

Kendelse af 10. maj 2017 (j.nr. 2016-12348)

Lån ikke ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Selskabslovens §§ 210, 212 og 215 og årsregnskabslovens § 137, stk. 7.

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

Ved skrivelse af 7. november 2016 har statsautoriseret revisor A på vegne af ledelsen i K [anpartselskab] klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 24. oktober 2016 har påbudt selskabets ledelse at søge et lån ydet i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, inddrevet straks inklusiv lovpligtige renter og dokumentere dette over for styrelsen samt påbudt virksomheden, at virksomhedens to kommende årsrapporter skal revideres.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 24. oktober 2016 hedder det:

"Ulovligt udlån til virksomhedens kapitalejer/ledelse i årsrapporten for 2014/2015 for K – CVR-nr.

Virksomheden har den 23. september 2016 foretaget en digital indberetning af årsrapporten for 2014/15.

Virksomhedens årsrapport er udtaget til kontrol, og Erhvervsstyrelsen har konstateret, at der er ydet et lån til virksomhedens kapitalejer/ledelse.

Styrelsen har på denne baggrund sendt en anmodning om oplysninger til selskabets ledelse den 18. juli 2016. I anmodningen blev selskabets ledelse bedt om at redegøre for forholdene omkring udlånet til selskabets kapital-ejer/ledelse.

Den 26. juli 2016 har styrelsen modtaget en redegørelse fra statsautoriseret revisor A på vegne af selskabet. Af redegørelsen fremgår det, at der er en mellemregning mellem K og B [Interessentselskab] (CVR-nr. ...), som delvist har samme ejerkreds. Det fremgår endvidere, at mellemregning

er benyttet til at finansiere større anskaffelser og betaling af konsulentydelse. Slutteligt anfører statsautoriseret revisor A, at mellemregning ikke er benyttet til private hævninger, samt at transaktionen efter hans opfattelse er lovlig.

Den 19. september 2016 har styrelsen modtaget bilag på betalinger fra de to selskaber for 2013 og 2014. De indsendte bilag vedrører en lang række forskellige transaktioner, herunder køb af forskellige løsøre og betaling af forskellige forsikringer. Idet det ud fra styrelsens forståelse af bilagende, omhandler betalinger til tredjemand fra de to selskaber, finder styrelsen dem ikke relevante for sagens behandling.

Den 22. september 2016 har styrelsen modtaget en samarbejdsaftale mellem K og B. Aftalen vedrører levering af tandlægeydelser fra interessentselskabet til anpartsselskabet, samt at interessentselskabet stiller driftsmidler til rådighed for anpartsselskabet. Aftalen indeholder bl.a. ikke noget fastere krav til honorar eller forfaldstid af betalinger. Det er derfor styrelsens vurdering, at dette ikke underbygger, at mellemregningen sker på forretningsmæssige vilkår, der er sædvanlige for selskab og branchen i øvrigt.

Styrelsens vurdering

Udlån fra et kapitalselskab til et personselskab, hvor ejerkredsen/ledelsen helt eller delvist er sammenfaldende, er som hovedregel omfattet af selskabslovens § 210, stk. 1. Der findes enkelte undtagelser til forbuddet, herunder selskabslovens § 212.

Efter gennemgang af det ovenstående finder styrelsen det ikke sandsynliggjort, at mellemværendet mellem K og B, der er i selskabets favør, er omfattet af selskabslovens § 212. Det er således styrelsens vurdering, at de modtagne bilag samt samarbejdsaftalen ikke har sandsynliggjort, at lånet er et almindeligt forrentningsmellemværende, som både er sædvanlig for selskabet samt branchen.

Læs evt. mere og få svar på en række af de oftest stillede spørgsmål om ulovlige kapitalejerlån på <https://erhvervsstyrelsen.dk/ulovlige-kapitalejerlaan>.

Styrelsen er bekendt med, at årsrapporten for 2015/2016 er modtaget, og der stadig fremgår et lån til B, som er indregnet til kr. 888.873.

