

Kendelse af 20. juni 2013 (J.nr. 2012-0032365)

Virksomhed anset som en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, og dermed registreringspligtig.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 1, § 3 og § 8.

(Niels Walther-Rasmussen, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 2. juli 2012 har advokat A på vegne af K A.m.b.a. klaget over, at Erhvervsstyrelsen i skrivelse af 6. juni 2012 har meddelt, at virksomheden er registreringspligtig efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV).

Sagens omstændigheder:

Statsautoriseret revisor B rettede ved skrivelse af 20. februar 2012 på vegne af K A.m.b.a. henvendelse til Erhvervsstyrelsen, og anførte i den forbindelse:

” ...

Som repræsentant for K A.m.b.a. (herefter "K") skal vi hermed høfligt anmode Erhvervsstyrelsen om en udtalelse om, hvorvidt K er omfattet af § 3 i lov om erhvervsdrivende virksomheder ("LEV"), og (fortsat) skal være registreret hos Erhvervsstyrelsen, jfr. LEV §§ 8-9.

Baggrund

K er moderselskab for K-koncernen.

K's mission er (i overensstemmelse med elforsyningsloven) at sørge for, at alle i ... [region i Danmark] har adgang til en god, sikker og konkurrencedygtig elforsyning.

K har således ifølge sine vedtægter til formål at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed. K kan derudover drive virksomhed med forsyning, produktion, rådgivning, handel og finansiering særligt i relation til energi og energirelaterede produkter samt anden i forbindelse dermed stående virksomhed.

Denne virksomhed kan efter vedtægterne udøves i datterselskaber med begrænset hæftelse, og udøves faktisk i dag gennem K's datterselskaber mv., som blandt andet omfatter C A/S, D A/S, E A/S og F A/S.

K og K's datterselskaber har desuden ejerandele i G A/S, H A/S og I A.m.b.a.

C A/S har netbevilling til at drive elforsyningsvirksomhed i [region i Danmark] og er blandt andet beskæftiget med udbygning og drift af elforsyningsnettet og energimaling m.v.

D A/S udfører entreprisarbejde, inklusiv nybygning af anlæg, nedlægning af kabler, montage af udstyr og drift og vedligeholdelse af elanlæg eller beslægtede anlæg og løser opgaver for både netvirksomheder og andre virksomheder så som antenneforeninger, vandværker og televirksomheder over hele landet.

F A/S er i gang med at etablere fiber til ... byer i [region i Danmark].

E A/S er et handels-, operator- og forsyningsselskab, der sælger el på det frie elmarked.

J A/S (tidligere *L A/S*) blev overtaget af *K* med virkning fra 1. januar 2011 og rummer el-kunder i [byområde i Danmark], som ikke har brugt det frie elmarked til at vælge anden el-leverandør.

Koncernen er organiseret som følger:

...

K selv er ansvarlig for koncernstrategi og forretningsudvikling, indkøb, IT samt sekretariats- og økonomifunktion for alle selskaber, der indgår i *K*-koncernen. *K* leverer ikke i øvrigt varer eller ydelser, da alle øvrige aktiviteter varetages af datterselskabene.

Virksomheden er nærmere beskrevet på www.K.dk.

K er i dag registreret som et andelsselskab med begrænset ansvar (CVR-kode 140).

Enhver regningsmodtager, der er tilsluttet *K*'s forsyningsanlæg, er - automatisk og gratis - andelshaver i *K*, jfr. vedtægternes § 3.1.

Selskabet ledes af et repræsentantskab, en bestyrelse og en direktion.

K's forsyningsområde er opdelt i valgdistrikter, og hvert andet år er der valg til repræsentantskabet i halvdelen af distrikterne.

Andelshaveme har en stemme pr. installation, jfr. vedtægternes § 7.4.

K's andelshavere hæfter ikke for selskabets forpligtelser, jfr. vedtægternes § 4.

Andelshaverne har ikke nogen "andelsret" og kan ikke modtage andel i *K*'s formue hverken som udbytte (vedtægternes § 12.3), ved likvidation (vedtægternes § 15.3) eller ved en andelshavers udtræden (vedtægternes § 4.4).

K's vedtægter vedlægges i kopi ... Til orientering vedlægges desuden kopi af *K*'s seneste årsrapport ...

Henset til udviklingen i *K* og *K*-koncernen samt i lovgivningen, er der nu opstået spørgsmål om, hvorvidt *K* fortsat må anses for omfattet af LEV § 3

og af registreringspligten efter LEV §§ 8-9, hvilket derfor ønskes afklaret gennem denne forespørgsel til Erhvervsstyrelsen.

Lov om erhvervsdrivende virksomheder

LEV § 3 indeholder en definition af virksomheder med begrænset ansvar og fastslår, at der herved forstås en virksomhed, hvor

- ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk,
- der som minimum er to deltagere,
- der er mulighed for vekslende deltagerantal, og
- de økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder ikke er baseret på deltagernes andel af kapitalen.

Imidlertid fremgår det af LEV § 1, at LEV (alene) finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Da K erlægger tjenesteydelser til sine datterselskaber m.v. mod vederlag og desuden har en bestemmende indflydelse i datterselskaberne, som ligeledes leverer varer og ydelser mod vederlag, må K anses for at udøve erhvervsdrift, jfr. herved LEV § 1, stk. 3.

Efter vores opfattelse er det imidlertid ikke ganske klart, om K gennem den omtalte erhvervsdrift kan anses at have til "formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser", jfr. LEV § 1, stk. 1.

I forarbejderne til LEV (bemærkningerne til § 1 i lovforslag nr. 84 af 24. november 1993, FT 1993-94, A, sp. 1663ff) er bestemmelsen i LEV § 1 beskrevet som følger:

...

Som bemærket ovenfor, har andelshaverne i K ingen andel i K's formue og kan ikke modtage udlodninger fra selskabet, hverken som udbytte/overskudsdeling eller i forbindelse med likvidation/opløsning eller udtræden.

Desuden har K ingen samhandel med sine andelshavere, der derfor heller ikke i kraft af en sådan samhandel kan opnå økonomiske fordele i form af bonus eller rabat mv.

Andelshaverne opnår heller ikke andel i K's overskud eller formue via deres samhandel med K's datterselskaber mv., eftersom virksomheden i disse datterselskaber ikke subsidieres af K men drives på almindelige markedsmæssige vilkår (inden for de indtægtsrammer og begrænsninger, der gælder efter elforsyningsloven), jfr. herved også elforsyningslovens § 46.

K anvender således ikke sit overskud til støtte af datterselskaberne (og dermed indirekte datterselskabernes kunder, andelshaverne), men anvender dette til konsolidering, investering i værdipapirer og i udvidelser af koncernen, som senest ved opkøbet af L A/S og elforsyningssystemet i [by i Danmark] samt ved etableringen af F A/S.

