



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Ind- og udflytning af kapitalselskabers registrerede hjemsted

Den 16. januar 2012

Professor lic.jur.

Søren Friis Hansen

Juridisk Institut, CBS



**Copenhagen  
Business School**  
HANDELSHØJSKOLEN

# Oversigt

- **Baggrund: Selskabers fri bevægelighed**
- **Hjemstedsflytning**
- **Sag C-210/06; Cartesio**
- **Betænkning 1498 (2008) og den nye selskabslov**
- **Verserende sag C-378/10; VALE**
- **Hvis generaladvokaten får ret?**



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Selskabers fri bevægelighed

EF-traktaten indeholdt oprindeligt en bestemmelse vedrørende indgåelse af multilateral traktat om gensidig anerkendelse af medlemsstaternes selskaber

- (Artikel 220, ændret til Artikel 293 EF)
- MEN: Denne traktat blev aldrig ratificeret
- Den internationale privatret blokerede længe for gensidig anerkendelse af selskaber
- EF-domstolen har åbnet vejen for selskabers fri bevægelighed mellem EU's medlemsstater



# Selskabsstatuttet

**Selskabsstatuttet:** Fastlæggelse af, hvilket lands selskabsretlige regler, der finder anvendelse på et selskab

## ”Registrerings-teorien”:

- (Holland, England, Sverige, Finland)
- Et selskab er underlagt det lands ret, i hvilket selskabet er registreret

## ”Hovedsædeteorien”:

 (tidligere; de øvrige EU-lande)

- Selskabets nationalitet bestemmes af det land, hvor selskabets faktiske hovedsæde befinder sig
- Hvis selskab stiftet i udlandet flytter sit faktiske hovedsæde **til** en "Hovedsædestat", anerkendes selskabet ikke som et selvstændigt retssubjekt;
- Hvis et selskab flytter sit hovedsæde **fra** en hovedsædestat anses selskabet for opløst



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Danmark

Dansk International privatret er ikke reguleret ved lov

## **Selskabsstatuttet:**

- Ca. 1900; Ledelsens sæde
  - Placering af selskabets ledelse og ledelsesmedlemmernes nationalitet
- Alan Philip; Doktordisputats 1961;
- Efter 1961: Registreringsteorien
  - Krav til ledelsesmedlemmers nationalitet i danske aktieselskaber afskaffet siden 1992
- Indtil Centros: Kombineret med et krav om faktisk tilknytning til stiftelsesstaten ("genuine link")



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Selskabers etableringsret

## Artikel 49 TEUF, jf. artikel 54 TEUF:

Etableringsretten omfatter samtlige selskabsformer

- både selskaber med og uden begrænset hæftelse
- som er stiftet i henhold til medlemsstats lovgivning
- Vedtægtsmæssigt hjemsted / hovedkontor i medlemsstat
- Artikel 54, stk. 2 TEUF: Dog ikke selskaber, der *"ikke arbejder med gevinst for øje"*
  - (dvs. rent almennyttige fonde, der ikke udøver erhvervs-mæssige aktiviteter)



# Sag C-212/97; Centros

- E&S havde nægtet at registrere filial af engelsk ltd, da selskabet ikke havde tilknytning til England

## **EF-domstolen i Plenum den 9. marts 1999:**

- To danskere havde på grundlag tableringsfriheden ret til:
- **at** stifte et private limited company i England
- **og at** lade dette selskab oprette filial i Danmark;
- **Uanset** selskabet var stiftet for at omgå det dagældende mindstekapitalkrav for ApS (200.000 DKK!), **og**
- **Uanset** selskabet ikke havde nogen aktiviteter i England
- OBS: Dermed var hovedsædeteorien død inden for EU!



