

Kendelse af 9. februar 2012 (J.nr. 2010-0023044).

Registrering af nationalitetsskifte uden forudgående likvidation nægtet.

Selskabslovgivningen.

(Carsten Møllekilde, Finn Møller, Monica Reib, Elisabeth Stamer og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 28. oktober 2010 har advokat A på vegne af K1 ApS, K2 ApS, K3 ApS, K4 ApS, K5 ApS, K6 ApS og K7 ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 18. oktober 2010 har nægtet at registrere en anmeldelse af nationalitetsskifte uden forudgående likvidation i selskaberne.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indhentet redegørelse over sagens faktiske omstændigheder har tilsynet den 30. november 2010 udtalt:

”Sagens faktiske omstændigheder

Den 9. august 2010 henvendte advokat B sig til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ... med en forespørgsel på vegne af selskaberne K1 ApS, CVR-nr. ..., K2 ApS, CVR-nr. ..., K3 ApS, CVR-nr. ..., K4 ApS, CVR-nr. ..., K5 ApS, CVR-nr. ..., K6 ApS, CVR-nr. ..., K7 ApS og CVR-nr. ... I forespørgslen anmodede advokaten om styrelsens udtalelse om, hvorvidt en eventuel efterfølgende anmeldelse om nationalitetsskifte (grænseoverskridende flytning af hjemsted og jurisdiktion) ville blive registreret. Til støtte herfor påpegede advokaten resultatet af Cartesio-dommen (EU-domstolens dom nr. C-210 fra 2006), to artikler om emnet, samt det synspunkt at der ikke i selskabsloven er regler, som er til hinder for at tillade et nationalitetsskifte.

Styrelsen besvarede forespørgslen den 14. september 2010. Det fremgik af styrelsens svar, at styrelsen, såfremt der måtte indkomme en anmeldelse om nationalitetsskifte uden anvendelse af reglerne for likvidation eller reglerne for grænseoverskridende fusion, ville registreringsnægte en sådan.

Den 15. oktober 2010 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en anmeldelse af nationalitetsskifte for selskaberne K1 ApS, CVR-nr. ..., K2 ApS, CVR-nr. ..., K3 ApS, CVR-nr. ..., K4 ApS, CVR-nr. ..., K5 ApS, CVR-nr. ..., K6 ApS, CVR-nr. ..., K7 ApS og CVR-nr. ...

Det fremgik af det indsendte, at selskaberne ønskede at flytte deres hjemsted til en adresse i Østrig uden at likvidere de danske selskaber.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registreringsnægtede anmeldelsen i afgørelse af 18. oktober 2010 ...

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 18. oktober 2010 hedder det blandt andet:

”Det fremgår af anmeldelserne og følgeskrivelsen, at selskaberne ønsker at flytte deres hjemsted til ... Østrig, og at selskaberne som konsekvens af flytningen bliver underlagt den østrigske selskabslovgivning. Selskaberne ønsker ikke at blive likviderede efter de danske regler forud for nationalitetsskiftet. Desuden ønsker selskaberne ikke at bruge reglerne om grænseoverskridende fusion.

Selskabsloven indeholder ikke en hjemmel, der tillader sådanne nationalitetsskifte uden forudgående likvidation, bortset fra reglerne om grænseoverskridende fusion.

Endvidere er der på EU-rettens område endnu ikke sket en harmonisering af reglerne for hjemstedsflytning og nationalitetsskifte, bortset fra reglerne om grænseoverskridende fusioner.

Da der ikke findes hjemmel i selskabsloven til at tillade nationalitetsskifte uden forudgående likvidation, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke registrere din anmeldelse, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.
...”

I klageskrivelse af 28. oktober 2010 har advokat A anført:

”...

1. Sagens faktiske omstændigheder

Undertegnede bistår det østrigske selskab C AG, registreringsnummer ... C AG ejer den samlede anpartskapital i samtlige de ovennævnte danske anpartsselskaber (herefter ”Selskaberne”).

Selskaberne ejer faste ejendomme i Tyskland og har herudover ikke nogen driftsaktivitet i Danmark. Selskaberne har ingen ansatte bortset fra ledelsen, og selskaberne har desuden ingen kreditorer bortset fra advokat og revisor.

