

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

§ 1 [1] Loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. [2]

Stk. 2. Ved virksomheder forstås i denne lov enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, kommanditselskaber, andelsselskaber (andelsforeninger) samt andre selskaber og foreninger med begrænset ansvar, som ikke er omfattet af selskabsloven, lov om erhvervsdrivende fonde eller §§ 133-154 i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. [3] Filialer af tilsvarende udenlandske virksomheder er tillige omfattet af loven. [4]

Stk. 3. Selskaber med begrænset ansvar, jf. § 3, kan alene stiftes frem til den 1. januar 2014 i medfør af denne lov. Herefter kan selskaber med begrænset ansvar ikke stiftes og registreres i medfør af denne lov. [5]

Stk. 4. En virksomhed anses efter denne lov for at udøve erhvervsdrift, hvis den

- 1) overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke virksomheden normalt modtager vederlag, eller
- 2) udøver virksomhed med salg eller udlejning af fast ejendom eller
- 3) har den i selskabslovens §§ 6 og 7 anførte forbindelse med et aktie- eller anpartsselskab eller med en anden virksomhed, der udøver den i nr. 1 eller 2 nævnte erhvervsdrift, eller
- 4) udøver en bestemmende indflydelse over en anden virksomhed i henhold til vedtægt eller aftale og har en betydelig andel i dens driftsresultat uden at have den i nr. 3 anførte forbindelse med den anden virksomhed. [6]

Lovgrundlag

Lov nr. 123 af 18. februar 1994

Lov nr. 516 af 12. juni 2009

Lov nr. 598 af 12. juni 2013

Lov nr. 616 af 12. juni 2013

Kommentar

1. Erhvervsvirksomhedslovens § 1, vedrørende lovens anvendelsesområde, har eksisteret siden loven erstattede firmaloven i 1994.

Bestemmelsens stk. 1, er ikke ændret siden den blev indført i 1994. I 2009 blev bestemmelsens stk. 2 og 4 ændret, som følge af indførelsen af selskabsloven, og de daværende henvisninger til aktie- og anpartselskabslovene blev dermed ændret. Bestemmelsens stk. 2 blev tillige ændret i 2013, som følge af indførelsen af lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v., hvorefter virksomheder alene kan være omfattet af erhvervsvirksomhedsloven, i det omfang de ikke er omfattet af lov om forvaltere af alternative investeringsfonde. I 2013 blev der også lavet en lovændring, hvorefter det ikke længere er muligt at stifte selskaber med begrænset ansvar, og stk. 3 blev derfor indsat i bestemmelsen, og det daværende stk. 3 blev rykket til stk. 4.

Anvendelsesområdet begrænses i bestemmelsens stk. 1, til virksomheder, som har til formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Begrebet ”virksomheder” defineres i stk. 2, mens ”erhvervsdrift” defineres i stk. 4. Ved bestemmelsens stk. 3, afskæres muligheden for at stifte nye selskaber med begrænset ansvar.

Lovens § 1 om anvendelsesområdet, skal ses i sammenhæng med de øvrige bestemmelser i kapitel 1, herunder især lovens § 1a, stk. 1, hvorefter loven tillige finder anvendelse på tidligere omdannede finansielle virksomheder, lovens § 2, stk. 3, som indeholder en begrænsning af, hvilke bestemmelser der finder anvendelse for enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber og kommanditselskaber, samt registreringspligt for visse interessentskaber og kommanditselskaber, og lovens § 5, hvorefter visse virksomheder undtages fra loven.

2. Bestemmelsens stk. 1 fastsætter, at loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Der er således to betingelser der skal være opfyldt for, at loven finder anvendelse for en virksomhed, dels skal virksomheden udøve erhvervsdrift, og dels skal denne erhvervsdrift have til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser.

Hvis en virksomhed alene opfylder den ene af de to betingelser, er den således ikke omfattet af loven.

Begrebet erhvervsdrift er defineret i bestemmelsens stk. 4, se hertil note 6 nedenfor.

Betingelsen om, at virksomheden skal udøves med det formål at fremme deltagerens økonomiske interesser adskiller sig fra de øvrige lovgivninger på området. Der findes hverken tilsvarende bestemmelser i erhvervsfundsloven eller i selskabsloven, som dog tidligere indeholdt en tilsvarende afgrænsning i aktieselskabsloven af 1930, som i 1973 blev erstattet af en undtagelsesbestemmelse for almennyttige aktieselskaber, og som herefter blev ophævet i 1984. Det er således nu uden betydning for anvendelsesområdet i selskabsloven, hvad overskuddet anvendes til. Dermed er det alene i erhvervsvirksomhedsloven, at denne sondring forsat har betydning.

Formålet med begrænsningen i anvendelsesområdet, hvorefter det alene er virksomheder, der søger at fremme deltagerens økonomiske interesser, er at afgrænse disse overfor ideelle sammenslutninger, som man ikke ønskede omfattet af loven, jf. bemærkningerne til § 1 i forslaget til erhvervsvirksomhedsloven fra 1994.

Afgrænsningen overfor ideelle sammenslutninger svarede ved indførelsen af erhvervsvirksomhedsloven til afgrænsningen i den dagældende svenske lov om økonomiske foreninger.

Bemærkningerne til bestemmelsen ved indførelsen i 1994, indeholdt eksempler på ideelle virksomheder, som ikke omfattes af loven, herunder foreninger med et socialt, politisk, kulturelt eller humanitært formål, som fx idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer, visse brancheforeninger, partiforeninger, spejderklubber og kunst- eller teaterforeninger, idet disse ikke har til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser.

Ved vurderingen af, om virksomheden har til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser, skal der både tages stilling til virksomhedens vedtægter, og de faktiske forhold under hvilke virksomheden udøver sin erhvervsdrift.

Efter bemærkningerne til bestemmelsen ved indførelsen i 1994, kan virksomhedsdeltagerens økonomiske interesser blandt andet fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning, bonusser, rabatter osv.

Vedtægternes bestemmelser om formål, overskudsanvendelse, udlodning ved opløsning, vil således kunne være af betydning for vurderingen.

Udover virksomhedens vedtægter kan også virksomhedens årsregnskab være af betydning, idet dette kan påvise de faktiske aktiviteter i virksomheden.

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

Der kan ligeledes lægges vægt på redegørelser fra virksomheden om den faktiske fremme af deltageres økonomiske interesser.

Såfremt virksomhedens vedtægter ikke påviser, at virksomhedens medlemmers økonomiske interesser søges fremmet, skal virksomheden kunne godtgøre dette på anden vis, og registrering vil blive afvist, såfremt dette ikke kan godtgøres. Se hertil Erhvervsankenævnets kendelse af 6. august 2015 (J.nr. 2015-1317), hvor ankenævnet stadfæstede Erhvervsstyrelsens afgørelse om at nægte registrering af en forening med begrænset ansvar, blandt andet fordi foreningen ikke kunne forklare, hvordan medlemmernes økonomiske interesser blev fremmet.

Fremme af deltageres økonomiske interesser kan både ske direkte gennem fx udbyttebetalinger, eller indirekte ved fx stordriftsfordele eller lignende.

Om der er tale om fremme af deltageres økonomiske interesser er en konkret vurdering i den enkelte sag, hvor der kan tillægges flere forhold betydning.

Erhvervsstyrelsen har i flere sager lagt vægt på, om der var direkte fremme af deltageres økonomiske interesser.

Erhvervsstyrelsen har fx i Erhvervsankenævnets kendelse af 16. marts 2000 (J.nr. 98-176.802) ved vurderingen af, om en forening havde til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser lagt vægt på, at det var fastsat i vedtægterne, at et eventuelt overskud efter betaling af alle passiver fordeles blandt foreningens på opløsningstidspunktet værende medlemmer.

Fremme af deltageres økonomiske interesser kan også ske gennem bonusser, rabatordninger og lignende.

