Kendelse af 1. december 1993. 93-41.254.

Registrering af kapitalforhøjelse nægtet, da bestyrelsens redegørelse og revisors udtalelse ikke var udsendt forinden generalforsamlingen.

Anpartsselskabslovens § 21, jf. § 5a og § 5b, og § 127, stk. 1.

(Morten Iversen, Kirsten Levinsen og Ebbe Christensen)

Advokat A har på vegne K ApS i skrivelse af 21. juni 1993 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 26. maj 1993 (j.nr. 92-66.095) afslog at registrere en anmeldelse om kapitalforhøjelse i anpartsselskabet og en anmeldelse om omdannelse af anpartsselskabet til et aktieselskab.

Sagens omstændigheder:

På en ekstraordinær generalforsamling i K ApS den 20. september 1992 vedtog man at erhverve nogle patenter med tilhørende godkendelse af den amerikanske Food and Drug Administration fra det irske selskab B Ltd. Den samlede pris herfor var 900 mio.kr., som skulle berigtiges ved at optage et lån i B Ltd. for et tilsvarende beløb. For lånet blev der samme dag (20. september 1992) udstedt et ikke-omsætteligt, rente- og afdragsfrit, konvertibelt gældsbrev. Gældsbrevet gav långiver ret til at konvertere sin fordring til anparter i K ApS.

Af referatet af en ekstraordinær generalforsamling i selskabet den 3. november 1992 fremgår, at B Ltd. nu ønskede at konvertere gældsbrevet til anparter for 900 mio.kr. Generalforsamlingen besluttede enstemmigt konverteringen -"efter drøftelse af redegørelse fra bestyrelsen og revisors udtalelse om den regnskabsmæssige gennemførelse af konverteringen". Generalforsamlingen bemyndigede bestyrelsen til at forhøje anpartskapitalen med 900.050.000 kr. fra 200.000 kr. til 900.250.000 kr. Endvidere vedtog generalforsamlingen, at anpartsudstedelse skulle erstattes af aktieudstedelse eller anparter ombyttes med aktier, såfremt det blev besluttet at omdanne selskabet til et aktieselskab. Det fremgår af referatet, at den samlede anpartskapital var tilstede på generalforsamlingen.

På en ny ekstraordinær generalforsamling den 10. november 1992 blev det enstemmigt besluttet at omdanne anpartsselskabet til et aktieselskab med navnet K A/S. Revisors åbningsstatus pr. 3. november 1992 med tilhørende vurderingsberetning blev fremlagt og godkendt, og nye vedtægter blev vedtaget.

Af revisors åbningsstatus dateret 10. november 1992 fremgår, at selskabets aktiver består af "rettigheder til C " 900.000.000 kr. og mellemregning med D A/S 250.000 kr. Passiverne er en aktiekapital på 900.250.000 kr. I vurderingsberetningen er bl.a. anført:

> "K har erhvervet alle rettigheder til C, herunder godkendelse fra Food & Drug Administration (FDA) i USA.
>
> Erhvervelsen er berigtiget ved udstedelse af gældsbrev på 900.000.000 danske kroner. Gældsbrevet er nu kvitteret til indfrielse mod vederlag i anparter i K. Disse anparter ønskes snarest muligt konverteret til aktier.

> De omkostninger, som er afholdt til forsøg og forskning i forbindelse med FDA-godkendelsen, kan jeg ikke revidere, da de har fundet sted i USA. Det er imidlertid oplyst, at sædvanlige omkostninger til en FDA-godkendelse andrager ca. 200 mio. US-dollars."

Ved anmeldelse dateret 10. november 1992 modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen 12. s.m. anmeldte selskabet ved advokat E, at indskudskapitalen var forhøjet med 900.050.000 kr., heraf 50.000 kr. kontant og 900.000.000 kr. ved gældskonvertering. I en anden anmeldelse dateret og modtaget på de samme datoer anmeldtes, at anpartsselskabet var omdannet til et aktieselskab. Endvidere anmeldtes revisorskifte.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodede den 17. november 1992 advokat E om forskellige oplysninger og berigtigelser. Der udspandt sig herefter en længere brevveksling mellem Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og advokat E, hvorunder styrelsen i skrivelser af 15. december 1992 samt 20. januar, 31. marts og 11. maj 1993 bad om yderligere oplysninger og berigtigelser. I forbindelse hermed blev aktieselskabets åbningsstatus pr. 3. november 1992 med vurderingsberetning ændret af revisor den 19. november 1992 samt 11. marts, 15. april og 14. maj 1993. Der blev afholdt ekstraordinære generalforsamlinger i selskabet den 26. november og 28. december 1992 samt 11. marts 1993, hvor forskellige berigtigelser og ratihaberinger blev vedtaget. Ved fortsat anmeldelse modtaget 15. marts 1993 blev anmeldelsen om kapitalforhøjelse berigtiget, således at forhøjelsen med 900 mio. kr. er indbetalt ved konvertibelt lån til kurs 100.

I skrivelsen af 20. januar 1993 og påny i skrivelsen af 31. marts 1993 anmodede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen advokat E om bl.a. at indsende bestyrelsens redegørelse og revisors udtalelse i henhold til anpartsselskabslovens § 21.

