

> Ny version af EU's 12. selskabsdirektiv - Fokus på EU-rettens betydning for den danske selskabslovgivning

Af: Mogens Dyhr Vestergaard

Europa-Parlamentet og Rådet for den Europæiske Union vedtog den 16. september 2009 et direktiv, der kodificerer (sammenskriver) EU's 12. selskabsdirektiv om enkeltmandsselskaber med begrænset ansvar fra 1989 og en række efterfølgende gennem årene vedtagne ændringsdirektiver til én juridisk tekst. Vi benytter lejligheden til at sætte fokus på EU-rettens store betydning for den danske selskabslovgivning. Forinden beskrives kort EU's praksis for kodifikation af retsakter. Artiklen afrundes med en oversigt over EU's direktiver og forordninger på selskabsrettens område samt med en kort beskrivelse af EU's 12. selskabsdirektiv.

Kodifikation af EU retsakter

Med henblik på at gøre EU-lovgivningen klarere og lettere tilgængelig for borgerne har EU's institutioner (Rådet, Kommissionen og Parlamentet) vedtaget den praksis, at alle retsakter senest efter den tiende ændring af dem skal kodificeres. Som et led i denne praksis har EU's tjenestegrene et stående pålæg om at bestræbe sig på at kodificere de tekster, som de er ansvarlige for, med endnu kortere mellemrum for herved at sikre, at borgere, der ønsker at fastslå, hvad der er gældende ret, ikke er hensat til at skulle sammenholde mange forskellige dokumenter.

Generelt om EU-harmonisering af selskabsretten

Den vigtigste hjemmel til harmonisering af EU-medlemsstaternes selskabsret findes i Rom-traktatens artikel 44, stk. 2, litra g. Heri pålægges Kommissionen og Rådet ".i det nødvendige omfang og med det formål at gøre dem lige byrdefulde at samordne de garantier som kræves i medlemsstaterne.til beskyttelse af såvel selskabsdeltagerne, som tredjemands interesser".

Med afsæt i denne bestemmelse er der siden slutningen af 1960'erne blevet gennemført en vidtgående harmonisering af EU-medlemsstaternes selskabsret. Europa-Kommissionen arbejder fortløbende med initiativer, der vil medføre en endnu mere vidtgående harmonisering.

Formålet med harmoniseringen er først og fremmest at understøtte realiseringen af den i Rom-traktaten foreskrevne frie etableringsret. Rom-traktatens artikel 43 fastslår, at alle selskaber skal have mulighed for at etablere sig i andre medlemsstater på samme vilkår som etableringslandets egne selskaber. Artikel 43, der er direkte anvendelig, (dvs. at bestemmelsen kan påberåbes direkte af et selskab over for medlemsstaten, der måtte søge at forhindre eller at opstille unødigt respektive hindringer for etablering), har dog, som også forudset af Rom-traktatens givere, vist sig ikke at være tilstrækkelig i sig selv til at fjerne alle uønskede hindringer for selskabers grænseoverskridende aktiviteter.

Selve det forhold, at medlemsstaterne har forskellige selskabsretlige regler, besværliggør og lægger i sagens natur en dæmper på selskabers lyst til at tage skridt til at foretage etablering i andre EU-lande. EU's selskabsdirektiver er således med andre ord et vigtigt led i bestræbelserne på at fremme den økonomiske integration blandt medlemslandene ved at få det indre marked til at fungere i praksis. Hvis EU's virksomheder kan regne med, at hovedtrækkene i alle EU-medlemsstaternes selskabslovgivning holder sig inden for vedtagne fælles rammer, vil det alt andet lige opleves som et mindre skridt for virksomhederne at foretage etablering i andre EU-lande.

Det andet hovedformål med harmoniseringen af EU-landenes selskabslovgivning via gennemførelsen af EU retsakter er at forsøge at fjerne eller begrænse den konkurrenceforvridning, der ville eksistere, såfremt selskaberne i de forskellige medlemslande var underlagt vidt forskellige regler, samtidig med at Rom-traktaten som beskrevet ovenfor foreskriver, at selskaber med hjemsted i ét EU-land frit skal kunne etablere sig i andre EU-lande.

