

Kendelse af 17. april 2009 (J.nr. 2008-0016968)

Selskab nægtet registrering efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. § 13.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 1, stk. 1 og stk. 2 samt § 13.

(Finn Møller, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 19. juni 2008 har K2 S.m.b.a ved A klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 18. juni 2008 nægtede at registrere K1 S.m.b.a.

Sagens omstændigheder:

I en over klagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

”Den 15. januar 2008 anmeldte A et S.m.b.a. til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Selskabet er stiftet af A og K2 S.m.b.a. Stiftelsesdokumentet er af dette selskab underskrevet af A, som er direktør i selskabet. A er også anmeldt som direktør i det nye K1 S.m.b.a.

Det fremgår af virksomhedens vedtægter, at selskabet har til formål at udføre erhvervmæssige forretninger/investeringer samt konsulentarbejde.

Det fremgår også, at ingen af selskabsdeltagerne hæfter personligt

Selskabet har en indskudskapital, hvis størrelse varierer i forhold til antallet af medlemmer, og alle selskabsdeltagere skal indskyde kapital i selskabet.

Det fremgår også, at overskud fordeles på baggrund af størrelsen af det enkelte medlems indskudte kapital. Det samme gælder ved selskabets likvidation.

Ejere/medlemmer har ikke krav på en andel af selskabets formue ved udtræden, men har mulighed for at overdrage andelene til tredjemand. I så fald har de andre deltagere dog forkøbsret til en pris svarende til sælgers anskaffelsessum. Hvis andelene ikke kan afstås til tredjemand har selskabet pligt til at overtage andelene til den oprindelige anskaffelsessum.

Selskabets øverste ledelsesorgan er generalforsamlingen og den daglige ledelse varetages af en direktør, som ansættes af generalforsamlingen.

Det fremgår også, at alle kan ansøge om at blive optaget som medlem af selskabet, men at ledelsen skal godkende, om ansøgningen kan imødekommes.

Den 9. maj 2008 traf Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afgørelse om registreringsnægtelse. Denne afgørelse blev genfremsendt den 18. juni 2008.”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 18. juni 2008 hedder det:

”...

Afgørelse

Vi kan ikke registrere K1 S.m.b.a, jf. lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, § 13, stk. 1.

...

Retligt grundlag

Afgrænsningen mellem virksomheder med begrænset ansvar efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder og

aktie- eller anpartsselskaber er ikke fastlagt ved lov. Det fremgår dog af lovbekendtgørelse nr. 651 af 15. juni 2006, om visse erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 2, at der ved virksomheder i loven forstås selskaber med begrænset ansvar, som ikke er omfattet af aktie- eller anpartsselskabsloven.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vurdering, at det anmeldte selskab utvivlsomt skal betragtes som erhvervsdrivende, idet det fremgår af vedtægterne, at formålet er at udføre erhvervmæssige forretninger/investeringer samt konsulentarbejde.

Selskabet har endvidere begrænset hæftelse, da det fremgår af vedtægterne at ingen selskabsdeltagere hæfter personligt.

Spørgsmålet er imidlertid, om selskabet adskiller sig væsentligt fra et aktie- eller anpartsselskab, jf. bestemmelsen i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 2.

Formålet med denne bestemmelse er at sikre, at virksomheder, der reelt er aktie- eller anpartsselskaber, men som ikke ønsker at opfylde aktie- og anparts selskabslovens regler om minimumskapital, i stedet vælger at lade sig registrere med begrænset hæftelse efter reglerne i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Hvis man tillod dette, ville reglerne om kapitalkrav kunne omgås.

En virksomhed, der ønskes registreret efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder skal således adskille sig væsentligt fra et aktie- eller anpartsselskab for at kunne registreres. Hvis adskillelsen ikke er væsentlig, gribes virksomheden af aktie- eller anpartsselskabsloven.

I K1 S.m.b.a. fordeles overskud på baggrund af størrelsen af det enkelte medlems indskudte kapital. Det samme gælder fordeling af overskud ved selskabets likvidation.

