

Kendelse af 13. februar 2023 – j.nr. 22/14107

Stadfæstet, at Erhvervsstyrelsen har afvist at registrere en fusion på grund af manglende datering af fusionsplan.

Selskabslovens §§ 15, stk. 1, 242, 244, stk. 1, 5 og 6.

(Allan Nejbjerg, Jørgen Jakobsen og Steen Mejer)

**Kendelse
AA A/S
mod
Erhvervsstyrelsen**

Ved klageskrivelse af 23. april 2021 har Advokat BB på vegne af AA A/S påklaget Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. marts 2021, hvorved Erhvervsstyrelsen traf afgørelse om at afvise registreringen af en fusion mellem AA A/S og CC A/S i medfør af selskabslovens § 15, stk. 1.

Sagens omstændigheder:

Erhvervsstyrelsen har i en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 1. juni 2021 over sagens faktiske omstændigheder oplyst blandt andet følgende:

”...

Erhvervsstyrelsen modtog den 18. december 2020 en anmeldelse om offentliggørelse af en fusion mellem selskaberne AA A/S og CC A/S. Anmeldelsen om offentliggørelsen blev ikke underlagt manuel sagsbehandling. Anmeldelsen var bilagt en fusionsplan og en kreditorerklæring. Kreditorerklæringen var dateret den 14. december 2020.

Den 11. februar 2021 modtog Erhvervsstyrelsen en anmeldelse om gennemførelse af fusionen mellem AA A/S og CC A/S. Det fremgik af de bilagte beslutningsreferater, at beslutningen om gennemførelsen blev truffet på baggrund af fusionsplanen. Anmeldelsen var bilagt vedtægter for AA A/S.

Den 29. marts 2021 traf Erhvervsstyrelsen afgørelse om at nægte at registrere den anmeldte fusion, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.

Den 7. april 2021 modtog Erhvervsstyrelsen en henvendelse fra advokat DD, der anmodede styrelsen om at gennemføre fusionen som anmeldt.

Den 8. april 2021 modtog Erhvervsstyrelsen en henvendelse fra Advokat BB, der ligeledes anmodede styrelsen om at gennemføre fusionen som anmeldt.

...”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. marts 2021 hedder det:

”...

Erhvervsstyrelsen har den 11. februar 2021 modtaget en anmeldelse om gennemførelse af en fusion mellem AA A/S og CC A/S.

Afslag på registrering

Fusionen kan ikke registreres, da beslutningen om gennemførelse af fusionen ikke er blevet til i overensstemmelse med reglerne i selskabsloven, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.

Begrundelse

Erhvervsstyrelsen har foretaget en gennemgang af det modtagne materiale og har i den forbindelse konstateret, at det den 1. februar 2021 på generalforsamlingerne i AA A/S og CC A/S, blev besluttet at gennemføre den påtænkte fusion i overensstemmelse med den offentliggjorte fusionsplan.

Offentliggørelsen af fusionen er registreret den 18. december 2020 på sagsnummer [SAGSNUMMER 1], og har ikke været underlagt manuel sagsbehandling i Erhvervsstyrelsen. Offentliggørelsen er bilagt en fusionsplan og kreditorerklæring.

Det følger af selskabslovens § 237, stk. 1, at de centrale ledelsesorganer i de bestående virksomheder underskriver fusionsplanen. Af selskabslovens § 237, stk. 4, 1. pkt. fremgår det, at fusionsplanen skal være underskrevet senest ved udløbet af det regnskabsår, hvori tidspunktet for fusionens regnskabsmæssige virkning indgår. Overskrides fristen kan fusionen ikke vedtages, jf. selskabslovens § 237, stk. 4, sidste pkt. Af selskabslovens § 244, stk. 1, 1. pkt. fremgår det, at Erhvervsstyrelsen senest 4 uger efter en fusionsplans underskrivelse skal have modtaget en kopi af planen. Overskrides fristen kan fusionen ikke vedtages, jf. selskabslovens § 244, stk. 1, sidste pkt.

Fusionsplanen er ikke dateret. Det er dermed ikke muligt for Erhvervsstyrelsen at vurdere, om de pågældende fristkrav er opfyldt.

Den til offentliggørelsen bilagte kreditorerklæring er dateret den 14. december 2020 og skal udarbejdes på baggrund af fusionsplanen. Kreditorerklæringen kan derfor tidligst udarbejdes på samme dag som fusionsplanen er underskrevet. Det er heller ikke her muligt for Erhvervsstyrelsen, at konstatere, hvorvidt rækkefølgen er korrekt.

Det er på baggrund af ovenstående ikke muligt at vedtage gennemførelsen af fusionen på baggrund af den offentliggjorte fusionsplan.

Erhvervsstyrelsen bemærker endvidere, at det centrale ledelsesorgan i de bestående kapitalselskaber, der deltager i fusionen, på generalforsamlingen, hvor der skal træffes beslutning om gennemførelse af en fusion, skal oplyse om begivenheder af væsentlig betydning, herunder væsentlige ændringer i aktiver og forpligtelser der er indtruffet i tiden mellem fusionsplanens underskrivelse og generalforsamlingen, jf. selskabslovens § 248, stk. 1.

Erhvervsstyrelsen beklager derfor at måtte meddele, at den indgivne anmeldelse om gennemførelse af fusionen mellem AA A/S og CC A/S ikke kan registreres.

...”

I klageskrivelse af 23. april 2021 har Advokat BB på vegne af AA A/S blandt andet anført:

”...

Påstand.

Erhvervsstyrelsens afgørelse i afgørelsesbrev af 29.3.2021 ændres således, at Erhvervsstyrelsen skal lægge til grund, at beslutningen om gennemførelse af fusionen er blevet til i overensstemmelse med reglerne i selskabslovens kapitel 15 og kan danne grundlag for registrering af den anmeldte beslutning om fusion.

Den anmeldte fusion er en lodret fusion jf. selskabslovens § 252 mellem moderselskabet AA A/S som det fortsættende selskab og det helejede datterselskab CC A/S.

Erhvervsstyrelsens afgørelse indeholder to begrundelser for registreringsnægtelsen knyttet til henholdsvis fristkrav og dokument rækkefølge og, så vidt ses, et obiter dictum knyttet til indholdet af generalforsamlingsbeslutningen om fusionen.

De to fristkrav

Erhvervsstyrelsen har anført, at da fusionsplanen ikke er dateret, er det ikke muligt for Erhvervsstyrelsen at afgøre, om fristkravet i selskabslovens § 237 stk. 4 (krav om underskrivelse inden regnskabsårets udløb) og fristkravet i selskabslovens § 244 stk. 1 (indsendelse senest 4 uger efter underskrift) er opfyldte.

Til dette bemærkes indledningsvis, at der ikke i selskabsloven er krav om, at fusionsplanen skal være dateret. Fraværet af et sådant krav – forstået som en eksplicit dato - er hensigtsmæssigt, da underskrivelse ofte sker elektronisk og successivt over en vis periode. Men uanset dette er der, som Erhvervsstyrelsen rigtigt påpeger, en række fristkrav, der skal overholdes, og dermed bliver underskriftstidspunktet, i mangel af en eksplicit datering i selve fusionsplanen, et spørgsmål om dokumentation og fornødent bevis for hvornår der forelå en underskrevet fusionsplan.

I den forbindelse bemærkes, at Erhvervsstyrelsen har henvist til selskabslovens § 15 stk. 1 som begrundelse for afvisning. Da afvisningen begrundet i fristkravene

beror på manglende dokumentation og ikke på manglende opfyldelse af krav i selskabsloven, burde der ikke være sket afvisning i henhold til § 15. Efter klagers opfattelse skulle Erhvervsstyrelsen have benyttet § 16 stk. 3, der omfatter den situation, hvor der skal ske en afklaring af et givent forhold, inden registrering kan finde sted.

Det er klagers synspunkt, at den fornødne afklaring, dokumentation og bevis for overholdelse af fristkravene fremgår af følgende:

Fristkravet i § 237 stk. 4.

Dokumentation for at fusionsplanen er underskrevet inden udløbet af regnskabsåret følger objektivt af sagens omstændigheder. Fusionsdatoen er den 1.7.2020, begge selskaber har regnskabsår 1.7 - 30.6 og den underskrevne fusionsplan blev i modtaget i Erhvervsstyrelsen den 18.12.2020. Fusionsplanen blev således modtaget i Erhvervsstyrelsen mere end et halvt år forud for udløbet af selskabernes regnskabsår den 30.6.2021 og fristen i § 237 stk. 4 har derfor til stadighed været dokumenteret opfyldt.

Fristkravet i § 244 stk. 1.

Som bilag 3 vedhæftes AA A/S's mailstreng for perioden 14.12.2020 – 16.12.2020. Af mailstrengen med vedhæftede underskrevne fusionsplan kan ses, at AA A/S den 14.12.2020 iværksatte en rundsendelse af fusionsplanen til underskrift og at underskriftsprocessen blev fuldført den 16.12.2020. Igen bemærkes, at fusionsplanen blev modtaget i Erhvervsstyrelsen den 18.12.2020. Heraf kan entydigt udledes, at fusionsplanen er underskrevet senest 4 uger før den 18.12.2020 og at fristkravet i § 244 stk. 1 er opfyldt.

Dokumentrækkefølgen

Erhvervsstyrelsen har anført, at kreditorerklæringen skal udarbejdes på grundlag af fusionsplanen og dermed tidsmæssigt tidligst samme dag som fusionsplanen er underskrevet.

Det er klagers vurdering og synspunkt, at dette er forkert, at et krav herom savner hjemmel og er materielt ubegrundet.

Det er klagers synspunkt, at fusionsplanen og kreditorerklæringen er selvstændige og af hinanden uafhængige dokumenter.

Dette understøttes indledningsvist af EE (tidligere Erhvervs- og Selskabsstyrelsen) i [henvisning 1] side 4 anden spalte (pdf-print), hvor han anfører:

”Der har været stillet spørgsmål om, hvorvidt et dokument, som indholdsmæssigt eller tidsmæssigt er relateret til planen, automatisk også er fravalgt, når planen er fravalgt. Dette er i henhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens administrative praksis ikke tilfældet, da de enkelte dokumenter skal ses selvstændigt og uafhængigt af planen, men det vil ofte være tilfældet, at et fravalg af planen efterfølges af yderligere fravalg af dokumenter.” [min understregning]

Men side 6 anfører han, at

"..Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke accepterer, at vurderingsmandserklæringen om kreditorernes stilling udarbejdes før planen, hvis der i en konkret transaktion udarbejdes både en plan og vurderingsmandserklæring."

Som begrundelse for denne praksis anføres:

"Dette skyldes, at vurderingsmandserklæringen i så fald skal forholde sig til den udarbejdede plan."

Det er formentlig denne anskuelse, der er baggrunden for Erhvervsstyrelsens krav om rækkefølgen mellem fusionsplan og kreditorerklæring.

Det er klagers synspunkt, at denne betragtning er uholdbar og materielt savner mening, da kreditorerklæringen – i modsætning til vurderingsmandsudtalelsen efter § 241 - ikke vedrører de forhold, der er indeholdt i fusionsplanen.

For aktieselskaber fremgår kravene til fusionsplanens indhold af § 237 stk. 3 som følger:

1. kapitalselskabernes navne og eventuelle binavne, herunder om et ophørende kapitalselskabs navn eller binavn skal indgå som binavn for det fortsættende kapitalselskab,
2. kapitalselskabernes hjemsted,
3. vederlaget for kapitalandelene i et ophørende kapitalselskab,
4. tidspunktet, fra hvilket de kapitalandele, der eventuelt ydes som vederlag, giver ret til udbytte,
5. de rettigheder i det fortsættende kapitalselskab, der tillægges eventuelle indehavere af kapitalandele og gældsbreve med særlige rettigheder i et ophørende kapitalselskab,
6. eventuelle andre foranstaltninger til fordel for indehavere af de i nr. 5 omhandlede kapitalandele og gældsbreve,
7. notering af eventuelle kapitalandele, der ydes som vederlag, samt eventuel udlevering af ejerbeviser,
8. tidspunktet, fra hvilket et ophørende kapitalselskabs rettigheder og forpligtelser regnskabsmæssigt skal anses for overgået, jf. stk. 4,
9. enhver særlig fordel, der gives medlemmerne af kapitalselskabernes ledelse, og
10. udkast til vedtægter, jf. §§ 28 og 29, hvis der ved fusionen dannes et nyt kapitalselskab

Efter klagers vurdering vedrører disse forhold grundlæggende forholdet mellem de to grupper af kapitalejere og ikke relationen til kreditorerne. Der er ingen af disse forhold, som kreditorerklæringen skal forholde sig til, og det savner derfor mening og i øvrigt hjemmel, at stille krav om, at kreditorerklæringen skal afvente at der underskrives en fusionsplan.

Forholdene i fusionsplanen skal håndteres i vurderingsmandsudtalelsen, og § 241 stk. 1 er derfor formuleret anderledes end § 242 stk. 1 om kreditorerklæringen. Således fremgår det udtrykkeligt af § 241 stk. 1, at der her kræves *".. en skriftlig*

udtalelse om fusionsplanen, herunder vederlaget, ... ". Et tilsvarende krav og indhold findes ikke i § 242 stk. 1 om kreditorerklæringen.

Videre fremgår det af den afgivne kreditorerklæring af 14.12.2020 (bilag 3), at den i tråd hermed slet ikke befatter sig med de forhold, der er indeholdt i fusionsplanen, men derimod med om kreditorerne kan anses for tilstrækkeligt sikrede efter fusionen, hvilket beror på en vurdering af de regnskabsmæssige, finansielle og økonomiske forhold i selskaberne. Kreditorerklæringen skal naturligvis indeholde en klar identifikation af den pågældende fusion, hvilket er tilfældet i kreditorerklæringen af 14.12.2020 jf. henvisningen her i til selskaberne og disses cvr. numre.

Det tydeligste udtryk for at fusionsplanen og kreditorerklæringen er to af hinanden uafhængige dokumenter følger af, at fusionsplanen kan fravælges ved fusion mellem anpartsselskaber. I sådanne fusioner kan kreditorerklæringen i sagens natur ikke have nogen forbindelse til fusionsplanen. Der gælder imidlertid de helt samme krav til kreditorerklæringen i denne situation og hverken flere eller færre krav.

Obiter dictum vedrørende generalforsamlingsbeslutningen

Erhvervsstyrelsen bemærker i sin afgørelse, at

"... det centrale ledelsesorgan i de bestående kapitalselskaber, der deltager i fusionen, på generalforsamlingen, hvor der skal træffes beslutning om gennemførelse af en fusion, skal oplyse om begivenheder af væsentlig betydning, herunder væsentlige ændringer i aktiver og forpligtelser der er indtruffet i tiden mellem fusionsplanens underskrivelse og generalforsamlingen, jf. selskabslovens § 248, stk. 1."

Til dette bemærkes, at oplysningsforpligtelsen i § 248 stk. 1 er en pligt til at oplyse om væsentlige forhold i mellemprioriteten. Foreligger der ingen væsentlige forhold at berette om, skal der ikke oplyses noget. Bestemmelsen kræver ikke, at det skal oplyses, om der foreligger væsentlige forhold, men at blot at væsentlige forhold skal oplyses, hvis de foreligger. Med andre ord kræves der ikke en afkræftende erklæring.

Endelig bemærkes, at oplysningsforpligtelsen, uanset henvisningen i § 252 til § 248, ikke kan antages at finde anvendelse ved en lodret fusion som den foreliggende. I den foreliggende fusion er fusionen besluttet af eet og samme organ, nemlig af bestyrelsen i det fortsættende selskab AA A/S, dels i egenskab af bestyrelse i AA A/S dels i egenskab af generalforsamling i datterselskabet CC A/S. Bestyrelsen ville i givet fald både være den der skulle give og den der skulle modtage oplysningen.

Beslutningen i det ophørende datterselskab CC A/S kunne også være truffet af bestyrelsen i dette jf. § 252, og i så fald ville der ikke være afholdt nogen generalforsamling overhovedet og dermed ej heller foreligge nogen oplysningsforpligtelse efter § 248 stk. 1.

Sammenfattende gøres det gældende, at der ikke er hjemmel til at kræve, at en fusionsplan skal være dateret, når blot tidspunktet for dens underskrivelse kan dokumenteres og at en kreditorerklæring ikke knytter sig til fusionsplanen på en sådan måde, at kreditorerklæringen skal laves efter underskrivelsen af fusionsplanen.

...”

Erhvervsstyrelsen har i udtalelse af 1. juni 2021 blandt andet fremført følgende:

”...

Indledningsvis skal Erhvervsstyrelsen bemærke, at styrelsen fastholder sin afgørelse af 29. marts 2021, hvorved den anmeldte fusion af AA A/S og CC A/S blev registreringsnægtet.

Advokat BB har i sin klage til Erhvervsankenævnet anført, at der ikke efter selskabsloven gælder et krav om, at fusionsplanen skal være dateret, og at det derfor er et spørgsmål om, hvorvidt der foreligger dokumentation og fornødent bevis for, hvornår der forelå en underskrevet fusionsplan.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at ansvaret for at der indsendes korrekt dokumentation påhviler anmelderen, jf. selskabslovens § 15, stk. 2.

Erhvervsstyrelsen bemærker endvidere, at efterfølgende ”dokumentation” og ”bevis” for, hvornår fusionsplanen blev underskrevet, forudsætter en berigtigelse af fusionsplanen. Fusionsplaner, der omfatter aktieselskaber, skal indeholde bestemte oplysninger, jf. selskabslovens § 237, stk. 3. Erhvervsstyrelsen bemærker, at der ikke efterfølgende kan rettes i en fusionsplan, da der er tale om et dokument, der skal offentliggøres i Erhvervsstyrelsens it-system, jf. selskabslovens § 244, stk. 5. Da fusionens gennemførelse skal ske i overensstemmelse med fusionsplanen, jf. selskabslovens § 245, stk. 6, er fusionsplanen et bindende dokument. Såfremt påkrævede oplysninger ikke fremgår af fusionsplanen, vil fusionen således ikke kunne gennemføres på baggrund af fusionsplanen. Tilsvarende vil forkert angivne oplysninger heller ikke kunne rettes. Såfremt der er fejl i en offentliggjort fusionsplan – eller fusionen ønskes gennemført på et andet grundlag – må der derfor offentliggøres en ny fusionsplan.

Advokat BB har endvidere anført, at der ikke burde være sket afvisning i henhold til selskabslovens § 15, stk. 1, og at styrelsen i stedet skulle have benyttet selskabslovens § 16, stk. 3. Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at selskabslovens § 16, stk. 3, finder anvendelse i tilfælde, hvor der er tvivl om lovligheden af et anmeldt forhold, og Erhvervsstyrelsen derfor træffer afgørelse om, at efterfølgende registreringer ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet. Der har ikke i den konkrete sag været tvivl om lovligheden af det anmeldte forhold. Erhvervsstyrelsen finder derfor ikke, at § 16, stk. 3, kan finde anvendelse.

I visse tilfælde kan der ske berigtigelse af anmeldte forhold. Det følger af selskabslovens § 23 g, stk. 2, at hvis Erhvervsstyrelsen finder, at en fejl eller mangel ved et anmeldt forhold kan afhjælpes ved en generalforsamlingsbeslutning eller

ved vedtagelse af det centrale ledelsesorgan, kan styrelsen fastsætte en frist til forholdets berigtigelse.

Det fremgår af bemærkningerne til § 23 g, stk. 2, at:

”Det er Erhvervsstyrelsen, der afgør, om et forhold kan berigtiges. En anmelder kan således ikke kræve en ret til at berigtige et forhold, hvis styrelsen har registreringsnægtet anmeldelsen heraf. Berigtigelse forudsætter, at lovgivningen tillader det, eller at det på andet grundlag er tilladt at ændre på det anmeldte forhold. Styrelsen fastsætter i den forbindelse en frist, inden for hvilken berigtigelse skal have fundet sted.”

Da indberetningen af fusionsplanen i den konkrete sag ikke har været underlagt manuel sagsbehandling i styrelsen, men er blevet offentliggjort automatisk, opdagges eventuelle fejl i fusionsplanen dermed først i forbindelse med den manuelle sagsbehandling af gennemførelsen af fusionen. Adgangen til at berigtige efter selskabslovens § 23 g, stk. 2, giver ikke mulighed for at foretage ændringer i allerede registrerede forhold. Fusionsplanen kan derfor ikke berigtiges, da den allerede var offentliggjort. Erhvervsstyrelsen finder derfor ikke, at fusionsplanen i den konkrete sag kunne være berigtiget i henhold til § 23 g, stk. 2, da fusionsplanen var offentliggjort.

Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at dateringen af en fusionsplan er en forudsætning for iagttagelse af visse frister i selskabsloven, jf. selskabslovens § 237, stk. 4, og § 244, stk. 1.

Fristen i selskabslovens § 237, stk. 4, medfører, at fusionsplanen skal være underskrevet senest ved udløbet af det regnskabsår, hvori tidspunktet for fusionens regnskabsmæssige virkning indgår. Såfremt fristen overskrides, kan fusionen ikke vedtages.

Advokat BB anfører vedr. fristkravet i selskabslovens § 237, stk. 4, at dokumentation for, at fusionsplanen er underskrevet inden udløbet af regnskabsåret, følger objektivt af sagens omstændigheder. Det anføres, at fusionsdatoen er den 1. juli 2020, og at begge selskaber har regnskabsår fra den 1. juli til den 30. juni. Advokat BB anfører, at fusionsplanen blev modtaget i Erhvervsstyrelsen den 18. december 2020 og dermed mere end et halvt år forud for udløbet af selskabernes regnskabsår.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at styrelsen på baggrund af den offentliggjorte fusionsplan ikke har mulighed for at kontrollere, hvorvidt denne frist er overholdt. Sagens objektive omstændigheder ændrer ikke herpå. Erhvervsstyrelsen bemærker yderligere, at der af den indsendte fusionsplan fremgår et dateringsfelt, som ikke er udfyldt.

Advokat BB bemærker vedr. fristkravet i selskabslovens § 244, stk. 1, hvorefter Erhvervsstyrelsen senest 4 uger efter en eventuel fusionsplans underskrivelse skal have modtaget en kopi heraf, at det ved en bilagt mailstreng kan dokumenteres, at fusionsplanen blev rundsendt til underskrift, og at underskriftprocessen blev fuldført den 16. december 2020.

Erhvervsstyrelsen bemærker i den forbindelse, at indberetninger om offentliggørelse af styrelsens modtagelse af en fusionsplan som udgangspunkt ikke er underlagt manuel sagsbehandling. Erhvervsstyrelsen har derfor ikke haft mulighed for at berigtige forholdet, jf. ovenfor. Desuden har Erhvervsstyrelsen ikke modtaget den omtalte mailstreng i forbindelse med styrelsens øvrige sagsbehandling.

Indberetninger om gennemførelse af fusioner bliver i alle tilfælde udtaget til manuel sagsbehandling. Styrelsen påser i den forbindelse også, om en tidligere offentliggjort fusionsplan og kreditorerklæring opfylder kravene hertil i selskabslovens kapitel 15. Derfor kan det forekomme, at Erhvervsstyrelsen nægter at gennemføre en fusion, ikke som følge af forhold vedrørende beslutningerne om gennemførelsen af fusionen, men som følge af fejl i fusionsplanen.

Erhvervsstyrelsen bemærker desuden, at det af den bilagte mailstreng fremgår af en e-mail fra FF den 7. april 2021, at underskriftrunden blev afsluttet den 16. december 2020. Erhvervsstyrelsen finder ikke, at det på den baggrund kan konkluderes, hvornår fusionsplanen er underskrevet, eller at dette bilag i øvrigt kan side-stilles med en korrekt dateret fusionsplan.

Advokat BB anfører vedr. dokumentrækkefølgen, at en fusionsplan og en kreditorerklæring er selvstændige og af hinanden uafhængige dokumenter.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at en kreditorerklæring skal udarbejdes af hensyn til kreditorbeskyttelsen. Kreditorerklæringen skal derfor i sin konklusion oplyse, hvorvidt kreditorerne i det enkelte selskab, der deltager i en fusion, må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter en fusion. Fusionsplanen indeholder en række informationer om den påtænkte transaktion. Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at en kreditorerklæring, henset til kreditorbeskyttelsen, skal udarbejdes på baggrund af informationerne om den pågældende transaktion i fusionsplanen, såfremt denne er udarbejdet.

Det er derfor Erhvervsstyrelsens opfattelse, at fusionsplanen og kreditorerklæringen er indbyrdes afhængige.

Advokat BB anfører, at Erhvervsstyrelsens praksis er uholdbar og materielt savner mening, da kreditorerklæringen ikke vedrører forhold, der er indeholdt i fusionsplanen.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at fusionsplanens oplysninger forudsættes inddraget ved udarbejdelsen af kreditorerklæringen, og at det derfor er Erhvervsstyrelsens administrative praksis, at kreditorerklæringen tidligst må være dateret med samme dato som datoen for underskrivelsen af fusionsplanen.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at det fremgår af de specielle bemærkninger til lov nr. 616 af 12. juni 2013 om bestemmelsen i selskabslovens § 244, at:

”Det bemærkes, at den foreslåede ændrede affattelse af § 244 ikke medfører, at der fremover er krav om, at fusionsplan/oplysning om fravalg af fusions-

plan og vurderingsmandserklæring/oplysning om fravalg af vurderingsmandserklæring skal indsendes samtidigt. Det vil således fortsat være muligt at indsende fusionsplanen eller oplysning om fravalg af fusionsplan alene, og Erhvervsstyrelsen kan ligeledes foretage en selvstændig offentliggørelse heraf. Efterfølgende kan vurderingsmandserklæringen eller oplysning om fravalg af vurderingsmandserklæring indsendes, og styrelsen kan derefter foretage en selvstændig offentliggørelse af modtagelsen af dette. Vurderingsmandserklæringen kan dog fortsat ikke indsendes forud for indsendelsen af fusionsplanen eller forud for oplysning om, at udarbejdelse af fusionsplanen er fravalgt. Det vil sige, at vurderingsmandserklæringen om kreditorernes stilling tidligst kan være udarbejdet samtidigt med udarbejdelse af en fusionsplan eller kapitalejernes beslutning om at fravælge udarbejdelse af en fusionsplan.”

Erhvervsstyrelsen fastholder, at kreditorerklæringen skal forholde sig til den udarbejdede fusionsplan. Kreditorerklæringen kan derfor ikke have en datering, som ligger forud for underskrivelsen af fusionsplanen.

Da beslutningen om gennemførelse af fusionen er sket på baggrund af en fusionsplan, der ikke har været behørigt dateret, og en kreditorerklæring, der ikke tager stilling til fusionsplanen, er det fortsat styrelsens vurdering, at kravene i selskabsloven ikke har været opfyldt, og at styrelsen på den baggrund var berettiget samt forpligtet til at nægte registreringen af fusionen.

Det er således Erhvervsstyrelsens vurdering, at resultatet i styrelsens afgørelse af den 29. marts 2021 skal opretholdes med de ovenfor anførte begrundelser.

Erhvervsstyrelsen bemærker afslutningsvis, at styrelsen den 28. april 2021 modtog en ny anmeldelse om offentliggørelse af en fusion mellem selskaberne AA A/S og CC A/S. Fusionsplanen blev offentliggjort samme dag og var ikke underlagt manuel sagsbehandling.

...”

Advokat BB har på vegne af AA A/S fremsendt høringssvar med bemærkninger af 22. juni 2021. Af bemærkningerne fremgår blandt andet følgende:

”...

Indledningsvis bemærkes, at klager fastholder sine betragtninger i klagen af 23.4.2021.

Erhvervsstyrelsens indlæg af 1.6.2021 giver anledning til følgende bemærkninger.

Med afsæt i selskabslovens § 23 g fremkommer Erhvervsstyrelsen med en udrørdning om, hvornår der kan ske berigtigelse, og at Erhvervsstyrelsen har kompetencen til at afgøre, om der kan ske berigtigelse.

Over for dette bemærker klager, at nærværende sag ikke vedrører et spørgsmål om berigtigelse men alene om eftersendelse af dokumentation.

Klager har ikke på noget tidspunkt anmodet om nogen berigtigelse, herunder om adgang til at træffe en ny beslutning, at noget dokument rettes, ændres, at nogen retsstiftende handling omgøres, ændres eller suppleres (eksempelvis ved afholdelse af en generalforsamling eller bestyrelsesmøde som eksplicit anført i § 23g). At en berigtigelse indebærer at noget besluttet ændres etc., er helt i tråd med Erhvervsstyrelsens egen opfattelse heraf, jf. Erhvervsstyrelsens nedenstående udtalelse side 2 om, at man ikke kan ændre i en fusionsplan, der er offentliggjort.

Klager har alene anmodet Erhvervsstyrelsen om at tage hensyn til en eftersendt dokumentation for hvornår fusionsplanen blev underskrevet. Hensyntagen til en sådan dokumentation er ikke nogen berigtigelse.

Styrelsen anfører side 3, indledningsvist i sidste afsnit at:

"Erhvervsstyrelsen bemærker endvidere, at efterfølgende "dokumentation" og "bevis" for hvornår fusionsplanen blev underskrevet forudsætter en berigtigelse af fusionsplanen. Fusionsplaner, der omfatter aktieselskaber, skal indeholde bestemte oplysninger, jf. selskabslovens § 237, stk. 3."

Efter klagers opfattelse er første led i dette udsagn forkert. Den indsendte fusionsplan indeholder ikke en specifik dato og skal heller ikke indeholde en sådan. Fusionsplanen er underskrevet over en periode på nogle dage. Der er derfor ingen dato, der skal ændres eller tilføjes i fusionsplanen, blot skal underskriftstidspunktet kunne bevises. Andet led med henvisningen til selskabslovens § 237, stk. 3 er uden relevans, da denne bestemmelse ikke omfatter krav om datering.

Styrelsen anvender det citerede som trædesten for det næste og afgørende argument side 4, 6. afsnit, hvor Erhvervsstyrelsen anfører:

"Adgangen til at berigtige efter selskabslovens § 23 g, stk. 2, giver ikke mulighed for at foretage ændringer i allerede registrerede forhold. Fusionsplanen kan derfor ikke berigtiges, da den allerede var offentliggjort. Erhvervsstyrelsen finder derfor ikke, at fusionsplanen i den konkrete sag kunne være berigtiget i henhold til § 23 g, stk. 2, da fusionsplanen var offentliggjort."

Erhvervsstyrelsens afvisning af at registrere den anmeldte fusion beror således på, at man mener, at en registrering af fusionen kræver en berigtigelse. Da der imidlertid ikke er tale om en berigtigelse, er Erhvervsstyrelsens afgørende argument for registreringsnægtelse ikke bæredygtig.

Erhvervsstyrelsen har ikke bestridt, at der ikke lovhjemmel til at kræve, at fusionsplanen skal være dateret. Man anfører imidlertid, at dateringen af fusionsplanen er en forudsætning for iagttagelse af visse frister. Forudsætningen om at kunne iagttage visse frister skal efter klagers opfattelse ikke nødvendigvis opfyldes ved en datering af fusionsplanen men kan lige så vel ske ved en dokumenta-

tion af de forskellige datoer, hvor ledelsesmedlemmerne har underskrevet fusionsplanen, og således at den sidst daterede underskrift er bestemmende for fristberegningen.

I den forbindelse er det uklart om og i bekræftende fald ganske u hensigtsmæssigt, hvis Erhvervsstyrelsen kræver, at fusionsplaner skal dateres med en eksplicit dato. Et sådan krav vil indebære, at fusionsplaner ikke kan rundsendes til underskrift, det være sig fysisk eller ved brug af elektroniske underskriftssystemer som Penneo, idet dokumentet ved en sådan rundsendelse normalt vil komme til at bære op til flere datoer påført af den enkelte underskriver i forbindelse med dennes underskrift. Klager finder et sådant krav om én eksplicit dato uholdbar og uden hjemmel.

Særligt vedrørende fristen i § 237, stk. 4 – krav om underskrivelse inden regnskabsårets udløb

Det er en objektiv kendsgerning,
at fusionsdatoen er den 1.7.2020,
at regnskabsåret er 1.7 – 30.6 og
at fusionsplanen i underskrevet stand blev indsendt til Erhvervsstyrelsen 18.12.2020.

Overfor dette anfører Erhvervsstyrelsen:

”Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at Erhvervsstyrelsen på baggrund af den offentliggjorte fusionsplan ikke har mulighed for at kontrollere, hvorvidt denne frist er overholdt. Sagens objektive omstændigheder ændrer ikke herpå”. [min understregning].

”Sat på spidsen” er det isoleret set rigtigt, at man ikke udelukkende ved at læse selve fusionsplanen kan kontrollere den pågældende frist, da regnskabsår og fusionsplanens modtagelse i Erhvervsstyrelsen ikke fremgår af selve fusionsplanen. Men såvel indsendelsesdato som regnskabsår fremgår af de i Erhvervsstyrelsens system registrerede oplysninger og er umiddelbare tilgængelige for Erhvervsstyrelsen. Det er klagers synspunkt, at Erhvervsstyrelsen – uanset det bekvemmelige i at have alle informationer samlet i fusionsplanen – ved udøvelsen af sine kontroller er pligtig at tage hensyn til informationer, der er umiddelbare tilgængelige for Erhvervsstyrelsen i dennes systemer.

Særligt vedrørende dokumentrækkefølgen

På basis af en abstrakt begrundelse anfører Erhvervsstyrelsen nederst side 5 ff., at det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at kreditorerklæringen henset til kreditorbeskyttelsen, skal udarbejdes på baggrund af informationerne i fusionsplanen. Klager må endnu en gang afvise dette synspunkt, idet fusionsplanen ikke indeholder oplysninger af relevans for udarbejdelsen af kreditorerklæringen, jf. klagers detaljerede behandling af dette forhold i klagen af 23.4.2021.

Som modsvar på, at klager har anført, at kravet savner materiel begrundelse, henviser Erhvervsstyrelsen til forarbejderne i lov nr. 616/2013 hvor fra bl.a. citeres:

”Vurderingsmandserklæringen kan dog fortsat ikke indsendes forud for indsendelsen af fusionsplanen eller forud for oplysning om, at udarbejdelse af fusionsplanen er fravalgt. Det vil sige, at vurderingsmandserklæringen om kreditorernes stilling tidligst kan være udarbejdet samtidigt med udarbejdelse af en fusionsplan eller kapitalejernes beslutning om at fravælge udarbejdelse af en fusionsplan.” [min understregning]

Af forarbejderne ses, at det angivne krav er en fortsættelse af hidtidig praksis og ikke et krav, der blev etableret ved lov 616/2013 jf. ordet ”fortsat”. Forarbejderne til lov 616/2013 indeholder ikke selv nogen materiel begrundelse for kravet.

Det er klagers opfattelse af sammenkædningen af kreditorerklæring og fusionsplan udspringer af implementeringen af fusionsdirektivet ved lov nr. 282/1982. Med denne lov indførtes § 134c, der var sålydende:

”§ 134 c. I hvert af de fusionerende selskaber udarbejder én eller flere uvil-dige, sagkyndige vurderingsmænd en skriftlig udtalelse om fusionsplanen. Vurderingsmændene udpeges...

Stk. 2.

Stk. 3. Udtalelsen skal indeholde erklæring om, hvorvidt vederlaget for akti-erne i et ophørende selskab er rimeligt og sagligt begrundet. ...

Stk. 4. Vurderingsmændene skal endvidere afgive erklæring om, hvorvidt fu-sionen kan antages at medføre en forringelse af muligheden for fyldestgørelse af kreditorerne i det enkelte selskab ”

Som det fremgår, skulle der iht. stk. 1 og stk. 3 udarbejdes en vurderingsmands-erklæring om fusionsplanen herunder om vederlagt og iht. stk. 4 tillige en kredi-torerklæring.

Kravene var funderet i en og samme § 134c og i praksis blev der udarbejdet ét erklæringsdokument indeholdende begge erklæringer. Da den ene af erklærin-gerne i dokumentet skulle forholde sig til fusionsplanen, kunne den samlede er-klæring først indsendes efter udarbejdelsen af fusionsplanen.

