

Kendelse af 14. september 2009 (J.nr. 2008-0017295)
Berostillelse af registrering af kapitalforhøjelse tiltrådt.
Aktieselskabslovens §§ 156a og 157 samt anmeldelsesbekendtgørelsen
(Lise Høgh, Finn Møller samt Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 18. juli 2008 har advokat A på vegne af K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 27. juni 2008 har sat en sag vedrørende spørgsmålet om gyldig vedtagelse af en kapitalforhøjelse i bero.

Sagens omstændigheder:

I en redegørelse af 23. september 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

"...

Sagens faktiske omstændigheder

1. Styrelsen modtog fra advokat B på vegne af C, som er aktionær i selskabet, brev af 6. juni 2008 med anmodning om at slette de foretagne registreringer, som var truffet på 3 generalforsamlinger afholdt i maj 2008, idet disse beslutninger var truffet i strid med selskabets vedtægter, og generalforsamlingerne desuden måtte antages som nulliteter i henhold til aktieselskabsloven.

Der var bl.a. tale om den omtvistede, ekstraordinære generalforsamling afholdt den 25. maj 2008, hvor det angiveligt blev besluttet at forhøje aktiekapitalen i selskabet med nominelt kr. 2.000.000,00.

2. I brev af 9. juni 2008 til styrelsen afviste og bestred advokat A det af advokat B i brev af 6. juni 2008 anførte.

3. Styrelsen meddelelse i brev af 27. juni 2008 (afgørelsen) advokat B, at kapitalforhøjelsen ikke var anmeldt, og at den ikke ville blive registreret på daværende tidspunkt. Styrelsen fandt, at der ikke ved en anmeldelse ville foreligge det fornødne sikre grundlag for at nægte en registrering. Styrelsen ville derfor sætte sagen i bero til parterne var blevet enige, eller der var afsagt en endelig dom vedrørende spørgsmålet om gyldig vedtagelse af kapitalforhøjelsen.

Styrelsen meddelte samtidig, at hvis sagen forsat skulle være i bero for udfaldet af en retssag, måtte der indsendes dokumentation for anlæggelse af retssag om lovligheden af kapitalforhøjelsen. Sagen blev sat i bero herfor til den 10. juli 2008.

Advokat A modtog kopi af brevet af 27. juni 2008 til advokat B.

4. Advokat B anmodede herefter i brev af 10. juli 2008 om, at sagen stilles i bero til udfaldet af retssag foreligger.

Advokat B havde medsendt kopi af stævning med bilag, hvoraf det fremgik, at han for sin klient havde indstævnet selskabet. Det var bl.a. påstået, at den ekstraordinære generalforsamling den 25. maj 2008 er en nullitet. På denne generalforsamling blev det besluttet at forhøje aktiekapitalen i selskabet med nominelt kr. 2.000.000,00.

Styrelsen meddelte som svar herpå i brev af 10. juli 2008, at styrelsen ville opretholde lukning for registrering indtil videre, da advokat B havde indsendt dokumentation for sagsanlæg.

Kopi af dette brev blev sendt til advokat A.

5. I fax af 11. juli 2008 oplyste advokat A, at han havde begæret sagen ved retten afvist. Han anmodede i den anledning styrelsen om, at der blev åbnet for registreringer.

6. Med fax af 15. juli 2008 sendte advokat B kopi af en skrivelse af samme dato til retten i Glostrup. (Retten i Glostrup har efterfølgende oplyst over for styrelsen, at sagen verserer ved retten.)

7. Styrelsen svarede den 24. juli 2008 advokat A, at lukningen for registreringer blev opretholdt indtil videre.
8. Den 18. juli 2008 orienterede advokat A om, at han havde indbragt styrelsens afgørelse for Erhvervsankenævnet.
9. I fax af 23. juli 2008 opfordrede advokat A på ny styrelsen til at åbne for registreringer.
10. I brev af 28. juli 2008 bad advokat D fra samme advokatkontor som advokat A om svar på spørgsmål stillet af advokat A i brev af 23. juli 2008.
11. I brev af 4. august 2008 svarede styrelsen, at da styrelsens afgørelse om lukning for registreringer var indbragt for Erhvervsankenævnet, må sagens behandling efter styrelsens opfattelse nu henhøre under den verserende ankesag.
12. Med brev af 11. august 2008 havde advokat A sendt anmeldelse af bl.a. den omtvistede kapitalforhøjelse.
13. I brev af 27. august 2008 meddelte styrelsen, at gyldigheden af kapitalforhøjelsen er omtvistet, jf. tidligere korrespondance i sagen. Denne anmeldelse er derfor sat i bero for afklaring af forholdet, herunder afgørelse i den verserende ankesag.
..."

I skrivelsen af 27. juni 2008 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til advokat B, med kopi tilsendt advokat A hedder det:

"...

Som advokat for en aktionær i selskabet, C ApS, har du i brev af 6. juni 2008 anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at slette de foretagne registreringer, som er truffet på generalforsamlinger, idet disse beslutninger er truffet i strid med selskabets vedtægter, og generalforsamlingerne desuden må antages som nulliteter i henhold til aktieselskabsloven.