Hertil kommer at K's virksomhed i vidt omfang er styret af de ideelle hensyn, der ligger bag elforsyningsloven, hvilket også afspejles i K's mission, som er at sørge for, at alle i [region i Danmark] — og ikke kun selskabets andelshavere - har adgang til en god, sikker og konkurrencedygtig elforsyning.

K har således ikke blot til formål at opnå størst mulig indtjening via erhvervsdriften i sine datterselskaber, men skal navnlig

- sikre at alle forbrugere kan opnå forsyning af elektricitet,
- sikre forsyningssikkerheden, herunder ved vedligeholdelse og udbygning af forsyningsnettet,
- fremme vedvarende energi og
- sikre forbrugerrepræsentation og -indflydelse.

Umiddelbart er det derfor vores vurdering, at K ikke kan anses for at være omfattet af LEV.

Dette understøttes efter vores opfattelse af, at elforsyningsvirksomheder efter bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder er undtaget fra registreringspligt efter LEV.

Endelig har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en udtalelse fra februar 1999 ... konkluderet at M – der er det største forsyningsselskab i [område i Danmark], og hvis virksomhed svarer til K's — ikke kunne anses for omfattet af LEV.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen lagde i denne udtalelse navnlig vægt på (i) at M's overskud og formue ikke kan udloddes til stiftere eller andre men alene kan anvendes til M's og dets datterselskabers egne formål, og (ii) at M må anses for omfattet for energiforsyningslovgivningen, og derfor er undtaget fra LEV efter lovens § 5, stk. 2.

Disse forhold gør sig som beskrevet ovenfor tilsvarende gældende for K, hvilket ligeledes taler for, at K ikke anses for omfattet af LEV § 3, jfr. §§ 8-9.

For så vidt muligt at opnå en endelig afklaring af spørgsmålet også i forhold til K, skal vi dog med udgangspunkt i ovenstående anmode Erhvervsstyrelsen om en kort udtalelse i sagen.

...”

I Erhvervsstyrelsens skrivelse af 6. juni 2012 hedder det:

” ...

Registrering af K A.M.B.A., CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har modtaget Deres brev af 20. februar 2012, vedrørende hvorvidt K A.M.B.A. er registreringspligtig i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Indledningsvis skal styrelsen beklage den lange sagsbehandlingstid.

Afgørelse

På baggrund af de indsendte vedtægter, samt det til sagen oplyste, er det styrelsens vurdering, at K A.M.B.A. fortsat er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 1, hvilket medfører at andelsselskabet er omfattet af pligten til at lade sig registrere hos styrelsen, jf. lovens § 8, stk. 1.

...

Begrundelse

Det fremgår af lov om erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 1, at loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Følgende tre forhold skal således alle være opfyldt for, at en retsdannelse er omfattet af loven:

- 1) der skal være tale om en virksomhed, sådan som dette begreb er defineret i lovens § 1, stk. 2, og
- 2) virksomheden skal udøve erhvervsdrift, sådan som dette begreb er defineret i lovens § 1, stk. 3, og
- 3) erhvervsdriften skal have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser.

ad1)

Af lov om erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 2, fremgår det, at virksomhedsbegrebet i loven blandt andet omfatter andelsselskaber med begrænset ansvar.

Ved vurdering af om en given retsdannelse kan karakteriseres som værende et andelsselskab, lægger styrelsen i sin praksis blandt andet vægt på, om deltagerkredsen er afgrænset, uden at være snævert rettet mod en bestemt personkreds, og om den kan antages reelt set at kunne være vekslende i størrelse. Endvidere vurderes deltagernes aktivitet med retsdannelsen, eksempelvis om der udføres lønnet arbejde, og om deltagerne løbende virker som aftagere eller leverandører. Yderligere vurderes også retsdannelsens formål.

Af vedtægten for K A.M.B.A. fremgår det af § 3, at som medlemmer kan optages:

1. Enhver, der er registreret hos C A/S som regningsmodtager for en

2. *installation og som sådan har rådighed over en installation, som er permanet tilsluttet K's forsyningsanlæg, er andelshaver.*
3. *En andelshaver kan også være en bestående transformerforening.*
4. *K kan levere elektricitet til forbrugere, der ikke er andelshavere.*
5. *En udtrædende andelshaver har ikke krav på nogen del af K's formue. Udtræden af andelsselskabet sker ved fraflytning, når forbrugerens installation skal frakobles K's net eller ved skriftlig meddelelse til K.*
6. *Vedtager en transformerforening at lade sine medlemmer overgå som direkte andelshavere ved K, betragtes det ikke som udtrædelse.*

Den potentielle medlemskreds er således klart afgrænset, men samtidig ganske bred indenfor de givne rammer.

Sammenfattende er det styrelsens opfattelse, at K A.M.B.A. som et andelsselskab.

For så vidt angår bestemmelsen i lov om erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 2, om at loven omfatter andelsselskaber med begrænset ansvar skal styrelsen anføre følgende:

I lovens § 3 defineres hvad der i loven forstås ved en virksomhed med begrænset ansvar. Det følger af bestemmelsen, at en virksomhed med begrænset ansvar er en virksomhed hvor ingen deltagere hæfter både personligt og uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtigelser.

Vedtægtens 4 har følgende ordlyd:

1. *Andelshavernes hæftelse for K's forpligtelser er begrænset til de enhver tid værende værdier i K. Herudover har andelshaverne intet ansvar for K's forpligtelser.*

Der er således efter styrelsens opfattelse ikke tale om ubegrænset og solidarisk hæftelse, men om begrænset hæftelse.

På baggrund af foranstående finder styrelsen, at K A.M.B.A. i forhold til lov om erhvervsdrivende virksomheder er en forening med begrænset ansvar.

ad 2)

I henhold til lov om erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 3, nr. 3, anses en virksomhed for at udøve erhvervsdrift, blandt andet hvis den har bestemmende indflydelse over et aktie- eller anpartsselskab.

Det fremgår af deres skrivelse, at K A.M.B.A. blandt andet er eneaktionær i fire aktieselskaber.

På baggrund af foranstående finder styrelsen, at K A.M.B.A. i forhold til lov om erhvervsdrivende virksomheder er erhvervsdrivende, da K A.M.B.A. har bestemmende indflydelse over fire aktieselskaber.

ad 3)

Af bemærkningerne i forslaget til lov om erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 1, fremgår det, at "deltagernes økonomiske interesse kan fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v.

Fordelene kan således være både af direkte eller indirekte karakter. Når det konstateres, at deltagerne får, eller burde få økonomiske fordele af virksomhedens aktiviteter, er det uden betydning, at der konkret bliver tale om et overskud til fordeling blandt deltagerne.

