

Kendelse af 29. marts 2016 (J.nr. 2015-6306).

Afgørelse om oversendelse af selskab til skifteretten med henblik på tvangsopløsning kunne ikke indbringes for ankenævnet, og tiltrådt, at selskabet ikke kunne genoptages.

Selskabslovens § 226, og § 371, stk. 2 samt § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1 og §§ 17 og § 232.

(Monica Reib, Niels Walther-Rasmussen og Jan Uffe Rasmussen).

Ved skrivelse af 19. maj 2015 har direktør A fra K ApS under tvangsopløsning klaget over, at Erhvervsstyrelsens afgørelse af 5. maj 2015, hvorved styrelsen har oversendt selskabet til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. selskabslovens § 226, jf. § 17, stk. 2 og samtidig har meddelt, at selskabet ikke kan genoptages, jf. lovens § 232.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 5. maj 2015 hedder det:

”Orientering om afgørelse om oversendelse af K ApS under tvangsopløsning, CVR-nr. ... til skifteretten med henblik på tvangsopløsning

Erhvervsstyrelsen har truffet afgørelse om, at overstående selskab skal oversendes til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. 226, jf. § 17, stk. 2, i selskabsloven.

Dette sker på baggrund af en stikprøveundersøgelse af registreringen af stiftelsen af selskabet i Erhvervsstyrelsen, som har vist, at stiftelsen af selskabet er sket i strid med selskabsloven.

...

Stiftelse i strid med selskabsloven

Erhvervsstyrelsen har ved sin gennemgang af stiftelsen K ApS konstateret, at selskabet er stiftet den 6. februar 2015 af B ApS (CVR-nr. ...).

Selskabet B ApS er stiftet den 6. februar 2015.

Stiftelsen af B ApS blev først registreret i Erhvervsstyrelsen den 9. februar 2015.

K ApS er således stiftet af et selskab, der selv var under stiftelse, og som derfor ikke havde retsevne til at optræde som stifter.

Stiftelsen af K ApS er derfor direkte i strid med § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1, i selskabsloven.

Stiftelsen af K ApS lider derfor af en grundlæggende oprindelig mangel i stiftelsesgrundlaget, hvorfor registreringen af stiftelsen ikke måtte have fundet sted, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.

Denne grundlæggende mangel kan ikke efterfølgende berigtiges, da det ikke er muligt at ændre i stiftelsesgrundlaget for et anpartsselskab.

Der foreligger således ikke dokumentation for, at registreringen af stiftelsen af K ApS er lovligt foretaget, jf. selskabslovens § 17, stk. 2.

Erhvervsstyrelsens har på denne baggrund truffet afgørelse om at oversende K ApS til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. 226, jf. § 17, stk. 2, i selskabsloven.

Da der foreligger en grundlæggende oprindelig mangel i stiftelsesgrundlaget af selskabet, som ikke kan berigtiges, vil selskabet ikke kunne genoptages, jf. selskabslovens § 332.

...

Klagevejledning

Afgørelsen om oversendelse af selskabet til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. selskabslovens § 371, stk. 2.

Afgørelsen om at genoptagelse af selskabet i henhold til selskabslovens § 332 ikke er mulig kan dog indbringes, indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. selskabslovens § 371, stk. 1.

”
...

I klageskrivelsen af 19. maj 2015 har A anført:

” ...

Som direktør for K ApS, skal jeg hermed klage over afgørelsen, at der ikke kan klages over den truffe afgørelse om at tvangsopløse selskabet, samt at den vedlagte klage vejledning er fejlagtig.

Herudover klages over hele sagsforløbet og fejlen ved at det åbenbart er edb-mæssigt er muligt på virk.dk at oprette et datterselskab inden der oprettes et holdingselskab.

Det skal bemærkes, at kapitalejer i K ApS er C ApS og ikke B ApS.

Skifterettens grundlag for tvangsopløsning er forkert og § 225 er ikke tilstede. Desuden er selskabet lovligt og i drift.

Samtidigt med denne klage begæres selskabet genoptaget.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 27. juli 2015 udtalt:

” ...