Med henblik på at optimere og effektivisere koncernstrukturen i C AG, ønskes der gennemført en omstrukturering af ejerskabet til Selskaberne. Et led i denne omstrukturering er, at Selskaberne integreres under deres østrigske moderselskab, hvorved koncernen vil realisere både administrative lettelser og økonomiske besparelser.

Omstruktureringen ønskes gennemført på den måde, som skattemæssigt er mest neutralt for de involverede selskaber.

Såfremt man lader Selskaberne opløse efter reglerne herom i selskabslovens kapital 14 og udlodder de tyske ejendomme til moderselskabet C AG vil dette udløse en ret betydelig stempelafgift (Grunderwerbsteuer) på de tyske ejendomme efter tysk ret.

Det samme gælder, såfremt hvert af Selskaberne i stedet fusionerer (grænseoverskridende) med C AG, idet det afgørende for udløsning af tysk stempelafgift (Grunderwerbsteuer) er, hvorvidt de tyske ejendomme skifter ejer – dvs. hvorvidt Selskaberne i forbindelse med flytningen af hjemsted mister deres juridiske identitet.

Det er derfor afgørende for en skattemæssig neutral omstrukturering, at Selskaberne bevarer deres juridiske identitet. Det er dog samtidig givet, at der ved en flytning af hjemsted og jurisdiktion (nationalitetsskifte) ud af Danmark vil ske afståelsesbeskatning i Danmark.

Af hensyn til at bevare Selskabernes juridiske identitet, ønsker C AG at gennemføre et nationalitetsskifte i Selskaberne, hvorved forstås, at Selskaberne flytter hjemsted til Østrig og samtidigt lader sig omdanne til østrigske kapitalselskaber underlagt østrigsk lovgivning. Omdannelsen og dermed nationalitetsskiftet ønskes gennemført uden likvidation eller opløsning efter danske regler.

Beslutning om nationalitetsskifte blev truffet i Selskaberne den 13. oktober 2010 og beslutningerne blev anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 15. oktober 2010. Anmeldelsen vedlægges denne klage.

På generalforsamlingerne i Selskaberne blev undertegnede bemyndiget til at anmelde beslutninger om nationalitetsskifte på den måde, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen måtte ønske det, herunder ved en forudgående offentliggørelse af beslutningerne i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens IT-system. ...

3. Begrundelse for klagen

Til støtte for nærværende klage gøres det overordnet gældende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er forpligtet til at medvirke til registrering af nationalitetsskifte for Selskaberne.

Undertegnede anerkender samtidigt, at Erhvervs og Selskabsstyrelsen vil være berettiget til at opstille saglige krav til gennemførelsen af nationalitetsskiftet, såfremt Styrelsen herved varetager berettigede interesser hos Selskabernes medarbejdere og kreditorer. Dette har undertegnede tilkendegivet over for Styrelsen ved anmeldelsen af beslutningerne.

Det er undertegnedes opfattelse, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens registreringsnægtelse med henvisning til, at Selskaberne i stedet må anvende selskabslovens regler om likvidation eller grænseoverskridende fusion er i strid med den frie etableringsret i EF-traktatens artikel 43.

3.1 Definition af nationalitetsskifte

Et kapitalselskab kan flytte hjemsted på to måder:

For det første kan selskabet flytte sit hjemsted til et andet land og samtidig bevare sin egenskab af et selskab - og dermed sin juridiske identitet - i oprindelseslandet (*forlæggelse af hjemsted*). Denne form indebærer en egentlig forlæggelse af hjemsted, idet selskabet efter flytningen fortsat vil være underlagt oprindelseslandets lovgivning.

For det andet kan selskabet flytte sit hjemsted til et andet land og samtidigt lade sig registrere som et selskab i modtagerlandet underlagt modtagerlandets lovgivning (***nationalitetsskifte***). Denne form indebærer et fuldstændigt nationalitetsskifte, idet selskabet skifter både hjemsted og jurisdiktion.

Sidstnævnte model (nationalitetsskifte) ønskes anvendt af Selskaberne.

