

Kendelse af 6. juli 2012 (J.nr. 2011-0025760).

Styrelsen nægtet at offentliggøre anmeldt fusionsplan.

Selskabslovens § 236 og lov om visse erhvervsdrivende selskaber, § 21 b, stk. 1.

(Monica Reib, Finn Møller og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse modtaget i Erhvervsankenævnet den 3. november 2011 har A klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. oktober 2011, hvorved styrelsen har nægtet at offentliggøre en anmeldt fusionsplan om fusion af B SMBA (fortsættende selskab) og C ApS (ophørende selskab).

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. oktober 2011 hedder det blandt andet:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 18. oktober 2011 modtaget din anmeldelse om offentliggørelse af en fusionsplan for K1 SMBA og K2 ApS.

Af anmeldelsen fremgår følgende:

”Den selskabsretlige fusionsprocedure kan ikke anvendes, hvorfor kreditorerne i det indskydende selskab skal indfries eller give samtykke til gældsflytningen inden den endelige fusionsbeslutning. Når det indskydende selskab er tømt for aktiver og passiver, vil det blive opløst uden likvidation - nemlig ved erklæring.”

Af den anmeldte fusionsplan 4.1. fremgår følgende:

”Fusionen vedtages på en generalforsamling med 100 % flertal af de stemmeberettigede medlemmer i hvert af de Fusionerende Selskaber. Det ophørende tomme selskab opløses herefter efter selskabsloven § 216.”

Afgørelse

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ikke offentliggøre den anmeldte fusionsplan, idet der allerede inden offentliggørelse af fusionsplanen hersker tvivl om, hvorvidt fusionen skal gennemføres.

...

Begrundelse

Det fremgår af fusionsplanens pkt. 4.1, at fusionen skal vedtages på en generalforsamling, og at det ophørende selskab ”opløses herefter efter selskabsloven § 216”, dvs. ved erklæring og ikke som følge af fusionen.

Et ophørende kapitalselskab er efter fusionens gennemførelse allerede opløst, jf. selskabslovens § 250, og kan derfor ikke opløses endnu engang ved erklæring.

Allerede inden offentliggørelse af fusionsplanen hersker der dermed tvivl om, hvorvidt fusionen skal gennemføres. En offentliggørelse af planen vil medføre, at de implicerede parter får en berettiget forventning om, at transaktionen også kan gennemføres. Da der hersker tvivl om, hvorvidt dette er hensigten, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke offentliggøre den anmeldte fusionsplan.
...”

I klageskrivelsen modtaget i Erhvervsankenævnet den 3. november 2011 har A anført:

”...

Jeg har valgt at opbygge min klageskrivelse således, at jeg først gennemgår retsgrundlaget og herefter specifikt kommentere kendelsen af 24. oktober 2011.

De selskabsretlige begreber og retskilderne:

De selskabsretlige begreber:

I dansk selskabsret har vi følgende begreber:

Fusion	En <u>selskabsopløsning</u> , hvor der i forbindelse med selskabsopløsningen sker overdragelse af alle aktiver og passiver til en universalsuccessor, der videreføre virksomheden efter selskabsopløsningen
Likvidation	En <u>selskabsopløsning</u> , hvor der i forbindelse med selskabsopløsningen sker afvikling af virksomhedsaktiviteten – altså salg af alle aktiverne, indfrielse af gælden og udlodning af kontant nettoprovenu til ejerne.
Klassisk fusionsprocedure (retsreglerne for fusion)	En <u>opløsningsprocedure</u> , der kan anvendes ved fusion, hvis universalsuccessor er et kapitalselskab indenfor EU og som indebærer, at kreditorerne <u>ikke får</u> mulighed for at anmelde sine krav. Offentliggørelsen af fusionsplanen er således en tilstrækkelig betingelse til at flytte kreditorerne til det modtagende selskab (universalsuccessi-

	on). Den klassiske fusionsprocedure blev implementeret i Danmark i 1982 med implementeringen af 3. selskabsdirektiv. Universalsuccession er betinget af, at den uafhængige kreditorerklæring er anmærknings fri. Er dette ikke tilfældet skal minimum den primitive fusionsprocedure anvendes.
Primitiv fusionsprocedure (retsreglerne for fusion)	En <u>opløsningsprocedure</u>, der kan anvendes ved fusion, hvis universalsuccessor er et kapitalselskab indenfor EU og som indebærer, at kreditorerne får mulighed for at anmeldes sine krav. Offentliggørelsen af fusionsplanen er således <i>ikke</i> en tilstrækkelig betingelse til at flytte kreditorerne til det modtagende selskab (singulær succession). Anvendes den primitive fusionsprocedure, skal der laves en individuel aftale med hver enkelt kreditor omkring sikkerhedsstillelse, indfrielse eller samtykkeerklæring(singulær succession). Den primitive fusionsprocedure blev indført med vedtagelsen af aktieselskabsloven af 1930 og var også gældende i aktieselskabsloven af 1973 indtil 1982, hvor den klassiske fusionsprocedure blev vedtaget. Den primitive fusionsprocedure skal stadigvæk anvendes, hvis fusionen vurderes at kunne forringe kreditorernes mulighed for indfrielse.
Retsreglerne for likvidation	En <u>opløsningsprocedure</u>, der kan anvendes både ved likvidation og fusion og anvendes denne procedure ved fusion, er det lige meget hvem universalsuccessor er.

	Likvidationsproceduren blev indført med vedtagelsen af aktieselskabsloven af 1917, og er en kreditor-beskyttelses-procedure, der skal sikre, at alle kreditorer bliver indkaldt via proklama og får førsteret til selskabets aktiver. Denne opløsningsprocedure betyder, at kreditorerne har et retskrav på indfrielse i forbindelse med selskabsopløsningen. Der er som sagt intet i vejen for, at retsreglerne for likvidation anvendes til at implementere en fusion. Det kan gennemføres ved, at det indskydende selskabs aktiver og passiver (med kreditorernes samtykke til debitorskiftet) efter udløbet af proklamaet overføres til det modtagende selskab, der vederlægger ejerne i det indskydende selskab ved ombytning af deres andele i det indskydende selskab med andele i det modtagende selskab, hvorefter det tomme selskab slettes. I aktieselskabsloven af 1917 var der den samme fusionsdefinition som i dag – selvom alle fusioner blev gennemført ved brug af likvidationsproceduren.
--	---

Retskilderne:

Begreberne likvidation og fusion har været fastlagt lige fra selskabsrettens fødsel, jf. Rigsdagstidende 1923/24 tillæg A spalte 4575 og 4576, hvor man fremlagde lovudkast til revision af aktieselskabsloven fra 1917, og hvor der står i lovbemærkningerne.

»Man deler Ophørstilfældene i to Hovedgrupper, nemlig de Tilfælde, hvor Selskabet ved sit ophør standser sin Virksomhed og alle andre Tilfælde af ophør. Den første gruppe af Tilfælde betegnes som Opløsning og kan foregå enten ved likvidation -den saakaldte frivillige Opløsning -eller ved Konkurs. Den anden Gruppe omfatter fusion og Selskabets flytning til Udlandet.

Ifølge denne definition, så er der tale om fusion, hvis der er en universalsuccessor, der viderefører virksomheden efter selskabsopløsningen. Fusion er således ophør uden likvidation idet virksomheden videreføres efter selskabsopløsningen.

Der er derimod tale om likvidation, hvis virksomheden afvikles/standser forbindelse med selskabsopløsningen – altså salg af aktiverne, indfrielse af gælden og udlodning af kontant nettoprovenu til ejerne.

Aktieselskabsloven af 1917:

I aktieselskabsloven af 1917 var fusion defineret således:

“Stk. 1. Beslutning om overdragelse af et aktieselskabs formue som helhed eller om dets sammenslutning med et andet aktieselskab kan kun vedtages af generalforsamlingen. Beslutningen anmeldes senest otte Dage efter dens vedtagelse til Aktieselskabsregisteret.”

Aktieselskabsloven af 1930:

I aktieselskabsloven af 1930 var fusionsdefinitionen indeholdt i § 70, stk. 1, der var formuleret således:

“Stk. 1. Beslutning om overdragelse af et aktieselskabs formue som helhed eller om dets sammenslutning med et andet aktieselskab kan kun fattes af generalforsamlingen. Om den af generalforsamlingen truffe beslutning skal der ske anmeldelse til Aktieselskabsregisteret inden otte dage”

Der stod i lovbemærkningerne til § 70, stk. 1:

“Overdragelse af et Aktieselskabsformue som Helhed medfører selskabets Ophør, og Retsreglerne for Likvidation bør derfor i almindelighed komme til anvendelse, derunder også indkaldelse af Selskabets Kreditorer ved Udstedelse af Proklama. Det forslås nu, at Likvidation i saadant Tilfælde skal finde sted, med mindre Selskabets formue overdrages til Staten eller en dansk kommune, der må antages at være solvent. Sker Overdragelsen til et dansk aktieselskab, kan likvidation undlades, men det overtagne Selskabs Formue skal da forvaltes særskilt indtil 6 Maaneder er forløbet fra Registreringen af Anmeldelsen om Beslutningen om Overdragelsen”

I § 70, stk. 3, i aktieselskabsloven af 1930 står der (egen understregning).

Stk. 3. Sker overdragelse til et andet aktieselskab, kan likvidation undlades, men det overtagne selskabsformue skal da forvaltes særskilt, indtil seks måneder er forløbet fra registreringen af den i 1ste stykke nævnte anmeldelse, med mindre 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.”

Også her må fusion defineres som en samlet overdragelse af aktiver og passiver til en universalsuccessor, der videreføre virksomheden efter selskabsopløsningen.

Det forhold, at retsreglerne for likvidation anvendes til at opløse det indskydende selskab bevirker ikke, at der ikke materielretligt er tale om fusion.

Aktieselskabslovsloven af 1973:

I aktieselskabsloven af 1973 var fusionsdefinitionen indeholdt i § 134, stk. 1, der var formuleret således:

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

I lovbemærkningerne står der:

»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 forslaget som genstand for overdragelsen taler om selskabets aktiver og gæld som helhed, medens såvel AF 1930 § 70 som 1964-udkastets 115 taler om selskabets formue som helhed«

Fusionsdefinitionen blev ikke ændret. Når loven her taler om opløsningen *uden likvidation*, så menes der *uden retsreglerne for likvidation* – altså opløsning uden brug af den selskabsretlige likvidationsprocedure.

Ovennævnte § 134 fortæller således, at hvis man vil gennemføre en fusion uden brug af likvidationsproceduren, hvilket er muligt, hvis universalsuccessor er et dansk kapitalselskab, så skal der forelægge en generalforsamlingsbeslutning.

Passussen ”uden likvidation” præciserer, at den selskabsretlige fusionsprocedure ikke blot søger for at flytte aktiver og passiver til det modtagende selskab, men tillige selv står for opløsningen af det indskydende selskab og dermed overflødiggør likvidationsproceduren som opløsningsprocedure.

Fusion bliver således materielretligt og proceduremæssigt en ophørsmetode ved siden af likvidation.

3. selskabsdirektiv:

I tredje selskabsdirektiv er fusion defineret således:

en operation, hvorved:

a) et eller flere selskaber i forbindelse med deres opløsning uden likvidation overfører deres samlede aktiver og passiver til et andet, eksisterende selskab

(det overtagende selskab), ved at de tildeler deres selskabsdeltagere kapitalandele i det andet selskab og eventuelt et kontant udligningsbeløb på højst 10 % af disse kapitalandeleles pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, af deres bogførte pariværdi.”

Jeg har spurgt EU-kommissionen hvad *uden likvidation* egentlig betyder. I brev af 10. december 2009 svarer EU kommissionen således:

“Your second question concerns the interpretation of the expression “without going into liquidation transfer all their assets and liabilities” which is found in Article 2 of the Directive.

The said definition is intended to point out that the transferring company ceases to exist as a separate legal entity as a result of the merger. However, unlike a real dissolution, the cessation of the company's legal existence is not preceded by a winding-up, consisting of the gathering and realization of its assets, the satisfaction of its creditors, and the distribution of any surplus to its shareholders. Under the Directive, the receiving company, in its capacity as legal successor to the transferring and subsequently dissolved company, takes over the transferring company's assets and liabilities in their entirety.”

EU-kommissionen fortæller her, at uden likvidation betyder uden materiel-retlig likvidation.

Det giver også god mening. Formålet med at definere fusion selskabsretligt må være at fortælle, hvornår et selskab kan opløses –uden brug af retsreglerne for likvidation –som er hovedreglen, når et selskab skal opløses.

Bemærkninger til Erhvervs-og Selskabsstyrelsens kendelse:

Generelt:

Problemet er derhen, at EogS ikke sonderer mellem fusion og fusionsprocedure. Man anskuer alene begrebet fusion som proces.

Man overser dermed, at de selskabsretlige fusionsregler kun repræsenterer en særlig teknik til at implementere fusionen med – nemlig universalsuccession som man kan anvender når der **er** tale om fusion, og når universalsuccessor er et kapitalselskab registreret i EU eller EØS.

Den juridiske teknik, der anvendes til at flytte aktiver og passiver til det modtagende selskab og den juridiske teknik, der anvendes at opløse det indskydende selskab, er i ifølge fusionsdefinitionen ligegyldigt. Men har således lov til at implementere fusionen efter hovedreglen – altså singular succession, hvilket ofte er sket i dansk selskabsret.

Offentliggørelsen af fusionsplanen er her vigtig for at fortælle omverden, at det fortsættende selskab på frivillig basis vedgår arv og gæld i det døende selskab og for at få den skattemæssige succession.

Kreditorer, der ikke anmelder sine krav ved fusionsbeslutningen bliver således automatisk kreditor i det fortsættende selskab. Dermed behøves ikke særskilt samtykke for alle de kreditorer, der umiddelbart accepterer debitorskiftet.

Der kan her henvises til fusion af andelsselskaber, hvor fusionsplanen også blev offentliggjort selvom, der ikke eksisterede selskabsretlige fusionsregler.

F.eks. offentliggørelse af fusionsplanen mellem B A.m.b.a. og C A/S. Jf. også Erhvervs- og Selskabsstyrelsens notat af 1. november 2005, hvor man taler om, at andelsselskaber kan fusioneres selvom det indskydende andelskab likvideres.

Ligeledes kan henvises til fusionen mellem D a.m.b.a. og E a.m.b.a. med D som fortsættende selskab. I den offentliggjorte fusionsaftale stod der

”Fusionen gennemføres som en skattefri fusion ved, at D som det fortsættende selskab overtager og indtræder i samtlige E’s aktiviteter, aktiver og passiver, og samtlige andelshavere i E kollektivt indmeldes som andelshavere i D. E’s virksomhed integreres i D’s svinekødsdivision og forædlingsenhed. E vil herefter som den ophørende virksomhed træde i likvidation”

I U.1975B.189 kommenterer lektor Orla G. Petersen fusionsbetænkningen af 1974 således:

“Det er i øvrigt et spørgsmål, om de gældende selskabslove overhoved tager sigte på at give regler for “grænseoverskridende fusioner”. Gør de ikke det, var det naturligt at lade finansministeren skønne, om der foreligger en fusionslignende disposition”. Orla G. Petersen er således i tvivl om, hvorvidt der i 1975 var selskabsretligt hjemmel til grænseoverskridende fusioner, men hovedforfatteren til fusionsbetænkningen af 1974 (Thøger Nielsen) er således ikke i tvivl, hvilket fremgår indirekte af hans svarskrift U.1975B.197.”

I H. B. Krenchel: Håndbog i dansk aktieret. Aktieselskabsloven af 15. april 1930. 6. udgave ved Estrid Jacobsen. G. E. C. Gads Forlag, side 323 tilkendegives, at fusion kan ske til hvem som helst, enkeltmand, kommune, stat, I/S eller udenlandske selskaber.

Jeg læser kendelsen fra erhvervsankenævnet af 4. april 2001. (00-176.261) således, at man kan få offentliggjort fusionsplanen, hvis det må antages at have betydning for den skattemæssige succession – uanset det indskydende selskab undergår en formel likvidation.

Specifik:t

EogS fremfører, at fusionsplanen ikke kan offentliggøres da der hersker usikkerhed omkring hvorvidt fusionen faktisk vil blive gennemført.

Argumentet virker ikke intuitivt forståeligt. En fusionsplan er blot et forslag til fusion. Om fusionsplanen bliver ført ud i livet må afgøres på en generalforsamling.

Da fusionen gennemføres uden brug af den selskabsretlige fusionsprocedure, så må en anden opløsningsprocedure anvendes. Der er her valgt erklæring.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 2. december 2011 udtalt:

”...

3. Sagens retlige omstændigheder

Der er tale om en fusionsplan for fusion mellem K1 SMBA, der er et selskab med begrænset ansvar, og K2 ApS, der er et kapitalselskab.

For et selskab med begrænset ansvar finder reglerne i § 21 a om fusion i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder anvendelse.

For et kapitalselskab finder reglerne i §§ 236-252 om fusion i selskabsloven anvendelse.

4. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

4.1 Det fremgår af fusionsplanens pkt. 4.1, at fusionen skal vedtages på en generalforsamling, og at det ophørende selskab ”opløses herefter efter selskabsloven § 216”, dvs. ved erklæring og ikke som følge af fusionen.

Et ophørende kapitalselskab er efter fusionens gennemførelse allerede opløst, jf. selskabslovens § 250, og kan derfor ikke opløses endnu engang ved erklæring.

Allerede inden offentliggørelse af fusionsplanen hersker der dermed tvivl om, hvorvidt fusionen skal gennemføres. En offentliggørelse af planen vil medføre, at de implicerede parter får en berettiget forventning om, at transaktionen også kan gennemføres. Da der hersker tvivl om, hvorvidt dette er hensigten, kunne styrelsen ikke offentliggøre den anmeldte fusionsplan.

4.2 Hertil kommer, at der ikke er hjemmel i selskabsloven og lov om visse erhvervsdrivende virksomheder til at fusionere selskaberne. Selskabsloven omhandler fusioner mellem kapitalselskaber. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder omhandler kun fusion mellem selskaber, som er omfattet af denne lov. En fusionsplan, som angår et selskab med begrænset ansvar omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder og et kapitalselskab, kan således ikke offentliggøres i styrelsens it-system med hjemmel i disse love.

Dette forhold fremgår klart af forarbejderne til ændring af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Med lovforslag nr. 51 fra 2005 til ændring af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder blev § 21 a indført. Der var

bl.a. anført følgende om fusion i de specielle bemærkninger til bestemmelsen:

"På denne baggrund foreslås det, at der indsættes et nyt kapitel 6 A i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, der indeholder bestemmelser om, at virksomhed med begrænset ansvar, som er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, får mulighed for at fusionere, jf. § 21 a, og spalte, jf. § 21 b. Hensigten hermed er at tilbyde erhvervslivet øget fleksibilitet og at formindske de administrative byrder for virksomheder omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder."

...

"Reglerne om fusion og spaltning kan således benyttes af andelsselskaber, selskaber og foreninger med begrænset ansvar, der ikke er omfattet af aktieselskabsloven, anpartsselskabsloven eller lov om erhvervsdrivende fonde."

...

"Reglerne giver udelukkende mulighed for at spalte og fusionere inden for en tilsvarende virksomhedstype. Hermed menes andre virksomhedstyper med begrænset ansvar omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Et andelsselskab med begrænset ansvar vil således kunne benytte de foreslåede regler til at fusionere med et andelsselskab, et selskab eller en forening med begrænset ansvar, men ikke med et aktieselskab, et anpartselskab, en fond, et interessentskab eller et kommanditselskab."

...

"Den foreslåede § 21 a omhandler fusion af virksomheder med begrænset ansvar, der er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Ligesom i aktie- og anpartsselskabsloven kan fusioner af virksomheder med begrænset ansvar ske som ugentlig fusion, hvor en virksomhed med begrænset ansvar kan opløses uden likvidation ved overdragelse af virksomhedens aktiver og gæld som helhed til en anden virksomhed med begrænset ansvar,...".

4.3 Så vidt styrelsen kan vurdere, kan den ønskede "fusion" selskabsretligt ske ved, at det ophørende kapitalselskab overdrager selskabets aktiver og gæld til det fortsættende selskab. Herefter kan kapitalselskabet opløses ved, at kapitalejerne afgiver en erklæring om, at al gæld, forfalden som uforfalden er betalt, og at det er besluttet at opløse kapitalselskabet, jf. selskabslovens § 216.

Herved sker der ingen offentliggørelse af en eventuel fusionsplan, da der ikke er tale om en fusion i selskabslovens eller lov om visse erhvervsdrivende virksomheders forstand.

4.4 Klager har nærmere redegjort for det historiske grundlag i selskabsretten for fusion og likvidation af selskaber.

I forbindelse med denne sag for ankenævnet har styrelsen ingen bemærkninger til det anførte.

4.5 For så vidt angår det af klager anførte om fusion mellem B A.M.B.A. og C A/S var der tale om, at C A/S likviderede i forbindelse med sammenlægning af aktiviteter i B A.M.B.A.

4.6 For så vidt angår det af klager anførte om fusion mellem D A.M.B.A. og E A.M.B.A. bemærkes, at likvidation af E A.M.B.A. blev afsluttet den 8. september 2009. Selskabet havde ikke, siden selskabet blev overtaget den 1. oktober 2001 af D A.M.B.A., drevet nogen virksomhed. Disse selskaber havde kunnet fusionere i 2009 i medfør af § 21 a lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, hvor bestemmelse var indført, men ikke i 2001.
...”

I skrivelse modtaget i ankenævnet den 3. januar 2012 har A yderligere anført:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens (E&S) kommentarer hviler på en retlig misforståelse.

Nærværende fusion kan ikke implementeres via den selskabsretlige fusionsprocedure (universalsuccession), der også er en opløsningsprocedure, hvorfor en anden opløsningsprocedure nødvendigvis må tilvælges. Her er så valgt opløsning ved erklæring, hvilket ikke diskvalificerer.

Problemet er derhen, at E&S benytter begrebet ”fusion” når men egentlig mener fusionsprocedure – altså den særlige opløsningsprocedure, der kan anvendes ved fusion af kapitalselskaber.

De selskabsretlige fusionsregler angiver således, de procestrin man skal gennemføre, hvis fusionen ønskes gennemført ved universalsuccession.

Ønsker man ikke at benytte disse særlige fusions-procestrin – eller har man ikke mulighed herfor, så skal fusionen gennemføres ved singulær succession.

Det relevante i nærværende sag er således, om man kun har et retskrav på at få fusionsplanen offentliggjort, hvis fusionen gennemføres ved universal-succession.

Her bemærkes, at hverken aktieselskabsloven af 1917, 1930 eller 1973 indeholdt hjemmel til universalsuccession, men man offentliggjorde fusionsplanen alligevel – selvom det indskydende selskab blev opløst ved brug af den selskabsretlige likvidationsprocedure.

Af bemærkningerne til Lov 370 af 13. juni 1973 fremgår følgende om daværende fusionsprocedure (egen understregning):

“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 forpligtigelse 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 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 overtagne selskabs fordringshaver.

Princippet blev ikke ændret med vedtagelse af aktieselskabsloven af 1973 bortset fra, at 6-månedersfristen blev nedsat til 3 måneder.

Først i 1982 med vedtagelsen af 3. selskabsdirektiv blev det muligt at gennemfører en fusion ved universalsuccession.

Det var også derfor, at fusionsreglerne i aktieselskabsloven af 1930 kunne anvendes analogt af selskaber, der ikke have fusions-selskabsregler, jf. erhvervsankenævnets kendelse af 17. april 1996. (j.nr. 96-32.131.).

...

[Om fusionen mellem B og C]

...

Det er korrekt, at det indskydende aktieselskab (C A/S) blev opløst ved brug af retsreglerne for likvidation, men det bliver det ikke en likvidation af i materielretlig henseende.

Omkring fusion af D og E kommer Styrelsen også med nogle bemærkninger, som jeg mener, er forkerte. ...

I fusionsaftalen står der (egen understregning og fed):

”2.5 Fusionsaftalen

Vilkårene for fusionens gennemførelse er fastlagt i en fusionsaftale mellem parterne.

Udgangspunktet er, at andelshaverne i E optages i D og underlægges de rettigheder og pligter, der gælder for andelshavere i D. Disse rettigheder og pligter følger af vedtægterne, som dermed udgør en vigtig del af aftalegrundlaget.

Fusionen gennemføres som en skattefri fusion ved, at D som det fortsættende selskab overtager og indtræder i samtlige E's aktiviteter, aktiver og passiver, og samtlige andelshavere i E kollektivt indmeldes som andelshavere i D. E's virksomhed integreres i D's svinekødsdivision og forædlingsenhed. E vil herefter som **den ophørende virksomhed træde i likvidation**.

Fusionen får virkning fra den 1. oktober 2001 (fusionsdato) under forudsætning af alle relevante konkurrencemyndigheders godkendelse heraf. Fusionen er endelig og gennemføres den dag, den relevante konkurrencemyndighed godkender fusionen, men med virkning fra fusionsdagen.”

Der kan altså godt være tale om likvidation og fusion på samme tid.”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 12. januar 2012 anført:

” ...

[Det] bemærkes, at det af A anførte ikke kan begrunde en fravigelse af reglerne i selskabsloven og lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, som ikke indeholder hjemmel til en fusion mellem et anpartsselskab omfattet af selskabsloven og et selskab med begrænset ansvar (smba) omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Der er som følge heraf ikke tale om en fusion i selskabslovens eller lov om visse erhvervsdrivende virksomheders forstand. Efter styrelsens opfattelse kan det af A anførte om tidligere retstilstand i den forbindelse ikke tillægges betydning.

... ”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af selskabslovens § 236, at kapitalselskaber kan opløses ved fusion med et andet kapitalselskab efter bestemmelserne i selskabslovens kapital 15. Som kapitalselskab anses aktieselskaber og anpartsselskaber, jf. lovens § 1, stk. 1.

Af § 21 b, stk. 1, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder fremgår det, at virksomheder omfattet af denne lov kan opløses ved fusion med en anden virksomhed omfattet af loven. Af lovens § 1 fremgår, hvilke virksomheder, som er omfattet af loven, herunder udtrykkeligt, at det netop ikke gælder virksomheder omfattet af selskabsloven. Anpartsselskaber og aktieselskaber er således ikke omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder og denne lovs fusionsregler.

I mangel af udtrykkelige fusionsbestemmelser herom, finder ankenævnet, at der ikke er hjemmel til at fusionere et selskab med begrænset ansvar omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder med et kapitalselskab.

Ankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har nægtet at offentliggøre fusionsplanen for K1 SMBA og K2 ApS.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. oktober 2011.