
TIIVISTELMÄ

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Yhtiön liikkuvuus ja rajat ylittävät sulautumiset

Tekijä: Jani Vuoti

Koulutusohjelma/oppiaine: Kansainvälinen yksityisoikeus ja oikeusvertailu

Työn laji: Pro gradu -tutkielma_x_ Laudaturtyö__

Sivumäärä: 73

Vuosi: 2011

Tiivistelmä: Tutkimukseni kuuluu kansainvälisen yksityisoikeuden alaan ja tarkastelee yhtiöiden liikkumista Euroopan unionissa ja valtion rajat ylittäviin sulautumisiin liittyviä tekijöitä. Yhtiön liikkuvuuteen liittyviä teemoja ovat esimerkiksi yhtiön kotipaikan muuttaminen toiseen jäsenvaltioon (tosiasiallisen ja sääntömääräisen), pääkonttorin siirtäminen toiseen maahan, tytäryhtiöiden perustaminen ja jakautuminen. Euroopan unionin lainsäädäntö takaa yrityksille mahdollisuuden pääkonttorin ja sääntömääräisen kotipaikan muuttamiseen perustamalla Eurooppayhtiö (SE). Eurooppayhtiöt eivät ole kuitenkaan saavuttaneet suurta suosiota. Suomessa oli vuonna 2008 ainoastaan yksi kaupparekisteriin merkitty eurooppayhtiö.

Yhtiön kotipaikan määrittäminen on keskeisin tekijä määriteltäessä yhtiöön soveltuva lakia. Euroopassa on edelleen kaksi eri teoriaa, joiden avulla yhtiöön sovellettava laki määritellään. Aiemmin laajalti käytössä ollut kotipaikkateoria on joutunut osittain väistymään perustamisteorian tieltä, mutta silti kotipaikkateoria on edelleen käytössä, eikä Euroopan Yhteisön Tuomioistuimen ratkaisut ole tätä asiaa täysin muuttaneet. Kotipaikkateorian mukaan yhtiön kotipaikka on siinä valtiossa, jossa se on perustettu ja jossa on sen keskushallinto tai pääasiallinen liiketoiminta. Perustamisteorian mukaan yhtiön kotipaikka on siellä, minkä lainsäädännön mukaisesti se on perustettu. Perustamisteorian mukainen kotipaikka on selkeä ja helposti määriteltävissä, kun taas keskushallinnon paikallistaminen voi olla erittäin hankalaa.

Direktiivi rajat ylittävistä sulautumista julkaistiin vuonna 2005 ja kansallinen lainsäädäntö tuli mukauttaa direktiivin mukaiseksi vuoden 2007 loppuun mennessä. Rajat ylittävän sulautumisen avulla yhtiö voi muuttaa siihen sovellettavan lain. Tämä mahdollisuus on kuitenkin edelleen lähinnä teoreettinen, koska siihen liittyvä prosessi on monimutkainen, kallis ja ajallisesti pitkä.

Kiina ja Yhdysvallat eroavat yhtiön liikkuvuuteen liittyvissä seikoissa Euroopan unionista, vaikkakin yhtäläisyyksiä on löydettävissä kummastakin. Kiina on nouseva ja vahvasti kasvava talousmahti, mutta lainsäädännöllisesti se on erittäin haasteellinen maa. Kirjoitettu laki ei ole läheskään samassa asemassa kuin Euroopassa taikka Yhdysvalloissa. Yhdysvalloissa yhtiön liikkuvuus ja kotipaikan vaihtaminen on hyvin yleistä. Silti sielläkään ei ole näyttöä "race to the bottom"-ilmiöstä, vaikka tätä uhkakuvaa usein nostetaan esille. Liittovaltion viranomaiset puuttuvat tarpeen mukaan tilanteeseen, mikäli lainsäädäntökilpailu aiheuttaisi vahinkoa taloudelle.

Euroopan unioni ei ole pystynyt harmonisoimaan yhtiöoikeudellisia säännöksiä riittävän toimivalla tavalla, jotta yhteinen markkina-alue olisi todella kilpailukykyinen muiden maailman voimakkaiden taloustoimijoiden tasolla.

Avainsanat: Kansainvälinen yksityisoikeus, yhtiön liikkuvuus, rajat ylittävä sulautuminen, lainvalinta, yhtiön kotipaikka

Muita tietoja:

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön X

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi X

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi X

LÄHTEET

KIRJALLISUUS

AIRAKSINEN, Marianne, PULKKINEN, Pekka & RASINAHO, Vesa: *Osakeyhtiölaki II*, Talentum 2010.

BAELZ, Kilian & BALDWIN, Teresa: *The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law*. The German Law Journal 12/2002

BECHT, Marco, MAYER, Colin & WAGNER, Hannes F. : *Where do firms incorporate? Deregulation and the Cost of Entry*. European corporate governance institute. ECGI Working paper series in law. Working paper n:o 70/2006. August 2007.

BERG, Stig & BONDESON, Herman: “Norway”. Cross – Border Mergers in Europe. Vol 1. Norway s. 305 – 324. Toimittanut Dirk Van Gerven. Cambridge University press 2010.

BRATTON, William W.: *Corporate law’s race to nowhere in particular*. University of Toronto Law Journal. Vol 44. No. 4 syksy 1994.

CARY, William: *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*. The Yale Law Journal, Volume 84 Number 4. 1974

CHERTOK, Seth B.: *Jurisdictional competition in European Community*. Paper 870, year 2005. Bepress legal series, 2005.

DEVONSHIRE – ELLIS, Chris & HOFFMANN, Richard: “Relocating your China WFOE: It’s a settlement deal”. China Briefing. Magazine and daily news service. 2010

EBKE, Werner F.: Centros – Some realities and some mysteries. Esitelmä tilaisuudessa “ the Centros decision of the European Court of Justice and its consequences”, 28. – 29.4.2000 King’s College, London.

FIBBE, Gijsbert Karel: *EC law aspects of hybrid entities*, Erasmus University 2009.

FLUCK, Zsuzsanna & MAYER, Colin: *Race to the top or bottom? Corporate governance, Freedom of reincorporation and competition in law*. European corporate governance institute. ECGI Working paper series in law. Working paper n:o 90/2005.

HEMMO, Mika: *Sopimusosikeuden oppikirja*. Talentum 2008

IMMONEN, Raimo: *Yritysjärjestelyt*, Talentum 2009.

JOHNSON–STAMPE, Johanna: *The need for the 14th Company law directive on the transfer of registered office*. Master thesis, faculty of law. University of Lund 2010.

JURKOVA, Michaela: *“Slovak Republic”*. Cross – Border Mergers in Europe. Vol 1. Slovak Republic s. 267–287. Toimittanut Dirk Van Gerven. Cambridge University press 2010.

JÄÄSKINEN, Niilo: *Euroopan Unioni. Oikeudelliset perusteet*. Talentum, Helsinki 2007.

KERÄNEN, Antti: *Eurooppayhtiö ja kansainvälinen verotus*. Pro gradu –tutkielma, Oulun yliopisto 2009.

KLAMI Hannu & KUISMA, Eira: *Suomen kansainvälinen yksityisoikeus*. Talentum, Helsinki 2000.

KOULU, Risto: *Lainvalinta eurooppalaisessa konkurssissa*. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2002.

KOULU, Risto: *Kansainvälinen prosessioikeus pääpiirteittäin*. WSOY, 2003.

MIKKOLA, Tuulikki: *Lainvalinta prosessissa: oikeusjärjestelmien välisistä eroista ja niiden vaikutuksista sovellettuun oikeuteen*”. Kovia aikoja: riitoja ja maksukyvyttömyyttä: juhlaKirja Risto Koulu 60 vuotta, s. 429–432. Toimituskunta: Heidi Lindfors, Emilia Korkea-aho, Santtu Turunen. Helsinki . Edita, 2009

MUCCIARELLI, Frederico M: *Freedom of reincorporation and the scope of Corporate law in the U.S. and The E.U.* Law & Economics research paper series. Working paper NO. 11 – 07. New York university school of law.

MYRSKY, Matti & LINNAKANGAS Esko: *Kansainvälinen henkilö- ja yritysverotus*. Talentum, Helsinki 2009.

MÄHÖNEN, Jukka & VILLA, Seppo: *Osakeyhtiö I. Yleiset opit*, WSOYpro 2006.

MÄHÖNEN, Jukka & VILLA, Seppo: *Osakeyhtiö III. Corporate governance*. WSOYpro 2010.

MÄNTYSAARI, Petri: *Osakeyhtiö toimijana*, WSOY 2002.

NAARAJÄRVI, Pia & KOIVISTO, Jussi V.: *Which law, which forum?: Jurisdiction and applicable law in international electronic commerce: based on an approach to reduce business and customer risks and to create customer confidence*. Wsoy, Helsinki 2002.

PANAYI, Chistiana HJI: *Corporate mobility in the European Union and Exit Taxes*. Bulletin for international taxation. 2009

ROTH, Elie: *The Rule of Reason Doctrine in European Court of Justice Jurisprudence on Direct Taxation*. Canadian tax journal vol. 56. No 1. 2008

ROSE, Mark J.: *Delaware’s Competition*. Harvard Law Review, vol 117:588, 2003.

SAVELA, Ari: *Suomen kansainvälinen yhtiöoikeus*, Talentum 2003

STORM, Paul: “*Scope and limitations of the Cross-border Merger Directive*”, *Cross-border Mergers in Europe vol 1*, s. 54–78. Toimittanut Dirk van Gerven. Cambridge University press 2010.

VALK, Olivier: *Increasing corporate mobility through outbound establishment*. Utrecht University 2010.

VAN DER BIJL, Paul & OLDENBURG, Frits: “*The Netherlands*”. *Cross – Border Mergers in Europe vol 1*. The Netherlands s. 226–256. Toimittanut Dirk Van Gerven. Cambridge University press 2010.

VAN GERVEN, Dirk: “*Community rules applicable to cross-border mergers*”. *Cross-border mergers in Europe vol 1*, s. 1–28. Toimittanut Dirk Van Gerven. Cambridge University press 2010.

VARGOVA Petra: *The cross-border transfer of company`s registered office within European union*. LL.M short thesis, Central European university 2010.

VARJOLA-VAHVELAINEN Kaija, OHVO Sirkku, HULKKO Pekka, HYVÄRINEN Heikki: *Kansainvälinen yritysoikeus*. Wsoy, Porvoo 1998.

WEBRE, Edwarde: *Mergers and acquisitions in China*. 2005

VÄÄNÄNEN, Riitta 2010: *Suomalaisyrietykset etabloituminen Kiinan verotuksen näkökulmasta*. Opinnäytetyö. Jyväskylän ammattikorkeakoulu, liiketalouden koulutusohjelma.

WFOE Organization: Wholly Foreign Owned Enterprise (WFOE), www.wfoe.org,

VIRALLISLÄHTEET

Hallituksen esitys 103/2007

Oikeusministeriön työryhmän mietintö 23:2006.

Suomen virallinen tilasto (SVT): Ulkomaiset tytäryhtiöt Suomessa

Impact assessment on the directive on the cross-border transfer of registered office. Commision staff working document. Brussels 12.12.2007

Kiinan maaraportti 9/2010. Finpro. 2010.

EY:N TUOMIOISTUIMEN RATKAISUT

(Tapaukset ratkaisujärjestyksessä)

Asia 79/85, *Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging*, (1986)

Asia 81/87, *The Queen v. H. M. Treasury and Commisioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, (1988)

Asia 212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, (1999)

Asia 208/00, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, (2002)

Asia 167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*, (2003)

Asia 210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, (2008)

EUROOPAN UNIONI

Yleissopimukset

Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoidut toisinnot

Yleissopimus 80/934/ETY sopimusvelvoitteisiin sovellettavasta laista (*Roman konventio*)

Asetukset

Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EY) N:o 593/2008 annettu 17. päivä kesäkuuta 2008, sopimusvelvoitteisiin sovellettavasta laista (*Rooma I asetus*).

Neuvoston asetus (EY) N:o 2157/2001 eurooppayhtiön (SE) säännöistä (*eurooppayhtiöasetus*)

Direktiivit

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/101/EY niiden takeiden yhteensovittamisesta samanveroisiksi, joita jäsenvaltioissa vaaditaan perustamissopimuksen 48 artiklan toisessa kohdassa tarkoitetuilta yhtiöiltä niiden jäsenten sekä ulkopuolisten etujen suojaamiseksi. (*Julkistamisdirektiivi*)

Toinen neuvoston direktiivi 77/91/ETY niiden takeiden yhteensovittamisesta samanveroisiksi, joita jäsenvaltioissa vaaditaan perustamissopimuksen 58 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuilta yhtiöiltä niiden jäsenten sekä ulkopuolisten etujen suojaamiseksi

osakeyhtiöitä perustettaessa sekä niiden pääomaa säilytettäessä tai muutettaessa
(*Pääomadirektiivi*)

Kolmas neuvoston direktiivi 78/855/ETY perustamissopimuksen 54 artiklan 3 kohdan g
alakohdan nojalla osakeyhtiöiden sulautumisesta (*sulautumisdirektiivi*)

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/56/EY pääomayhtiöiden rajat
ylittävistä sulautumisista (*rajat ylittäviä sulautumisia koskeva direktiivi*)

Sisällys

TIIVISTELMÄ.....	I
LÄHTEET.....	III
JOHDANTO.....	- 1 -
1. KANSAINVÄLINEN YKSITYISOIKEUS.....	- 4 -
1.1. Lainvalintaperiaatteet	- 4 -
1.2. Lainvalintaan vaikuttavat normit	- 6 -
1.3. Tuomioistuimen päätöksenteko lainvalinnassa.....	- 7 -
2. LAINSÄÄDÄNNÖLLINEN PERUSTA KÄSITELTÄVÄSSÄ AIHEESSA.....	- 10 -
2.1. Nykytilanne.....	- 10 -
2.1.1. Kansallinen.....	- 10 -
2.1.2. Eu.....	- 12 -
3. YHTIÖN LIIKKUVUUS	- 17 -
3.1. Yhtiön kotipaikka	- 17 -
3.1.1. Perustamisteoria	- 18 -
3.1.2. Kotipaikkateoria	- 23 -
3.3. Yhtiön kotipaikan siirtäminen.....	- 25 -
3.4. Yhtiön pääkonttorin siirtäminen.....	- 27 -
3.5. EU-oikeuden tulkintaa teorioista liittyen yhtiön liikkuvuuteen	- 29 -
3.5.1. Daily Mail	- 30 -
3.5.2. Centros	- 32 -
3.5.3. Überseering	- 34 -
3.5.4. Cartesio	- 35 -
4. RAJAT YLITTÄVÄ SULAUTUMINEN	- 39 -
4.1. Direktiivin soveltamisala	- 39 -
4.2. Sulautumisen määrittely ja ehdot	- 41 -
4.3. Sulautumissuunnitelma	- 45 -
4.4. Johto- ja hallintoelimen kertomus	- 49 -
4.5. Riippumattoman asiantuntijan lausunto	- 50 -
4.6. Rajat ylittävän sulautumisen hyväksyminen yhtiökokouksessa.....	- 51 -
4.7. Vähemmistöosakkeenomistajien ja velkojien suojele	- 54 -
4.7.1. Vähemmistöosakkeenomistajien suojele	- 54 -
4.7.2. Velkojien suojele.....	- 57 -
4.8. Sulautumisen rekisteröintiä edeltävä todistus ja rajat ylittävän sulautumisen laillisuus. - 57	-
4.9. Sulautumisen rekisteröinti, täytäntöönpano ja julkistaminen	- 60 -

5. VERTAILUA KIINAAN JA YHDYSVALTOIHIN.....	- 63 -
5.1. Kiina	- 63 -
5.2. Yhdysvallat	- 66 -
6. LOPPULAUSE.....	- 70 -

LIITTEET

JOHDANTO

Globalisaatio on muuttanut ja muuttaa koko ajan yritysten toimintaympäristöä: liiketoiminta on jatkuvan dynaamista toimintaa. Eurooppalaisten yritysten toimintaympäristöön vaikuttaa monella tavalla Euroopan unioni. Toisaalta unionin kautta yritysten toimintaedellytykset ovat parantuneet, mutta toisaalta monimutkaistumistakin on tapahtunut. Lisäksi kaupankäynnin laajamittainen siirtyminen perinteisistä kauppapaikoista tietoverkkoihin pakottaa yrityksiä muuttamaan toimintatapojaan. Yritysten kilpailijat voivat löytyä mistäpäin maailmaa tahansa ja markkina-alueena voi olla koko maailma. Tämä pakottaa yrityksiä laajentamaan toimintaansa kattamaan koko maailma.

Liiketoiminnan dynaamisuus vaikuttaa siihen, että yrityksen käynnistäessä toimintansa markkinaympäristö on voinut olla täysin toisenlainen ja esimerkiksi tuolloin valittu toimintamuoto ei sovellu enää nykyhetken markkinatilanteeseen. Tilanteen muuttuessa ja yrityksen johdon tarkastellessa kansainvälistymistä voidaan joutua miettimään toiminnan uudenlaista organisoimista. Alkuperäinen omistus- tai toiminnan rakenne voi olla muuttunut epätarkoituksenmukaiseksi ja se voi vaarantaa jopa yrityksen kilpailuasemaa. Tällöin on mahdollisesti tehtävä tarkoituksenmukaisia yritysjärjestelyjä. Yritysjärjestelyillä tarkoitetaan monenlaisia tilanteita. RAIMO IMMONEN on kirjassaan *Yritysjärjestelyt* määritellyt termin siten, että sillä kuvataan tilanteita, joissa

yrityksen omaisuutta taikka sen liiketoimintaa luovutetaan kokonaisuutena tai osaksi tai yrityksen rakennetta muutetaan siten, ettei järjestelyn toisena osapuolena ole ulkopuolinen taho eikä omaisuudensiirtämisessä noudatettava hinnoittelu – siirtohinnoittelu – välttämättä perustu markkinahintaan.¹

Tuloverolaissa (TVL) yritysjärjestely-käsitteen alle luetellaan kuuluvaksi muun muassa toimintamuodon muutokset, purkautuminen sekä sulautuminen ja jakautuminen.² Tässä tutkimuksessa tarkastellaan rajat ylittävään sulautumiseen ja yhtiön liikkuvuuteen liittyviä oikeudellisia näkökulmia.³

¹ Immonen, *Yritysjärjestelyt* s. 1–2.

² Tuloverolaki (TVL) 4 luku.

³ Talouslehdissä ja liikejuridiikkaan erikoistuneissa asiantuntijajulkaisuissa mainitaan usein lyhenne M&A. Se liittyy olennaisesti sulautumiseen ja on ikään kuin kokoava käsite joko sanoista *mergers and acquisitions* tai *mergers and takeovers*. Yleensä tämä käsite sisältää sekä oikeudellisen sulautumisen

Tilastokeskuksen tilastojen mukaan Suomessa toimi vuonna 2009 yhteensä noin 3000 ulkomaista tytäryhtiötä. Suurin osa näistä oli eurooppalaisia, yhteensä noin 2000 yritystä. Ulkomaisten yritysten liikevaihto oli noin 67 miljardia euroa ja työntekijöitä oli yhteensä noin 225 000. Määrällisesti tarkasteltuna ulkomaisten yritysten osuus kaikista Suomessa toimivista yrityksistä on pieni, vain noin yksi prosenttiyksikkö. Liikevaihdollisesti sen sijaan ulkomaisten yritysten osuus vuonna 2009 oli noin viidennes. Ulkomaiset tytäryhtiöt ovat siis liikevaihdollisesti mitattuna merkittäviä tekijöitä Suomessa.⁴

Maanosittain tarkasteltuna suurin osa ulkomaisista tytäryhtiöistä oli eurooppalaisia. Yksittäisiä maita tarkastellen havaitaan, että lukumääräisesti eniten Suomessa toimi vuonna 2009 ruotsalaisia tytäryrityksiä. Niitä toimi Suomessa yhteensä 771 kappaletta. Toiseksi eniten oli yhdysvaltalaisia (457) ja kolmanneksi suurin maa tällä mittarilla oli Saksa(304). Tässä järjestyksessä ei ole tapahtunut muutosta vuodesta 2005 vuoteen 2009, mutta voidaan todeta, että kaikkien edellä mainittujen maiden yritysten osuus on laskenut. Muutos ei ole tapahtunut pelkästään lukumäärällisesti vaan myös liikevaihdon ja henkilöstömäärän osalta. Kasvua on tapahtunut aina vuoteen 2008, mutta vuonna 2009 tapahtui muutos toiseen suuntaan.⁵ Eräänä merkittävänä selittävänä tekijänä tähän on maailmantalouden ajautuminen taantumaan vuoden 2008 lopulla.⁶

Yritysten kansainvälistyminen tuo kasvun mahdollisuuden lisäksi mukanaan myös monenlaisia haasteita ja uudenlaisia ongelmanratkaisutilanteita. Yritysten on pakko pohtia esimerkiksi, mitä lakia sovelletaan toisesta maasta olevan yrityksen kanssa tehtäviin sopimuksiin ja mikä tuomioistuin on toimivaltainen käsittelemään mahdollisesti syntyviä riita-asioita. Tällaiset asiat kuuluvat kansainvälisen

sekä yrityskaupan. Oikeudellisena, yhteisölakien sääntelemällä sulautumisella tarkoitetaan hyvin tiukkarajaista menettelyä, jolla kaksi tai useampia yhteisöjä yhdistetään niin, että sulautuva yhteisö samalla purkautuu. Sulautumin liittyy myös kilpailuoikeuteen, jolloin olennaista on uuden rakenteen vaikutus kilpailutilanteeseen. Yleensä lehdissä mainittu M&A sisältää myös sulautumisen taustajärjestelyn eli osakkeiden tai liiketoiminnan myynnin. Immonen, Yritysjärjestelyt s. 3.

⁴ Suomen virallinen tilasto (SVT): Suomen virallinen tilasto (SVT): Ulkomaiset tytäryhtiöt Suomessa [verkkojulkaisu].

ISSN=1797-9552. 2009. Helsinki: Tilastokeskus [viitattu: 23.6.2011].

Saantitapa: http://www.tilastokeskus.fi/til/ulkoy/2009/ulkoy_2009_2010-11-26_tie_001_fi.html.

⁵ Suomen virallinen tilasto (SVT): Suomen virallinen tilasto (SVT): Ulkomaiset tytäryhtiöt Suomessa [verkkojulkaisu].

ISSN=1797-9552. 2009. Helsinki: Tilastokeskus [viitattu: 23.6.2011].

Saantitapa: http://www.tilastokeskus.fi/til/ulkoy/2009/ulkoy_2009_2010-11-26_tie_001_fi.html;

Hallituksen esitys 103/2007; Keränen, Eurooppayhtiö ja kansainvälinen verotus s. 8.

⁶ kts esim

http://www.sijoitustalous.fi/raportit_ja_katsaukset/lue/210/suhdannekatsaus_2_2008_maailmantalous

yksityisoikeuden piiriin. Lähtökohtaisesti jokaisen valtion tuomioistuin soveltaa oman maansa lakia.⁷

—

Yhtiöiden liikkuvuuteen liittyvissä asioissa ja valtioiden rajat ylittävissä sulautumisissa (cross-border mergers) tilanne on kuitenkin huomattavasti epäselvempi ja monimutkaisempi kuin esimerkiksi valtion sisäisissä sulautumisissa. Ensiksi mainituissa tilanteissa toimivaltainen tuomioistuin ratkaisee kansainvälisen yksityisoikeuden normien avulla, minkä maan lain materiaalisia normeja tapaukseen sovelletaan. Nimestään huolimatta (kansainvälinen yksityisoikeus) kyseessä on valtion sisäinen oikeuden ala, jonka avulla valtio määrää, millaisin edellytyksin vieraan valtion lain soveltaminen on mahdollista.⁸

—

Tässä tutkimuksessa selvitetään yhtiöiden liikkumista Euroopan unionissa ja valtion rajat ylittäviin sulautumisiin liittyviä tekijöitä. Yhtiön liikkuvuuteen liittyviä teemoja ovat esimerkiksi yhtiön kotipaikan muuttaminen toiseen jäsenvaltioon (tosiasiallisen ja sääntömääräisen), pääkonttorin siirtäminen toiseen maahan, tytäryhtiöiden perustaminen ja jakautuminen. Euroopan unionin lainsäädäntö takaa yrityksille mahdollisuuden pääkonttorin ja sääntömääräisen kotipaikan muuttamiseen perustamalla Eurooppayhtiön. Eurooppayhtiöt eivät ole kuitenkaan saavuttaneet suurta suosiota. Suomessa oli vuonna 2008 ainoastaan yksi kaupparekisteriin merkitty eurooppayhtiö⁹. Tämäkin siirsi kotipaikkansa pois Suomesta samaisen vuoden aikana. Syitä eurooppayhtiön epäsuosioon lienee monia. Tämä johtuu ainakin osittain sen monimutkaisista ja raskaista hallinnollisista ja proseduraalisista seikoista. Rajat ylittävään sulautumiseen liittyvät osin samat teemat, mutta keskeisiä kysymyksiä ovat esimerkiksi myös sulautumisen kautta syntyvään yhtiöön sovellettava laki ja sulautumisprosessin aikana eri yhtiöihin sovellettavat lait.

⁷ Klami&Kuisma, Suomen kansainvälinen yksityisoikeus s. 16.

⁸ Varjola-Vahvelainen et al. Kansainvälinen yritysoikeus s. 78.

⁹ Keränen, Eurooppayhtiö ja kansainvälinen verotus s. 9.

1. KANSAINVÄLINEN YKSITYISOIKEUS

Kansainvälinen yksityisoikeus määrää, minkä maan lakia sovelletaan sellaiseen oikeussuhteeseen, jolla on liittymiä useampaan valtioon ja niiden oikeusjärjestelmiin. Toisaalta se myös määrittää niitä oikeussääntöjä, joita noudattamalla ratkaistaan edellä mainitut tapaukset. Tästä tutkimuksessa on kyse juuri sellaisista oikeussuhteista ja niiden ratkaisemisista. Laajassa merkityksessä kansainvälinen yksityisoikeus kattaa kuitenkin vieläkin laajemman alan. Laajasti tarkasteltuna kansainväliseen yksityisoikeuteen kuuluu lainvalinnan ohella kansainvälisen toimivallan määräytyminen sekä tuomioistuimien päätösten tunnustaminen ja täytäntöönpano.¹⁰

1.1. Lainvalintaperiaatteet

Lainvalintasäännöt sovittava yhteen niiden sääntelytavoitteiden kanssa, joita kyseisellä oikeudenalalla on. Mikä on siis ollut lainsäätäjän sääntelytavoite rajat ylittävissä sulautumisissa? Varmaa on, että sääntelyllä halutaan helpottaa yritysten liikkuvuutta Unionin alueella ja toisaalta tehdä tästä liikkuvuudesta aiheutuvista seurauksista paremmin ennakoitavia. Direktiivissä 2005/56/EY, joka säätelee pääomayhtiöiden rajat ylittäviä sulautumisia, perustellaan direktiivin tarvetta seuraavasti:

Eri jäsenvaltioissa toimivien pääomayhtiöiden yhteistyölle ja keskittymiselle on tarvetta. Rajat ylittävien sulautumisien osalta pääomayhtiöt kuitenkin kohtaavat yhteisön sisällä lukuisia lainsäädännöllisiä ja hallinnollisia vaikeuksia. Tämän vuoksi tarvitaan yhteisön lainsäädäntöä, jotta voidaan helpottaa eri jäsenvaltioiden lainsäädännön alaisten erityyppisten pääomayhtiöiden rajat ylittäviä sulautumisia ja samalla parantaa sisämarkkinoiden toteutumista ja toimintaa.¹¹

Kuten tekstistä ilmenee, lähtökohtaisena perusteluna on pääomayhtiöiden yhteistyön ja keskittymisen tarve. Lisäksi todetaan, että yhteisön lainsäädäntöä tarvitaan poistamaan eri jäsenvaltioiden kansallisesta lainsäädännöstä johtuvia vaikeuksia sekä hallinnollisia vaikeuksia. Direktiivi lisää epäilemättä myös ennustettavuutta ja ennakoitavuutta rajat ylittävän sulautumisen seurauksista. Eri syistä johtuva ennakoitavuuden puute taas

¹⁰ Koulu, Kansainvälinen prosessioikeus pääpiirteittäin s. 9–11; Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 1–2.