3.2 Selskabsloven

Der findes ikke i selskabsloven direkte hjemmel til, at et dansk kapitalselskab kan flytte sit hjemsted til et andet land. En sådan lovreguleret adgang til nationalitetsskifte blev foreslået i forbindelse med moderniseringen af selskabsloven, jfr. Betænkning 1498/2008, men forslaget blev forkastet i forbindelse med behandlingen af lovforslaget.

Reglerne om grænseoverskridende flytning af hjemsted (nationalitetsskifte) i det oprindelige udkast til ny selskabslov (kapitel 17) var udarbejdet med forbillende i de allerede gældende regler om grænseoverskridende fusion. Formålet med denne procedure var at sikre, at hensynet til danske selskabers medarbejdere og kreditorer blev varetaget i forbindelse med nationalitetsskiftet.

Den af undertegnede foreslåede procedure for registrering af Selskabernes beslutninger er således allerede kendt og anvendt af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet den anvendes ved grænseoverskridende fusioner, hvor danske selskaber ophører.

Der er desuden ikke i selskabsloven noget til hinder for at tillade et dansk selskab at flytte sit hjemsted ud af landet, når det samtidigt lader sig underlægge modtagerlandets lovgivning. Modsat gælder forlæggelse af hjemsted, idet det efter selskabsloven er et krav, at et dansk kapitalselskab har hjemsted i Danmark.

Samlet set er der således ikke i selskabsloven hjemmel til at nægte et nationalitetsskifte, idet det danske selskab efter flytningen vil være et Østrigsk selskab underlagt østrigsk lovgivning.

Spørgsmålet er derfor udelukkende, om et dansk kapitalselskab skal likvideres efter reglerne om likvidation eller opløses efter reglerne om grænseover-

skridende fusion for at kunne slettes hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som dansk selskab.

Der ses ikke i selskabsloven eller andetsteds i dansk ret at være noget krav herom eller i øvrigt lovhjemmel for at stille et sådant krav.

Under alle omstændigheder er det dog undertegnede klare opfattelse, at dansk selskabslovgivning og –praksis må vige for direkte anvendelig regulering i EU-retten, jfr. nedenfor.

3.3 EU-retten

Ifølge EF-traktatens artikel 43 skal medlemsstaterne indrømme statsborgere i enhver medlemsstat retten til frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. ...

Retten til fri etablering omfatter ikke alene statsborgere i andre medlemsstater men en medlemsstats egne borgere i den forstand, at en medlemsstat heller ikke må forhindre sine egne borgere i at etablere sig i en anden medlemsstat.

EF-Domstolen tillader inden for EU en række snævre undtagelser til etableringsfriheden, og baggrunden for undtagelserne er udelukkende hensynet til offentlig orden og sikkerhed.

Det er almindeligt antaget og desuden gentagne gange bekræftet af EF-Domstolen, at EF-Traktatens bestemmelser er direkte anvendelige i national ret, således at borgere kan påberåbe sig traktatens bestemmelser forud for national ret over for nationale domstole og offentlige myndigheder.

EF-Domstolen har ved sin afgørelse den 16. december 2006 i sag nr. C-210/06 (Cartesio) udtalt sig utvetydigt om medlemsstaternes forpligtelse til at acceptere nationalitetsskifte (som defineret ovenfor). ...

Sagen drejede sig primært om forlæggelse af hjemsted (som defineret ovenfor), men EF-Domstolen udtalte sig desuden om nationalitetsskifte.

Om nationalitetsskifte udtalte EF-Domstolen følgende:

Præmis 110 - 113:

[110 En medlemsstat kan således definere såvel den tilknytning, som kræves af et selskab, for at det kan anses for at være stiftet i henhold til national ret og dermed er omfattet af etableringsretten, som den tilknytning, der kræves for efterfølgende at opretholde denne egenskab. Denne beføjelse omfatter muligheden for medlemsstaten for ikke at tillade et selskab, der henhører under dens nationale lovgivning, at bevare denne egenskab, når det agter at etablere sig i en anden medlemsstat ved at flytte sit hjemsted til sidstnævntes område og derved bryde den tilknytning, som kræves i henhold til stiftelsesmedlemsstatens nationale ret.

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 der 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.

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.