Afgørelse

På baggrund af ovenstående påbyder Erhvervsstyrelsen:

1. Virksomhedens ledelse at søge det ulovlige lån tilbagebetalt til selskabet inkl. lovpligtige renter
2. Virksomheden at de to kommende årsrapporter skal revideres

Ad. 1 – Det ulovlige lån skal tilbagebetales

Erhvervsstyrelsen påbyder virksomhedens ledelse at søge lånet inklusive lovpligtige renter inddrevet straks, hvis lånet er ulovligt. Afgørelsen er truffet i medfør af selskabslovens § 210.

I skal indsende dokumentation til Erhvervsstyrelsen for, at lånet er tilbagebetalt. Styrelsen skal modtage dokumentationen senest 5. december 2016. Som dokumentation skal der indsendes to erklæringer til styrelsen:

- en erklæring fra virksomhedens ledelse og
- en erklæring fra en godkendt revisor

Begge erklæringer skal indeholde oplysninger om, *at* lånet er tilbagebetalt til virksomheden med tillæg af lovpligtige renter, *og at* der ikke længere er registreret et lån i strid med selskabsloven. Vær opmærksom på, at renterne skal beregnes for hele lånets løbetid.

Erklæringen fra revisor skal være afgivet med høj grad af sikkerhed og opfylde betingelserne i erklæringsbekendtgørelsens afsnit om andre erklæringer med sikkerhed.

For at lette sagsbehandlingen opfordrer vi dig til at sende dokumentationen til mailadressen nedenfor med angivelse af sagens journalnummer.

Hvis lånet ikke bliver tilbagebetalt til virksomheden, indestår de, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositionerne vedrørende lånet, for virksomhedens tab.

Hvis skyldneren ikke kan betale, kan ledelsen som et alternativ til ovennævnte erklæringer indsende:

- En erklæring med begrænset sikkerhed afgivet af en godkendt revisor, hvori revisor erklærer, at den pågældende ud fra sit kendskab til skyldnerens forhold vurderer, at beløbet ikke kan inddrives ved retslig inkasso. Erklæringen skal være afgivet i overensstemmelse med erklæringsbekendtgørelsens afsnit om andre erklæringer med sikkerhed,
- en udtalelse fra en uvildig advokat om, at den pågældende ud fra sit kendskab til skyldnerens forhold vurderer, at beløbet ikke kan inddrives ved retslig inkasso, eller
- en erklæring fra en offentlig instans (f.eks. en udskrift fra foged-bogen) om, at skyldneren er insolvent.

Hvis styrelsen ikke modtager ovennævnte dokumentation inden for den fastsatte frist, vil medlemmerne af virksomhedens ledelse blive pålagt tvangs bøder, indtil dokumentationen er modtaget i styrelsen.

Hvis I mener, at der er tale om et *lovligt udlån*, skal I indsende en begrundet redegørelse herfor. Styrelsen skal have modtaget denne redegørelse senest 5. december 2016.

Ad. 2 - Virksomhedens to kommende årsrapporter skal revideres

Erhvervsstyrelsen påbyder virksomheden, at virksomhedens to kommende årsrapporter for 2016/17 og 2017/18 skal revideres. Virksomheden kan således for de to regnskabsår ikke anvende muligheden i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt., for at fravælge revision.

Afgørelsen er truffet med hjemmel i årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 1. og 2. pkt., idet styrelsen har lagt til grund, at virksomheden har ydet et lån i strid med selskabslovens § 210, og at lånet er af ikke ubetydelig størrelse.

Såfremt Erhvervsstyrelsen senest 5. december 2016 modtager fyldestgørende dokumentation for at udlånet er lovligt, bortfalder påbuddet om revision af virksomhedens to kommende årsrapporter.

Politianmeldelse

Blandt andet henset til størrelsen af det ulovlige udlån oversendes sagen til den politikreds, hvortil virksomheden hører, medmindre ledelsen inden for den anførte frist dokumenterer, at det pågældende lån er lovligt. Hvis sagen oversendes, sker det med henblik på en vurdering af, om der bør rejses tiltale mod virksomhedens ledelse for overtrædelse af selskabsloven og/eller straffeloven.

