

Kendelse af den 1. maj 2024 – J.NR. 23/13991

Hjemvisning af Erhvervsstyrelsens afgørelse om afvisning af genoptagelse af selskabet under tvangsopløsning grundet, at de anførte vedtægtsuoverensstemmelser ikke kan begrunde afvisning af genoptagelse.

Selskabsloven § 15, § 231 og § 232

Allan Nejbjerg, Maria Malling Eriksen og Mikael Friis Rasmussen

Kendelse

AA ApS

mod

Erhvervsstyrelsen

Ved skrivelse af 1. december 2023 har BB på vegne af AA ApS (klager) påklaget Erhvervsstyrelsens afgørelse af 24. november 2023, hvorved styrelsen med henvisning til selskabslovens § 15, stk. 1, har afvist genoptagelse af AA ApS under tvangsopløsning.

Sagens omstændigheder:

Erhvervsstyrelsen har i en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 1. februar 2024 over sagens faktiske omstændigheder oplyst følgende:

”Erhvervsstyrelsen skal indledningsvis bemærke, at Erhvervsstyrelsen fastholder afgørelsen af den 24. november 2023 om at afvise at registrere anmeldelsen af genoptagelse af selskabet, AA ApS under tvangsopløsning, CVR-nummer [...1], (herefter benævnt ”**Selskabet**”), idet Erhvervsstyrelsen finder, at anmeldelsen var mangelfuld.

Faktiske forhold

Sagsforløb forud for sag som er genstand for Erhvervsankenævnets sag

Anmeldelse af den 3. januar 2023, X22-DA-75-PK

Den 27. juni 2022 modtog Erhvervsstyrelsen anmeldelse X22-DA-75-PK vedrørende stiftelsen af Selskabet via Erhvervsstyrelsens selvbetjeningsløsning på www.virk.dk. Anmeldelsen blev ikke udtaget til manuel sagsbehandling af Erhvervsstyrelsen, og dermed straksregistreret samme dag.

Vedlagt anmeldelsen var blandt andet Selskabets stiftelsesdokument og vedtægter dateret 26. juni 2022. Selskabets stiftelsesdokument samt vedtægter vedlægges som sagens **Bilag 1**.

Registrering af den 16. august 2023, X23-FK-60-SL

Den 16. august 2023 blev Selskabet oversendt til opløsning ved skifteretten, idet Selskabet ikke rettidigt havde indleveret sit årsregnskab for 2022.

Sagsforløb som er genstand for Erhvervsankenævnets sag

Anmeldelse af den 15. november 2023, X23-GA-92-NA

Den 15. november 2023 modtog Erhvervsstyrelsen anmeldelse X23-GA-92-NA via Erhvervsstyrelsens selvbetjeningsløsning på www.virk.dk. Anmeldelsen blev udtaget til manuel sagsbehandling af Erhvervsstyrelsen.

Det fremgik af anmeldelsen, at Selskabet ønskedes genoptaget, og anmeldelsen var således vedlagt en række dokumenter til brug for genoptagelsen af Selskabet.

Det fremstod som om, at anmeldelsen blev foretaget ved brug af en digital medarbejder signatur tilhørende selskabet, CC ApS, CVR-nummer [...2], udstedt personligt til DD.

Sagsresumé for anmeldelsen vedlægges som sagens **Bilag 2**, referat fra ekstraordinær generalforsamling den 3. november 2023 vedlægges som **Bilag 3**, vedtægter dateret den 15. november 2023 vedlægges som sagens **Bilag 4**, erklæring vedrørende kapitaltilstedeværelse vedlægges som sagens **Bilag 5**, samtykke fra likvidator advokat EE vedlægges som sagens **Bilag 6** og årsrapport for 2022 vedlægges som sagens **Bilag 7**.

Den 24. november 2023 traf Erhvervsstyrelsen afgørelse om at afvise at registrere genoptagelsen af selskabet, anmeldelse X23-GA-92-NA af 15. november 2023, jf. selskabslovens § 15, stk. 1, idet anmeldelsen var mangelfuld grundet manglende dokumentation for ændring af vedtægter.”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 24. november 2023 hedder det blandt andet:

”Afgørelse

Erhvervsstyrelsen har dags dato truffet afgørelse om at afvise genoptagelsen af AA ApS under tvangsopløsning, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.

...

Sagsforløb

Du har den 15. november 2023 anmodet om en genoptagelse af selskabet, AA ApS under tvangsopløsning. I den forbindelse har du vedlagt generalforsamlingsreferat, samtykke fra likvidator, erklæring fra revisor, årsrapport for 2022 samt vedtægter.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at en beslutning om ændring af vedtægter kræver en generalforsamlingsbeslutning, jf. selskabslovens § 106, stk. 1, samt at ændringen skal fremgå af generalforsamlingsprotokollatet, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 20, stk. 1, 1. og 2. pkt.

Erhvervsstyrelsen bemærker i den forbindelse, at det ikke fremgår af vedlagte referat, at generalforsamlingen traf beslutning om at ændre kapitalandelenes nominelle størrelse eller beslutning om at ændre selskabets ledelse.

Da anmeldelsen således fremstår mangelfuld, kan Erhvervsstyrelsen ikke imødekomme din anmodning om genoptagelse af selskabet, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.”

I klageskrivelsen af 1. december 2023 er anført blandt andet:

”Jeg vil hermed klage over afgørelse truffet af Erhvervsstyrelsen 24. november 2023 for AA ApS i forbindelse med genoptagelsen af virksomheden. Som begrundelse for klagen skal jeg angive følgende:

Erhvervsstyrelsen angiver dette for afvisning af ansøgningen om genoptagelse:

”Erhvervsstyrelsen bemærker, at en beslutning om ændring af vedtægter kræver en generalforsamlingsbeslutning, jf. selskabslovens § 106, stk. 1, samt at ændringen skal fremgå af generalforsamlingsprotokollatet, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 20, stk. 1, 1. og 2. pkt.

Erhvervsstyrelsen bemærker i den forbindelse, at det ikke fremgår af vedlagte referat, at generalforsamlingen traf beslutning om at ændre kapitalandelenes nominelle størrelse eller beslutning om at ændre selskabets ledelse.

Da anmeldelsen således fremstår mangelfuld, kan Erhvervsstyrelsen ikke imødekomme din anmodning om genoptagelse af selskabet, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.”

Men denne sag kræver ikke nogen vedtægtsændring, da AA ApS har mere end rigeligt med egenkapital til at dække anpartskapitalen på kr. 40.000. Der skal derfor ikke indskydes kapital til at dække underskud og kapitalen skal heller ikke efterfølgende nedsættes til at dække egenkapitalen. Hvis der ikke skal ændres i kapitalens størrelse skal vedtægter ikke medsendes fremgår det af vejledning fra Erhvervsstyrelsen.

1. Det nævnes også, at der ikke skulle være valgt ledelse; men i referat fra ekstraordinær generalforsamling fremgår det under punkt 3 Ændring af selskabets direktion

”Der var fremsat forslag om, at selskabets tidligere direktør genindsættes i selskabet. Dermed indtræder FF som selskabets direktør. Det fremsatte forslag blev enstemmigt og med alle stemmer vedtaget”.

Jeg har derfor lidt svært ved at se, at anmeldelsen skulle fremstå mangelfuld.”

I Erhvervsstyrelsens udtalelse af 1. februar 2024 fremgår om sagens retlige omstændigheder:

”Retlige forhold

Anmeldelsesbekendtgørelsens¹ § 20 stk. 1

I medfør af anmeldelsesbekendtgørelsens § 20, stk. 1, 1 pkt., skal der ved af ændring af vedtægter vedlægges dokumentation for ændringens lovlige vedtagelse i form af protokoludskrift.

Selskabslovens § 15, stk. 1

Efter selskabslovens § 15, stk. 1, kan registrering ikke finde sted, hvis forholdet der ønskes registreret ikke opfylder bestemmelser i selskabsloven eller bestemmelser fastholdt i henhold til selskabsloven.

Selskabslovens § 36, stk. 2

Efter selskabslovens § 36, stk. 2, kan en vurderingsberetning udarbejdet i forbindelse med stiftelsen af et selskab ikke være mere end 4 uger gammel på anmeldelsestidspunktet.

Selskabslovens § 106, stk. 1

Efter selskabslovens § 106, stk. 1, skal vedtægtsændringer godkendes på en generalforsamling af mindst 2/3 af de tilstedeværende stemmeberettigede.

Selskabslovens § 231, stk. 1

Det er en betingelse for genoptagelse af et selskab under tvangsopløsning, at anmodning om genoptagelse vedlægges en erklæring af en vurderingsmand, jf. selskabslovens § 37, om at kapitalen er til stede på genoptagelsestidspunktet. Af lovbemærkningerne fremgår blandt andet følgende:

”Det er endvidere et krav, at der ved genoptagelse ikke bare er dækning for kreditorerne, men selskabskapitalen skal være til stede i selskabet. Genoptagelse af et selskab kan sidestilles med en nystiftelse ved indskud af værdier. Det foreslås derfor, at der i overensstemmelse med gældende ret fortsat skal foreligge en revisorerklæring om selskabskapitalens tilstedeværelse.”

Erhvervsstyrelsens bemærkninger til klagen

GG har påklaget Erhvervsstyrelsens afgørelse af 24. november 2023, hvor Erhvervsstyrelsen afviste at registrere genoptagelsen af Selskabet, idet anmodningen var mangelfuld.

GG har til støtte herfor anført, at Selskabet havde tilstrækkelig med anparts-kapital, og at der derfor ikke skulle indskydes kapital eller foretages nedsættelse til dækning af underskud. GG har i den forbindelse anført, at idet der

¹ BEK nr 1244 af 29/08/2022

således ikke blev ændret i kapitalens størrelse, skulle der ikke medsendes vedtægter.

GG har endvidere anført, at det fremgik af generalforsamlingsreferatet, at der blev valgt ny ledelse.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at en anmodning om genoptagelse skal vedlægges et selskabs eksisterende vedtægter. Såfremt der i forbindelse med genoptagelse sker ændringer i selskabets vedtægter, skal ændringerne vedtages af generalforsamlingen, jf. selskabslovens § 106, stk. 1.

Erhvervsstyrelsen bemærker endvidere, at der ved anmeldelse af ændring af vedtægter skal vedlægges dokumentation for ændringens vedtagelse i form af et generalforsamlingsreferat, hvoraf beslutningen fremgår, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 20, stk. 1, 1. pkt.

Erhvervsstyrelsen bemærker i forlængelse heraf, at anmodning om genoptagelse var vedlagt vedtægter, hvoraf det fremgik at de var vedtaget på dagen for beslutning om genoptagelse, den 3. november 2023.

Ved en gennemgang af den vedlagte dokumentation kunne Erhvervsstyrelsen konstatere, at de disse vedtægter adskilte sig fra Selskabets eksisterende på flere punkter.

Det fremgik således af de nye vedtægters punkt 2.2, at kapitalandelenes størrelse var nominelle anparter af [beløb 1] og kapitalen således fordelt på [antal 1] kapitalandele. Det fremgik endvidere af punkt 4.1, at Selskabets ledelse bestod af en direktion.

Det fremgik imidlertid af punkt 2.1 i Selskabs eksisterende vedtægter, at kapitalandelenes størrelse var nominelle anparter af [beløb 2] og kapitalen således fordelt på [antal 2] kapitalandele. Det fremgik ligeledes af punkt 4.1, at Selskabets ledelse bestod af 1 direktør.

Der var således en væsentlig uoverensstemmelse mellem Selskabets eksisterende vedtægter vedtaget i forbindelse med stiftelsen den 26. juni 2022 og de vedtægter, der blev vedtaget på Selskabets generalforsamling den 3. november 2023. Dette både i forhold til antallet af kapitalandele samt Selskabets ledelsesmodel. Der var således tale om nye vedtægter.

Det fremgik imidlertid ikke af den ved anmeldelsen vedlagte dokumentation, at generalforsamlingen havde truffet beslutning om at ændre i Selskabets vedtægter. Da der ikke var anmeldelsen, var indsendt dokumentation for, at Selskabets vedtægter lovligt var ændret, træf Erhvervsstyrelsen afgørelse om at afvise at registrere genoptagelsen.

Ikke indsendt dokumentation for, at selskabskapitalen var til stede Erhvervsstyrelsen bemærker for en god ordens skyld, at Erhvervsstyrelsen ved yderli-

gere gennemgang af anmodningen om genoptagelse i forbindelse med nærværende klagesag har konstateret der var yderligere forhold ved anmodningen om genoptagelse af Selskabet der begrundede en registreringsnægtelse.

Dette som følge af, at Erhvervsstyrelsen ikke modtog en erklæring om kapitalens tilstedeværelse på genoptagelsestidspunktet udarbejdet i overensstemmelse med selskabslovens § 36.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at kapitalkravet ved anmodning om genoptagelse sidestilles med en selskabsstiftelse ved indskud af værdier. En erklæring om selskabskapitalens tilstedeværelse på genoptagelsestidspunktet kan derfor ikke være mere end 4 uger gammel på anmeldelsestidspunktet.

Det bemærkes endvidere, at Erhvervsstyrelsen ikke kan dispensere fra 4-ugers fristen, og såfremt denne overskrides, må der foretages en ny vurdering.

Erhvervsstyrelsen skal i den forbindelse gøre opmærksom på, at erklæringen udarbejdet af klager, registreret revisor GG, kun udtaler sig om selskabskapitalen per den 26. september 2023, desuagtet at den er underskrevet den 3. november 2023.

Det fremgår således af erklæringen, at selskabskapitalen er tilstede per den 26. september 2023 samt, at der ikke foreligger kaptitalejerlån i strid med selskabsloven per den 26. september 2023.

Det fremgår yderligere, at erklæringen er udarbejdet på baggrund af selskabets balance per 31. august 2023.

Det er på den baggrund Erhvervsstyrelsens opfattelse, at erklæringen vedrørende kapitalens tilstedeværelse er mangelfuld.

Dette som følge af, at erklæringen er udarbejdet på baggrund af bogføringsmateriale der på genoptagelsestidspunktet var mere end 2 måneder gammelt, hvorved det fremstår som om, at GG ikke har undersøgt, hvorvidt selskabskapitalen var tilstede den 3. november 2023.

Dette endvidere som følge af, at erklæringen ikke dokumenterer selskabskapitalens tilstedeværelse på genoptagelsestidspunktet den 3. november 2023, idet erklæringen vedrører selskabets kapitalforhold 26. september 2023 – et tidspunkt der ligger mere end 4 uger før genoptagelsestidspunktet.

---oo0oo---

Erhvervsstyrelsen finder således at anmeldelsen var mangelfuld, idet der ved anmeldelsen ikke var vedlagt dokumentation for ændringerne i Selskabets vedtægter.

Erhvervsstyrelsen finder samtidig yderligere, at erklæringen ikke opfylder kravet i selskabslovens § 231, stk. 1 og stk. 2, hvorfor anmodning om genoptagelse er således også på den baggrund mangelfuld.

På baggrund af ovenstående er det derfor Erhvervsstyrelsens opfattelse, at Erhvervsstyrelsens afgørelse af den 24. november 2023 i sag X23-GA-92-NA bør fastholdes.”

Klager har i et supplerende indlæg af 27. februar 2024 anført:

”Vedr. nye vedtægter

Erhvervsstyrelsen bemærker til min bemærkning om, at der ikke skal ændres i vedtægterne, at en anmodning om genoptagelse skal vedlægges et selskabs eksisterende vedtægter.

I givet fald er der en forskel på, hvad systemet hos Erhvervsstyrelsen meddeler og det, som Erhvervsstyrelsen kræver. Men de oprindelige vedtægter er jo allerede hos Erhvervsstyrelsen i forvejen.

Derudover vil jeg forvente, at der ikke er forskel på sagsbehandlingen afhængigt af, hvem der behandler sagen. Jeg har haft en tilsvarende sag, hvor systemet hos Erhvervsstyrelsen krævede, at der blev indsendt nye vedtægter. Sagsbehandleren i den sag nåede også frem til at der var problemer med anpartsstørrelsen i forhold til, hvad der tidligere var vedtaget. Denne sagsbehandler var dog så fleksibel, at der blev anmodet om, at der blev indsendt nye vedtægter, der opfyldte anpartsstørrelsen i stedet for bare at afvise sagen på grund af en uvæsentlig fejl.

Vedr. datering af revisorerklæring

Når der så klages skal der så ledes efter en anden fejl. Her falder der så over, at Erhvervsstyrelsen, at erklæringen udarbejdet af klager, registreret revisor GG, kun udtaler sig om selskabskapitalen per den 26. september 2023, desuagtet at den er underskrevet den 3. november 2023.