¹¹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/56/EY

aiheuttaa monenlaisia kustannuksia, joita yritykset haluavat välttää. Vaikeasti selvitettävä lainvalinta aiheuttaa ylimääräisiä oikeudellisia selvityskuluja. Lainvalinnan avulla osapuolet pystyvät saavuttamaan ennustettavuutta ja turvaa.

Osapuolien kannalta olisi parasta, että sovellettavaksi tulisi ennalta sovittu laki. Muutoin käsillä on riski siitä, että sovellettavaksi tulee laki, joka on epäedullinen itselle. Lisäksi *forum shopping* eli kantajan pyrkimys viedä asia käsiteltäväksi sellaiseen tuomioistuimeen, jossa kantaja odottaa saavansa parhaan ja käyttökelpoisimman ratkaisun voi tuottaa suurta vahinkoa toiselle osapuolelle.¹²

Lainvalintaperiaatteet auttavat valitsemaan oikean lain. Luonnehdinnalla eli kvalifikaatiolla tarkoitetaan sitä, että ”annetaan merkityssisältö tunnusmerkistölle, joka määrää, mitkä liittymät ovat ratkaisevia.”¹³ Lainvalintanormia tulkitaan siinä oikeusjärjestyksessä, johon valintanormi kuuluu. Lainvalinta tulisi säätää riippumaan tosiasioista oikeudellisten teorioiden sijaan.¹⁴ Tämä lisäisi tuomioistuimen toiminnan ennustettavuutta. Kvalifikaatio luo tärkeän linkin myös kansainväliseen prosessioikeuteen. Lex forin prosessioikeuden säännökset nimittäin määrittävät, miten ja missä laajuudessa lex causae tulee tai voi tulla sovellettavaksi. Eri maiden käsitykset prosessioikeuden alueelle ja aineellisen oikeuden alueelle kuuluvista asioista vaihtelevat. Juuri kuitenkin tämä kahtiajako määrittää sen, sovelletaanko kyseessä olevaan oikeuskysymykseen lex foria vai lex causeata. Nykynäkemyksen mukaan itse kvalifikaatio tulee tehdä lex forin mukaan.¹⁵

Kansainvälinen pakottavuus väistyy ordre public-periaatteen tieltä. Ordre public-periaatteella tarkoitetaan sitä, että sellaista vieraan valtion lakia, joka on esimerkiksi Suomen oikeusjärjestelmän perusteiden vastainen, ei tarvitse soveltaa. Tämä periaate on voimassa ilman nimenomaista säännöstäkin. Samoin myös tuomion tunnustaminen ja täytäntöönpano estyy. Välittömästi sovellettavilla normeilla tarkoitetaan normeja, joita sovelletaan sovellettavasta laista riippumatta. Kansallinen pakottavuus ei tee normista kuitenkaan kansainvälisesti pakottavaa. Alueperiaatteen mukaan laki soveltuu valtion omalla alueella. Ekstraterritoriaalinen periaate taas tarkoittaa lain soveltamista myös maan rajojen ulkopuolella. SAVELAn mielestä Suomen tulisi omaksua kanta, jossa

¹² Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 12–15; Klami&Kuisma, Suomen kansainvälinen yksityisoikeus s. 24–26.

¹³ Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 16.

¹⁴ Myöhemmin käsiteltävä perustamisteoria ja kotipaikkateoria vahvistavat tämän näkemyksen.

¹⁵ Mikkola, Lainvalinta prosessissa: oikeusjärjestelmien välisistä eroista ja niiden vaikutuksista sovellettuun oikeuteen s. 429–432.

ekstraterritoriaalinen soveltaminen voitaisiin perustaa tulkinnalla, ilman nimenomaista säännöstä. Ongelmaksi usein ekstraterritoriaaliperiaatteen noudattamisessa nousee se, että noudatettavaksi tulee useamman maan lakeja. Tästä voi seurata normikollisioita ja muita vaikeasti ratkaistavia ongelmia.¹⁶

—

Silloin, kun Suomen prosessioikeus viittaa sovellettavaksi jonkin toisen maan lakia, mutta tämä laki viittaa taas takaisin Suomen lakiin, on kyseessä renvoi. Yleisesti siihen suhtaudutaan kielteisesti, koska se voi lopulta johtaa usean eri maan lain soveltamiseen. Lisäksi voi muodostua päättymätön ketju ja asia ratkaiseminen vaikeutuu.¹⁷ Joskus sopimuksissa on useita lakeja, joita sovelletaan. Tällöin on kyse depechage-nimisestä asiasta. Käsitteellä tarkoitetaan oikeussuhteen pilkkoutumista, siten, että eri oikeuskysymyksiin sovelletaan erilaisia lainvalinnan määrittelyperusteita.¹⁸ Monesti ongelmia voi aiheuttaa myös se, että kenen kuuluu selvittää lain sisältö tilanteessa, jossa tuomioistuimen pitäisi soveltaa itselleen vierasta lakia. Pohdinnan arvoinen on myös kysymys siitä, tuleeko tuomioistuimen soveltaa vierasta lakia ex officio vai pitääkö asianosaisten vedota tuohon lakiin. Nykyisin kanta on se, että dispositiivisissa asioissa asianosaisaloitteisuus on lähtökohtana. Tilanteissa, joissa sovinto ei ole mahdollista on tuomioistuin velvollinen huomioimaan vieraan lain soveltamisen ex officio. Tilanne ei kuitenkaan ole näin mustavalkoinen.¹⁹

1.2. Lainvalintaan vaikuttavat normit

Suomessa lainvalintaan vaikuttavat normit voidaan luokitella HEMMO:n mukaan kolmeen luokkaan. Ensinnäkin sopimukseen vaikuttavat kansainväliset konventiot, kuten esimerkiksi Rooman konventio. Toiseksi sopimukseen voidaan soveltaa kansainvälisen yksityisoikeuden mukaan määräytyvän valtion lakia ja kolmanneksi asiaan voi vaikuttaa lex mercatoria -tyyppiset, konventioista ja kansallisista laeista riippumattomia kauppatavoille ja elinkeinoelämän käytännöille rakentuvan normiston perusteella. Erilaiset konventiot ja lex mercatoria-tyyppiset normit ovat lisääntyneet, mutta kansainvälisen yksityisoikeuden normien mukaan toimiminen on edelleen pääsääntö. Erityisesti kansainvälisen yksityisoikeuden säännökset tulevat käyttöön

¹⁶ Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 17–22.

¹⁷ Renvoi vaikuttaa olevan ainakin osittain hyväksytty perustamisteorian ja kotipaikkateorian aiheuttamissa ongelmatilanteissa. Tämä ei kuitenkaan muuta pääsääntöä.

¹⁸ Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 23–25.

¹⁹ Mikkola, Lainvalinta prosessissa: oikeusjärjestelmien välisistä eroista ja niiden vaikutuksista sovellettuun oikeuteen s. 434–435.

silloin, kun osapuolet eivät kuulu mihinkään konventioon. KLAMI&KUISMA taas tekevät normiluokittelusta hieman tarkemman. Se on jakaantuu viiteen eri ryhmään. Ensimmäisenä on konventioperusteiset ja vastaavat kansainvälisesti pakottavat dispositiiviset normit. Toisena luokkana ovat kansainvälisen yksityisoikeuden dispositiiviset normit, kolmantena on *ordre public* 'in perusteella torjuttavat kansallisen oikeuden kansainvälisen yksityisoikeuden normit, neljäntenä Klami&Kuisma ovat maininneet kansalliset välittömästi pakottavat säännökset. Näillä tarkoitetaan sellaisia välittömästi pakottavia säännöksiä, jotka ovat samanluontoisia myös kansainvälisesti. Viimeisenä luokkana he esittävät tavoittelisin perustuin sovellettavat tai yksittäistapauksessa soveltamatta jäävät kansalliset säädökset. Luokitteluja on muitakin, mutta ne vastaavat pääosin kahta edellä esitettyä.²⁰

—

Yhteistä molemmille on se, että ensimmäisenä on huomioitava kansainväliset sopimukset. Esimerkkinä tällaisesta kansainvälisestä sopimuksesta voidaan mainita Rooman yleissopimus vuodelta 1980. Sitä sovelletaan sopimusvelvoitteisiin ja Suomi on saattanut sen voimaan blankettilailla 1.4.1999. Mikäli jotkin edellä mainitut normit joutuvat ristiriitaan on ristiriidat ratkaistava. EU-perustamissopimukset ja asetukset ovat etusijalla verrattuna Suomen kansalliseen lainsäädäntöön. Suomen kansallinen oikeus siis väistyy, mikäli ristiriitaa edellä mainittujen osapuolten välillä esiintyy. Direktiivien sijaan eivät syrjäytä Suomen kansallista lainsäädäntöä. Niillä ei ole välitöntä vaikutusta ja niiden määrittämiä velvoitteita ei voi asettaa ilman kansallisen lainsäädännön tukea. Toisaalta direktiivien tulkintavaikutus aiheuttaa sen, että kansallista lainsäädäntöä tulee tulkita direktiiville suotuisasti.²¹

1.3. Tuomioistuimen päätöksenteko lainvalinnassa

Kansainvälisissä riita-asioissa tuomioistuimet tekevät lainvalintaratkaisun ja asiaratkaisun. Ensinnä mainitussa määrätään soveltuva laki ja jälkimmäisessä mainittua lakia sovelletaan asiakysymyksen ratkaisussa. Joskus vieraan valtion laki on ensin selvitettävä, jotta voidaan tehdä ratkaisuja sen perusteella. Näiden kahden ratkaisun

²⁰ Hemmo, Sopimusoikeuden oppikirja s. 552–553; Klami&Kuisma, Suomen kansainvälinen yksityisoikeus s. 50–51. Katso myös esim Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 5. Savelan luokittelu perustuu nelijakoon seuraavasti: 1) kansainväliset sopimukset, 2) EU-oikeus, 3) OYL:n ja muun yhtiölainsäädännön määräykset ja 4) Suomen kansainvälinen yksityisoikeus.

²¹ Hemmo, Sopimusoikeuden oppikirja s. 553; Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 5; Naarajärvi&Koivisto, Which law, which forum?: Jurisdiction and applicable law in international electronic commerce: based on an approach to reduce business and customer risks and to create customer confidence s. 76–77.

välillä on selvää vuorovaikutusta. Tarkasteltavaksi otetaan ratkaisun lopputulos ja tuomioistuin vertailee eri laeista johtuvia lopputuloksia. Mikäli lopputulos katsotaan kohtuuttomaksi, vaikuttaa se soveltamisharkintaan.

Lainvalintaratkaisu jaetaan viittausosaan ja seuraamusosaan. Viittausosa määrää liittymäsäännön soveltamisalan ja seuraamusosa sen, minkä valtion lakia sovelletaan viittausosassa määrättyyn asiaan. KOULU jakaa tuomioistuimen ratkaisun neljään eri vaiheeseen, todeten niiden esiintyvän todellisuudessa yhtäaikaisesti ja päällekkäinkin. Nämä neljä eri osaa jakautuvat soveltamisharkintaan, liittymäharkintaan, sisältöharkintaan ja kontrolliharkintaan. Ensinnä on päätettävä soveltuuko lainvalintasääntö käsiteltävään asiaan. Tätä soveltuvuutta tarkastellaan *lex fori* näkökulmasta. Oikeus joutuu kvalifioimaan oikeussuhteen luonnetta ja tässä voi aiheutua aiemmin esittämiä ongelmia ja jopa yllätyksiä asianosaisille. Kiinteät liittymäsäännöt tuovat mielestäni varmuutta tähän ongelmaan.²²

Lainvalinnan toisena vaiheena kvalifikaation jälkeen on liittymätositseikaston tulkinta. Liittymäharkinnassa tuomioistuin harkitsee, mihin tuomioistuimeen lainvalintasäännön seuraamusosa ohjaa. Liittymäharkintaan liittyy oleellisesti myös *lex rei sitae*-periaate. Sen mukaan kiinteää omaisuutta koskeva riita ratkaistaan sen tuomioistuimen lain mukaan, jossa kiinteä omaisuus sijaitsee tietyssä ajankohtana. Lainvalinnan kolmantena vaiheena on asian sisältöharkinta. Tässä vaiheessa ratkaistaan sovellettava oikeusjärjestys. Periaatteessa selkeäkin tilanne voi muuttua monimutkaiseksi muun muassa silloin, kun liittymäsääntö osoittaa useampaan kuin yhteen oikeusjärjestykseen. Yhdessä maassa voi olla siis useampia voimassa useampia oikeusjärjestyksiä.²³ Viimeisenä vaiheena lainvalinnassa on lainvalinnan hyväksyminen. Tällainen hyväksyminen edellyttää myös vaihtoehtoisten asiaratkaisujen hahmottamista. Varsinkin amerikkalainen koulukunta on korostanut tällaista lainvalinnan ja asiassa tehtävän aineellisen ratkaisun yhteen sulautumista. Tämä tietenkin vaatii myös etukäteistä selvitystä mahdollisesti sovellettavasta vieraasta laista. Tämä tuokin selvän eron neljännen vaiheen ja aiempien vaiheiden välille. Vaiheissa 1–3 lopputuloksen pohdinta ei sisälly ratkaisuun. Neljännen vaiheen tarkoitus on kuitenkin estää soveltumattoman lain valitseminen. Tällainen tilanne voisi olla silloin käsillä, kun valittu laki johtaisi mahdottomaan tai täysin kohtuuttomaan lopputulokseen. Tähänkin

²² Koulun Lainvalinta eurooppalaisessa konkurssissa s. 64–75.

²³ Koulun Lainvalinta eurooppalaisessa konkurssissa s. 80–82; Rooman I asetus 22 artikla; Rooman konventio 19 artikla

tilanteeseen löytyy toki ratkaisu, mutta sen ennakkollinen ratkaiseminen ohjaamalla asia johonkin vaihtoehtoiseen tuomioistuimeen säästää kuluja ja aikaa.

2. LAINSÄÄDÄNNÖLLINEN PERUSTA KÄSITELTÄVÄSSÄ AIHEESSA

Globaalimarkkinatalous pakottaa lainsäädännön huomioimaan omalta osaltaan sen vaatimuksia. Toisaalta taloutta enemmän on lainsäädännön huomioitava suojan tarjoaminen yksilöille ja yhteisöille. Vaatimukset nousevat siis kahdesta suunnasta. Kaupallisen toimintaympäristön kansainvälistymisestä seuraa kansainvälisen yksityisoikeuden sääntöjen soveltamisen tarve. Yhtiöoikeuden alalla erityisesti on huomioitava EU:n yhtiöoikeudellinen, verotuksellinen ja rahoitukseen liittyvä lainsäädäntö.

Yhtiön liikkuvuuteen ja rajat ylittävään sulautumiseen liittyvä lainsäädäntökehitys on ollut suoraan sanoen saamatonta unionitasolla. Poliittiset vaikeudet tuntuvat usein olevan ylitsepääsemättömiä. Liikkuvuuteen ja sulautumiseen liittyviä normeja on nykyisin niin kansallisella kuin kansainväliselläkin tasolla. Ennen mahdollisuutta rajat ylittäviin sulautumisiin keskeinen säädös oli luonnollisesti osakeyhtiölaki. Suomen osakeyhtiölaki ei mahdollistanut rajat ylittäviä sulautumisia ennen kuin direktiivi pääomayhtiöiden rajat ylittävistä sulautumisista saatettiin voimaan osakeyhtiölain muutoksella.

2.1. Nykytilanne

2.1.1. Kansallinen

Suomessa on ollut voimassa kolme osakeyhtiölakia. Ensimmäinen osakeyhtiölaki oli vuodelta 1895, joka oli voimassa noin 85 vuotta. Vuoden 1978 osakeyhtiölaki astui voimaan 1.1.1980 ja viimeisin, edelleen voimassa oleva osakeyhtiölaki on vuodelta 2006.²⁴

—
Vuoden 1895 laki perustui normatiivijärjestelmään, jonka mukaisesti yhtiö oli merkittävä rekisteriin erityisen rekisteriviranomaisen toimesta. Yhtiön tuli olla perustettu lainsäädännön edellyttämällä tavalla, jotta se voitiin merkitä rekisteriin. Laki toi lisää sääntelyä verrattuna aiempiin asetuksiin. Sen perusajatuksena oli sopimusvapaus, jossa yhtiön osapuolet (perustajat ja osakkeenomistajat) saivat vapaasti sopia yhtiön asioista. Laki ei sisältynyt edes vaatimuksia vähimmäispääomasta. Sääntely kohdistui enemmänkin yhtiön perustamiseen ja voitonjakoon liittyviin asioihin. Lain päätavoitteena oli tarjota aiempaa paremmat mahdollisuudet pääoman

²⁴ Mähönen & Villa, Osakeyhtiö I. Yleiset opit s. 11.

hankintaan yleisiltä markkinoilta. Huomiota kiinnitettiin tästä syystä erityisesti osakkeenomistajien, yritysjohdon ja velkojien intresseihin.²⁵

Laki ei sisältänyt vähemmistösuojasäännöksiä, jolloin enemmistöllä oli mahdollisuus hankkia erityisetuja itselleen. Tämä oli selvä heikkous laissa ja vähemmistösuojanormit lisättiin lakiin vuoden 1935 muutoksella. Muuten lakiin tehtiin vähän osittaismuutoksia ennen vuoden 1978 osakeyhtiölakia, joka tuli voimaan 1980.

Osakeyhtiölain kokonaisuudistus tapahtui melko yhtäaikaisesti Pohjoismaiden kanssa. Muiden Pohjoismaiden yhtiöoikeuden muutokset tavallaan pakottivat Suomenkin modernisoimaan omaa lainsäädäntönsä. Toisaalta taustalla vaikutti myös Pohjoismaiden neuvoston juridisen komitean aloite pohjoismaisen yhteistyön aikaansaamiseksi osakeyhtiöoikeuden alalla vuodelta 1958. Lopputuloksena 1960-luvun lopulla syntyi melko identtisiä ehdotuksia osakeyhtiölaeiksi. Ensimmäisen voimaan tuli Tanskan osakeyhtiölaki vuonna 1974. Ruotsin ja Norjan uudet osakeyhtiölait astuivat voimaan vuonna 1977 ja Suomessa 1980. Suomen laki oli hyvin yhdenmukainen erityisesti Norjan ja Ruotsin lakien kanssa.²⁶

Vuoden 1895 eräänä isona ongelmana oli ollut julkisuuden puutteellisuus. Uudessa osakeyhtiölaissa esimerkiksi kirjanpitolain puutteet pyrittiin ratkaisemaan pitkälti ruotsalaisen mallin mukaisesti. Uuden osakeyhtiölain 11 luvun säännöksillä pyrittiin lisäämään yhtiöiden annettavan tiedon määrää sekä parantamaan sen laatua. Vuoden 1895 laissa ei ollut säännöksiä myöskään konserneista eikä yritysjärjestelyistä. Muutenkin uusi laki modernisoi ”lainsäädäntökilpailun” avulla Suomen yhtiöoikeuslainsäädäntöä vastaamaan muuttuneita tarpeita.

Seuraava askel Suomen osakeyhtiölainsäädännöstä tapahtui vuonna 1992. Tuolloin allekirjoitettu sopimus Euroopan talousalueesta (ETA)vaati, että Euroopan vapaakauppa-alueen (EFTA) jäsenvaltioiden piti sopeuttaa yhtiölainsäädäntönsä tuolloin voimassa olleiden Euroopan yhteisöjen yhtiödirektiivien ja –asetusten mukaisiksi määräajan kuluessa. Enemmän konkreettista vaikutusta oli kuitenkin Suomen liittymisellä Euroopan Unioniin vuonna 1995. Suomen yhtiöoikeuslainsäädäntö oli tuolloin vielä direktiivien vastainen. Direktiivien mukainen siitä tuli 1.9.1997 voimaan tulleella lainmuutoksella.²⁷

²⁵ Ibid, 12–14.

²⁶ Mähönen & Villa, Osakeyhtiö I. Yleiset opit s. 14–15.

²⁷ Ibid, 14–23.

2.1.2. Eu

Euroopan unionin oikeudellinen sääntely perustuu perustamissopimukseen, Euroopan parlamentin ja neuvoston antamiin asetuksiin ja direktiiveihin sekä niitä koskevaan Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön.²⁸

—
Euroopan unionin lainsäädäntöön ei kuulu suoranaisesti säännöksiä liittyen yhtiön liikkuvuuteen. Yhtiön liikkuvuudella tarkoitetaan sen sääntömääräisen ja tosiasiallisen kotipaikan siirtämistä pääkonttorin siirtämistä. Lähtökohtaisesti unionin perustamissopimuksen sijoittautumisvapautta koskevat säännökset eli artikkelit 49 ja 54 turvaavat yhtiön liikkuvuuteen liittyvät seikat.

Yhtiön liikkuvuuteen liittyvä lainsäädännöllinen kehitys palautuu 1960-luvun loppupuolelle. Vuonna 1968 solmittu yleissopimus yhteisöjen ja oikeushenkilöiden vastavuoroisesta tunnustamisesta lähtökohtaisesti takaa niiden tunnustamisen. Vuonna 1968 neuvotteluihin osallistuivat silloiset kuusi jäsenvaltiota. Sopimusta ei kuitenkaan ratifioitu, eikä se siis tullut voimaan, koska Alankomaat vastusti sitä. Syyksi vastustamiseen on esitetty sitä, että maa oli tuolloin juuri muuttanut suhtautumistaan kotipaikkateoriasta perustamisteorian noudattamiseen. Edellä sanotusta huolimatta jäsenvaltioiden on kunnioitettava perustamissopimuksesta nousevia liikkumisvapauksia, jotka välillisesti vaativat tunnustamista.²⁹ Ilman tunnustamista sijoittautumisvapauden käyttö ei olisi mahdollista. Unionilla ei ole ollut muita yrityksiä selkeyttää ja kehittää jäsenvaltioiden välisellä sopimustasolla yhtiön liikkuvuuteen liittyviä lainsäädäntöhankkeita.

Erilaisia yrityksiä muilla tasoilla sen sijaan on ollut. Ensinnäkin 1990-luvun alussa KPMG teki tutkimuksen ”*Study on transfer of head office of a company from one member state to another*”. Tutkimuksessa oli kaksi tarkastelukulmaa. Toinen oli kotipaikkateorian mukainen ja toinen perustamisteorian mukainen. Tutkimus sisälsi ratkaisumallit, jotka mahdollistivat keskushallinnon siirron ilman purkautumista kummankin teorian osalta. Lisäksi tutkimus esitti erilaisia turvamekanismeja liittyen velkojien suojaan, vähemmistöosakkeenomistajien asemaan ja työntekijöiden kanssa

²⁸ Ibid.

²⁹ Panayi, Corporate mobility in the European Union and Exit Taxes s. 461; tunnustamiseen liittyen kts esimerkiksi julkisasiamies Paolo Mengozzin ratkaisuehdotus tapauksessa C-298/05, kohdat 42–44. Mengozzi toteaa ratkaisuehdotuksessaan, että siitä huolimatta, että Eu perustamissopimuksen nykyisen 293 artiklan mukaista sopimusta yhtiöiden tunnustamisesta ei ole ratifioitu, tulee tätä periaatetta kunnioittaa.

tehtävään yhteistyöhön muutaman esimerkin mainitakseni. Komissio ei kuitenkaan ottanut käyttöön esitettyjä malleja.³⁰

—
Vuonna 1997 komissio itse laati luonnoksen liittyen yhtiön liikkuvuuteen. Tätä luonnosta nimitetään myös 14:sta direktiiviksi. Siitä on tehty kaksi versiota. Ensimmäinen version valmistui 22.5.1997 ja toinen 11.6.1997. Tämän ”kartoituksen” johdanto-osassa todettiin, että yhtiön liikkuvuuteen liittyvät asiat kuuluvat sijoittautumisvapauden piiriin ja siten Yhteisön lainsäädännön tulisi mahdollistaa se. Luonnoksen tarkoituksena ei ollut harmonisoida jäsenvaltioiden lainsäädäntöä, vaan ainoastaan mahdollistaa yhtiön liikkuvuus ilman purkautumista ja sillä seurauksella, että soveltuva laki muuttuu. Luonnoksen käyttöönotolle otollinen hetki olisi ollut vuonna 2002, kun joukko yhtiöoikeusasiantuntijoita esitti tai oikeastaan vaati komissiolta lainsäädäntöä, joka mahdollistaisi yhtiön liikkuvuuden mahdollistavat tekijät. Huolimatta laajasti julkisesta keskustelusta komissio ilmoitti, ettei se vie asiaa eteenpäin. Komission mielestä taloudelliset hyödyt eivät olleet riittävän selvät ja lainsäädöllinen puuttuminen olisi ollut suhteetonta saavutettaviin etuihin nähden.³¹

—
Jatko-osa tälle näytökselle seurasi vuonna 2008, kun parlamentti esitti komissiolle vaatimuksen säätää direktiivillä mahdollisuudesta siirtää yhtiön sääntömääräinen kotipaikka. Tässä vaiheessa ei enää ollut tarvetta pohtia pääkonttorin siirtoa, koska oikeuskäytännön kautta tämä oli tullut jo ratkaistuksi. Komissiota pyydettiin esittämään lainsäädäntöehdotus 31.3.2009 mennessä, mutta sitä ei ole vielä esitelty.³²

—
Sääntömääräisen kotipaikan siirtäminen voidaan toteuttaa kiertoteitse. Tämä voidaan toteuttaa joko muodostamalla Eurooppayhtiö, jota koskeva lainsäädäntö on tullut voimaan vuonna 2001³³ ja toisaalta rajat ylittävän sulautumisdirektiivin myötä, joka on saatettu jäsenmaissa voimaan vuoden 2007³⁴ kuluessa. Heikkoutena molemmissa on kuitenkin se, että kustannukset ovat suuremmat kuin niistä saatavat hyödyt, jos verrataan sitä tilanteeseen, jossa yhtiö voisi pelkästään siirtää kotipaikkansa.

³⁰ Panayi, Corporate mobility in the European Union and Exit Taxes s. 461.

³¹ Panayi, Corporate mobility in the European Union and Exit Taxes s. 461–462.

³² Ibid.

³³ Neuvoston asetus N:o 2157/2001. Sääntömääräisen kotipaikan ohella yhtiön pääkonttorin on sijaittava samassa maassa. Tämä rajoittaa siirtomahdollisuuksia. Juuri tähän ongelmaanhan tarkentuu kotipaikkateorian ja perustamisteorian ratkaiseva ero. Samalla kyseessä on sijoittautumisvapauden rajoitus.

³⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/56/EY pääomayhtiöiden rajat ylittävistä sulautumista.

Esimerkiksi Eurooppayhtiön minimipääomavaatimus on jo pelkästään 120 000€³⁵ Hyvä esimerkki suurista perustamiskustannuksista on Allianz SE ja BASF yhtiöiden muuttaminen Eurooppayhtiöiksi. Ensinnä mainitussa tapauksessa perustamiskustannukset nousivat 95 miljoonaan euroon ja jälkimmäisessäkin 5 miljoonaan euroon. Keskimäärin perustamiskustannuksiin kuluu varoja noin 784 000€³⁶ Tähän kun vielä lisätään, että 99% eurooppalaisista yhtiöistä määritellään pieneksi tai keskisuuriksi, niin ymmärretään ettei eurooppayhtiömuoto tarjoa todellista mahdollisuutta.

Rajat ylittävään sulautumiseen liittyviä säännöksiä sen sijaan on olemassa unionilainsäädännössä. Sulautuminen on yksi yritysjärjestelymuoto. Yritysmuotoa voidaan joutua muuttamaan useitakin kertoa yrityksen elinkaaren aikana. Toiminnan tehokkuus markkinoilla ja menestyminen ovat tärkeimpiä syitä erilaisille yritysjärjestelyille. Verotuksessa yritysjärjestelyillä voidaan tarkoittaa esimerkiksi omaisuuslajisiirtoja, yritysmuodon muutoksia sekä sulautumisia ja jakautumisia. Tietty yritysjärjestelyt ovat harmonisoituja Euroopan Unionissa. Sulautuminen kuuluu näihin. Tämä tarkoittaa sitä, että sulautumisella on oma direktiivipohjainen lainsäädäntöpohja.³⁷ Yhteisön direktiivi (90/434/ETY) eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskeviin sulautumisiin, jakautumisiin, varojen siirtoon ja osakkeiden vaihtoihin sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä pantiin Suomessa täytäntöön Elinkeinoverolain 52 – 52g §:llä. Tällä direktiivillä Suomikin veloitettiin muuttamaan verosäätelyä liittyen sellaisiin tapauksiin, joissa on osallisia kahdesta tai useammasta jäsenvaltiossa sijaitsevasta yhtiöstä.