113 En sådan hindring for en faktisk omdannelse af et sådant selskab uden forudgående opløsning og likvidation til et selskab efter national lovgivning i den medlemsstat, hvortil selskabet ønsker at flytte, udgør en begrænsning af etableringsfriheden for det berørte selskab, som, medmindre den er begrundet i et tvingende alment hensyn, er forbudt i medfør af artikel 43 EF (jf. i denne retning bl.a. CaixaBank France-dommen, præmis 11 og 17).]

EF-Domstolen konkluderer således, at forlæggelse af hjemsted kan forhindres af en medlemsstat under henvisning til den pågældende medlemsstats tilknytningskrav for stiftelse og registrering af selskaber.

Samtidigt konkluderer Domstolen dog utvetydigt (præmis 112 og 113 med min understregning) med baggrund i etableringsfriheden (EF-Traktatens artikel 43), at ingen medlemsstat må forhindre et nationalitetsskifte ved at stille krav om likvidation eller opløsning af et selskab som betingelse for at lade selskabet flytte hjemsted og jurisdiktion fra den pågældende medlemsstat til en anden medlemsstat. Den eneste undtagelse er hensynet til ordre public.

Det er undertegnede opfattelse, at der ikke svigtes noget berettiget hensyn til offentlighedens interesser, såfremt nationalitetsskiftet gennemføres under behørig hensyntagen til Selskabernes interesser – fx ved præliminær offentliggørelse i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens IT-system, analogt grænseoverskridende fusion.

Det vil således udgøre en krænkelse af etableringsfriheden, såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen stiller krav om, at et nationalitetsskifte i Selskaberne alene kan gennemføres ved, at Selskaberne likvideres eller opløses efter reglerne om grænseoverskridende fusion.

Det bemærkes i den forbindelse, at traktatbestemmelsens direkte anvendelighed i dansk ret betyder, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke kan afvise

registrering blot med henvisning til, at dansk ret ikke indeholder udtrykkelig lovhjemmel til nationalitetsskifte.

Der er i den EU-retlige litteratur bred enighed om, at medlemsstater efter Cartesio-dommen ikke må lægge hindringer i vejen for, at selskaber skifter nationalitet (hjemsted og jurisdiktion) til en anden medlemsstat. Det er alene modtagerlandet, der må stille krav i forbindelse med nationalitetsskiftet i form af krav om, at selskabet opfylder kravene til selskaber i det pågældende modtagerland.

...[To] artikler om Cartesio-dommen af henholdsvis Lektor, PhD, Luca Cerioni, Brunel University og Professor, dr. jur. Karsten Engsig Sørensen, Centre for International Business Law, ASB ... bekræfter undertegnede opfattelse.

3.4 Østrigsk lovgivning

Det er ifølge EF-Domstolens ovennævnte dom (Cartesio) et krav for gennemførelsen af et nationalitetsskifte, at modtagerlandet (i dette tilfælde Østrig) anerkender muligheden for at stifte et kapitalsselskab under østrigsk ret ved nationalitetsskifte.

Dette har vores klient undersøgt, og det er over for vor klient bekræftet, at Østrig anerkender muligheden for at flytte nationalitet fra en anden medlemsstat til Østrig uden at selskabet derved mister sin juridiske identitet.

Betingelserne for et nationalitetsskifte fra Danmark til Østrig er således også opfyldt efter Østrigsk ret. Dette forhold kan om fornødent bekræftes skriftlig af den relevante østrigske registreringsmyndighed.
..."

I førnævnte redegørelse af 30. november 2010 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

"Sagens retlige omstændigheder

Selskaberne har indsendt anmeldelse om nationalitetsskifte. Nationalitetsskiftet foretages, ved at flytte de danske selskabers hjemsted til Østrig og samtidig lade selskaberne være undergivet østrigsk lovgivning. Det angives, at nationalitetsskiftet skal ske uden forudgående likvidation af de danske selskaber. Selskabslovens regler om grænseoverskridende fusion anvendes ligeledes ikke.

Styrelsen skal bemærke, at der på EU-rettens område endnu ikke er sket en harmonisering af reglerne for hjemstedsflytninger og nationalitetsskifter – bortset fra reglerne om grænseoverskridende fusioner.

Der er efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse ikke hjemmel i selskabsloven til at tillade nationalitetsskifte uden forudgående likvidation, bortset fra reglerne om grænseoverskridende fusion.