Nu må jeg som revisor jo ikke udtale mig om mere end jeg kan se. Jeg får ikke dokumentation helt frem til 3. november 2023, og jeg kan derfor ikke udtale mig om, hvordan selskabskapitalen ser ud 3. november 2023. Det ville også være en helt umulig opgave, hvis jeg skulle have dokumentation helt frem til den dag, hvor jeg udtaler mig og at jeg skulle skrive erklæringen selvsamme dag, hvor jeg får informationen. Jeg får altid at vide, at jeg skal udtale mig om, hvordan egenkapitalen er på det tidspunkt, hvor selskabet er taget under tvangsopløsning. Dette er så 14.09.2023”

Ankenævnet udtaler:

Det retlige grundlag

Selskabslovens § 15, stk. 1, lyder:

”Registrering må ikke finde sted, hvis det forhold, der ønskes registreret, ikke opfylder bestemmelser i denne lov, bestemmelser fastsat i henhold til denne lov eller

selskabets vedtægter. Registrering må heller ikke finde sted, hvis den beslutning, der lægges til grund for registreringen, ikke er blevet til i overensstemmelse med de forskrifter, som er fastsat i loven, bestemmelser, der er fastsat i henhold til denne lov, eller som selskabets vedtægter fastlægger.”

Selskabslovens § 231, stk. 1, lyder:

”Et kapitalselskab kan af kapitalejerne besluttet genoptaget under iagttagelse af § 106, hvis udlodning efter § 223 ikke er påbegyndt. Det er en betingelse for genoptagelsen, at der vælges ledelse og eventuel revisor, og at der udarbejdes en erklæring af en vurderingsmand, jf. § 37, om, at kapitalen er til stede. Selskabskapitalen skal nedskrives til det beløb, der er i behold. Er selskabskapitalen herefter mindre end kapitalkravet, jf. § 4, stk. 2, skal den bringes op til mindst dette beløb.”

Selskabslovens § 232, stk. 1 og 3, lyder:

”§ 231 finder tilsvarende anvendelse, når et selskab, der er under tvangsopløsning ved skifteretten, indgiver anmeldelse til Erhvervsstyrelsen om, at skifteretsbehandlingen skal afbrydes, og at selskabet skal genoptages.

...

Stk. 3. Er et kapitalselskab oversendt til tvangsopløsning, er det en betingelse for genoptagelse af selskabet, at de forhold, der begrundede kapitalselskabets oversendelse til tvangsopløsning, er berigtiget. Berigtigelsen skal foretages senest samtidig med beslutningen om genoptagelse, jf. § 231, stk. 1. Dokumentation for de berigtigede forhold skal indsendes senest samtidig med anmeldelsen, jf. stk. 1. Hvis kapitalselskabet på tidspunktet for anmodningen om genoptagelse endnu ikke har afleveret årsrapporter for regnskabsår, hvor indsendelsesfristen er udløbet, er modtagelsen af disse årsrapporter ligeledes en betingelse for genoptagelsen.”

Den konkrete sag

I den påklagede afgørelse har Erhvervsstyrelsen som hjemmel for at nægte at registrere genoptagelse af det omhandlede selskab henvist til selskabslovens § 15, stk. 1. Denne bestemmelse vedrører imidlertid ikke genoptagelse. Spørgsmål om genoptagelse reguleres i selskabslovens § 231 og § 232. Ankenævnet finder, at det må anses at være en væsentlig sagsbehandlingsfejl, at den påklagede afgørelse ikke indeholder en angivelse af sit hjemmelsgrundlag.

Ankenævnet er enig med Erhvervsstyrelsen i, at klagers vedtægter af 15. november 2023 adskiller sig fra klagers vedtægter af 26. juni 2022 på de punkter, styrelsen har anført.

Hverken efter ordlyden af selskabslovens §§ 231 og 232 eller lovforarbejderne til bestemmelserne ses der imidlertid ikke at være et krav om fremsendelse af selskabets vedtægter i forbindelse med en anmeldelse om genoptagelse. Da klager blev oversendt til opløsning ved skifteretten, fordi klager ikke rettidigt havde indleveret sit årsregnskab for 2022, kan de anførte vedtægtsuoverensstemmelser ikke begrunde afvisning af genoptagelse, jf. selskabslovens § 232, stk. 3, 1. pkt.

Ankenævnet finder på den anførte baggrund, at sagen bør hjemvises til fornyet behandling i Erhvervsstyrelsen.