Yritysjärjestelydirektiiviä muutettiin muutosdirektiivillä 2005/19/EY ja siihen sisällytettiin muun muassa säännökset sääntömääräisen kotipaikan siirtämisestä. Tällä haluttiin estää veronalaisten tulojen syntymistä osakkeenomistajille kotipaikan siirtymisen vuoksi sekä mahdollistaa pääomavoittojen verotuksen lykkäämistä ja verovapaiden varausten ja tappioiden vähennysoikeuden siirtämismahdollisuutta myös kotipaikan siirtämiseen.

³⁵ Asetus Eurooppayhtiöstä I osasto, 4(2) artikla.

³⁶ Euroopan komission kertomus parlamentille ja neuvostolle Eurooppayhtiön (SE) säännöistä 8 päivä lokakuuta 2001 annetun neuvoston asetuksen N:0 2157/2001 soveltamisesta. Bryssel 17.11.2010.

[http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=fi&ihmlang=fi&lng1=fi,fi&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=534132:cs&page=#top](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=fi&ihmlang=fi&lng1=fi,fi&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,it,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=534132:cs&page=#top). Luettu 3.8.2011.

³⁷ Myrsky & Linnakangas, Kansainvälinen henkilö- ja yritysverotus s. 224–225.

Tällaisten verotuksellisten esteiden poistamisella halutaan parantaa yritysten kilpailukykyä. Sulautuminen määritellään Elinkeinoverolain 52a §:n mukaan seuraavasti:

- 1) *yksi tai useampi osakeyhtiö (sulautuva yhtiö) purkautuen selvitysmenettelyttä siirtää kaikki varansa ja velkansa toiselle osakeyhtiölle (vastaanottava yhtiö) ja jossa sulautuvan yhtiön osakkeenomistajat saavat vastikkeena omistamiensa osakkeiden mukaisessa suhteessa vastaanottavan yhtiön liikkeeseen laskemia uusia osakkeita tai sen hallussa olevia omia osakkeita; vastike saa olla myös rahaa, kuitenkin enintään 10 prosenttia vastikkeena annettavien osakkeiden yhteenlasketusta nimellisarvosta tai nimellisarvon puuttuessa osakkeita vastaavasta osuudesta maksettua osakepääomaa; tai*

- 2) *sulautuva yhtiö purkautuen selvitysmenettelyttä siirtää kaikki varansa ja velkansa vastaanottavalle yhtiölle, jonka hallussa ovat kaikki sulautuvan yhtiön osakepääomaa edustavat osakkeet, tai tuollaisen yhtiön kokonaan omistamalle osakeyhtiölle³⁸*

Osakeyhtiölaissa sulautuminen määritellä seuraavasti:

Osakeyhtiö (sulautuva yhtiö) voi sulautua toiseen osakeyhtiöön (vastaanottava yhtiö), jolloin sulautuvan yhtiön varat ja velat siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle ja sulautuvan yhtiön osakkeenomistajat saavat sulautumisvastikkeena vastaanottavan yhtiön osakkeita. Sulautumisvastike saa olla myös rahaa, muuta omaisuutta ja sitoumuksia.³⁹

Kuten huomataan määritelmässä on eroja. Laissa elinkeinotulon verotuksessa määritelmä on selvästi seikkaperäisempi ja kattavampi. Osakeyhtiölaissa tämä on asia on järjestelty siten, että tarkemmat yksityiskohdat tulevat esille 16 luvun 2§:ssä. Siinä

³⁸ Laki elinkeinotulon verottamisesta (EVL) 52 a§.

³⁹ Osakeyhtiölaki (OYL) 16 luku 1§

säädetään sulautumisen toteuttamistavoista. Direktiivi 2005/56/EY pääomayhtiöiden rajat ylittävistä sulautumisista sisältää samanlaisen määritelmän sulautumisesta kuin elinkeinoverolaissa on.

3. YHTIÖN LIIKKUVUUS

Yhtiön liikkuvuudella tarkoitetaan tässä tutkimuksessa muun muassa yhtiön sääntömääräisen kotipaikan, tosiasiallisen kotipaikan ja pääkonttorin siirtoa toiseen valtioon. Edellä mainittujen seikkojen perusteella ratkaistaan yhtiön kotipaikkaan liittyvät kysymykset ja sitä kautta yhtiöön sovellettava laki. Kysymys on siis erittäin tärkeästä kysymyksestä. Euroopassa ja yleisimmin koko maailmassakin voidaan todeta olevan kaksi teoriaa kotipaikan määrittämisessä. Nämä teoriat ovat nimeltään perustamisteoria ja kotipaikkateoria. Tämä luku tarkastelee yhtiön kotipaikan määrittämistä molempien teorioiden näkökulmasta ja tuo esille teorioiden soveltamiseen liittyviä ongelmia sekä ratkaisuja.

3.1. Yhtiön kotipaikka

Yhtiöstatuutti on aiemmin selkeästi määräytynyt joko sen valtion lain mukaan, minkä mukaisesti yhtiö on perustettu tai sen mukaan, missä valtiossa yhtiön pääasiallinen toimipaikka on. Ensinnä mainittua kutsutaan perustamisteoriaksi (incorporation theory, Gründungstheorie) ja jälkimmäistä hallintopaikkateoriaksi (seat doctrine, real seat theory, Sitztheorie, Siege reel). Molemmilla teorioilla on omat etunsa.

Euroopan unionissa noudatetaan pääosin jompaakumpaa edellä mainituista teorioista. Lisäksi joissain maissa on sekoituksia molemmista. Perustamisteoriaa noudattaviksi maiksi mainitaan seuraavat maat: Malta, Ruotsi, Bulgaria, Kypros, Tsekki, Tanska, Suomi, Irlanti, Liettua, Hollanti ja Iso-Britannia. Kotipaikkateoriaa noudattaviksi maiksi voidaan määrittää ainakin seuraavat maat: Saksa, Itävalta, Belgia, Viro, Ranska, Kreikka, Latvia, Luxemburg, Puola, Portugali, Slovenia ja Espanja. Sekoituksia molemmista teorioista sisältyy esimerkiksi Italian lainsäädäntöön. Italia noudattaa perustamisteoriaa suhteessa italialaisiin yhtiöihin ja kotipaikkateoriaa ulkomaisiin yhtiöihin.⁴⁰ Mähönen & Villa nostavat esille vielä kolmannenkin teorian: rekisteröintiteorian. Sen mukaan soveltuva laki ratkaistaan sen mukaan, mihin yhtiö on rekisteröity. Rekisteröintiteorian esiin nostaminen on mielestäni aika yllättävää. Perustamisteorian ja rekisteröintiteorian ero on siinä, että jälkimmäisessä soveltuva laki on se, minkä maan rekisteriin yhtiö on merkitty. Osakeyhtiö on syntyy rekisteröinnin kautta. Mikäli yhtiötä ei rekisteröidä, niin yhtiötä ei synny. Näin ollen rekisteröintiteorian ja perustamisteorian ero koskee ainoastaan yhtiöitä, joita ei tarvitse

⁴⁰Storm, Scope and limitations of the Cross-border Merger Directive s. 57; Impact assessment on the Directive on cross-border transfer of registered office 12.12.2007 s.9.

rekisteröidä.⁴¹ Tästä syystä mielestäni ei ole perusteltua pohtia rekisteröintiteorian merkitystä tässä tutkimuksessa.

Erityisen tärkeää on huomioida maakohtaisesti kumpaa teoriaa maa noudattaa yhtiön liikkuvuuteen liittyvissä asioissa. Joissain tapauksissa yhtiön on mahdollista siirtää esimerkiksi tosiasiallinen kotipaikkansa ja siitä huolimatta säilyä sääntömääräisen kotipaikkansa lainsäädännön alaisuudessa. Sääntömääräisellä kotipaikalla tarkoitetaan sitä kotipaikkaa, joka on ilmoitettu esimerkiksi Suomen osakeyhtiölain mukaan perustamisilmoitukseen liitettävässä yhtiöjärjestyksessä⁴². Tosiasiallinen kotipaikka on monimutkaisempi käsite. Joissain maissa sillä tarkoitetaan sitä paikkaa, jossa sijaitsee yhtiön keskushallinto (hallitus). Toisissa maissa tosiasiallinen kotipaikka sijaitsee pääkonttorin kanssa samassa maassa. Tämä(kin) aiheuttaa sekavuutta pohdittaessa yhtiön liikkuvuuteen liittyviä kysymyksiä.

Yhtiön liikkuvuuteen liittyvissä kysymyksissä on siis edelleen paljon epäselvyyttä. Direktiivi rajat ylittävistä sulautumisista tuo selkeyttä sulautumisiin, mutta se ei muuta tilannetta, mikäli yhtiö haluaa vain siirtyä toiseen maahan ilman sulautumista. Tässä luvussa tarkastellaan yhtiön mahdollisuuksia liikkua maasta toiseen. Tarkasteltava on ensinnäkin millaiset toimet ovat mahdollisia Yhteisön lainsäädännön nykyisessä kehitysvaiheessa sulautumisdirektiivin ulkopuolella. Toiseksi tarkastelen niitä mahdollisuuksia, joita voi olla ja kolmanneksi niitä, joita ei voida toteuttaa. Peilaan tuloksia Euroopan Yhteisön Tuomioistuimen ratkaisujen perusteella.

3.1.1. Perustamisteoria

Perustamisteorian etuna pidetään sen selkeyttä: oikeushenkilöön sovelletaan sen maan lakia, jonka mukaisesti se on perustettu. Yhtiö voi myös vapaasti sijoittaa keskushallintonsa ja pääasiallisen toimintansa toisaalle niin halutessaan. Se ei vaadi, että keskushallinto tai pääkonttori olisi sijoitettu samaan maahan kuin missä yhtiö pääasiallisesti toimii. Perustamisteorian heikkoutena on esitetty ”race to the bottom”-ilmiötä. Race to the bottom-käsitteen on ensimmäisenä maininnut William Cary vuonna 1974 kirjoittamassaan artikkelissaan ”*Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*”. Siinä hän esittää, että eri osavaltioiden lainsäätäjät haastavat toinen toisensa kilpailuun miellyttääkseen niitä päättäjiä, jotka tekevät yhtiöiden

⁴¹ Mähönen & Villa, Osakeyhtiö III. Corporate Governance s. 554–556; Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 37.

⁴² Osakeyhtiölaki 21.7.2006/624(OYL) 2:2–3.

perustamispäätöksiä. Lisäksi tämä ”miellyttäminen” tapahtuu muiden eturyhmien kustannuksella. Erityisesti tarkasteltava on ollut osakkeenomistajien ja hallituksen jäsenten asemat.⁴³ Erityisesti ne maat, jotka soveltavat kotipaikkateoriaa ovat esittäneet väitteitä lainsäädäntökilpailun uhkista.

”Race to the bottom” –käsitteellä Eurooppaan sovellettuna tarkoitetaan siis sitä, että valtioiden kilpaillessa yhtiöistä ne päätyvät tarjoamaan yhä joustavampia ja vähemmän rajoittavia yhtiölakeja. Lisäksi perustamisteoriaa kritisoivien mielestä teoria ei ota huomioon vaikutuksia kolmansiin osapuoliin.⁴⁴ Puhuttaessa race to the bottom- asiasta usein mainitaan varoittavana esimerkkinä Delawaren osavaltio. Toisaalta artikkelissa *“The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Überseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law”*, kirjoittajat kumoavat tällaisen väitteen. Kirjoittajien mielestä Delawaren lain näennäinen väljyys ei ole pääasiallinen syy siihen, miksi suurin osa yhtiöistä perustetaan mainitussa osavaltiossa. Heidän mielestään mainittu laki tarjoaa melko korkean suojan esimerkiksi sijoittajille. Sen sijaan se ei kuitenkaan aseta turhia esteitä eikä liiallisia muodollisia vaatimuksia. Kirjoittajien mielestä Delawaren oikeus on kehittynyt ja tarjoaa joustavia ongelmanratkaisukeinoja. Tästä syystä yhtiöt haluavat siirtää sääntömääräisen kotipaikkansa sinne ja samalla muuttaa yhtiöön sovellettavaa lakia.⁴⁵

Vastakohtana race to the bottom- teorialle on esitetty race to the top-teoria. Sen mukaan lainsäädäntökilpailu johtaa siihen, että se tuottaa osakkeenomistajille ja yhteiskunnalle parhaan tuloksen. Kilpailutilanne pakottaa eri maat pohtimaan uusia ideoita ja ratkaisumalleja. On selvää, että huonot toimintamallit putoavat pois ja hyvät jäävät voimaan. Tällaista kilpailutilannetta ei voi tietenkään syntyä, mikäli lainsäädäntö on ainoastaan EU-tasolla. Hajautettu systeemi tuo myös turvaa. Yhden valtion pysyttäytyessä ”huonossa” systeemissä muut voivat silti toimia toisin.⁴⁶ Näiden kahden teorian lisäksi on tuotu esille käsite ”race to nowhere in particular”. Tästä teemasta on kirjoittanut William W. Bratton. Hänen mielestään kilpailu ei oikeastaan

⁴³ Cary, Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware.

⁴⁴ Fibbe, EC law aspects of hybrid entities s. 21–22.

⁴⁵ Kilian Baelz & Teresa Baldwin, The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Überseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law. German law review 12/2002.

⁴⁶ Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 29.

lainsäädännöllisesti johda mihinkään tai toisaalta ei ainakaan enää, kun Delaware on ”voittanut” kilpailun⁴⁷.

Uhkakuvana pidetystä race to the bottom/top –teorioista on kirjoittanut myös Mark J. Rose. Artikkelissa ”*Delaware’s competition*” tulee selvästi osoitettua ja perusteltua se, ettei Delawaren osavaltion yhtiöoikeudellinen lainsäädäntö voi tosiasiallisesti säädellä itsenäisesti omia säädöksiään kovinkaan laajasti. Sen toimivallan rajat asettaa lopulta kuitenkin liittovaltion viranomaiset. Suurin osa yrityksille tärkeästä lainsäädännöstä on liittovaltion päätettävissä. Se osa lainsäädännöstä, johon yhtiö voi vaikuttaa lainvalinnalla (siirtämällä sääntömääräisen kotipaikan toiseen osavaltioon) koskee osakkeenomistajien ja hallituksen välisiä suhteita. Erittäin tärkeä kolmansien asema ei jää pääsääntöisesti liittovaltion päätettäväksi. Ratkaisevaa ei siis ole osavaltioiden välinen kilpailu, vaan liittovaltion viranomaisen. Mikäli Delawaren yhtiöoikeus vahingoittaisi taloutta, niin kirjoittajan mielestä liittovaltion viranomaiset puuttuisivat siihen varmasti.⁴⁸

Yhdysvalloissa keskustelu lainsäädäntökilpailusta on jakautunut siten, että yhtenä näkökulmana on se, että yhtiöt, jotka haluavat maksimoida osakkeenomistajien arvon hakeutuvat sellaiseen oikeusjärjestelmään, joka tarjoaa korkeat standardit yhtiöoikeudessa. Toinen näkökulma on, että eri oikeusjärjestelmien on tehtävä yhtiöoikeudesta ”väljempi”, jotta yhtiöt kiinnostuvat perustamaan yhtiön juuri siinä järjestelmässä. Kolmannen näkökulman tarjoaa väite, jonka mukaan lainsäädäntökilpailua ei juurikaan esiinny.⁴⁹

Euroopan tilanne on monella tavoin erilainen verrattuna Yhdysvaltoihin. Euroopassa on tällä hetkellä varmasti mahdollista se, että yhtiö voidaan perustaa missä jäsenvaltiossa tahansa. Samalla tulee valituksi yhtiöön sovellettava laki. Perustettavaan yhtiöön sovelletaan sen maan lakia, jonka mukaan se on perustettu. Epäselvää sen sijaan on se, voiko yhtiö muuttaa sääntömääräisen kotipaikkansa toiseen jäsenvaltioon ilman purkautumista ja uudelleen rekisteröitymistä valitussa jäsenvaltiossa. Jälkimmäinen on taas perustilanne Yhdysvalloissa. Siellä yhtiö usein siirtää kotipaikkansa toiseen osavaltioon perustamisen jälkeen. Siltä ei kuitenkaan vaadita purkautumista ennen

⁴⁷ Bratton, Corporate law’s race to nowhere in particular. University of Toronto Law Journal. Vol 44. No. 4.

⁴⁸ Mark J. Rose, Delaware’s Competition. Harvard Law Review, vol 117:588; Mucciarelli, Freedom of Reincorporation and the Scope of Corporate Law in the U.S. and the E.U s. 22–24.

⁴⁹ Fluck & Mayer, Race to the top or bottom? Corporate governance, Freedom of reincorporation and competition in law s. 1.

kotipaikan siirtoa. Siirrosta seuraa samalla sovellettavan lain vaihtuminen. Toinen merkittävä ero on verotuksellinen. Yhdysvalloissa kerätään yrityksiltä vero (franchise tax), joka ei riipu yhtiön tuloista, vaan sen nettoarvosta, osakkeiden nimellisarvosta ja yhtiön ylijäämästä. Nimellisarvon puuttuessa käytetään tiettyä arvoa, joka vaihtelee osavaltioittain. Euroopan unionissa tällaisen veron kerääminen on kiellettyä.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2005/56/EY (rajat ylittävät sulautumiset direktiivi) on myös huomioitu nämä seikat perustamisteoriaan liitety uhkakuvat. Direktiivin 4 artiklan 1b-kohdassa todetaan, että

rajat ylittävään sulautumiseen osallistuvan yhtiön on noudatettava sen jäsenvaltion kansallisia säädöksiä ja muodollisuuksia, jonka alainen se on. Rajat ylittävään sulautumiseen sovelletaan myös sellaista jäsenvaltion lainsäädäntöä, joka antaa kansallisille viranomaisille mahdollisuuden vastustaa tiettyä kansallista sulautumista yleisen edun vuoksi, jos vähintään yksi sulautumiseen osallistuvista yhtiöistä on kyseisen jäsenvaltion lainsäädännön alainen.⁵⁰

Jokaisen sulautumiseen osallistuvan on ensinnäkin noudatettava kansallisia säädöksiä ja muodollisuuksia. Tässähän ei tehdä eroa sen suhteen, noudattaako maa perustamisteoriaa vai kotipaikkateoriaa.

Tätä kohtaa tarkentaa vielä 4 artiklan 2-kohta. Siinä säädetään, että 4(1b) kohdan säädökset koskevat erityisesti sulautumiseen liittyvää päätöksentekoprosessia sekä suojaavat sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden velkojia, vähemmistöosakkeen omistajia, joukkovelkakirjojen haltijoita ja arvopaperien tai osuuksien haltioita sekä työntekijöitä.⁵¹

Edellä mainittujen lisäksi yleisen edun vuoksi voidaan soveltaa myös sellaista jäsenvaltion lainsäädäntöä, joka antaa kansallisille viranomaisille mahdollisuuden vastustaa tiettyä kansallista sulautumista. Vastustamisen ehtona on lisäksi, että vähintään yksi sulautumiseen osallistuvista maista on mainitun jäsenvaltion lainsäädännön alainen. Tästä vastustamismahdollisuudesta käytetään nimitystä yleisen edun periaate (rule of reason). Tällainen Rule of reason –doktriini on rantautunut Eurooppaan Yhdysvalloista, joten täysin omasta asiasta ei ole kyse. Periaate sallii

⁵⁰ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/56/EY, annettu 26. päivä lokakuuta 2005, pääomayhtiöiden rajat ylittävistä sulautumisista. (rajat ylittäviä sulautumisia koskeva direktiivi)

⁵¹ Rajat ylittäviä sulautumisia koskeva direktiivi 2005/56/EY

jäsenvaltion asettaa rajoituksia, jotka perustuvat yleiseen etuun. Yleisen edun periaate soveltuu muun muassa palveluiden tarjoamisen vapauden ja sijoittautumisvapauden rajoitusten asettamiseen. Yleistä etua ei voi kuitenkaan aina käyttää perusteluna, vaan se vaatii tiettyjen edellytysten toteutumista. Euroopan yhteisön tuomioistuimessa on myös kehittynyt käytäntö, joka mahdollistaa yleiseen etuun perustuvat rajoitukset. Poikkeussääntöä on kuitenkin tulkittava suppeasti. Yleisen edun soveltamisen edellytykset ovat huomattavan tiukat.⁵²

—

Ensinnäkin säännösten on liityttävä alaan, jota ei ole yhdenmukaistettu. Sitä, kuinka yhdenmukainen alan tulee olla, ei ole selkeää kantaa. Toiseksi rajoituksella on pyrittävä saavuttamaan yleisen edun tavoite. Kolmanneksi rajoittavien säännösten on oltava syrjimättömiä. Neljäntenä vaatimuksena on rajoituksen objektiivinen välttämättömyys. Viidentenä vaatimuskohtana on se, että rajoituksen on oltava oikeassa suhteessa saavutettavaan tavoitteeseen nähden ja viimeisenä vaatimuksena on se, että rajoituksen on suojattava sellaista etua, jota turvaavia säännöksiä ei sovelleta jo sijoittautumisjäsenvaltiossa (kotivaltiossa.) Kaikkien edellä mainittujen edellytysten on toteuduttava, jotta yleisen edun periaate soveltuu.⁵³

—

EYT:n tuomioistuinten päätösten jälkeen suurena pelkona esitettiin, että lainsäädäntökilpailu tulee myös Eurooppaan. Marco Becht, Colin Mayer ja Hannes F. Wagner ovat julkaisseet vuonna 2007 tutkimuksen, jossa he tutkivat missä yhtiöitä perustetaan. Lainsäädäntökilpailun myötä olisi todennäköistä, että yhtiöt valitsisivat itselleen edullisia maita yhtiön perustamispaikaksi. Tutkimuksessa on tarkastelumaaksi valittu Iso-Britannia, koska perustaminen on siellä kaikkein helpointa. Tutkimus osoittaa, että uusia osakeyhtiöitä on perustettu huomattavasti enemmän tuomioistuimen päätöksen jälkeen. Esimerkiksi vuosien 2003 – 2006 välillä maahan perustettiin noin 67 000 uutta osakeyhtiötä (limited liability company). Vuosittainen keskiarvo ennen Centros-tapausta oli 146 uutta osakeyhtiötä, kun se Centrosin jälkeen oli 671 uutta yhtiötä joka vuosi. Suurin osa uusista yhtiöistä oli Saksasta, Ranskasta, Hollannista ja Norjasta. Tutkimuksessa selvisi myös, että uusia yhtiöitä perustivat lähinnä pienet

⁵² Mäntysaari, Osakeyhtiö toimijana s. 5; Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 86–88; Roth, The Rule of Reason Doctrine in European Court of Justice Jurisprudence on Direct Taxation. Canadian tax journal vol 56. No 1.; Tapauksessa Sevic systems AG 411/03 vedottiin yleiseen etuun ja pyrittiin sitä kautta estämään rajat ylittävä sulautuminen. EYT kuitenkin katsoi, että edellytykset täytyneet eikä rajat ylittävää sulautumista voi lähtökohtaisesti estää. Direktiivi rajat ylittävistä sulautumisista oli tuolloin jo valmisteluvaiheessa.

⁵³ Roth, The Rule of Reason Doctrine in European Court of Justice Jurisprudence on Direct Taxation. Canadian tax journal vol 56. No 1

toimijat. Tutkijoiden mielestä suurin syy siihen, että Iso-Britannia valitaan yhtiön perustamispaikaksi ovat pieni vähimmäispääomavaatimus ja matalat perustamiskustannukset.⁵⁴ Yhtiöiden liikkuvuus on selvästi aktivoitunut Euroopan yhteisön tuomioistuimen ratkaisujen myötä. Uhkakuvien toteutumisesta suhteessa osakkeenomistajiin tai velkoihin ei ole kuitenkaan näyttöä.

Mielestäni on tullut osoitettua, että väitetyt uhkakuvat liittyen perustamisteoriaan ovat perusteettomia tai ainakin ne on huomioitu lainsäädännössä. Perusteet perustamisteorian yhtenäiselle hyväksymiselle koko yhteisötasolla ovat olemassa. Enemmän kyse lieneekin poliittisista esteistä. Perustamisteoria on saanutkin jatkuvasti lisää jalansijaa yhteisössä. Euroopan yhteisön tuomioistuimen ratkaisut ovat siirtäneet joidenkin mielestä kotipaikkateorian jo kokonaan pois käytöstä, mutta selvää on, että se on edelleen huomioita pohdittaessa sovellettavaa lakia varsinkin rajat ylittäviä sulautumisia koskevan direktiivin soveltamisalan ulkopuolella sijoittuvissa tapauksissa.

3.1.2. Kotipaikkateoria

Kotipaikkateoriasta on hieman toisistaan poikkeavia tulkintoja lainvalinnan kannalta ratkaisevan kriteerin osalta. Lähtökohtana on kuitenkin, että yhtiön tosiasiallisen keskushallinnon sijaintimaa ratkaisee yhtiön kotipaikan ja siten siihen sovellettavan lain. Indikaattorina tosiasiallisesta keskushallinnosta pidetään yhtiön liiketoiminnan keskusta, yhtiön johtamispaikkaa tai sitten yhtiön johdon sijoittumista. Kotipaikkateoriaa on luonnehdittu myös suojeluteoriaksi, koska teorian kannattajien mielestä se suojaa paremmin vähemmistöosakkaita, velkojia ja henkilöstöä.⁵⁵

Artikkelissa ”*Jurisdictional competition in European Community*” vuodelta 2005 kirjoittaja toteaa, että kotipaikkateoriaa sovelletaan suurimmassa osassa Unionin jäsenmaista. Esimerkkinä hän mainitsee isot jäsenmaat Saksan ja Ranskan. Esimerkkimaana perustamisteoriaa soveltavasta maasta kirjoittaja esittelee Englannin. Kirjoittaja myös väittää, että perustamisteorian noudattaminen johtaa lainsäädännölliseen kilpailuun, kuten Yhdysvalloissa ja että kotipaikkateoria on estänyt Forum shopping- ilmiön laajenemisen Euroopassa.⁵⁶ Voidaan kuitenkin todeta, että

⁵⁴ Becht, Mayer & Wagner, Where do firms incorporate? Deregulation and the Cost of Entry s. 2–4.

⁵⁵ Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 38 – 39.

⁵⁶ Chertok, Jurisdictional competition in European Community s. 1–2.

<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=4371&context=expresso&seidir=1#search=%22jurisdictional%20competition%20european%20community%22>, luettu 28.6.2011

perustamisteoria on selvästi vallannut alaa nimenomaan kotipaikkateorian kustannuksella.

Kotipaikkateorian etuna on sen puolustajien mielestä se, että siihen sovelletaan sen valtion lakia, mihin yhtiön toiminta kaikista läheisimmin liittyy. Kotipaikkateoria mielestäni vaatii myös sen, että yhtiö on perustettu siinä maassa, jossa se pääasiallisesti toimii. Tämä on mielestäni jäänyt Savelalta huomioimatta.⁵⁷

—

Otetaan esimerkiksi Saksa. Oletetaan, että yritys on perustettu jossakin toisessa jäsenmaassa. Jossain vaiheessa se siirtää pääosan liiketoiminnastaan ja hallinnostaan Saksaan. Tuolloin Saksan oikeus ei kuitenkaan aiemmin tunnustanut yhtiön oikeuskelpoisuutta, vaan saadakseen oikeuskelpoisuuden Saksassa se tuli perustaa (reincorporate) uudelleen Saksassa.⁵⁸

—

Kotipaikkateorian heikkoutena on ainakin sen epävarmuus sekä mielestäni selkeä jälkeenjääneisyys. Kirjassaan ”Kansainvälinen yksityisoikeus” Savela listaa tällaisiksi epävarmuustekijöiksi keskushallinnon ja pääasiallisen toiminnan sijainnin määrittämisen. Mikäli yhtiöllä on hallintoa useassa maassa, ei ole yksiselitteistä, missä sijaitsee esimerkiksi pääkonttori.⁵⁹

—

Pääasiallisen toiminta-alueen määrittäminen voi olla täysin mahdotonta globaaleissa yrityksissä. Suurimmaksi ongelmaksi Savela nostaa ulkopuolisten tahojen aseman. Miten ulkopuolinen voi tietää tai edes selvittää, missä yhtiön tosiasiallinen kotipaikka sijaitsee? Yhtenä kriteerinä mainitun yhtiön tosiasiallisen keskushallinnon määrittämisen vaikeutena on se, että yrityksellä voi olla toimintaa useassa maassa. Tuolloin ei ole itsestään selvää, missä sijaitsee yhtiön pääkonttori. Samantyyppiset vaikeudet ovat edessä, kun joudutaan pohtimaan sitä, missä on yhtiön pääasiallinen toimipaikka. Lisäksi yhtiön kokoukset voidaan pitää esimerkiksi tietoverkkojen välityksellä, jolloin kaikki hallituksen jäsenet voivat olla täysin eri paikoissa. Viimeisenä seikkana mainittakoon se, että tämä ratkaiseva määritelmä ei ole sama

⁵⁷ vrt myös Mäntysaari, Osakeyhtiö toimijana s. 11. Mäntysaari tuo edellä mainitsemani seikat esille, mutta Savela esittää tosiasiallisen keskushallinnon olevan määrittävä tekijä kotipaikan määrittämisessä. Hänen mielestään tosiasiallisella keskushallinnolla tarkoitetaan usein paikkaa, jossa on yhtiön liiketoiminnan keskus tai josta yhtiötä johdetaan. Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s.38.

