

Kendelse af 3. februar 2012 (J.nr. 2011-0024717)

Styrelsens nægtelse af registrering af kapitalnedsættelse hjemvist til fornyet behandling i styrelsen.

Selskabslovens § 188, stk. 1 og 3.

(Finn Møller, Carsten Møllekilde og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 26. maj 2011 har advokat A på vegne af K A/S klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 28. april 2011, hvorved styrelsen har nægtet at registrere en kapitalnedsættelse.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 28. april 2011 hedder det:

” ...

Af anmeldelsen samt generalforsamlingsreferatet fremgår, at selskabskapitalen er forhøjet med kr. 600.000,00 ved kontant indbetaling, samt at selskabskapitalen samtidigt er nedsat med kr. 700.000,00 dels med kr. 120.000,00 til dækning af underskud dels med kr. 580.000,00 til kurs 0,000173 ved henlæggelse til særlig reserve, jf. selskabslovens § 188, stk. 1 nr. 3..

Uanset at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen accepterer, at kapitalnedsættelser til udbetaling eller henlæggelse kan ske til underkurs, ses den del af kapitalnedsættelsen, der reelt anvendes til henlæggelse til reserven, at være helt illusorisk som følge af den meget lave kurs.

Kursen på 0,000173 er således efter styrelsens opfattelse så lav, at man ikke kan antage, at der i praksis er tale om en kapitalnedsættelse til henlæggelse til en særlig reserve.

På denne baggrund kan den anmeldte kapitalnedsættelse på kr. 580.000 ikke registreres.

...”

I klageskrivelsen af 26. maj 2011 har advokat A anført:

” ...

På vegne af K A/S CVR-nr. ... påklager jeg hermed Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 28. april 2011 i sags nr. 11-204.504 f.s.v.a. afslaget på registrering af kapitalnedsættelse på kr. 580.000,00 ved henlæggelse til særlige reserver jfr. selskabslovens § 148 stk. 1 nr. 3 ...

Sagsfremstilling

K A/S har på generalforsamling den 7. april 2011 besluttet følgende:

1. Optagelse af binavn
2. Ændring af selskabets formål
3. Ændring af selskabets tegningsregel
4. Forslag om kapitalnedsættelse – A til dækning af underskud og B til en særlig overkursfond
5. Forslag om kapitalforhøjelse med fravigelse af fortegningsretten for eksisterende aktionærer
6. Forslag om vedtægtsændring
7. Valg af bestyrelsesmedlemmer

Kopi af protokollat og vedtægter og anmeldelse vedlægges ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har efterfølgende nægtet at registrere kapitalnedsættelsen på 580.000,00 til henlæggelse til særlige reserver til kurs 0,000173.

Det er klagerens opfattelse, at denne afgørelse ikke er korrekt og at kapitalnedsættelsen bør kunne registreres. Dette følger af at selskabsloven giver hjemmel til kapitalnedsættelse i h.t. § 188 nr. 1 stk. 3 til underkurs uden nogen lovfastsat grænse.

Der er ikke i loven overladt et skøn til forvaltningsmyndigheden (Erhvervs- og Selskabsstyrelsen) hvorfor den i afgørelsen foretagne vurdering (skøn) ikke er lovhjemlet og derfor ugyldig.

Endvidere er der ikke nogen bindinger på den særlige henlæggelsesfond, der således kunne have betegnelsen frie reserver, hvorved alle midlerne reelt bliver overført til frie reserver.

Endvidere har forvaltningen forpligtet sig til at behandle alle sager ens, og jeg har i en tilsvarende sag lavet en kapitalnedsættelse med henlæggelse til særlige reserver til jfr. selskabslovens § 188 stk. 1 nr. 3 til kurs 0, hvilket Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har registreret (som bilag ... vedlægges protokollat samt sammenskrevet resume i denne tilsvarende sag).
...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 25. juli 2011 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Selskabslovens § 188, stk. 1, opregner udtømmende, at en kapitalnedsættelse kan ske til:

- 1) Dækning af underskud
- 2) Udbetaling til kapitalejerne eller
- 3) Henlæggelse til en særlig reserve.

Efter selskabslovens § 188, stk. 3, kan kapitalnedsættelser til udbetaling eller til henlæggelse til en særlig reserve ske til underkurs.

I bemærkningerne (L 170 saml. 2008-2009) til § 188, stk. 3, er det alene anført, at bestemmelsen er en videreførelse af de tidligere bestemmelser i aktieselskabslovens § 44 a og anpartsselskabslovens § 46 med sproglige præciserings. Kopi af bemærkningerne vedlægges som bilag nr. 1.

Den tidligere aktieselskabslovs § 44 a, stk. 4, havde følgende ordlyd:

”Sker en kapitalnedsættelse til de i stk.1, nr. 2 og 3, nævnte formål til en lavere kurs end aktiernes pålydende overføres det resterende beløb op til aktiernes pålydende til selskabets frie reserver.”

Bestemmelsen blev indsat ved lov nr. 246 af 27. marts 2006, hvor det i bemærkningerne til nr. 15 anføres, at det af hensyn til bl.a. kreditorerne blev tydeliggjort, at det resterende beløb op til aktiernes pålydende overføres til de frie reserver.

Endvidere henvises i bemærkningerne til, at det frem til sommeren 2005 havde været styrelsens praksis ikke at registrere kapitalnedsættelser til underkurs. Kopi af bemærkningerne vedlægges som bilag ...

Ordlyden af og bemærkningerne til den daværende anpartsselskabslovs § 46, stk. 6 er enslydende med aktieselskabslovens § 44a og bemærkningerne til denne, og vedlægges som bilag ...

Styrelsens vejledning fra august 2010 om kapitalnedsættelse forudsætter ligeledes at der overføres et beløb til de frie reserver. Vejledningen side 4 indeholder følgende afsnit:

”Kapitalnedsættelser til udbetaling og henlæggelse til reserve kan i modsætning til stiftelser og kapitalforhøjelser ske til underkurs, dvs. at det beløb, der for eksempel udbetales til aktionærerne, er lavere end aktiernes pålydende. Hvis en kapitalnedsættelse sker til underkurs, betyder dette, at det resterende beløb op til aktiernes/ anparternes pålydende overføres til selskabets frie reserver. [...]

Det er udelukkende kapitalnedsættelser til udbetaling eller henlæggelse til en særlig fond, der kan ske til underkurs. En kapitalnedsættelse til dækning af underskud kan som tidligere nævnt udelukkende ske til kurs 100”.

Vejledningen vedlægges som bilag ...

Styrelsens holdning

Selskabslovens § 188, stk. 3, giver mulighed for, at kapitalnedsættelser til udbetaling eller henlæggelse til en særlig reserve kan ske til underkurs.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen accepterer i medfør af selskabslovens § 188, stk. 3, at kapitalnedsættelser til udbetaling eller henlæggelse til en særlig reserve kan ske til underkurs.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har dog i praksis stillet krav om, at der også reelt set skal være tale om en kapitalnedsættelse til udbetaling eller til henlæggelse til særlig reserve. Styrelsen har derfor stillet krav om, at den andel af kapitalnedsættelsen, der skal anvendes til udbetalingen eller henlæggelsen til den særlige reserve, ikke skulle være ganske ubetydelig i forhold til den samlede kapitalnedsættelse. Ved en kapitalnedsættelse er underkursen afgørende for, hvor stor en andel af kapitalnedsættelsen, der anvendes til udbetalingen eller henlæggelsen til den særlige reserve. Hvis kapitalnedsættelser sker til kurs 50, vil halvdelen af kapitalnedsættelsesbeløbet således blive anvendt til udbetalingen eller henlæggelsen til en særlig reserve, alt efter hvilket formål der er angivet for kapitalnedsættelsen, mens de resterende 50 pct. vil blive overført til selskabets frie reserver. Hvis kursen derimod er 25, så er det 75 pct. af nedsættelsesbeløbet, der overføres til selskabets frie reserver.

Denne administrative praksis skal også ses i sammenhæng med, at selskabslovens § 188, stk. 1, udtrykkeligt opregner, jf. også forarbejderne til selskabsloven, hvilke formål nedsættelsesbeløbet ved en kapitalnedsættelse kan anvendes til, og der er ikke i denne bestemmelse angivet en kapitalnedsættelse til selskabets frie reserver. I den konkrete sag er kursen for kapitalnedsættelsen fastsat til 0,000173, hvilket medfører, at den del af nedsættelsesbeløbet, der blev overført til det formål, der var angivet som formål for kapitalnedsættelsen, dvs. henlæggelsen til en særlig reserve, udgjorde ca. 1 kr. Det er som følge heraf styrelsens vurdering, at den andel af kapitalnedsættelsen, der blev anvendt til det formål, der har angivet i nedsættelsesbeslutningen, er så minimal, at der efter styrelsens opfattelse reelt set ikke er tale om en kapitalnedsættelse til henlæggelse til en særlig reserve. En accept af en kapitalnedsættelse med en så lille kurs som i det foreliggende tilfælde vil således efter styrelsens opfattelse i praksis være en kapitalnedsættelse til henlæggelse til de frie reserver, hvilket der ikke er hjemmel til i selskabslovens § 188, stk. 1.

Det er med denne begrundelse, at styrelsen i brev af 28. april 2011 nægtede at registrere den anmeldte kapitalnedsættelse på kr. 580.000 til kurs 0,000173.

Advokaten henviser til en tidligere sag, hvor der blev registreret en kapitalnedsættelse med henlæggelse til særlige reserver til kurs 0, og til at styrelsen er forpligtet til at behandle alle sager ens.

Den tidligere registrerede kapitalnedsættelse til kurs 0 beror på en fejl, og styrelsen er ikke forpligtet til at gentage en sådan fejlregistrering.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

I henhold til selskabslovens § 188, stk. 1, skal beslutning om kapitalnedsættelse angive, til hvilket formål beløbet skal anvendes, idet formålet udtømmende er begrænset til (i) dækning af underskud, (ii) udbetaling til kapitalejerne samt (iii) henlæggelse til en særlig reserve.

Kapitalnedsættelse til udbetaling eller henlæggelse til en særlig reserve kan i henhold til selskabslovens § 188, stk. 3, ske til underkurs. Loven indeholder ikke nogen hjemmel til at fastsætte begrænsninger vedrørende underkursens størrelse.

Erhvervsankenævnet ophæver herefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 28. april 2011, hvorved styrelsen har nægtet at registrere den omhandlede kapitalnedsættelse, og hjemviser sagen til fornyet behandling hos styrelsen.