Indkøb salgs- og Produktionsforeninger eller -sammenslutninger m.v. vil således som hovedregel være omfattet af loven, uanset at der udelukkende handles med medlemmerne.

Foreninger eller sammenslutninger som gennem fælles indkøbscentraler eller administrationskontorer tager sigte på en økonomisk fordelagtig tilrettelæggelse af medlemmernes virksomhed vil ligeledes være omfattet, f.eks. taxa-bestillingskontorer, jf. UfR 1979.451 ØL.

Se endvidere erhvervsankenævnets kendelse af 14. november 2000, hvor ankenævnet tiltrådte Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse, hvorefter en sammen slutning af hyrevognsejere blev anset som en registreringspligtig forening, da foreningen ansås for at udøve erhvervsdrift og fremme de økonomiske interesser for deltagerne gennem stordrifts og rationaliseringsfordele.

Kravet om at virksomhedens erhvervsdrift skal ske til fremme af deltagernes økonomiske interesser er indsat i LEV § 1, stk. 1 for at afgrænse lovens anvendelsesområde på en sådan måde, at ideelle foreninger, der ikke fremmer deltagernes økonomiske interesser, men som udøver erhvervsdrift ikke bliver omfattet af lovens anvendelsesområde. Se hertil bemærkningerne til lovforslaget (Folketingstidende A 1993 – 1994, spalte 1663). Som ideelle foreninger henvises i lovbemærkningerne til brancheforeninger, idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer osv.

Efter styrelsens vurdering bør spørgsmålet om, hvorvidt der gennem virksomhedens erhvervsdrift sker fremme af deltagernes økonomiske interesser afgøres ud fra en helhedsvurdering. I denne vurdering bør efter styrelsens vurdering inddrages såvel økonomiske fordele, der hidrører direkte fra K A.M.B.A. samt økonomiske fordele, der hidrører fra andre virksomheder i K-koncernen, og som mere indirekte kommer deltagerne til gode.

Det fremgår af deres brev side 2, at:

K selv er ansvarlig for koncernstrategi og forretningsudvikling indkøb, IT samt sekretariats- og økonomifunktion for alle selskaber, der indgår i K koncernen. K leverer ikke i øvrigt varer eller ydelser, da alle øvrige aktiviteter varetages af datterselskaberne.

Det må således forudsættes, at der med den valgte koncernstruktur opnås stordriftsfordele, der indirekte påvirker deltagernes (andelshavernes) pris på den modtagne el, uanset om prisen i øvrigt reguleres af reglerne om prisfastsættelse i lov om elforsyning. Det afgørende er efter styrelsens vurdering ikke, om det er anført som et vedtægtsbestemt formål for selskabet, eller om det i øvrigt anses for et formål for selskabet at fremme deltagernes økonomiske interesser. Det afgørende er derimod, at deltagerne faktisk opnår økonomiske fordele.

Det er således styrelsens vurdering, at andelshaverne ved deres deltagelse i K A.M.B.A. får fremmet deres økonomiske interesser, da det enkelte medlem opnår således en indirekte besparelse ved at være medlem af K i forhold til selv at anskaffe disse ydelser.

Det anførte om, at K A.M.B.A. formentlig er omfattet af energiforsyningslovgivningen, kan ikke føre til en ændret vurdering, da Energistyrelsen den 17. april 2012 har oplyst, at K A.M.B.A. ikke er omfattet af lov om elforsyning, da det alene er de selskaber, som har opnået licens, der er omfattet af loven.

På baggrund af ovenstående forhold finder styrelsen, at K A.M.B.A. opfylder alle tre betingelser for at være omfattet af lov om erhvervsdrivende virksomheder, hvilket medfører at andelsselskabet fortsat er omfattet af pligten til at være registreret hos styrelsen, jf. lovens § 8, stk. 1.

...”

Ved skrivelse af 2. juli og 22. august 2012 har advokat A klaget over Erhvervsstyrelsens skrivelse. I uddybende klageskrivelse af 25. september 2012 anførte han:

” ...

PÅSTANDE:

Principal: Erhvervsstyrelsens afgørelse af 6. juni 2012 ændres således, at K A.m.b.a. vurderes ikke at være omfattet af LEV.

Subsidiært: Såfremt Erhvervsankenævnet måtte finde, at K A.m.b.a. er omfattet af LEV, ændres afgørelsen således, at K A.m.b.a. ikke er registreringspligtig efter LEV.

ANBRINGENDER:

Ad den principale påstand:

at K A.m.b.a. ikke er omfattet af anvendelsesområdet for LEV, idet K A.m.b.a. ikke har til formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser gennem erhvervsdrift,

Ad den subsidiaire påstand:

- at K A.m.b.a. ikke er omfattet af definitionen af en "virksomhed med begrænset ansvar" i LEV § 3 og derfor ikke er registreringspligtig i henhold til LEV § 8,
- at K A.m.b.a. i øvrigt er undtaget fra registrering i henhold til § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

SAGSFREMSTILLING:

Omkring den nærmere koncernopbygning i K henviser jeg til gennemgangen i N's brev ...

Derudover vedlægger jeg som bilag ... de nugældende vedtægter for K A.m.b.a.

Tilsvarende vedlægger jeg som bilag ... K A.m.b.a.'s årsrapport for 2011, hvor koncernopbygningen vises på side 5.

Jeg har i mit brev af 22. august 2012 henvist til den sideløbende klagesag fra O A.m.b.a., der behandles under j.nr. 2012-0032363, idet såvel koncernopbygning som de juridiske problemstillinger i det væsentlige er ens for de to selskaber – og i øvrigt de øvrige elforsyningselskaber rundt omkring i landet.

Som følge heraf kan jeg i det hele henholde mig til den juridiske redegørelse, der er indeholdt i min kollega, advokat P's brev af 5. juli 2012.

Det er således også min klare opfattelse, at K A.m.b.a. ikke kan anses for "erhvervsdrivende" i LEV's forstand, primært fordi ejerkredsen er den helt tilfældige og ofte uvidende skare af de til enhver tid værende beboere i netområdet, jfr. vedtægternes § 3.

Det er tilsvarende klart for mig, at formålet med driften i K A.m.b.a. ikke er at fremme deltagernes økonomiske interesser, men derimod, jfr. vedtægternes § 2.1., at "fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed."

Formålet er således ikke at skabe økonomisk profit for den tilfældige og dagligt udskiftede ejerkreds, der ifølge vedtægterne ingen økonomiske rettigheder har overhovedet, det være sig under ejerskabet som ved fraflytning. K's formue tilhører reelt kategorien "herreløse penge", idet ingen på noget tidspunkt kan gøre krav på sin forholdsmæssige andel.

K A.m.b.a. adskiller sig dog tilsyneladende på et enkelt punkt fra O A.m.b.a., nemlig i spørgsmålet om, hvorvidt prissætningen overfor andelshaverne er anderledes end overfor forbrugere, der ikke er andelshavere. Forskellen udmønter sig ved tarifieringen i Net-selskabet, hvor andelshaverne betaler en smule mindre for transmissionen end eksterne forbrugere. Prisforskellen skyldes imidlertid udelukkende det forhold, at K A.m.b.a. som mo-

derselskab har opnået store indbetalinger fra frasalget af medejerskabet til Q. En del af gevinsten herfra er brugt til at nedsætte betalingen for de forbrugende andelshavere.

Det er imidlertid min opfattelse, at dette intet har med de ”stordriftsfordele” at gøre, som Erhvervsstyrelsen begrundet sin afgørelse med.

Tilsvarende vil det være helt urimeligt at hævde, at dette forhold i sig selv skulle konstituere en formålsbestemmelse om at fremme andelshavernes økonomiske interesser. Reelt er der blot tale om konvertering af anlægskapital til likvid kapital, der i beskedent omfang udbetales andelshaverne via en nedsættelse af den i øvrigt lovmæssige prissætning af netydelsen. Desuden er denne beskedne prisnedsættelse ifølge sagens natur et forbigående fænomen og dermed af ekstraordinær karakter, der ophører, når ”Q-gevinsten” er forbrugt.

Idet jeg i øvrigt kan henholde mig til det af advokat P anførte, fastholdes det således, at K A.m.b.a. ikke har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er registreringspligtig efter LEV kap.3 bestrides dette. Jeg kan herunder i det hele henholde mig til advokat P’s juridiske redegørelse i brevet ...
...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 28. september 2012 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

K A.M.B.A. er moderselskab for fire 100 % ejede selskaber, C A/S, D A/S E A/S, F A/S og J A/S. Herudover ejer K A.M.B.A. såvel direkte som indirekte andele i seks selskaber driver blandt andet net- og forsyningsvirksomhed.

Det fremgår af bilag ... at:

”K selv er ansvarlig for koncernstrategi og forretningsudvikling, indkøb, IT samt sekretariats- og økonomifunktion for alle selskaber, der indgår i K-koncernen. K leverer ikke i øvrigt varer eller ydelser, da alle øvrige aktiviteter varetages af datterselskaberne.”

§ 2, nr. 1, i vedtægterne (bilag 4) for K A.M.B.A. er formuleret således:

”Det er K’s formål at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere de ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed. Indenfor elforsynings rammer kan K derudover, efter bestyrelsens godkendelse, drive anden Virksomhed, der har tilknytning til hovedaktiviteten eller anden dermed beslægtet virksomhed.”

Erhvervsstyrelsen har ved henvendelse til Energistyrelsen i den konkrete sag fået oplyst, at K A.M.B.A. ikke er omfattet af lov om elforsyning.

Sagens retlige omstændigheder

Spørgsmålet om hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af LEV

Ifølge LEV § 1, stk. 1, finder loven anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Af bemærkningerne til § 1 i forarbejderne til loven (Folketingstidende A 1993-94, spalte 1670) følger det, at ”Stk. 1 indeholder 2 kriterier for, at en virksomhed omfattes af loven. En virksomhed, der omfattes af lovforslaget, er karakteriseret ved dels at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, dels at deltagernes økonomiske interesser fremmes gennem virksomhedens erhvervsdrift. Er kun ét af kriterierne opfyldt, er virksomheden ikke omfattet af loven”

En virksomhed anses efter LEV at udøve erhvervsdrift, hvis den er omfattet af LEV § 1, stk. 3. Ifølge § 1, stk. 3, nr. 3 anses en moder-virksomhed til en virksomhed, der udøver erhvervsdrift som nævnt i nr. 1 eller 2, for erhvervsdrivende.

I medfør af LEV § 5, stk. 2, er der udstedt bekendtgørelse om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Ifølge bekendtgørelsens § 3 er erhvervsdrivende virksomheder med begrænset ansvar, som er omfattet af (blandt andet) lov om elforsyning, undtaget fra en række regler i LEV, herunder kapitel 3 om registrering og retsevne.

For at en virksomhed er omfattet af LEV, skal den ikke alene være erhvervsdrivende. Virksomheden skal endvidere have til formål gennem erhvervsdriften at fremme deltagernes økonomiske interesser, jf. LEV § 1, stk. 1.

Loven indeholder ikke holdepunkter for en nærmere fortolkning af, på hvilken måde eller i hvilket omfang deltagernes økonomiske interesser kan anses for fremmet gennem selskabets erhvervsdrift.

...

Det fremgår således af bemærkninger til lovforslaget, at lovgiver ved udformningen af bestemmelsen har tilsigtet, at virksomheder med et ideelt formål ikke skulle omfattes af LEV, uanset om virksomhederne udøver erhvervsdrift.

Af ”Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar”, af Jytte Heje Mikkelsen m.fl., 2. udgave 2007, side 41 fremgår følgende:

”Deltagernes økonomiske interesser kan i henhold til lovens forarbejder fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning

ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v. Fordelene kan således være både af direkte eller indirekte karakter.”

Af ”Erhvervsdrivende virksomheder” af Erik Hørlyck, 1. udgave, 1994, side 27 fremgår følgende:

”Det er uden videre klart, at betingelsen opfyldes for så vidt angår virksomheder, der har til formål at indtjene overskud til fordeling blandt deltagerne (løbende eller ved likvidation), eller som har til formål at sikre deltagerne lønnet beskæftigelse, eller som har til formål at skaffe deltagerne andre økonomiske fordele. Endvidere opfyldes betingelsen af andelsvirksomheder, der enten aftager deltagernes produktion eller forsyner deltagerne.”

Spørgsmålet om evt. registreringspligtig efter LEV, kapitel 3

Ifølge LEV § 8, stk. 1, skal ledelsen i en virksomhed med begrænset ansvar, jf. § 3, anmelde virksomheden til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (nu Erhvervsstyrelsen). En virksomhed med begrænset ansvar, som ikke er registreret i Erhvervsstyrelsen, har ingen retsevne, dvs. virksomheden kan ikke som sådan erhverve rettigheder og indgå forpligtelser, jf. herved LEV § 9, stk. 1.

LEV § 8, stk. 1, henviser til virksomheder med begrænset ansvar ifølge § 3. I henhold til § 3 forstås ved en virksomhed med begrænset ansvar, en virksomhed hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Herudover er det en betingelse, at deltagerne ikke kan stemme eller modtage udbytte i forhold til deres andel af kapitalen, og at der er mulighed for vekslende deltagerantal.

Ifølge bemærkningerne til L 180 (2010/11), hvorved § 3 blev ændret, er formålet med bestemmelsen at sikre, at virksomheder der ikke i væsentlig grad adskiller sig fra f.eks. kapitalselskaber, ikke registreres i henhold til LEV. Et karakteristisk kendetegn ved aktie- og anpartsselskaber er netop, at deltagerne har udbytte- og stemmeret i forhold til den af dem indskudte kapital

Ifølge § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 (om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder) finder reglerne om registrering i LEVs kapitel 3 ikke anvendelse på erhvervsdrivende virksomheder med begrænset ansvar, som er omfattet af lov om elforsyning, hvis virksomhedens årsregnskaber og vedtægter er offentligt tilgængelige.

Styrelsens vurdering

Spørgsmålet om hvorvidt K.A.M.B.A. er omfattet af LEV

I medfør af § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af den 11. oktober 2006, undtages erhvervsdrivende virksomheder med begrænset ansvar, som er omfattet af lov om elforsyning, fra en række bestemmelser i LEV, herunder kravet om registrering i LEV § 8, stk. 1. De pågældende virksomheder anses således som udgangspunkt for omfattet af LEV. Med udstedelsen af bekendtgørel-

sen er der taget stilling til, at virksomheder omfattet af lov om elforsyning, anses for erhvervsdrivende og omfattet af LEV og dermed også at kravet om, at virksomheden skal fremme sine deltageres økonomiske interesser generelt anses for opfyldt for virksomheder omfattet af lov om elforsyning, uanset at de pågældende virksomheder også på tidspunktet for bekendtgørelsens udstedelse var omfattet af særlige regler om prisfastsættelse/prisregulering.

Baggrunden for at disse virksomheder blev undtaget fra registrerings-pligt i henhold til LEV var, at lov om elforsyning detaljeret regulerede forholdene for disse virksomheder og fastsatte regler om tilsyn med disse virksomheder.

K A.M.B.A. udøver efter styrelsens vurdering erhvervsdrift, jf. nedenfor, og det forhold, at K A.M.B.A. i et vist omfang indirekte påvirkes af den særlige regulering vedrørende prisfastsættelse/prisregulering på el-området findes ikke at føre til, at selskabet ikke kan anses for at fremme sine deltageres økonomiske interesser. For virksomheder omfattet af lov om elforsyning, der direkte er berørt af den særlige regulering vedrørende prisfastsættelse er det således forudsat, at disse – på trods af den særlige regulering – fremmer deltagernes økonomiske interesser. For holdingselskaberne er der ydermere tale om, at disse ikke er underlagt tilsyn efter lov om elforsyning i modsætning til virksomheder omfattet af lov om elforsyning.

Idet virksomheder omfattet af lov om elforsyning som udgangspunkt anses for omfattet af LEV er det styrelsens vurdering, at holdingvirksomheder for virksomheder, der er omfattet af lov om elforsyning, så meget desto mere må anses for omfattet af LEV. Holdingselskaber for virksomheder omfattet af elforsyningsloven vil generelt være erhvervsdrivende, jf. LEVs § 1, stk. 3, nr. 3, og samtidig må de anses for at fremme deltagernes økonomiske interesser. Det forhold, at elforsyningslovens regler om prisfastsættelse indirekte har betydning for holdingselskabets prisfastsættelse og dermed muligheden for at fremme deltagernes økonomiske interesser, kan ikke føre til at holdingselskaber ikke er omfattet af LEVs anvendelsesområdet. Argumentet skulle i givet fald gøre sig stærkere gældende for virksomheder, der er omfattet af elforsyningsloven og dermed direkte underlagt denne lovs regulering vedrørende prisfastsættelse, men disse virksomheder er netop, som nævnt ovenfor, anset for som udgangspunkt at være omfattet af LEV. Den eneste begrundelse for i bekendtgørelsen at undtage virksomheder omfattet af elforsyningsloven fra LEVs registreringspligt var, at disse virksomheder er underlagt tilsyn. Et sådant tilsyn eksisterer ikke for så vidt angår holdingvirksomhederne.

På baggrund heraf er det styrelsens vurdering, at K A.M.B.A. er omfattet af LEV.

Såfremt Erhvervsankenævnet ikke finder, at K A.M.B.A. på baggrund af det ovenfor anførte kan anses for omfattet af LEV, anfører styrelsen følgende:

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at K A.M.B.A. er erhvervsdrivende som defineret i LEV § 1, stk. 3, idet K A.M.B.A. er modervirksomhed for fire 100 % ejede selskaber, C A/S, D A/S E A/S, F A/S og J A/S, der ubestridt udøver erhvervsdrift, jf. LEV § 1, stk. 3, nr. 1 (overdragelse af varer og erlæggelse af tjenesteydelser). Der er efter styrelsens vurdering ikke i LEV eller andetsteds holdepunkter for, at klassifikationen af K A.M.B.A. som erhvervsdrivende skulle påvirkes af, at selskabets deltagere ikke er frivillige deltagere, men alene er deltagere af den grund, at de er registreret hos C A/S som regningsmodtager for en installation og som sådan har rådighed over en installation, som er permanent tilsluttet K's forsyningsanlæg. Styrelsen bemærker i den forbindelse, at også bestående trans-formerforeninger kan være andelshavere.

Styrelsen er af den opfattelse, at den grundlæggende sontring i forbindelse med afgørelsen af, om en virksomhed er omfattet af LEV er, om virksomheden bedst kan klassificeres som erhvervsdrivende eller ideel. Alle erhvervsdrivende virksomheder, som ikke er omfattet af øvrige love, er som udgangspunkt omfattet af LEV, men med formuleringen af LEV § 1, stk. 1, har lovgiver, jf. det i forarbejderne til loven anførte, ønsket at undtage virksomheder af ideel karakter, uanset om disse ligeledes udøver erhvervsdrift (f.eks. en idrætsforening, der driver et cafeteria). Kriteriet om fremme af deltagernes økonomiske interesser er således alene indsat i loven for at kvalificere en undtagelse fra lovens anvendelsesområde, for virksomheder der er af ideel karakter, men som dog udøver erhvervsdrift i begrænset omfang.

Efter styrelsens vurdering er K A.M.B.A. ikke en ideel virksomhed, men derimod en erhvervsdrivende virksomhed. Til brug for vurderingen af, om der er tale om en ideel eller en erhvervsdrivende virksomhed, må der efter styrelsens vurdering lægges vægt på såvel virksomhedens vedtægtsbestemte formål som på den af virksomheden faktisk udøvede aktivitet, jf. hertil Folketingstidende A 1993-94, sp. 1670 f.