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Sag C-208/00; Überseering

- Sag anlagt af hollandsk BV med filial i Tyskland afvist af tysk domstol med henvisning til hovedsædeteorien, da selskabets kapitalejere havde taget bopæl i Tyskland
- Præjudiciel forelæggelse fra Bundesgerichtshof

## **EF-domstolens Plenum den 5. november 2002:**

- Daily Mail sagen (81/87) var uden betydning i denne situation
- Domstolen mente hvad de sagde i Centros (!), OG
- Kravet på anerkendelse af selskabet gjaldt **også i Tyskland**



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Sag C-167/01; Inspire Art

Engelsk private limited company, der alene opererede i Holland, pålagt at iagttage særlige hollandske krav til "pseudo foreign companies"

## EF-domstolens Plenum 30. september 2003;

- Holland kunne **ikke** håndhæve nationale hollandske regler for BV (= ApS) overfor et engelsk private limited company
- Dommen var så klar, at virksomheder faktisk kunne støtte ret på den
- Massiv indflytning af ltd's i Tyskland



# Sag C-411/03; Sevic

- Fusion mellem tysk AG og luxembourg'sk SA afvist i Tyskland, da fusionsregler kun fandt anvendelse på tyske selskaber

## **EF-domstolens Store Afdeling den 12. december 2005:**

- Artikel 43 EF (nu 49 TEUF) indeholder selvstændig hjemmel til grænseoverskridende fusion
- (Hjemmel tillige i Direktiv 2005/56/EF)
- Fraflytterstaten kan tage hensyn til:
  - Kreditorer
  - Minoritetskapitalejere
  - Medarbejdernes ret til medarbejderrepræsentation



# Hjemstedsflytning

## **Grænseoverskridende flytning af hjemsted: (EF-domstolen: "Grænseoverskridende omdannelse")**

- Et selskab, der er stiftet (og registreret) i en EU-stat, flytter sit registrerede hjemsted til en anden EU-stat
- således at selskabet for fremtiden underlægges de selskabsretlige regler, der gælder i tilflytterstaten
  - Dette kan efter gældende ret opnås ved at stifte et skuffeselskab i tilflytterstaten, hvorefter der gennemføres en grænseoverskridende fusion med skuffeselskabet som det fortsættende
- Kommissionen fremlagde i 1997 et udkast til 14. selskabsretlige direktiv, men dette blev opgivet
- Hvad med skatteretten?



# Sag C-210/06; Cartesio

- Ungarsk K/S havde flyttet sit **faktiske hjemsted** og sit **registrerede hjemsted** til Italien.
- Selskabet var på grundlag af de dagældende ungarske selskabsretlige regler blevet anset for opløst
- Selskabet anfægtede denne afgørelse ved domstolene

## **Generaladvokat Maduro's forslag til afgørelse** (maj 2008):

- Opløsning af hjemmehørende selskab ved fraflytning er en restriktion, der ikke kan retfærdiggøres
- OBS: Domstolen fulgte ikke generaladvokaten
  - Men fastholdt Daily Mail-afgørelsen (sag 81/87)



# Sag C-210/06; Cartesio

## **EF-domstolens Store Afdeling den 16. december 2008**

- Selskaber eksisterer i kraft af den retsorden i henhold til hvilken de er stiftet
- Præmis 122: Sevic sagen vedrørte en anden situation end den her foreliggende
- OBS: Dette indebærer, at dommene Centros, Überseering og Inspire Art fortsat står ved magt!

## **Domstolen, Præmis 110:**

- Medlemsstater kan frit fastlægge tilknytningskriterier
- Denne ret indebærer, at en medlemsstat kan foreskrive opløsning for et selskab, der ikke længere har den påkrævede tilknytning



# Cartesio præmis 111

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



# Cartesio præmis 112

*I sidstnævnte tilfælde kan den beføjelse, som er nævnt i denne doms præmis 110, som langt fra indebærer nogen form for immunitet for den nationale lovgivning om stiftelse og opløsning af selskaber i forhold til EF-traktatens regler om etableringsfrihed, navnlig ikke begrunde, at stiftelsesmedlemsstaten ved at foreskrive opløsning og likvidation af dette selskab forhindrer dette i at blive omdannet til et selskab efter den anden medlemsstats nationale lovgivning, **for så vidt som dette er tilladt efter denne lovgivning.***



# Cartesio;

- Medlemsstaterne har ret til at definere tilknytningskriterier
- Herunder at tvangsopløse selskaber, der ikke opfylder disse
  - Det er der bare ingen medlemsstater, der vil!
- Et selskab har ret til at **flytte ud** med henblik på at gennemføre en grænseoverskridende omdannelse

## Hvad med retten til at flytte ind?

- Logisk set burde retten til at flytte ind være sammenfaldende med retten til at flytte ud!
- MEN: Hvad betyder: "*at blive omdannet til et selskab efter den anden medlemsstats nationale lovgivning, for så vidt som dette er tilladt efter denne lovgivning*"??