Indledningsvis skal Erhvervsstyrelsen bekræfte, at styrelsens afgørelse af 5. maj 2015 indeholder fejlskrift, idet der to steder på side ... er henvist til selskabslovens § 332, der burde rettelig have været henvist til selskabslovens § 232, ligesom styrelsen har stavet stifterens navn forkert i afgørelsen. Styrelsen bemærker dog samtidig, at stifterens CVR-nr. er angivet korrekt i forlængelse af den forkerte angivelse af navnet.

Erhvervsstyrelsen skal bemærke, at styrelsen på trods af disse formelle fejl fastholder sin afgørelse, idet det er styrelsens vurdering, at de formelle fejl ikke betydning for afgørelsens materielle indhold.

Styrelsens redegørelse for sagens faktiske og retlig omstændigheder

Den 20. februar 2015 modtager styrelsen en henvendelse fra Finanstilsynet, da K ApS, CVR-nr. ... har ansøgt Finanstilsynet om tilladelse til at drive forsikringsmæglervirksomhed.

Henvendelsen skyldes, at selskabet er registreret via styrelsen selvregistreringsløsning på www.virk.dk for selskaber m.v. (herefter kaldet Webreg). Registrering af selskaber via Webreg, der skal udøve virksomhed, der kræver Finanstilsynets tilladelse, var i strid med den dagældende anmeldelsesbekendtgørelse § 3, stk. 2 (bekendtgørelse nr. 1476 af 11. december 2013).

På det grundlag tager styrelsen kontakt til anmelderen af registreringen af virksomhedens stiftelse, D fra E, ..., og anmoder denne om at indsende dokumentation for, at registreringen er lovligt foretaget, jf. selskabslovens § 17, stk. 1, og stk. 2.

Styrelsen modtager den 23. februar 2015 den dokumentation, som ligger til grund for registreringen af stiftelsen af K ApS.

På baggrund af de foretagende registreringer og den modtagende dokumentation kunne styrelsen konstatere, at K ApS er stiftet af C ApS CVR-nr.

C ApS var imidlertid selv under stiftelse, da C ApS stiftede K ApS.

Begge selskaber er således stiftet den 6. februar 2015, men registreringen af de to selskaber fandt først sted i Erhvervsstyrelsens it-system den 9. februar 2015.

Stiftelsen af K ApS er således direkte i strid med selskabslovens § 24, stk. 4, jf. 41, stk. 1:

§ 24, stk. 4:

Hvis stifter er en juridisk person, skal denne være beføjet til at erhverve rettigheder, indgå forpligtelser og være part i retssager.

§ 41, stk. 1:

Et kapitalselskab, der ikke er registreret, kan ikke erhverve rettigheder, indgå forpligtelser eller være part i retssager bortset fra søgsmål til indkrævning af tegnet selskabskapital og andre søgsmål vedrørende tegningen. Selskabet skal til sit navn føje ordene »under stiftelse«

Da stiftelsen af K ApS er sket direkte i strid med selskabsloven, er det styrelsen opfattelse, at der ikke foreligger dokumentation for, at registreringen er lovligt foretaget, jf. § 17, stk. 1, og stk. 2, jf., §15, stk. 1.

Styrelsen traf derfor den 5. maj 2015 afgørelse om, at K ApS skulle oversendes til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. selskabslovens § 226, jf. § 17, stk. 2. Afgørelse herom blev samtidig sendt til anmelderen og til selskabet, samt til orientering til Finanstilsynet.

Styrelsen meddelelse samtidig, at styrelsen afgørelse om oversendelse til skifteretten ikke kunne indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. § 371, stk. 2, i selskabsloven.

Samtidig med afgørelse om oversendelse til tvangsopløsning traf styrelsen afgørelse om, at genoptagelse af selskabet, jf. § 232 i selskabsloven, ikke ville kunne finde sted, da der foreligger en grundlæggende oprindelig mangel i stiftelsesgrundlaget af selskabet, som ikke kan berigtiges, hvorfor selskabet ikke vil kunne genoptages.

Grunden til, at selskabet efter styrelsens opfattelse ikke vil kunne genoptages, er, at det er en betingelse for genoptagelse, at forholdene der begrunder tvangsopløsning skal berigtiges forinden genoptagelse kan finde sted, jf. selskabslovens § 232, stk. 3, 1. og 2. pkt.