Det er Erhvervsstyrelsen erfaring, at bødestørrelsen i sager om ulovlige kapitalejerlån afhænger af, om lånet inkl. lovpligtige renter tilbagebetales *inden* udløbet af 6-ugers-fristen (typisk udgør bøden her 2,5 pct. af lånet) eller *efter* udløbet af denne frist (typisk udgør bøden her 5 pct. af lånet).

Retligt grundlag

Virksomhedens årsrapport er udtaget til kontrol i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 159.

Udlån til en virksomheds ledelse og/eller kapitalejere er som hovedregel i strid med selskabslovens § 210. Der findes i selskabslovens §§ 211-214 enkelte undtagelser til forbuddet. Ifølge § 212 kan et lån betragtes som lovligt, hvis der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Kreditgivning i almindelige forretningsmellemværender er således undtaget fra forbuddet, hvis følgende betingelser er opfyldt:

- Transaktionen skal være foretaget som led i virksomhedens almindelige drift
- Transaktionen skal være til gavn for virksomheden
- Lånet skal være ydet på samme vilkår (betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse m.v.) som et tilsvarende lån til en uafhængig tredjemand
- Transaktionen skal være sædvanlig inden for den pågældende branche, og
- Virksomheden har indgået tilsvarende aftaler med uafhængige parter.

Virksomhedens ledelse skal søge det ulovlige udlån inklusive lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette overfor styrelsen, jf. selskabslovens § 215 sammenholdt med årsregnskabslovens § 161, nr. 3.

Den lovpligtige rente er defineret som Nationalbankens officielle udlånsrente, som fastsættes hvert år den 1. januar og den 1. juli, med et tillæg på 8 pct., jf. § 5, stk. 1, i renteloven og med et yderligere tillæg på 2 pct. Hvis en højere rente er aftalt, skal lånet forrentes med den aftalte rente, jf. selskabslovens § 215, stk. 1. Lånet skal forrentes i hele lånets løbetid. Afhængigt af tidspunktet for lånets stiftelse kan der skulle anvendes flere forskellige rentesatser.

Hvis lånet ikke bliver tilbagebetalt til virksomheden, indestår de personer, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositionerne vedrørende lånet, for virksomhedens tab, jf. selskabslovens § 215, stk. 2.

Erhvervsstyrelsen kan i medfør af årsregnskabslovens § 162, stk. 1, nr. 3, pålægge ledelsesmedlemmerne tvangsbøder, indtil ledelsen har efterkommet påbuddet om at søge det ulovlige lån tilbagebetalt.

Det fremgår af § 7 i erklæringsbekendtgørelsen, at revisor skal give supplerende oplysninger om forhold, som giver revisor en begrundet formodning om, at medlemmer af ledelsen kan ifalde erstatnings- eller strafansvar for overtrædelse af den selskabsretlige lovgivning.

Sagen oversendes til politiet med henblik på vurdering af, om der skal rejses tiltale mod virksomhedens ledelse for overtrædelse af selskabsloven og/eller straffelovens kapitel 28. Det følger således af selskabslovens § 367, stk. 1, at overtrædelse af samme lovs § 210 straffes med bøde. Straffelovens kapitel 28 omhandler formueforbrydelser og særligt § 280 om mandatsvig kan være relevant i sager, hvor ledelsen, der har ydet – eller opretholdt – et ulovligt kapitalejerlån har været bevidst om, at låntager ikke havde/har evne og/eller vilje til at tilbagebetale lånet.

Erhvervsstyrelsen kan i medfør af årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 1. og 2. pkt., beslutte at en virksomhed i indeværende og de to efterfølgende regnskabsår ikke kan benytte muligheden i § 135, stk. 1, 3. pkt. for at fravælge revision, hvis styrelsen ved en undersøgelse af virksomhedens årsrapport har konstateret væsentlige fejl eller mangler i forhold til selskabs- eller regnskabslovgivningen. ...

...”