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Dansk ret

Regler vedrørende grænseoverskridende fusion (Direktiv 2005/56/EF) implementeret i 2007

- Selskabsretlig hjemmel til grænseoverskridende fusion
- På grund af Sevic-dommen gøres de danske regler tillige anvendelige på **grænseoverskridende spaltninger**
- Se nu den nye selskabslovs kapitel 16 (§§ 271-318)
- Kravet om aktivitet på hjemstedet endeligt opgivet med selskabsloven
- § 5, nr. 13: Hjemsted = kontaktadresse



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Betænkning 1498 (2008)

## Moderniseringsudvalget:

- Gældende ret: Hjemstedsflytning forudsætter opløsning og nystiftelse
- Indsættelse af hjemmel til hjemstedsflytning vil medføre øget fleksibilitet for danske virksomheder og fremtidssikre loven
- Der gælder de samme beskyttelseshensyn som ved grænseoverskridende fusioner
- Regler bør derfor udformes med udgangspunkt i disse regler



# Betænkning 1498 II

## Moderniseringsudvalgets lovforslag

- Definition (Se nu lovens § 5, nr. 11 !)
- Lovforslagets kapitel 17 (forslagets §§ 319-333)
- Flytning af registreret hjemsted fra Danmark
  - Flytteplan
  - Vurderingsmandsudtalelse + anmeldelse fra kreditorer
  - Mulighed for at kræve indløsning
- Flytning af hjemsted til Danmark

**MEN: Lovgiver ønskede afvente EU-regulering**



# Sag C-378/10; VALE

## Anmodning af 28. juli 2010 fra ungarsk domstol

- VALE srl (= italiensk ApS) stiftet i 2000.
- Selskabet indstiller i 2006 sine aktiviteter i Italien med henblik på flytning til Ungarn og afmelder sig fra det italienske handelsregister
- Selskabet anmeldes til registrering i Ungarn som et ungarsk ApS
- Registrering afvises af registreringsmyndigheden pga manglende hjemmel til registrering af et tilflyttende selskab
- Kan ikke anses for omdannelse efter ungarsk ret
- Afvisning anfægtes af VALE ved retten



# AG Jääskinen; 15.12.11

- 80. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bíróság wie folgt zu antworten:
- 1. Die Art. 49 AEUV und 54 AEUV sind auf einen Fall der „grenzüberschreitenden Neugründung einer Gesellschaft“ anwendbar, d. h., wenn eine in einem Mitgliedstaat (Herkunftsmitgliedstaat) gegründete Gesellschaft ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat (Aufnahmemitgliedstaat) verlegt und – aus diesem Grund – im Handelsregister des Herkunftsstaats gelöscht wurde und die Anteilseigner der Gesellschaft den Gesellschaftsvertrag für die neue Gesellschaft, der im Einklang mit dem Recht des Aufnahmemitgliedstaats abgefasst wurde, billigen und diese letztgenannte Gesellschaft ihre Eintragung im Handelsregister des Aufnahmemitgliedstaats gemäß dem Recht dieses Staates beantragt.
- 2. Die Art. 49 AEUV und 54 AEUV stehen einer Regelung oder einer Praxis eines Aufnahmemitgliedstaats entgegen, die einer ordnungsgemäß nach dem Recht eines anderen Herkunftsmitgliedstaats gegründeten Gesellschaft das Recht verweigern, ihren Gesellschaftssitz in den Aufnahmemitgliedstaat zu verlegen und dort ihre Tätigkeit als nach dem Recht dieses Staates gegründete Gesellschaft fortzusetzen, es sei denn, diese Beschränkung wird in nicht diskriminierender Weise angewandt, ist aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, ist geeignet, die Verwirklichung des von ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten und geht nicht über das hinaus, was erforderlich ist, dieses Ziel zu erreichen.