Der er tale om følgende:

1. Den 15. maj 2008 blev det på ekstraordinær generalforsamling besluttet af skifte revisor.
2. Den 25. maj 2008 blev det på ekstraordinær generalforsamling besluttet at forhøje aktiekapitalen i selskabet med nominelt kr. 2.000.000,00.
3. Ordinær generalforsamling den 30. maj 2008 med godkendelse af årsrapport.

Advokat A var dirigent på generalforsamlingerne og har i brev af 9. juni 2008 i anledning af dit brev til os anført, at der på generalforsamlingerne blev truffet lovlige beslutninger.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse

Revisorskift og modtagelse af årsrapport er registreret, jf. pkt. 1 og 3. Disse registreringer vil vi ikke ophæve, da spørgsmålet om registreringernes udslettelse hører under domstolene, jf. aktieselskabsloven § 159 b, stk. 3, og § 81.

Kapitalforhøjelsen er ikke anmeldt og vil ikke blive registreret på nuværende tidspunkt. Vi finder ikke, at der ved en anmeldelse foreligger det fornødne sikre grundlag for at nægte en registrering, og vi vil derfor sætte sagen i bero til parterne er blevet enige, eller der er afsagt en endelig dom vedrørende spørgsmålet om gyldig vedtagelse af kapitalforhøjelsen.

Hvis sagen forsat skal være i bero for udfaldet af en retssag, må der indsendes dokumentation for anlæggelse af retssag om lovligheden af kapitalforhøjelsen. Sagen er sat i bero til den 10. juli 2008.

Kapitalforhøjelsen vil ikke kunne registreres i web-reg, så længe sagen er sat i bero.

Advokat Bs argumentation

Du har anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at slette de foretagne registreringer vedrørende ekstraordinære generalforsamlinger den 15. og 25. maj 2008, idet der blev truffet beslutninger i strid med selskabets vedtægter, og desuden må beslutningerne anses som nulliteter i henhold til aktieselskabsloven.

Du har endvidere bedt os betragte den ordinære generalforsamling som ugyldig.

Du har anført manglende overholdelse af en række formalia i forbindelse med afholdelse af de 3 generalforsamlinger.

Den 15. maj 2008 blev det på ekstraordinær generalforsamling vedtaget at lade E udtræde af revisionen og i stedet at lade F indtræde.

Den 25. maj 2008 blev det på ekstraordinær generalforsamling besluttet at forhøje aktiekapitalen i selskabet med nominelt kr. 2.000.000,00.

For begge generalforsamlinger gælder, at de blev afholdt hos advokatfirmaet G. Til dirigent blev valgt advokat A, der i henhold til generalforsamlingsprotokollaterne konstaterede, at samtlige stemmer var repræsenteret, og at generalforsamlingen var lovlig og beslutningsdygtig i enhver henseende. Dette har du bestridt er tilfældet.

Uanset at din klient ved en stemmeoverdragelsesaftale midlertidigt har overdraget stemmerne til selskabets to mindretelsaktionærer, medfører dette ikke efter din opfattelse, at selskabet kan afholde generalforsamlinger uden at indkalde din klient som aktionær, jf. selskabets vedtægt pkt. 7.1, hvoraf det fremgår, at generalforsamlinger indkaldes med højst 4 uger og mindst 14 dages varsel ved almindeligt brev til hver enkelt aktionær

Endvidere har du bestridt, at din klient skulle have givet tilsagn til, at generalforsamlingen kunne afholdes på advokat As kontor, G. Afholdelse der er en overtrædelse af vedtægternes pkt. 7.3, hvoraf fremgår, at alle generalforsamlinger skal afholdes på selskabets hjemsted.

Da din klient hverken som aktionær eller medlem af bestyrelsen er blevet indkaldt til de to ekstraordinære generalforsamlinger, må disse generalforsamlinger derfor betragtes som nulliteter.

Hertil kommer, at den valgte dirigent, advokat A, må antages at have et ikke ubetydeligt habilitetsproblem i forhold til sin rolle som dirigent på selskabets generalforsamling, idet advokat A tillige repræsenterer selskabets to mindretelsaktionærer, HApS og I ApS - blandt andet i forbindelse med indgåelse af førnævnte stemmeoverdragelsesaftale og den tvist, der er opstået i forbindelse hermed. Samtidig lader det endvidere til, at han repræsenterer selskabet i en tvist mod din klient.

Da advokat A som dirigent for de ekstraordinære generalforsamlinger konstaterede, at generalforsamlingerne var lovlige og beslutningsdygtige i enhver henseende, var dette således stærkt problematisk.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal derfor slette de foretagne registreringer vedrørende ovennævnte ekstraordinære generalforsamlinger, idet disse beslutninger er truffet i strid med selskabets vedtægter, og desuden må antages som nulliteter i henhold til aktieselskabsloven.