Advokat E svarede i skrivelse af 15. april 1993:

> "Ad: Bestyrelsens redegørelse i henhold til anpartsselskabslovens § 21.
>
> Efter min bedste overbevisning, fremgår denne redegørelse af referat fra generalforsamling af 20.9.1992, jvf. referat fra generalforsamling af 3.11.1992 hvoraf fremgår, at selskabet har udnyttet retten til optagelse af lån og senere konvertering heraf til anparter/aktier.
>
> Det er derfor selskabets opfattelse, at § 21 i anpartsselskabsloven er opfyldt ved det allerede foreliggende materiale i Deres besiddelse."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholdt den 11. maj 1993 anmodningen, idet man henviste til, at hverken bestyrelsens redegørelse eller revisors udtalelse fremgår af generalforsamlingsreferaterne. Med skrivelse af 17. s.m. fremsendte advokat E herefter en redegørelse fra bestyrelsen og en udtalelse fra revisor. Bestyrelsens redegørelse er dateret den 14. maj 1993 og underskrevet af bestyrelsens medlemmer. Redegørelsen har følgende påtegning: "Godkendt af B Limited som eneanpartshaver, forud for generalforsamlingen den 3.11.1992, hvor foranstående oplysninger forelå i mundtlig form." Påtegningen er underskrevet af F og E, der begge tillige er medlemmer af

anpartsselskabets bestyrelse, som desuden bestod af G. Revisors udtalelse er ligeledes dateret den 14. maj 1993.

Ved den påklagede skrivelse af 26. maj 1993 afslog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at registrere såvel anmeldelsen om kapitalforhøjelse som anmeldelsen om omdannelse af anpartsselskabet til et aktieselskab. Begrundelsen er sålydende:

> "Da den i anpartsselskabslovens § 21, jf. §§ 5a og 5b omhandlede redegørelse fra bestyrelsen og revisors udtalelse hverken har været tilsendt anpartshaverne, været fremlagt til eftersyn for anpartshaverne eller været fremlagt på generalforsamlingen, kan anmeldelsen om forhøjelserne ikke registreres, jf. anpartsselskabslovens § 127, stk. 1.
>
> Det bemærkes, at bestyrelsens "redegørelse" forelå i mundtlig form den 3. november 1992, men først blev underskrevet den 14. maj 1993. Revisors udtalelse forelå den 14. maj 1993.
>
> Da omdannelsen til aktieselskab er vedtaget i tilknytning til kapitalforhøjelsen, kan omdannelsen heller ikke registreres, jf. anpartsselskabslovens § 127, stk. 1."

Over for Erhvervsankenævnet har klagers advokat i klageskrivelsen af 21. juni 1993 som begrundelse kun anført, at "mine klienter fastholder, at anpartsselskabslovens § 127, stk. 1 ikke er overtrådt, idet henvises til, at lovens § 21, jfr. §§ 5a og 5b er iagttaget."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i en redegørelse af 30. juli 1993 fastholdt den

trufne afgørelse og bl.a. udtalt:

> "Uanset om forhøjelsen på 900 mill.kr. måtte være indbetalt ved konvertering af gæld, ved ombytning af konvertibelt lån eller ved indbetaling i andre værdier end kontanter, skal reglerne i anpartsselskabslovens § 21, jf. §§ 5 a og 5 b følges, idet K ApS overtager patenter m.v. i forbindelse med kapitalforhøjelsen.
>
> Bestyrelsens redegørelse og revisors udtalelse skal tilsendes anpartshaverne og dokumenterne skal fremlægges til eftersyn for anpartshaverne på selskabets kontor og fremlægges på generalforsamlingen, jf. anpartsselskabslovens § 21, stk. 2.
>
> Såvel bestyrelsens redegørelse som revisors udtalelser skal være skriftlige.
>
> Bestyrelsens redegørelse har ved beslutningen den 3. november 1992 kun foreligget i mundtlig form. Først efter ca. 6 måneder er den nedskrevet (...).
>
> Revisors udtalelse, der skal bekræfte rigtigheden af bestyrelsens redegørelse, jf. anpartsselskabslovens § 5 b forelå end ikke mundtlig på generalforsamlingstidspunktet 3. november 1992.

> Allerede fordi beslutningen om kapitalforhøjelsen ikke er blevet til på den måde som anpartsselskabsloven foreskriver, må styrelsen fastholde sin afgørelse af 26. maj 1993."

Vedrørende omdannelsen til aktieselskab henvises til, at denne er afhængig af kapitalforhøjelsen og derfor også er nægtet registrering.

Klagers advokat er gjort bekendt med styrelsens udtalelse, men denne har ikke givet advokaten anledning til yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Efter anpartsselskabslovens § 21, jf. §§ 5 a og 5 b, skal bestyrelsens redegørelse og revisors udtalelse tilsendes anpartshaverne senest 8 dage før generalforsamlingen. Eventuelle dokumenter skal henligge til eftersyn på selskabets kontor og fremlægges på generalforsamlingen. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke efter loven nogen hjemmel til at undtage fra disse bestemmelser.

Det fremgår af sagen, at den anmeldte kapitalforhøjelse blev vedtaget på generalforsamlingen den 3. november 1992, mens bestyrelsens redegørelse og revisors udtalelse først er dateret den 14. maj 1993. Loven giver ikke mulighed for at lade en mundtlig redegørelse på generalforsamlingen erstatte en skriftlig forud udsendt redegørelse. Ankenævnet er derfor enig med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i, at kravene efter de nævnte bestemmelser i anpartsselskabsloven ikke er opfyldt, og kan tiltræde, at styrelsen under henvisning hertil har nægtet at registrere anmeldelsen om kapitalforhøjelse. Ankenævnet er endvidere enig med styrelsen i, at der efter det fremkomne er en sådan sammenhæng mellem kapitalforhøjelsen og omdannelsen til et aktieselskab, at heller ikke anmeldelsen herom kan registreres.

Ankenævnet stadfæster herefter den påklagede afgørelse.