⁵⁸ Mäntysaari, Osakeyhtiö toimijana s. 10–11; Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 36–38; Killian Baelz & Teresa Baldwin, The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Überseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law. German law review 12/2002.

⁵⁹ Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 39.

kaikissa kotipaikkateoriaa soveltavissa maissa. Tästä seuraa, että yhtiöllä voi olla useita kotipaikkoja.

Mitä merkitystä sitten näillä Savelan esittämillä epävarmuustekijöillä voisi olla? Osakeyhtiön ydinasioita on osakkaiden rajoitettu vastuu. Osakkeenomistajat asettavat tietyn panoksen, jonka he voivat menettää. Heidän riskinsä kohdistuu ainoastaan asettamansa panoksen menettämiseen. Mikäli perustamisteoriaa noudattavasta maasta oleva yhtiö siirtää keskushallintonsa kotipaikkateoriaa noudattavaan maahan, tulkitsee kotipaikkateoriaa noudattava maa, että siihen kohdistuu sen lainsäädäntö. Perustamisteoriaa noudattava maa taas katsoo, että sen lainsäädäntö soveltuu edelleen yhtiöön. Se ei ole menettänyt oikeushenkilöllisyyttään siirtämällä keskushallinnon toiseen maahan. Kotipaikkateoriaa noudattava maa taas katsoo, että sen lainsäädäntö soveltuu. Sen tulkinta tilanteesta on se, että yhtiö on rekisteröimätön yhtiö ja sen seurauksena kaikki osakkeenomistajat ovat vastuussa yhtiön velvoitteista. Tämä on osakkeenomistajien kannalta erittäin paha tilanne.⁶⁰ Tilanteessa, jossa kotipaikkateoriaa noudattavasta maasta siirtyy yhtiö perustamisteoriaa noudattavaan maahan törmätään renvoiin. Perustamisteorian mukaan yhtiöön soveltuu edelleen sen maan laki, jonka mukaan se on perustettu. Kotipaikkateoriaa noudattava maa taas tulkitsisi siten, että yhtiöön sovelletaan sen tosiasiallisen sijaintimaan lakia, joka viittaisi lähtömaahan. Tarkasteltavaksi tulisi siten ensinnäkin se soveltaako kyseessä oleva kotipaikkateoriaa noudattava maa renvoi-kieltoa.⁶¹

—

3.3. Yhtiön kotipaikan siirtäminen

Yhtiön kotipaikan siirtäminen voi olla mahdollista joissain tapauksissa. Vaikutukset ovat hyvin erilaisia riippuen siitä, kumpaa teoriaa maa noudattaa. Mikäli valtio noudattaa kotipaikkateoriaa, niin yhtiö menettää oikeuskelpoisuutensa siirtäessään kotipaikkansa toiseen valtioon. Valtion noudattaessa perustamisteoriaa mitään muutosta aiempaan ei pakosta tapahdu.

Euroopan unionin perustamissopimuksen IV osan 2 luvun 49 (entinen 43) artiklassa säädetään sijoittumisvapaudesta. Artiklan toisessa kappaleessa säädetään ensisijaisesta sijoittautumisoikeudesta todeten, että

⁶⁰ Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 38–40.

⁶¹ Ibid, 38–41.

*Jollei pääomia koskevan luvun määräyksistä muuta johdu, sijoittautumisvapautteen kuuluu oikeus ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa itsenäistä ammattia sekä oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä, erityisesti 54 artiklan toisessa kohdassa tarkoitettuja yhtiöitä, niillä edellytyksillä, jotka sijoittautumisvaltion lainsäädännön mukaan koskevat sen kansalaisia*⁶²

Artiklan 49 toinen kappale säätää ”ensisijaisesta” sijoittautumisvapaudesta. Tämä ensisijainen sijoittautumisvapaus kattaa niin yksilön oikeuden ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa itsenäistä ammattia kuin oikeushenkilön oikeuden perustaa ja johtaa yrityksiä. Saman artiklan ensimmäisen kappaleen toinen lause määrittää ”toissijaista” sijoittautumisvapautta:

*Myös kielletään rajoitukset, jotka estävät jäsenvaltion alueelle sijoittautuneita jäsenvaltion kansalaisia perustamasta kauppaedustajan liikkeitä, sivuliikkeitä ja tytäryhtiöitä.*⁶³

Tämä toissijainen sijoittautumisvapaus tarjoaa mahdollisuuden perustaa jo olemassa olevalle yhtiölle kauppaedustajan liikkeen, sivuliikkeen ja tytäryhtiön. Tämän jälkeen taloudellista toimintaa voi olla myös useammassa maassa. Edellä mainitut kohdat artiklasta 49 takaavat siis sen, että yhtiö voidaan perustaa mihin tahansa jäsenmaahan ja lisäksi sen, että tällainen yhtiö voi perustaa kauppaedustajan liikkeen, sivuliikkeen ja tytäryhtiön myös johonkin toiseen jäsenvaltioon. Tästä ei esiinny epäselvyyttä. Epäselvyydet alkavat siitä, kun jo olemassa olevat yhtiöt haluavat muuttaa.

Yhtiöihin soveltuva lakia pohdittaessa täytyy katseet kääntää kohti kansainvälisen yksityisoikeuden säännöksiä. Tällöin määrittäviä tekijöitä ovat sääntömääräinen kotipaikka (registered office), yhtiön perustamismaa tai tosiasiallinen kotipaikka (real seat). Perustamisteoriaa soveltavissa maissa tosiasiallisen kotipaikan siirtämisellä ei ole mitään vaikutusta sovellettavaan lakiin. Yhtiöön sovelletaan edelleen sen sääntömääräisen kotipaikan lakia. Toisaalta sitä voidaan kohdella hyvin eri tavalla siinä maassa, johon se siirtää tosiasiallisen kotipaikkansa, mikäli vastaanottava maa soveltaa kotipaikkateoriaa. Tällöinkään ei ole täysin selvää, miten yhtiötä kohdellaan ja se vaihtelee miltei maittain. Yhtiö voi tulla jopa useamman lain alaisuuteen.⁶⁴ Mikäli kyse ei ole rajat ylittäviä sulautumisia koskevan direktiivin soveltamisalaan kuuluvasta

⁶² Perustamissopimus 49 artikla

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Storm, Scope and limitations of the Cross-border Merger Directive s. 56–57.

tapauksesta miltei ainoan pohjan asian tarkastelulle luovat perustamissopimuksen artiklat 49 ja 54.

Yhtiön siirtäessä tosiasiallisen kotipaikkansa sellaisesta maasta, joka noudattaa kotipaikkateoriaa, menettää se oikeushenkilöllisyytensä siirtäessään tosiasiallisen kotipaikkansa toiseen valtioon. Tämä johtuu siitä, että kotipaikkateorian mukaan yhtiön sovelletaan sitä lakia, missä sen tosiasiallinen kotipaikka on. Kansalliset lait säätelevät seuraamuksista yhtiölle sen siirtäessä tosiasiallisen kotipaikkansa toiseen valtioon. Nämä seuraamukset vaihtelevat. Yleensä se on joko mahdotonta tai sitten se vaatii monimutkaisten ehtojen täyttämistä. Yleisesti kuitenkin maastamuuttavalta vaaditaan purkautumista. Perustamisteoriaa noudattavissa maissa tosiasiallisen kotipaikan muuttaminen ei ole ongelma, eikä muuta sovellettavaa lakia. Sen sijaan sääntömääräisen kotipaikan muuttaminen ei ole mahdollista ilman purkautumista tai sulautumista.⁶⁵

Yhtiön sääntömääräisen kotipaikan siirtäminen (registered office) on epäselvää. Tyypillisesti se vaatisi purkautumista siinä maassa, jossa sen sääntömääräinen kotipaikka on ja uudelleen perustamista siinä maassa, johon se haluaa siirtää kotipaikkansa. Syitä sääntömääräisen kotipaikan siirtämiselle voi olla useita. Tällaiselle siirrolle on löydettävissä useat liiketoiminnalliset perusteet⁶⁶. Yhtiö haluaa luonnollisesti toimia sellaisessa oikeusjärjestyksessä, joka tarjoaa sille parhaat ja edullisimmat toimintamahdollisuudet.

3.4. Yhtiön pääkonttorin siirtäminen

Savelan mukaan valtio ei voi estää yhtiötä siirtämästä pääkonttoria toiseen valtioon vaatimalla esimerkiksi ensiksi purkautumista. Hänen mielestään pääkonttorit kuuluvat siihen osaan liiketoimintaa, jota sijoittautumisvapausartiklat koskevat. Sijoittautumisvapauden kannalta ei saa tehdä eroa myöskään siihen, onko kyseessä maastamuutto vai maahanmuutto.⁶⁷ Perustamisteoriaa noudattavissa maissa yhtiön pääkonttorin siirto toiseen jäsenvaltioon on mahdollinen, eikä se vaikuta yhtiön sovellettavaan lakiin. Kotipaikkateoriaa noudattavissa maissa pääkonttorin siirto oli pitkään joko juridisesti mahdotonta tai ainakin sen toteuttamisen kokonaiskulujen myötä kannattamatonta. Nykyisin Euroopan Yhteisöjen Tuomioistuimen kanta on, että

⁶⁵ Vargova, The cross-border transfer of company's registered office within European union s. 14–15; Andenas & Wooldridge, European comparative Company law s. 30.

⁶⁶ Impact assessment on the directive on the cross-border transfer of registered office s. 14–20.

⁶⁷ Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 83–85.

pääkonttorin siirto on periaatteessa mahdollista.⁶⁸ Tuomioistuimen päätösten myötä on tullut selväksi, että jäsenvaltioiden on tunnustettava toisessa jäsenvaltiossa sen oman lainsäädännön mukaisesti perustettu yhtiö sen siirtäessä tosiasiallisen kotipaikkansa tai toimintonsa toiseen jäsenvaltioon. Tämä kumoaa myös Ebken esittämän väitteen Daily Mail tapaukseen liittyen, jossa hän väitti, että yhtiöiden olemassaolo ulkomailla riippuu siitä, tunnustavatko toiset maat sen⁶⁹. Yhteenvetona pääkonttorin tai sääntömääräisen kotipaikan siirtämisen mahdollisuudesta Euroopassa alla oleva taulukko.

TAULUKKO 1. Pääkonttorin tai rekisteröidyn kotipaikan siirto Euroopassa

Pääkonttorin siirto (head office)			Sääntömääräisen kotipaikan siirto (registered office)	
Mistä	Perustamisteoriamaa (incorporation state)	Kotipaikkateoriamaa (real seat state)	Perustamisteoriamaa (incorporation state)	Kotipaikkateoriamaa (real seat state)
Mihin				
Perustamisteoriamaa	Mahdollista. Yhtiöön soveltuu edelleen sama laki	Mahdollista. Maan, johon pääkonttori siirretään, on tunnustettava oikeuskelpoisuus.	Ei ole mahdollista ilman purkautumista.	Ei ole mahdollista ilman purkautumista.
Kotipaikkateoria	Periaatteessa mahdollista. Maa, jossa yhtiö on rekisteröity voi asettaa joitain vaatimuksia.	Periaatteessa mahdollista. Lähtömaa voi asettaa mahdollisesti joitain rajoituksia	Ei ole mahdollista ilman purkautumista.	Ei ole mahdollista ilman purkautumista.

Taulukosta voidaan todeta, että pääkonttorin siirto on mahdollista jäsenmaasta toiseen. Maittain on eroja liittyen mahdollisiin lisävaatimuksiin. Sääntömääräisen kotipaikan siirto ei sen sijaan ole mahdollista. Mielestäni tämä on selvä rajoitus sijoittautumisvapauteen. Sääntömääräisen kotipaikan siirto tarkoittaa samalla sovellettavan lain muuttumista. Tämä ei kuitenkaan voi olla peruste rajoittaa sijoittautumisvapautta. Niissä maissa, joissa noudatetaan/on noudatettu kotipaikkateoriaa, sama asia tapahtuu silloin, kun pääkonttori siirretään toiseen jäsenvaltioon. Mikäli tästä johtuva soveltuvan lain muuttuminen on sallittua, niin miksi ei sitten sääntömääräisen kotipaikan muuttamisesta johtuva soveltuvan lain muuttuminen olisi sallittua? Seuraukset ovat samanlaiset. Onko taustalla se, ettei unioni

⁶⁸ Impact assessment on the directive on the cross-border transfer of registered office s. 9–10.

⁶⁹ Ebke, Centros – Some realities and some mysteries.

edelleenkin halua ottaa lopullista kantaa kotipaikkateorian ja perustamisteorian välillä? Kilpailutilanne muuttuu hyvin epäoikeudenmukaiseksi, mikäli uusilla yhtiöillä on oikeus valita soveltuva laki rekisteröimällä yhtiö itselleen parhaiten sopivaan maahan, mikäli tätä oikeutta ei ole aiemmin perustetuilla yhtiöillä. Tähän kysymykseen palataan Euroopan Yhteisön Tuomioistuimen ratkaisuja tarkasteltaessa.

3.5. EU-oikeuden tulkintaa teorioista liittyen yhtiön liikkuvuuteen

EU-oikeus on vaikuttanut suuresti perustamisteorian ja kotipaikkateorian soveltamiseen. Tämä onkin erittäin tärkeä seikka yhtiön liikkuvuuteen liittyvissä kysymyksissä ja rajat ylittävissä sulautumisissa, koska soveltuva laki määräytyy sitä kautta. Tarkastelen seuraavaksi keskeisiä Euroopan Yhteisön tuomioistuimen ratkaisuja, jotka liittyvät yhtiön liikkuvuuteen ja antavat mielestäni selkeitä linjauksia.

EU-perustamissopimuksen 18 artiklan (entinen 12 artikla) mukaan kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä. Tästä syrjintäkiellosta voidaan poiketa, kuten muistakin Euroopan unionin perusvapauksista yleisen edun perusteella tai oikeuden väärinkäyttökiellon perusteella. Muutoin artikkelit ovat välittömästi sovellettavaa oikeutta ja sitä on mahdollista soveltaa sen kanssa ristiriidassa olevista kansallisista säännöksistä huolimatta.

Euroopan yhteisön perustamissopimuksen IV osan 2 luvun 49 (entinen 43) artiklassa säädetään sijoittumisvapaudesta. Artiklan mukaan

jäljempänä olevien määräysten mukaisesti kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle. Myös kielletään rajoitukset, jotka estävät jäsenvaltion alueelle sijoittautuneita jäsenvaltion kansalaisia perustamasta kauppaedustajan liikkeitä, sivuliikkeitä ja tytäryhtiöitä.

Jollei pääomia koskevan luvun määräyksistä muuta johdu, sijoittautumisvapauteen kuuluu oikeus ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa itsenäistä ammattia sekä oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä, erityisesti 54 artiklan toisessa kohdassa tarkoitettuja yhtiöitä, niillä edellytyksillä, jotka sijoittautumisvaltion lainsäädännön mukaan koskevat sen kansalaisia.⁷⁰

⁷⁰ Euroopan yhteisön perustamissopimus, IV osasto, 2 luku, 49 artikla.

Saman sopimukset nykyisessä 54 (entinen 48) artiklassa säädetään niistä edellytyksistä, joiden mukaisesti sijoittautumisvapaus koskee yhtiötä

Jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustetut yhtiöt, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on unionin alueella, rinnastetaan tämän luvun määräyksiä sovellettaessa luonnollisiin henkilöihin, jotka ovat jäsenvaltion kansalaisia.

Yhtiöillä tarkoitetaan siviili- ja kauppaoikeudellisia yhtiöitä, osuustoiminnallisia yhtiöitä sekä muita julkis- tai yksityisoikeudellisia oikeushenkilöitä, lukuun ottamatta niitä, jotka eivät tavoittele voittoa.⁷¹

Molemmat artiklat, jotka turvaavat sijoittautumisvapautta ovat välittömästi sovellettavaa oikeutta. Ne tulevat sovellettavaksi, mikäli esiintyy ristiriitaa kansallisten säädösten kanssa.

Sijoittautumisvapaus jaetaan edellä esitetyissä artikloissa ensisijaiseen ja toissijaiseen sijoittautumiseen. Ensisijaisella sijoittautumisella tarkoitetaan sitä, että yhtiö siirtää kotipaikkansa jäsenvaltiosta toiseen siten, että sen kaikki kytkennät aiempaan jäsenvaltioon päättyvät. Toissijaisesta sijoittautumisvapaudesta on kyse silloin, kun yhtiö perustaa esimerkiksi sivuliikkeen toiseen jäsenmaahan, mutta jää edelleen kotimaansa yhtiöksi. Perustamisteorian ja kotipaikkateorian ristiriitaisuudet kulmineituvat aiemmin toissijaiseen sijoittautumisvapauteen. Toisaalta esimerkiksi myöhemmin käsiteltävänä oleva Centros-tapaus tuo asiaan selkeän linjauksen.

3.5.1. Daily Mail

Daily Mail tapaus käsittelee yhtiön maastamuuttoa, kun taas esimerkiksi Inspire Art ja Übersee käsittelevät maahanmuuttoa. Daily Mail tapauksessa tilanne oli seuraavanlainen. Kantajana oli sijoitus- ja holdingyhtiö (Daily Mail and General Trust PLC), jonka sääntömääräinen kotipaikka oli Isossa-Britanniassa. Iso-Britanniassa noudatetaan perustamisteoriaa eli vaikka yhtiö siirtää pääkonttorinsa jonnekin muualle, se säilyy edelleen oikeushenkilönä myös Ison-Britannian lain näkökulmasta. Kuitenkin Ison-Britannian vuoden 1970 tulo- ja yhtiöverolain 482 pykälän 1 momentin a kohdassa

⁷¹ Euroopan yhteisön perustamissopimus, IV osasto, 2 luku, 54 artikla.

kiellettiin niitä yhtiöitä, joiden verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa, ilman valtiovarainministeriön antamaa lupaa siirtämästä verotuksellista kotipaikkaansa sieltä pois. Tämä tarkoitti siis sitä, että yhtiön tuli saada lupa kotipaikan siirtoon. Yhtiö halusi siirtää pääkonttorinsa sijainnin Hollantiin ja englantilaisten viranomaisten vaatima lupa tähän oli yhtiön mielestä perustamissopimuksen takaamaan sijoittautumisvapauden vastaista. Hollannin lainsäädäntö ei asettanut esteitä siirrolle.⁷² Merkittävää tapauksessa on mielestä se seikka, että oli riidatonta

että johdon siirron pääasiallisena tarkoituksena oli mahdollistaa se, että kantaja saattoi sen jälkeen, kun se oli sijoittanut verotuksellisen kotipaikkansa Alankomaihin, myydä merkittävän osan omistamistaan arvopapereista ja käyttää tästä kaupasta saamiaan varoja omien osakkeidensa ostoon ilman, että sen pitäisi maksaa niitä veroja, joita tällaisiin liiketoimiin kohdistettiin brittiläisen verolainsäädännön nojalla, erityisesti niiden merkittävien pääomatulojen osalta, joita olisi kertynyt kantajan aikomasta osakkeiden myynnistä. Kantajaan olisi sen jälkeen, kun se oli sijoittanut johtonsa Alankomaihin, kohdistettu alankomaalainen yhtiövero, mutta aiottuja liiketoimia olisi verotettu ainoastaan sellaisen mahdollisen pääomatulon perusteella, joka olisi kertynyt yhtiön verotuksellisen kotipaikan siirron jälkeen.⁷³

Tapauksen ydin tulee esille näkemykseni mukaan tässä. Tarkoituksena oli välttyä suorittamasta jo syntyneitä velvoitteita tuolloiseen kotimaahan. Kyse ei siis ollut siitä sijoittautumisvapauden rajoituksesta, vaan siitä, että yhtiötä vaadittiin ensin huolehtimaan velvoitteista Iso-Britanniaa kohtaan.

Euroopan Yhteisön tuomioistuin näkee asian samalla tavalla. Sen mielestä tämä verotuksellinen seikka ei mitenkään estänyt vapaata liikkumista. Englannin lainsäädäntö ei kieltänyt tytäryrityksen, sivuliikkeiden tai agentuurien perustamista. Valtionvarainministeriö ainoastaan vaati, että yhtiön oli hoidettava velvoitteensa ennen siirtoa. Yhtiö sai edelleen perustaa tytäryrityksiä jne, mutta sen piti maksaa tietty osa veroista Isoon-Britanniaan. Tapauksen ydin ei mielestäni liity siis

⁷² The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC C-81/87 (myöhemmin käytetään tapauksessa lyhennettävä Daily Mail)

⁷³ Daily Mail, kohta 7.

sijoittautumisvapauden piiriin, vaan verotukselliseen seikkaan. Tämä tulee huomioida, jotta tapauksen merkitys voidaan ymmärtää oikein.

Kotipaikan siirtämiseen EYT totesi, että

*yhteisön oikeuden nykyisessä kehitysvaiheessa ne edellytykset, joiden täytyessä yhtiö voi siirtää kotipaikkansa jäsenvaltiosta toiseen, kuuluvat vielä sen valtion kansallisen lainsäädännön soveltamisalaan, jossa yhtiö on perustettu, sekä vastaanottovaltion kansallisen lainsäädännön soveltamisalaan.*⁷⁴

—

Tärkeää on huomata tästä perustelusta asian keskeneräisyys. Tuomioistuin selvästi toteaa, että tässä vaiheessa ratkaisu on tämä ja tässä vaiheessa kansallinen laki soveltuu asian tarkasteluun. Ratkaisu tässä vaiheessa oli riippuvainen kansallisesta lainsäädännöstä ja Ison-Britannian lainsäädännön mukaisesti yhtiön tuli saada lupa veroviranomaiselta, mikäli se halusi siirtää sääntömääräisen kotipaikkansa toiseen jäsenvaltioon.⁷⁵

—

3.5.2. Centros

Centros-tapaus liittyy toissijaiseen sijoittautumisvapauteen. Centros-tapauksessa kyse oli siitä, että tanskalainen pariskunta oli perustanut yhtiö Englannissa. Heillä ei ollut siellä mitään liiketoimintaa, vaan he halusivat perustaa sivuliikkeen Tanskaan. Tanskan viranomaiset kuitenkin kieltäytyivät rekisteröimästä yhtiön sivuliikettä Tanskaan, koska katsoivat, että tarkoituksena oli välttää Tanskan osakeyhtiölain säännöksiä liittyen muun muassa vähimmäispääomaa. Lisäksi kieltäytymistä perusteltiin tarpeella suojella julkisia ja yksityisiä velkojia sekä ehkäistä konkurssipetoksia.⁷⁶ Perustelut siis perustuivat olettamuksiin, eivät todellisiin tapahtumiin ja velvoitteiden tosiasialliseen laiminlyöntiin. Tämä tulee ilmi myös oikeudenkäyntiasiakirjoista. Kohdassa 12 todetaan

⁷⁴ Daily Mail, kohta 14.

⁷⁵ kts myös Vargova, The cross-border transfer on company's registered office within the European Union. s. 15–17. Vargovan mukaan lähtökohtaisestikaan Daily Mail-tapauksen ei ollut tarkoitus olla sijoittautumisvapauden liittyvä EYT:n ratkaisu, vaan veroratkaisu. Vargova myös huomioi asian keskeneräisyyden ja tuomioistuimen halun siirtää asian tarkastelu tulevaisuuteen.

⁷⁶ Centros ltd v. Erhvervs- og selskabstyrelsen, tapaus C-212/97.

*...koska sivuliikkeen perustaminen Tanskaan vaikuttaa keinolta välttyä kansallisten oikeussääntöjen soveltamiselta, jotka koskevat vähimmäispääomaa ja sen maksamista...*⁷⁷

Tanska esitti myös, ettei EU:n perustamissopimus sovellu tapaukseen, koska kyseessä oli täysin Tanskan sisäinen asia. Tämä johtui tanskalaisten mielestä siitä, että tanskan kansalaiset olivat perustaneet Englantiin yhtiön, jolla ei kuitenkaan ollut siellä minkäänlaista toimintaa. Ainoana syynä olisi sen sijaan ollut välttyä Tanskan lainsäädännön soveltamiselta. Näin ollen Tanska katsoi, ettei pelkästään yhtiön perustaminen muodosta relevanttia kytköstä toiseen jäsenvaltioon. Tässä tuomioistuim vetosi aiempaan Segers-tuomioon⁷⁸ todeten, että

*tilanne, jossa sen jäsenvaltion oikeuden mukaan perustettu yhtiö, jossa yhtiöllä on sääntömääräinen kotipaikka, päättää perustaa sivuliikkeen toiseen jäsenvaltioon, kuuluu yhteisön oikeuden soveltamisalaan. Tältä osin merkitystä ei ole sillä, että yhtiö on perustettu jossakin jäsenvaltiossa ainoastaan, jotta se voisi sijoittautua toiseen jäsenvaltioon, jossa se pääasiallisesti tai jopa ainoastaan harjoittaa taloudellista toimintaansa*⁷⁹

Centros-tapausta pidetään läpimurtona liittyen yhtiön ”maahanmuuttoon” erotuksena yhtiön ”maastamuutolle”, joka oli osittain käsiteltävänä myös Daily Mail-tapauksessa. Tapauksessa on myös kyse pseudo-foreign yhtiöiden hyväksymisestä. Tämän ratkaisun jälkeen yhteisön lainsäädäntö hyväksyy tällaiset yhtiöt, jotka ovat rekisteröityjä yhdessä maassa, mutta niillä ei tarvitse olla mitään toimintaa rekisteröintimaahan. Tarkasteltaessa asiaa kotipaikkateorian näkökulmasta, niin voidaan todeta, että se ei sovellu ainakaan tällaiseen tilanteeseen. Savela tulkitsee siten, että vasta Inspire Art tapauksen jälkeen pseudo-foreign yhtiöt tulisivat hyväksytyiksi, mutta mielestäni jo Centroksen jälkeen asia on näin. Toki Inspire Art tukee tätä näkökulmaa. Lisäksi Inspire Art tapaus vahvistaa sen, että tällaiseen pseudo-foreign yhtiöön ei saa kohdistaa sellaista erityistä lainsäädäntöä, jota ei kohdisteta muihinkaan siinä maassa toimiviin yhtiöihin.⁸⁰

⁷⁷ Centros C 212/97, kohta 12.

⁷⁸ Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging C-79/85, kohta 16

⁷⁹ Centros C-212/97, kohta 17.