Styrelsen skal i den forbindelse henvise til bemærkningerne til bestemmelse i lov nr. 1557 af 21. december 2010, hvor det blandt andet anføres:

”Da det er en forudsætning for genoptagelse af et selskab, der sendt til tvangsopløsning, at de forhold, der førte til tvangsopløsningen, ikke længere foreligger, er det ikke muligt at genoptage et selskab, hvis tvangsopløsningen skyldes en mangel i selskabets stiftelsesgrundlag, som ikke kan berigtiges.”
... ”

I skrivelse af 18. august 2015 har A yderligere anført:

” ...

Inden K ApS blev oprettet, kontaktede undertegnede ... Finanstilsynet for sikre korrekt procedure i forbindelse med selskabsoprettelsen - herunder selskabets godkendelse i Finanstilsynet.

[Finanstilsynet] henviste mig til at kontakte ... Erhvervsstyrelsen for hjælp til oprettelse af K ApS jfr. dagældende anmeldelsesbekendtgørelse §3 stk. 2 (bekendtgørelse nr. 1476 af 11. december 2013).

... På trods af at jeg grundigt forklarede mit forehavende, blev jeg nærmest latterliggjort og blev på det bestemteste bedt op at oprette virksomheden via Webreg.

På baggrund af ovennævnte svar kontakter jeg revisor Jørgen Hansen, E og beder ham om at varetage opgaven med oprettelse af selskabet, herunder holding.

Efter at K ApS var oprettet af revisoren og CVRnr. modtaget fra Erhvervsstyrelsen, indsendte jeg ansøgning om godkendelse af firmaet i Finanstilsynet og blev i den forbindelse ringet op af F, der undrede sig over fremgangsmåden. F kunne godt se mit dilemma, og oplyste, at hun nok skulle konferere sagen med Erhvervsstyrelsen og få godkendelsen udstedt, når Erhvervsstyrelsen havde meldt tilbage til Finanstilsynet.

Med dette in mente, og de efterfølgende fejl begået i Erhvervsstyrelsen, finder jeg det urimeligt at K ApS nu er sendt til tvangsopløsning, da selskabet for længst er i drift – dog uden at have indgået kontrakter med kunder.

Jeg kan derfor stille følgende og spørgsmål og påstande:

- Hvorfor siger Erhvervsstyrelsen at jeg selv SKAL oprette K ApS?
- Hvorfor er det teknisk muligt for vores revisor at oprette et driftsselskab i Webreg inden holdingselskabet? (Det skal her bemærkes, at Iflg revisor D ER C ApS oprettet ca. 10 min før KAPS, som der fremgår af de kvitteringer revisor har modtaget)
- Begge selskaber er stiftet den 6.2.15, men hvorfor er registreringen først sket i Erhvervsstyrelsen it-system den 9.2.15?
- Når Erhvervsstyrelsen modtager en henvendelse fra Finanstilsynet den 20.2.15, hvorfor træffer Erhvervsstyrelsen først beslutning om tvangsopløsning den 5.5.15 - 2½ måned efter henvendelsen??
- Grundlaget for tvangsopløsning er forkert og Selskabslovens § 225 er ikke tilstede!
- Lov nr. 1557 af 21. december 2010 har i denne sag ingen praktisk betydning

Som det fremgår af denne sag, kan alle lave fejl, men med forskellige konsekvenser til følge.

Finanstilsynet har uden unødigt ophold kontaktet Erhvervsstyrelsen i forbindelse med deres godkendelse af selskabet. Jeg mener derfor, at K ApS har været i god tro i forventning om at ekspeditionen i Erhvervsstyrelsen var en formsag og ikke skulle vare 2½ måned med tvangslukning af selskabet til følge.

Jeg forstår ikke, at Erhvervsstyrelsen i orienteringen af 5. maj 2015 siger, at afgørelsen er truffet på baggrund af en stikprøveundersøgelse. De har da haft alle muligheder for at undersøge sagen og er desuden gjort opmærksom på de særlige forhold omkring et forsikringsmæglerselskab.

Der er i hele denne situation ingen der er blevet snydt eller bedraget eller på anden måde har lidt overlast inden Erhvervsstyrelsen anmodning til Skifteretten om tvangslukning, så jeg foreslår tvangslukningen tilbagekaldt, så vi kan få sagen lukket og K ApS kan starte med at få kunder i forretningen.

