

Kendelse af 17. april 1996. 96-32.131.

Hjemmel til fusion af to sparekasser, hvor en selvejende sparekasse var den fortsættende sparekasse, således at det ophørende sparekasseaktieselskab kunne opløses uden likvidation. Spørgsmålet om partsstilling.

Aktieselskabslovens § 134 h. Bank- og sparekasselovens §§ 48 og 52.

(Mads Bryde Andersen, Eskil Trolle og Niels Larsen)

Advokat A har i skrivelse af 1. marts 1996 på vegne Sparekassen K klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 22. februar 1996 (j.nr. 95-129.362), hvor styrelsen udtalte, at sparekassen ikke vil kunne fusionere med B Sparekasse A/S således, at B Sparekasse A/S kan anses for opløst uden likvidation efter aktieselskabslovens § 134 h.

I. Sagens omstændigheder:

Det fremgår af sagen, at der mellem Sparekassen K og B Holding A/S er indgået en principaftale om, at Sparekassen K skal erhverve samtlige aktier i B Sparekasse A/S med henblik på, at de to sparekasser, Sparekassen K og B Sparekasse A/S, skal fusionere med Sparekassen K (selvejende sparekasse) som fortsættende sparekasse. I anledning heraf rettede klagerens advokat, advokat A, henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 1., 5. og 14. december 1995 og 15. februar 1996 med henblik på at få bekræftet klagerens opfattelse af, at aktieselskabslovens regler om fusion, eventuelt i sammenhæng med bank- og sparekasselovens § 48, kan finde anvendelse direkte eller analogt på et tilfælde, som det foreliggende, hvor en sparekasse organiseret som en selvejende sparekasse (Sparekassen K) fusionerer med et aktieselskab (B Sparekasse A/S), således at den ophørende sparekasse, i dette tilfælde B Sparekasse A/S, kan anses for opløst uden likvidation, når betingelserne i aktieselskabslovens § 134 h er opfyldt. Til støtte herfor henviste advokat A til forskelligt materiale, herunder til udtalelser af 25. oktober 1972 og 2. november 1972 fra henholdsvis Aktieselskabsregisteret og Handelsministeriet om fusion i et lignende konkret tilfælde, hvor Aktieselskabsregisteret og ministeriet udtalte, at den daværende regel i aktieselskabslovens § 70, stk. 3, kunne anvendes analogt, således at likvidation af en bank kunne undgås. Endvidere henviste advokat A til et responsum om sagen fra professor, dr. jur. N.

II. Sagens forløb i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen svarede den 7. februar 1996. Skrivelsen har følgende indhold:

"...

Ved et senere brev af 5. december 1995 har De præciseret anmodningen derhen, at De beder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bekræfte,

- enten at bank- og sparekasselovens § 48 alene indeholder hjemmel til at gennemføre en fusion mellem en sparekasse og et sparekasseaktieselskab med sparekassen som den fortsættende enhed,

- eller at bank- og sparekasselovens § 48 i sammenhæng med enten en direkte anvendelse eller en analogi af aktieselskabslovens kapitel 15 indeholder denne hjemmel,

således at der er tale om en egentlig fusion, hvorfor sparekasseaktieselskabet ophører uden formelig likvidation, således at sparekasseaktieselskabet anses for opløst, når de i aktieselskabslovens § 134 h anførte betingelser er opfyldt.

Endvidere har De anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at tage stilling til kompetencespørgsmålet; om godkendelsesmyndigheden er Finanstilsynet alene, eller om det er Finanstilsynet for så vidt angår sparekassen, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for så vidt angår sparekasseaktieselskabet.

Til brug for styrelsens overvejelser har De indsendt et responsum af 13. december 1995 fra professor, dr.jur. N, ligesom styrelsen fra Finansrådet har modtaget et notat af 12. december 1995.

2. Efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse er der ikke hjemmel til at gennemføre en fusion som beskrevet, således at sparekasseaktieselskabet ophører uden likvidation.

Det er endvidere Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at Finanstilsynet har kompetencen til at godkende en fusion efter bank- og sparekasselovens § 48, men at spørgsmålet om sparekasseaktieselskabets ophør ved eller uden likvidation henhører under Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Opmærksomheden henledes på, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse kun er en vejledende udtalelse, og at spørgsmålets endelige afgørelse henhører under domstolene.

3. Efter aktieselskabsloven er det hovedreglen, at opløsning af et aktieselskab gennemføres ved likvidation, tvangsopløsning eller konkurs, jf. aktieselskabslovens kapitel 14. Hertil gælder efter aktieselskabslovens kapitel 15 den udtrykkelige modifikation, at et aktieselskab kan opløses uden likvidation ved sammensmeltning med/overdragelse af samtlige aktiver og gæld til et andet aktieselskab eller et anpartsselskab, jf. §§ 134 og 134 j, eller til staten eller en kommune, jf. § 134 k.

Opmærksomheden henledes på, at anvendelsesområdet - aktie- og anpartsselskaber - netop præciseres i det den 1. februar 1996 fremsatte lovforslag nr. L 198 om ændring af lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v. og forskellige andre love § 2, nr. 27, hvor det i bemærkningerne anføres: "Den foreslåede bestemmelse indebærer en præcisering af, at et aktieselskab kan opløses uden likvidation ved overdragelse af selskabets aktiver og gæld som helhed til et andet aktie- eller anpartsselskab. Det samme gælder, når to eller flere aktie- eller anpartsselskaber sammensmeltes til et nyt aktie- eller anpartsselskab".

Efter dansk rets almindelige regler kan debitorskifte ikke ske uden samtykke fra kreditor, hvilket principielt gælder, uanset kreditors stilling ikke forringes.

Med hjemmel i lov kan der dog foretages debitorskifte uden samtykke fra kreditor. Aktieselskabslovens regler om fusion indeholder sådan lovhjemmel til overførelse af aktieselskabets forpligtelser uden kreditors samtykke, når visse nærmere i loven angivne betingelser er opfyldt.

Aktieselskabslovens regler om fusion indeholder således ikke blot en modifikation til hovedreglen om, at opløsning af et aktieselskab gennemføres ved likvidation m.v., men tillige den nødvendige lovhjemmel til universalsuccession og dermed fravigelse af dansk rets almindelige regler om debitorskifte.

Det er på denne baggrund Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at eventuel fravigelse af aktieselskabslovens system, for så vidt angår aktieselskabers opløsning uden likvidation, forudsætter en klar lovhjemmel.

4. Såvel advokat A som professor, dr. jur. N har, til støtte for at aktieselskabslovens kapitel 15 kan anvendes analogt i det foreliggende tilfælde, bl.a. henvist til, at Handelsministeriet i en udtalelse af 2. november 1972 (j.nr. 129-10-72) tilkendegav som sin opfattelse, at den dagældende bestemmelse i aktieselskabslovens § 70, stk. 3, kunne anvendes analogt på en sparekasses påtænkte overtagelse af aktiver og passiver i et bankaktieselskab, således at likvidation af bankaktieselskabet kunne undgås.

Det bemærkes hertil, at hverken aktieselskabsloven af 1930 eller af 1973 forud for den nedenfor omtalte lovændring i 1982 indeholdte lovhjemmel til debitorskifte.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder, at retstilstanden ved indførelsen af de eksisterende regler om universalsuccession i forbindelse med fusion på afgørende måde blev ændret, således at aktieselskabsloven i hvert fald ikke i den henseende har kunnet anvendes analogt siden gennemførelsen af ændringerne af aktieselskabsloven ved L 282 af 9. juni 1982.

Det er ligeledes Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at bestemmelsen i bank- og sparekasselovens § 48 ikke i sig selv hjemler adgang til fusion med universalsuccession og heller ikke hjemler adgang til anvendelse af aktieselskabslovens kapitel 15 i den foreliggende situation. Styrelsen skal i den forbindelse henvise til den nyeste kommentar til bank- og sparekasseloven af Christen Boye Jacobsen, Peter Sylvest Larsen, Thomas Kjøller og Tine Roed, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1996, s. 334, hvor det i kommentaren til § 48 bl.a. anføres: "En væsentlig praktisk forskel mellem transaktioner, der omfattes af AL kapitel 15, og de øvrige fusioner, spaltninger og overtagelser af filialer vedrører skyldnerskifte. For fusioner m.v., der falder uden for AL, medfører transaktionen skyldnerskifte med den konsekvens, at al gæld i ophørende pengeinstitutter eller

overtagne filialer forfalder til betaling. Dette kan skabe et likviditetsproblem, der må indgå i tilsynets vurdering efter § 48".