Vedrørende den ordinære generalforsamling, der blev afholdt den 30. maj 2008, gør du gældende, at den under protest valgte dirigent, advokat A, fortsat var inhabil og således ikke berettiget til som dirigent at konstatere, at generalforsamlingen var lovlig og beslutningsdygtig i enhver henseende, hvilket fremgår af referatet fra generalforsamlingen.

Herefter blev der på generalforsamlingen gennemgået en årsrapport for 2007 udarbejdet af F.

Da F ikke er selskabets generalforsamlingsvalgte revisor, blev generalforsamlingen således afholdt på et forkert grundlag. Endelig fremgår det af generalforsamlingsprotokollatet for den ordinære generalforsamling, at

generalforsamlingen bemyndigede advokatfirmaet G til på selskabets vegne at optræde som fuldmægtige i forhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Det bestrides, at dette forhold i det hele taget blev drøftet på generalforsamlingen.

Din klient gør over for selskabet og de to mindretsaktionærer gældende, at den indgåede stemmeoverdragelsesaftale er bortfaldet. Dette skyldes blandt andet, at man har valgt at bruge stemmerne til at misrøgte selskabets tarv ved blandt andet at træffe væsentlige beslutninger uden, at disse er blevet behandlet på bestyrelsesmøder, at optage lån i selskabets navn uden at dette er blevet drøftet på bestyrelsesmøder eller blandt aktionæerne, at gennemføre ekstraordinære generalforsamlinger uden at orientere alle aktionæerne og endeligt til aktivt at modarbejde, at stemmeoverførselsaftalens vilkår for tilbageoverdragelse af stemmerne kan opfyldes.

Din klient agter snarest muligt indkalde til en ekstraordinær generalforsamling, hvor ovennævnte forhold kan drøftes blandt aktionæerne, og hvor din klient formentlig vil stille krav om granskning i henhold aktieselskabslovens § 95.

Advokat As argumenter

Advokat A har på selskabets og aktionæerne J ApS' og I ApS' vegne i det hele afvist og bestridt det af advokat Bs anførte. Beslutningers lovlighed fastholdes, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal ikke slette de foretagne registreringer.

Af advokat Bs brev fremgår ikke det væsentligste element i nærværende sag. Ligesom andre væsentlige punkter og forhold enten er udeladt eller ændret.

I slutningen af 2007 og begyndelsen af 2008 opstod der væsentlige likviditets- og ledelsesmæssige problemer i selskabet.

På ekstraordinær generalforsamling den 28. februar 2008 besluttede samtlige aktionærer derfor at udskifte daværende direktør O med K. Samtidig blev der i tillæg til aktionæroverenskomst givet K og L stemmefuldmagt til at stemme på vegne af aktionæerne M ApS og N ApS i en rekonstruktionsfase.

K og L er eneanpartshavere i henholdsvis I ApS og J ApS. Disse selskaber ejede på daværende tidspunkt hver 20 % af aktiekapitalen i selskabet. Med stemmefuldmagten ville K og L gennem deres holdingselskaber kontrollere samlet 100 % af stemmerne i selskabet. Dette blev valgt for at undgå, at netop disse skulle komme i eventuelt mindretal i rekonstruktionsfasen — en rekonstruktion, som primært skulle bæres igennem med finansiering fra K og L.

Samtlige efterfølgende beslutninger i selskabet er truffet i overensstemmelse med denne stemmefuldmagt og under hensyn til de formål, forudsætninger og beslutninger, der lå til grund for denne.

Advokat A kan derfor som dirigent bekræfte, at følgende møder og generalforsamlinger har været lovlige:

- Nødvendig beslutning om skift af revisor d. 14. maj 2008
- Nødvendig beslutning om kapitalforhøjelse d. 25. maj 2008
- Ordinær generalforsamling d. 30. maj 2008.

En aktionær i selskabet har egenhændigt indkaldt til ekstraordinær generalforsamling, men bestyrelsesformanden, L, har oplyst aktionæren om det ukorrekte i denne procedure. Indkaldelsen er afvist af bestyrelsesformanden, idet denne primært ikke er sket i henhold til selskabets vedtægter eller aktieselskabsloven.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens begrundelse

Indledningsvis bemærkes, at vi ikke er en domstol, der har adgang til at foretage en bevisbedømmelse. Vi kan derfor ikke med den fornødne sikkerhed afgøre, hvem der har ret i den opståede konflikt, ligesom vi ikke kan udslette allerede foretagne registreringer, med mindre der er tale om fejl fra vores side. I sådanne sager er det derfor vores praksis at sætte sagen i bero for, at parterne bliver enige, eller eventuelt ved at sagen afgøres ved domstolene. Skal sagen sættes i bero, indtil sagen er afgjort ved domstolene, må det dokumenteres, at sag er anlagt.

Revisorskift og godkendelse af årsrapport

Revisorskift og godkendelse af årsrapport er blevet registreret.

Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at efterfølgende udslettelse af registreringen skal behandles efter aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, eller § 81.

Aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, fastslår, at hvis nogen finder, at en foretagen registrering er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om registreringens udslettelse under domstolenes afgørelse.

Aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, omfatter ikke tilfælde omfattet af lovens § 81.

Efter § 81, stk. 1, kan søgsmål i anledning af en generalforsamling, som ikke er blevet til på lovlig måde eller er stridende mod aktieselskabsloven eller selskabets vedtægter, anlægges af en aktionær eller et medlem af bestyrelsen eller af en direktør.

Det er således domstolene, der har kompetencen efter både § 159 b, stk. 3, og § 81. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således ingen kompetence efter hverken § 81 eller § 159 b, stk. 3.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således ikke mulighed for administrativt at ændre disse registreringer.

Kapitalforhøjelsen

Kapitalforhøjelsen er ikke blevet registreret eller anmeldt til registrering. Så længe nærværende sag verserer, vil kapitalforhøjelse ikke kunne registreres i web-reg eller ved anmeldelse indsendt til os.

At lukke for registreringer er indgribende over for selskabet, og lukningen vil derfor kun blive opretholdt, hvis det dokumenteres, at sag er anlagt ved domstolene, og at sagsanlægget også vedrører beslutningen om kapitalforhøjelse. Denne frist udløber den 10. juli 2008.

Hvis en sådan dokumentation bliver indsendt, vil en anmeldelse om den besluttede kapitalforhøjelse skulle afvente udfaldet af retssagen.

Om andre beslutninger i en sådan situation vil kunne registreres ved indsendelse af anmeldelse, vil afhænge af en konkret vurdering.

..."

I klageskrivelsen af 18. juli 2008 har advokat A anført:

"...

Som advokat for selskabet K Technology A/S skal jeg hermed på vegne af selskabets ledelse indklage spørgsmålet om Erhvervs- og Selskabsstyrelsens nægtelse af registrering af kapitaludvidelse foretaget i selskabet den 25. maj 2008.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har med sin afgørelse af 27. juni 2008, ..., i detaljer beskrevet sagens forløb. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen beslutter i denne forbindelse, at allerede registrerede beslutninger opretholdes, men at endnu ikke registrerede beslutninger skal sættes i bero.

Der vil ikke blive åbnet for registreringer overhovedet i selskabet, såfremt en klagende aktionær, M ApS, inden en af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen givet frist af 10. juli indsender dokumentation for, at der er indgivet stævning. Denne stævning bliver indgivet, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen beslutter og meddeler dette ved brev af 10. juli, som vi modtager kopi af den 11. juli d.å., at der fortsat vil være lukket for registreringer i selskabet.

Undertegnede har på vegne af selskabet gentagne gange bestridt en sådan praksis under hensyn til selskabets generelle tarv. Jeg må stille mig ganske uforstående overfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på denne måde, uden dokumentation af behørig hjemmel for dette, egenhændigt blokerer for lovligt vedtagne registreringer og beslutninger, som er nødvendige for selskabets drift.

Eneaktionær i M ApS, O, har tidligere været involveret i mindst én konkurs, hvor man har formået at sikre sig patentrettighederne, inden "selskabet kører ned", og hvor medaktionærer, bank og leverandører har tabt betydelige værdier. Der er derfor et klart billede af, at man ønsker at gøre alt fra Os side for at skæmme driften og tilsidesætte selskabets tarv mest muligt, og undertegnede finder det yderst beklageligt, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved sin nægtelse af registrering nu reelt har deltaget i dette.

Det bemærkes i sammenhæng hermed, at selskabet er i besiddelse af beviser for, at O i samarbejde med bl.a. selskabets fravalgte revisor i det skjulte har deltaget/deltager i aktiviteter, der er konkurrerende over for selskabet og de øvrige aktionærer. Det har været nødvendigt at anmelde disse forhold til politiet.

Den nægtede registrering har primært betydet, at en for selskabet ganske nødvendig yderligere udvidelse med eksterne investorer ikke har kunnet lade sig gøre i og med, at investorerne nu naturligt er blevet usikre ved situationen.

O er som aktionær pro rata blevet tilbudt at være med til at nytegne aktier i forbindelse med den vedtagne kapitaludvidelse den 25. maj 2008. Dette har O afslået. At 2 andre eksisterende aktionærer har valgt ekstraordinært at tegne aktier i selskabet for derved at kunne sikre driften, var et ubetinget nødvendigt skridt for, at selskabet ikke gik konkurs.

Det er min klare overbevisning, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved nægtelse af registrering derved pådrager sig et selvstændigt ansvar, ...

... at det [er] tydeligt i selskabet ... aftalt, at samtlige konflikter mellem aktionærerne skal behandles ved en voldgift. Denne konflikt er i udpræget grad en konflikt mellem en aktionær, selskabet og en række aktionærer med bestemmende indflydelse. Der er utvetydigt overdraget 100% stemmeret vedrørende de omhandlede kapitaludvidelser, revisorskift m.v.