Dette vareksempelvis tilfældet i den såkaldte FDM-sag, U.2003.296/2H, hvor Foreningen Forenede Danske Motorejere havde anlagt sag for at tilpligte Erhvervsstyrelsen at anerkende, at foreningen ikke var omfattet af registreringspligten. FDM gjorde gældende, at den erhvervsdrift, foreningen udøvede, ikke havde til formål af fremme medlemmernes økonomiske interesser.

Sagen blev først afgjort af Erhvervsankenævnet, der i sin kendelse af 7. januar 2000 (J.nr. 99-67.155) fandt, at foreningen fremmede sine medlemmers økonomiske interesser gennem omfattende rabat- og bonusordninger. Sagen blev herefter anlagt ved landsretten, og sluttelig anket til Højesteret.

Landsretten lagde ved sin dom vægt på, at foreningen udover sit ideelle formål (varetagelsen af den individuelle persontransports udvikling) også havde til formål som forbrugerorganisation at varetage medlemmernes praktiske og økonomiske interesser. Det var angivet i foreningens vedtægter, at formålet søges gennemført ved blandt andet at indgå aftaler, der indebærer økonomiske og servicemæssige fordele for medlemmerne. Foreningen har oplyst om sin erhvervsdrift, at den blandt andet består af varesalg, drift af testcentre, udlejning af campingpladser og rejsebureauvirksomhed, og har oplyst, at der for medlemmerne er aftalt bonus- og rabatordninger i forbindelse med den nævnte erhvervsdrift. På den baggrund fandt landsretten, at foreningen havde til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser, og at den dermed var registreringspligtig. Højesteret stadfæstede landsrettens dom med henvisning til landsrettens begrundelse.

Det samme var tilfældet i Erhvervsankenævnets kendelse af 20. juni 2013 (J.nr. 2012-0032365), hvorefter Erhvervsstyrelsens afgørelse om, at virksomheden var registreringspligtig efter erhvervsvirksomhedsloven blev stadfæstet.

Der var tale om en virksomhed, som ifølge sine vedtægter havde til formål at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed.

Erhvervsstyrelsen havde i sin afgørelse om, at virksomheden var registreringspligtig anført følgende om fremme af deltageres økonomiske interesse:

”Efter styrelsens vurdering bør spørgsmålet om, hvorvidt der gennem virksomhedens erhvervsdrift sker fremme af deltageres 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 deltageres (andelshavernes) pris på den modtagne el, uanset om prisen i øvrigt reguleres af reglerne om prisfastsættelse i lov om elforsyning. Det

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

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.”

Erhvervsankenævnet stadfæstede Erhvervsstyrelsens afgørelse om registreringspligten.

Det samme skete i Erhvervsankenævnets kendelse af 10. maj 2007 (j.nr. 2006-0007068), hvor Erhvervsstyrelsens afgørelse om at en forening var registreringspligtig blev påklaget. Erhvervsankenævnet stadfæstede styrelsens afgørelse med følgende begrundelse:

”Da K drives med begrænset ansvar, skal foreningen registreres, såfremt en ikke uvæsentlig del af erhvervsdriften har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser, jf. samme lovs §§ 1, 3 og 8.

I vedtægterne for K er anført, at foreningen ud over at have et ideelt formål – bevarelse og udvikling af naturværdier – arbejder for at fremme danske ... erhvervsmæssige interesser, og at foreningen kan have ejerandele i foreningens datterselskab.

Det fremgår af årsrapporten for 2004/2005 for det af foreningen 100 pct. ejede datterselskab, B A/S, der er en helt kommerciel virksomhed, at bruttofortjenesten var 8.118.538 kr. Årets resultat efter skat var 2.587.286 kr., hvoraf et beløb på 388.000 kr. overførtes til K, mens 2.199.286 kr. overførtes til næste år. Selskabets balance pr. 30. juni 2005 var 30.848.773 kr., hvoraf egenkapitalen udgjorde 8.295.916 kr. Det fremgår af ledelsesberetningen blandt andet, at selskabets aktiviteter er voksende med nye og udvidede leverandørsamarbejder.

K tilbyder blandt andet gratis produktansvarsforsikring, markedsføring, produktudvikling og markedsinformation til sine medlemmer. Medlemmer kan således f.eks. på foreningens hjemmeside gratis tilmelde en ... på en liste over private ..., der henholdsvis udbyder ..., tillader..., eller ... og events. På samme hjemmeside kan brugere se listen over private ..., der udbyder produkterne med nærmere angivne produktspecifikationer, så som årskort, dagskort, klippekort og gæstekort.

K findes herefter både efter sit formål og efter sine faktiske aktiviteter, der ikke udelukkende kan anses for at tjene fagpolitiske formål, i ikke uvæsentligt omfang at fremme medlemmernes økonomiske interesser.”

Erhvervsankenævnet stadfæstede ligeledes Erhvervsstyrelsens afgørelse i sin kendelse af 23. juni 1999 (J.nr. 98-193.185). Denne sag handlede om en landsforening af svineproducenter.

Erhvervsstyrelsen anførte som begrundelse for vurderingen af, at foreningen havde til formål at fremme sine medlemmers økonomiske interesser, at foreningen gennem sin koncernopbygning tilsigtede en økonomisk fordelagtig tilrettelæggelse af den del af medlemmernes egen virksomhed, som selskaberne omfatter, hvorved medlemmerne opnår stordriftsfordele. Derudover angav styrelsen, at foreningen stod for samlet indkøb af fx kedeldragter og udstyr, og at foreningen havde til formål at virke for en forbedring af rentabiliteten i markedet.

Erhvervsankenævnet stadfæstede Erhvervsstyrelsens afgørelse med følgende begrundelse:

”Da virksomheden drives med begrænset ansvar, skal landsforeningen registreres, såfremt en ikke uvæsentlig del af erhvervsdriften har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser, jf. lovens § 1, 3 og 8.

Under hensyn til bemærkningerne i lovmotiverne om brancheforeninger inden for landbruget finder ankenævnet, at erhvervsdrift, der tager sigte på at skabe et overskud, som udelukkende anvendes til fagpolitiske formål og dermed kun indirekte til fremme af foreningsmedlemmernes økonomiske interesser, ikke medfører registreringspligt efter lovens § 8. Derimod medfører det registreringspligt, hvis der oparbejdes overskud, som ikke er tænkt anvendt til fagpolitiske formål, eller der erlægges tjenesteydelser m.m. til medlemmerne til eller under kostprisen.

Da det ikke fremgår, at opsparingen i holdingselskabet af overskuddet ved erhvervsdriften i datterselskaberne har et fagpolitisk formål, tiltræder ankenævnet, at i al fald denne del af erhvervsdriften må antages at have til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser.”

Det kan således konkluderes, at medlemmernes økonomiske interesser kan fordres fremmet af flere forskellige indirekte forhold, som kan udledes af både vedtægter og af virksomhedens faktiske forhold.

Det er væsentligt at være opmærksom på, at det ikke er den reelle opnåelse af at de økonomiske interesser fremmes, som er afgørende for om virksomheden er omfattet, men alene hensigten om at fremme de økonomiske interesser.

Eksempelvis vil en virksomhed, som har fastsat bestemmelser om, at et eventuelt overskud udbetales som udbytte til medlemmerne, være omfattet af bestemmelsen, uanset at virksomheden endnu ikke har oparbejdet et overskud, som kan udloddes til medlemmerne.

Når det vurderes, om en virksomhed har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesse, skal det være en ikke uvæsentlig del af erhvervsdriften, som har til formål at fremme disse interesser.

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

Der er hverken i loven eller dens forarbejder nævnt noget om en væsentlighedsbetragtning eller en nedre grænse for omfanget af den økonomiske interesse.

Princippet blev først fastslået i Erhvervsankenævnets kendelse af 23. juni 1999 (J.nr. 98-193.185), som handlede om en landsforening af svineproducenter.

