

Kendelse af 28. juli 2014 (J.nr. 2014-0036519)

Ændring af vedtægter registreret i forbindelse med fusion nægtet.

Selskabslovens § 15, stk. 2 og § 20.

(Lone Møller, Anders Hjulmand og Steen Mejer).

Ved skrivelse af 3. februar 2014 har advokat A klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 8. januar 2014 har nægtet at ændre registreringen af vedtægterne for K ApS foretaget i 2010 i forbindelse med selskabets fusion med B ApS.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 8. januar 2014 hedder det:

” ...

Ændring af vedtægter i KApS, CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har den 18. juli 2013 modtaget dit brev samt bilag vedrørende anmodning om ændring af vedtægterne i KApS, da vedtægterne i forbindelse med fusionen i 2010 mellem K ApS og B ApS, CVR-nr. ikke blev ændret i overensstemmelse med hensigten med fusionen.

Indledningsvis skal styrelsen beklage den lange sagsbehandlingstid.

Afgørelse

Erhvervsstyrelsen kan ikke administrativt ændre vedtægten eller erklære den foretagne registrering ugyldig. Spørgsmålet om registrerings udslettelse vil således efter Erhvervsstyrelsens opfattelse henhøre under domstolene jf. selskabslovens § 20.

...

Begrundelse

Sagens indhold

Erhvervsstyrelsen modtog den 7. januar 2010 fusionsplan og erklæring om kreditorernes stilling vedrørende påtænkt fusion mellem K ApS, CVR-nr. ... og B ApS, CVR-nr. ...

Fusionsplanen blev offentliggjort den 8. januar 2010. Erhvervsstyrelsen fremsendte samme dag brev med oplysning om offentliggørelsen.

Den 20. april 2010 modtog styrelsen anmeldelse, fusionsredegørelse og generalforsamlingsprotokollat vedrørende gennemførelse af fusionen.

Det fremgår af det fremsendte generalforsamlingsprotokollat pkt. 2 at:

”Ledelsen beslutter enstemmigt at gennemføre fusionen i overensstemmelse med den offentliggjorte fusionsplan. Vedtægter, ledelse og revision i det fortsættende selskab fortsætter uændret.”

Erhvervsstyrelsen registrerede den maj 2010 fusionen som gennemført.

Dine oplysninger

Du oplyser blandt andet i dit brev af 16. juni 2013, at du på vegne af din klient, KApS, anmoder om at få ændret vedtægterne til det, der var hensigten i 2009, hvor KApS fusionerede med B ApS. KApS var det fortsættende selskab i fusionen, mens B ApS ophørte.

Du oplyser endvidere i dit brev af 16. juni 2013, at hensigten var, at anparts-ejere med særlige rettigheder i det ophørende selskab B ApS skulle beholde de samme rettigheder i K ApS, at dette fremgår implicit af fusionsplanens punkt 5, der blev udarbejdet og underskrevet af parterne, og at KApS’ anden ejer C ApS var informeret herom og havde accepteret det. For omverdenen — i forhold til vedtægterne i K ApS — ser det således ud som om, at de tidligere ejere af B ApS og nuværende ejere af K ApS B-anparter alle har lige rettigheder, hvilket ikke var hensigten fra nogen af parterne.

Endelig oplyser du i dit brev, at dine klienter ønsker at foretage ændringen på baggrund af fusionsplanen og den underskrevne erklæring fra C ApS, og at årsagen hertil er, at såfremt vedtægtsændringen skal ske gennem den nuværende generalforsamling i K ApS, kan det ikke ske udenom den umyndige ejer (idet denne i forhold til vedtægternes udformning har stemmeret), hvorfor Statsforvaltningen skal indblandes for at varetage den umyndige ejers interesser.

Retligt grundlag

Idet registreringerne af gennemførslen er foretaget efter 1. marts 2010 er der henvist til bestemmelserne i den nugældende selskabslov.

Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at en efterfølgende udslettelse af registreringen skal behandles efter selskabslovens § 20. Selskabslovens § 20, fastslår, at hvis nogen finder, at en foretagen registrering er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om registreringens udslettelse under domstolens afgørelse.

Begrundelse

Erhvervsstyrelsen er registreringsmyndighed i forhold til oplysninger, der skal anmeldes til registrering vedrørende blandt andet aktieselskaber og anpartsselskaber, jf. selskabslovens kapitel 2.