Det har derfor ikke været tilstrækkeligt at kræve, at opretholdelse af lukning for registrering skulle ske ved indgivelse af en stævning til domstolene. ...

...

Opsummerende er det derfor min klare opfattelse, at der ubetinget skal ske genåbning af registreringer for selskabet, således at selskabets drift kan sikres. Eventuelle stridigheder mellem aktionærer og selskabet kan sideløbende udmærket afgøres ved domstole og voldgiftsretter, alt efter hvor værneting måtte være.

Ved at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på denne måde tilsidesætter selskabets tarv, bliver man direkte part i sagen og derved erstatningsansvarlig.

..."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i nævnte redegørelse af 23. september 2008 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

"...

Sagens retlige omstændigheder

1. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ikke en domstol, der har adgang til at foretage en bevisbedømmelse. Styrelsen kan derfor ikke med den fornødne sikkerhed afgøre, hvem der har ret i en opstået konflikt, ligesom styrelsen ikke kan udslette allerede foretagne registreringer, med mindre der er tale om fejl fra styrelsens side. I sådanne sager er det derfor styrelsens praksis at sætte sagen i bero for, at parterne bliver enige, eller eventuelt ved at sagen afgøres ved domstolene. Skal styrelsessagen sættes i bero, indtil forholdet er afgjort ved domstolene, må det dokumenteres, at sag er anlagt.

At styrelsen først og fremmest er en registreringsmyndighed er kommet til udtryk i aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, og § 81.

Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at efterfølgende udslettelse af registreringen skal behandles efter aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, eller § 81.

Aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, fastslår, at hvis nogen finder, at en foretagen registrering er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om registreringens udslettelse under domstolenes afgørelse.

Aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, omfatter ikke tilfælde omfattet af lovens § 81.

Efter § 81, stk. 1, kan søgsmål i anledning af en generalforsamling, som ikke er blevet til på lovlig måde eller er stridende mod aktieselskabsloven eller selskabets vedtægter, anlægges af en aktionær eller et medlem af bestyrelsen eller af en direktør.

Det er domstolene, der har kompetencen efter både § 159 b, stk. 3, og § 81. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således ingen kompetence efter hverken § 81 eller § 159 b, stk. 3.

I realiteten er der i denne sag tale om en tilsvarende konflikt, selv om der endnu ikke er sket en registrering af en generalforsamlingsbeslutning. Når der er tale om komplicerede forhold i et selskabs interne forhold med alvorlig uenighed til følge, er styrelsen som registreringsmyndighed ikke den rette myndighed for afgørelse af konflikten. En afgørelse af konflikten vil sædvanligvis kræve vidneforklaringer, og her er domstolene det rette forum.

Dette er baggrunden for styrelsens praksis med at sætte sagen i bero for, at parterne bliver enige, eller eventuelt ved at sagen afgøres ved domstolene.

Styrelsen er varsom med at sætte en sag i bero. At lukke for registreringer er indgribende over for et selskab, og lukningen vil derfor kun blive opretholdt, hvis det dokumenteres, at sag er anlagt ved domstolene, og at sagsanlægget også vedrører den omtvistede beslutning.

I denne sag har der fra starten efter styrelsens vurdering været tale om dyb uenighed. Dette har den senere korrespondance også vist.

...

4. Styrelsen kan henvises til ankenævnets kendelse i sag j.nr.2006-0005217.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

De komplicerede forhold var baggrunden for styrelsens afgørelse af 27. juni 2008. Der forelå ikke det fornødne sikre grundlag for en registrering. Styrelsen kunne ikke på det foreliggende grundlag afgøre, hvem der har ret i den opståede konflikt om lovligheden af beslutningen om kapitalforhøjelse. Styrelsen har således været berettiget til at lukke for registrering af en endnu ikke anmeldt kapitalforhøjelse på kr. 2.000.000, som var angivet vedtaget den 25. maj 2008 på en ekstraordinær generalforsamling.

Dette svarer til, at sagen sættes i bero for berigtigelse, jf. aktieselskabsloven § 157, stk. 2.

..."

I skrivelse af 9. december 2008 har advokat A anført:

"...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører som væsentligste argument, at det har været berettiget at lukke for registreringer i selskabet i og med at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med fornøden sikkerhed har kunnet afgøre, om generalforsamlingen har været lovligt afholdt.

Det skal bestrides, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke i denne sag har haft sædvanlige muligheder for at bedømme dette – især af hensyn til et selskabs driftsmæssige tarv.

Advokat som dirigent og anmelder

Det skal understreges og fastholdes, at samtlige anmeldelser er indsendt af undertegnede i egenskab af advokat for selskabet. Undertegnede har ligeledes været dirigent på de afholdte generalforsamlinger. Ved dette er der sket behørig offentlig sikring angående rigtigheden og lovligheden af de anmeldte forhold. Med dette er der sket anmeldelse og sikring på helt sædvanlig baggrund. I og med, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen betvivler dette og fuldstændigt stopper muligheden for almindelige anmeldelser i selskabet, bliver Erhvervs- og Selskabsstyrelsens selvstændig ansvarlig part i sagen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmel

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmel til på denne måde at blokere samtlige registreringer er ikke på noget tidspunkt angivet. Dette er i lyset af den indgribende effekt som Erhvervs- og Selskabsstyrelsens beslutning har og har haft for selskabet stærkt kritisabelt.