Erhvervsstyrelsen havde blandt andet i sin redegørelse anført følgende:

”Det fremgår af forarbejderne til lov om erhvervsdrivende virksomheder, at tilføjelsen af kravet om, at virksomheden skal have til formål gennem erhvervsdriften at fremme deltageres økonomiske interesser, har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde over for ideelle foreninger, der driver erhvervsdrift, jf. Folketingstidende A, 1993-1994, spalte 1663. Som eksempel på ideelle foreninger, der ikke er omfattet af lovforslaget, nævnes i forarbejderne foreninger med et socialt, politisk, kulturelt eller humanitært formål såsom eksempelvis brancheforeninger inden for landbrug. Disse falder uden for lovens anvendelsesområde, uanset de driver erhverv til opfyldelse af det ideelle formål, blot deltageres økonomiske interesser ikke fremmes gennem denne erhvervsaktivitet, jf. Folketingstidende A, 1993-1994, spalte 1670.

Modsætningsvis vil en brancheforening således være omfattet af lov om erhvervsdrivende virksomheder, hvis foreningen overvejende har til formål at fremme deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

...

Det er således åbenbart, at medlemmerne gennem ovennævnte tilrettelæggelse opnår en indirekte økonomisk fordel. Det er derfor uden betydning, at der konkret ikke skal udloddes eller optjenes overskud til direkte fordeling blandt medlemmerne.

I øvrigt bemærker styrelsen, at der i lov om erhvervsdrivende virksomheder ikke findes en nedre grænse for omfanget af erhvervsdriften eller den økonomiske interesse. Omfanget er således uden indflydelse på, hvornår en virksomhed/forening anses for omfattet af loven. Opfylder en virksomhed/forening kriterierne for registreringspligten, jf. lovens § 8, jf. § 3, jf. § 1, er den omfattet af loven. Det er således også uden betydning, hvor stor en omsætning den enkelte svineproducent har i forhold til foreningens omsætning.

På baggrund af ovenstående finder styrelsen, at K helt overvejende har til formål at fremme deltageres økonomiske interesser gennem den udøvede erhvervsdrift. Da det må lægges til grund, at K har begrænset ansvar og driver erhvervsdrift, er de lovmæssige kriterier for registreringspligt i medfør af lov om erhvervsdrivende virksomheder opfyldt. Foreningen skal derfor anmeldes til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. lov om erhvervsdrivende virksomheder § 8, stk. 1, jf. § 3, jf. § 1.”

På den ene side, anførte Erhvervsstyrelsen således, at en virksomhed måtte være omfattet, såfremt foreningen overvejende havde til formål at

fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. På den anden side anførte styrelsen, at der ikke var en nedre grænse for omfanget af den økonomiske interesse. Det fremgik således ikke klart, om Erhvervsstyrelsen mente, at den økonomiske interesse skulle kvantificeres, således at det var af betydning, hvor meget der var tale om.

Erhvervsankenævnet stadfæstede Erhvervsstyrelsens afgørelse og udtalte, at foreningen skulle registreres, såfremt en ikke uvæsentlig del af erhvervsdriften har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser.

Erhvervsstyrelsens argument om, at der ikke var en nedre grænse for den økonomiske interesse blev således afvist. Erhvervsstyrelsens udtalelse om, at der skulle være tale om en overvejende del blev ligeledes modificeret, idet ankenævnet alene mente, at der skulle være tale om en "ikke uvæsentlig" del.

Efterfølgende blev den såkaldte FDM-dom, U.2003.296/2H, afsagt, hvor omfanget af den økonomiske interesse igen blev taget op.

Foreningen Forenede Danske Motorejere havde anlagt sag, for at tilpligte Erhvervsstyrelsen til at anerkende, at foreningen ikke var omfattet af registreringspligten. FDM gjorde gældende, at den erhvervsdrift, foreningen udøvede, ikke havde til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser.

Sagen blev først afgjort af Erhvervsankenævnet, der i sin kendelse af 7. januar 2000 (J.nr. 99-67.155) fandt, i lighed med ovennævnte Erhvervsankenævnskendelse, at foreningen fremmede sine medlemmers økonomiske interesser i et ikke uvæsentligt omfang.

Sagen blev herefter anlagt ved landsretten og blev sluttelig anket til Højesteret.

Erhvervsstyrelsen gjorde under behandlingen gældende, at der ikke kan udledes noget væsentlighedskrav af bestemmelsen eller af dens forarbejder. Styrelsen gjorde også gældende, at det oparbejdede overskud i ikke uvæsentligt omfang, anvendtes eller kunne anvendes til andre end de ideelle formål.

Landsretten udtalte i sin afgørelse, at:

"Sagsøgerens udøvelse af erhvervsdriften findes således samtidig at have til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser, og dette forhold er efter aktiviteternes omfang ikke af underordnet betydning.

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

Som følge af det anførte findes sagsøgeren registreringspligtig, jf. lov om erhvervsdrivende virksomheder § 8, jf. § 3, jf. § 1, stk. 1.”

Højesteret stadfæstede landsrettens dom, med henvisning til de grunde, der var anført af landsretten.

Det kan diskuteres, om der er forskel på om omfanget er ”ikke uvæsentligt” som anført af Erhvervsankenævnet, eller ”ikke af underordnet betydning” som anført af landsretten og tiltrådt af Højesteret.

Erhvervsankenævnet har efter afsigelsen af Højesterets dom i FDM-sagen, afsagt kendelse af 30. juni 2006 (J.nr. 2005-0002466), hvor ankenævnet lagde vægt på, om en ikke uvæsentlig del af erhvervsdriften havde til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser.

Det må heraf udledes, at der ikke tiltænkes forskelle i anvendelsen af de to kriterier.

I Erhvervsankenævnets kendelse fandt nævnet ikke, at medlemmernes økonomiske interesser blev fremmet, uanset at 40 pct. af indtægtsgrundlaget stammede fra brugerfinansierede aktiviteter. Erhvervsankenævnet udtalte, at der ikke var holdepunkter herfor i virksomhedens vedtægter, og at det fremgik af virksomhedens årsrapporter, at en stor og voksende del af foreningens indtægtsgrundlag stammer fra brugerydelser, som først og fremmest henvender sig til medlemmerne, at aktiviteterne drives på markedsvilkår, og at indtjeningen først og fremmest gik til at konsolidere foreningens økonomi. Herudover blev der lagt vægt på oplysninger om baggrunden for en økonomiske konsolidering.

Erhvervsankenævnets kendelse må anses som værende meget konkret.

Hvor meget der skal til for, at der er tale om, at omfanget er ”ikke uvæsentligt” eller ”ikke af underordnet betydning” er ikke klart.

For fonde er der en væsentlighedsbetragtning, som dog ikke omhandler medlemmets økonomiske interesse, som ikke genfindes for fondene, men omfanget af erhvervsdrift.

Det er således fastsat i Erhvervsfundslovens § 2, stk. 2, at en fond ikke anses for erhvervsdrivende, hvis den virksomhed, fonden udøver eller har den i stk. 1, nr. 3, anførte forbindelse med, er af begrænset omfang eller kun omfatter en uvæsentlig del af fondens samlede formue.

Ved vurderingen af om der er tale om en uvæsentlig del af fondens samlede formue, lægges der vægt på, om den erhvervmæssige bruttoomsætning fra direkte erhvervsaktivitet udgør mindre end 10 pct. af fondens

samlede årlige indtægter, og om fondens erhvervsmæssige aktiver udgør mindre end 10 pct. af fondens samlede aktiver.

Dette kan naturligvis ikke tages direkte til indtægt for, at der ligeledes gælder en grænse på 10 pct. ved vurderingen af, om en virksomheds erhvervsdrift har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser, men det kan formentlig anvendes som en rettesnor.

Væsentlighedsvurderingen vil dog altid bero på en konkret vurdering af den enkelte virksomheds forhold.

Ved vurderingen af, om der er tale om fremme af medlemmernes økonomiske interesser, er det også af afgørende betydning, om det er samtlige medlemmer, som får fremmet deres økonomiske interesser.