Man betegner i den offentlige debat fænomenet "the race to the bottom" eller "Delaware-effekten" efter den udvikling, som selskabsretten har gennemgået i USA. Selskabsretten reguleres i USA alene på delstatsniveau. Denne mangel på føderal regulering kombineret med den omstændighed, at et selskab etableret i én amerikansk stat i henhold til forfatningen frit kan foretage etablering i andre stater (på samme måde som tilfældet er det i EU), har bevirket, at alle amerikanske staters selskabslovgivning i dag er udformet og inspireret af staten Delawares meget liberale selskabslovgivning.

Staten Delaware gik i mange år forrest i konkurrencen om at tilbyde virksomhederne en så liberal selskabslovgivning så muligt. Konsekvensen blev, at en meget stor andel af USA's største selskaber henlagde (og stadig opretholder) deres hjemsted i Delaware. Reguleringen på EU-niveau via vedtagelsen og medlemsstaternes implementering af selskabsdirektiverne forhindrer, at den samme udvikling sker i Europa, i hvert fald i samme omfang.

Omvendt er det dog en kendsgerning, at der de senere år, inden for de rammer som selskabsdirektiverne udstikker, i stigende omfang er set en konkurrence mellem medlemsstaterne om at kunne tilbyde den mest erhvervsvenlige selskabslovgivning.

Et aktuelt eksempel herpå er den nye danske selskabslov, der træder i kraft i det kommende år, hvis overordnede sigte er at gøre selskabslovgivningen mere brugervenlig og fleksibel. Dette er bl.a. søgt opnået ved at fjerne eksisterende "overimplementering" af selskabsdirektiverne (dvs. beskyttelse af aktionærer, kreditorer og andre selskabsretlige interessegrupper, der går videre, end hvad direktiverne tilsiger).

Tendenserne til en sådan (begrænset) Delaware-effekt blev ikke mindst skudt i gang af en række domme afsagt af EF-Domstolen omkring årtusindeskiftet. EF-Domstolen fastslog således i afgørelsen Centros Ltd., at den frie etableringsret, der følger af Rom-traktatens artikel 43, bevirker, at medlemsstaterne (i den konkrete sag Danmark) ikke kan nægte selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater at registrere filialer, også selv om selskabet ikke har aktiviteter i landet, hvor selskabet er stiftet.

Endnu mere vidtgående er EF-Domstolens afgørelse i Überseering-sagen, der fastslår, at den frie etableringsret, der følger af Rom-traktatens artikel 43, bevirker, at medlemslandene ikke kan anvende den såkaldte hovedsædeteori (en lovvalgsregel som følges af en række EU-lande, der fastslår, at selskaber reguleres af det lands selskabslovgivning, hvor dets hovedsæde ligger, i modsætning til hvor det er registreret) til at nægte at anerkende selskaber etableret (registreret) i andre medlemsstater.

EF-Domstolens afsigelse af de nævnte afgørelser har bl.a. (udover som nævnt tendensen til at medlemslandene, inden for de rammer som direktiverne udstikker, liberaliserer deres selskabslovgivning) bevirket, at det i stigende omfang ses, at der stiftes selskaber i England, der har en meget liberal selskabslovgivning, primært eller udelukkende med henblik på drift af virksomhed i selskabsregi i andre EU-medlemslande med en mere restriktiv selskabslovgivning.

Kort om selskabsdirektiverne og -forordningerne - særligt om 12. selskabsdirektiv

EU's harmoniseringsbestrebelse har udover det 12. selskabsdirektiv, hvis indhold kort beskrives nedenfor, ført til vedtagelsen af følgende selskabsdirektiver:

- . 1. selskabsdirektiv (publicitetsdirektivet) fra 1968
- . 2. selskabsdirektiv (kapitaldirektivet) fra 1977
- . 3. selskabsdirektiv (fusionsdirektivet) fra 1978
- . 4. selskabsdirektiv (årsregnskabsdirektivet) fra 1978
- . 6. selskabsdirektiv (spaltningsdirektivet) fra 1982
- . 7. selskabsdirektiv (om konsoliderede regnskaber) fra 1983
- . 8. selskabsdirektiv (revisordirektivet) fra 1984
- . 10. selskabsdirektiv (om grænseoverskridende fusioner) fra 2005
- . 11. selskabsdirektiv (om filialetablering) fra 1989
- . 13. selskabsdirektiv (om overtagelsestilbud) fra 2004

Ud over selskabsdirektiverne omfatter EU's selskabslovgivning en række forordninger (retsakter), der kan påberåbes direkte af borgerne uden implementering i medlemslandenes lovgivning. Herunder gælder således Forordningen om Europæiske Økonomiske Firmagrupper (fra 1985) samt Forordningen om Statut for det Europæiske Selskab (fra 2001).