Det kan i den forbindelse nævnes, at det forslag til selskabsloven, der blev fremsat i Folketingen, indeholdte regler om flytning af hjemsted. I forbindelse med Folketingets behandling af lovforslaget udgik disse regler imidlertid. ...

Som bilag til såvel forespørgslen angående nationalitetsskifte som klagen til Erhvervsankenævnet henvises til EU-domstolens dom C-210/06 (Cartesio). Dommen vedrører et ungarsk selskab, som ønskede at flytte sit hjemsted fra Ungarn til Italien, men samtidig bevare sin juridiske status som ungarsk selskab. Da de danske selskaber i denne sag ønsker både at forlægge hjemstedet til Østrig og endvidere efterfølgende være omfattet af østrigsk lovgivning, er det Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering at dommens resultat ikke direkte kan anvendes i den konkrete sag.

Styrelsens vurdering

Da der ikke findes hjemmel i den danske lovgivning til at foretage nationalitetsskifte uden likvidation eller anvendelse af reglerne om grænseoverskridende fusion, og da der på EU-rettens område endnu ikke er ske en harmonisering af reglerne for hjemstedsflytning og nationalitetsskifte, finder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke, at advokat A's anmeldelse om nationalitetsskifte i selskaberne K1 ApS, CVR-nr. ..., K2 ApS, CVR-nr. ..., K3 ApS, CVR-nr. ..., K4 ApS, CVR-nr. ..., K5 ApS, CVR-nr. ..., K6 ApS, CVR-nr. ..., K7 ApS og CVR-nr. ..., som blev modtaget i styrelsen den 15. oktober 2010, kan registreres.
..."

I skrivelse af 22. december 2010 har advokat A yderligere anført:

"...styrelsen [overser] imidlertid de forpligtelser, der påhviler medlemsstatte og offentlige myndigheder i henhold til den direkte anvendelige fællesskabsret. Særligt EF-Traktaten er ved flere lejligheder fundet direkte anvendelig i national ret af EU-Domstolen, og der gælder nu en almindelig formodning for direkte anvendelighed af både EF-Traktatens og EU-Traktatens bestemmelser. Dette gælder særligt de bestemmelser, der er præcise og ubetingede.

Adgangen til at gennemføre et nationalitetsskifte fra en medlemsstat til en anden angår den frie etableringsret i medfør af EF-Traktatens artikel ...

Det er klagers klare opfattelse, at der i den foreliggende sag ikke er sådanne afgørende hensyn til offentlig orden og sikkerhed (ordre public), som kan begrunde af fravigelse af EF-Traktatens artikel 43 eller i øvrigt et krav om, at de danske selskaber må likvideres eller ophøre efter reglerne om grænseoverskridende fusion, hvilket vil påføre selskaberne betydelige omkostninger, som beskrevet i klagers anmodning til Styrelsen.

Hertil bemærkes særligt, at et nationalitetsskifte som ønsket fra klagers side ikke vil fratage den danske stat beskatning, idet der vil ske sædvanlig afståelsesbeskatning ved selskabernes fraflytning fra Danmark.

Desuden er der ikke i den gældende selskabslovgivning nogen særlig regulering, som tilsidesættes ved at tillade et nationalitetsskifte som anmodet af klager. Klager har således over for Styrelsen endda anerkendt at ville anvende principperne fra reglerne om grænseoverskridende fusion i henseende til kreditoroplysning og –beskyttelse.

Anvendelsen af artikel 43 (den frie etableringsret) på nationalitetsskifte er udtrykkeligt bekræftet af EU-Domstolen i sin afgørelse den 16. december 2006 i sag nr. C-210/06 (Cartesio). Styrelsen synes imidlertid at frakende denne afgørelse nogen relevans for klagers anmodning, hvilket bestrides.

Cartesio-sagen vedrørte som anført af Styrelsen forlæggelse af hjemsted og ikke nationalitetsskifte som i nærværende sag. Dog fandt EU-Domstolen på trods heraf anledning til at udtale sig generelt om virkningen af artikel 43 for de to typer af hjemstedsflytning. ...

Om opfyldelsen af betingelserne for nationalitetsskifte i Østrig henvises til det i klagen anførte.