Der er fra aktionæren O alene gjort formelle indsigelser gældende i forbindelse med vedtagelsen. Disse forhold er bl.a. forhold vedrørende indkaldelsesfrister til generalforsamling og bestyrelsesmøder.

Aktieselskabslovens § 157, stk. 2 indeholder ikke, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen påberåber sig, hjemmel til at sætte en sag i bero på ubestemt tid. Dette må især gælde, når det er forhold som er mulige at berigtige indenfor en kort frist.

Frist for berigtigelse

En tvist som denne kunne ganske let afhjælpes uden at selskabet derved blev standset i sin fortsatte drift. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har netop i Aktieselskabslovens § 157 hjemmel til at give en registrant frist til at berigtige eventuelle mangler. Det ville i denne sag have været oplagt at pålægge selskabet at afholde en berigtigende generalforsamling, eventuelt med en af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udpeget dirigent, såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen var i tvivl om lovligheden. Dette ville have været langt mindre indgribende overfor selskabets drift.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens bevisvurdering ...

Undertegnede er principielt enig i, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke har hjemmel til eller mulighed for at foretage en bevisvurdering af sager. Dette er også nødvendigt for, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke gør sig til part i en sag. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gør sig dog i dette konkrete tilfælde til part ved direkte at lægge en klagers fortolkning af en aktionæroverenskomst til grund. Dette til trods for, at forholdene er vurderet af en advokat både som dirigent og som anmelder. Såfremt dette måtte vise sig ikke at have været lovligt, må dette efterfølgende vurderes ved en ansvarssag mod advokaten i rollen som dirigent og som anmelder.

Det skal også præciseres at denne tvist ikke er et spørgsmål om bevisvurdering. I en sag som denne er der ubestridt indgået et tillæg til en aktionæroverenskomst. Denne har to af selskabets, til hvem der er givet en meget præcist defineret stemmeoverdragelse, handlet i henhold til. Den stemmeoverdragelse indeholde alene en række punkter hvor den ikke kan anvendes. Dette er ubestridt ikke spørgsmål som de her omhandlende.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal derfor ikke foretage en bevisvurdering og skal ubetinget lægge en på en generalforsamling fremlagt og prøvet fuldmagt til grund. Vælger man ikke at gøre dette underminerer Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hele det i praksis accepterede system om fuldmagter. Hermed foretager man en bevisvurdering. En bevisvurdering som man netop ikke ønsker at foretage, endsige har hjemmel til.

Der kan ej heller herske tvivl om berettigelsen af udstrækningen og virkninger af en stemmeafgivelse for overdragerne af stemmerne. Aktionærer, som har overdraget deres stemmer, mistet deres rettigheder som aktionærer, herunder til at være repræsenteret og lade sig høre på generalforsamlinger. En aktionær, der ikke har ret til at være repræsenteret på en generalforsamling, har derfor ikke krav på at blive indkaldt af såvel formelle som praktiske

årsager.

Der kan næppe herske tvivl om, at dette er et helt igennem almindeligt accepteret standpunkt i dansk ret, og det kan bl.a. i Jan Schans Christensen's Kapital Selskaber 2. udgave s. 521 læses at:

"Såfremt en aktiepost er pantsat,(.....), vil pantavers fremmøde på generalforsamlingen indebære, at pantsætter afskæres fra at møde frem"

En stemmeoverdragelse i henhold til en aktionæroverenskomst er til fulde at sidestille med en pantsætning.

Ved at lukke for registreringen gør Erhvervs- og Selskabsstyrelsen sig til ansvarlig part i nærværende tvist, uanset at man netop ikke ønsker dette. At sagen, med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens ord, er kompliceret gør netop at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen må henholde sig til praksis uden at foretage en indirekte prøvelse af sagen ved at lade en fortolkningstvivil komme selskabet til skade, på trods af en almindelig accepteret procedure udført af sædvanlige ansvarlige aktører.

..."

Med Erhvervsankenævnets tilladelse er M ApS indtrådt i sagen, jf. § 5, i lov om Erhvervsankenævnet. Advokat B har på vegne af M ApS ved skrivelse af 13. januar 2009 bemærket:

"...

Advokat A gør i sit indlæg den 9. december 2008 gældende, at der er sket behørig offentlig sikring, idet han som anmelder og dirigent på de omhandlede generalforsamlinger har sikret overholdelse af alle regler.

Dette må i det hele bestrides. Advokat A har muligvis som dirigent konstateret at generalforsamlingerne har været lovligt indkaldt, men har i så fald fejlet som dirigent ved ikke at konstatere, at aktieselskabsloven ikke var overholdt, idet aktionærer der på tidspunktet for generalforsamlingerne besad 60% af aktierne ikke blev orienteret – endsige indkaldt – til generalforsamlingerne.

Den indgåede stemmeoverdragelsesaftale bestemmer ikke at de aktionærer der midlertidigt i en tre-måneders periode havde overdraget deres stemmer, dermed havde mistet deres ret til at møde og tale ved generalforsamlinger.

Advokat A gør gældende, at stemmeoverdragelsen skulle betyde samme tab af rettigheder som pantsætning af aktierne. Dette bestrides.

Advokat A citerer i denne forbindelse Jan Schans Christensen's Kapital Selskaber, 2. udgave. Citatet er imidlertid efter min bedste vurdering fejlvisende. Jeg vil benytte lejligheden til at referere fra samme bog og samme side:

"Retten til at møde gælder, uanset om aktionæren har stemmeret eller ej. ... Såfremt en aktiepost er pantsat, og pantsætningen efter aftale mellem pantsætter og pantaver omfatter stemmeretten, vil pantavers fremmøde på generalforsamling indebære, at pantsætter afskæres fra at møde frem."

Dette er tidligere gjort gældende over for advokat A, [ved] fax af 8. august 2008.

...

Endelig bemærkes, at der mig bekendt ikke har været tale om en lukning af muligheden for registrering. Således gennemførte selskabet i efteråret generalforsamling – med behørig indkaldende mv. – og vedtog kapitalforhøjelse, hvilken kapitalforhøjelse er blevet registreret af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet styrelsen vurderede at de formelle regler var overholdt i forbindelse med generalforsamlingen.

..."

I skrivelse af 26. januar 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bemærket:

"...

Advokat A har efterlyst styrelsens hjemmel til at sætte sagen i bero og dermed blokere for registreringer.

Hertil bemærkes, at styrelsen ikke har lukket for registreringer i selskabet, men alene lukkede for registrering af en endnu ikke anmeldt kapitalforhøjelse på kr. 2.000.000, som var angivet vedtaget den 25. maj 2008 på en ekstraordinær generalforsamling. Baggrunden herfor var, at der er konflikt om lovligheden af beslutningen om denne kapitalforhøjelse, og styrelsen ikke med den fornødne sikkerhed kunne afgøre, om generalforsamlingen har været lovligt afholdt.

... Styrelsen modtog ... den 25. november 2008 en ny anmeldelse af kapitalforhøjelse. Den 4. december 2008 registrerede styrelsen denne kapitalforhøjelse på kr. 1.400.000, som var vedtaget den 21. november 2008. Registrering af kapitalforhøjelsen blev foretaget, selv om der var rejst indsigelser herimod. I brev af 4. december 2008 til advokat B ... oplyste styrelsen, at der ikke var grundlag for at afvente eller afvise en registrering.

Som nævnt ovenfor, har styrelsen ikke generelt lukket for registreringer i selskabet, men styrelsens selvregistreringssystem (webreg) er indrettet således, at en åben journalsag lukker for selvregistreringer, så længe journalsagen er åben. Den omtvistede kapitalforhøjelse er således til hinder for selvregistreringer, men styrelsen har i hele den forløbne periode kunnet og kan også fremover foretage registreringer, således som det er sket den 4. december 2008 med den anmeldte kapitalforhøjelse.

I brev af 27. juni 2008 ... fandt styrelsen ikke det fornødne sikre grundlag for at nægte en registrering. Styrelsen ville derfor sætte sagen i bero til parterne var blevet enige, eller der var afsagt en endelig dom vedrørende spørgsmålet om gyldig vedtagelse af kapitalforhøjelsen. Der var således tale om en anmodning om berigtigelse, jf. aktieselskabslovens § 157, stk. 2. Da problemet var, om generalforsamlingen var lovligt afholdt, kunne styrelsen ikke anvise som berigtigelsesmulighed, at der blev afholdt en ny generalforsamling. Det havde været løsningen, hvis styrelsen havde kunnet erklære afholdelsen af generalforsamlingen for ulovlig. Selskabet har imidlertid den 21. november 2008 afholdt en gyldig generalforsamling, og efter styrelsens opfattelse er der hermed sket berigtigelse. Herved er grundlaget for ankesagen muligvis ikke længere til stede.
..."

I skrivelse af 25. marts 2009 har advokat A heroverfor bemærket:

"...

Lukning for registrering og hjemmel

Det skal fastholdes, at der med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens manglende registrering skete en reel de facto lukning for registreringer i selskabet. Denne lukning resulterede i en sådan forstyrrelse og indgreb i selskabets almindelige drift, at selskabet led væsentligt herunder.

Der er fortsat med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens seneste svar ikke angået en behørig hjemmel for et så indgribende indgreb.

Vurderingen af indsigelsen fra klagers side er netop blevet vurderet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i et sådant omfang, at der reelt er sket bevisvurdering. Dette ganske uhjemlet.