Erhvervsankenævnet tog stilling til dette i sin kendelse af 6. august 2015 (J.nr. 2015-1317), hvor det alene var visse medlemmer, som fik fremmet deres økonomiske beføjelser.

I den konkrete sag, var det fastsat i virksomhedens vedtægter, at medlemmer kunne tegne indskud eller undgå dette. For de medlemmer som havde tegnet indskud på over et bestemt fastsat beløb, var der ret til udbytte, mens dette ikke var tilfældet for medlemmer, som ikke havde tegnet indskud eller havde tegnet indskud under det fastsatte beløb.

Det kunne ikke godtgøres, hvordan de medlemmer, som ikke havde ret til udbytte, fik fremmet deres økonomiske interesser, og på den baggrund stadfæstede Erhvervsankenævnet Erhvervsstyrelsens afgørelse om at nægte registrering af virksomheden.

Det er således afgørende, at det er samtlige medlemmer, hvis økonomiske interesser bliver fremmet.

Erhvervsstyrelsen har tidligere udtalt, at det ikke er af betydning for vurderingen, om der også skabes vækst for andre, og om der således er andre personer end virksomhedens medlemmer, hvis økonomiske interesse fremmes gennem virksomhedens erhvervsdrift.

Kravet, om at virksomheden skal have til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift, skal være opfyldt på anmeldelsestidspunktet.

Dette har Erhvervsstyrelsen taget stilling til i forbindelse med anmeldelsen af skuffeselskaber, hvilket skete på grund af afskaffelsen af muligheden for at stifte nye SMBA'er, som trådte i kraft i 2014. I denne forbindelse nægtede Erhvervsstyrelsen registrering af disse skuffeselskaber, jf. lovens § 15 a, stk. 1, da de ikke opfyldte kravene i lovens § 1. Erhvervsstyrelsen

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

angav ved nægtelsen af registreringen, at et selskab på anmeldelsestidspunktet skulle opfylde lovens § 1, stk. 1, om, at selskabet skulle have til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Det blev hertil anført, at et skuffeselskab pr. definition ikke har nogen aktivitet, da selskabet kun formelt er kommet til eksistens ved anmeldelse af selskabet til registrering i styrelsen, og at selskabet derfor ikke kunne fremme deltagerens økonomiske interesser. Se note 5 til nærværende bestemmelse.

3. Af bestemmelsens stk. 2, 1. pkt., defineres det, hvad der i loven forstås ved begrebet virksomheder. Dette er efter bestemmelsen enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, kommanditselskaber, andelsselskaber (andelsforeninger) samt andre selskaber og foreninger med begrænset ansvar, som ikke er omfattet af selskabsloven, lov om erhvervsdrivende fonde eller §§ 133-154 i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.

Interessentskaber er defineret i lovens § 2, stk. 1. Kommanditselskaber er defineret i lovens § 2, stk. 2. Virksomheder med begrænset ansvar er defineret i lovens § 3, og andelsselskaber er herudover også defineret i lovens § 4.

Enkeltmandsvirksomheder er således den eneste virksomhedsform, som ikke er nærmere defineret i loven, som dog også kun i ganske begrænset omfang finder anvendelse på disse, jf. lovens § 2, stk. 3, 1. pkt. En enkeltmandsvirksomhed er en virksomhed, hvor der alene er en ejer, som hæfter personligt, ubegrænset og direkte for virksomhedens forpligtelser.

En vurdering af om der er tale om en virksomhedsform som oplistet i bestemmelsen, afhænger af den måde som virksomheden konkret er organiseret på, og ikke hvilken betegnelse man har valgt at give virksomheden. Det vil sige, at en virksomhed som organisatorisk er etableret som en forening med begrænset ansvar, vil skulle registreres som dette, uanset om de har kaldt foreningen "AMBA". Navnet vil skulle ændres ift. den korrekte virksomhedsform, se hertil lovens § 6 og noterne hertil.

Uanset om der er tale om en virksomhedsform som oplistet i § 1, stk. 2, 1. pkt., vil virksomheden kunne være undtaget efter lovens § 5, når den er omfattet af anden særlovgivning.

Derudover kan der være tale om virksomhedsformer, som ikke har de karakteristika, som de oplistede virksomhedsformer har, og som dermed ikke er omfattet af loven.

Erhvervsstyrelsen har udtalt, at almene boligorganisationer som udgangspunkt ikke er omfattet af erhvervsvirksomhedsloven, idet deres karakteristika ikke umiddelbart kan sidestilles med andre virksomhedsformer. Boligorganisationer vil efter Erhvervsstyrelsens vurdering tillige ikke have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser. Organisationer, som er omfattet af lov om almene boliger m.v., har tidligere været omfattet af undtagelsesbekendtgørelsen, jf. lovens § 5, stk. 2, men er det ikke længere. Desuagtet er det forsat Erhvervsstyrelsens opfattelse, at almene boligforeninger generelt ikke er omfattet af erhvervsvirksomhedsloven.

Erhvervsstyrelsen har i en vejledende udtalelse af 1. august 2019 udtalt sig både om den generelle vurdering af almene boligforeninger, og om hvorvidt der konkret var forhold vedrørende en almen boligforening, som medførte at de var omfattet af loven. Erhvervsstyrelsens vejledende udtalelse lød således:

”Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at almene boligorganisationer som udgangspunkt ikke er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV), og dermed ikke omfattet af pligten til at registrere reelle ejere heri. På baggrund af virksomhedens vedtægter samt det til Erhvervsstyrelsen oplyste finder styrelsen, at der ikke er forhold vedrørende X, som medfører at de er omfattet af loven.

...

Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse bør spørgsmålet om, hvorvidt der gennem virksomhedens erhvervsdrift sker fremme af deltagernes økonomiske interesser, afgøres ud fra en helhedsvurdering. Af bemærkningerne til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 1, fremgår det, at deltagernes økonomiske interesser kan fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v.

Erhvervsstyrelsen har tidligere på baggrund af den daværende lov nr. 1233 af 27/12/2003 om almene boliger samt støttede private andelsboliger, bekendtgørelse af drift af almene boliger, vejledning om drift af almene boliger samt publikationen: ”Ejer, andelshaver eller lejer?”, vurderet, at de almene boligorganisationers hovedformål ikke er at fremme medlemmernes økonomiske interesser.

Herudover har Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen den 8. juli 2019 vurderet, at der efter styrelsens opfattelse *”hverken i lov eller bemærkninger holdepunkter for generelt at fastslå, at garanters økonomiske interesser søges fremmet gennem erhvervsdrift, om end [...] der konkret sker en begrænset udbetaling af udbytte.”* Styrelsen har endvidere vurderet, at de almene boligorganisationers formål, som beskrives i almenboliglovens §§ 5 b og 6 først og fremmest retter sig mod optimering af boligmassens stand til gavn og glæde for lejerne.

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

Det er således Erhvervsstyrelsens opfattelse, at almene boligorganisationer som udgangspunkt ikke er omfattet af LEV, da de ikke har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser.

Erhvervsstyrelsen har indhentet oplysninger om X for at foretage en vurdering af, om de konkret har til formål at fremme medlemmernes økonomiske interesser.

Det fremgår af X's vedtægter § Y, at *"der kan i udbytte højst udbetales Z % årligt af garantikapitalen. Er der i foregående år udbetalt garantierne mindre end de nævnte Z % årligt, kan differencebeløbet senere udbetales som tillæg til de Z %."*

Selvom X i henhold til vedtægterne i et vist omfang kan udbetale udbytte til garantierne, har Erhvervsstyrelsen efter en konkret vurdering ikke fundet anledning til at fravige hverken Trafik-, Bygge- og Boligstyrelsen eller Erhvervsstyrelsens generelle holdning til karakteriseringen af almene boligorganisationer. Det er derfor Erhvervsstyrelsens vurdering, at virksomheden ikke har til hovedformål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser, og derfor ikke er omfattet af LEV.

Som følge heraf er X ikke omfattet af lovgivning, der regulerer registrering af reelle ejere."