5. Finansrådet har i et notat af 12/12 1995 henvist til en udvidende fortolkning af § 52 d i bank- og sparekasseloven som den fornødne lovhjemmel til anvendelsen af regelsættet i aktieselskabslovens kapitel 15.

Bank og sparekasselovens kapitel 12 b finder efter sit indhold kun anvendelse på sparekassers omdannelse til aktieselskaber og indeholder dermed ikke lovhjemmel til en fusion som den omhandlede.

Under hensyn til det ovenfor anførte om aktieselskabslovens system vedrørende aktieselskabers opløsning, herunder at aktieselskabslovens fusionsregler er en modifikation til såvel aktieselskabslovens hovedregel om opløsning af aktieselskaber som dansk rets almindelige regel om debitorskifte, finder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen heller ikke, at bank og sparekasselovens § 52 d kan anvendes analogt på en fusion som den her omhandlede."

Ved skrivelse af 5. februar 1996 anmodede advokat A styrelsen om at træffe en egentlig afgørelse. Advokat As skrivelse har følgende indhold:

"...

Ad 1.

Begrundelsen for at anmode om en afgørelse frem for at indlede en anerkendelsessag er tidsfaktoren. Der foreligger således en principaftale mellem Sparekassen K og B Spar Holding A/S om sparekassens erhvervelse af samtlige aktier i B Sparekasse A/S med henblik på fusion med Sparekassen K som den fortsættende enhed. Principaftalen er naturligvis betinget af de relevante myndigheders godkendelse.

Jeg skal hermed under konkret henvisning til de navngivne parter principaftale anmode Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om snarest muligt at fremkomme med en afgørelse fremfor blot en vejledende udtalelse.

Ad 2.

Den hovedtese styrelsens udtalelse er baseret på, er at det er hovedreglen, at opløsning af et aktieselskab gennemføres ved likvidation, tvangsopløsning eller konkurs på grundlag af lovens kapitel 14, at modifikationen i lovens kapitel 15 om fusion er udtryk for en adgang til debitorskifte uden at kreditors godkendelse er fornøden, og at en universalsuccession uden kreditors samtykke kræver udtrykkelig lovhjemmel. Jeg sætter ikke spørgsmålstegn ved denne tese, selvom det ikke er en undtagelsesfri regel, at skyldnerskifte uden kreditorsamtykke forudsætter lovhjemmel, jf. eksempelvis for så vidt angår lejeforhold; Halfdan Krag Jespersen, Lejeret 1 (1989) pg. 87f.

Forinden jeg knytter detailkommentarer til styrelsens argumentation med grundlag i betragtninger omkring debitorskifte og universalsuccession, skal jeg bemærke, at henvisningen midt på side 2 til bemærkningerne til et **lovforslag** vedrørende visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v. efter min opfattelse ikke har relevans for det foreliggende spørgsmål. Som det fremgår af bemærkningerne s. 34 til § 134 er der alene tale om en præcisering af, at et aktieselskab kan opløses uden likvidation ved overdragelse af selskabets aktiver og gæld som helhed til et andet aktie- eller anpartsselskab; men ikke om nogen egentlige indholdsmæssige ændringer.

Styrelsens argumentation for konklusionen i udtalelsen er hovedsageligt baseret på, at tvungent debitorskifte fordrer udtrykkelig lovhjemmel som en fravigelse af dansk rets almindelige regler om debitorskifte. I tilknytning hertil er det anført, at der forud for lovændringen i 1982 ikke var hjemmel til debitorskifte, hverken i Aktieselskabsloven af 1930 eller af 1973.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder endvidere, "at retstilstanden ved indførelse af de eksisterende regler om universalsuccession i forbindelse med fusion på afgørende måde blev ændret, således at aktieselskabsloven i hvert fald ikke i denne henseende har kunnet anvendes analogt siden gennemførelsen af ændringerne af aktieselskabslovgivningen ved L 282 af 9. juni 1982."

Jeg skal i det følgende knytte en række bemærkninger til de efter min mening forkerte præmisser, styrelsen har lagt til grund, idet jeg indledningsvis vil redegøre for de tre elementer, som en fusion efter min opfattelse består af.

For det første er der tale om et selskabs samlede overdragelse af samtlige dets aktiver og passiver til en anden juridisk person. Det er alene et terminologispørgsmål og uden materiel betydning, om man benytter forskellige udtryk såsom "formue som helhed" eller "aktiver og gæld som helhed". Det er ej heller afgørende om den erhvervende juridiske person allerede eksisterer eller opstår ved fusionen.

For det andet indtræder det fortsættende selskab under nærmere angivne betingelser i samtlige det ophørende selskabs rettigheder og forpligtelser. Der sker med andre ord blandt andet et skifte af debitor i forhold til det ophørende selskabs kreditorer.

Endelig og for det tredje kan det ophørende selskab opløses uden likvidation. At formelig likvidation er uforholdsmæssig beror på, at det ophørende selskab herefter er uden nogen form for rettigheder og forpligtelser såvel som aktiver og passiver.

De tre elementer; overdragelsen, indtræden i og ophør uden likvidation er indbefattet i begrebet universalsuccession.

Ved lov 282 af 9. juni 1982 blev Aktieselskabslovens kapitel 15 om fusion omstruktureret på baggrund af EF's 3. selskabsdirektiv (fusionsdirektivet). Direktivets formål var at samordne medlemsstaternes lovgivning for at sikre især aktionærer og kreditorer ved gennemførelse af fusioner og visse andre lignende retlige fremgangsmåder ved sammenlægning af selskaber. Definitionen af en fusion i Aktieselskabslovens § 134 tilsigtede ikke nogen ændring i den hidtil gældende

definition af fusion, jf. bemærkningerne til lovforslagets § 134, sp. 2889. Det fremgår videre af lovbemærkningernes sp. 2887 og 2888 under "almindelige bemærkninger":

"Under lovforslagets forberedelse blev der i selskabsretspanelet udarbejdet et udkast til kapitel 15 om fusion. Udkastet, der blev tiltrådt af alle panelets medlemmer, fastlagde en fremgangsmåde, der med iagttagelse af direktivets grundlæggende principper gav fusionen karakter af en universalsuccession. Dette vil sige, at aktiver og gæld vedrørende et ophørende selskab overgår som helhed til det fortsættende selskab. Fusionen vil derfor efter udkastet finde sted uafhængigt af opgøret med kreditorerne.

Da udkastet ikke harmonerede med den almindelige regel i dansk ret, hvorefter kreditors samtykke kræves til debitorskiftet, har justitsministeriets lovafdeling fremsat principielle bemærkninger til reglernes udformning. Kapitlet er herefter omredigeret således, at i tilfælde af, at de særlige vurderingsmænd anser kreditorernes mulighed for fyldestgørelse for at være forringet, skal der gives kreditorerne adgang til at kræve betaling eller sikkerhed. ..."

Det fremgår videre af bemærkningerne til § 134 g, sp. 2900 og 2901:

"Direktivets art. 13 tillader indførelse af regler efter en model, som kendes i flere medlemsstater, og hvorefter fusioner gennemføres uafhængigt af opgøret med kreditorer og eventuelle mindretalsaktionærer i ophørende selskaber. Disse regler bygger på et princip om universalsuccession, og går ud på, at alle kreditorer må rette deres krav mod det selskab, der fortsætter efter fusionen.

Sådanne regler har været overvejet i forbindelse med udarbejdelsen af lovforslaget. Efter henstilling fra justitsministeriet har man som sagt udformet forslagens regler om kreditorbeskyttelse således, at fusionens gennemførelse ganske vist ikke kræver aftale med kreditorer, men at visse kreditorer skal være fyldestgjort som betingelse for, at fusionen kan træde i kraft."

Det kan således konstateres, at der ikke ved ændringerne i Aktieselskabslovens kapitel 15 i 1982 er indført regler om ubetinget succession, idet det tvungne debitorskifte - hvis vurderingsmændene antager, at kreditorernes retsstilling forringes - er betinget af, at anmeldte forfaldne fordringer er indfriet, og at der for uforfaldne anmeldte fordringer er stillet betryggende sikkerhed, jf. §§ 134 g og 134 h.

Jeg vil herefter redegøre for, hvorfor de successionsregler, der blev indført med loven i 1982, ikke repræsenterer nogen i denne relation afgørende ændringer i forhold til de ældre aktieselskabslove af 1930 og 1973, således at Aktieselskabsloven

ikke i denne henseende har kunnet anvendes analogt siden 1982, som hævdet af styrelsen.

Aktieselskabsloven af 15. april 1930 (hvorpå udtalelsen fra 1972 om analog anvendelse er baseret) anfører om sammensmeltning af aktieselskaber i § 70:

"Beslutning om overdragelse af et aktieselskabs formue som helhed eller om dets sammensmeltning med et andet aktieselskab kan kun fattes af generalforsamlingen ...

Sker overdragelsen til et andet aktieselskab, kan likvidation undlades, men det overtagne selskabs formue skal da forvaltes særskilt, indtil 6 måneder er forløbet fra registreringen af den i 1ste stykke nævnte anmeldelse, medmindre samtlige kreditorer enten samtykker i, at dette kan undlades, eller de fyldestgøres, eller der stilles dem betryggende sikkerhed; om en tilbudt sikkerhed må anses for betryggende afgøres på en af parternes begæring af Overregistrator..."

Også i 1930-loven var der altså hjemmel til at undlade likvidation af det ophørende selskab i forbindelse med en sammensmeltning, under den forudsætning at det overtagne selskabs formue blev forvaltet særskilt i en 6 måneders periode. Denne 6 måneders periode kunne afkortes ved aftale med kreditorerne, fyldestgørelse af disse eller ved sikkerhedsstillelse. At fordringer, der var forfaldne på anmeldelsestidspunktet inden udløbet af 6 måneders fristen kunne søges fyldestgjort, adskiller sig ikke fra situationen i dag, jf. bemærkningerne til 1982-loven, sp. 2901, eftersom fusionen/ sammensmeltningen endnu ikke er trådt i kraft på dette tidspunkt. Tilsvarende kunne kreditorer med uforfaldne fordringer efter 1930-loven kræve betryggende sikkerhed.

I lov nr. 370 af 13. juni 1973 anføres i § 134.

"Beslutning om opløsning af et aktieselskab uden likvidation ved overdragelse som helhed af selskabets aktiver og gæld til et andet aktieselskab eller til et anpartsselskab kan - bortset fra de i § 139 omhandlede fusioner - kun træffes af generalforsamlingen..."

Også i 1973-loven var der således hjemmel til at overdrage et selskabs aktiver og gæld som helhed uden likvidation.

Bent Græsvænge m.fl. udtaler i Lovkommentaren (1973) side 318 i note 5 "Mens 1930-loven taler om selskabets "formue som helhed", anvender loven udtrykket "aktiver og gæld". Dette er kun en redaktionel ændring. **Der foreligger fremdeles en universalsuccession.**". (Min fremhævelse).

Græsvænges synspunkt er overensstemmende med det i betænkning nr. 540, 1969 side 166 anførte

"§ 134.

(AL § 70, stk. 1-2. 1964 udkastets § 115, stk. 1, og § 117).

Stk. 1. Den i § 134, stk. 1, 1. pkt., givne beskrivelse af fusionen som en opløsning af et aktieselskab uden likvidation ved overdragelse som helhed af selskabets aktiver og gæld til et andet aktieselskab er helt overensstemmende med den traditionelle opfattelse af aktieselskabsfusion. Det er således alene en tydeliggørelse, der tilsigtes, når udkastet i modsætning til AL § 70, stk. 1, og 1964 udkastets § 115, stk. 1, fremhæver fusionens karakter af en opløsningsmåde for aktieselskaber ved siden af likvidation. At likvidationsreglerne ikke skal iagttages ved opløsning gennem fusion, står i forbindelse med fusionens dobbelte formål: Opløsning af det overtagne selskab som selvstændigt retssubjekt og samtidig videreførelse af dets hele virksomhed indenfor rammerne af det overtagende selskabs juridiske og økonomiske organisation. Endvidere er det alene en redaktionel afvigelse, når udkastet som genstand for overdragelsen taler om selskabets aktiver og gæld som helhed, medens såvel AL § 70 som 1964 udkastets § 115 taler om selskabets formue som helhed. **Også efter udkastet er der tale om universalsuccession.**" (min fremhævelse).

Af § 138 i 1973-loven fremgår det, at universalsuccessionen - på lige fod med den nugældende lovgivning og 1930-loven - var betinget af iagttagelse af visse kreditorbeskyttende forholdsregler. Selskabets aktiver skulle således forvaltes særskilt indtil udløbet af den i Statstidende bekendtgjorte frist på 3 måneder med opfordring til selskabets kreditorer til at anmelde deres krav. Særskilt forvaltning kunne dog undlades, når samtlige kreditorer samtykkede heri, eller der stilledes dem betryggende sikkerhed. De kreditorer, der ikke havde anmeldt deres krav i overensstemmelse hermed efter udløbet af fristen, måtte således acceptere det fortsættende selskab som ny kreditor. Fusionens gennemførelse krævede - ligesom i dag - ganske vist ikke aftale med kreditorerne, men visse kreditorer skulle være fyldestgjort som betingelse for, at fusionen kunne træde i kraft.

Jeg må på denne baggrund konkludere, at der i samtlige de omhandlede aktieselskabslove - med de samme tre karakteristika - har været hjemmel til fusion uden likvidation af det ophørende selskab, at samtlige love indeholder hjemmel til debitorskifte, og at universalsuccessionen ikke i nogen af lovene er ubetinget, idet der generelt skal iagttages særlige kreditorbeskyttende forholdsregler, som betingelse for at fusionen kan træde i kraft. I 1982-loven har man indført instituttet om vurderingsmændenes erklæring og kreditorernes adgang til at forlange indfrielse henholdsvis sikkerhedsstillelse på baggrund af vurderingsmændenes udtalelse, mens der i de ældre love var foreskrevet regler om særskilt forvaltning af det overtagne selskabs formue i 6 måneder efter 1930-loven og 3 måneder efter 1973-loven og med tilsvarende adgang som gældende i dag for kreditorerne til at forlange fyldestgørelse og sikkerhedsstillelse. Det er næppe muligt at sige, om kreditorernes retsstilling er bedre sikret efter de nugældende regler end ved de tidligere regler om særskilt forvaltning.

På denne baggrund ses der ikke, som hævdet af styrelsen, ved 1982-loven at være indført regler om universalsuccession som på relevant afgørende måde er ændret i forhold til 1930-loven og 1973-loven.

Hjemmelskravet til debitorskifte er således uændret i forhold til retsstillingen i 1972, hvor Handelsministeriet og Aktieselskabsregisteret begge konkluderede, at den dagældende Aktieselskabslovs § 70, stk. 3, kunne finde analog anvendelse på en fusion netop som den her omhandlede mellem et aktieselskab og en sparekasse, med sparekassen som den fortsættende enhed.

Bent Græsvænge lægger i sin skrivelse af 25. oktober 1972 til Handelsministeriet i relation til kreditorernes stilling stor vægt på den kendsgerning, at sikringen af kreditorerne er væsentligt større, da erhververen er underkastet offentlig kontrol gennem Tilsynet med banker og sparekasser sammenlignet med overdragelse til et andet aktieselskab.

Der ses ikke at være reale holdepunkter for, hvorfor aktieselskabslovens fusionsregler ikke i dag skulle kunne anvendes analogt på den samme situation som forelå i 1972.

Jeg mener derfor, at de fundamentale præmisser, hvorpå styrelsens vejledende udtalelse - specielt punkt 4 - er baseret, er ukorrekte.

Ad 3.

Såfremt det ikke er lykkedes mig med ovenstående argumentation at ændre Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, og afgørelsen således får samme konklusion som udtalelsen, kan spørgsmålet naturligvis forelægges Erhvervsankenævnet.

Herudover foreligger imidlertid den mulighed at få korrigeret retstilstanden, således at der ikke er behov for en analogislutning. Dette kan finde sted enten ved ændring i Aktieselskabsloven eller en ændring i lov om Banker og Sparekasser. Der er aktuelt verserende lovforslag til begge love."

Den påklagede afgørelse af 22. februar 1996 har følgende indhold:

"...

Ved brev af 15. februar 1995 er De fremkommet med supplerende argumenter til støtte for, at der er adgang til at foretage en egentlig fusion mellem en sparekasse organiseret som en selvejende institution og et sparekasseaktieselskab, således at sparekasseaktieselskabet ophører uden formelig likvidation og anses for opløst, når de i aktieselskabslovens § 134 h anførte betingelser er opfyldt.

De har endvidere anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at træffe en egentlig afgørelse om dette spørgsmål, idet De har oplyst, at der foreligger en principaftale mellem Sparekassen K og B Spar Holding A/S om sparekassens erhvervelse af samtlige aktier i B Sparekasse A/S med henblik på fusion med Sparekassen K som den fortsættende enhed.

På denne baggrund skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hermed meddele, at det i Deres brev af 15. februar 1996 anførte ikke ændrer styrelsens opfattelse, hvorefter der af de i styrelsens udtalelse af 7. februar 1996 nævnte grunde ikke ses at være hjemmel til en fusion som den omhandlede, hvorfor en sådan ikke vil kunne registreres.

Nærværende afgørelse kan inden 4 uger ...

Det kan til Deres orientering oplyses, at det Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bekendt overvejes at skabe lovhjemmel til en fusion som den omhandlede."

III. Sagens forløb i Erhvervsankenævnet.

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 19. marts 1996 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholdt afgørelsen og udtalt:

"Udtalelse

Hverken aktieselskabsloven eller bank- og sparekasseloven indeholder udtrykkelig hjemmel til en fusion som den omhandlede.

Gennemførelse af fusionen forudsætter derfor, at enten aktieselskabslovens fusionsregler eller bank- og sparekasselovens kapitel 12 b, som henviser til aktieselskabslovens fusionsregler, kan anvendes analogt.

Aktieselskabslovens regler om opløsning af aktieselskaber ved fusion udgør dels en undtagelse til aktieselskabslovens hovedregel om opløsning ved likvidation, tvangsopløsning eller konkurs, dels en undtagelse til dansk rets almindelige obligationsretlige grundsætning om debitorskifte.

Det er på denne baggrund Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at eventuel afvigelse fra aktieselskabslovens system, for så vidt angår aktieselskabers opløsning uden likvidation, forudsætter klar lovhjemmel. Det følger heraf, at aktieselskabslovens regler om fusion ikke efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse kan anvendes analogt på en fusion som den påtænkte.

På denne baggrund fastholdes Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 22. februar 1996.

...

Sagens retlige omstændigheder

3.1. Sparekasseaktieselskabet er et aktieselskab, som har overtaget en sparekasses aktiviteter efter reglerne i bank- og sparekasselovens kapitel 12 b om omdannelse af sparekasser til aktieselskaber. I henhold til bank- og sparekasselovens § 52 g, stk. 2, finder reglerne for banker i øvrigt anvendelse på aktieselskabet. I de konkrete bemærkninger til lovforslaget (L 27 af 5. oktober 1988) anføres til bestemmelsen:

"Stk. 2 fastslår, at de for banker gældende regler, dvs. bank- og sparekasseloven og aktieselskabsloven, fremtidig skal finde anvendelse på de her omhandlede sparekasseaktieselskaber".

Aktieselskabslovens regler gælder således for sparekasseaktieselskaber i den udstrækning, disse regler ikke er blevet fraveget i bank- og sparekasseloven.

Bank- og sparekasseloven indeholder efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse ikke efter sin ordlyd selvstændig hjemmel til gennemførelse af en fusion som den omhandlede.

Særligt f.s.v.a bank- og sparekasselovens § 48 skal det bemærkes, at reglen efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse er en præliminær regel, hvorefter Finanstilsynets tilladelse er en nødvendig betingelse for at gennemføre en fusion mellem pengeinstitutter, men at bestemmelsen ikke selvstændigt indeholder hjemmel til at gennemføre en fusion som den omhandlede med den virkning, at et aktieselskab kan ophøre uden formelig likvidation.

3.2. Efter aktieselskabsloven er det hovedreglen, at opløsning af et aktieselskab gennemføres ved likvidation, tvangsopløsning eller konkurs, jf. aktieselskabslovens kapitel 14. Hertil gælder efter aktieselskabslovens kapitel 15 bl.a. den udtrykkelige modifikation, at et aktieselskab kan opløses uden likvidation ved sammensmeltning med/overdragelse af samtlige aktiver og gæld til et andet aktieselskab eller et anpartsselskab, jf. §§ 134 og 134 j, eller til staten eller en kommune, jf. § 134 k.

Aktieselskabsloven indeholder efter sin ordlyd ikke hjemmel til fusion med andre retsdannelser end de netop nævnte. I særlovgivningen er der dog fastsat regler, der udtrykkeligt hjemler adgang til, at et aktieselskab kan fusionere med andre retsdannelser end de i ASL kapitel 15 nævnte.

Eksempler herpå er realkreditlovens kapitel 12 og lov om forsikringsvirksomhed kapitel 18. Bank- og sparekasseloven indeholder også en sådan hjemmel i kapitel 12 b om sparekassers omdannelse til aktieselskaber og i kapitel 12 c om andelskassers omdannelse til aktieselskaber. Det karakteristiske for disse regler er, at de giver egentlig lovhjemmel til debitorskifte uden kreditorenes samtykke, og f.s.v.a. reglerne i bank- og sparekasseloven at de ikke hjemler adgang til, at aktieselskabet er den ophørende enhed.

En hjemmel til fusion som den omhandlede består således alene, såfremt et eller flere af de eksisterende regelsæt i bank- og sparekasseloven eller i aktieselskabsloven om aktieselskabers opløsning ved fusion kan anvendes analogt.

3.3. Efter dansk rets almindelige obligationsretlige grundsætninger medfører debtorskifte, at debtors forpligtelse forfalder, medmindre indsættelse af en ny debitor er sket med kreditors samtykke. Dette gælder principielt, uanset kreditors stilling i økonomisk henseende ikke forringes. Denne regel er modificeret i aktieselskabslovens fusionsregler, som under visse betingelser hjemler adgang til tvungent debtorskifte.

Efter aktieselskabslovens § 134 h, stk. 1, anses et ophørende selskab således for opløst, og dets rettigheder og forpligtelser anses for overgået som helhed til det fortsættende selskab, når visse betingelser er opfyldt. Hvor kreditorernes mulighed for fyldestgørelse i følge vurderingsmændenes erklæring efter aktieselskabslovens § 134 c, stk. 1, ikke forringes, kan fusionen gennemføres uden samtykke fra kreditorerne, jf. § 134 h, stk. 1, nr. 3, smh. § 134 g, e.c.

Hvor kreditorernes mulighed for fyldestgørelse i følge vurderingsmændenes erklæring efter aktieselskabslovens § 134 c, stk. 4, forringes, kan kreditorer derimod forlange forfaldne fordringer indfriet, og for uforfaldne fordringer forlange betryggende sikkerhed. Fusionen vil i sådanne tilfælde ikke kunne gennemføres, før sådanne krav er opfyldt, jf. aktieselskabslovens § 134 h, stk. 1, nr. 3, jf. § 134 g.

Aktieselskabslovens regler om opløsning af aktieselskaber ved fusion udgør således dels en undtagelse til aktieselskabslovens hovedregel om opløsning ved likvidation, tvangsopløsning eller konkurs, dels en undtagelse til dansk rets almindelige obligationsretlige grundsætning om debtorskifte.

Det er på denne baggrund Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at eventuel afvigelse fra aktieselskabslovens system, for så vidt angår aktieselskabers opløsning uden likvidation, forudsætter klar lovhjemmel. Det følger heraf, at aktieselskabslovens regler om fusion ikke efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse kan anvendes analogt på en fusion som den påtænkte.

På tilsvarende vis finder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke, at bank- og sparekasselovens § 52 d kan anvendes analogt på en fusion som den påtænkte.

3.4. Klageren har gjort gældende, at aktieselskabslovens kapitel 15 kan anvendes analogt på en fusion som den foreliggende. Til støtte herfor har klageren bl.a. henvist til Handelsministeriets udtalelse af 2. november 1972 ... hvor Handelsministeriet tilkendegav som sin opfattelse, at den dagældende bestemmelse i § 70, stk. 3, i aktieselskabsloven af 1930 kunne anvendes analogt på en påtænkt fusion mellem to pengeinstitutter, hvoraf det overtagende var en sparekasse organiseret som en selvejende institution, og det overtagne var en bank organiseret som et aktieselskab, således at likvidation af banken kunne undgås.

Klageren har endvidere henvist til, at der såvel i aktieselskabsloven af 1930 som i aktieselskabsloven af 1973, herunder efter ændringerne ved L 282 af 9/6 1982, har været hjemmel til fusion uden likvidation af det ophørende selskab, at samtlige love indeholder hjemmel til debitorskifte, og at universalsuccession ikke i nogen af lovene er ubetinget.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan tilslutte sig, at der såvel i aktieselskabsloven af 1930 som i aktieselskabsloven af 1973, herunder efter ændringerne ved L 282 af 9. juni 1982, har været hjemmel til fusion uden likvidation af det ophørende aktieselskab, og at universalsuccession ikke i nogen af lovene er eller har været ubetinget.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er derimod ikke enig med klageren med hensyn til, at samtlige love har indeholdt hjemmel til debitorskifte, forstået som tvunget debitorskifte, men finder, at dette først har været tilfældet efter gennemførelsen af L 282 af 9. juni 1982. Der er således efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse væsentlig forskel på betingelserne for at gennemføre universalsuccession efter aktieselskabsloven af henholdsvis 1930 og 1973 på den ene side og aktieselskabsloven af 1973 som ændret i 1982 på den anden side.

Umiddelbart forinden gennemførelsen af aktieselskabsloven af 1973 var fusionsreglerne indeholdt i aktieselskabslovens § 70 sålydende:

"§ 70. Beslutning om overdragelse af et aktieselskabs formue som helhed eller om dets sammensmeltning med et andet aktieselskab kan kun fattes af generalforsamlingen. Om den af generalforsamlingen truffne beslutning skal der ske anmeldelse til aktieselskabs-registeret inden otte dage.

Sker overdragelse til den danske stat eller til en dansk kommune, kan det straks anmeldes, at selskabet er opløst.

Sker overdragelse til et andet aktieselskab, kan likvidation undlades, men det overtagne selskabs formue skal da forvaltes særskilt, indtil seks måneder er forløbet fra registreringen af den i 1ste stykke nævnte anmeldelse, medmindre samtlige kreditorer enten samtykker i, at dette undlades, eller de fyldestgøres, eller der stilles dem betryggende sikkerhed; om en tilbudt sikkerhed må anses for betryggende, afgøres på en af parternes begæring af overregistrator. Når endelig overdragelse har fundet sted, skal det overtagne selskabs bestyrelse foretage anmeldelse til aktieselskabs-registeret.

(....)

(....)

Bestemmelsen i denne paragrafs 3die-5te stykke finder tilsvarende anvendelse ved sammensmeltning af aktieselskaber.

Med anmeldelsen til aktieselskabs-registeret om overdragelse af et aktieselskabs formue som helhed eller om sammensmeltning af aktieselskaber skal følge bevis for, at de foreskrevne regler er iagttaget".

Aktieselskabsloven af 1973 (L 370 af 13. juni 1973) indeholdt f.s.v.a. forholdet til kreditorerne en tilsvarende regel:

"§138. Bestyrelsen for det overtagne selskab skal ved bekendtgørelse i statstidende med en frist af mindst tre måneder opfordre selskabets kreditorer til at anmelde deres krav. Selskabets aktiver skal forvaltes særskilt, indtil fristen er udløbet og de anmeldte kreditorer er fyldestgjort. Særskilt forvaltning kan dog undlades, når samtlige kreditorer samtykker heri, eller der stilles dem betryggende sikkerhed. Overregistrator afgør på en af parternes begæring, om en tilbudt sikkerhed må anses for betryggende.

(....)

Stk. 3. Når betingelserne for ophør af den særskilte forvaltning af det overtagne selskabs aktiver er opfyldt og aktionærerne eller deltagerne i det overtagne selskab er fyldestgjort, skal der inden fjorten dage indgives anmeldelse om selskabets slettelse af aktieselskabs-registeret. Anmeldelsen skal underskrives af bestyrelserne for såvel det overtagne som det overtagende selskab".

I de konkrete bemærkninger til bestemmelsen anførtes bl.a. følgende:

"Forslagets § 138 indeholder bestemmelserne om gennemførelsen af fusionsbeslutningen og opløsning af selskabet, herunder de regler, der skal yde det overtagne selskabs kreditorer beskyttelse imod, at selskabets formue overdrages, uden at de forinden har haft rimelig lejlighed til at varetage deres interesser.

Efter AL 1930 § 70, stk. 3, skal det overtagne selskabs formue forvaltes særskilt indtil 6 måneder er forløbet fra registreringen af fusionsbeslutningen, med mindre samtlige kreditorer enten samtykker i, at dette undlades, eller de fyldestgøres, eller der stilles dem betryggende sikkerhed. Denne bestemmelse - der underforstår den almindelige obligationsretlige grundsætning om, at skyldnerskifte medfører, at debtors forpligtelser forfalder, med mindre indsættelse af en ny debitor er sket med kreditors samtykke - anviser to måder at gennemføre fusionsbeslutningen på: Ønskes fusionen gennemført straks efter beslutningen, må det overtagne selskabs bestyrelse samtidig træffe en ordning med samtlige selskabers kreditorer. Vil eller kan man ikke det, må bestyrelsen gennem særskilt forvaltning i 6 måneder efter anmeldelsen af selskabets formue give kreditorerne

mulighed for at søge sig fyldestgjort i formuen uden konkurrence med det overtagende selskabs fordringshavere.

Med visse redaktionelle ændringer er denne ordning af kreditorbeskyttelsen bibeholdt i forslaget § 138, der dog vil give kreditorerne en videregående beskyttelse.

(....)".

Der kan endvidere henvises til Justitsministeriets udtalelse af 12. oktober 1983, der vedlægges ... I Udtalelsen anføres bl.a. følgende:

"Efter aktieselskabslovens § 134 h, der blev gennemført ved lov nr. 282 af 9. juni 1982, anses et ophørende selskab for opløst og dets rettigheder og forpligtelser anses for overgået til det fortsættende selskab, når visse nærmere angivne betingelser er opfyldte. Med hensyn til kreditorer stilles der betingelser om fyldestgørelse eller sikkerhedsstillelse, hvis det af den erklæring, der afgives efter § 134 c, stk. 4, fremgår, at fusionen forringer adgangen til fyldestgørelse. Indebærer fusionen derimod ikke, at muligheden for fyldestgørelse forringes, kan fusionen gennemføres, uden at loven stiller krav om, at der tilvejebringes en ordning med kreditorerne.

Efter de regler om fusion af aktieselskaber, der gjaldt før gennemførelse af loven fra 1982, skulle kreditorer i det ophørende selskab efter § 138 indkaldes, og det ophørende selskabs aktiver skulle forvaltes særskilt, indtil anmeldte kreditorer var fyldestgjort. Særskilt forvaltning kunne dog undlades, hvis samtlige kreditorer samtykkede heri, eller der blev stillet dem betryggende sikkerhed.

I bemærkningerne til lovforslaget fra 1982 (Folketinget 1981-82 (2. samling) blad nr. 194 side 42 f) anførtes det, at den daværende aktieselskabslovs § 138 var udtryk for den obligationsretlige grundsætning om, at skyldnerskifte medfører, at debtors forpligtelse forfalder, medmindre indsættelse af en ny debitor er sket med kreditors samtykke. Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at § 138 blev ophævet, for at loven kunne tilgodese det formål at åbne adgang til at gennemføre fusionen uden en ubetinget forpligtelse til at tilvejebringe ordninger med alle kreditorer i ophørende selskaber.

Aktieselskabsloven har ingen udtrykkelige regler om, hvorvidt debtors forpligtelse forfalder, fordi debitor indgår i en fusion. Efter lovændringen i 1982 må det imidlertid antages, at den ovenfor nævnte almindelige obligationsretlige grundsætning ikke længere finder anvendelse ved fusion efter aktieselskabslovens regler

(....)".

Der kan endvidere henvises til industriministerens svar af 6. maj 1982 på Folketingets erhvervsudvalgs spørgsmål 43 (L119/120 - bilag 35), jf. ... I svaret anførtes bl.a. følgende:

"Som det er normal fremgangsmåde ved fremsættelse af lovforslag har L 119 og L 120 været forelagt justitsministeriets lovfdeling. Denne forelæggelse fandt sted medio november 1981 straks efter afgivelsen af panelets udtalelse. Som anført i bemærkningerne til L 119. § 1, nr. 64, var justitsministeriet betænkelig ved at fravige dansk rets almindelige obligationsretlige grundsætninger om debitorskifte, og for at imødekomme nogle af disse betænkeligheder, blev panelets forslag til kap. 15 ændret umiddelbart inden forslagets fremsættelse (...)."

Der kan herved også henvises til N, Aktie- og Anpartsselskaber, 2. udg., 1992, s. 361:

"Det debitorskifte, der sker ved fusion antoges under Aktieselskabsloven af 1930 at have den virkning, at det ophørende selskabs gæld straks forfaldt til betaling, jfr. N; Aktieselskabsret, 1970, s. 446. Dette ændredes måske allerede ved selskabslovene af 1973, men ændringen til, at fusion er en universalsuccession, er i hvert fald gennemført ved lovene af 9. juni 1982, der begge følger 3. direktiv art. 19".

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder således, at aktieselskabslovens fusionsregler ved gennemførelse af de eksisterende regler ved L 282 af 9. juni 1982 om adgang til at gennemføre fusionen uden samtykke fra kreditorerne, er ændret væsentligt, således at det i hvert fald fra dette tidspunkt ikke har været muligt at anvende aktieselskabslovens regler analogt.

3.5. Det forhold, at tvungent debitorskifte må kræve udtrykkelig lovhjemmel, har støtte i en række nyere lovgivningsinitiativer, der netop hjemler fusion mellem aktieselskaber og andre retsdannelser end de i aktieselskabslovens kapitel 15 nævnte.

3.5.1. Bank- og sparekasselovens kapitel 12b og 12c.

Bank- og sparekasselovens kapitel 12b om sparekassers omdannelse til aktieselskaber blev indsat ved L 816 af 21. december 1988.

Det fremgår af forarbejderne (lovforslag nr. 27 af 5. oktober 1988 § 1, nr. 3), at man som led i den principielle ligestilling mellem pengeinstitutter ønskede at lette overgangen til aktieselskab, hvorved tilførelse af kapital ville blive lettere.

Det fremgår forudsætningsvist af forarbejderne, at der ikke ville være hjemmel til tvungent debitorskifte, hvis der ikke i bank- og sparekasseloven henvises til aktieselskabslovens kapitel 15.

Af de konkrete bemærkninger til § 52 c fremgår således bl.a.:

"Omdannelsen foreslås at ske på den måde, at sparekassen fusionerer med et aktieselskab efter reglerne i aktieselskabslovens kapitel 15. Dette sikres i lovens § 52 d.

Ved at anvende aktieselskabslovens fusionsregler, hvorefter sparekassens aktiver og gæld som helhed overdrages til et aktieselskab, opnås, at omdannelsen kan ske uden likvidation, og at sparekassevirksomheden videreføres inden for rammerne af aktieselskabet med ophør af den selvejende institution.

Fusion efter aktieselskabslovens regler indebærer videre den fordel, at omdannelsen ikke medfører et debitorskifte, men at aktieselskabet indtræder i alle sparekassens rettigheder og forpligtelser".

Bank- og sparekasselovens § 52 d indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

"§ 52 d. Aktieselskabslovens §§ 134 - 134i finder med de nødvendige ændringer anvendelse på fusionen mellem aktieselskabet som det fortsættende selskab og sparekassen som det ophørende selskab.

(...)

Stk. 5. Tilsynet skal godkende fusionen i henhold til § 48".

Af de konkrete bemærkninger til § 52 d fremgår bl.a.:

"Aktieselskabslovens fusionsregler i kapitel 15 omfatter alene fusion mellem aktieselskaber. Ved udtrykkeligt at gøre disse regler anvendelige med de fornødne ændringer på fusion mellem en selvejende institution og et aktieselskab fastslås samtidig princippet om universalsuccession, dvs. at aktieselskabet indtræder i sparekassens rettigheder og forpligtelser uden debitorskifte.

(...)

Stk. 5 fastslår, hvad der allerede fremgår af § 48, at Finanstilsynet skal godkende fusionen".

Bank- og sparekasselovens kapitel 12c om andelskassers omdannelse til aktieselskaber indeholder tilsvarende regler og konkrete bemærkninger til lovforslaget (L 59 af 23. november 1994).

3.5.2. Realkreditloven

Ved vedtagelse af hovedloven i 1989 blev der i kapitel 12 åbnet mulighed for ændring af den retlige organisationsform (realkreditforening) til aktieselskab. I § 72, 2. pkt., fastsattes udtrykkeligt, at overdragelserne efter § 68 (af aktiver og gæld som helhed) kan gennemføres uden kreditorernes samtykke. Af lovforslagets (L 26 af 11. oktober 1989) konkrete bemærkninger til bestemmelsen fremgår bl.a. følgende:

"Omdannelsen til aktieselskab kan siges at have karakter af et debitorskifte i relation til instituttets kreditorer, herunder først og fremmest obligationsejerne. Med hensyn til debitorskifte gælder det almindelige obligationsretlige princip om, at dette normalt ikke kan ske uden samtykke fra kreditorerne. Med hjemmel i lov kan der dog foretages debitorskifte uden samtykke fra kreditorerne. Det fastsættes derfor i 2. pkt., at omdannelsen kan ske uden kreditorernes samtykke".

3.5.3. Lov om forsikringsvirksomhed.

I betænkning nr. 1229/1992 om forenkling og fremtidstilpasning af selskabslovene anføres om omdannelse af bl.a. forsikringsselskaber til aktieselskaber på s. 74f. bl. a. følgende:

"For de gensidige forsikringsselskaber og tværgående pensionskasser er der en positiv lovhjemmel til omdannelsen. Forsikringsvirksomhedslovens § 168a, der gælder generelt for alle former for forsikringsselskaber, giver Finanstilsynet mulighed for at tillade en omdannelse af forsikringsselskaber, der ikke længere driver forsikringsvirksomhed.

Omdannelsen sker ved en af Finanstilsynet kontrolleret procedure, og tilsynet fastsætter de nærmere vilkår, der måtte være behov for i de konkrete tilfælde. Der kan for eksempel stilles krav om, at omdannelsen vedtages med samme flertal, som i vedtægterne kræves til opløsning af selskabet. Endvidere er det en forudsætning for at tillade omdannelsen, at Finanstilsynet kan afgive erklæring om, at kreditorerne er tilstrækkeligt sikrede.

Det er panelets opfattelse, at den forsikringsretlige regulering af omdannelsesspørgsmålet på hensigtsmæssig vis tager stilling til de fleste spørgsmål om forsikringsdeltagernes forhold i en omdannelsessituation og tager højde for en varetagelse af kreditorernes interesser, bortset fra spørgsmålet om universalsuccession".

Side 79 anføres videre:

"En lovhjemlet adgang til universalsuccession i forbindelse med en omdannelse til aktieselskab vil også for gensidige forsikringsselskaber og tværgående pensionskasser betyde lettelse af gennemførelsen af omdannelse til aktieselskab. Universalsuccession er her ubetænkelig, da omdannelsen efter de gældende regler kun kan gennemføres, dersom Finanstilsynet finder, at fordringshaverne efter omdannelsen er tilstrækkelig sikrede".

På denne baggrund indstillede panelet, at der som et nyt stykke 2 i § 168a i lov om forsikringsvirksomhed optoges følgende bestemmelse:

"Ved omdannelse af et forsikringsselskab i medfør af stk. 1, 2. pkt., indtræder det overtagende forsikringsselskab i det overdragende forsikringsselskabs rettigheder og forpligtelser uden debitorskifte".

I panelets bemærkninger til bestemmelsen (side 182) anføres følgende:

"Bestemmelsen fastslår princippet om universalsuccession. Kreditorernes retsstilling i anledning af omdannelsen er således den samme, hvad enten fordringen haves mod det overdragende forsikringsselskab eller det overtagende forsikringsselskab. En forudsætning herfor vil være, at fusionsreglerne i aktieselskabsloven og lov om forsikringsvirksomhed indgår som en del af den af Finanstilsynet kontrollerede procedure for omdannelsen. Ved at anvende betegnelsen forsikringsselskab er der mulighed for at anvende bestemmelsen på såvel forsikringsaktieselskaber, gensidige forsikringsselskaber, som tværgående pensionskasser".

Såvel bestemmelsens formulering som bemærkningerne hertil blev optaget i lovforslaget (L 63 af 28. oktober 1992) og i den vedtagne ændringslov (§ 1, nr. 130, i L 1062 af 23. december 1992)."

Finanstilsynet har i en udtalelse om sagen af 19. marts 1996 udtalt:

"... at tilsynet er enig med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i, at spørgsmålet om sparekasseaktieselskabets ophør ved eller uden likvidation henhører under Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og at bestemmelsen i bank- og sparekasselovens § 48, stk. 1, ikke i sig selv hjemler adgang til fusion med universalsuccession eller til anvendelse af aktieselskabslovens kapitel 15 i den foreliggende situation.

Ifølge bank- og sparekasselovens § 48, stk. 1, må et pengeinstitut ikke uden Erhvervsministerens tilladelse overtage et pengeinstitut eller en forretningsafdeling af et sådant eller sammensmeltes med et andet pengeinstitut.

Adgangen til at give tilladelse efter § 48 er delegeret til Finanstilsynet for de mindre fusioner, mens tilladelse til de større fusioner gives af Erhvervsministeren, jf. bekendtgørelse nr. 436 af 19. juli 1988.

Tilladelse i henhold til § 48 er en yderligere gyldighedsbetingelse ud over det, der kræves til fusion efter aktieselskabsloven, andelsretten eller fondslovgivningen, men bestemmelsen indeholder ikke en selvstændig selskabsretlig hjemmel til at gennemføre fusioner af pengeinstitutter.

Baggrunden for tilladelsessystemet er varetagelse af tilsynsmæssige hensyn, herunder særligt at indskydernes stilling ikke forringes.

Ministeren/Finanstilsynet påser således i forbindelse med tilladelse efter § 48, at det fortsættende pengeinstituts likviditet og ansvarlige kapital er forsvarlig, og at pengeinstituttet ledelses- og driftmæssigt kan "magte" opgaven.

Finanstilsynet kan iøvrigt bekræfte ... at det overvejes at skabe lovhjemmel til en fusion som den omhandlede."

Advokat A har i et supplerende indlæg af 27. marts 1996 kommenteret Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse således:

"Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører, at aktieselskabslovens fusionsregler udgør "dels en undtagelse til aktieselskabslovens hovedregler om opløsning ved likvidation, tvangsopløsning eller konkurs, dels en undtagelse til dansk rets almindelige obligationsretlige grundsætning om debitorskifte."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder på denne baggrund, "at eventuel afvigelse fra aktieselskabslovens system, for så vidt angår aktieselskabers opløsning uden likvidation, forudsætter klar lovhjemmel. Det følger heraf, at aktieselskabslovens regler om fusion ikke efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse kan anvendes analogt på en fusion som den påtænkte."

Det fremgår videre, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen mener, "at aktieselskabslovens fusionsregler ved gennemførelse af de eksisterende regler ved L 282 af 9. juni 1982 om adgang til at gennemføre fusionen uden samtykke fra kreditorerne, er ændret væsentligt, således at det i hvert fald fra dette tidspunkt ikke har været muligt at anvende aktieselskabslovens regler analogt."

Efter vor opfattelse har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke godtgjort, hvorfor aktieselskabslovens fusionsregler ikke skulle kunne anvendes analogt, hvis i øvrigt de almindelige betingelser for analogislutninger er til stede, ligesom der ikke er dokumenteret reale grunde til, at en analogisering til aktieselskabslovens fusionsregler skulle være særligt udelukket efter gennemførelsen af de eksisterende regler i aktieselskabsloven.

Som anført i Aktieselskabsregisterets skrivelse af 25. oktober 1972 til Handelsministeriet ... er anvendelse af en retsregel på tilfælde, der ikke direkte omfattes af retsreglens ord, betinget af:

1. at der ikke eksisterer nogen anden retsregel, der afgør det foreliggende tilfælde, og at mangelen på udtrykkelig lovhjemmel må bero på en lapsus eller et "hul i loven", dvs. ikke et bevidst valg fra lovgivers side, og

2. at der foreligger en sådan lighed mellem det foreliggende tilfælde og dem, der omfattes direkte af loven, at der er de samme grunde til at følge lovens regel i begge tilfælde (årsagernes lighed).

Efter vor bedømmelse er begge disse betingelser for analogislutninger klart opfyldt i det konkrete tilfælde.

Lovgiver havde ved indførelsen af omdannelsesreglerne i lov om banker og sparekasser, hvorved garantisparekasser opnåede adgang til omdannelse til aktieselskaber, ikke overvejet muligheden af, at garantisparekasser kunne ønske at overtage og fusionere med omdannede sparekasseaktieselskaber, med garantisparekassen som den fortsættende enhed.

Den omstændighed, at lovgiver med indførelsen af omdannelsesreglerne ønskede at lette mulighederne for at omdanne garantisparekasser til aktieselskaber, er ikke udtryk for, at lovgiver har ønsket, at garantisparekasser ikke længere skulle kunne drive virksomhed på samme vilkår som øvrige pengeinstitutter. Den manglende hjemmel må derfor betragtes som et "hul i loven", dvs. en lapsus.

Endvidere er der en årsagernes lighed tilstede i og med, at de reale hensyn til kreditorerne, der varetages af fusionsreglerne i aktieselskabsloven, fuldt ud varetages, også selv om det fortsættende selskab ikke er et aktieselskab, men en juridisk person organiseret som en sparekasse, idet Finanstilsynet i forbindelse med sin prøvelse og godkendelsesprocedure af en fusion fuldt ud tager alle de hensyn i betragtning, som aktieselskabslovens regelsystem om fusioner er indrettet efter. Der er intet som helst hensyn til kreditorerne, som kan antages at ville være bedre varetaget, hvis der var tale om en fusion mellem to aktieselskaber. Som anført af den daværende overregistrator for Aktieselskabsregisteret, Bent Græsvænge, i skrivelsen af 25. oktober 1972 til Handelsministeriet ..., er sikringen af kreditorerne i det overtagne selskab tværtimod væsentligt større "når forpligtelserne, såvel de, der fremgår af overtagelsesstatus, som eventuelt latente, overtages af en selvejende institution, der er underkastet offentlig kontrol gennem Tilsynet med Banker og Sparekasser, end ved overdragelse til et andet aktieselskab."

Der er intet belæg for Erhvervs- og Selskabsstyrelsens holdning om, at man inden for selskabsrettens område ikke kan slutte analogt, og at der skulle eksistere et særligt krav om klar lovhjemmel inden for dette retsområde. Når de almindelige betingelser for at anvende retsregler analogt er opfyldt, må der også kunne analogiseres til aktieselskabslovens regler. Disse betingelser fandtes opfyldt i en med den foreliggende identisk situation i 1972, og betingelserne er følgelig tilsvarende opfyldt i dag.

Det forhold, at der ved gennemførelse af de eksisterende fusionsregler ved L 282 af 9. juni 1982 er indført regler, som muligvis gennemfører et "mere tvungent"

debitorskifte i forhold til tidligere aktieselskabslovgivning, kan ikke bevirke, at reglerne ikke kan finde analog anvendelse i det omfang, de almindelige betingelser for analogislutninger er til stede. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører som argument, at aktieselskabslovens fusionsregler er en undtagelse til selskabslovens hovedregler om opløsning ved likvidation, tvangsopløsning eller konkurs og videre en undtagelse til dansk rets almindelige obligationsretlige grundsætninger om debitorskifte.

Det bemærkes i denne forbindelse for det første, at det inden for andre retsområder, f.eks. lejeretten, er fast antaget, at det debitorskifte, der er forbundet med succession på udlejers side ved overdragelse af udlejede ejendomme, kan gennemføres uden samtykke fra lejer og uden lovhjemmel.

Dernæst udelukker det forhold, at en bestemmelse må opfattes som en undtagelsesregel, ikke analogislutninger, jvf. bl.a.