Dette underbygges endvidere af, at der ved registreringen af generalforsamlingen afholdt d. 21. november 2008 må antages at være sket en vurdering. Der er ikke væsentlige forskelle på disse beslutninger. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens argumentation er derfor cirkulær og skaber i sig selv ingen behørig og nødvendig hjemmel – nærmere det modsatte.

Berigtigelse

Med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens svar står det klart, at en berigtigelse ganske enkelt kunne være sket. Dette kunne der ganske enkelt være givet en frist for, som beskrevet i undertegnede seneste indlæg.

Grundlaget er ganske klart, og en for selskabet meget kritisk situation kunne have været afværget ved, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen konstruktivt og løsningsorienteret havde søgt en berigtigelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke ved blot at sætte sagen i bero opfyldt kravet til berigtigelse.

Det skal yderligere fastholdes, at berigtigelsen i sig selv ikke har været nødvendig for at kunne gennemføre registreringen. De her angivne forhold omkring berigtigelse er alene anført for at dokumentere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen havde mulighed for at deltage aktivt i en løsning af den for selskabet meget kritiske situation. Ved en sådan aktiv handling havde selskabet ikke været i den kritiske økonomiske situation, som selskabet fortsat befinder sig i.

Vejledning

I forhold til ovennævnte forhold omkring berigtigelse i henhold til aktieselskabslovens § 157 skal det yderligere tilføjes, at en offentlig myndighed som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har et ansvar for at vejlede klagere og borgere, jf. forvaltningslovens § 7.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan derfor ikke blot lade klager "opfinde" nye berigtigelsesmuligheder, såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er klar over praktiske muligheder for berigtigelse.

I forhold til dette er det en skærpende omstændighed, at selskabet med den manglende vejledning bringes i betydelige økonomiske problemer på grund af den manglende registrering.

Grundlag for anke

Jf. især bemærkninger om hjemmel mv. ovenfor skal det udtrykkeligt fastholdes, at der fortsat er grund til nærværende klagesag.

Sagen skal, udover at afgøre grundlaget for nægtelsen af registreringen, også afklare Erhvervs- og Selskabsstyrelsens ansvar for selskabets situation samt grundlaget for et eventuelt erstatningskrav.

Anken har derfor fortsat betydelig selvstændig værdi.

..."

Ankenævnet udtaler:

Af aktieselskabslovens § 156 a fremgår, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan forlange de oplysninger, som er nødvendige for, at der kan tages stilling til, om loven og selskabets vedtægter er overholdt i forbindelse med anmeldelse og registrering af oplysninger hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Dersom anmeldelsen eller den anmeldte ordning ikke fyldestgør lovens forskrifter eller bestemmelser fastsat i henhold til loven, eller ikke stemmer med aktieselskabets vedtægter, eller dersom den beslutning, i henhold til hvilken den anmeldte ordning er truffet, ikke er blevet til på den måde, som loven eller vedtægterne foreskriver, skal registrering nægtes, jf. aktieselskabslovens § 157, stk. 1.

I henhold til bekendtgørelse nr. 1525 af 13. december 2007 om anmeldelse, registrering, gebyr samt offentliggørelse m.v. i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (anmeldelsesbekendtgørelsen) § 41, stk. 1, registreres de anmeldte oplysninger i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, medmindre det anmeldte er i strid med lovgivningen, med stiftelsesdokumentet eller vedtægterne m.v.

Med anmeldelsen skal følge bevis for ændringens lovlige vedtagelse, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 2, 1. pkt. Anmelderen indestår over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for, at anmeldelsen er lovligt foretaget, jf.

anmeldelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 1.

Såfremt der foreligger en anmeldelse af en beslutning, der er i overensstemmelse med lovgivningen, stiftelsesdokumenter, vedtægterne mv., er udgangspunktet således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal foretage registrering af den anmeldte beslutning.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens prøvelse forud for en registrering omfatter alene en prøvelse af, hvorvidt en beslutning er i strid med lovgivningen, stiftelsesdokumenter, vedtægterne mv. og ikke herudover en materiel prøvelse af beslutningens korrekthed. Er de nævnte krav opfyldt, skal der således ske registrering, uanset, om der er mulighed for, at det senere måtte vise sig, at den materielle beslutning ikke var korrekt.

Det er ubestridt, at ikke alle aktionærer har været indkaldt til generalforsamlingen den 25. maj 2007, hvorpå det blev besluttet at gennemføre kapitalforhøjelsen.

Stemmeretten er kun en af de forvaltningsmæssige rettigheder, der er knyttet til ejerskabet af en aktie.

Af aftalen om overførsel af stemmeretten fremgår, at aftalen er indgået "For at sikre at mindretalsaktionærerne ikke kommer i mindretal ved eventuelt kommende generalforsamlinger"

Erhvervsankenævnet finder herefter ikke, at der med tilstrækkelig sikkerhed tillige er sket overførsel af retten til at give møde på generalforsamling og der tage ordet til, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan se bort fra protest fra en aktionær, der ubestridt ikke har været indkaldt til generalforsamlingen.

Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har sat registreringen af kapitalforhøjelsen i bero således som sket.