Mette Klingsten

*Det europæiske selskab*  
Revision & Regnskabsvæsen, nr. 1, 2002, s. 6-20

Vinter, Nikolaj & Erik Werlauff

*Sagen om 'Inspire Art Ltd.'*  
Skat Udland, December 2003, s.10016-10021

Werlauff, Erik

*Grænseoverskridende flytning af et SE-selskab  
- et hjemstedskrav i strid med etableringsretten i Traktaten*  
Ugeskrift for Retsvæsen, 2004 s. 242- 246

*Hovedsædekriteriet i ny skikkelse*  
Ugeskrift for Retsvæsen, 2000 s. 465-469

*SE-selskabet – en ny, fælleseuropæisk aktieselskabstype fra 8. oktober 2004.*  
EU-ret & Menneskeret 4. November 2002 s. 159-173  
Jurist & Økonomforbundets Forlag

*Udenlandsk selskab til indenlandsk aktivitet*  
Ugeskrift for Retsvæsen, nr. 16, April 1999, s. 163-171

Woxholth, Geir

*Lovvalsreglene i selskabsforhold, herunder legitimasjon og personlig erstatningsansvar overfor  
tredjemann*  
Lov og Rett, Norsk juridisk tidsskrift nr. 10 1993 s. 579-595

<http://eugrundloven.dk/sammenhold.php>

<http://www.geocities.com/frederikwaage/domsoversigt.doc>

<http://law.pravri.hr/hr/zavodi/ielcl/040227/dailymail.pdf>

## Bøger:

Andersen, Paul Krüger

*Aktie- og anpartsselskabsret*  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 2000

Birkmose, Hanne Søndergaard

*Konkurrence mellem retssystemer*  
- *Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv*  
Forlaget Thomson A/S, 2004

Broberg, Morten & Nina Holst-Christensen

*EU-Domme med bemærkninger og spørgsmål*  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 2. udgave 2000

Evald, Jens

*Retskilderne og den juridiske metode*  
Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000

Hansen, Søren Friis & Jens Valdemar Krenchel

*Lærebog i selskabsret I – Indledning til selskabsretten*  
Forlaget Thomson A/S, 1999

Nielsen, Peter Arnt

*International privat- og procesret*  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 1997, 6. del, s. 629-635

Nielsen, Ruth

*Dansk EF-medlemskab – konsekvenser for retskildelære og retssystem*  
IUSEF, nr. 11, 1994

*EU ret*  
Forlaget Thomson A/S, 2002

*Retskilderne Kap. 1-4*  
Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002

Philip, Allan

*Studier i den internationale selskabsretsteori*  
Juristforbundets forlag, 1961

Schaumburg-Müller, Peer & Erik Werlauff

*EU selskab-, børns- og kapitalmarksregler*  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 2003

Siesby, Erik

*Lærebog i international privatret*  
Almindelig del og formueret  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, 1989

Sørensen, Karsten Engsig

*Samarbejde mellem selskaber i EF*  
G.E.C. Gads Forlag, 1993

Sørensen, Karsten Engsig & Poul Runge Nielsen

*EU-retten 1 – Institutionerne, Retskilderne, Den frie bevægelighed*  
Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999

*EU-retten 2 – Harmoniseringen – udvalgte emner*  
Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999

*EU-Retten*  
Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004

Werlauff, Erik

*SE-selskabet – Det europæiske aktieselskab*  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 2002

*EU-selskabsret – 28 Staters fælles virksomhedsret*  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 2002

*Europæisk selskabsret*  
Jurist & Økonomforbundets Forlag, 1989

*Selskabsret*  
Forlaget Thomson A/S, 2003

*Koncernretten*  
GadJura, 1996, s. 78-87 + 100-112