⁸⁰ Asia 167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*, (2003)

3.5.3. Überseering

Tapaus on herättänyt paljon ristiriitaa Daily Mail-tapauksen kanssa, koska tuomioistuimen ratkaisuja on pidetty yleisesti melko päinvastaisina. Überseering oli hollantilaisen lainsäädännön mukaan perustettu yhtiö ja merkittynä siellä kaupparekisteriin. Se oli kantajana saksalaisessa tuomioistuimessa ja vastaajana oli saksalainen NCC Baumanagement GmbH-niminen yhtiö. Todettakoon tässä vaiheessa, että Saksa sovelsi tuolloin kotipaikkateoriaa. Kantajan koko osakekannan omisti saksalaiset henkilöt ja tästä syystä Saksan tuomioistuin katsoi omaksumansa kotipaikkateorian mukaisesti, että kysymys yhtiön oikeuskelpoisuudesta ratkaistaan yhtiön tosiasiallisen kotipaikan lain mukaan. Sääntö pätee siitä huolimatta, että yhtiö on laillisesti perustettu jossain muussa maassa, mutta siirtää myöhemmin tosiasiallisen kotipaikkansa Saksaan. Saksan tuomioistuimen mukaan yhtiö olisi tullut perustaa nyt uudelleen Saksan lainsäädännön mukaan, mutta koska näin ei ollut menetelty, niin ei yhtiöllä ollut oikeuskelpoisuutta.⁸¹

—

Saksan Bundesgerichtshof toteaa itsekin, että kotipaikkateorian ja perustamisteorian välillä on käyty paljon akateemista keskustelua, mutta siitä huolimatta se pitäytyy kotipaikkateorian soveltamisessa. Perusteluiksi mainitun teorian soveltamiselle se esitti ensinnäkin, että on hylättävä useamman oikeusjärjestyksen soveltaminen nyt käsillä olevaan tapaukseen, koska se aiheuttaa oikeudellista epävarmuutta. Tässä olen täysin samaa mieltä Saksan tuomioistuimen kanssa. Tuomioistuin kritisoi perustamisteoriaa siitä, että se on perustajilleen edullinen ja kolmansille osapuolille ja valtiolle epäedullinen, mikäli yhtiö siirtää tosiasiallisen kotipaikkansa toisaalle siitä valtiosta, jossa se on perustettu. Kotipaikkateorian mukainen näkökulma taas varmistaa ja turvaa valtion ja niiden etuja, joiden suojaksi yhtiölainsäädäntö on laadittu. Saksan oikeuden näkökulmasta tarkoitus on suojata erityisesti yhtiön velkojien etua. Lisäksi Saksan tuomioistuin mainitsee perusteluissaan vähemmistöosakkeenomistajien suojan tarpeen, henkilöstön huomioimisen muutaman esimerkin mainitakseni.⁸²

—

EY tuomioistuin lähti ratkaisussaan kuitenkin siitä, että ilman tunnustamista sijoittautumisvapaus ei voi toteutua. Mikäli toiset jäsenvaltiot eivät tunnusta oikeuskelpoisuutta toisista jäsenvaltioista tuleville yhtiöille, niin sijoittuminen estyy jo lähtökohtaisesti. Tällainen lähtökohta on täysin ristiriidassa sijoittautumisvapauden kanssa. Savela nostaakin tämän seikan keskeiseksi huomioksi tapauksessa:

⁸¹ Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, C-208/00, kohdat 3–5.

⁸² Ibid, kohdat 13–16.

tunnustaminen kytkettiin sijoittautumisvapauden käyttämisen edellytykseksi!⁸³ Johanna Johnson–Stampe nostaa esille myös näkemyksen, jonka mukaan tämä oikeustapaus estäisi kotipaikkateorian noudattamisen, koska tapauksen myötä oikeuskelpoisuuden kieltäminen sellaiselta yhtiöltä, joka on perustettu sen sääntömääräisen kotipaikan lainsäädännön mukaisesti, olisi sovittamattomassa ristiriidassa sijoittautumisvapauden kanssa.⁸⁴ Näin tulkitseen itsekkin tapauksen merkitystä, mutta rajoitan sen vaikuttavuuden ainoastaan tilanteeseen, jossa lähtömaana on perustamisteoriaa noudattavaa maa, kuten tässä tapauksessa oli. Silloin, kun lähtömaa noudattaa kotipaikkateoriaa, niin lähtömaa voi mahdollisesti asettaa joitain vaatimuksia ja lisäksi perustamisteoriaa noudattavan maan on tunnustettava oikeuskelpoisuus. Lähtökohtaisestihan perustamisteoriaa noudattava maa tarkastelisi tilannetta sen maan lain mukaisesti, missä yhtiön sääntömääräinen kotipaikka sijaitsee. Vahva näkemys yleisemminkin on, että kotipaikkateoria ei ole enää varteenotettava vaihtoehto, vaan perustamisteoria tarjoaa ainoan järkevän tarkasteluvaihtoehdon.⁸⁵ Todettakoon kuitenkin, että kotipaikkateoria on huomioitava aina suunniteltaessa esimerkiksi rajat ylittävää sulautumista.

3.5.4. Cartesio

Tapauksessa oli kyse Unkarin lain mukaan perustetusta kommandiittiyhtiöstä (limited private company). Yhtiö halusi siirtää kotipaikkansa Italiaan ilman, että soveltuva laki muuttuisi. Unkarin rekisteriviranomainen kieltäytyi kuitenkin merkitsemästä uutta sääntömääräistä kotipaikkaa, koska tällainen menettely oli kiellettyä Unkarin lain mukaan. Tapauksessa onkin tämän tutkimuksen kannalta olennaisin kansallisen tuomioistuimen esittämä neljäs kysymys. Neljännellä kysymyksellään ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin kysyi lähtökohtaisesti, onko EY 43 (nyk.49) ja EY 48 (nyk.EY 54) artikloja tulkittava niin, että niiden kanssa on ristiriidassa sellainen kansallinen lainsäädäntö, jolla estetään tämän (Unkarin) jäsenvaltion kansallisen oikeuden mukaan perustettua yhtiötä siirtämästä kotipaikkansa toiseen jäsenvaltioon niin, että se säilyttää luonteensa yhtiönä, joka kuuluu sen jäsenvaltion kansallisen oikeuden soveltamisalaan, jonka lainsäädännön mukaan se on

⁸³ Savela, Kansainvälinen yhtiöoikeus s. 73–74.

⁸⁴ Johnson–Stampe, The need for the 14th Company law directive on the transfer of registered office s.17.

⁸⁵ Zumbansen, Spaces and Places: A system theory approach to regulatory competition in European company law s. 535 – 557.

perustettu.⁸⁶ Kyseessä oli myös kannanotto perustamisteorian ja kotipaikkateorian välillä.

Unkarin kaupparekisterilain mukaan sen maan lain mukaan perustetun yhtiön kotipaikka on paikka, jossa sen keskushallinto sijaitsee. Tämä tarkoittaa, että toinen ei voi olla toisessa maassa kuin toinen. Kyseessä on siis kotipaikkateoriaa noudattava maa. Kommandiittiyhtiö olisi halunnut kuitenkin siirtää rekisteriin merkityn kotipaikan toiseen jäsenvaltioon (Italia) ja tehdä tästä merkinnän Unkarin rekisteriin. Tästä siirrosta huolimatta se olisi halunnut olla Unkarin yhtiölainsäädännön alainen (lex societatis).⁸⁷ Tuomioistuin otti kantaa perustamisteorian ja kotipaikkateorian suhteesta ja totesi, että

EY 48 artiklan mukaisesti silloin, kun yhteisön oikeudesta puuttuu yhdenmukainen määritelmä yhtiöistä, joilla on sijoittautumisoikeus sellaisen yhdenmukaisen liityntäkriteerin perusteella, jolla määritellään yhtiöön sovellettava kansallinen oikeus, kysymys siitä, sovelletaanko EY 43 artiklaa yhtiöön, joka vetoaa tässä artiklassa vahvistettuun perusvapauteen, on – kuten kysymys, joka koskee sitä, onko luonnollinen henkilö jäsenvaltion kansalainen, jolla tällä perusteella voi olla tämä vapaus – ennakkokysymys, johon yhteisön oikeuden nykytilassa voidaan löytää vastaus vain asiassa sovellettavasta kansallisesta oikeudesta. Vain, jos todetaan, että tällä yhtiöllä on tosiasiallisesti sijoittautumisvapaus EY 48 artiklassa mainittujen edellytysten perusteella, herää kysymys siitä, kohdistuuko tähän yhtiöön EY 43 artiklassa tarkoitettu sijoittautumisvapauden rajoitus.⁸⁸

Edellä sanotun perusteella voidaan todeta, että kotipaikkateorian ja perustamisteorian välillä ei ole oikeastaan otettu selkeää kantaa sijoittautumisvapauden osalta yhteisön oikeudessa. Cartesio-tapauksen aikana ei siis ainakaan Euroopan Yhteisön tuomioistuimen mielestä ollut määritelmää yhtiöstä, johon soveltuva oikeus määriteltäisiin yhdenmukaisen liityntäkriteerin avulla. Tästä syystä

Jäsenvaltiolla on näin ollen mahdollisuus määritellä sekä se liityntä, jota yhtiöltä vaaditaan, jotta sitä voidaan pitää jäsenvaltion kansallisen

⁸⁶ Cartesio c-210/2006, kohta 99. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0210:FI:HTML>, luettu 25.8.2011

⁸⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0210:FI:HTML>, kohta 101, luettu 25.8.2011

⁸⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0210:FI:HTML>, kohta 109, luettu 25.8.2011.

oikeuden mukaan perustettuna yhtiönä, jolla näin ollen voi olla sijoittautumisoikeus, että se liityntä, jota vaaditaan tämän aseman ylläpitämiseksi myöhemmin. Tämä mahdollisuus sisältää sen, että tämä jäsenvaltio voi evätä sen kansallisen oikeuden soveltamisalaan kuuluvalta yhtiöltä tämän aseman säilyttämisen, jos yhtiö aikoo organisoitua uudelleen toisessa jäsenvaltiossa siirtämällä kotipaikkansa tämän toisen jäsenvaltion alueelle katkaisten siten sen liitynnän, jota sen perustamisjäsenvaltion kansallisen oikeuden mukaan edellytetään.⁸⁹

Edellisessä kappaleessa oikeutetaan soveltamaan myös kotipaikkateoriaa maastamuuttotilanteessa. Kun jokainen maa saa itsenäisesti päättää yhden tai useamman liittymäkohdan, joita yhtiöllä on oltava, jotta se voisi olla jäsenvaltion kansallisen oikeuden mukaan perustettu yhtiö ja myös säilyä sellaisena, seuraa tästä huomattavaa epäselvyyttä. Mielestäni on ihmeellistä, että tällaista tilannetta halutaan pitää yllä. Toisaalta taustalla vaikuttavat monet poliittiset tekijät, jotka varmasti vaikuttavat suurten jäsenmaiden halukkuuteen luopua omista oikeudellisista periaatteistaan. Osittain johtuen juuri tästä poliittisesta kyvyttömyydestä

EY 44 artiklan 2 kohdan g alakohdassa ja EY 293 artiklassa tarkoitetut lainsäädäntötyöt ja sopimukset yhtiöoikeusalalla eivät ole tähän päivään mennessä ulottuneet kansallisten lainsäädäntöjen välisiin eroavaisuuksiin yhtiöiden liityntäpaikan alalla eikä niillä vielä ole poistettu niitä. Vaikka tietyt EY 308 artiklan nojalla annetut asetukset, kuten eurooppalaisesta taloudellisesta etuyhtymästä annettu asetus N:o 2137/85, eurooppayhtiön säännöistä annettu asetus N:o 2157/2001 ja eurooppaosuuskunnan säännöistä annettu asetus N:o 1435/2003, mahdollistavat tehokkaasti sen, että niillä käyttöön otetut uudet oikeudelliset yksiköt voivat siirtää sääntömääräisen kotipaikkansa eli siis myös tosiasiallisen kotipaikkansa – näiden kahden kotipaikan on nimittäin sijaittava samassa jäsenvaltiossa – toiseen jäsenvaltioon ilman, että se johtaisi alkuperäisen oikeushenkilön purkamiseen tai uuden oikeushenkilön luomiseen, tällainen siirtäminen

⁸⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0210:FI:HTML>, kohta 110, luettu 25.8.2011.

*sisältää kuitenkin välttämättä muutoksen siirrettävään yksikköön sovellettavan kansallisen oikeuden osalta.*⁹⁰

—
Tuomioistuimen mielestä nykytilassa EY 43 ja EY 48 artikloja onkin tulkittava niin,

*että niiden kanssa ei ole ristiriidassa jäsenvaltion lainsäädäntö, jossa estetään tämän jäsenvaltion kansallisen oikeuden mukaan perustettua yhtiötä siirtämästä kotipaikkaansa toiseen jäsenvaltioon niin, että se säilyttää samalla asemansa yhtiönä, joka kuuluu sen jäsenvaltion kansallisen oikeuden soveltamisalaan, jonka lainsäädännön mukaan se on perustettu.*⁹¹

—
Tuomioistuin vetoaa kohdassa 34 Daily Mail tapaukseen, jossa myös oli kyse maastamuutosta. (move-out, outbound) Pääasian aineellisen kysymyksen osalta ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin viittaa asiassa 81/87, Daily Mail and General Trust, 27.9.1988 annettuun tuomioon (Kok. 1988, s. 5483, Kok. Ep. IX, s. 713) ja toteaa, että EY 43 ja EY 48 artiklassa määrätty sijoittautumisvapaus ei sisällä jäsenvaltion lainsäädännön nojalla perustetun ja siellä rekisteröidyn yhtiön oikeutta siirtää keskushallintonsa ja siten päätoimipaikkansa toiseen jäsenvaltioon niin, että se samalla säilyttää alkuperäisen oikeushenkilöllisyytensä ja kansallisuutensa, jos toimivaltaiset viranomaiset ovat sitä vastaan.

⁹⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0210:FI:HTML>, kohdat 114, 115 ja 117.

⁹¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0210:FI:HTML>, tuomiolauselman kohta 4, luettu 25.8.2011.

4. RAJAT YLITTÄVÄ SULAUTUMINEN

Rajat ylittävän sulautumisen avulla yhtiöt voivat vaihtaa yhtiöön sovellettavan lain. Yhdysvalloissa tällainen toiminta on hyvin tavallista. Euroopassa se on sen sijaan uutta. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi rajat ylittävistä sulautumista (2005/56/EY) annettiin 25. lokakuuta 2005 ja jäsenvaltioiden piti mainitun direktiivin 19 artiklan mukaan mukauttaa kansalliset säännökset direktiivin mukaisiksi 15.12.2007 mennessä. Monissa maissa tämä ei onnistunut, mutta tällä hetkellä jäsenvaltioiden lainsäädäntö on pitkälti mainitun direktiivin mukainen.

Tässä luvussa tutkin direktiivin mukaista menettelyä liittyen yhtiöiden rajat ylittävään sulautumiseen. Tuon esille prosessin eri vaiheet ja niihin liittyvät vaatimukset eri osapuolten näkökulmasta. Luvussa tuodaan esille ongelmakohtia ja ns. vaaran paikkoja liittyen rajat ylittävään sulautumiseen. Liitteessä 1⁹² on havainnollistettu prosessia kuvion avulla.

4.1. Direktiivin soveltamisala

Euroopan parlamentin direktiivi pääomayhtiöiden rajat ylittävistä sulautumisista on annettu vuonna 2005. Direktiivissä todetaan, että jäsenvaltioiden tulee muuttaa kansalliset lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset vastaamaan direktiiviä 15.12.2007 mennessä.⁹³ Direktiivin soveltamisalasta säädetään artikloissa 1 ja 3.

Direktiivi soveltuu sulautumiseen, joten kyseessä on oltava sulautuminen. Sulautumiseen osallistuvien pääomayhtiöiden⁹⁴ on ensinnäkin oltava perustettu jonkin jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti. Toiseksi niiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on oltava yhteisössä ja kolmanneksi vähintään kahden sulautumiseen osallistuvan yhtiön on kuuluttava eri jäsenvaltioiden lainsäädännön soveltamisalaan.⁹⁵ Huomattava on se, ettei direktiivi sovellu ETA-maassa perustetun yhtiön ja sen ulkopuolisen valtion lainsäädännön mukaisesti perustetun yhtiön välillä.

⁹² Oikeusministeriön työryhmä mietintö 23:2006.

⁹³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/56/EY pääomayhtiöiden rajat ylittävistä sulautumisista, 19(1) artikla. (Rajat ylittäviä sulautumisia koskeva direktiivi)

⁹⁴ Pääomayhtiön määritelmä on tärkeä, koska se rajoittaa soveltamisalaa. Luettelo niistä yhtiöistä, joita direktiivissä tarkoitetaan löytyy Euroopan Unionin virallisesta lehdestä L 258/11 ja sen on julkaistu 1.10.2009. Tämä on kodifioitu versio alkuperäisestä. Tästä direktiivistä käytetään yleisesti nimitystä ensimmäinen yhtiöoikeudellinen direktiivi (68/151/EEC). Suomen osalta direktiivi soveltuu yksityisiin osakeyhtiöihin ja julkisiin osakeyhtiöihin. Ruotsissa Aktiebolag. Luettelo ei kuitenkaan ole ainoa määrittävä tekijä, vaan rajat ylittävä sulautuminen VOI olla mahdollista myös muille kuin luettelossa mainituille yhtiöille.

⁹⁵ Rajat ylittäviä sulautumisia koskeva direktiivi 2005/56/EY, artikla 1.

ETA-maat, kuten esimerkiksi Norja on kuitenkin tehnyt muutoksia omaan lainsäädäntöönsä, jotta pääomayhtiöiden väliset rajat ylittävät sulautumiset olisivat mahdollisia⁹⁶.

Direktiivin tarkoituksena on soveltaa yhtä lailla yksityisiin ja julkisiin osakeyhtiöihin. Tämä on selvä laajennus direktiiviin(78/855/ETY), joka käsittelee kotimaisia pääomayhtiöiden sulautumisia. Sehan soveltuu ainoastaan julkisiin osakeyhtiöihin. Eri jäsenmaat ovat tehneet erilaisia valintoja jo tuolloin ja saattaneet laajentaa soveltamisalaa myös yksityisiin osakeyhtiöihin. Tärkeä on ottaa huomioon soveltamisalaa rajattaessa, että vain sellaiset yhtiöt voivat sulautua, joilla on se oikeus kansallisten säädösten kautta.⁹⁷ Suomessa esimerkiksi avoin yhtiö ja kommandiittiyhtiö voi sulautua.⁹⁸ Tarkoittaako tämä sitä, että direktiiviä rajat ylittävistä sulautumisista voisi soveltaa myös tällaiseen yhtiöön, vaikka sitä ei ole mainittu luettelossa? Tämä on ainakin mahdollista. Toiseksi rajat ylittävän sulautumisen kieltäminen tällaiselta yhtiöltä on selkeästi vastoin sijoittautumisvapautta. Sijoittautumisvapautta määrittävässä artiklassa ei määritellä erikseen yhtiömuotoa, vaan kielletään yksiselitteisesti kaikenlainen syrjintä. Asian objektiivisesta selkeydestä huolimatta tämäntyyppiseen sulautumiseen liittyy esteitä. Jotta tällainen sulautuminen olisi mahdollista, niin sen on oltava mahdollinen ensinnäkin kansallisen lainsäädännön mukaan kaikissa niissä jäsenvaltioissa, joiden alaisen lainsäädännön mukaisia yhtiöitä osallistuu sulautumiseen. Ei siis ole riittävää, että suomalainen lainsäädäntö antaa tähän mahdollisuuden.

Direktiivin kolmannessa artiklassa asetetaan soveltamiseen liittyviä täsmennyksiä. Direktiivin toisessa artiklassa säädetään, että

mahdollisesti annettavan rahavastikkeen määrä ei kuitenkaan saa ylittää 10% näiden arvopapereiden tai osuuksien nimellisarvosta tai nimellisarvon puuttuessa kirjanpitoarvosta.

Direktiivi soveltuu kuitenkin sulautumiseen, mikäli yhden asianosaisen yhtiön lainsäädäntö sallii rahavastikkeen määrän olevan yli 10 prosenttia rajat ylittävän sulautumisen seurauksena muodostuvan yhtiön yhtiöpääomaa edustavien arvopapereiden

⁹⁶ Forskrift 9. januar 2008 nr. 50 om arbeidstakernes rett til representasjon ved fusjon over landegrensene av selskaper med begrenset ansvar (koskee työntekijöiden oikeuksia liittyen sulautumiseen) tuli voimaan Norjassa 1.2.2008; Lov 21. desember 2007 nr. 129 om endringer i aksjeloven, allmennaksjeloven og enkelte andre lover (fusjon og fisjon over landegrensene) tuli voimaan Norjassa 21.12.2007.

⁹⁷ Van Gerven, Community rules applicable to cross-border mergers s. 6–7.

⁹⁸ Laki avoimesta yhtiöstä ja kommandiittiyhtiöstä (29.4.1988/389) 8 luku 6§.

tai osuuksien nimellisarvosta tahi kirjanpitoarvosta.⁹⁹ Toiseksi Jäsenvaltiot voivat olla soveltamatta direktiiviä osuuskuntiin, vaikka se täyttäisikin sen määritelmän, joka pääomayhtiölle asetetaan direktiivin 2(1) artiklassa ja kolmanneksi direktiiviä ei sovelleta siirtokelpoisiin arvopapereihin kohdistuvaa yhteistä sijoitustoimintaa harjoittaviin yrityksiin. Suomessa edellä mainittuja yrityksiä kutsutaan yhteissijoitusyrityksiksi¹⁰⁰.

4.2. Sulautumisen määrittely ja ehdot

Direktiivi määrittelee kolmenlaisia sulautumisia. Sulautumisella tarkoitetaan direktiivin mukaan liiketointa, jolla

- a) *yksi tai useampi yhtiö siirtää purkautumishetkellään selvitysmenettelyttä kaikki varansa ja vastuunsa toiselle toiminnassa olevalle yhtiölle (vastaanottava yhtiö) siten, että niiden jäsenille annetaan vastikkeeksi tämän toisen yhtiön yhtiöpääomaa edustavia arvopapereita tai osuuksia ja mahdollisesti rahavastike, jonka määrä ei kuitenkaan saa ylittää 10:tä prosenttia näiden arvopapereiden tai osuuksien nimellisarvosta tai nimellisarvon puuttuessa kirjanpitoarvosta (ns. absorptiosulautuminen); tai*
- b) *kaksi yhtiötä tai useampi yhtiö siirtää purkautumishetkellä selvitysmenettelyttä kaikki varansa ja vastuunsa perustettavalle yhtiölle (uusi yhtiö) siten, että niiden jäsenille annetaan vastikkeeksi uuden yhtiön yhtiöpääomaa edustavia arvopapereita tai osuuksia ja mahdollisesti rahavastike, jonka määrä ei kuitenkaan saa ylittää 10:tä prosenttia näiden arvopapereiden tai osuuksien nimellisarvosta tai nimellisarvon puuttuessa kirjanpitoarvosta (ns. kombinaatiosulautuminen); tai*

⁹⁹ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 3(1).

¹⁰⁰ Englannissa "Undertaking for a collective investment in transferable securities", Saksassa "Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren" ja Ranskassa "Organismes de placement collectif en valeurs mobilières." Tarkemmat määritelmät yhteissijoitusyrityksistä löytyy sijoitusrahastolain (48/1999) 128 – 132§:ssä.

c) *yhtiö siirtää purkautumishetkellään ilman selvitysmenettelyä kaikki varansa ja vastuunsa sille yhtiölle, jonka hallussa ovat kaikki sen yhtiöpääomaa edustavat arvopaperit tai osuudet.*¹⁰¹

Kahdessa ensimmäisessä kyse on siitä, että kaikki varat ja vastuut siirretään muodostettavalle yhtiölle, joka vastaavasti antaa purkautuvien yhtiöiden osakkeenomistajille joko arvopapereita tai osuuksia ja mahdollisesti rahaa. Mahdollisesti annettava rahasuoritus ei saa ylittää 10% yhtiöpääoman nimellisarvosta tai kirjanpitoarvosta. Viimeksi mainitusta voidaan tehdä poikkeuksia, mikäli yhden asianomaisen yhtiön lainsäädäntö sen sallii. Kirjanpitoarvoa ei ole erikseen määritelty ja se on tehtävä kansallisten säädösten mukaisesti.¹⁰² Kolmas sulautumismalli tarkoittaa ns. tytäryhtiösulautumista.

Edellä mainittujen sulautumismallien lisäksi on olemassa muitakin sulautumistapoja, joita ei kuitenkaan mainita erikseen direktiivissä. Yhdysvalloissa on yleisesti käytössä ns. kolmikantasulautuminen. Erona absorptiosulautumiseen on se, että sulautumisvastikkeen maksaa muu kuin vastaanottavayhtiö. Suomen osakeyhtiölaki suhtautuu sallivasti myös kolmikantasulautumiseen. Jotta tällainen menettely kuuluisi rajat ylittävän sulautumisdirektiivin soveltamisalaan, niin olisi jonkin sulautumiseen varsinaisesti osallistuvan tahon oltava jostakin toisesta jäsenmaasta tai ETA-maasta. Pelkästään se, että sulautumisvastikkeen maksaja on eri jäsenmaasta, ei tee sulautumisesta rajat ylittävää.¹⁰³

Rajat ylittävään sulautumiseen osallistuviin yhtiöihin sovelletaan kansallisia säädöksiä, ellei direktiivissä säädetä toisin. Sulautumiseen liittyviä ehtoja ja vaatimuksia on direktiivin ohella etsittävä kansallisista säädöksistä. Sulautumiseen voi osallistua ainoastaan sellainen yhtiö, jolla on oikeus sulautua kansallisten säädösten mukaisesti.¹⁰⁴ Erinomaisen tärkeitä on sulautumista tarkasteltaessa perehtyä hyvin osapuolten kansallisiin säädöksiin, jotta selviää tämä ensimmäinen ehto.

Muutama esimerkki asiasta tuo lisäselvyyttä asian merkittävyydelle. Hollannin lainsäädännön mukaan rajat ylittävään sulautumiseen voi osallistua julkinen osakeyhtiö (naamloze vennootschap), Eurooppayhtiö (Europese naamloze vennootschap), yksityinen osakeyhtiö (besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) ja

¹⁰¹ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 2(2) kohdat a–c.

¹⁰² Van Gerven, Community rules applicable to cross-border mergers s. 12.

¹⁰³ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 242–244.

¹⁰⁴ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 4 (1) kohdat a–b.

Eurooppaosuuskunta. Kolme ensiksi mainittua voivat osallistua sulautumiseen toisesta jäsenvaltiosta olevaan ja sen lainsäädännön mukaisesti perustettuun yhtiöön sekä vastaavasti ETA-alueen yhtiöön. Hollantilaiset yhtiöt voivat sulautua vain samantyyppisiin yhtiöihin. Huomattava on, että julkinen ja yksityinen osakeyhtiö katsotaan Hollannissa samantyyppisiksi, joten ne voivat sulautua keskenään.¹⁰⁵

—

Saksan osalta rajat ylittävään sulautumiseen voivat osallistua julkinen osakeyhtiö (Aktiengesellschaft, AG) kommandiittiyhtiö (Kommanditgesellschaft auf Aktien, KGaA), yksityinen osakeyhtiö (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH) ja Eurooppayhtiö (SE). Sulautumiseen osallistuvan yhtiön tulee olla perustettu jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti ja sen sääntömääräisen kotipaikan, keskushallinnon tai pääasiallisen liiketoiminta-alueen pitää sijaita jäsenvaltion alueella. Sulautumisdirektiivi ei sovellu avoimiin yhtiöihin eikä osuuskuntiin.¹⁰⁶

—

Slovakia muodostaa taas oman kokonaisuutensa. Direktiivi kattaa kaikenlaiset kaupalliset yhtiöt, jotka on perustettu Slovakian lainsäädännön mukaisesti. Tämä tarkoittaa esimerkiksi avoimia yhtiöitä (verejná obchodná spoločnosť) ja yksityisiä osakeyhtiöitä (spoločnosť s ručením obmedzeným). Toisaalta vain samaa muotoa olevat yhtiöt voivat sulautua. Poikkeuksen tähän muodostaa sellainen absorptiosulautuminen, jossa julkinen osakeyhtiö ja yksityinen osakeyhtiö sulautuvat ja sulautumisen seurauksena syntyy julkinen osakeyhtiö. Yhtiöiden samankaltaisuutta tarkastellaan Slovakian lainsäädännön mukaan säilyvän yhtiön rekisteriviranomaisen mukaisesti. Tästä seuraa, että slovakialainen kommandiittiyhtiö ja suomalainen yksityinen osakeyhtiö ei voi sulautua keskenään.¹⁰⁷

—

Esimerkkinä ETA-maasta on Norja. Norjan lainsäädännön mukaan sulautuminen on mahdollista julkiselle osakeyhtiölle (allmennaksjeselskap), yksityiselle osakeyhtiölle (aksjeselskap) ja Eurooppayhtiölle (SE). Sen sijaan osuuskunnat eivät voi sulautua.¹⁰⁸

—

Suomen osakeyhtiölain mukaan suomalainen osakeyhtiö voi osallistua rajat ylittävään sulautumiseen vain, jos

ulkomainen yhtiö on sellainen osakeyhtiöön rinnastettava yhtiö (ulkomainen osakeyhtiö):

¹⁰⁵ Van der Bijl & Oldenburg, Cross – Border Mergers in Europe. The Netherlands s. 228–230.