Jeg håber, Erhvervsankenævnet kan se, at K ApS uforskyldt er bragt i en særdeles uheldig situation i denne sag og jeg håber at ankenævnet vil ændre Erhvervsstyrelsens urimelige og unødvendige krav om tvangsopløsning af K ApS.
”

Erhvervsstyrelsen har i skrivelse af 3. september 2015 bemærket:

” ...

Styrelsen skal ... hermed kommentere på nogle af de spørgsmål og påstande, som A har fremsat i sit sagsindlæg af 18. august 2015.

1 ”Hvorfor siger Erhvervsstyrelsen at jeg selv skal oprette K ApS?”

Umiddelbar har styrelsen vanskeligt ved at se relevansen af det stillede spørgsmål for sagens afgørelse, da:

- A) Selskabet er ikke sendt til tvangsopløsning på grund af en overtrædelse af den dagældende anmeldelsesbekendtgørelses § 3, stk. 2, i forbindelse med registreringen.

Selskabet er sendt til tvangsopløsning på grund af, at der ikke foreligger bevis for selskabets lovlige stiftelse, da K ApS er stiftet af et selskab uden retsevne, da stifteren selv var under stiftelse da det optrådte som stifter, jf. selskabslovens § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1.

- B) A har ikke foretaget registreringerne af selskaberne. Registreringerne er foretaget af D fra E,

Det er derfor denne der har ansvaret for at anmeldelsesbekendtgørelsen og Erhvervsstyrelsens betingelser for brug af Webreg er overholdt, herunder § 3, stk. 2, i den dagældende anmeldelsesbekendtgørelse. Hvad A måtte have fået at vide, er i principper ligegyldigt i relation til de foretagende registreringer, da han ikke har foretaget registreringerne.

- C) Det fremgik direkte af de Erhvervsstyrelsens betingelser, man som brugeren skulle acceptere, når denne loggede på styrelsens It-registreringssystem, at man ikke måtte foretage registreringer i virksomheder underlagt Finanstilsynets tilsyn, eller virksomheder som udøver virksomhed, som kræver Finanstilsynets tilladelse.

Derudover er det vanskeligt for Erhvervsstyrelsen at forholde sig til, hvad tre unavngivne personer i Erhvervsstyrelsen telefonisk skulle have meddelt.

Det er dog selvfølgelig beklageligt, hvis der er blevet meddelt noget, der måtte have været misvisende eller forkert.

2 ”Hvorfor er det teknisk muligt for vores revisor at oprette et driftsselskab i Webreg inden holdingselskabet?”

Indledningsvis skal det foldes for øje, at der er en meget væsentlig forskel på stiftelsen og på registreringen.

Stiftelsen finder sted pr. den dato hvor stiftelsesdokumentet underskrives, da det er denne dag, at stifterne tiltræder stiftelsesdokumentet.

Registrering er den dag, hvor det nye selskab fysisk faktisk registreres i Erhvervsstyrelsen, og selskabet får retsevne.

Både K ApS og C ApS er stiftet den 6. februar 2015. C ApS er stiftet af A og K ApS er stiftet af C ApS under stiftelse.

Begge selskaber anmeldes til registrering og registres den 9. februar 2015.

Måden hvorpå det har været muligt, er, at D fra E, ... den 9. februar 2015 først registrerede C ApS, hvorefter denne fik meddelt CVR-nummeret for selskabet.

Herefter registrerede revisor K ApS ved at indsætte det netop modtagne CVR-nummer for C ApS i oplysningsfeltet om stifteren.

Dette stemmer overens med revisorens oplysninger om, at registreringen af C ApS er foretaget umiddelbart før registreringen af K ApS.

3 ”Begge selskaber er stiftet den 6.2.1, men hvorfor er registreringen først sket i Erhvervsstyrelsens it-system den 9.2.15?”

Den 6. februar 2015 er den dato hvor stiftelsesdokumenterne efter deres egen datering er oprettet og underskrevet.

Registreringen er sket den 9. februar 2015 fordi det er den dato, hvor D fra E har foretaget registreringen i styrelsens registreringssystem.

4 ”Når Erhvervsstyrelsen modtager en henvendelse fra Finanstilsynet den 20.2.15, hvorfor træffer Erhvervsstyrelsen først beslutning om tvangsopløsningen den 5.5.15 – 2½ måned efter henvendelsen??”