I tillæg til de ovenfor opregnede vedtagne EU retsakter har medlemslandene i en lang årrække forhandlet vedtagelsen af en række yderligere direktiver, hvis vedtagelse har vist sig at volde særlige vanskeligheder, idet de griber ind i særligt følsomme politikområder. Dette gælder således eksempelvis udkast til 5. selskabsdirektiv (strukturdirektivet) fra 1983, som efter mange års forhandling nu endegyldigt anses for opgivet.

Kodificeringen af det 12. selskabsdirektiv, der jo som bekendt er anledningen til/undskyldningen for at skrive denne artikel, fastslår navnlig, at der i medlemsstaternes selskabslovgivning skal være mulighed for, at enkeltpersoner kan drive virksomhed i selskabsform eller eventuelt på anden vis at drive virksomhed med begrænset hæftelse.

Det fastslås i direktivet, at denne mulighed skal være til stede, både for så vidt angår selskaber, som stiftes som enkeltmandsselskaber, samt for så vidt angår selskaber, som fra starten er stiftet med flere ejere, men hvor samtlige aktier eller anparter ved efterfølgende transaktioner samles på en hånd.

Direktivets bestemmelser er indarbejdet i dansk ret såvel i den nugældende anpartsselskabslov samt i den nye selskabslov (der omfatter både anparts- og aktieselskaber). Begge love tillader således eksistensen af selskaber med kun en selskabsdeltager, ligesom begge love åbner mulighed for, at beslutninger blandt selskabsdeltagerne træffes uden afholdelse af en formel generalforsamling, hvis der er enighed herom (sidstnævnte foreskrives også af direktivet).

Hav øje for betydningen af EU-rettens regulering af selskabslovgivningen

Vi, der arbejder i praksis med selskabsretten, det være sig advokater såvel som direktører og bestyrelsesmedlemmer i selskaber, er tilbøjelige til i vores daglige arbejde at lade det glide i baggrunden af vores bevidsthed, at lovgivningen på selskabsrettens område i et betydeligt omfang tager sit udgangspunkt i EU's retsakter på området.

For selskaber, der opererer i Danmark, er det selvsagt i det daglige den danske selskabslovgivning, der er af primær relevans. Omvendt er det vigtigt, at bevidstheden om, at selskabslovgivningen er under stærk indflydelse fra EU-retten, ikke glider for langt i baggrunden.

EU's selskabsdirektiver (og Rom-traktatens artikel 43 og den underliggende praksis hos EF-Domstolen) er således af betydning for fortolkningen af den danske selskabslovgivning, ligesom bestemmelser i selskabslovgivningen, der måtte være i strid hermed, skal tilsidesættes af de danske domstole.

Herudover giver en løbende fokus på EU-myndighedernes arbejde med selskabsdirektiverne, der som beskrevet ovenfor undertiden er mange år undervejs, et fingerpeg om fremtidige udviklinger og trends inden for selskabslovgivningen.

Endelig kan et godt kendskab til selskabsdirektiverne og den retspraksis, der er udviklet af EF-Domstolen vedrørende den frie etableringsret i medfør af Rom-traktatens artikel 43, give et godt første fingerpeg om indholdet af selskabslovgivningen i andre EU-medlemsstater. Et sådant hurtigt første fingerpeg kan ofte være et nyttigt værktøj for selskaber, der opererer i EU medlemsstater uden for deres hjemstat, eller som har at gøre med selskaber fra andre medlemsstater.

Ved spørgsmål eller ønske om uddybning kontakt da:

Partner Peer B. Petersen
E-mail: pbp@philip.dk
Telefon: 33 13 11 12

Advokat Mogens Dyhr Vestergaard
E-mail: mdv@philip.dk
Telefon: 33 13 11 12