¹⁰⁶ Wuesthoff, Cross – Border Mergers in Europe. Germany s.198.

¹⁰⁷ Jurkova, Cross – Border Mergers in Europe. Slovak Republic s. 268.

¹⁰⁸ Berg & Bondeson, Cross – Border Mergers in Europe. Norway s. 306 –307.

1) joka on niiden takeiden yhteensovittamisesta samanveroisiksi, joita jäsenvaltioissa vaaditaan perustamissopimuksen 58 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuilta yhtiöiltä niiden jäsenten sekä ulkopuolisten etujen suojaamiseksi, annetun ensimmäisen neuvoston direktiivin 68/151/ETY (direktiivi 68/151/ETY) 1 artiklassa tarkoitettu yhtiö tai sellainen muu yhtiö:

a) jolla on osakepääomaa tai vastaavaa pääomaa;

b) joka on oikeushenkilö;

c) jolla on omaisuutta, joka yksin vastaa yhtiön veloista; ja

d) johon sovelletaan kansallisen lainsäädännön mukaisia direktiivissä 68/151/ETY osakkeenomistajien, jäsenten ja sivullisten suojaamiseksi säädettyjä takeita vastaavia ehtoja; sekä

2) joka on rekisteröity toisessa Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa ja johon sovelletaan toisen Euroopan talousalueeseen kuuluvan valtion lainsäädäntöä sääntömääräisen kotipaikan, keskushallinnon tai päätoimipaikan sijainnin perusteella.

Rajat ylittävissä kombinaatiosulautumisessa vastaanottava yhtiö voidaan rekisteröidä sellaiseen Euroopan talousalueeseen kuuluvaan valtioon, jonka lakia ei sovelleta sulautuvaan yhtiöön.

Rajat ylittävään sulautumiseen osallistuvilla yhtiöillä tarkoitetaan jäljempänä tässä luvussa sulautuvaa ja vastaanottavaa osakeyhtiötä ja ulkomaista osakeyhtiötä.¹⁰⁹

—

Toisena ehtona direktiivin soveltumiselle on se, että asianosaisten yhtiöiden on täytettävä muodollisesti ja menettelyllisesti sulautumiseen liittyvät kansalliset säädökset. Näitä huomioonotettavia kansallisia säädöksiä ovat sulautumiseen liittyvä päätöksentekoprosessi, rajat ylittävän sulautumisen luonteen huomioiminen, velkojien suoja, kolmansien osapuolien suoja ja työntekijät joitain esimerkkejä mainitakseni. Nämä kansalliset säädökset eivät saa kuitenkaan rajoittaa sijoittautumisvapautta eivätkä

¹⁰⁹ OYL 16 luku 19§:2

pääomien vapaata liikkuvuutta, jotka ovat molemmat turvattu EU:n perustamissopimuksessa. Poikkeuksen edellä mainittuihin voi mahdollistaa EYT:n oikeuskäytäntö tai yleisen edun vaatimukset.¹¹⁰

Asianosaisia yhtiöitä on sulautumisessa vähintään kahdesta eri jäsenmaasta, jolloin yhdeksi erittäin merkittäväksi seikaksi nousee yhtiöihin soveltuva laki. Direktiivi säätää soveltuvan lain osalta siten, että yhtiöt ovat sen lainsäädännön alaisia, joiden subjekteja ne ovat. Tällä vältetään ottamasta kantaa perustamisteorian ja kotipaikkateorian välillä. Kansalliset kansainvälisen yksityisoikeuden säännöt määrittävä soveltuvan lain ja näin ollen yhtiö voi joutua kahden eri lainsäädännön soveltamisalaan. Tämähän seuraisi silloin, kun toinen jäsenmaa soveltaa kotipaikkateoriaa ja toinen perustamisteoriaa. Yhtiön tunnustaminen on joka tapauksessa pakollista.¹¹¹

Huolimatta pääomayhtiöiden rajat ylittävän sulautumisen mahdollistavasta direktiivistä on erittäin tärkeää tuntea jokaisen osallistuvan maan kansallinen lainsäädäntö sulautumiseen liittyen. Kolmas neuvoston direktiivi¹¹² koskien osakeyhtiöiden sulautumisia harmonisoi osaltaan eri jäsenvaltioiden kansallista lainsäädäntöä, mutta eroja löytyy edelleen.

Rajat ylittävään sulautumiseen liittyviä prosessivaatimuksia säätää jäsenvaltioiden kansallinen lainsäädäntö ellei direktiivissä toisin säädetä.¹¹³ Jokainen osallistuva jäsenmaa noudattaa omia kansallisen lainsäädännön vaatimuksia. Lähtökohtaisesti kansalliset säännökset koskevat vain asianomaista maata, mutta niillä voi olla välillisiä vaikutuksia myös muihin sulautumiseen osallistuviin yhtiöihin. Esimerkiksi aikarajasäännökset ovat tällaisia.

4.3. Sulautumissuunnitelma

Rajat ylittävään sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden hallinto- tai johtoelimen on laadittava yhteinen kirjallinen ja yksityiskohtainen suunnitelma rajat ylittävästä sulautumisesta. Sulautumissuunnitelma tulee olla kirjallinen ja sen tulee olla päivätty ja

¹¹⁰ Van Gerven 2010, Community rules applicable to cross-border mergers s. 10–11; direktiivi 2005/56/EY, artikla 4(1b); artikla 4(2)

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Kolmas neuvoston direktiivi 78/855/ETY perustamissopimuksen 54 artiklan 3 kohdan g alakohdan nojalla osakeyhtiöiden sulautumisesta. A:9.10.1978

¹¹³ Direktiivi 2005/56/EY, 4(1), 4(1)(b)

allekirjoitettu.¹¹⁴ Sulautumissuunnitelman tulkintaan voidaan soveltaa osakeyhtiölain 16:3:n kohdalla esitettyjä malleja. Luonnollisesti on huomioitava ulkomaalaisen oikeuden mahdollisesti asettamat rajoitukset. Sulautumissuunnitelmaa ei tarvitse välttämättä laatia aluksi suomeksi tai ruotsiksi, mutta rekisteröintiä varten se on oltava jommallakummalla kielellä.¹¹⁵ Direktiivissä säädetään suunnitelmasta vähintään ilmentävistä seikoista. Suunnitelman on sisällettävä vähintään tieto

a) sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden yhtiömuoto, nimi ja sääntömääräinen kotipaikka sekä rajat ylittävän sulautumisen kautta muodostettavalle yhtiölle aiottu yhtiömuoto, nimi ja sääntömääräinen kotipaikka;

b) yhtiön yhtiöpääomaa edustavien arvopapereiden tai osuuksien vaihtosuhte ja mahdollisen rahavastikkeen suuruus;

c) rajat ylittävän sulautumisen tuloksena muodostettavan yhtiön yhtiöpääomaa edustavien arvopapereiden tai osuuksien jakautumiseen liittyvät yksityiskohtaiset säännöt;

d) rajat ylittävän sulautumisen todennäköiset työllisyysvaikutukset;

e) päivämäärä, josta alkaen yhtiön yhtiöpääomaa edustavat arvopaperit tai osuudet oikeuttavat voitonjakoon osallistumiseen sekä kaikki tähän oikeuteen liittyvät erityisehdot;

f) päivämäärä, josta alkaen sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden liiketoimet katsotaan kirjanpidon kannalta suoritetuiksi rajat ylittävän sulautumisen kautta muodostettavan yhtiön lukuun;

g) oikeudet, jotka rajat ylittävän sulautumisen tuloksena muodostettava yhtiö tuottaa jäsenilleen, joilla on erityisiä oikeuksia, tai muiden kuin yhtiön yhtiöpääomaa edustavien arvopapereiden tai osuuksien haltijoille, tai tällaisten henkilöiden osalta ehdotetut toimenpiteet;

h) rajat ylittävää sulautumista koskevaa suunnitelmaa tarkastaville asiantuntijoille tai sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden hallinto-, johto-,

¹¹⁴ Hallituksen esitys (103/2007) Eduskunnalle rajat ylittäviä pääomayhtiöiden sulautumisia ja jakautumisia koskevaksi lainsäädännöksi, 35.

¹¹⁵ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 409.

valvonta- tai tarkastuselinten jäsenille mahdollisesti myönnettävät erityisetyudet;

i) rajat ylittävän sulautumisen kautta muodostettavan yhtiön yhtiöjärjestys;

j) tarvittaessa tiedot menettelyistä, joiden mukaisesti määritetään 16 artiklan nojalla yksityiskohtaiset säännöt työntekijöiden osallistumisesta niiden oikeuksien määrittelyyn, jotka koskevat työntekijöiden osallistumista rajat ylittävän sulautumisen tuloksena muodostettavassa yhtiössä;

k) tiedot niitä varoja ja vastuita koskevasta arviosta, jotka siirretään rajat ylittävän sulautumisen kautta muodostettavalle yhtiölle;

l) rajat ylittävän sulautumisen edellytysten vahvistamisessa käytettyjen sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden tilinpäätösten päivämäärät.¹¹⁶

Suunnitelma on hyvin kattava ja laaja. Sen vaatimuksia voidaan pitää jopa monimutkaisena. Liittyen suunnitelman a-kohtaan direktiivin johdanto-osan 11-kohdassa todetaan, ettei tämän direktiivin säännökset estä soveltamasta sellaisia jäsenvaltioiden säädöksiä, joissa edellytetään tietoja rajat ylittävän sulautumisen seurauksena syntyvän yhtiön keskushallinnon sijaintipaikasta tai päätoimipaikasta.¹¹⁷ Tämä myös vahvistaa haluttomuutta ottaa lopullista kantaa perustamisteorian ja kotipaikkateorian suhteeseen. Joka tapauksessa uuteen yhtiöön sovelletaan sen maan lakia, jossa sen sääntömääräinen kotipaikka sijaitsee. Riippuen siitä, kumpaa teoriaa jäsenvaltiossa noudatetaan, pohdittavaksi tulee pääkonttorin sijainnin suhde sääntömääräiseen tai tosiasialliseen kotipaikkaan.

Tieto sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden yhtiömuodosta vaikuttaa ratkaisevasti muun muassa osakkeenomistajien ja velkojien suojaan.¹¹⁸ Tästä syystä se on erittäin tärkeä seikka. Lisäksi sulautuminen ei ole mahdollista kaikille yhtiömuodoille ja toisinaan vaaditaan, että yhtiömuotojen on oltava samanlaiset kaikissa sulautuvissa yhtiöissä.

Johdanto-osan 4-kohdassa todetaan erikseen, että direktiivissä esitetty minimivaatimus sisällöstä on todellakin vain minimivaatimus, eikä se estä yhtiöitä sopimasta muistakin

¹¹⁶ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 5(a-l)

¹¹⁷ Ibid, johdanto-osa, kohta 11.

¹¹⁸ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 409–410.

asioista. Suomen osakeyhtiölain 16 luvun 22§:ssä säädetään sulautumissuunnitelmasta ja hallituksen selvityksestä. Rajat ylittävää sulautumista koskevassa suunnitelmassa on oltava kaikki samat asiat, jotka vaaditaan kansallisissa sulautumisissa. Tämän lisäksi suunnitelmasta on käytävä ilmi toimenpiteen luonteesta ja direktiivistä johtuvat muut seikat. Rajat ylittävään sulautumiseen liittyvään suunnitelmaan on varatta enemmän aikaa kuin kansallista sulautumissuunnitelmaa varten.¹¹⁹ On erittäin tärkeätä varata riittävästi aikaa ulkomaan oikeuden säännöksiin perehtymiseen, koska huolimatta sulautumisdirektiivistä, niissä on paljon eroja.

Suomessa toimivaltainen elin laatimaan suunnitelmaa on yhtiön hallitus. Ulkomaisen yhtiön osalta toimivaltaisen elimen määrää sen maan lainsäädäntö, jonka alainen yhtiö on. Yhteinen suunnitelma rajat ylittävästä sulautumisesta on julkaistava Julkistamisdirektiivin 3 artiklan säädosten mukaisesti. Direktiivi rajat ylittävistä sulautumisista ja sen 6 artikla säätää tästä. Siinä todetaan, että jokaisen sulautumiseen osallistuvan yhtiön on julkistettava oman lainsäädäntönsä mukaisesti yhteinen sulautumissuunnitelma vähintään kuukautta ennen sulautumissuunnitelmasta päättävää yhtiökokousta.¹²⁰ Julkistamisdirektiivin kolmannessa artiklassa säädetään, että jokaisessa jäsenvaltiossa on oltava siellä rekisteröidylle yhtiölle oma asiakirjavihko. Tähän asiakirjavihkoon tulee ottaa kaikki yhtiötä koskevat tiedot, jotka on Julkistamisdirektiivin 2 artiklan mukaan julkistettava. Sulautumissuunnitelma tulee siis rekisteröidä tai ottaa mainittuun asiakirjavihkoon.¹²¹

Tämän säännöksen osalta kansallisen lainsäädännön vaikutuksen voivat välillisesti vaikuttaa myös muihin asianosaisiin. Mikäli jonkin sulautumiseen osallistuvan jäsenmaan kansallinen lainsäädäntö vaatii sulautumissuunnitelman nähtävillä ololle pitempää aikaa kuin kuukausi, on muidenkin sulautumiseen osallistuvien laadittava oma suunnitelmansa valmiiksi. Tämä johtuu siitä, että sulautumissuunnitelma laaditaan yhdessä. Muiden ei siis tarvitse esittää sitä aiemmin kuin oma kansallinen lainsäädäntö vaatii, mutta suunnitelma on oltava valmiina, mikäli jonkun maan se pitää aiemmin esittää.¹²²

¹¹⁹ Direktiivi 2005/56/EY, johdanto-osa, kohta 4; Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 408.

¹²⁰ Ibid, artikla 6(1)

¹²¹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/101/EY niiden takeiden yhteensovittamisesta samanveroisiksi, joita jäsenvaltioissa vaaditaan perustamissopimuksen 48 artiklan toisessa kohdassa tarkoitettuilta yhtiöiltä niiden jäsenten sekä ulkopuolisten etujen suojaamiseksi. Myöhemmin Julkistamisdirektiivi, artiklat 2 ja 3

¹²² Van Gerven 2010, Community rules applicable to cross-border mergers s. 14.

Suomen kansallisten säädösten mukaan sulautumissuunnitelma on rekisteröitävä kuukauden kuluessa sulautumissuunnitelman allekirjoittamisesta. Mikäli sulautumiseen osallistuu useampi suomalainen yhtiö, niin ne tekevät kaupparekisteri-ilmoituksen yhdessä. Tähän ilmoitukseen on liitettävä myös riippumattoman asiantuntijan lausunto. Mikäli kyseessä on tytäryhtiö sulautuminen, ilmoituksen tekee emoyhtiö. Poikkeuksen tähän muodostaa tilanne, jossa emoyhtiö on ulkomainen. Tällöin ilmoituksen tekee suomalainen tytäryhtiö.¹²³

—

4.4. Johto- ja hallintoelimen kertomus

Rajat ylittävään sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden johto- tai hallintoelimen on laadittava kertomus, jossa se selittää ja perustelee rajat ylittävän sulautumisen taloudelliset ja oikeudelliset seikat. Kertomuksen tulee myös sisältää sulautumisen seuraukset yhtiön jäsenille, osakkeenomistajille ja velkojille. Tämä asiantuntijakirja on julkaistava vähintään kuukausi ennen sulautumisen hyväksymisestä päättävää yhtiökokousta. Lähtökohtaisesti tämän johto- ja hallintoelimen kertomuksen tulisi olla erillinen asiakirja, mutta sen sisällyttämistä sulautumissuunnitelmaan ei ole kielletty. Se voidaan myöskin laatia erillisenä kullekin eturyhmälle. Kertomuksen osalta on huomioitava myös muu lainsäädäntö, kuten esimerkiksi arvopaperimarkkinalainsäädäntö.¹²⁴ Mikäli muualta lainsäädännöstä nousee vaatimus erilliselle asiakirjalle, niin luonnollisesti tämä vaatimus tulee täyttää. Kertomuksen tarkkuudesta ei ole erikseen säädetty. Millaisista seurauksista kertomuksen tulisi sitten sisältää tietoa? Mikäli kaikista mahdollisista seurauksista sisällytetään tietoa, niin kertomus kasvaisi valtavaksi. Asiaa tulee mielestäni tarkastella siten, että kertomuksen tulee sisältää sellaisia tietoja, joilla on tai voi todennäköisesti olla olennaista merkitystä jollekin niille tahoille, joille kertomus on tarkoitettu. Hallituksen esityksessä on todettu, että kertomuksen tulisi sisältää sellaiset seuraukset, jotka ovat todennäköisiä ja olennaisia¹²⁵. Kertomuksen laajuus ja sisältö vaihtelee paljon. Yhtiöt ovat erilaisia, joten kertomuksen sisällöllekin on mielestäni melko vaikea säätää tarkkaa sisältöä. On selvää, että tiedon tarve eroaa globaalin pörssiyhtiön osakkeenomistajan ja pienen osakeyhtiön osakkeenomistajan kohdalla.

¹²³ OYL 16:24; OYL 16:5; Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 312; 422–423.

¹²⁴ HE 103/2007 s. 37; Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 416–417; direktiivi 2005/56/EY, artikla 7(2)

¹²⁵ HE 103/2007 s. 37–38.

Velkojen suoja edellyttää heidän saavan riittävästi tietoa mahdollisista riskeistä, joita seuraa sulautumisesta. Tietoa on saatava sellaisista seikoista, jotka eivät käy ilmi sulautumissuunnitelmasta.¹²⁶ Tämä sääntö pätee myös pohdittaessa osakkeenomistajien ja työntekijöiden asemaa. Yhtiön johto- tai hallintoelimen kertomuksen ei tule olla toisinto sulautumissuunnitelmasta.

Osakkeenomistajien tulee saada tietoa niistä konkreettisista seurauksista, jotka eivät ilmene sulautumissuunnitelmasta. Tällaisia tietoja voisivat olla esimerkiksi vastikkeina annettavien osakkeiden säilytys ja hallinnointipalvelut, yhtiön ja osakkeenomistajan tiedonantovelvollisuus (liputusvelvollisuus ja sisäpiirirekisteri) ja verovaikutukset. Työntekijöille tärkeitä tietoja ovat esimerkiksi organisaatiomuutokset, uudet työ- ja tuotantomenetelmät ja mahdolliset yksiköiden lakkauttamiset. Kuten muidenkin eturyhmien osalta annettavien tietojen tulee olla sellaisia, jotka eivät ilmene sulautumissuunnitelmasta.¹²⁷

4.5. Riippumattoman asiantuntijan lausunto

Riippumattoman asiantuntijan on annettava kirjallinen lausunto direktiivin viidennessä artiklassa mainitusta sulautumissuunnitelmasta. Tämä lausunto on liitettävä sulautumissuunnitelmaan sen rekisteröinnin yhteydessä. Riippumaton asiantuntija voi olla joko luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö.¹²⁸

Suomessa tällainen henkilö on hyväksytty tilintarkastaja ja tämä lausunto korvaa OYL 16:4:n mukaisen kotimaiseen sulautumiseen liittyvän tilintarkastajan lausunnon. Asiantuntijan nimeää yhtiön hallitus tai muu toimivaltainen elin. Asiantuntijan on annettava lausunto siitä, onko saatu oikeat ja riittävät tiedot sulautumisvastikkeen määräytymisen perusteista. Tämä on erittäin tärkeä osa sulautumissuunnitelmaa. Artiklan 8 kohdassa (3) on viittaus kansallisia sulautumisia koskevaan sulautumisdirektiiviin (78/855/ETY) ja sen 10 artiklaan. Mainitussa artiklassa säädetään asiantuntijalausunnon sisällöstä ja vaatimuksista. Artiklan mukaan on asiantuntijoiden on lausuttava ainakin siitä onko osakkeiden vaihtosuhte heidän käsityksensä mukaan kohtuullinen ja asiallisesti perusteltu. Lisäksi tulee ainakin ilmoittaa ne menetelmät, joita on käytetty vaihtosuhteen selvittämiseksi, ovatko käytetyt menetelmät olleet tarkoituksenmukaisia käsillä olevassa tapauksessa, ilmoitettava arvot joihin on päädytty

¹²⁶ Ibid s. 38.

¹²⁷ HE 103/2007 s. 38.

¹²⁸ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 8(1)

käyttämällä kutakin mainittuja menetelmää ja lausuttava näkemyksensä käytettyjen menetelmien merkityksestä suhteessa toisiinsa arvoa määritettäessä. Mikäli asiantuntija on havainnut erityisiä arvostusongelmia, on näistä mainittava lausunnossa. Suomalaisen yhtiön osalta sovelletaan osakeyhtiölain 16 luvun 4§:n vaatimuksia.¹²⁹ Vaikkakin yhtiön hallitus tai muu toimivaltainen elin nimeää asiantuntijan, niin kansallinen hallintoviranomainen tai tuomioistuin hyväksyy vielä erikseen valinnan.¹³⁰

Asiantuntijoita voi olla yksi tai useampi ja sen on oltava riippumaton, vaikkakin yhtiön palkkaama. Lähtökohtaisesti jokainen yhtiö palkkaa oman riippumattoman asiantuntijansa, mutta yhtiöt voivat myös sopia yhteisen tai yhteisten riippumattomien asiantuntijoiden palkkaamisesta.¹³¹ Suomen osakeyhtiölain 16:4§:n mukaan hyväksytyyn tilintarkastajan on myös annettava vastaanottavalla yhtiölle lausunto siitä, onko sulautuminen omiaan vaarantamaan velkojen maksua. Mikäli kaikki sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden osakkeenomistajat suostuvat tai mikäli käsillä on tytäryhtiösulautuminen, riittää lausunto siitä, onko sulautuminen omiaan vaarantamaan vastaanottavan yhtiön velanmaksun.¹³² Osakkeenomistajat voivat myös tietyin edellytyksin luopua itsenäisen asiantuntijan lausuntovaatimuksesta. Direktiivin 2005/56/EY 8(4) artiklassa todetaan, ettei riippumattomien asiantuntijoiden lausuntoa sulautumissuunnitelmasta tarvita, mikäli kaikkien sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden kaikki osakkeenomistajat näin sopivat. Luopumisen tulee olla kirjallinen. Lisäksi jokaisen osakkeenomistajan pitää vahvistaa se omalla allekirjoituksellaan.¹³³

4.6. Rajat ylittävän sulautumisen hyväksyminen yhtiökokouksessa

Rajat ylittävästä sulautumisesta päätetään yhtiökokouksessa. Jokainen yhtiö järjestää erikseen oman yhtiökokouksensa, jossa ne päätetään sulautumisen hyväksymisestä. Suomen kansallisen lainsäädännön mukaan sulautumisesta päättävä yhtiökokous on pidettävä neljän kuukauden kuluessa sulautumissuunnitelman rekisteröimisestä tai sulautuminen raukeaa. Ennen hyväksymistä osakkeenomistajilla on oltava ollut mahdollisuus tutustua direktiivin 7 ja 8 artiklojen mukaisiin kertomuksiin ja

¹²⁹ HE 103/2007 s. 39; Sulautumisdirektiivi 78/855/ETY, artikla 10(1) kohdat 1–2; Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 420.

¹³⁰ Sulautumisdirektiivi 78/855/ETY, artikla 10(1).

¹³¹ Sulautumisdirektiivi (78/855/ETY), artikla 10(1); Van Gerven, Community rules applicable to cross-border mergers s. 15–16.

¹³² OYL 624/2006, 16:4

¹³³ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 8(4); Van Gerven, Community rules applicable to cross-border mergers s. 21–22.

lausuntoihin. Lisäksi rekisteriviranomaisen tulee ilmoittaa sulautumisista velkojille. Myös yhtiön tulee lähettää kirjallinen ilmoitus sulautumisesta velkojille.¹³⁴

—
Suomen osakeyhtiölaissa säädetään, että sulautuvassa yhtiössä sulautumisesta päättää yhtiökokous, paitsi tytäryhtiösulautumisesta, jossa päätöksen voi tehdä hallitus. Vastaanottavassa yhtiössä sulautumisesta päättää hallitus. Mikäli osakkeenomistajat, jotka omistavat vähintään yhden kahdeskymmenesosan yhtiön osakkeista vaativat, niin sulautumisesta päättää kuitenkin yhtiökokous. Päätös sulautumisen hyväksymisestä on tehtävä viimeistään neljän kuukauden kuluessa sulautumisen rekisteröimisestä tai sulautuminen raukeaa. Joillain velkojilla voi olla oikeus vastustaa sulautumista. Tästä syystä OYL:ssa säädetään, että sulautumisesta päättävä yhtiökokous on pidettävä vähintään kuukautta ennen 16:6§:ssä säädettyä määräpäivää elleivät yhtiön kaikki osakkeenomistajat sekä mahdolliset optio-oikeuksien ja muiden osakkeisiin oikeuttavien erityisten oikeuksien haltijat ole luopuneet oikeudestaan vaatia lunastamista.¹³⁵

—
Määräenemmistösäännöksiensä osalta noudatetaan kansallista lainsäädäntöä. Sulautumisdirektiivin 7 artiklan mukaisesti

1. ...jäsenvaltioissa on säädettävä, että tällainen päätös on tehtävä määräenemmistöllä, joka ei saa olla pienempi kuin kaksi kolmasosaa edustettuina olevien osakkeiden tai edustettavana olevan merkityn pääoman äänimäärästä.

Jäsenvaltioiden lainsäädännössä voidaan kuitenkin säätää, että yksinkertainen enemmistö 1 kohdassa tarkoitetuista äänimäärästä on riittävä, jos vähintään puolet merkitystä pääomasta on edustettuna. Lisäksi sovelletaan perustamiskirjan ja yhtiöjärjestyksen muuttamista koskevia sääntöjä.

2. Jos yhtiössä on eri osakelajeja, päätös sulautumisesta on tehtävä toimittamalla erilliset äänestykset ainakin niiden eri lajia olevien osakkeiden omistajien keskuudessa, joiden oikeuksiin päätös vaikuttaa.

¹³⁴ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 9(1); Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 312–322.

¹³⁵ OYL 624/2006, 16:9; 16:6.

3. Tällainen päätös käsittää sekä sulautumissuunnitelman että mahdollisten sen toteuttamiseksi tarpeellisten perustamiskirjan ja yhtiöjärjestyksen muutosten hyväksymisen.

Direktiivin mukaisen määränemmistöäädökset löytyvät osakeyhtiölain 5 luvun 27§:stä ja se vastaa direktiivin vaatimuksia.

Joissain tapauksissa voi olla käsillä tilanne, ettei yhtiökokouksen hyväksyntää tarvita. Tästä mahdollisuudesta säädetään rajat ylittävissä sulautumisdirektiivissä artiklassa 9(3). Siinä on viittaus sulautumisdirektiivin 8 artiklaan.¹³⁶ Sulautumisdirektiivin 8 artiklan mukaan kansallisen lainsäädännön ei tarvitse vaatia vastaanottavan yhtiön yhtiökokouksen hyväksyntää sulautumiselle mikäli a) julkistaminen tapahtuu vastaanottavan yhtiön osalta vähintään kuukausi ennen sulautuvan yhtiön sulautumisen hyväksymistä päättävää yhtiökokousta, b) kaikilla vastaanottavan yhtiön osakkeenomistajilla on oikeus vähintään kuukausi ennen julkistamista mahdollisuus tutustua sulautumisdirektiivin 11 artiklan 1 kohdassa mainittuihin asiakirjoihin vastaanottavan yhtiön kotipaikassa ja c) niillä vastaanottavan yhtiön osakkeenomistajilla, jotka yksin tai yhdessä omistavat tietyn kansallisessa lainsäädännössä säädetyn vähimmäispääoman, voivat vaatia vastaanottavan yhtiön kutsumaan yhtiökokouksen koolle päättämään sulautumisen hyväksymisestä. Vaikkakin kansalliselle lainsäädännölle on jätetty mahdollisuus päättää vähimmäispääoman suuruudesta, niin direktiivi säättää, ettei tämä vähimmäispääomavaatimus saa olla enempää kuin 5%. Kansallisessa lainsäädännössä voidaan kuitenkin säätää, ettei äänivaltaa vailla olevia osakkeita oteta lukuun vähimmäispääomaa laskettaessa.¹³⁷

Osakkeenomistajilla on oltava mahdollisuus tutustua useisiin asiakirjoihin ennen hyväksymisestä päättävää yhtiökokousta. Sulautumissuunnitelman, johto- tai hallintoelimen kertomuksen ja riippumattoman asiantuntijan lausunnon lisäksi osakkeenomistajilla on oikeus tutustua muihinkin asiakirjoihin. Vähimmäisvaatimuksena on sulautumisdirektiivin 11 artiklassa säädetty osakkeenomistajien oikeudesta tutustua sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden kolmen viimeisen tilikauden tilinpäätöksiin ja toimintakertomuksiin, tarvittaessa välintilinpäätökseen, joka ei saa olla aikaisempi kuin sulautumissuunnitelman päiväystä

¹³⁶ Direktiivi 2005/56/EY, 9(3).