Alf Ross "Om ret og retfærdighed", p. 176 "Desuden plejer man at tilføje, at det er en betingelse for analogislutning fra a til b, at b er ulovbestemt. Dette respekteres dog ikke i praksis, og kravet synes heller ikke velbegrundet. Det må antages, at forholdet mellem den analogiske regel om bestående lovregel for samme tilfælde, vil blive bedømt som andre tilfælde af normkonflikt. Der vil f.x. således ikke være noget i vejen for analogisk udvidelse af en undtagelsesregel, uanset at tilfældet er dækket af den almindelige (ældre) regel",

og i juridisk ordbog v/W.E. von Eyben "analogi forudsætter som regel et "hul i loven", dvs. at der ikke haves nogen anden lovregel, der afgør tilfældet, analogi fra undtagelsesregler er dog ikke udelukket."

Der har den 12. april 1996 været afholdt mundtlig forhandling under deltagelse af repræsentanter for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og Finanstilsynet. For klager mødte advokat A sammen med direktør C og underdirektør D fra Sparekassen K. Endvidere deltog advokat E, der repræsenterede en kreds af aktionærer i B Holding A/S.

Advokat E fremlagde en skrivelse af 12. april 1996 fra formanden for bestyrelsen, advokat F, B Holding A/S, hvorefter holdingselskabet ejer hele aktiekapitalen i B Sparekasse A/S. Af skrivelsen fremgår endvidere, at bestyrelsen i B Holding A/S den 9. ds. med majoritetsaktionærernes accept har godkendt salg af hele aktiekapitalen i B Sparekasse A/S til Aktieselskabet G Bank. Aftalen skal forelægges til godkendelse på holdingselskabets ordinære generalforsamling den 23. ds. På denne baggrund har formanden givet udtryk for, at han ikke finder det rigtigt, at erhvervsankenævnet behandler klagesagen, der involverer B Sparekasse A/S, når henses til, at hverken sparekassen eller dettes moderselskab er part i klagesagen.

Advokat A gjorde gældende, at klager fortsat havde en direkte interesse i, at klagesagen blev afgjort, idet der bl.a. på grundlag af stemmebegrænsningsregler i holdingselskabet ikke var nogen sikkerhed for, at salget ville blive godkendt på generalforsamlingen. Det ville også afhænge af, at det i klagesagen eksisterende tvivlsspørgsmål blev afklaret, herunder vedrørende muligheden for et

eventuelt højere tilbud fra Sparekassen K. Endvidere ville en afgørelse få betydning for muligheden for at benytte andre obligationsretlige retsskridt.

Erhvervsankenævnet tilkendegav, at nævnet samlet ville tage stilling til advokat E's anmodninger om bortfald henholdsvis udsættelse af sagsbehandlingen eller afgøre sagens realitet.

Herefter tilkendegav advokat E, at han fandt det rigtigst at forlade mødet under realitetsbehandlingen af klagesagen.

Klageren ved advokat A samt repræsentanterne for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og Finanstilsynet henholdt sig herefter i det væsentlige til de udarbejdede skriftlige indlæg. Herudover gjorde advokat A gældende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens fortolkning indebærer et konkurrenceforvridende moment, idet det ikke har været lovgivers hensigt at stille selvejende sparekasser ringere end banker og selskabssparekasser i en fusionssituation. Advokat A oplyste endvidere, at B Sparekasse A/S ved sin omdannelse til sparekasse i medfør af bank- og sparekasselovens § 52 h har bundet en sparekassereserve på ca. 96 mio. kr., der i tilfælde af sparekassens opløsning skal gå til almenyttige formål, hvilket beløb ikke kan tilfalde sparekassens aktionærer. En fusion muliggør derimod beløbets fortsatte henståen i en selvejende sparekasse.

Ankenævnet udtaler:

Da det ikke på det foreliggende grundlag kan afvises, at Sparekassen K, der er part i den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen trufne afgørelse, har en retlig interesse i erhvervsankenævnets afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt der er lovhjemmel til at gennemføre en fusion mellem Sparekassen K og et sparekasseaktieselskab som ophørende selskab, i det aktuelle tilfælde B Sparekasse A/S, er der ikke grundlag for at afvise klagen eller udsætte behandlingen.

Ankenævnets formand, Niels Larsen udtaler:

Det tiltrædes, at den påtænkte fusion mellem Sparekassen K (selvejende) og B Sparekasse A/S som ophørende selskab ikke er omfattet af reglerne i aktieselskabslovens kap. 15, der alene efter loven vedrører fusion uden likvidation mellem aktieselskaber henholdsvis anpartsselskaber. Fusionen er heller ikke hjemlet i bank- og sparekasselovens § 48 eller ifølge de ved særskilt lovgivning gennemførte regler i bank- og sparekasselovens kap. 12 b om fusion uden likvidation ved omdannelse af en sparekasse (selvejende) til et aktieselskab. Herefter fører dansk rets almindelige regler til, at universalsuccession ikke kan finde sted, men at al gæld i B Sparekasse A/S forfalder til betaling ved en sammenlægning, herunder den i bank- og sparekasselovens § 52 i, stk. 4, særskilt lovbestemte anvendelse til almenyttige eller velgørende formål af den bundne sparekasse-reserve.

Det tiltrædes endvidere, at der ikke er grundlag for at anvende de nævnte regelsæt i aktieselskabsloven henholdsvis bank- og sparekasselovens § 12 b om fusion uden likvidation analogt på den påtænkte fusion, idet det ville være udtryk for meddelelse af dispensation uden lovhjemmel fra almindelig gældende ret, som refereret ovenfor. I lighed med det regelsæt i bank- og sparekasselovens kap. 12 b, der blev gennemført ved lov nr. 816 af 21. december 1988 om sparekassers omdannelse til aktieselskaber, henhører spørgsmålene om, hvorvidt der bør gennemføres tilsvarende regler for omdannelse af et sparekasse- eller bankaktieselskab til en selvejende institution og i bekræftende fald vilkårene herfor under lovgivningsmagten. Denne

voterende stemmer derfor for at stadfæste Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 22. februar 1996.

2 medlemmer af ankenævnet, de sagkyndige Mads Bryde Andersen og Eskil Trolle udtaler:

Handelsministeriet har tidligere, herunder ved en afgørelse fra 1972, fundet hjemmel i aktieselskabsloven for en fusion mellem en sparekasse og en bank med sparekassen som den juridiske enhed, uden at likvidation af banken var nødvendig.

Efterfølgende lovinitiativer - der alle har udvidet fusionsmulighederne - ses ikke at have ændret en sådan retstilstand derhen, at der ikke længere skulle være samme hjemmel.

Sparekasser har stedse kunnet fusionere med sparekasser uden anden udtrykkelig lovhjemmel end bank- og sparekasselovens § 48. Lovgivningen i 1988, hvorved sparekasser fik mulighed for at lade sig omdanne til sparekasseaktieselskaber, ses ikke at hindre et sparekasseaktieselskab i at fusionere med en sparekasse og derved iklæde sig sin tidligere juridiske selskabsform. Herved vil den indkapslede sparekassereseerve vende tilbage til sit udgangspunkt, og der er netop selvstændig juridisk hjemmel hertil i bank- og sparekasselovens § 52 i, stk. 3, når sparekasseaktieselskabets senere fusion sker med et andet pengeinstitut.

De beskyttelseshensyn, som almindeligvis gør sig gældende ved et tvungent debitorskifte, har ikke samme gyldighed på det foreliggende område, hvor såvel den fortsættende som den ophørende juridiske enhed er undergivet et tilsyn, som skal godkende fusionen, og hvor der i øvrigt foreligger en intens offentligretlig beskyttelseslovgivning, der sikrer debitorernes interesser. Disse medlemmer finder i øvrigt ikke anledning til at tage nærmere stilling til, om en fusion som den påtænkte vil indebære et debitorskifte, der vil føre til, at al gæld i det ophørende pengeinstitut forfalder til betaling, idet de likviditetsproblemer, der måtte følge heraf, vil indgå i den vurdering, Finanstilsynet udøver ved sin afgørelse i henhold til bank- og sparekasselovens § 48, stk. 1.

Disse medlemmer finder derfor, at en fusion mellem et sparekasseaktieselskab og en selvejende sparekasse med den selvejende sparekasse som fortsættende enhed har den fornødne hjemmel i bank- og sparekasseloven og stemmer derfor for at pålægge Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at behandle sagen på grundlag af reglerne i denne lov og i nødvendigt omfang på grundlag af aktieselskabslovens regler om fusion uden likvidation.

Der træffes afgørelse i overensstemmelse med flertallet, således at sagen hjemvises til fornyet behandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i overensstemmelse med flertallets konklusion. Klagegebyret tilbagebetales klageren.