Til grund for vurderingen af, om der er tale om en virksomhedsform omfattet af oplystningen, vil der kunne lægges vægt på det aftalegrundlag, hvormed virksomheden er oprettet.

Loven finder ikke anvendelse på virksomheder, som er omfattet af selskabsloven, lov om erhvervsdrivende fonde eller §§ 133-154 i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.

Lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. §§ 133-154 vedrører kapitalforeninger, som således ikke er omfattet af loven.

Ved indførelsen af erhvervsvirksomhedsloven i 1994, var det angivet, at aktie- og anpartsselskaber og filialer heraf, samt erhvervsdrivende fonde, allerede var lovregulerede, og skulle derfor ikke omfattes af loven.

I 2009 blev stk. 2 ændret, som følge af indførelsen af selskabsloven, og de daværende henvisninger til aktie- og anpartsselskabslovene blev ændret til selskabsloven. Stk. 2 blev tillige ændret i 2013, som følge af indførelsen af lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.

En virksomhed med begrænset ansvar skal således adskille sig væsentligt fra et kapitalselskab for at kunne blive registreret efter erhvervsvirksomhedsloven.

Dette har Erhvervsstyrelsen ved flere lejligheder fundet anledning til at tage stilling til. Flere af disse sager er senere påklaget til Erhvervsankennævnet, som har taget stilling til styrelsens afgørelser.

Dette var bl.a. tilfældet i Erhvervsankenævnets kendelse af 17. april 2009 (J.nr. 2008-00016968), hvor Erhvervsstyrelsen nægtede at registrere et selskab med begrænset ansvar, som påklagede denne afgørelse til Erhvervsankenævnet. Erhvervsstyrelsen begrundede afgørelsen med følgende:

”Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vurdering, at det anmeldte selskab utvivlsomt skal betragtes som erhvervsdrivende, idet det fremgår af vedtægterne, at formålet er at udføre erhvervs-mæssige forretninger/investeringer samt konsulentarbejde.

Selskabet har endvidere begrænset hæftelse, da det fremgår af vedtægterne at ingen selskabsdeltagere hæfter personligt.

Spørgsmålet er imidlertid, om selskabet adskiller sig væsentligt fra et aktie- eller anpartsselskab, jf. bestemmelsen i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 2.

Formålet med denne bestemmelse er at sikre, at virksomheder, der reelt er aktie- eller anpartsselskaber, men som ikke ønsker at opfylde aktie- og anpartsselskabslovens regler om minimumskapital, i stedet vælger at lade sig registrere med begrænset hæftelse efter reglerne i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Hvis man tillod dette, ville reglerne om kapitalkrav kunne omgås.

En virksomhed, der ønskes registreret efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder skal således adskille sig væsentligt fra et aktie- eller anpartsselskab for at kunne registreres. Hvis adskillelsen ikke er væsentlig, gribes virksomheden af aktie- eller anpartsselskabsloven.

I K1 S.m.b.a. fordeles overskud på baggrund af størrelsen af det enkelte medlems indskudte kapital. Det samme gælder fordeling af overskud ved selskabets likvidation.

Dette taler for at betragte selskabet som registreringspligtig efter reglerne i aktie- eller anpartsselskabsloven, da netop overskudsfordeling i forhold til ejernes kapitalindskud er et grundlæggende kendetegn ved et kapital-selskab. I selskaber omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder fordeles overskuddet typisk enten i forhold til medlemmernes andel af selskabets omsætning eller ligeligt mellem medlemmerne i selskabet.

Det fremgår endvidere af vedtægterne, at selskabets andele kan overdrages. Dette er endnu et forhold, der er typisk i et aktie- eller anpartsselskab, og som derfor taler for at selskabet bør registreres som et sådant. I selskaber omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder skifter selskabets kapital netop i kraft af medlemmernes ind- og udtræden, og der handles ikke med deres andele af selskabets kapital.

Også selskabets ledelsesmæssige organisation minder meget om et anpartsselskab.

Det er allerede på denne baggrund Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at K1 S.m.b.a. falder ind under reglerne i aktie- eller anpartsselskabsloven og dermed skal anmeldes og registreres efter reglerne heri.

Anmeldelsen kan derfor ikke registreres i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.”

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

Erhvervsankenævnet tiltrådte Erhvervsstyrelsens afgørelse med følgende begrundelse:

”Af § 1, stk. 1, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder fremgår det, at loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Efter lovens § 1, stk. 2, forstås ved virksomheder i denne lov enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, kommanditselskaber, andelsselskaber (andelsforeninger) samt andre selskaber og foreninger med begrænset ansvar, som ikke er omfattet af aktieselskabsloven, anpartsselskabsloven eller lov om erhvervsdrivende fonde. Formålet med denne bestemmelse er at sikre, at virksomheder, som reelt er aktie- eller anpartsselskaber, men som ikke ønsker at opfylde aktie- eller anpartsselskabslovens regler, ikke i stedet vælger at lade sig registrere med begrænset hæftelse efter reglerne i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Efter en samlet vurdering finder Ankenævnet ikke, at den anmeldte selskabskonstruktion på væsentlige områder, som formål, hæftelse, overskudsdeling, kapitalforhold og organisering afviger i så væsentlig grad fra et kapitalselskab, at der er tilstrækkeligt grundlag for at fravige reglerne om kapitalselskaber. Det af klageren anførte kan ikke føre til et andet resultat, og Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at selskabet er nægtet registrering efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovens § 13.”

Der har tidligere været en diskussion om, hvorvidt der tillige fandtes øvrige kommanditselskabslignende virksomhedsformer – det såkaldte ”stille selskab” og det ”indre selskab”, men efter indførelsen af bestemmelsen i erhvervsvirksomhedslovens § 6, stk. 9, står det klart, at dette ikke er tilfældet, se herom note 3 til § 2.

Klassisk sondres der i selskabsretlig litteratur mellem personselskaber og kapitalselskaber, men i denne sontring falder VMBA’erne udenfor, da de klart ikke er kapitalselskaber, og da de heller ikke er personafhængige på samme vis, som det er tilfældet med interessentskaber og kommanditselskaber.

4. Loven omfatter tillige filialer af tilsvarende udenlandske virksomheder. Dette gælder således filialer af udenlandske virksomheder, som svarer til de virksomhedsformer, der er omfattet af loven, jf. dennes § 1, stk. 2, 1. pkt., se hertil note 3 ovenfor.

Det er imidlertid alene filialer af udenlandske virksomheder med begrænset ansvar, som skal anmeldes til registrering, jf. lovens § 8, stk. 2. Det vil sige, at filialer af enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber og kommanditselskaber ikke skal anmeldes til registrering.

Erhvervsstyrelsen har på denne baggrund tidligere nægtet registrering af filialer af udenlandske virksomheder, som svarer til kommanditselskaber. Dette gælder efter styrelsens opfattelse, uanset om komplementaren svarer til et kapitalselskab eller ej. Erhvervsstyrelsen har i denne forbindelse udtalt, at der ikke er noget til hinder for, at virksomheden kan drives i Danmark gennem et fast driftssted og altså med en registrering som en "anden udenlandsk virksomhed".

Erhvervsankenævnet har ved kendelse af 1. september 2003, j.nr. 01-232.566, stadfæstet Erhvervsstyrelsens beslutning om at slette en filial af et tysk KG, som svarer til et dansk kommanditselskab. Erhvervsstyrelsen havde registreret filialen på baggrund af anmelders tilkendegivelse af, at der var tale om et selskab, som svarede til et partnerselskab (kommanditaktieselskab), og filialen var dermed registreret efter reglerne i den dagældende aktieselskabslov og dermed også omfattet af reglerne i årsregnskabsloven.