Efter selskabslovens § 20 henhører spørgsmålet om registreringers udslettelse under domstolene. Det fremgår dog af bemærkningerne til bestemmelsen, at Erhvervsstyrelsen administrativt undtagelsesvist kan ændre registreringer, hvis der er tale om en utilsigtet fejlskrift fra anmelders side i de tilfælde, hvor anmeldelsen er registreret ved brug af de af Erhvervsstyrelsens tilbudte it-registreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektioner af registreringer.

ger foretaget efter sagsbehandling i Erhvervsstyrelsen, hvis fejlen beror på en åbenbar sagsbehandlerfejl, hvilket eksempelvis kunne være, at en anmeldelse ved en fejl er blevet registreret på det forkerte selskab. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede er en åbenbar nullitet.

En stedefunden registrering foretaget i overensstemmelse med anmeldelsen, for hvilken anmelder, jf. på tidspunktet gældende anmeldelsesbekendtgørelse § 5 (selskabslovens § 15, stk. 2), indestår for lovligheden af, kan efter styrelsens opfattelse, hverken på styrelsens eget initiativ eller efter modtagelsen henvendelse, genoptages med henblik på genbehandling af anmeldelsen og udslettelse af den allerede skete registrering, medmindre denne beror på en fejlskrift, eller der i øvrigt er tale om åbenbar nullitet.

I den konkrete sag fremgik det af det fremsendte generalforsamlingsprotokollat pkt. 2 at vedtægterne i det fortsættende selskab fortsætter uændret.

Du skriver i dit brev, at hensigten var, at anpartsejere med særlige rettigheder i det ophørende selskab B ApS skulle beholde de samme rettigheder i K ApS, at dette fremgår implicit af fusionsplanens punkt 5. Der er imidlertid ikke anmeldt eller på anden måde indikeret overfor styrelsen i forbindelse med sagsbehandlingen.

Det er således Erhvervsstyrelsens opfattelse, at der ikke er tale om sådanne omstændigheder, der kan begrunde, at styrelsen administrativt kan ændre den tidligere foretagne registrering. Erhvervsstyrelsen skal i denne forbindelse ikke undlade at gøre opmærksom på, at registreringen blev foretaget for mere end 3½ år siden, hvilket også har indgået i styrelsens vurdering.

Hvis registreringen af den foretagne vedtægtsændring i forbindelse med fusionen skal erklæres ugyldig, forudsætter dette således, at domstolene træffer afgørelse herom.

...”

I klageskrivelsen af 3. februar 2014 har advokat A anført:

”...

I ovennævnte sager skal jeg på vegne af K ApS klage over Erhvervsstyrelsens afgørelse i sag ... og

Det er min opfattelse, at der er tale om en utilsigtet fejlskrift, hvorfor Erhvervsstyrelsen administrativt skal ændre registreringen for så vidt angår det forhold, at de berørte anparter i K ApS ikke blev opdelt ved spaltningen.

Jeg begrundes ovennævnte med

- Det fremgår implicit af fusionsplanens punkt 5, at anpartsejere med særlige rettigheder i det ophørende selskab B ApS skulle beholde de samme rettigheder i K ApS.
- Der er ikke betalt vederlag fra de øvrige anpartsejere for, at de fik samme rettigheder som anpartsejere med særlige rettigheder.

- Der er ikke givet en gave fra ejere med særlige rettigheder til de øvrige ejere.

Det må således være tale om en utilsigtet fejlskrift, når vedtægterne i K ApS ikke blev ændret i overensstemmelse med fusionsplanen, og det anpartsejerne faktisk ønskede og handlede efter.

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 12. marts 2014 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog den 7. januar 2010 fusionsplan ... og erklæring om kreditorernes stilling vedrørende påtænkt fusion mellem K ApS, CVR-nr. ... og B ApS, CVR-nr.

Det fremgår af fusionsplanens punkt 5, at:

”Alle rettigheder i det ophørende selskab overgår til det fortsættende selskab pr. fusionsdatoen den 1. januar 2009.”

Det fremgår af fusionsplanens pkt. 10, at:

”Vedtægterne i det fortsættende selskab K ApS ændres ikke som følge af fusionen...”

Fusionsplanen blev offentliggjort den 8. januar 2010. Erhvervsstyrelsen fremsendte samme dag brev med oplysning om offentliggørelsen.

Den 20. april 2010 modtog styrelsen anmeldelse, fusionsredegørelse og generalforsamlingsprotokollat (bilag 5) vedrørende gennemførelse af fusionen.

Af generalforsamlingsprotokollatet fra den 9. april 2010, pkt. 1 fremgår blandt andet, at:

”Revisor kunne konstatere, at ledelsen var lovligt indkaldt og beslutningsdygtig...

...

at direktionen i det fortsættende selskab lovligt kan træffe endelig beslutning om fusionen, idet fusionen ikke indebærer vedtægtsændringer, jf. A/S-lovens § 134, stk. 2.”

Af generalforsamlingsprotokollatet fra den 9. april 2010, pkt. 2 fremgår, at:

”Ledelsen beslutter enstemmigt at gennemføre fusionen i overensstemmelse med den offentliggjorte fusionsplan. Vedtægter, ledelse og revision i det fortsættende selskab fortsætter uændret.”

Styrelsen modtog ikke i forbindelse med anmeldelsen af gennemførslen nye vedtægter for det fortsættende selskab, og der var ikke angivet i anmeldelsen af gennemførslen, at vedtægterne blev ændret i forbindelse med fusionen.

...

Sagens retlige omstændigheder

Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at en efterfølgende udslettelse af registreringen skal behandles efter selskabslovens § 20.

Selskabslovens § 20, fastslår, at hvis nogen finder, at en foretagen registrering er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om registrerings udslettelse under domstolenes afgørelse. Selskabslovens § 20, omfatter ikke tilfælde omfattet af lovens § 109.

Efter selskabslovens § 109, kan søgsmål i anledning af en generalforsamling, som ikke er blevet til på lovlig måde eller er stridende mod aktieselskabsloven eller selskabets vedtægter, anlægges af en aktionær eller et medlem af bestyrelsen eller af en direktør.

Mener nogen bortset fra i tilfælde, der omfattes af § 109, at en registrering vedrørende en beslutning, som er truffet af stifterne, generalforsamlingen eller selskabets ledelse, er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om sletning af registreringen under domstolene.

Det følger af de specielle bemærkninger til § 20, at:

...

Styrelsens vurdering

Ved brev af 3. februar 2014 har advokat A anført, at det er hendes opfattelse, at der er tale om en utilsigtet fejlskrift, hvorfor Erhvervsstyrelsen administrativt skal ændre registreringen for så vidt angår det forhold, at de berørte anparter i K ApS ikke blev opdelt ved spaltningen.

Som begrundelse har advokat A anført følgende tre punkter:

- at det fremgår implicit af fusionsplanens punkt 5, at anpartsejere med særlige rettigheder i det ophørende selskab B ApS skulle beholde de samme rettigheder i K ApS.
- Der er ikke betalt vederlag fra de øvrige anpartsejere, for at de fik samme rettigheder som anpartsejere med særlige rettigheder
- Der er ikke givet en gave fra ejere med særlige rettigheder til de øvrige ejere.

Som gengivet ovenfor fremgår af de specielle bemærkninger til selskabslovens § 20, at Erhvervsstyrelsen administrativt alene kan ændre registreringer, hvis der er tale om en utilsigtet fejlskrift fra anmelders side i de tilfælde, hvor anmeldelsen er registreret ved brug af de af Erhvervsstyrelsens tilbudte it-registreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektioner af registreringer foretaget efter sagsbehandling i Erhvervsstyrelsen, hvis fejlen be-

ror på en åbenbar sagsbehandlerfejl, hvilket eksempelvis kunne være, at en anmeldelse ved en fejl er blevet registreret på det forkerte selskab. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede er en åbenbar nullitet.

En stedsfunden registrering foretaget i overensstemmelse med anmeldelsen, for hvilken anmelder, jf. selskabslovens § 15, stk. 2, indestår for lovligheden af, kan efter styrelsens opfattelse, hverken på styrelsens eget initiativ eller efter modtagen henvendelse, genoptages med henblik på genbehandling af anmeldelsen og udslettelse af den allerede skete registrering. Det er således domstolene, der har kompetencen efter både selskabslovens § 20 og § 109 til at ændre foretagne registreringer. Erhvervsstyrelsen har således ingen kompetence efter hverken § 20 eller § 109 til at ændre eller ophæve foretagne registreringer, medmindre fejlen beror på en åbenbar fejlskrift, sagsbehandlerfejl, eller, hvis det registrerede er en åbenbar nullitet.

Advokat A har, efter styrelsens vurdering, ikke godtgjort, at det forhold, at vedtægterne i forbindelse med fusionen i 2010 mellem K ApS og B ApS ikke blev ændret i forbindelse med fusionen, ikke var i overensstemmelse med hensigten med fusionen, og at der således er tale om en fejl, og at denne fejl beror på en åbenbar fejlskrift, sagsbehandlerfejl, eller en åbenbar nullitet.

Styrelsen har ved sin vurdering lagt særlig vægt på, at det fremgår af fusionsplanens pkt. 10, at:

”Vedtægterne i det fortsættende selskab K ApS ændres ikke som følge af fusionen...”

Derudover har styrelsen i sin vurdering lagt særlig vægt på, at det fremgår af protokollatet, hvor fusionens gennemførelse besluttet i K ApS i pkt. 1 og 2 at

”Revisor kunne konstatere, at ledelsen var lovligt indkaldt og beslutningsdygtig...”

at direktionen i det fortsættende selskab lovligt kan træffe endelig beslutning om fusionen, idet fusionen ikke indebærer vedtægtsændringer, jf. A/S-lovens § 134, stk. 2.

...

Ledelsen beslutter enstemmigt at gennemføre fusionen i overensstemmelse med den offentliggjorte fusionsplan. Vedtægter, ledelse og revision i det fortsættende selskab fortsætter uændret.

Endelig er det indgået i styrelsens vurdering, at vedtægtsændringen i det fortsættende selskab ikke er anmeldt i forbindelse med fusionen eller på anden måde indikeret overfor styrelsen, og at registreringen af fusionen blev foretaget mere end 3 år tidligere end advokatens henvendelse.

...”

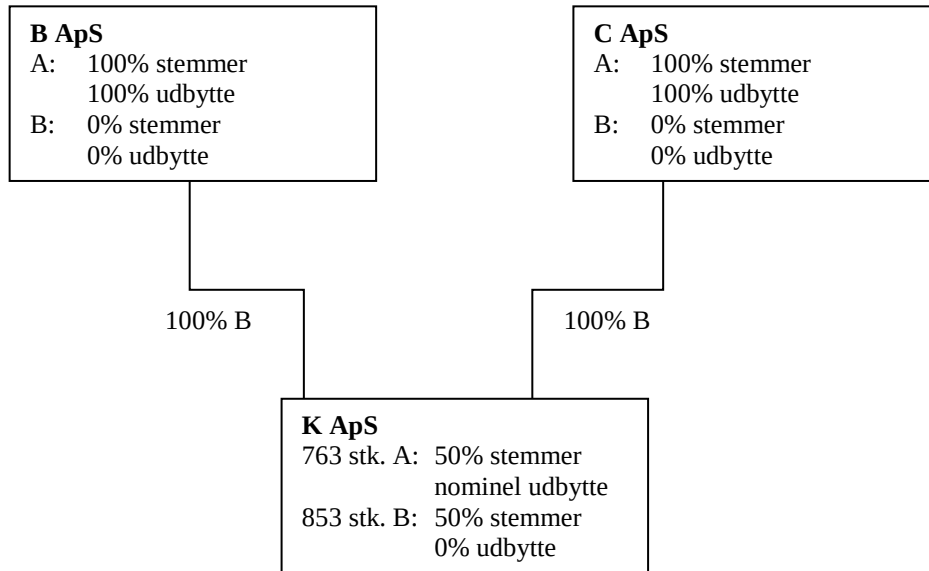
I skrivelse af 3. april 2014 har advokat A yderligere anført:

” ...

Indledningsvist skal jeg konkretisere, at jeg ikke ønsker fusionen slettet, men at vedtægterne i det fortsættende selskab K ApS ændres i overensstemmelse med hensigten.

Det er korrekt, at vedtægterne i det fortsættende selskab K ApS ikke blev ændret i forbindelse med fusionen. Det er her fejlen foreligger.

Inden fusionen så strukturen således ud:



Det har altid været hensigten, at ejerne af det daværende selskab B ApS skulle erhverve de samme rettigheder i K ApS, som de havde i B ApS.

Det fremgår af fusionsplanens punkt 5:

”Alle rettigheder i det ophørende selskab overgår til det fortsættende selskab pr. fusionsdatoen den 1. januar 2009.”

Desuden var det en forudsætning for, at fusionen kunne ske skattefri, at ejerne i det ophørende selskab ikke stilles dårligere i forbindelse med fusionen. Ejerne af de oprindelige A-anparter i B ApS er blevet stillet ringere, så fremt B-anparterne i K ApS ikke opdeles i overensstemmelse med opdelingen i B ApS.

Hensigten fremgår ligeledes af erklæring fra ledelsen og eneste stemmeberettigede ejer af C ApS. Jeg har tilladt mig at vedlægge erklæringen ved dette brev, idet det ikke fremgår af sagen, at styrelsen har vedlagt denne erklæring ved deres oversendelse.

Man fik desværre ikke ændret vedtægterne ved fusionen, og det er årsagen til, at vedtægterne for K ApS ikke blev ændret. IKKE at man ønskede en anderledes fordeling af rettighederne.

Endnu et punkt der taler for, at det er en fejl, at vedtægterne ikke blev ændret, er, at oplysningen, om at B ApS (der er ophørt) er ejer af B-anparterne i KApS, stadigvæk står i vedtægterne for K ApS.

Jeg vælger modsat styrelsen at lægge vægt på

- fusionsplanens punkt 5.
”Alle rettigheder i det ophørende selskab overgår til det fortsættende selskab pr. fusionsdatoen den 1. januar 2009.”
- at fusionen skete skattefri, hvilket kræver, at ejerne i det ophørende selskab ikke stilles dårligere i forbindelse med fusionen
- hensigten er dokumenteret af ledelsen og eneste stemmeberettigede ejer af C ApS, hvortil det bemærkes, at selskabet, herunder personen ikke bliver berørt af hvordan denne sag falder ud
- at det ikke er den eneste ændring, der burde være foretaget, såfremt vedtægterne var gennemgået og sammenholdt tilstrækkeligt.

Jeg bemærker, at det ligeledes af protokollatet fremgår, at

”Ledelsen beslutter enstemmigt at gennemfører fusionen overensstemmelse med den offentliggjorte fusionsplan.”

Altså den fusionsplan hvoraf det fremgår, at ”Alle rettigheder i det ophørende selskab overgår til det fortsættende selskab pr. fusionsdatoen den 1. januar 2009.”

...”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til selskabslovens § 20 hører spørgsmålet om sletning af en registrering under domstolene, såfremt nogen mener, at en registrering vedrørende en beslutning, som er truffet af generalforsamlingen eller selskabets ledelse, er den pågældende til skade.

Af lovbemærkningerne (L 170 fremsat den 25. marts 2009) til § 20 fremgår:

”...

Med forslaget er der tale om en videreførelse af den gældende § 159 b, stk. 3, i aktieselskabsloven og § 78, stk. 3, i anpartsselskabsloven om, at kun domstolene kan afgøre spørgsmålet om en registrerings sletning. Der er ikke tilsigtet materielle ændringer i forhold til den gældende retstilstand, men alene foreslået mindre redaktionelle ændringer.

Bestemmelsen vedrører alene afgørelsen af spørgsmål om registreringer, der er udløst af beslutninger, som er truffet af kapitalselskabets generalforsamling eller ledelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan alene administrativt ændre registreringer, hvis der er tale om en utilsigtet fejlskrift fra anmelders side i de tilfælde, hvor anmeldelse er registreret ved brug af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens tilbudte it-registreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektioner af registreringer, der er foretaget i forbindelse med sagsbehandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvis fejlen beror på en sagsbehandlerfejl. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede åbenbart er en nullitet.
...

Det følger endvidere af selskabslovens § 15, stk. 2, at en anmelder, der registrerer et forhold i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system eller indsender anmeldelse herom til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system, indestår for, at registreringen eller anmeldelsen er lovligt foretaget, herunder at der foreligger behørig fuldmagt, og at dokumentationen i forbindelse med registreringen eller anmeldelsen er gyldig.

Det fremgår af sagen, at Erhvervsstyrelsen den 7. januar 2010 modtog en fusionsplan vedrørende en påtænkt fusion mellem K ApS og B ApS. I fusionsplanens pkt. 10 var det anført, at ”vedtægterne i det fortsættende selskab K ApS ændres ikke som følge af fusionen...”. Efter at fusionsplanen den 8. januar 2010 blev offentliggjort, modtog Erhvervsstyrelsen den 20. april 2010 anmeldelse, fusionsredegørelse og generalforsamlingsprotokollat vedrørende fusionen. Anmeldelsen var ikke vedlagt nye vedtægter. I det med anmeldelsen vedlagte generalforsamlingsprotokollat af 9. april 2010 var det anført, at ”ledelsen beslutter enstemmigt at gennemføre fusionen i overensstemmelse med den offentliggjorte fusionsplan. Vedtægter, ledelse og revision i det fortsættende selskab fortsætter uændret.”

Ankenævnet finder på denne baggrund, at der ikke foreligger en utilsigtet fejlskrift fra anmelders side i forbindelse med den foretagne registrering i 2010. Herefter, og da der heller ikke i øvrigt er anført omstændigheder, der kan danne grundlag for at ophæve den skete registrering administrativt, tiltræder ankenævnet, at spørgsmålet om registreringens sletning henhører under domstolene, jf. selskabslovens § 20.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 8. januar 2014.