Den første sætning i formålsbestemmelsen er sålydende: "Det er K's formål at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere de ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed." Det er styrelsens vurdering, at det angivne formål, også set i sammenhæng med selskabets øvrige angivne aktiviteter, ikke er ideelt. Som eksempler på ideelle formål er i lovbemærkningerne anført sociale, politiske, kulturelle eller humanitære formål. Om end der kun er tale om en opremsning af eksempler på ideelle formål, så finder styrelsen, at eksemplerne i lovbemærkningerne typemæssigt kan sammenlignes. Det er styrelsens opfattelse, at K A.M.B.A.'s aktiviteter samt det vedtægtsbestemte formål om at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere de ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed, ikke kan rummes indenfor de typer af formål, som er opremsat i lovforarbejderne som eksempler på ideelle formål. Der er ikke til sagen oplyst noget om, at virksomhedens faktiske aktiviteter adskiller sig fra det i formålsbestemmelsen anførte.

Samlet set er det på baggrund af ovenstående styrelsens vurdering, at K A.M.B.A. er erhvervsdrivende.

K A.M.B.A. kan således, efter styrelsens vurdering, ikke anses som en ideel virksomhed.

Styrelsen vurderer ydermere, at virksomheden fremmer deltagernes økonomiske interesser, om end dette sker indirekte. Kravet i LEV § 1, stk. 1 om at deltagernes økonomiske interesser skal fremmes, kan op-fyldes ved såvel direkte som indirekte økonomiske fordele, jf. hertil ”Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar”, af Jytte Heje Mikkelsen m.fl., 2. udgave 2007, side 41. Styrelsen vurderer således, at deltagernes økonomiske interesser fremmes allerede i kraft af virksomhedens vedtægtsbestemte formål om at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere de ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed.

Se hertil også ”Erhvervsdrivende virksomheder” af Erik Hørlyck, 1. udgave, 1994, hvor der på side 27 er anført følgende:

...

Selve K A.M.B.A.’s aktivitet som forsyningselskab indebærer efter styrelsens vurdering, at K A.M.B.A. fremmer selskabsdeltagernes økonomiske interesser. Styrelsen fastholder således, at K A.M.B.A. er omfattet af LEV § 1, stk. 1, idet virksomheden fremmer deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Spørgsmålet om evt. registreringspligtig efter LEV, kapitel 3

Ifølge LEV § 8, stk. 1 skal virksomheder med begrænset ansvar, jf. § 3 anmeldes til registrering. Det er styrelsens vurdering, at K A.M.B.A. er omfattet af definitionen på en virksomhed med begrænset ansvar i medfør af LEV § 3. Efter styrelsens vurdering er der i K A.M.B.A. således mulighed for vekslende deltagerantal, som krævet i § 3.

Af vedtægten for K A.M.B.A., fremgår det af § 3, at som medlemmer kan optages:

1. *”Enhver, der er registreret hos C A/S som regnings-modtager for en installation og som sådan har rådighed over en installation, som er permanent tilsluttet K’s forsyningsanlæg, er andelshaver.*
2. *En andelshaver kan også være en bestående transformerforening.*
3. *K kan levere elektricitet til forbrugere, der ikke er andelshavere.*
4. *En udtrædende andelshaver har ikke krav på nogen del af K’s formue. Udtræden af andelsselskabet sker ved fraflytning, når forbrugernes installation skal frakobles K’s net eller ved skriftlig meddelelse til K.*
5. *Vedtager en transformer forening at lade sine medlemmer overgå som direkte andelshavere ved K, betragtes det ikke som udtrædelse.”*

Styrelsen finder således, at den potentielle medlemskreds er klart afgrænset og vekslende.

Det må således netop anses for et objektivi kriterium for optagelse, at andelshaverne skal være registreret hos C A/S som regnings-modtager for en installation, og som sådan har rådighed over en installation, som er permanent tilsluttet K's forsyningsanlæg, og dermed de facto være bosat i det pågældende geografiske forsyningsområde. Om end det må anses for atypisk, at et selskabs deltagerkreds er lig med de personer, der er bosiddende i et nærmere bestemt geografisk område, så finder styrelsen ikke, at dette forhold fører til, at betingelsen i § 3 om mulighed for vekslende deltagerantal ikke anses for op-fuldt.

K A.M.B.A. er således efter styrelsens vurdering omfattet af registreringspligten i LEV § 8, stk. 1.

Styrelsen vurderer ikke, at K A.M.B.A. er omfattet af § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006, idet bestemmelsen alene finder anvendelse på virksomheder, der er omfattet af lov om varmekforsyning, lov om elforsyning eller lov om vandforsyning.

Klager har, efter styrelsens vurdering, ikke godtgjort, at K A.M.B.A. er omfattet af lov om elforsyning. Styrelsen har ved henvendelse til Energistyrelsen fået oplyst, at et selskab som K A.M.B.A., der er holdingselskab for en elproduktionsvirksomhed, ikke er omfattet af loven, men at loven indeholder bestemmelser, der retter sig til – eller kan rette sig til – sådanne holdingselskaber. Styrelsen vurderer derfor samlet, at K A.M.B.A. ikke kan anses for omfattet af lov om elforsyning som krævet i § 3 i ovennævnte bekendtgørelse. K A.M.B.A. er derfor efter styrelsens vurdering ikke undtaget fra registreringspligten i LEV § 8, stk. 1.

...

I skrivelse af 22. oktober 2012 har advokat A yderligere anført:

”...

Indledningsvis bemærkes, at Erhvervsstyrelsens beskrivelse af koncernopbygningen i K er fejlagtig. I styrelsens brev ... er E A/S nævnt som et 100% ejet datterselskab. Dette er ikke tilfældet. Begge steder oplyses, at K A.m.b.a. er moderselskab for fire 100% ejede selskaber, men herefter nævnes fem selskaber inklusiv E. E A/S skal udgå dette sted og henhører i stedet blandt de - samme sted nævnte - delejede seks selskaber.

Angående spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af ”LEV”, hviler Erhvervsstyrelsens indstilling i vidt omfang på samspillet mellem LEV og Elforsyningsloven. Det er således Erhvervsstyrelsens opfattelse, at Lovgiver med § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 forudsætningsvis har bestemt, at de omhandlede virksomheder var omfattet af LEV, og derfor nu lovmæssigt blev fjernet med § 3 i bekendtgørelsen.

Klageren er ikke enig med Erhvervsstyrelsen i denne fortolkning, der hviler på en hypotese. Det må efter forarbejderne til LEV helt oplagt lægges til grund, at det vil afhænge af en helt konkret vurdering, hvorvidt en virksomhed er omfattet af loven eller ej. Når § 3 i bekendtgørelsen generelt undtager

virksomheder, omfattet af blandt andet Elforsyningsloven, er der dermed intet behov for at foretage en sådan konkret vurdering. Der er således intet belæg for at træffe den eo ipso-beslutning, som Erhvervsstyrelsen gør. Derimod er man med § 3 "befriet" for at skulle foretage den konkrete vurdering i relation til LEV.

Erhvervsstyrelsen nævner i sin redegørelse ... at man har rettet henvendelse til Energistyrelsen, der skulle have oplyst, at K A.m.b.a. ikke er omfattet af Lov om Elforsyning. Det havde vel været naturligt, at Erhvervsstyrelsen havde fremlagt denne udtalelse fra Energistyrelsen, og klageren er således usikker på, hvorvidt der er tale om den udtalelse af 11. juni 2012 fra chefkonsulent ..., der er fremlagt i O-sagen ...

Denne udtalelse er imidlertid særdeles svævende med konklusionen "man kan sige, at holdingselskabet ikke er direkte omfattet af loven, men at Elloven indeholder bestemmelser, der retter sig – eller kan rette sig til – et holdingselskab".

Baggrunden for at selskaber, omfattet af Elforsyningsloven med § 3 i nævnte bekendtgørelse, blev undtaget fra blandt andet registreringskravet i LEV var, at de pågældende virksomheder efter Elforsyningsloven er detaljeret regulerede inklusiv prissætning, ligesom disse virksomheder er underlagt offentligt tilsyn og gennemsigtighed gennem offentliggørelse af alle væsentlige forretningsdata.

Tilsvarende er disse virksomheder omfattet af Lov om Offentlighed i Forvaltningen, jfr. lovens § 1, stk. 2. Bestemmelsen har den afsmittende effekt på K A.m.b.a. som moderselskab, at også dette selskab omfattes af Offentlighedslovens bestemmelser.

Kontrolbestemmelserne i Elforsyningsloven anvendes i varierende omfang på de forskellige selskaber i koncernen, herunder moderselskabet K A.m.b.a. Der er således intet behov for, at disse koncernselskaber tillige skulle være omfattet af LEV. Tværtimod forekommer det unaturligt, at enkelte koncernselskaber skulle være omfattet af begge regelsæt.

Som i de tidligere indlæg er det fortsat klagers opfattelse, at K A.m.b.a. ikke har til formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser gennem erhvervsdrift, og således allerede af denne grund er undtaget LEVs anvendelsesområde. Den tilfældige ejerkreds i K A.m.b.a. har således ingen økonomiske rettigheder "what so ever", men udelukkende de mere ideelle interesser at have en lovmæssig forsyningsadgang og en ret til at deltage i den demokratiske beslutningskompetence.

Klageren har tilsvarende svært ved at forstå, hvorfor Erhvervsstyrelsen ikke er enig i at sidestille klageren med andre ideelle foreninger. Er man medlem af en idrætsklub, branche-/fagforening eller tilsvarende forening, der stiller diverse services inklusive rabatkuponer, bonusydelse etc. til rådighed, og gennem erhvervsmæssig virksomhed begrænser kontingentbetalingen, er man udenfor LEVs anvendelsesområde. Hvorfor skulle dette ikke være til-

fældet, hvis man er medlem af en ”forening”, hvis formål er den samfundsmæssigt vigtige sikring og levering af medlemmernes elforbrug, jf. Elforsyningslovens § 1, hvorefter lovens formål er ”at sikre at landets elforsyning tilrettelægges og gennemføres i overensstemmelse med hensynet til forsyningens sikkerhed, samfundsøkonomi, miljø- og forbrugerbeskyttelse.

Loven skal indenfor denne målsætning sikre forbrugerne adgang til billig elektricitet, og fortsat give forbrugerne indflydelse på forvaltningen af elsektorens værdier”. Det er i vidt omfang en samfundsmæssig opgave at drive elforsyning, og driften er i vidt omfang – udover den lovmæssige regulering – forbrugerbestemt.

Der er således efter klagerens opfattelse intet til hinder for at sidestille K A.m.b.a. med de øvrige ideelle foreninger, der er undtaget LEV, uanset om virksomheden udøver erhvervsdrift.

Sammenfattende er det således klagerens opfattelse, at K A.m.b.a. - af mange grunde – ikke er omfattet af LEV og den principale påstand herom fastholdes derfor.

Hvad angår den af klageren nedlagte subsidiære påstand skal jeg under hensyn til Erhvervsstyrelsens udlægning af begrebet ”vekslende deltagerantal” i lovens § 3 medgive, at dette principielt er rigtigt. At deltagerantallet er vekslende skyldes imidlertid ingenlunde et ønske om medlemskab hos potentielle andelshavere, men udelukkende den geografisk betingede installationsadresse. Installationsadressen er krumtappen for deltagelsen i selskabet som andelshaver. Dette forhold fremgår klart af § 3 i vedtægterne, og det vekslende deltagerantal er således på intet tidspunkt udslag af en personlig beslutning hos den pågældende forbruger. Det er tilsvarende ikke et udslag af en beslutning fra K A.m.b.a., der har en ubetinget pligt til at optage den til enhver tid værende installationsejer som andelshaver.
...”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 12. november 2012 bemærket:

”...

Ad spørgsmålet om, hvorvidt K A. M. B. A. er omfattet af lov om elforsyning

Erhvervsstyrelsen fik den 29. maj 2012 oplyst telefonisk af Energistyrelsen, at det alene er de virksomheder, som har en bevillingspligtig aktivitet i henhold til lov om elforsyning, som er omfattet af lov om elforsyning, at holdingselskaber for elproduktionsvirksomheder ikke er omfattet af loven, og at K A.M.B.A. ikke var registreret hos Energistyrelsen, som en virksomhed der har bevillingspligtig aktivitet i henhold til lov om elforsyning, og dermed ikke er omfattet af lov om elforsyning. Energistyrelsen oplyste dog endvidere, at lov om elforsyning indeholder bestemmelser, der retter sig til holdingselskaber for elproduktionsvirksomheder ...

Det er således Erhvervsstyrelsen opfattelse, at K A.M.B.A. ikke kan anses for omfattet af lov om elforsyning, idet den kompetente myndighed på området ikke anser virksomheden som værende omfattet.
...

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

1. Klageadgang

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov. I henhold til § 15 e, stk. 3, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder kan afgørelser truffet af Erhvervsstyrelsen i henhold til denne lov eller forskrifter udstedt i medfør af loven indbringes for Erhvervsankenævnet.

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 6. juni 2012 meddelt, at K A.m.b.a. efter styrelsens vurdering er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, og at selskabet er registreringspligtigt i henhold til lovens § 8, stk. 1.

Erklæringer fra Erhvervsstyrelsen om, hvad styrelsen anser som gældende ret, er ikke i sig selv afgørelser, som kan påklages til Erhvervsankenævnet. Om end den foreliggende udtalelse fra Erhvervsstyrelsen ikke er afgivet som led i en anmeldelse om registrering, indebærer den efter sit indhold imidlertid i realiteten en pligt for klager til fortsat at lade sig være registreret.