Det er således ikke berettiget af Styrelsen at tilsidesætte afgørelsen som irrelevant i forhold til spørgsmålet om nationalitetsskifte. Tværtimod udgør dommen en klar fortolkning af en direkte anvendelig traktatbestemmelse, hvorefter det vil være stridende mod fællesskabsretten, såfremt den danske stat eller en dansk myndighed – herunder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen – nægter et nationalitetsskifte, medmindre der foreligger afgørende hensyn til offentlig orden og sikkerhed (ordre public).

Det er klagers opfattelse, at sådanne hensyn ikke foreligger.
...”

Ved skrivelse af 14. april 2011 har advokat A fremsendt en redegørelse fra to østrigske advokatfirmaer for retsstillingen i Østrig vedrørende nationalitetsskifte inden for EU. A anfører i den forbindelse:

”... firmaregistreret i Østrig [har] karakter af en domstol, og det er derfor ikke muligt at indhente en generel redegørelse vedrørende retsstillingen i Østrig.

Vi har derfor anmodet to advokatfirmaer, D og E, om at udarbejde en redegørelse for retsstillingen i Østrig vedrørende nationalitetsskifte inden for Fællesskabet. Til brug for redegørelsen har vore kolleger drøftet både den generelle retsstilling og den konkrete sag med en dommer hos det østrigske firmaregister.

Resultatet af drøftelserne med dommeren fremgår af vedlagte redegørelse, som konkluderer, at nationalitetsskiftet vil blive accepteret i Østrig under forudsætning af, at der bliver udvist behørigt hensyn til selskabets kreditorer.

Som det tidligere er pointeret over for både Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og Erhvervsankenævnet beskæftiger de berørte selskaber ingen medarbejdere i Danmark bortset fra den lovpligtige ledelse. Inddragelse af medarbejderinteresser er derfor unødvendig.

Jeg skal dog alligevel gentage min tidligere bemærkning om, at mine klienter er fuldt indforstået med, at nationalitetsskiftet gennemføres i overensstemmelse med den procedure, der fremgår af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens oprindelige udkast til ny selskabslov §§ 320 - 333, ...

Anvendelsen af denne fremgangsmåde, som er udarbejdet med forbillede i reglerne om grænseoverskridende fusion og spaltning, vil netop sikre, at hensynet til selskabernes medarbejdere og kreditorer varetages på behørig vis. Det er derfor undertegnede klare opfattelse, at denne fremgangsmåde tillige vil opfylde det østrigske firmaregisters krav om varetagelse af kreditorernes interesser, jfr. vedlagte, hvilken opfattelse D og E har bekræftet. ...”

Af redegørelsen fra de to østrigske advokatfirmaer, D og E fremgår i en bekræftet oversættelse til dansk:

”Idet vi refererer til klagesagen i forb. med den planlagte flytning af K6 ApS’s vedtægtsmæssige og administrative hjemsted til Østrig, skal vi efter at have drøftet sagen med det kompetente virksomhedsregister i Wien ud fra et østrigsk synspunkt meddele Dem følgende:

a) Sagens faktiske omstændigheder

K6 ApS skal – idet selskabsformen ændres – omdannes til et østrigsk selskab med begrænset ansvar (GmbH) med vedtægtsmæssigt og administrativt hjemsted i Østrig. Anpartshavere i K6 ApS er med 94,6% F GmbH og med 5,4% G KG. Begge anpartshavere i K6 ApS vil give deres samtykke til flytning af hjemsted. Derfor er forholdsregler med henblik på minoritetsbeskyttelse uforholdne.

Selskabet beskæftiger hverken i Danmark eller på stedet for ejendommenes beliggenhed medarbejdere, således at der ikke foreligger hensyn, der evt. skulle varetages.

b) Lovlighed af flytning af hjemsted

Den 5. april 2011 havde vi en uddybende samtale med den ansvarlige dommer ved virksomhedsregistret i Wien om ovennævnte selskabs grænseoverskridende flytning af hjemsted.

Herefter er virksomhedsregistret i Wien principielt indstillet på at godkende registreringen af flytning af hjemsted for et dansk ApS til Østrig. At en sådan disposition principielt er lovlig fremgår af EF-domstolens afgørelse i sagen *Cartesio* (C-210/06, præmis 110-113), ligesom østrigsk selskabsret tillader en (strukturelt sammenlignelig) omdannelse af aktieselskaber (AG) til GmbH'er og omvendt.