Filialen indsendte ikke, som krævet efter årsregnskabslovens regler, hovedselskabets årsregnskab, og Erhvervsstyrelsen pålagde som følge heraf filialbestyreren en afgift. Filialen klagede til Erhvervsankenævnet over denne afgift, og nævnet afsagde den 15. august 2001 kendelse, j.nr. 01-53.192, om at ophæve Erhvervsstyrelsens afgørelse om at pålægge filialbestyreren en afgift, idet styrelsen ikke havde haft hjemmel hertil, da det tyske hovedselskab ikke skulle indsende årsregnskab til offentliggørelse i Tyskland.

Som følge af Erhvervsankenævnets kendelse om at ophæve Erhvervsstyrelsens afgørelse konkluderede styrelsen, at der ikke var tale om en filial af et selskab, der svarede til et dansk partnerselskab, og at filialen således ikke var omfattet af registreringspligten efter den lovgivning, som styrelsen administrerede. Erhvervsstyrelsen orienterede på denne baggrund filialen om styrelsens hensigt om at slette filialen.

Erhvervsstyrelsens afgørelse herom blev påklaget til Erhvervsankenævnet, som dog ved kendelse af 1. september 2003, j.nr. 01-232.566, stadfæstede styrelsens afgørelse, da nævnet fandt, at selskabet var et kommanditselskab, og dermed hverken var et kapitalselskab eller et selskab med begrænset ansvar. Erhvervsankenævnet udtalte på denne baggrund, at Erhvervsstyrelsen derfor ikke havde hjemmel til at foretage registrering af filialen.

Filialer af virksomheder med begrænset ansvar skal anmeldes til registrering, jf. lovens § 8, stk. 2, af filialbestyreren, og herudover gælder der

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

regler om filialens navn, jf. lovens § 6, stk. 8. Se herom de pågældende bestemmelser og noterne hertil. De nærmere regler om anmeldelse af filialer af udenlandske virksomheder er fastsat i bekendtgørelse nr. 1377 af 12. december 2019 om anmeldelse, registrering, gebyr samt offentliggørelse m.v. i Erhvervsstyrelsen (anmeldelsesbekendtgørelsen) § 39.

5. Det fastsættes i stk. 3, at selskaber med begrænset ansvar, jf. § 3, alene kan stiftes frem til den 1. januar 2014 i medfør af denne lov. Herefter kan selskaber med begrænset ansvar ikke stiftes og registreres i medfør af denne lov.

Bestemmelsen blev indsat i 2013, samtidig med den lovændring hvorved iværksætterselskaberne blev indført i selskabsloven, og muligheden for at stifte nye selskaber med begrænset ansvar efter erhvervsvirksomhedsloven blev afskaffet.

Ved indførelsen af selskabsloven i 2009, hvor de dagældende aktie- og anpartsselskabslove blev erstattet, blev det besluttet, at der skulle gennemføres en evaluering 2 år efter selskabslovens ikrafttræden. Denne evaluering blev foretaget i 2013, og forslaget om bl.a. at indføre iværksætterselskaber samt afskaffe SMBA'er blev fremsat som en konsekvens af evalueringen.

Der blev i forbindelse med evalueringen foretaget en nærmere analyse af SMBA'erne, da der i årene forud for evalueringen, af sagkyndige var blevet udtrykt bekymring omkring den manglende gennemsigtighed ved selskabsformen og den deraf følgende risiko for svindel.

Analysen viste blandt andet, at SMBA'erne oftere gik konkurs eller blev tvangsopløst end virksomheder drevet som anpartsselskaber. Man vurderede på baggrund af denne analyse, at der ikke fremover burde være mulighed for at oprette nye selskaber med begrænset ansvar i henhold til erhvervsvirksomhedsloven.

Muligheden for at stifte nye selskaber med begrænset ansvar blev således afskaffet pr. 1. januar 2014. Der blev samtidig indført regler om, at selskaber med begrænset ansvar ikke kan opstå som led i en fusion, jf. lovens § 21 a, stk. 2, eller som led i en spaltning, jf. lovens § 21 b, stk. 2, eller som led i en grænseoverskridende fusion eller spaltning, jf. lovens §§ 21 c, stk. 2 og 21 d, stk. 2.

De allerede eksisterende SMBA'er er forsat omfattet af lovens bestemmelser, jf. lovens § 3, stk. 2, hvorefter lovens regler om foreninger med begrænset ansvar med de fornødne tilpasninger, finder anvendelse for disse.

Efter lovændringens vedtagelse i juni 2013, var det dermed muligt at stifte SMBA'er frem til 1. januar 2014. Efter periodens udløb kan der ikke længere stiftes nye SMBA'er, men de SMBA'er der allerede var stiftet på skæringstidspunktet kan fortsætte deres erhvervsvirksomhed. Der er således ikke tale om en total afskaffelse af virksomhedsformen, som vi kender det fra afskaffelsen af iværksætterselskaberne (IVS'erne). I perioden frem til den 1. januar 2014 blev der anmeldt et betydeligt antal SMBA'er, hvoraf en del måtte betragtes som skuffeselskaber, som alene blev oprettet med intentionen om at skulle sælges videre til tredjemand.

Erhvervsstyrelsen nægtede registrering af disse skuffeselskaber, jf. lovens § 15 a, stk. 1, da de ikke opfyldte kravene i lovens § 1. Erhvervsstyrelsen angav ved nægtelsen af registreringen, at et selskab på anmeldelsestidspunktet skulle opfylde lovens § 1, stk. 1, om, at selskabet skulle have til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Det blev hertil angivet, at et skuffeselskab pr. definition ikke har nogen aktivitet, da selskabet kun formelt er kommet til eksistens ved anmeldelse af selskabet til registrering i styrelsen, og at selskabet derfor ikke kunne fremme deltagernes økonomiske interesser.

Erhvervsstyrelsen gjorde gældende, at selskabernes formålsbestemmelser alene var formelle og endnu ikke svarede til selskabernes egentlige aktivitet, og at der ikke var reelle deltagere i selskabet, og dermed heller ikke nogen fremme af disses økonomiske interesser.

Da der var tale om en praksisændring, offentliggjorde Erhvervsstyrelsen en nyhed herom. Af nyheden fremgik bl.a. følgende:

”For så vidt angår erhvervsdrift er det Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at det afgørende tidspunkt for vurderingen af, hvorvidt der foreligger erhvervsdrift i virksomheden, er på anmeldelsestidspunktet. På dette tidspunkt vurderes også øvrige betingelser og forudsætninger for, om virksomheden lovligt kan registreres i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Virksomheden skal således senest på dette tidspunkt (og i øvrigt herefter) leve op til kravene i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Det er styrelsens vurdering, at det ikke er tilstrækkeligt til at opfylde lovens betingelse, at virksomheden på sigt (efter et eventuelt salg) vil opfylde lovens krav om erhvervsdrift.

I forbindelse med den materielle vurdering af, om der er tale om erhvervsdrift, foretager Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en gennemgang af virksomhedens vedtægter samt de faktiske forhold. Det er således ikke tilstrækkeligt, at virksomheden formelt set – ifølge dets formålsbestemmelse i vedtægten – udøver erhvervsdrift. Der skal være tale om en reel erhvervsdrift.

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

En skuffevirksomhed stiftes som nævnt ovenfor af en professionel udbyder med henblik på videresalg af den juridiske enhed. En skuffevirksomhed har derfor pr. definition ingen aktivitet, da virksomheden kun formelt set vil komme til eksistens ved anmeldelse af selskabet til registrering i styrelsen. Af samme grund fremmer selskabet ikke deltagerens økonomiske interesser. Der er alene tale om en formel formålsbestemmelse, som (endnu) ikke svarer til virksomhedens egentlige aktivitet, og der er ikke reelle deltagere i virksomheden, som får fremmet sine økonomiske interesser.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at skuffevirksomheder ikke kan registreres i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, idet disse virksomheder ikke findes at opfylde de krav, der følger af lovens § 1.

Der vil dog i hver enkelt sag blive foretaget en konkret vurdering af de anmeldte forhold.”

Erhvervsstyrelsen ses ikke at have haft tilsvarende sager efter udløbet af perioden, hvor der kunne stiftes SMBA'er, men må antages at have samme opfattelse omkring FMBA'er og AMBA'er, som oprettes som skuffevirksomheder.