I hvert fald under disse omstændigheder finder ankenævnet, at klageren har en retlig interesse i at få ankenavnets prøvelse af Erhvervsstyrelsens vurdering. Erhvervsankenævnet realitetsbehandler derfor klagen.

2. Klagers registreringspligt efter LEV

a. Erhvervsvirksomhedslovens (LEVs) anvendelse på klager.

Det anføres i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV) § 1, stk. 1, at loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. I henhold til lovens § 1, stk. 3, nr. 1, anses en virksomhed for at udøve erhvervsdrift, hvis den overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke virksomheden normalt modtager vederlag. I henhold til § 1, stk. 3, nr. 3, anses en modervirksomhed til en virksomhed, der udøver erhvervsdrift efter nr. 1, for erhvervsdrivende.

I de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. 84 af 24. marts 1993 om erhvervsdrivende virksomheder anføres:

”..

Foruden at være erhvervsdrivende skal virksomheden have til formål gennem erhvervsdriften at fremme deltagernes økonomiske interesser. Tilføjjelsen af dette yderligere led har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde over for ideelle foreninger, der udøver erhvervsdrift. Efter lovforslagets afgrænsning vil alene de foreninger, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem udøvelse af erhvervsdrift, være omfattet. Afgrænsningen svarer i denne henseende til afgrænsningen i den svenske lov om økonomiske foreninger, der dog alene omfatter kooperative foreninger. Som eksempel på ideelle foreninger, der ikke er omfattet af lovforslaget, kan nævnes brancheforeninger inden for landsbrug, industri, handel, service m.v., idrætssklubber, fagforeninger, humanitære organisationer m.v. De falder uden for lovens område, uanset om de måtte drive erhvervsdrift, idet denne erhvervsdrift ikke sker for at fremme deltagernes økonomiske interesser.

...”

I bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser anføres endvidere:

”...

Stk. 1 indeholder 2 kriterier for, at en virksomhed omfattes af loven. En virksomhed, der omfattes af lovforslaget, er karakteriseret ved dels at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, dels at deltagernes økonomiske interesser fremmes gennem virksomhedens erhvervsdrift. Er kun et af kriterierne opfyldt, er virksomheden ikke omfattet af lovforslaget.

Erhvervsdriften kan følge af såvel virksomhedens formål efter vedtægterne som virksomhedens faktiske aktiviteter.

At virksomheden for at blive omfattet af loven ud over at være erhvervsdrivende skal have til formål at fremme deltagernes økonomiske

interesser, er en indsnævring af erhvervsbegrebet i forhold til selskabslove...

Tilføjelsen af dette yderligere kriterium har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde over for ideelle foreninger, der udøver erhvervsdrift.

Opfyldes en virksomheds ideelle formål gennem erhvervsdrift, vil virksomheden ikke være omfattet af lovforslaget, hvis udførelsen af erhvervsdriften ikke samtidig har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser.

Om virksomhedens formål er fremme af deltagernes økonomiske interesser kan udledes af såvel vedtægterne som af de reelle forhold i virksomheden.

Deltagernes økonomiske interesser kan fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v.

Som eksempler på ideelle foreninger, der ikke er omfattet af lovforslaget kan nævnes foreninger med et socialt, politisk, kulturelt eller humanitært formål såsom idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer, brancheforeninger inden for landbrug, industri, handel, service m.v., partiforeninger, spejderhytter, kunst- og teaterforeninger m.v. De falder uden for lovens område, uanset de måtte drive erhverv, blot deltagernes økonomiske interesser ikke fremmes ved denne erhvervsaktivitet.
...”

K A.m.b.a. er moderselskab for fire 100 procent ejede selskaber, C A/S, D A/S, F A/S og J A/S, og har ejerandele i en række yderligere selskaber, som driver net- og forsyningsvirksomhed. Klager er efter det oplyste ansvarlig for koncernstrategi og forretningsudvikling, indkøb, IT samt sekretariats- og økonomifunktion for alle selskaber, der indgår i koncernen. Selskabet leverer ikke i øvrigt varer eller ydelser. Datterselskaberne varetager alle de øvrige aktiviteter i koncernen.

I § 2 i vedtægterne for K A.m.b.a. anføres:

”1. Det er K’s formål at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed.

K kan derudover drive virksomhed med forsyning, produktion, rådgivning, handel og finansiering – særligt i relation til energi og energirelaterede produkter samt anden i forbindelse dermed stående virksomhed.

2. De i pkt. 1 omtalte aktiviteter kan udøves i datterselskaber med begrænset hæftelse.”

Under hensyn til indholdet af klagers vedtægter og det oplyste om de reelle forhold i virksomheden findes K A.m.b.a. at udøve erhvervsdrift, jf. LEV § 1, stk. 3, nr. 3, jf. nr. 1.

Klager, der ikke kan anses som en ideel forening, findes endvidere at drive virksomhed, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, jf. LEV § 1, stk. 1.

Ankenævnet finder ligesom Energistyrelsen, at K A.m.b.a. ikke er omfattet af lov om elforsyning, selvom virksomheden er moderselskab til dattervirksomheder med bevillingspligtig aktivitet omfattet af lov om elforsyning. K A.m.b.a. er således heller ikke omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV) finder herefter anvendelse på klager.

b. Registreringspligten efter LEV

I henhold til LEV § 8, stk. 1, skal virksomheder med begrænset ansvar, jf. § 3, anmeldes til registrering i Erhvervsstyrelsen. I henhold til lovens § 3 forstås ved virksomheder med begrænset ansvar en virksomhed, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Det er desuden en betingelse, at der er mulighed for vekslende deltagerantal, og at økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder ikke er baseret på deltagernes andel af kapitalen.

I lovforslag nr. 180 af 30. marts 2011 anføres vedrørende ændring af § 3 under bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser:

”...

I henhold til lovens § 3 forstås ved en virksomhed med begrænset ansvar en virksomhed, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Formålet med den gældende bestemmelse er at sikre, at virksomheder, der skal regi-

streres efter selskabsloven, ikke registreres efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. En virksomhed, der skal registreres efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, skal derfor væsentligt adskille sig fra f.eks. et kapitalsekskab (aktie- og anpartsselskab). Hvis adskillelsen ikke er væsentlig, omfattes virksomheden af selskabsloven eller eventuelt anden lovgivning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen lægger i forbindelse med sin sagsbehandling bl.a. vægt på, at deltagerne i en virksomhed med begrænset ansvar ikke er tillagt økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder (udbytte og stemmeret) i forhold til den pågældende deltagers andel af kapitalen, idet disse karakteristika er kendetegnende for kapitalsekskaber.

...”

Da der er mulighed for vekslende deltagertal i K A.m.b.a., og da virksomheden i væsentlig grad adskiller sig fra kapitalsekskaber, findes klager at være en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, og dermed registreringspligtig.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 6. juni 2012.