Selvom østrigsk selskabslov p.t. ikke indeholder bestemmelser om grænseoverskridende flytning af hjemsted, og der ej heller eksisterer noget EU-retligt direktiv herom, ville en flytning af hjemstedet – også uden at der forinden vedtages et direktiv om hjemstedsflytning – være mulig på basis af beslægtede retsinstitutter. Med hensyn til beskyttelse af kreditorerne kunne der forholdes analogt til grænseoverskridende fusion. Vedtagelsen af et direktiv om flytning af hjemsted ville ganske vist være ønskelig, men er ikke nogen betingelse for den påkrævede overholdelse af den EU-retlige etableringsfrihed (EF-domstolen i sagen *Sevic*, C-411/03, præmis 26). Således blev den grænseoverskridende fusion af et litauisk selskab ("UAB DI Lietovos Exporto ir Importo") til et østrigsk selskab ("Coface Austria Holding AG", virksomhedsregisternr. 65493p) allerede inden vedtagelsen af direktiv 2005/56/EF om grænseoverskridende fusion af kapitalselskaber fra forskellige medlemslande registreret i det østrigske virksomhedsregister.

På grund af den retlige situation i Østrig er det ikke muligt at indhente en skriftlig tilkendegivelse om et abstrakt retsspørgsmål hos registerretten. Drøftelsen med virksomhedsregistret resulterede i, at en sådan flytning af hjemsted er principielt mulig, såfremt visse parametre overholdes.

Den principielle gennemførlighed er underlagt det forhold, at det inden for rammerne af den konkrete registreringssag kan godtgøres, at ingen kreditorer af det danske selskab lider tab p.g.a. flytningen, og at der i forbindelse med hjemstedsflytningen overholdes de for selskaber med begrænset ansvar gældende bestemmelser, herunder i særdeleshed principperne om kapitalrejsning og kapitalvedligeholdelse; ændring af ApS'ets retsform til et østrigsk GmbH bedømmes analogt til de østrigske omdannelsesretlige bestemmelser.

Efter et positivt udfald af de aktuelle retslige spørgsmål i Danmark vil vi udarbejde en detaljeret implementeringsplan og afstemme den med myndighederne i Danmark og Østrig.

..."

Ankenævnet udtaler:

Der er på generalforsamlinger i de involverede selskaber truffet beslutninger om at gennemføre et nationalitetsskifte, hvorved selskaberne flytter hjemsted til Øst-

rig og samtidig lader sig omdanne til østrigske kapitalselskaber underlagt østrigsk lovgivning. Nationalitetsskiftet skal foregå uden forudgående likvidation og uden anvendelse af selskabslovens regler om grænseoverskridende fusion.

Selskabsloven indeholder bortset fra reglerne om grænseoverskridende fusion ikke bestemmelser, der tillader nationalitetsskifte uden foregående likvidation. Der eksisterer ikke et direktiv om grænseoverskridende flytning af hjemsted, således som det eksempelvis er tilfældet med reglerne om grænseoverskridende fusion, der bygger på direktiv om grænseoverskridende fusioner.

Forslaget til selskabslov L 170 af 25. marts 2009 indeholdt i kapitel 17 regler om grænseoverskridende flytning af hjemsted. Under udvalgsbehandlingen udgik det foreslåede kapitel 17. Af Erhvervsudvalgets betænkning af 15. maj 2009 fremgår:

”Det foreslås, at lovforslagets foreslåede bestemmelser om grænseoverskridende flytning af hjemsted udgår, idet det vurderes som mest hensigtsmæssigt at afvente et eventuelt EU-direktiv herom.”

Som følge af det anførte tiltrædes, at der ikke i selskabsloven er hjemmel til nationalitetsskifte uden forudgående likvidation, bortset fra reglerne om grænseoverskridende fusioner, og EU-Domstolens afgørelse af 16. december 2006 i sag nr. C-210/06 (Cartesio) kan ikke føre til et andet resultat. Selskabslovens regler er begrundet i legitime hensyn til kreditorer, medarbejdere og kapitalejere.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 18. oktober 2010.