¹³⁷ Sulautumisdirektiivi, 8 artikla.

edeltävän kolmannen kuukauden ensimmäinen päivä, jos viimeisin tilinpäätös on tilikaudelta, joka on päättynyt yli kuusi kuukautta ennen mainittua päivää.¹³⁸

4.7. Vähemmistöosakkeenomistajien ja velkojien suojele

4.7.1. Vähemmistöosakkeenomistajien suojele

Eräänä keskeisenä kiistana kotipaikkateorian ja perustamisteorian välillä on esitetty sitä, että perustamisteorian noudattaminen olisi vaaratekijä vähemmistöosakkeenomistajille ja velkojille. Yhtiön vähemmistöosakkeenomistajilla ei olisi mahdollista estää soveltuvan lain muuttamista ja uhkakuvana on esitetty, että yhtiö pyrkisi heikentämään vähemmistöosakkeenomistajien suojele.

Rajat ylittävien sulautumisten osalta vähemmistöosakkeenomistajiin sovelletaan sulautuvien yhtiöiden kansallista lainsäädäntöä. Kansalliset säädökset voivat sisältää asianmukaisia suojelemechanismeja sulautumista vastustaville vähemmistöosakkeenomistajille.¹³⁹ Suomen osakeyhtiölaissa säädetään lunastusmenettelystä. Sen mukaisesti osakkeenomistajalla on oikeus vaatia osakkeidensa lunastamista. Tämä oikeus koskee kaikkia osakkeenomistajia, ei pelkästään vähemmistöosakkeenomistajia. Toisaalta lunastusmenettely on tarkoitettu Suomessa vähemmistöosakkeenomistajan ensisijaiseksi oikeussuojelekeinoksi, joka vähentäisi tarvetta sulautumispäätöksen moittimiseen. Lunastusmenettelyyn sovelletaan osakeyhtiölain 18 luvun säännöksiä, vaikka mainitussa luvussa säädetäänkin varsinaisesti 90 prosentin omistusosuuden synnyttämästä lunastusoikeudesta ja – velvollisuudesta.¹⁴⁰

Sulautuvan yhtiön osakkeenomistajalla on tosiasiallisesti kaksi vaihtoehtoa, joista valita: joko hän hyväksyy sulautumisen ja saa sulautumisvastiketta tai sitten turvautuu lunastusmenettelyyn. Turvautuessaan lunastusmenettelyyn on osakkeenomistajan täytettävä tietyt ehdot. Ensinnäkin vain niiden osakkeiden lunastamista voi vaatia, jotka on ilmoitettu merkittäväksi osakeluetteloon yhtiökokoukseen tai viimeiseen ilmoittautumispäivään mennessä. Mikäli osakkeet kuuluvat arvo-osuusjärjestelmään, niin sitten noudatetaan osakeyhtiölain 4 luvun 2§ 2 momentin määräaika vaatimuksia.

¹³⁸ Ibid. 11(1)

¹³⁹ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 4(1b), 4(2)

¹⁴⁰ Airaksinen, Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 347–348; 353.

Toiseksi osakkeenomistajan on osallistuttava sulautumisesta päättävään yhtiökokoukseen, kolmanneksi lunastamista on vaadittava sulautumisesta päättävässä yhtiökokouksessa ja siihen on varattava tilaisuus ennen kuin sulautumisesta päätetään. Lunastusmenettelyn kautta sulautumista vastustavan osakkeenomistajan ei tarvitse jatkaa osakkeenomistajana. Neljäntenä vaatimuksena lunastukselle on se, että lunastusta vaativan on äänestettävä sulautumista vastaan yhtiökokouksessa. Mikäli hän kannattaa sulautumista, ei hänen osakkeitaan ole pakko lunastaa.¹⁴¹ Myös optio-oikeuden ja muiden erityisten oikeuksien omistajilla on vastaavat oikeudet. Heidän tulee joko vaatia lunastamista sulautumisesta päättävässä yhtiökokouksessa tai sitten esittämällä todisteellisesti sitä koskeva vaatimus ennen sulautuvan yhtiön yhtiökokousta. Yhtiökokoukselle on ilmoitettava kuinka monesta oikeudesta on esitetty lunastusvaatimus ennen äänestystä.¹⁴² Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho esittävät, että vaatimukset osakkeenomistajan osallistumisesta yhtiökokoukseen ja sulautumispäätöstä vastaan äänestämisestä

*varmistavat sen, ettei lunastusmenettelyä voida käyttää keinona kiertää sulautuvan yhtiön omien osakkeiden hankkimista ja varojenjakoja koskevia rajoituksia. Sulautumiseen liittyvässä lunastusmenettelyssä sulautuvan tai vastaanottavan yhtiön vapaa oma pääoma ei nimittäin rajoita lunastushinnan enimmäismäärää.*¹⁴³

Mikäli edellä mainittuja ehtoja ei olisi, lopputuloksena voisi olla, että lunastettavien osakkeiden määrä nousisi enemmistöksi yhtiön osakkeista ja sen seurauksena sulautumissuunnitelma tulisi hylätyksi. Suomen kansallisten säädösten mukaisesti lunastusvaatimukset voivat koskea vähempää kuin yhtä kolmasosaa yhtiön kaikista osakkeista.¹⁴⁴

Lunastusvaatimus on esitettävä ennen sulautumispäätöksen tekemistä. Lunastamisvaatimuksesta on tehtävä merkintä yhtiökokouksen pöytäkirjaan ja pääsääntöisesti lunastettavaksi vaadittujen osakkeiden lukumäärä on ilmoitettava yhtiökokoukselle. Aina on ilmoitettava lunastettavaksi vaadittujen erityisten oikeuksien lukumäärä, mikäli niitä on vaadittu ennen yhtiökokousta. Lukumäärän ilmoittaminen on tärkeää, koska määrän noustessa suureksi joudutaan pohtimaan sulautumisen

¹⁴¹ OYL 16:13§.1

¹⁴² OYL 16:13§.2

¹⁴³ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 349.

¹⁴⁴ Airaksinen, Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 349.

järkevyyttä. Tärkeätä on olla reaaliaikaisessa yhteydessä myös vastaanottavaan yhtiöön, koska se maksaa lunastushinnan.¹⁴⁵ Sulautumispäätöksestä on järjestettävä äänestys, mikäli lunastusvaatimus on esitetty. Äänestys tulee järjestää siten, että äänestyskäyttäytyminen voidaan selvittää. Tämä on tärkeää, jotta lunastamista vaatineen äänestyskäyttäytyminen voidaan varmistaa.¹⁴⁶

Pohdittaessa osakkeen tai muun oikeuden lunastushintaa on lähtökohtana sulautumispäätöstä edeltävän ajankohdan käypä hinta. Tältä osin ei siis sovelleta osakeyhtiölain 18 luvun 7§:ää. Lunastushintaa määritettäessä ei siis oteta huomioon sulautumisen mahdollista arvoa alentavaa vaikutusta. Määritetylle lunastushinnalle on maksettava vuotuista korkoa sulautumispäätöksen ja lunastushinnan maksamisen väliseltä ajalta siten kuin korkolain 12§:ssä tarkoitetun kulloinkin voimassa olevan viitekorko määrää.¹⁴⁷ Mitä sitten oikeastaan tarkoitetaan käyvällä hinnalla ja miten se määritetään? Eri tilanteissa käyvän arvon määrittäminen tapahtuu eri tavoin. Sulautumiseen liittyvässä lunastusmenettelyssä käyvän arvon määritelmä on lunastusta vaativan osakkeenomistajan kannalta keskeinen seikka. Käyvän arvon lähtökohtana pidetään osakkeen arvoa ennen sulautumispäätöstä, eikä mahdollista sulautumisesta aiheutuvaa alentumaa huomioida. Tarjottu sulautumisvastike ei voi myöskään olla ainoa tekijä osakkeen käyvän hinnan alarajan määrittämiseen¹⁴⁸, vaan jokainen tilanne on erityinen ja vaatii yksityiskohtaista tutkintaa sekä analyysiä hintaan vaikuttavista tekijöistä.

Myös muita vähemmistöosakkeenomistajien suojamekanismeja on mahdollista käyttää, mutta se edellyttää tiettyjä seikkoja. Mikäli kansallisessa lainsäädännössä, jota sulautumiseen osallistuvaan yhtiöön sovelletaan, säädetään arvopapereiden tai osuuksien vaihtosuhteen tutkinta- ja muuttamismenettelystä tai vähemmistöjäsenille annettavaa vastiketta koskevasta menettelystä, niin kyseisiä menettelyjä sovelletaan ainoastaan sillä edellytyksellä, että muut sulautumiseen osallistuvat yhtiöt hyväksyvät nimenomaisesti tällaisen mahdollisuuden.¹⁴⁹ Mikäli muidenkin sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden kansallisessa lainsäädännössä säädetään samanlaisesta oikeudesta, niin hyväksyntää ei tietenkään erikseen vaadita. Suomen kansallisessa oikeudessa on säännökset koskien lunastuksen moittimista. Osakeyhtiölain 18 luvun

¹⁴⁵ Airaksinen, Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 327–328.

¹⁴⁶ Ibid 351–352.

¹⁴⁷ OYL 16:13§.4

¹⁴⁸ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 355–356.

¹⁴⁹ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 10(3)

3§:ssä säädetään välimiesmenettelystä, jossa on ratkaistava lunastusoikeutta ja lunastushinnan määrää koskevan erimielisyydet. Välimiesmenettely on mainitunlaisten riitojen yksinomainen riidanratkaisutapa.¹⁵⁰

—
Lunastushinnan maksaa vastaanottava yhtiö. Tästä syystä on sovittava vastaanottavan yhtiön kanssa lunastushinnasta ja lunastusmenettelystä. Mikäli asiasta ei ole sovittu, on asia annettava Suomen osakeyhtiölain mukaan välimiesten ratkaistavaksi noudattaen osakeyhtiölain 18 luvun pykälien 3 - 5 ja 8 – 10 mukaisia menettelyjä.¹⁵¹

4.7.2. Velkojen suoja

Rajat ylittävässä sulautumisessa Suomen osakeyhtiölain velkojen suojasäännöksiä sovelletaan ainoastaan suomalaisiin yhtiöihin. Säännökset koskien velkojen suojaa sisältyvät OYL 16 luvun 6–8§:iin. Lähtökohtaisesti velkojilla on oikeus vastustaa sulautumista ja rekisteriviranomaisen on ilmoitettava tästä oikeudesta kirjallisesti tunnetuille velkojille.¹⁵² Velkojen on ilmoitettava kirjallisesti rekisteriviranomaiselle vastustavansa sulautumista, mikäli haluaa käyttää tätä oikeuttaan. Lähtökohtaisesti vastaanottavan suomalaisen yhtiön velkojille ei tarvitse lähettää ilmoitusta sulautumisesta. Poikkeuksen muodostaa tilanne, jossa riippumattoman asiantuntijan lausunto tuo esiin seikan, jonka mukaan sulautuminen on omiaan vaarantamaan vastaanottavan yhtiön velkojen maksun.¹⁵³ Ulkomaalaiseen yhtiöön soveltuu sen omat kansalliset säännökset koskien velkojen suojaa. Sulautumisdirektiivin 13 artiklan mukaan velkojien suojamennettely on joka tapauksessa sisällytettävä sulautumiseen, mutta toteuttamistapa on jäsenvaltioiden valittavissa.¹⁵⁴ Näissä toteuttamistavoissa on selkeitä eroa jäsenvaltioiden välillä ja ne tulee selvittää ennen sulautumista.

4.8. Sulautumisen rekisteröintiä edeltävä todistus ja rajat ylittävän sulautumisen laillisuus

Ennen sulautumisen rekisteröintiä ja täytäntöönpanoa on sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden saatava todistus rajat ylittävän sulautumisen lainmukaisuudesta. Jokainen jäsenvaltio tarkastaa omien lainmukaisuutta omien kansallisten säädösten mukaisesti.

¹⁵⁰ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 562–564.

¹⁵¹ OYL 16:4§; OYL 16:6§.

¹⁵² OYL 16:6.1§.

¹⁵³ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 424.

¹⁵⁴ Sulautumisdirektiivi 78/566/ETY, 13 artikla, Van Gerven, Community rules applicable to cross-border mergers s. 26–27.

Tutkivana tahona on jo notaari, tuomioistuin tai muu jäsenvaltion osoittama viranomainen.¹⁵⁵

—

Samanlainen vaatimus sisältyi jo sulautumisdirektiiviin 78/855/ETY, joka säätelee kansallisia sulautumia. Sen 16 artiklasta todetaan, että

1. Niissä jäsenvaltioissa, joiden lainsäädännössä ei ole säädetty sulautumisen laillisuuden hallinnollisesta tai oikeudellisesta ennakkovalvonnasta tai joissa tällainen valvonta ei koske kaikkia sulautumista varten vaadittavia toimia, on niiden yhtiökokousten pöytäkirjat, joissa päätetään sulautumisesta, sekä, tarvittaessa, myös yhtiökokousten jälkeinen sulautumissopimus vahvistettava virallisesti. Jos sulautumisesta ei tarvitse päättää kaikissa sulautumiseen osallistuvissa yhtiöissä, sulautumissuunnitelma on vahvistettava virallisesti.

2. Notaarin tai toimivaltaisen viranomaisen, jolla on oikeus vahvistaa virallisesti asiakirjoja, on tutkittava ja vahvistettava, että yhtiöltä, jonka osalta kyseinen asiakirja on laadittu, vaadittavat toimet ja muotoseikat on toteutettu ja että ne ovat lainmukaisia sekä, että sulautumissopimus on tehty ja se on lainmukainen¹⁵⁶.

—

Jokainen sulautumiseen osallistuva yhtiö tarvitsee toimivaltaisen viranomaisen todistuksen sulautumisen edellytyksenä olevien toimien suorittamisesta ja muodollisuuksien täyttämistä.¹⁵⁷ Ilman tällaista todistusta rajat ylittävä sulautuminen ei ole mahdollista. Menettelyt vaihtelevat riippuen siitä onko vastaanottava yhtiö suomalainen vai ulkomainen. Tarkastelen ensin tilannetta siitä näkökulmasta, että suomalainen yhtiö on vastaanottava yhtiö.

Sulautuva yhtiö on ilmoitettava rekisteröitäväksi samalla tavoin kuin tapahtuisi kansallisessa sulautumisessa. Sovellettavaksi tulee pääosin osakeyhtiölain 16 luvun 14§:n säännökset. Poikkeuksen muodostaa täytäntöönpanoilmoituksen tekeminen. Kansallisessa sulautumisessa täytäntöönpanoilmoitus on tehtävä 6 kuukauden kuluessa sulautumisesta tehdystä päätöksestä muutoin sulautuminen raukeaa.¹⁵⁸ Rajat ylittävässä

—

¹⁵⁵ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 10(1).

¹⁵⁶ Sulautumisdirektiivi 78/566/ETY, 16 artikla

¹⁵⁷ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 427–428.

¹⁵⁸ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 428; OYL 16:14.

sulautumisessa määräaika lasketaan kun molemmat seuraavat ehdot ovat täyttyneet. Täytäntöönpanoilmoituksen tekemisen edellytykset ovat:

- 1) *kaikkien sulautumiseen osallistuvien suomalaisten yhtiöiden sulautuspäätökset ovat tehty; ja*
- 2) *kaikille sulautumiseen osallistuville ulkomaisille yhtiöille on annettu toimivaltaisen ulkomaisen viranomaisen todistus sulautumisen edellytyksensä olevien toimien suorittamisesta ja muodollisuuksien täyttämistä.*¹⁵⁹

Molempien ehtojen täytyttyä alkaa 6 kuukauden määräaika kulua. Mikäli ulkomainen yhtiö sulautuu suomalaiseen yhtiöön, niin on varmistuttava siitä, että sulautumiseen osallistuvien ulkomaisten yhtiöiden osalta on noudatettu sen kansallisen lainsäädännön vaatimuksia, jotka liittyvät sulautumiseen. Tällöin suomalainen rekisteriviranomainen (PRH) selvittää kyseisen yhtiön sääntömääräisen kotipaikan mukaisesti sovellettavan yhtiölainsäädännön edellytykset täyttyvät. Käytännössä suomalainen rekisteriviranomainen saa ulkomaisen rekisteriviranomaisen todistuksen.¹⁶⁰

Suomalaisen yhtiön sulautuessa ja ulkomaisen yhtiön ollessa vastaanottava yhtiö tilanne on monimutkaisempi kuin tilanteessa, jossa suomalainen yhtiö on vastaanottava yhtiö. Ensinnäkin sulautumisen rekisteröintiin sovelletaan vastaanottavan yhtiön kotipaikan lainsäädäntöä. Ulkomaisen lainsäädännön selvittäminen vaatii aina tarkkuutta ja selvää lisätyötä suomalaiselle yhtiölle. Velkojen, vähemmistöosakkeenomistajien ja muiden tahojen suojaksi onkin säädetty rajat ylittäviä sulautumisia koskien, että suomalaisen yhtiön on saatava Suomen kaupparekisteriviranomaisen myöntämä täytäntöönpanolupa.¹⁶¹

Lupahakemus on jätettävä kuuden kuukauden kuluessa sulautuspäätöksestä ja hakemukseen on liitettävä osakeyhtiölain 16:14§ mukaan

- 1) *sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden sulautumista koskevat päätökset*
- 2) *suomalaisen sulautuvan yhtiön hallituksen jäsenten ja toimitusjohtajan vakuutus siitä, että sulautumisessa on noudatettu tämän lain säännöksiä; sekä*

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid s. 428.

¹⁶¹ Ibid s. 434.

3). hallituksen jäsenen tai toimitusjohtajan todistus 7 §:ssä tarkoitettujen ilmoitusten lähettämisestä.

Ensinnä mainittu kohta ei kaipaa paljolti lisäselvityksiä. Toisen kohdan vaatimuksen tarkoituksena on ensisijaisesti vähemmistöosakkeenomistajien ja velkojien suoja. Airaksisen ym mukaan vakuutuksen ei nimittäin tarvitse koskea lainkaan sulautumisvastikkeen antamista. Toisaalta tämä onkin loogista, koska vastikkeen antaminen ja apporttiomaisuuden arvostus tapahtuu ulkomaiseen yhtiöön sovellettavan lainsäädännön mukaisesti. Lupahakemuksen tekee rajat ylittävissä sulautumisissa aina sulautuva yhtiö.¹⁶²

—

Edellä mainittujen vaatimusten ohella on hakemuksessa tuotava esille, onko lunastusmenettelyä pantu vireille. Tämä vaatimus liittyy direktiivin 2005/56/EY artiklaan 10 ja sen kolmanteen kohtaan. Siinä todetaan, että mikäli vähemmistön lunastusmenettelyä ei ole säädetty ulkomaiseen yhtiöön sovellettavassa lainsäädännössä, tulee vastaanottavan yhtiön tällainen menettely nimenomaisesti hyväksyä.¹⁶³

—

Mikäli suomalainen yhtiö täyttää edellä esitetyt vaatimukset myöntää rekisteriviranomainen todistuksen täytäntöönpanoluovasta. Sen lisäksi, että todistuksessa vahvistetaan direktiivin 2005/56/EY 10 artiklan 1 – 2 kohtien vaatimukset, se tuo ilmi mikäli lunastusmenettely on vireillä sulautuvassa yhtiössä. Rekisteriviranomaisen antama todistus on voimassa kuusi kuukautta ja se on toimitettava vastaanottavan yhtiön toimivaltaiselle viranomaiselle.¹⁶⁴

—

4.9. Sulautumisen rekisteröinti, täytäntöönpano ja julkistaminen

Rajat ylittävän sulautumisen astuminen voimaan ratkaistaan sen maan lain mukaisesti, joka soveltuu jäljelle jäävään yhtiöön. Luonnollisesti voimaantuloa ennen on selvitettävä direktiivin 11 artiklan mukainen sulautumisen laillisuus, kuten kappaleessa 4.8. tuotiin esille. Voimaantulon seurauksena sulautuvat yhtiöt purkautuvat ilman selvitysmenettelyä ja kaikki niiden vastuut ja vakuudet siirtyvät säilyvälle yhtiölle. Huomioitava asia liittyen voimaantuloon on henkilöstön edustamiseen liittyvät seikat. Nämä on ratkaistava ennen voimaan tuloa. Mikäli vastaanottavan maan lainsäädännössä

¹⁶² Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 434–435.

¹⁶³ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 10(3).

¹⁶⁴ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 438.

ei vaadita henkilöstöedustusta, on asia ratkaistava ennen voimaantuloa. Lähtökohtana on, että sulautumisen kautta syntyneen yhtiön henkilöstöedustukselliset seikat ratkaistaan sen maan lainsäädännön mukaisesti, jossa sen sääntömääräinen kotipaikka sijaitsee. Mikäli edellä mainitussa lainsäädännössä ei edellytä henkilöstöedustusta, niin lähtökohtaisesti sitä ei tarvitse olla. Tästä on kuitenkin muutama poikkeus, jotka tulee huomioida. Ensinnäkin tilanteessa, jossa vähintään yhden sulautumiseen osallistuvan yhtiön keskimääräinen työntekijöiden lukumäärä on ollut yli 500 henkilöä ja mainitussa yhtiössä on järjestetty henkilöstön edustajilla on henkilöstöedustusta eurooppayhtiössä koskevan direktiivin (eurooppayhtiön sääntöjen täydentämisestä henkilöstöedustuksen osalta 2001/86/EY) 2 artiklan k kohdan mukaiset oikeudet, niin henkilöstöedustukseen sovelletaan kansallisen lainsäädännön sijaan edellä mainittuja direktiivin säännöksiä.¹⁶⁵

—
Toiseksi sulautumisen kautta syntyvän yhtiön sääntömääräisen kotipaikan kansallinen lainsäädäntö syrjäytyy tilanteessa, jossa mainittu laki ei tarjoa henkilöstölle vähintään samanlaajuista osallistumisoikeutta kuin sulautumiseen osallistuvilla on aiemmin ollut tai ei muuten turvaa muissa jäsenvaltioissa oleville työntekijöille samanlaisia osallistumisoikeuksia kuin vastaanottavan yhtiön kotimaassa oleville. Tällöin sovellettavaksi tulee Eurooppayhtiöasetuksen 12 artiklan kohdat 2–4 sekä direktiivin 2001/86/EY tiettyjä säännöksiä, jotka tulevat ilmi direktiivin 2005/56/EY artiklasta 16(3).¹⁶⁶

—
Rajat ylittävä sulautuminen on julkistettava siten, kuin kansallisessa lainsäädännössä ja ensimmäisessä yhtiödirektiivissä vuodelta 1968 säädetään.¹⁶⁷ Direktiivin 2005/56/EY artiklassa 6 (2) säädetään julkistettavista tiedoista. Jokaisen sulautumiseen osallistuvan yhtiön on julkistettava kyseisen jäsenvaltion virallisessa lehdessä ainakin seuraavat tiedot:

Jokaisesta sulautumiseen osallistuvasta yhtiöstä on, jollei sen jäsenvaltion, jonka alainen kyseinen yhtiö on, asettamista lisävaatimuksista muuta johdu, julkistettava kyseisen jäsenvaltion virallisessa lehdessä seuraavat tiedot:

¹⁶⁵ Van Gerven, Community rules applicable to cross-border mergers s. 21–23; Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö II s. 414; direktiivi 2005/56/EY, artikla 16(1), (2)

¹⁶⁶ Airaksinen & Pulkkinen & Rasinaho, Osakeyhtiö s. 414; direktiivi 2001/86/EY; Eurooppayhtiöasetus 2157/2001; direktiivi 2005/56/EY, artikla 16(3).

¹⁶⁷ Sulautumisdirektiivi 78/566/ETY, artikla 18.

a) sulautumiseen osallistuvien yhtiöiden yhtiömuoto, nimi ja sääntömääräinen kotipaikka;

b) rekisteri, johon direktiivin 68/151/EY 3 artiklan 2 kohdassa mainitut kunkin sulautumiseen osallistuvan yhtiön asiakirjat on talletettu, sekä rekisteröintinumero;

c) ilmoitus kunkin sulautumiseen osallistuvan yhtiön velkojien ja tarvittaessa vähemmistöjäsenten oikeuksien toteuttamista koskevista järjestelyistä sekä osoite, josta on maksutta saatavissa täydelliset tiedot tällaisista järjestelyistä.¹⁶⁸

—
Nämä ovat direktiivin asettamat minimivaatimukset. Mahdollisia lisävaatimuksia julkaistavista seikoista voi nousta kansallisesta lainsäädännöstä.

¹⁶⁸ Direktiivi 2005/56/EY, artikla 6(2)

5. VERTAILUA KIINAAN JA YHDYSVALTOIHIN

Yhdysvalloissa yhtiön liikkuvuus ja rajat ylittävät sulautumiset ovat hyvin tavallisia asioita yhtiöiden elinkaaren aikana. Hyvin yleistä on julkisten osakeyhtiöiden kohdalla, että ne muuttavat kotipaikkansa Delawaren osavaltioon hieman ennen listautumista. Kiinan kohdalla tilanne on hyvin erilainen: maa on kohonnut hurjaa vauhtia yhdeksi maailman talousvetureista, vaikkakin on vielä ”nuori” ja ehkä monilta osin kehittymätönkin markkinatalous. Tässä luvussa tarkastelen kahta edellä mainittua valtiota ja niiden suhtautumista yhtiön liikkuvuuteen, kotipaikan määrittämiseen ja sulautumiseen.