Pr. 1. januar 2021 er der 524 SMBA'er med normal status tilbage.

6. Det angives i stk. 4, i hvilke tilfælde, en virksomhed anses for at udøve erhvervsdrift efter loven.

Bestemmelsen blev ændret i 2009, som følge af indførelsen af selskabsloven, og de daværende henvisninger til aktie- og anpartsselskabslovene blev dermed ændret. Bestemmelsen blev i 2013 rykket fra stk. 3 til stk. 4.

Kun virksomheder med begrænset ansvar, som fremmer deltagerens økonomiske interesser gennem erhvervsdrift, er omfattet af loven. Efter lovens definition af ”erhvervsdrift” er alle de efter nutidig opfattelse anerkendte former for erhvervsudøvelse omfattet af definitionen. Begrebet er en retlig standard, der løbende kan omfatte nye udviklinger indenfor erhvervsaktiviteterne.

Udover at drive erhvervsdrift skal denne også være beregnet til at give deltagerne økonomiske fordele, jf. note 2 ovenfor.

Bestemmelsen svarer i et vist omfang til erhvervsfondslovens § 2, og Erhvervsstyrelsens praksis i forhold til denne bestemmelse, kan ligeledes anvendes som bidrag til fortolkning af erhvervsvirksomhedsloven.

Der er dog væsentlige forskelle på bestemmelsen i erhvervsvirksomhedsloven og i erhvervsfondsloven.

Erhvervsvirksomhedslovens § 1, stk. 4, nr. 3 adskiller sig væsentligt fra den tilsvarende bestemmelse i erhvervsfondslovens § 2, stk. 1, nr. 3, idet sætningen ”eller med en anden virksomhed, der udøver den i nr. 1 eller 2 nævnte erhvervsdrift” som findes i erhvervsvirksomhedsloven, ikke genfindes i erhvervsfondsloven.

Erhvervsvirksomhedslovens § 1, stk. 4, nr. 4, genfindes ikke i erhvervsfondsloven.

I erhvervsfondsloven findes der i § 2, stk. 2, bestemmelse om, at en fond ikke anses for erhvervsdrivende, hvis den virksomhed, fonden udøver eller har den i stk. 1, nr. 3, anførte forbindelse med, er af begrænset omfang eller kun omfatter en uvæsentlig del af fondens samlede formue. Der er i erhvervsfondslovens § 2, stk. 3, fastsat hjemmel til, at Erhvervsstyrelsen kan fastsætte nærmere regler om, hvornår fondes erhvervsdrift anses for begrænset eller kun omfatter en uvæsentlig del af fondens formue. En tilsvarende begrænsning i forhold til omfanget af erhvervsdriften findes ikke i erhvervsvirksomhedsloven.

Af bemærkningerne til bestemmelsen ved indførelsen af bestemmelsen i erhvervsvirksomhedsloven i 1994 fremgår følgende:

”Efter den foreslåede definition af »erhvervsdrift« er alle former for erhvervsdrift omfattet af definitionen.

Nævnes kan erhvervsdrift i form af handel, håndværk, industri, landbrug og gartneri, salg eller udlejning af fast ejendom eller andre formuegoder, service- og tjenesteydelsesvirksomhed samt virksomhed, der drives i koncernforhold.

Indkøbs- salgs- og produktionsforeninger eller -sammenslutninger m.v. vil således også være omfattet af lovforslaget, uanset at der udelukkende handles med medlemmerne. Foreninger eller sammenslutninger, som gennem fælles bestillingskontorer, indkøbscentraler eller administrationskontorer tager sigte på en økonomisk fordelagtig tilrettelæggelse af medlemmernes virksomhed vil ligeledes være omfattet, f.eks. taxa-bestillingskontorer (jf. UfR1979.451 ØL), kontoringe m.v.”

Bestemmelserne i bogføringsloven er tillige af relevans for fortolkningen af erhvervsdrift i erhvervsvirksomhedsloven. I bogføringsloven defineres erhvervsdrift i § 2, således:

”En virksomhed er erhvervsdrivende eller udøver erhvervsaktiviteter, når den yder varer, rettigheder, pengemidler, tjenester eller lignende, for hvilke den normalt modtager vederlag.”

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

Denne definition svarer i vidt omfang til bestemmelsen i erhvervsvirksomhedslovens § 1, stk. 4, nr. 1, og den praksis der findes i relation til bestemmelsen i bogføringsloven kan tillægges vægt, også i medfør af henvisningen til U.1979.451Ø i lovbemærkningerne til erhvervsvirksomhedsloven, idet den nævnte dom omhandler den daværende tilsvarende bestemmelse i bogføringsloven.

Kravet, om at virksomheden skal udøve erhvervsdrift, skal være opfyldt på anmeldelsestidspunktet.

Dette har Erhvervsstyrelsen taget stilling til i forbindelse med anmeldelsen af skuffeselskaber, på grund af afskaffelsen af muligheden for at stifte nye SMBA'er, som trådte i kraft i 2014. I denne forbindelse nægtede Erhvervsstyrelsen registrering af disse skuffeselskaber, jf. lovens § 15 a, stk. 1, da de ikke opfyldte kravene i lovens § 1. Erhvervsstyrelsen angav ved nægtelsen af registreringen, at et selskab på anmeldelsestidspunktet skulle opfylde lovens § 1, stk. 1, om, at selskabet skulle have til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Det blev hertil angivet, at et skuffeselskab pr. definition ikke har nogen aktivitet, da selskabet kun formelt er kommet til eksistens ved anmeldelse af selskabet til registrering i styrelsen, og at selskabet derfor ikke kunne fremme deltagerens økonomiske interesser. Se note 5 til nærværende bestemmelse.

En virksomhed anses efter bestemmelsens nr. 1 for at udøve erhvervsdrift, hvis den overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke virksomheden normalt modtager vederlag.

Bestemmelsen svarer til § 2, stk. 1, nr. 1, i erhvervsfondsloven, hvor følgende fra bemærkningerne til bestemmelsen kan anvendes som bidrag til fortolkning af erhvervsvirksomhedsloven:

”Udtrykket »varer eller immaterielle rettigheder eller erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke, der normalt modtages en modydelse som vederlag«, skal forstås bredt. Det omfatter således blandt andet omsætning af løsøre, værdipapirer, it-udstyr, herunder it-programmer, rettigheder til patenter, varemærker, mønstre m.v., håndværksvirksomhed, industri, liberale erhverv og finansierings- og servicevirksomhed m.v.”

Det er en betingelse for at betegne fonden som erhvervsdrivende, at den normalt modtager vederlag som modydelse. Det er ikke afgørende, om den pågældende aktivitet er overskudsgivende, eller om der faktisk ikke betales vederlag i den konkrete situation.

Hvis der er tale om ydelser, som ikke leveres på markedsmæssige vilkår, f.eks. sociale ydelser, boligydelse eller lignende, er der ikke tale om erhvervsdrift i denne lovs forstand.”

Dette omfatter bl.a. konsulentydelse og udgivelse af tidsskrifter, jf. Erhvervsstyrelsens udtalelse i Erhvervsankenævnets kendelse af 10. maj 2007, j.nr. 2006-0007068.

En låneforening, hvori der formidles lån til medlemmerne mod provision, anses tillige for at udøve erhvervsdrift i henhold til § 1, stk. 4, nr. 1, jf. Erhvervsstyrelsens udtalelse i Erhvervsankenævnets kendelse af 12. maj 1998, j.nr. 97-129.334.

Kurser, foredragsvirksomhed samt rådgivning anses tillige for at være omfattet af lovens § 1, stk. 4, nr. 1, jf. Erhvervsstyrelsens udtalelse i Erhvervsankenævnets kendelse af 25. marts 1999, j.nr. 98-140.188.