Dette taler for at betragte selskabet som registreringspligtigt efter reglerne i aktie- eller anpartsselskabsloven, da netop overskudsfordeling i forhold til ejernes kapitalindskud er et grundlæggende kendetegn ved et kapitalsselskab. I selskaber omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder fordeles overskuddet typisk enten i forhold til medlemmernes andel af selskabets omsætning eller ligeligt mellem medlemmerne i selskabet.

Det fremgår endvidere af vedtægterne, at selskabets andele kan overdrages. Dette er endnu et forhold, der er typisk i et aktie- eller anpartsselskab, og som derfor taler for at selskabet bør registreres som et sådant. I selskaber omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder skifter selskabets kapital netop i kraft af medlemmernes ind- og udtræden, og der handles ikke med deres andele af selskabets kapital.

Også selskabets ledelsesmæssige organisation minder meget om et anpartsselskab.

Det er allerede på denne baggrund Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at K1 S.m.b.a. falder ind under reglerne i aktie- eller anpartsselskabsloven og dermed skal anmeldes og registreres efter reglerne heri.

Anmeldelsen kan derfor ikke registreres i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke foretaget en udtømmende gennemgang af selskabets vedtægter. Der kan således være andre forhold, der ikke stemmer overens med de gældende selskabsretlige regler og principper.
..."

I klageskrivelsen af 19. juni 2008 har A anført:

"...

Sagen omhandler hvorvidt SMBA-selskaber må fordele overskuddet efter størrelsen af den indskudte kapital.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har sagt nej med henvisning til, at det er en omgåelse af reglerne for aktie- og anpartsselskaber.

Retsgrundlaget og anbringender:

Indlednings må det slås fast, at der hverken i lov om erhvervsdrivende virksomheder (LEV) eller dens forarbejder, er støtter for påstand om, at SMBA-selskaber ikke må fordele overskuddet i forhold til den indskudte kapital eller i forhold til ejerskab.

En påstand om, at alle selskaber efter LEV skal have kooperative træk er ikke hjemlet i loven.

Der er efter min mening temmelig vanskeligt at fremføre nye betingelser, der ikke fremgår af loven.

Derudover forstår jeg heller ikke afgørelsens præmisser. Aktie- og anpartsselskaber er kendetegnet ved at have en fast indskudskapital. Det er derimod ikke noget kardinalpunkt, at aktie- og anpartsselskaber fordele overskuddet i forhold til den indskudte kapital. Ganske vist fremgår det som deklaratorisk regel, at man fordele overskuddet efter indskuddets størrelse, men der kan sagtens vælges en anden overskudsfordeling.

Et Anpartsselskab kan således sagtens fordele overskuddet ligeligt mellem anpartshaverne uanset størrelsen af den indskudte kapital. Der er heller ikke noget til hindrer for, at man i et anpartsselskabs vedtægter skriver, at anparterne ikke er frit omsættelige.

Det Styrelsen fremfører ... er således forkert.

Yderligere vil jeg gøre opmærksom på, at afgørelsen ikke er i overensstemmelse med Styrelsens praksis. Der findes masser af SMBA-selskaber, der fordele overskuddet i forhold til den indskudte kapital, og hvor ejerandelene er frit omsættelige.

Jeg vil også henvise til selskabsskatteloven, der blev vedtaget i 1960, ... § 1

...

Lovgiver antog således helt klart, at der kunne være kapitalselskaber, der ikke nødvendigvis var aktie- eller anpartsselskaber, og praksis er ikke lavet om med vedtagelsen LEV.

Der kan også henvises til SKM2002.682.TSS hvor Told- og Skattestyrelsen skriver (egen understregning):

”På baggrund af det ved ansøgningen vedlagte udkast til vedtægter for B Holding s.m.b.a., fandt Told- og Skattestyrelsen, at dette selskab måtte være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, idet der blev lagt vægt på, at medlemmerne i B Holding s.m.b.a. ikke hæftede personligt, men udelukkende med deres indskud i selskabet, at overskuddet fordeltes i forhold til den indskudte kapital, at andelene kunne overdrages i forbindelse med overdragelse af medlemmets virksomhed, og at medlemmerne ved indmeldelse skulle indbetale indskud. Andelene var dermed af en sådan karakter, at de måtte anses for omfattet af aktieavancebeskatningsloven, jf. ABL § 1, stk. 1.”