5.1. Kiina

Kiina on kasvanut erittäin merkittäväksi kauppamahdiksi koko maailmankin mittakaavassa. Merkittävänä tapahtumana tälle oli Kiinan hyväksyminen Maailman Kauppajärjestön (WTO) jäseneksi vuonna 2001. Tämä merkitsi Kiinan avautumista kansainväliselle kilpailulle ja muutti sekä muuttaa koko ajan huomattavasti elinkeinorakennetta maassa. Kiina ei ole enää pelkästään edullinen tuotantolaitos, vaan myös kasvava kulutusmarkkina. Kansainväliset yritykset perustavat maahan kasvavassa määrin tutkimus- ja kehitysyksiköitä sekä alueellisia pääkonttoreita.¹⁶⁹

Kiina on Suomen suurin kauppakumppani Aasiassa. Kiinassa toimii yli 250 suomalaista yritystä ja niillä on yhteensä noin 400 toimipaikkaa. Suurin osa yrityksistä on keskittynyt Pekingin ja Shanghaiin alueelle sekä niiden ohella etelässä Hong Kongin ja Helmijoen alueille. Suomella ja Kiinalla on voimassa (solmittu 11/2004) oleva sopimus sijoitusten edistämistä ja molemminpuolista suojaamista. Sopimus turvaa suomalaisille yrityksille muun muassa syrjimättömän kohtelun ja sillä varmistetaan sijoitettujen varojen ja niiden tuottojen vapaa siirto maahan ja maasta pois. Sopimus velvoittaa korvaamaan myös esimerkiksi vahingon aiheuttamisesta ja pakkolunastuksesta aiheutuneet vahingot.¹⁷⁰

Lainsäädännöllisesti Kiina on haasteellinen maa. Tämän hetken ongelmina on erityisesti heikko toimeenpano ja sanktioiden riittämättömyys. Varatuomari, OTL Max Jussilan mukaan kiinalainen sanonta ”Taivas korkealla ja Peking kaukana” kuvaa hyvin Kiinan haasteellista oikeudellista tilannetta. Laki ei ole sama eri puolilla maata. Mitä

¹⁶⁹ Kiinan maaportti 9/2010, 12–17, <http://www.finpro.fi/documents/10304/15931/Chinacountryreport0920194.pdf>, luettu 29.7.2011

¹⁷⁰ Kiinan maaportti 9/2010, 18–19. <http://www.finpro.fi/documents/10304/15931/Chinacountryreport0920194.pdf>, luettu 29.7.2011

kauemmas Pekingistä mennään sitä vähemmän keskushallinnon lainsäädännöllä on vaikutusta. Jussila nostaa yhdeksi haasteeksi myös valtavan nopeuden lainsäädännössä. Maa muuttuu niin nopeasti, että lainsäädäntö ei pysy perässä.¹⁷¹

—

Kiinassa on ulkomaalaiselle sijoittajalle monia vaihtoehtoja harjoittaa yritystoimintaa, mutta toisaalta on mahdotonta harjoittaa suoraa yritystoimintaa. Ulkomaalaisen on järjestettävä toimintansa kiertoteitse.¹⁷² Eräs tapa tähän on perustaa wholly foreign owned enterprise (WFOE). Se on yksityinen osakeyhtiö, jonka omistaa kokonaan ulkomaiset sijoittajat. Tässä tutkimuksessa tarkastelen ainoastaan edellä mainittua yhtiömuoto ja sitäkin pintapuolisesti, koska tämän tutkimuksen rajoissa on mahdotonta perehtyä siihen tarkemmin. WFOE:n etuja verrattuna muihin toimintamuotoihin Kiinassa on ensinnäkin autonomisuus kiinalaisista kumppaneista. Tällä tavoin esimerkiksi emoyhtiö voi toteuttaa omaa strategiaansa sen sijaan, että kiinalainen kumppani toisi omat näkemyksensä yritystoimintaan. Toiseksi yhtiölle on mahdollista laskuttaa renminbeissä, joten ei ole tarvetta eri valuutoille ainakaan tästä syystä. Kolmanneksi se saa suojaa patenti- ja informaatio-oikeuksille. Edellä mainittu lista ei ole millään tavalla tyhjentävä, vaan ainoastaan suuntaa antava.¹⁷³

—

Edellä mainittua yhtiötä koskevissa säännöksissä todetaan, että ulkomaiset sijoittajat saavat perustaa Kiinaan sellaisia yhtiöitä, jotka edistävät Kiinan taloudellisia hyötyä ja jotka eivät ole kiellettyjä tai rajoitettuja Kiinan hallituksen taholta. Yrityksen toimiala on pohdittava huolella, sillä hakemuksella sallitaan vain ja ainoastaan se toimiala, joka hakemuksessa ilmoitetaan. Hakemuksessa tulee siis ilmoittaa kaikki se toiminta, mitä edes visioidaan joskus tehtävän.¹⁷⁴ Kiinassa julkaistaan luetteloa, jossa on jaoteltu toimialat, joihin ulkomaalaisia yrityksiä rohkaistaan tai vaihtoehtoisesti kielletään tai rajoitetaan niihin osallistumista.¹⁷⁵

—

Rekisteröidyksi pääomaksi WFOE:lle asiantuntijat suosittelevat 100 000 euron pääoman ilmoittamista. Tämä varmistaa paremmin rekisteröinnin hyväksymisen Kiinan viranomaisten taholta. Vähimmäispääomavaatimus ei ole läheskään yhtä korkea, vaan

¹⁷¹ Kiinan maaraaportti 9/2010, 18–19.
<http://www.finpro.fi/documents/10304/15931/Chinacountryreport0920194.pdf>, luettu 29.7.2011;
Lakimiesuutiset 29.7.2011 "Kiinalaiseen kulttuuriin ei kuulu oikeudenkäynti"; Väänänen, Suomalaisyrietykset etabloituminen Kiinan verotuksen näkökulmasta s. 6.

¹⁷² Webre, "Mergers and acquisitions in China".
http://www.deacons.com.hk/eng/knowledge/knowledge_212.htm, luettu 29.7.2011.

¹⁷³ <http://www.wfoe.org/>, luettu 26.8.2011

¹⁷⁴ <http://www.wfoe.org/>, luettu 26.8.2011.

¹⁷⁵ http://www.wfoe.org/doc/Catalogue_for_the_Guidance_of_Foreign_Investment_Industries.pdf, luettu 26.8.2011.

vähimmäispääomavaatimus on 30 000 RMB eli vähän yli 3000 euroa. Syy, miksi rekisteröitäväksi pääomaksi esitetään huomattavasti suurempaa summaa, ei liity kuitenkaan korruptioon. Yhtiö voi käyttää rekisteröityä pääomaan ennen kuin se alkaa saada omia tuloja. Suositeltava 100 000 euroa on arvioitu riittävän siihen saakka, kunnes yhtiö alkaa saamaan omia rahavirtoja. Mikäli yhtiön rekisteriin merkitty pääoma loppuu yhtiö joutuu hakemaan uutta lupaa pääoman lisäämiseksi sekä toimilupalisenssien uusimisista muutamana esimerkkinä mainitakseni. Tämä taas aiheuttaa turhia kuluja ja ajankulumista.¹⁷⁶

—

Erittäin tärkeätä on ennen hakemuksen lähettämistä se, että yhtiö vuokraa toimitilat. Lähtökohtaisesti tilojen on oltava liikehuoneisto. Vuokranantajalta on tärkeää saada todistus siitä, että toimitilat sopivat WFOE:lle, kuten myös se, että vuokranmaksu palautetaan, ellei hakemusta hyväksytä. Hakemuksen hyväksymisen jälkeen yhtiö voi alkaa toimimaan. Se voi palkata työntekijöitä, avata pankkitilin, tehdä sopimuksia ja yleensä harjoittaa liiketoimintaa Kiinassa.¹⁷⁷

—

Tällä hetkellä on havaittavissa Kiinassakin työvoimakustannusten nousua ja sen seurauksena yhtiöt ovat alkaneet pohtia uudelleen sijoittumista Kiinassa. Työvoimakustannukset on helppo arvioida ja vertailla, mutta ongelmia saattaa aiheutua nykyisen sijoittumispaikan puolelta. Paikalliset viranomaiset eivät luonnollisestikaan halua veronmaksajan poistuvan heidän alueeltaan. Lähtökohtaisesti WFOE:t voivat sijoittautua uudelleen ja sulautua toiseen yhtiöön. Kuitenkin mitä useampi yhtiö osallistuu esimerkiksi sulautumiseen, niin sitä hankalampi ja monimutkaisempi tilanne on.¹⁷⁸ Voidaan jossain määrin mielestäni ajatella, että Euroopan yhteisön tuomioistuimen ratkaisu asiassa Daily Mail saisi samanlaisen ratkaisun Kiinassa kuin se sai Euroopassa.

Devonshire-Ellis & Hoffman kirjoittavat artikkelissaan, että yhtiöt voivat sijoittautua uudelleen, mutta joskus se saattaa vaatia sulautumisen. Tämäkin voidaan toteuttaa ja siinä on lähtökohtaisesti vain huomioitava verosuoritusten yhteensovittaminen sekä tulli- ja henkilöstöasioiden hoitaminen. Mikäli näitä ei ole hoidettu asianmukaisesti

¹⁷⁶ <http://www.wfoe.org/>, luettu 26.8.2011.

¹⁷⁷ <http://www.wfoe.org/>, luettu 26.8.2011

¹⁷⁸ Devonshire-Ellis & Hoffmann, Relocating your China WFOE: It's a settlement deal. [http://www.china-](http://www.china-briefing.com/news/2010/10/25/relocating-your-china-wfoe-its-a-settlement-deal.html)

[briefing.com/news/2010/10/25/relocating-your-china-wfoe-its-a-settlement-deal.html](http://www.china-briefing.com/news/2010/10/25/relocating-your-china-wfoe-its-a-settlement-deal.html), luettu

26.8.2011.

viranomaiset voivat estää yhtiön siirtymisen. Kirjoittajien mielestä paikallisten viranomaisten kanssa (lähtöpaikan) tulee keskustella asiasta hienotunteisesti, koska he ovat menettävänä osapuolena. Hoidettavat hallinnolliset seikat vaihtelevat juttujen välillä paljonkin.¹⁷⁹ Yhteenvetona voidaan todeta, että huolellisuus asioiden selvittämisessä ja hoitamisessa on oltava vieläkin tarkempaa kuin Euroopassa. Lainsäädännön harmonisointi saati sen täytäntöönpano on ihan eri tasolla kuin Euroopassa. Paikalliset olosuhteet ja toimintatavat tulee selvittää erityisellä tarkkuudella.

5.2. Yhdysvallat

Yhdysvallat muodostavat yhden maailman suurimmista talousmahdeista, vaikkakin sen nykytilanne vaikuttaa melko huonolta. Yhdysvaltojen valtion velka on yli 14,6 biljoonaa dollaria. Budjettialijäämä on erittäin huolestuttava ja kasvava työttömyys vain lisää tilanteen vakavuutta. Tämä yhdistettynä poliittiseen toiminnan häiriöihin luo hyvin epävarman näkymän tulevaisuudesta.¹⁸⁰

Epävarma on tilanne Euroopassakin. Poliittinen kyvyttömyys ratkaista velkamaiden hoitamiseen liittyviä ongelmia on tullut tutuksi asiaksi jokaiselle unionin kansalaiselle.

Yhdysvaltojen yhtiöoikeutta pidetään kuitenkin erittäin kehittyneenä, ehkä jopa maailman kehittyneimpänä. Tarkastelen tässä kappaleessa eroja ja yhtäläisyyksiä Yhdysvaltojen ja Euroopan välillä liittyen tutkimusteemaani.

Yhdysvalloissa yhtiö voi perustamisen jälkeen siirtyä mihin tahansa osavaltioon ilman, että ”kotivaltio voi sitä estää. Euroopassa ”kotivaltiolla” on oikeus määrittää ne liittymäkohdat, jotka synnyttävät ja ylläpitävät yhtiön oikeuskelpoisuuden. Tämä selkeä kanta tuli esiin jo Daily Mail ratkaisussa vuodelta 1988, jossa Euroopan yhteisön tuomioistuin totesi seuraavasti:

” Tältä osin on muistettava, että toisin kuin luonnolliset henkilöt, yhtiöt ovat oikeusjärjestyksen eli yhteisön oikeuden nykyisessä kehitysvaiheessa kansallisen oikeusjärjestyksen nojalla luotuja oikeussubjekteja. Ne ovat

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ ”Economist list U.S. budget deficit as No 1 worry”, <http://economiccrisis.us/2011/02/>, luettu 29.8.2011; ”Luottoluokitus: perustuslaillinen kriisi”, <http://suomenkuvalehti.fi/blogit/americana/luottoluokitus-perustuslaillinen-kriisi>, luettu 29.8.2011.

*olemassa ainoastaan sen kansallisen lainsäädännön vaikutuksesta, jolla niiden perustaminen ja toiminta määritellään.*¹⁸¹

—
Sama asia toistettiin vielä vuonna 2006 Cartesio ratkaisun perusteluissa. Perusteluissa todetaan, että

*Jäsenvaltiolla on näin ollen mahdollisuus määritellä sekä se liityntä, jota yhtiöltä vaaditaan, jotta sitä voidaan pitää jäsenvaltion kansallisen oikeuden mukaan perustettuna yhtiönä, jolla näin ollen voi olla sijoittautumisoikeus, että se liityntä, jota vaaditaan tämän aseman ylläpitämiseksi myöhemmin. Tämä mahdollisuus sisältää sen, että tämä jäsenvaltio voi evätä sen kansallisen oikeuden soveltamisalaan kuuluvalta yhtiöltä tämän aseman säilyttämisen, jos yhtiö aikoo organisoitua uudelleen toisessa jäsenvaltiossa siirtämällä kotipaikkansa tämän toisen jäsenvaltion alueelle katkaisten siten sen liitynnän, jota sen perustamisjäsenvaltion kansallisen oikeuden mukaan edellytetään.*¹⁸²

—
Sääntömääräisen tai tosiasiallisen kotipaikan siirtäminen ja sen vaikutukset riippuvat sen maan lainsäädännöstä, jonka mukaisesti yhtiö on perustettu. Tämä yhtiö ”kotivaltio” voi siis säädellä liittymää, joka/joita vaaditaan, että se katsotaan kansallisen oikeuden mukaisesti perustetuksi yhtiöksi ja se liityntä, joka/joita vaaditaan tämän aseman ylläpitämiseksi.

Yhdysvalloissa osavaltion toimivaltaa suhteessa yhtiöön on rajoitettu. Osavaltiossa sovellettava laki ei ole ainoa, joka yhtiöön soveltuu. Yhtiöön soveltuu osittain liittovaltion laki ja osaltaan ”kotivaltion” laki. Kotiosavaltion laki soveltuu ainoastaan yhtiön sisäisiin asioihin. Euroopassa niin yhtiön sisäiset (osakkeenomistaja vs hallitus) kuin yhtiön ulkoiset (esim. velkojat) asiat kuuluvat yhtiön kotipaikan oikeuden toimivaltaan. Yhdysvalloissa yhtiön siirtyminen toisen soveltuvan osavaltion oikeuden piiriin vaikuttaa ainoastaan osakkeenomistajia ja hallituksen asemaa koskeviin säännöksiin. Liittovaltion oikeus säätelee edelleen velkojien asemaa.¹⁸³

—
Euroopassa yhtiöiden sääntömääräisen kotipaikan muuttaminen onnistuu rajat ylittävän sulautumisen kautta tai perustamalla eurooppayhtiö. Eurooppayhtiön sääntömääräinen

¹⁸¹ Daily Mail, kohta 19.

¹⁸² Cartesio, kohta 110.

¹⁸³ Mucciarelli, Freedom of reincorporation and the scope of Corporate law in the U.S. and The E.U. Law s. 1–2.

kotipaikka ja pääkonttori on sijaittava samassa jäsenmaassa. Tämä lisäedellytys estää sääntömääräisen kotipaikan ja pääkonttorin sijainnin erottamisen. Muutoin kuin edellä mainituilla tavoilla sääntömääräisen kotipaikan muuttaminen on erittäin monimutkaista ellei jopa mahdotonta. Yhdysvalloissa sääntömääräisen kotipaikan muuttaminen ei ole ongelma. Keskeisenä lainvalintakriteerinä on se, että yhtiöön sisäisiin asioihin soveltuu perustamisteorian mukaisesti sen osavaltion laki, missä yhtiö on perustettu ja muiden osavaltioiden on tunnustettava tämä. Yrityksen pääkonttorin eikä pääliiketoiminta-alueen tarvitse olla samassa osavaltiossa.¹⁸⁴ Voidaan todeta, että tilanne tältä osin vastaa Suomen noudattamaa linjaa.

Mikäli yhtiö haluaa Yhdysvalloissa vaihtaa yhtiöön sovellettavaa lakia, niin tämä on mahdollista sulautumisen kautta. Yhtiö perustaa uuden yhtiön siihen osavaltioon, jonka lain se haluaa soveltuvan itseensä. Yhtiön ei tarvitse siirtää liiketoimintaansa tai pääkonttoria tai mitään muutakaan tähän ”uuteen kotivaltioon”. Esimerkiksi yhtiö toimii osavaltiossa X ja haluaa muuttaa yhtiöön sovellettavan osavaltion Y lakia. Yhtiö perustaa tytäryhtiön osavaltioon Y ja sulautuu siihen. Näin sovellettavaksi tulee osavaltion Y laki. Yhdysvalloissa liittovaltion toimivaltaa yhtiön asioihin on lisätty viimeaikaisten skandaalien myötä. Muutoinkin Yhdysvaltain lainsäätökehitys yhtiöoikeuden alalla on mukailnut yhteiskunnassa tapahtuneita kriisejä. Liittovaltion toimivalta on kasvanut koskemaan myös joitakin yhtiön sisäisiä asioita, vaikkakin yhtiön hallituksen ja osakkeenomistajien asemaa pääosin säätelee edelleen osavaltion laki. Huomattavaa on myös se, että liittovaltion toimivalta koskee vain listautuneita yhtiöitä.¹⁸⁵ Myös Euroopassa yhtiöön sovellettavan lain muuttaminen on mahdollista sulautumisen kautta. Prosessin menettelylliset vaatimukset ovat huomattavat.

Eräs tärkeä ero Yhdysvaltojen ja Euroopan välillä on. Euroopassa yhtiöoikeuden harmonisointi on tapahtunut ja tapahtuu pitkälti direktiivien kautta. Direktiivit taas eivät ole suoraan sovellettavaa oikeutta jäsenvaltioissa, vaan jokainen jäsenvaltion toteuttaa direktiivien mukaiset lainsäädäntömuutokset omaan lainsäädäntöönsä valitsemallaan tavalla. Tämä ei siis tarkoita sitä, että laki olisi identtinen jokaisessa jäsenvaltiossa. Direktiiveihin liittyen annetaan aina jokin määräaika, jonka aikana kansallinen

¹⁸⁴ Ibid, 8–9.

¹⁸⁵ Mucciarelli, Freedom of reincorporation and the scope of Corporate law in the U.S. and The E.U. Law s. 22–27.

lainsäädäntö on mukautettava direktiivin päämäärien mukaiseksi. Määräaikojen jälkeen direktiiveillä voi olla välittömiäkin vaikutuksia.¹⁸⁶

—

Yhdysvalloissa liittovaltion laki sen sijaan ohittaa osavaltioiden lainsäädännön ja on siten selvästi ennustettavampi ja yhtenäisempi.¹⁸⁷ Juuri tätä ennustettavuutta kaipaisi Eurooppakin. Ennustettavuuden kautta yhtiöiden riskit toimia pienenisivät ja erilaisten selvitystöiden määrä vähenisi. Tämä taas vaikuttaisi kustannuksiin alentavasti.

¹⁸⁶ Jääskinen, Euroopan Unioni. Oikeudelliset perusteet s. 338–341.

¹⁸⁷ Mucciarelli, Freedom of reincorporation and the scope of Corporate law in the U.S. and the E.U. law s. 27–29.

6. LOPPULAUSE

Euroopan unionin tavoitteena on luoda yhteismarkkinat koko Eurooppaan ja tehdä siten Euroopasta yksi maailman parhaista talousalueista. Yhtiöt ovat kuitenkin kohdanneet monenlaisia ongelmia kansainvälistymisen tiellä. Eräänä keskeisenä ongelmana on ollut unionin ja sen jäsenmaiden kyvyttömyys harmonisoida yhtiölainsäädäntöä. Nykyinen monimutkainen ja monivaiheinen prosessi, joka sisältyy esimerkiksi Eurooppayhtiöiden perustamiseen ei ole todellinen ratkaisu, joka tarjoaisi kilpailukykyisen toimintamallin. Esimerkiksi Allianz yhtiön muuttaminen Eurooppayhtiöksi maksoi pelkästään perustamiskustannuksien osalta 95 miljoonaa euroa. Toisaalta vaikeudet harmonisoida lainsäädäntöä ovat hyvin ymmärrettäviä, koska Euroopassa on hyvin erilaisia valtioita ja niillä taas monella tapaa erilaisia oikeusjärjestelmiä. Tämä toisaalta pakottaa pohtimaan koko harmonisoinnin mielekkyyttä.

Eräs ilmentymä harmonisoinnin vaikeudesta liittyy yhtiön kotipaikan määrittämiseen, joka on keskeinen vaikuttava tekijä lainvalinnan kannalta. Euroopassa on edelleen huomioitava tämä kahden periaatteen ero. Eräät jäsenvaltiot noudattavat yhtiön kotipaikan määrittämisessä ns. kotipaikkateoriaa (real seat, sitztheory). Kotipaikkateoriasta on hieman toisistaan poikkeavia tulkintoja lainvalinnan kannalta ratkaisevan kriteerin osalta. Lähtökohtana on kuitenkin, että yhtiön tosiasiallisen keskushallinnon sijaintimaa ratkaisee yhtiön kotipaikan ja siten siihen sovellettavan lain. Indikaattorina tosiasiallisesta keskushallinnosta pidetään yhtiön liiketoiminnan keskusta, yhtiön johtamispaikkaa tai sitten yhtiön johdon sijoittumista.

Toinen vallalla oleva teoria on perustamisteoria (incorporation theory). Teorian mukaan oikeushenkilöön sovelletaan sen maan lakia, jonka mukaisesti se on perustettu. Yhtiö voi vapaasti sijoittaa keskushallintonsa ja pääasiallisen toimintansa toisaalle niin halutessaan. Periaate ei vaadi, että keskushallinto tai pääkonttori olisi sijoitettu samaan maahan kuin missä yhtiö pääasiallisesti toimii.

Yhtiön liikkuvuuden kannalta kotipaikkateoria muodostaa ongelman, joka aiemmin pahimmillaan aiheutti sen, ettei yhtiötä tunnustettu toisessa jäsenvaltiossa. Nykyinen Euroopan Yhteisön Tuomioistuimen kanta asiaan on se, että vastaanottavan maan on tunnustettava toisen jäsenvaltion oikeuden mukaan perustettu yhtiö. Tämä kanta tuli selväksi erityisesti tapauksen *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, C-208/00* yhteydessä, jossa EYT totesi aivan oikein, että ilman tunnustamista sijoittautumisvapaus ei voi toteutua. Mikäli toiset jäsenvaltiot eivät

tunnusta oikeuskelpoisuutta toisista jäsenvaltioista tuleville yhtiöille, niin sijoittuminen estyy jo lähtökohtaisesti.

Mainitun ratkaisun jälkeen esiintyi paljon keskustelua siitä, että kotipaikkateoria olisi ristiriidassa sijoittautumisvapauden kanssa ja siitä syystä se olisi tullut kokonaan hylätä. Tämä ei kuitenkaan pidä täysin paikkaansa. Se onko kyseessä sijoittautumisvapauden rajoitus vai ei, riippuu siitä, onko kyseessä yhtiön maastamuutto vai yhtiön maahanmuutto. Maastamuuttavaan yhtiöön kotipaikkateorian soveltaminen on sallittua, mutta maahanmuuttavaan ei. EYT:n tapauksessa Cartesio vahvistettiin tämä tilanne. EYT:n mukaan jäsenvaltio saa määritellä sen liittymän, joka yhtiöltä vaaditaan, jotta se on asianmukaisesti perustettu ja mitä liittymää siltä vaaditaan tämän oikeushenkilöllisyyden ylläpitämiseksi. Näin ollen kotipaikkateoriaa noudattaen voidaan määritellä, että yhtiön pääkonttorin on sijaittava samassa jäsenvaltiossa kuin sen sääntömääräinen ja tosiasiallinen kotipaikka. Sen sijaan kotipaikkateoriaa ei voi soveltaa maahanmuuttavaan yhtiöön siten, että sitä ei tunnusteta lainkaan.

Yhtiön liikkuvuuteen saatiin jonkinlainen ratkaisu rajat ylittäviä sulautumisia koskevan direktiivin myötä. Sen avulla yhtiöt voivat siirtää kotipaikkansa ja siten yhtiöön sovellettavan lain. Yhtiö voi valita sellaisen oikeusjärjestelmän, jonka se katsoo sopivan itselleen kaikista parhaiten. Tämä on osaltaan vaikuttanut jonkinlaiseen lainsäädäntökilpailuun ja sen seurauksena Saksasta on siirtynyt paljon yhtiöitä Iso-Britanniaan. Tosiasiallisesti yhtiöt toimivat Saksassa, mutta niihin sovelletaan Iso-Britannian lainsäädäntö, koska niiden sääntömääräinen kotipaikka on siellä. Yhtiöiden liikkuvuus ei ole kuitenkaan aiheuttanut niitä uhkakuvia, joita perustamisteoriaan on aiemmin liitetty.

Direktiivi rajat ylittävistä sulautumisista on hyvä askel oikeaan suuntaan. Toisaalta se on vielä riittämätön. Se sisältää huomattavan monimutkaiset prosessivaatimukset muun muassa sulautumissuunnitelman ja siihen sisällytettävien asiakirjojen osalta. Lisäksi eroavaisuuksia eri jäsenvaltioiden välille jää edelleen huomattavasti, koska direktiivi ei ole välittömästi vaikuttavaa oikeutta, vaan jäsenvaltioiden on mukautettava oma kansallinen lainsäädäntönsä ainoastaan vastaamaan direktiivin päämääriä ja tavoitteita. On siis selvää, että toisen jäsenvaltion yhtiölainsäädäntöön tulee perehtyä erittäin hyvin ennen rajat ylittävän sulautumisen toteuttamista. Tämä kasvattaa perustamiskustannuksia ja se taas vähentää ratkaisun liiketoiminnallista kannattavuutta. Toisaalta ilmeistä on, että ilman artikloja henkilöstöedustuksesta,

vähemmistöosakkeenomistajien ja velkojien suojasta sekä mahdollisuudesta soveltaa edelleen kotipaikkateoriaa mitään direktiiviä rajat ylittävistä sulautumisista tuskin olisi saatu aikaan ollenkaan. Vaikuttaakin, että eniten sijoittautumisvapaudesta ovat hyötyneet pienet ja keskisuuret yritykset, jotka ovat perustaneet pseudo-foreign yhtiön agentin kautta. Toissijainen sijoittautumisvapaus vaikuttaa liiketoiminnallisesti järkevämmältä ratkaisulta kuin kallis rajat ylittävä sulautuminen.

Yleisemminkin voidaan sanoa, että enemmän sijoittautumisvapauden käyttöön ja yhtiöiden liikkumiseen on vaikuttanut EYT:n ratkaisut kuin esimerkiksi rajat ylittävän direktiivin säätäminen. Todisteena tästä on se, että vuosittainen keskiarvo perustettavien uusien osakeyhtiöiden osalta Isossa-Britanniassa ennen Centros-tapausta oli 146 uutta osakeyhtiötä, kun se Centrosin jälkeen oli 671 uutta yhtiötä joka vuosi. Suurin osa uusista yhtiöistä oli Saksasta, Ranskasta, Hollannista ja Norjasta. Pääasiallisena syynä Iso-Britanniaan sijoittumiselle ei ollut huono velkojien suoja tai löyhä kontrolli johdon toimintaan, vaan pieni vähimmäispääomavaatimus ja matalat perustamiskustannukset.

Vertailtaessa Kiinaa ja Yhdysvaltoja Eurooppaan voidaan molemmista löytää yhteneväisyyksiä ja eroja. Kiinassa tilanne muuttuu koko ajan erittäin nopealla tahdilla. Siellä yritystoiminnan mahdollisuudet ulkomaalaisille toimijoille ovat kasvaneet huomattavasti Kiinan liittyttyä WTO:oon. Kiinassa laki ja sen samankaltaisuus koko maassa ei ole samalla tavalla selvää kuin esimerkiksi Suomessa tai Yhdysvalloissa. Myöskin sanktiot ja täytäntöönpano-ongelmat muodostavat haasteellisen tilanteen. Mitä kauemmas Pekingistä mennään sitä enemmän asioiden hoitoon vaikuttavat myös muut seikat.

Yhtenä mahdollisuutena ulkomaalaiselle toimijalle on perustaa Kiinaan pelkästään ulkomaisten omistama yritys. Yritysmallia, joka on yksityinen osakeyhtiö, kutsutaan *Wholly foreign owned enterprise*-nimellä. Tällainen yritys voi sulautua ja sitä kautta yhtiön liikkuvuus on ainakin periaatteessa mahdollista. Sulautumisen toteuttaminen vaatii kuitenkin suurta asiantuntijuutta.

Yhdysvalloissa yhtiön kotipaikan määrittäminen tapahtuu perustamisteorian kautta. Yhtiöön sovelletaan sen osavaltion lakia, jonka mukaan se on perustettu. Huomattavaa on kuitenkin se, että osavaltion laki soveltuu pääosin hallituksen ja osakkeenomistajien välisiin suhteisiin. Liittovaltion laki soveltuu yhtiön ulkopuolisiin asioihin. Lisäksi liittovaltion oikeus on ottanut enenevässä määrin kontrollivaltaa muun muassa Enron-skandaalin jälkeen. Liittovaltion toimivalta ei koske toisaalta yksityisiä osakeyhtiöitä,

joten niiden osalta soveltuvan lain muutos vaikuttaa huomattavasti enemmän kuin julkisen osakeyhtiön kohdalla. Yhtiöiden liikkuvuus on hyvin tavallista Yhdysvalloissa ja sääntömääräinen kotipaikka ja siten soveltuva laki vaihdetaan useimmiten sulautumisen kautta. Delawaren osavaltio on erittäin suosittu ”muuttokohde” yhtiöille juuri ennen niiden listautumista.

Yhtäläisyyksistä huolimatta Eurooppa on *sui generis* myös yhtiön liikkuvuuteen ja rajat ylittäviin sulautumisiin liittyen, eikä suoraa vastaavuutta löydy ainakaan nyt tarkasteltavina olleista Kiinasta tai Yhdysvalloista.