# AG Jääskinen; 15.12.11

- 3. Bei einer grenzüberschreitenden Neugründung einer Gesellschaft hat die betreffende Gesellschaft in ihrem Eintragungsantrag durch glaubhafte Mittel, gestützt auf beglaubigte Nachweise, zu beweisen, dass die in dem anderen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft als ihre Rechtsvorgängerin anzusehen ist. Die Tatsache, dass die Gesellschaft beantragt, diese Rechtsvorgängerin in das Handelsregister des Aufnahmemitgliedstaats einzutragen, stellt als solche keinen gültigen Grund für die Zurückweisung ihres Antrags auf Eintragung in das Handelsregister dar.
- 4. Bei einer grenzüberschreitenden Neugründung einer Gesellschaft können die Mitgliedstaaten die Anwendung der innerstaatlichen Vorschriften über die Verlegung des Gesellschaftssitzes und über die innerstaatlichen Umwandlungen vorschreiben, sofern diese in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, geeignet sind, die Verwirklichung des von ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist. Die Mitgliedstaaten können jedoch auch die Anwendung spezifischer Vorschriften auf grenzüberschreitende Sachverhalte vorschreiben, sofern diese Vorschriften die Gesellschaften, die von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen möchten, nicht stärker belasten als bei einer innerstaatlichen Sitzverlegung oder Umwandlung.



# AG Jääskinen; 15.12.11

1. Artikel 49 TEUF finder anvendelse på et selskabs forlæggelse af det registrerede hjemsted fra en stat til en anden
2. Artikel 49 **er til hinder for**, at **tilflytterstaten** nægter at registrere selskabet, medmindre en sådan restriktion kan retfærdiggøres
3. Selskabet skal bevise, at det succederer i de rettigheder og forpligtelser, der påhvilede det oprindelige selskab i stiftelsesstaten
4. Medlemsstaterne kan anvende de nationale bestemmelser vedrørende intern flytning af hjemsted eller omdannelse, **forudsat** at disse regler kan retfærdiggøres **og at** de ikke pålægger selskabet særlige byrder sammenlignet med en intern flytning/omdannelse



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Hvis Domstolen følger generaladvokaten

## Udflytning:

- Selskaber har en traktatsikret ret til at flytte deres registrerede hjemsted **fra** en medlemsstat til en anden medlemsstat (jf. Cartesio)
- Fraflytterstaten kan afvise udflytning, hvis dette er begrundet i hensyn til:
  - Kreditorer
  - Minoritetskapitalejere
  - Medarbejdernes ret til medarbejderrepræsentation
- **Såfremt nægtelsen er egnet og proportional**



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Hvis Domstolen følger generaladvokaten II

## Indflytning:

- Selskaber har en traktatsikret ret til at flytte deres hjemsted fra registreringsstaten **til** anden medlemsstat (VALE)
- Selskabet skal iagttage de selskabsretlige regler, der gælder i tilflytterstaten
- Selskabet skal godtgøre, at det succederer i det oprindelige selskabs rettigheder og forpligtelser
- Tilflytterstaten kan anvende de regler, der gælder for intern flytning af hjemsted eller omdannelse, **forudsat at:**
  - disse regler kan retfærdiggøres, og at
  - disse ikke belaster selskabet mere end ved en intern flytning / omdannelse



Copenhagen  
Business School  
HANDELSHØJSKOLEN

# Hvis Domstolen følger generaladvokaten III

## Danmark:

- Der er **ikke** i selskabsloven af 2009 **hjemmel til** indflytning eller udflytning
- De regler om grænseoverskridende flytning af hjemsted, der var foreslået af Moderniseringsudvalget, må straks indsættes i selskabsloven
- Regler om hjemstedsflytning bør tillige indsættes i:
  - Lov om erhvervsdrivende fonde
  - Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder