

Kendelse af 7. januar 1993. 91-69.320.

Et selskab, der var anmeldt til handelsregistret som et andelsselskab med begrænset ansvar ("amba"), var ikke et andelsselskab og kunne ikke registreres.

Firmalovens § 19 og § 20. Aktieselskabslovens § 1, stk. 4. Anpartsselskabslovens § 1, stk. 4.

(Morten Iversen, Eskil Trolle og Ebbe Christensen)

Advokat H har på vegne K Amba i skrivelse af 31. oktober 1991 klaget over, at politimesteren i Lyngby ved skrivelse af 4. oktober 1991 (j.nr. 04P1-40110-00051-91) nægtede at optage selskabet i handelsregistret.

Sagens omstændigheder er følgende:

K Amba er stiftet den 29. august 1991. Stiftelsesdokument og vedtægter er underskrevet af A som "stifter af og indehavende ejerandel på 100 % i selskabet" og af samme som "bestyrelse og bestyrelsesformand" samt af advokat H som dirigent på den stiftende generalforsamling. Selskabets vedtægter indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

"§ 1 Navn

.....

§ 2 Hjemsted

.....

§ 3 Formål

Selskabets formål er handel og salg af tjenesteydelser.

§ 4 Personkreds

Deltagere i ejerkredsen kan kun foruden den nuværende ejer være fysiske eller juridiske personer, som aktivt støtter selskabets formål og idegrundlag.

§ 5 Kapitalforhold

Selskabet stiftes uden indskudskapital. Ejerbeviser skal altid lyde på navn og er ikke-omsætningsbeviser. Ejerbeviser kan ikke gøres til genstand for pantsætning eller kreditorfølgning.

.....

§ 6 Hæftelse

Deltagerne hæfter ikke for selskabets forpligtelser og kan ikke ved nogen generalforsamlingsbeslutning tilpligtes at gøre nogen indbetaling.

§ 7 Generalforsamling

På såvel ordinær som ekstraordinær generalforsamling afgøres alle anliggender ved simpelt stemmeflertal. Hvert ejerbevis har een stemme. Ved vedtægtsændringer kræves eenstemmighed.

§ 7a

Ordinær generalforsamling

Ekstraordinær generalforsamling

§ 7b

Dagsorden for ordinær generalforsamling

§ 8 Overskudsdeling

Årets overskud til fordeling fordeles efter følgende rækkefølge:

1. Evt. udbytte i forhold til ejerandelen.
2. Henlæggelse til konsolidering.

§ 9 Regnskab

.....

§ 10

Revision

.....

§ 11 Ledelse

Selskabets ledes af en bestyrelse, hvis antal afgøres på generalforsamling. Bestyrelsen vælger selv sin formand af sin midte og fastsætter selv sin forretningsorden.

§ 12 Prokura

.....

§ 13 Overdragelse

Overdragelse af ejerbeviser kan kun ske med generalforsamlingens skriftlige samtykke. Ingen deltager er forpligtet til at lade sit ejerbevis indløse.

§ 14 Opløsning

Forslag om opløsning af selskabet skal forelægges på generalforsamling, på hvilke der skal foreligge eenstemmighed, for at træffe gyldig beslutning herom. Fordeling af evt. likvidationsprovenue afgøres af generalforsamlingen."

Den 30. august 1991 anmeldte advokat H selskabet til handelsregistret, afdeling C. Af anmeldelsen fremgår, at den indskudte kapital er nul kr., at medlemmerne ikke hæfter for selskabets forpligtelser, jf. vedtægtens § 6, og at selskabets bestyrelse består af A, der alene tegner selskabet.

Ved skrivelse af 9. september 1991 afviste politimesteren i Lyngby med henvisning til firmalovens § 20, jf. § 19, at registrere selskabet i handelsregistret "under hensyn til oplysningerne i anmeldelsen om anpartsselskabets kapitalforhold og om hvem der hæfter for selskabet."

Angiveligt på grundlag af en mundtlig oplysning fra politikontoret om, at en ændring i selskabets kapitalforhold ville kunne medføre en ændring af afgørelsen, blev det på en ekstraordinær generalforsamling i selskabet vedtaget at forhøje selskabskapitalen med 1.000 kr. fra nul kr. til 1.000 kr. Advokat H anmodede derefter påny om selskabets optagelse i handelsregistret, idet advokaten vedlagde dokumentation for, at kapitalen var indbetalt.

Ved den påklagede skrivelse af 4. oktober 1991 meddelte politimesteren, at han fortsat ikke fandt at kunne imødekomme ansøgningen. Som begrundelse anføres, at der "efter det oplyste om selskabets ejer- og hæftelsesforhold, overskudsdeling og opløsning, er tale om en selskabskonstruktion, der er omfattet af aktieselskabsloven."

Selskabet besluttede derefter påny at nedsætte selskabskapitalen til nul kr.

Told- og Skatteregion Nærum har oplyst, at den kommunale skatteforvaltning har udtalt, at selskabet efter udformningen af sine vedtægter vil være omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2, og at selskabets skattepligtige indkomst derfor efter samme lovs § 17 vil blive beskattet med 38 %.

Klageren har over for Erhvervsankenævnet i klageskrivelsen af 31. oktober 1991 gjort gældende, at selskabet, der er lovligt stiftet, er oprettet i henhold til den selskabsretlige kontraktfrihed, at det ikke er omfattet af aktieselskabsloven, at dets hæftelsesbegrænsning er kendelig for trediemand, og at selskabets vedtægter ikke er i modstrid med firmalovens bestemmelser, herunder dens § 20. Selskabet skal derfor antages til registrering i handelsregistret.

I et supplerende indlæg af 10. januar 1992 har klager henvist til, at selskaber med ganske tilsvarende vedtægter er optaget i handelsregistret i henholdsvis Glostrup, Varde og på Frederiksberg. Endvidere henvises til, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som svar på en forespørgsel om udøvelse af virksomhed i selskabsform med begrænset ansvar i skrivelse af 12. juni 1991 (j.nr. 91-27.635) har udtalt, at "der ikke findes lovregulerende regler for andelsselskaber med

begrænset ansvar, udover de bestemmelser som fremgår af firmaloven samt hvad der kan udledes af domspraksis", og at et indsendt udkast til vedtægter "tilsyneladende indeholder de basale elementer for et A.m.b.a." Det omtalte udkast til vedtægter svarer i alt væsentligt til klagerens vedtægter, dog at der anvendes udtrykkene "andelsbevis" og "andele" i stedet for "ejerbevis". Det fremgår ikke af udkastet, om samtlige andele ejes af samme person.

Politimesteren i Lyngby har i en udtalelse af 27. november 1991 fastholdt den trufne afgørelse, der bygger på en gennemgang af selve selskabskonstruktionen, navnlig vedtægternes bestemmelser om ejer- og hæftelsesforhold, overskudsdeling og opløsning. Et selskab er et andelsselskab, dersom en væsentlig del af virksomheden består i samhandel med dens medlemmer eller andelshavere, og disses ret til udbytte ikke er bestemt af deres kapitalindsats, men af deres andel i selskabets omsætning. Det forudsættes endvidere, at selskabets formue i tilfælde af dets opløsning fordeles i forhold til medlemmernes andel i omsætningen. I den konkrete sag har selskabet "så megen lighed med et aktieselskab, at jeg har fundet det betænkeligt at registrere selskabet som et andelsselskab i handelsregistret". Selskabet skal henføres under aktieselskabslovens regler og kan derfor ikke optages i handelsregistret, men skal anmeldes til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Politimesteren har endvidere i skrivelse af 27. januar 1992 udtalt, at oplysningerne i klagers supplerende indlæg af 10. januar 1992 ikke giver anledning til at ændre den påklagede afgørelse.

Erhvervsankenævnet har indhentet en udtalelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. I styrelsens svar af 31. marts 1992 (j.nr. 92-13.262) hedder det bl.a.:

"Uden for selskabslovene er der i dansk ret aftalefrihed inden for forenings- og selskabsretten. Parterne kan derfor gennem vedtægten indrette en selskabsform, der ikke vil være omfattet af de eksisterende selskabslove, såfremt der ikke er tale om en omgåelse af disse. Det er i teorien og i domstolspraksis uafklaret, hvor tæt et selskabs organisation kan nærmes aktie- og anpartsselskabsformen uden at blive omfattet heraf.

Det er styrelsens opfattelse, at et selskab for at falde uden for anparts- og aktieselskabslovens bestemmelser må være organiseret således, at det klart adskiller sig fra et aktieselskab eller et anpartsselskab. Dette har styrelsen også tilkendegivet som sin klare holdning ved det stigende antal forespørgsler, som styrelsen modtager. Antallet af forespørgsler har været markant stigende siden forhøjelsen af minimumskapitalen i A/S og ApS.

Et selskab, der i struktur ligner et aktie/anpartsselskab kan falde udenfor aktie- og anpartsselskabslovene, hvis det er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i aktieselskabslovens § 1, stk. 4 og anpartsselskabslovens § 1, stk. 4. I så fald skal selskabet have til formål at virke til fremme af medlemmernes fælles interesse. Endvidere skal det af vedtægterne fremgå, at udbyttet skal fordeles til medlemmerne i forhold til deres andel i selskabets omsætning, og at formuen ved opløsning efter tilbagebetaling af den indskudte kapital fordeles på samme måde.

I den konkrete sag er selskabet stiftet uden indskudskapital og nye deltagere i ejerkredsen skal aktivt støtte formålet og idégrundlaget. Imidlertid er der ikke tale om en kreds af deltagere og udbytte og udlodning ved likvidation skal ikke ske i

forhold til medlemmernes andel i omsætningen ligesom formålet ikke entydigt kan siges at være til fremme af medlemmernes interesser.

På denne baggrund er det styrelsens opfattelse, at selskabet ikke vil være omfattet af undtagelsesbestemmelsen i aktie- og anpartsselskabslovenes § 1, stk. 4.

Selskabets hele konstruktion, herunder det oplyste om ejerforhold, hæftelsesforhold, overskudsdeling og opløsning medfører, at styrelsen ikke finder, at der kan ske registrering i handelsregistrets afd. C. Styrelsen finder derimod, at selskabet må anmeldes og registreres som enten et aktieselskab eller anpartsselskab i overensstemmelse med de for disse selskaber gældende regler."

Klageren har heroverfor i et afsluttende indlæg af 20. maj 1992 bl.a. gjort gældende:

"Aktieselskabslovens § 1, stk. 4 og anpartsselskabslovens § 1, stk. 4 kan ikke anses for udtømmende at have taget stilling til hvilke selskaber med begrænset ansvar, der falder uden for lovens område. De nævnte bestemmelser i de to loves § 1, stk. 4, som bl.a. sigter på andelsforeninger, udelukker derfor ikke, at der kan findes andre arter af selskaber med begrænset ansvar, hvor aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven ikke kan finde anvendelse. Dette har støtte i Aktielovskommissionens betænkning af 1964, 362 (herefter benævnt udk 1964), hvor der specielt skal henvises til p. 55. Der henvises endvidere til Karnov Lovsamling, 1991 p. 8188, note 9.

Endvidere er Aktie- og anpartsselskabslovene ikke til hinder for oprettelsen af andre selskaber med begrænset ansvar, som hverken er aktieselskaber/anpartsselskaber eller andelsselskaber. Der henvises her til A/S loven med kommentarer, 4. udgave, § 1, note 2, p. 66 jfr. endvidere udk 1964, p. 52f.

Det gøres derfor gældende, at klageren K Amba, som ikke er et aktieselskab eller anpartsselskab, og ej heller umiddelbart falder ind under ovennævnte loves bestemmelser i § 1, stk. 4, ikke er omfattet af aktieselskabs- og anpartsselskabslovenes præceptive bestemmelser. På grundlag af den almindelige selskabsretlige kontraktfrihed er selskabet derfor lovligt oprettet og kan således registreres i henhold til Fimalovens regler. Bestemmelserne i Fimaloven er ikke udtømmende. Selskaber med begrænset ansvar, som ikke er aktieselskaber/anpartsselskaber eller andelsselskaber kan registreres i Handelsregistret jfr. Fimalovens § 35, stk. 2, smh. med Fimalovens § 9, stk. 5, § 14, stk. 2 og § 16, stk. 2, hvor der i de nævnte bestemmelser anføres "andre selskaber med begrænset ansvar". Ligeledes kan der henvises til Fimalovens § 33 c."

Endvidere henviser klager til en udtalelse af 11. april 1992 fra B Amba, Økonomisk Rådgivning, der har konciperet de omhandlede vedtægter. Heri anføres, at selskaber uden indskudskapital udviser den fornødne særegenhed i forhold til aktieselskaber og anpartsselskaber. Der henvises til den frie etableringsret på selskabsområdet, som er begrundet med, "at netop erhvervslivet selv er bedst til at regulere sine egne forhold m.h.t. under hvilke former man ønsker at samhandle, yde kredit o.s.v." Der må "lægges vægt på "den lille mands" ret til at etablere sig i en "billig"

selskabsform med hæftelsesbegrænsning, så længe denne begrænsning selvfølgelig gøres genkendelig for 3. mand, der så selv må vælge om han vil samhandle med selskabet."

Klageren har anmodet om, at klagen tillægges "opsættende virkning", således at forstå, at selskabets registrering får gyldighed fra anmeldelsens indgivelse den 30. august 1991, såfremt klagen tages til følge.

Ankenævnet udtaler:

Selskabet har ved anmeldelsen til handelsregistret angivet sig som et andelsselskab ved i sit navn at anvende betegnelsen "Amba", der er den hævdvundne forkortelse for "Andelsselskab med begrænset ansvar". Efter det oplyste om selskabets vedtægter og ejerforhold er selskabet imidlertid klart ikke noget andelsselskab, således som dette begreb er beskrevet i aktieselskabslovens § 1, stk. 4, og anpartsselskabslovens § 1, stk. 4, jf. politimesterens udtalelse af 27. november 1991. Allerede fordi selskabet angiver sig som et andelsselskab uden at være et sådant, kan Erhvervsankenævnet tiltræde, at politimesteren har afvist at optage selskabet i handelsregistret.

For så vidt klageren har gjort gældende, at selskabet (eventuelt med en ændret selskabsbetegnelse) kan optages i handelsregistret i kraft af den selskabsretlige kontraktsfrihed som et selskab med begrænset ansvar, der hverken er et aktieselskab, et anpartsselskab eller et andelsselskab, skal ankenævnet bemærke:

Anerkendelse af et selskab med begrænset ansvar, der falder uden for de lovregulerede selskabstyper, som lovligt stiftet i henhold til grundsætningen om den selskabsretlige kontraktsfrihed må forudsætte, at de forhold, som betinger selskabsdannelsen, og hele selskabets opbygning på væsentlig måde adskiller selskabet fra de lovregulerede selskabstyper. Ankenævnet er enig med politimesteren og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i, at det foreliggende selskab efter hele sin konstruktion og det oplyste om ejerforhold, hæftelsesforhold, overskudsdeling og opløsning ikke adskiller sig væsentligt fra et aktie- eller anpartsselskab. Det forhold, at selskabet er stiftet uden nogen indskudskapital og således ikke opfylder kapitalkravene i aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven, kan ikke i sig selv medføre, at selskabet falder uden for disse love. Ankenævnet kan derfor tillige tiltræde, at politimesteren ved den påklagede skrivelse har afvist at optage selskabet i handelsregistret, fordi der er tale om en selskabskonstruktion, som ikke afviger væsentligt fra et aktieselskab (eller anpartsselskab).

Ankenævnet stadfæster herefter den påklagede afgørelse.