Derudover må påpeges, at selskaber med vekslende indskudskapital eller garantikapital afviger fra væsentlig fra aktie- og anpartsselskaber, hvilket jo netop er tilfældet i nærværende sag.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelsen af 21. august 2008 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil gerne fastholde, at sagen med rette er blevet registreringsnægtet.

Til støtte herfor henvises til afsnittet om styrelsens vurdering i afgørelsen af 18. juni 2008.

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal ... bemærke, at styrelsens registreringsnægtelse tager udgangspunkt i, at selskaber ikke kan blive registreret efter LEV, hvis der reelt er tale om et aktie- eller anpartsselskab, da der i så fald kan være tale om omgåelse af aktie- og anpartsselskabslovenes kapitalkravsbestemmelser. Dette kriterium fremgår både direkte af lovteksten og af bemærkningerne.

Det er således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opgave som led i behandlingen af anmodninger om registrering efter LEV at foretage en konkret og samlet vurdering af det relevante selskab og på baggrund heraf vurdere, om der er tale om et selskab, der burde registreres efter reglerne i aktie- eller anpartsselskabsloven, eller om der kan ske registrering efter LEV.

At det anmeldte selskab ikke har nogen kapital vil ikke kunne sikre registrering, da lovens henvisning til aktie- og anpartsselskaber netop er indsat for at sikre kapitalkravet.

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ikke udelukke, at der er blandt de registrerede selskaber er enkelte, der fordeler overskuddet i forhold til den registrerede kapital. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen foretager en kontrol af lovens overholdelse på registreringstidspunktet. Ved denne kontrol lægges der i overensstemmelse med det ovenfor anførte betydelig vægt på, om der sker overskudsdeling i forhold til kapitalen. Der er imidlertid tale om en samlet vurdering, hvorfor det ikke kan udelukkes, at et konkret selskab er blevet registreret på trods heraf. Som altovervejende udgangspunkt registreres sådanne selskaber imidlertid ikke.

Det skal endvidere understreges, at det er anmelders samt selskabernes individuelle ledelse, der bærer ansvaret for, at anmeldte og registrerede selskaber overholder lovens betingelser både på tidspunktet for registrering og efterfølgende. Styrelsen fører endvidere ikke et løbende tilsyn med de registrerede selskaber. Skulle der være selskaber, der er registreret i strid med loven, indebærer dette således ikke, at andre selskaber fremtidigt ikke skal overholde lovens krav.

... at ordlyden af selskabsskatteloven samt skattemyndighedernes praksis på dette område ikke er relevant ved fortolkningen af LEV.

..."

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Af § 1, stk. 1, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder fremgår det, at loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Efter lovens § 1, stk. 2, forstås ved virksomheder i denne lov enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, kommanditselskaber, andelselskaber (andelsforeninger) samt andre selskaber og foreninger med begrænset ansvar, som ikke er omfattet af aktieselskabsloven, anpartsselskabsloven eller lov om erhvervsdrivende fonde. Formålet med denne bestemmelse er at sikre, at virksomheder, som reelt er aktie- eller anpartsselskaber, men som ikke ønsker at opfylde aktie- eller anpartsselskabslovens regler, ikke i stedet vælger at lade sig registrere med begrænset hæftelse efter reglerne i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Efter en samlet vurdering finder Ankenævnet ikke, at den anmeldte selskabskonstruktion på væsentlige områder, som formål, hæftelse, overskudsdeling, kapitalforhold og organisering afviger i så væsentlig grad fra et kapital-selskab, at der er tilstrækkeligt grundlag for at fravige reglerne om kapital-selskaber. Det af klageren anførte kan ikke føre til et andet resultat, og Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at selskabet er nægtet registrering efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovens § 13.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 18. juni 2008.