Ved lov 510/2008 implementeres en direktivændring i et nyt stk. 5, der gav mu-lighed for at fravælge udtalelsen om fusionsplanen, herunder vederlagserklærin-gen. I forarbejderne til bestemmelsen er anført:

”Til nr. 18

Det foreslåede nye § 134 c, stk. 5, gennemfører artikel 2 i direktiv 2007/63/EF, der vedrører ændringer af fusionsdirektivets artikel 10 og 11. Artikel 10 i fusionsdirektivet indeholder et krav om, at en eller flere uaf-hængige sagkyndige skal undersøge fusionsplanen og udarbejde en skriftlig beretning til aktionærerne. Denne beretning skal indeholde en erklæring om, at ombytningsforholdet er rimeligt og sagligt begrundet. Med direktivændrin-gen er indført en bestemmelse om, at aktionærerne skal kunne fravælge denne

beretning fra uafhængige sagkyndige, hvis de er enige herom. Ændringen i artikel 11 er en konsekvensændring af ændringen i artikel 10.” [min understregning]

Ud fra dette er det meget tydeligt, at det er vurderingsmændenes udtalelse om fusionsplanen, der kan fravælges. Når aktionærerne har fravalgt udtalelsen om fusionsplanen savner det ethvert grundlag at hævde, at vurderingsmændene alligevel skal forholde sig til fusionsplanen, når de udarbejder kreditorerklæringen.

Der foreligger således ingen materiel begrundelse for, at kreditorerklæringen tidligst må udarbejdes samtidig med fusionsplanen, idet kreditorerklæringen slet ikke skal forholde sig til indholdet i fusionsplanen. Når man derfor i forarbejderne til lov 616/2013 anfører, at kreditorerklæringen *”fortsat”* ikke kan indsendes før indsendelsen af fusionsplanen, da beror dette på en ikke nærmere overvejet fortsættelse af en hidtidig praksis – *”inertiens lov”* – og ikke på en refleksion over reale grunde.

...”

Ankenævnet udtaler:

Sagen angår spørgsmålet, om Erhvervsstyrelsen har været berettiget til at afvise registreringen af en fusion mellem selskaberne AA A/S og CC A/S, herunder betydningen af den manglende datering af den i sagen omhandlede fusionsplan.

Af selskabslovens § 15, stk. 1, fremgår, at registrering må ikke finde sted, hvis det forhold, der ønskes registreret, ikke opfylder bestemmelser i loven, bestemmelser fastsat i henhold til loven eller selskabets vedtægter, eller hvis beslutningen til grund for registreringen ikke er blevet til i overensstemmelse med de forskrifter, som er fastsat i loven m.v.

Erhvervsankenævnet finder i lighed med Erhvervsstyrelsen, at – om end selskabsloven eller dennes forarbejder ikke indeholder et eksplicit krav om datering af en fusionsplan – det ikke har været muligt for Erhvervsstyrelsen ved klagers anmeldelse af fusionsplanen at kontrollere, hvorvidt fusionsplanen har været indsendt senest 4 uger efter fusionsplanens underskrivelse, og dermed om kravet i selskabslovens § 244, stk. 1, har været overholdt. Det forhold, at klager efterfølgende har kunnet dokumentere, at fusionsplanen faktisk levede op til kravet i § 244, kan ikke føre til et andet resultat. Det bemærkes herved, at der ikke efterfølgende kan rettes

i en fusionsplan, idet der er tale om et dokument, der skal offentliggøres i Erhvervsstyrelsens it-system, jf. selskabslovens § 244, stk. 5, og at fusionsplanen er et bindende dokument, da fusionens gennemførelse skal ske i overensstemmelse med fusionsplanen, jf. lovens § 245, stk. 6.

For så vidt angår spørgsmålet, om vurderingsmandserklæringen om kreditorernes stilling, jf. selskabslovens § 242, som er dateret den 14. december 2020, er blevet til i overensstemmelse med selskabslovens bestemmelser, fremgår det af forarbejderne til selskabslovens § 244 (lovforslag nr. 152 af 27. februar 2013):

”Det bemærkes, at den foreslåede ændrede affattelse af § 244 ikke medfører, at der fremover er krav om, at fusionsplan/oplysning om fravalg af fusionsplan og vurderingsmandserklæring/oplysning om fravalg af vurderingsmandserklæring skal indsendes samtidigt. Det vil således fortsat være muligt at indsende fusionsplanen eller oplysning om fravalg af fusionsplan alene, og Erhvervsstyrelsen kan ligeledes foretage en selvstændig offentliggørelse heraf. Efterfølgende kan vurderingsmandserklæringen eller oplysning om fravalg af vurderingsmandserklæring indsendes, og styrelsen kan derefter foretage en selvstændig offentliggørelse af modtagelsen af dette. Vurderingsmandserklæringen kan dog fortsat ikke indsendes forud for indsendelsen af fusionsplanen eller forud for oplysning om, at udarbejdelse af fusionsplanen er fravalgt. Det vil sige, at vurderingsmandserklæringen om kreditorernes stilling tidligst kan være udarbejdet samtidigt med udarbejdelse af en fusionsplan eller kapital ejernes beslutning om at fravælge udarbejdelse af en fusionsplan.”

Ankenævnet tiltræder på denne baggrund, at vurderingsmandserklæringen om kreditorernes stilling tidligst må være dateret den samme dato som datoen for underskrivelsen af fusionsplanen, og at det – som følge af den manglende datering af fusionsplanen – ikke har været muligt for Erhvervsstyrelsen at konstatere, hvorvidt rækkefølgen har været korrekt.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. marts 2021.