En sammenslutning af virksomheder, som varetager visse opgaver for de tilsluttede virksomheder, vil tillige anses som omfattet af bestemmelsens § 1, stk. 4, nr. 1, jf. den ovennævnte dom, U.1979.451Ø, hvorefter et fælles bestillingskontor for en taxasammenslutning blev anset for erhvervsdrivende og dermed omfattet af bogføringslovens bestemmelser.

Efter bestemmelsens stk. 4, nr. 2, anses en virksomhed tillige for at udøve erhvervsdrift, hvis den udøver virksomhed med salg eller udlejning af fast ejendom.

Bestemmelsen svarer til § 2, stk. 1, nr. 2, i erhvervsfondsloven, hvor følgende fra bemærkningerne til bestemmelsen kan anvendes som bidrag til fortolkning af erhvervsvirksomhedsloven:

”Udøvelse af virksomhed med salg eller udlejning af fast ejendom er udtrykkeligt nævnt i stk. 1, nr. 2, da fast ejendom efter sædvanlig sprogbrug ikke omfattes af udtrykkene varer eller tjenesteydelser. Udlejning af fast ejendom mod vederlag indebærer, at fonden betragtes som erhvervsdrivende, dersom udlejningen tilsigter at opnå et afkast til uddeling til fondens formål. Hvis formålet er helt eller delvis at uddele friboliger uden eller mod en lav betaling – således som det f.eks. er tilfældet med en række kollegier, hvor der ikke betales en markedsbestemt husleje – kan fonden ikke karakteriseres som erhvervsdrivende.

Selv om sådanne fonde – ofte på grund af den økonomiske udvikling – har været nødsaget til at tage et mindre vederlag for den bolig, der stilles til rådighed, medfører dette ikke, at fonden kan siges erhvervsmæssigt at udleje fast ejendom. Tilsvarende gælder fonde, der har til formål at stille ferieboliger eller lignende til rådighed for ansatte eller tidligere ansatte i en bestemt virksomhed mod en beskeden lejeafgift. Der skal her lægges vægt på, at formålet ikke er at opnå et afkast til uddeling, men at opretholde og uddele friboliger eller boliger til meget beskeden ydelse. Der skal dog ikke meget til, før en fond anses for erhvervsdrivende i medfør af stk. 1, nr. 2. Det vil eksempelvis være tilfældet, hvis der i praksis betales så stor en husleje eller andel af vedligeholdelsesomkostningerne, at elementet af fribolig må anses for bortfaldet eller kraftigt formindsket.

Kapitel 1: Anvendelsesområde og definitioner

Det vil eksempelvis kunne forekomme, hvis det kun er enkelte lejligheder i ejendommen, der har en lavere husleje, mens de øvrige har en normal husleje for at dække fondens driftsudgifter.”

Efter bestemmelsens stk. 4, nr. 3, anses en virksomhed for at udøve erhvervsdrift, hvis virksomheden har den i selskabslovens §§ 6 og 7 anførte forbindelse med et aktie- eller anpartsselskab eller med en anden virksomhed, der udøver den i nr. 1 eller 2 nævnte erhvervsdrift.

Erhvervsvirksomhedslovens § 1, stk. 4, nr. 3 adskiller sig væsentligt fra den tilsvarende bestemmelse i erhvervsfondslovens § 2, stk. 1, nr. 3, idet sætningen ”eller med en anden virksomhed, der udøver den i nr. 1 eller 2 nævnte erhvervsdrift” som findes i erhvervsvirksomhedsloven, ikke genfindes i erhvervsfondsloven.

Erhvervsstyrelsen har taget stilling til denne forskel ved en vejledende fortolkning:

”Erhvervsstyrelsen har modtaget din henvendelse om hvorvidt, en forening der ejer et aktieselskab, som ikke udøver den i lov om visse erhvervsdrivende virksomheders § 1, stk. 4, nr. 1-2 nævnte erhvervsdrift, bliver anset for at yde erhvervsdrift, jf. lov om visse erhvervsdrivende virksomheders § 1, stk. 4, nr. 3.

Bestemmelsen i lov om visse erhvervsdrivende virksomheders § 1, stk. 4, nr. 3, skal efter Erhvervsstyrelsens vurdering fortolkes således, at en virksomhed anses for at udøve erhvervsdrift såfremt de har den i selskabslovens §§ 6 og 7 anførte forbindelse med et aktie- eller anpartsselskab, uanset om kapitalselskabet udøver den i nr. 1 eller 2 nævnte erhvervsdrift. Det er alene når der er tale om ”en anden virksomhed”, det har betydning, om der bliver udøvet den i nr. 1 eller 2 nævnte erhvervsdrift.

Denne vurdering skal ses i sammenhæng med, at et kapitalselskab pr. definition anses som værende erhvervsdrivende. Dette støttes tillige af, at den nugældende lov om erhvervsdrivende fondes § 2, stk. 1, nr. 3, tidligere var enslydende med bestemmelsen, se LBK nr. 560 af 19/05/2010 § 1, stk. 2, nr. 3. Ordlyden af den nugældende bestemmelse i erhvervsfondslovens § 2, stk. 1, nr. 3, er ”har den i selskabslovens § 7 anførte forbindelse med et aktie- eller anpartsselskab eller med en anden virksomhed.”, og det følger af bemærkningerne til § 2 i forslaget til den nugældende lov om erhvervsdrivende fonde, at det materielle indhold af den dagældende bestemmelse i § 1, stk. 2, om, hvornår en fond anses for at være erhvervsdrivende, foreslås fastholdt uændret.

I modsætning til bestemmelsen i lov om erhvervsdrivende fondes § 2, stk. 2, er der ikke i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, en undtagelse for bestemmende indflydelse over et kapitalselskab, hvis selskabets erhvervsdrift er af begrænset omfang eller kun omfatter en uvæsentlig del af den samlede formue. En forening der ejer et aktieselskab vil således blive anset som erhvervsdrivende, uanset om der er tale om erhvervsdrift af et beskedent omfang sammenholdt med den samlede drift.

At foreningen anses for at yde erhvervsdrift, medfører ikke nødvendigvis, at foreningen er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, idet dette tillige forudsætter, at foreningen har til formål at fremme deltageres økonomiske interesser, jf. lov om visse erhvervsdrivende virksomheders § 1, stk. 1.”

Endelig anses en virksomhed for at udøve erhvervsdrift efter § 1, stk. 4, nr. 4, såfremt virksomheden udøver en bestemmende indflydelse over en anden virksomhed i henhold til vedtægt eller aftale og har en betydelig andel i dens driftsresultat uden at have den i nr. 3 anførte forbindelse med den anden virksomhed.

§ 1 a [1] Loven finder desuden anvendelse på omdannede tidligere finansielle virksomheder, jf. stk. 2. [2]

Stk. 2. Ved en omdannet tidligere finansiell virksomhed forstås i denne lov en tidligere finansiell virksomhed, hvor den finansielle aktivitet er blevet udskilt i forbindelse med en omdannelse af den finansielle virksomhed i henhold til den finansielle lovgivning. [3]

Lovgrundlag

Lov nr. 616 af 14. juni 2011

Kommentar

1. Erhvervsvirksomhedslovens § 1 a, blev indført i 2011, ved indførelsen af tilsynet med visse omdannede finansielle virksomheder, og er ikke ændret siden.

Bestemmelserne om tilsynet med omdannede tidligere finansielle virksomheder blev indført i lovens nye kapitel 5 a.

Formålet med lovændringen var at indføre et offentligt tilsyn med virksomheder, der tidligere har drevet finansiell virksomhed, men som i forbindelse med en omdannelse har udskilt denne finansielle virksomhed til et selvstændigt aktieselskab.

Disse virksomheder råder ofte over betydelige formuer, hvor deltagerne samtidig har begrænset økonomisk incitament til at udøve aktivt ejerskab, og det er derfor ofte virksomhedens ledelse, som reelt administrerer virksomhedens formue. På grund af disse forhold, fungerede virksomhederne i høj grad som en slags fonde, og sigtet med lovforslaget var