Den medgåede tid er udtryk for Erhvervsstyrelsen sagsbehandlingstid.

5 ”Grundlaget for tvangsopløsning er forkert og Selskabslovens § 225 er ikke tilstede!”

Erhvervsstyrelsen har oversendt selskabet til tvangsopløsning ved skifteretten med hjemmel i § 226, jf. § 17, stk. 2, i selskabsloven.

Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at betingelserne i bestemmelserne for at sende selskabet til tvangsopløsning er tilstede, da der ikke er bevis for, at K ApS er lovligt stiftet.

Dette skyldes, at A som direktør for C ApS under stiftelse har ladet søgt at forpligte C ApS under stiftelse som stifter, på et tidspunkt for selskabet ikke besad retsevne hertil, jf. selskabslovens § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1.

6 ”Lov nr. 1557 af 21. december 2010 har i denne sag ingen praktisk betydning”

Det er Erhvervsstyrelsen opfattelse, at bemærkningerne til selskabslovens § 232 som fremgår af lov 1557 af 21. december 2010, hvor bestemmelsen blev indført, har betydning for fortolkningen af bestemmelsen, herunder spørgsmålet om hvorvidt genoptagelse af selskabet vil være muligt.

Det er styrelsen opfattelse, at de citerede bemærkninger til bestemmelsen er udtryk for lovgivers intention med bestemmelsen, herunder at det er en forudsætning for genoptagelse, at det forhold der førte til selskabets oversendelse til tvangsopløsning kan og er blevet berigtiget.

I den pågældende situation er det styrelsens opfattelse, at berigtigelse ikke vil være muligt, da der er tale om en grundlæggende mangel i stiftelsesgrundlaget for selskabet.

Betragtning om god tro

A anfører, at han har været i god tro, om at ekspeditionen i Erhvervsstyrelsen har været en formsag og ikke skulle vare 2½ måned med tvangslukning til følge.

Erhvervsstyrelsen skal gøre opmærksom på, at oversendelse af selskabet til tvangsopløsning grunder i en direkte overtrædelse af klare lovregler i selskabsloven, og at det klart fremgår at selskabslovens § 17, stk. 2, at Erhvervsstyrelsen i indtil 3 år fra registreringstidspunktet kan stille krav om, at

der indsendes bevis for, at en anmeldelse eller registrering er lovligt foretaget.

Sådan bevis findes ikke i den konkrete sag. Det fremgår tværtimod klart, at registreringen er foretaget direkte i strid med § 15, stk. 1, jf. § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1, i selskabsloven. Idet A som direktør for C ApS under stiftelse den 6. februar 2015 har ladet selskabet optræde som stifter, på trods af at det direkte at selskabsloven fremgår, at selskabet endnu ikke havde retsevne til at indgå aftal om sådanne forpligtelser og rettigheder, idet selskabet endnu ikke var retsevneregistreret i Erhvervsstyrelsen”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Erhvervsstyrelsens afgørelse om oversendelse af K ApS til skifteretten med henblik på tvangsopløsning er truffet med hjemmel i selskabslovens § 226 og kan således ikke indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. selskabslovens § 371, stk. 2.

Erhvervsankenævnet skal derfor afvise at behandle denne del af den påklagede afgørelse, jf. § 8, stk. 1, i bekendtgørelsen om Erhvervsankenævnet.

Det fremgår af sagen, at K ApS er stiftet den 6. februar 2015 af C ApS, der selv er stiftet den 6. februar 2015 og først registreret den 9. februar 2015.

Stiftelsen af K ApS er således foretaget af et selskab under stiftelse, og C ApS har som stifter således ikke haft den fornødne retsevne til at stifte KA/S, jf. selskabslovens § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1

Erhvervsstyrelsen kan med hjemmel i lovens § 17, stk. 1 og 2 forlange de oplysninger som er nødvendige for at kunne tage stilling til om loven er overholdt, og da stiftelsen er sket i strid med selskabsloven, og der er tale om en oprindelig mangel i stiftelsesgrundlaget, som ikke kan berigtiges, tiltræder ankenævnet, at Erhvervsstyrelsen ved afgørelsen af 5. maj 2015 har meddelt, at selskabet ikke kan genoptages, jf. § 232, stk. 3, 1. og 2. pkt.