Ved skrivelse af 7. november 2016 har A klaget til Erhvervsstyrelsen over afgørelsen og i den forbindelse anmodet styrelsen om at videresende klagen til Erhvervsankenævnet. I skrivelsen anføres det, at ”vor klient vil sørge for fremlæggelse af revisorerklæring som dokumenterer indfrielsen af ERST påståede ulovlige mellemværende senest 01.12.16.”

Ved skrivelse af 5. december 2016 fremsendte A dokumentation for, at lånet er tilbagebetalt i form en ledelseserklæring og en revisorerklæring, begge dateret 4. december 2006. I skrivelsen anføres det:

"På vegne af vor klient fremsender vi hermed følgende dokumentation...:

1. Dokumentation for restindfrielse af mellemregning mellem K og B pr. 30.11.16 incl. Underskrevet revisorerklæring dateret 04.12.16. Størstebeløbet af mellemregningen blev indfriet 01.05.16.
2. Underskrevet erklæring af 04.12.16 fra långivers ejer og direktør C om lånets indfrielse pr. 30.11.16."

I skrivelse af 7. december 2016 har A uddybet klagen med følgende:

"Vor oprindelige klage af 26.07.16 har været som følger:

...

På vor ovennævnte klient skal vi hermed besvare brev af 18.07.16 fra E&S.

Vor klient K har en mellemregning med et I/S ejet til dels af samme ejerkreds.

Der har i mange år været en mellemregning mellem de 2 virksomheder.

Mellemregningen har været anvendt til indkøb af driftsmidler og udstyr til brug for K samt til betaling af konsulenter tilknyttet B. Udstyret udlejes til markedsleje fra I/S til Aps.

Der er månedligt bevægelser på mellemregningen i væsentligt omfang.

Mellemregningen har alene til formål at varetage en erhvervsmæssig finansiering af større anskaffelser mellem de 2 virksomheder.

Mellemregningen har ikke været anvendt til nogen form for privat hævning.

Efter vor opfattelse er mellemregningen rent erhvervsmæssig. Saldoen er væsentligt nedbragt frem til 30.04.16.

Vor sammenfatning af vor klage til Erhvervsankenævnet er som følger:

Vi må afvise ERSTs forslag til afgørelse med følgende begrundelse:

1. Den eksisterende mellemregning mellem de 2 virksomheder anses ikke for ulovlig, idet mellemværendet alene er af rent erhvervsmæssig karakter og alene vedr. erhvervsmæssige ydelser fra I/S til Aps. Dokumentation for dette har været fremsendt.

Der har været samarbejde på disse præmisser siden 1995, hvilket er dokumenteret med den oprindeligt indgåede samarbejdsaftale.

K har indgået en tilsvarende aftale med selskabets anvendte Dentalleverandør, hvilket beviser at der er indgået tilsvarende aftaler med uafhængig 3. mand.

Mellemregningen er fuldt ud indfriet pr. 30.11.16, og en meget væsentlig del af mellemregningen har været indfriet fra 01.05.16.

2. Vi har ikke modtaget fuld skriftlig aktindsigt fra ERST som vi oprindeligt anmodede om.

Dette forhold burde alene føre til ugyldighed med den afsagte kendelse fra ERST.

Ankenævnet bedes venligst særskilt tage stilling til dette punkt i sin afgørelse.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 16. januar 2016 udtalt:

”...

Indledningsvist skal det anføres, at styrelsen – på det foreliggende grundlag – fastholder sin afgørelse af 24. oktober 2016.

I det uddybende klageskrift anfægter klager styrelsens afgørelse om, at lånet ydet til interessentskabet fra K var i strid med selskabslovens § 210. Klager oplyser således, at lånet var af rent erhvervsmæssig karakter og alene vedrørte erhvervsmæssige ydelser fra interessentskabet. Klager henviser i den forbindelse til den dokumentation, som er forelagt styrelsen. Klager oplyser endvidere, at der har været et samarbejde på disse præmisser siden 1995, hvilket ifølge klager dokumenteres ved en samarbejdsaftale, som er indsendt til styrelsen. Klager oplyser desuden, at K har indgået en tilsvarende aftale med selskabets anvendte dentalleverandør, hvilket ifølge klager beviser, at der har været indgået tilsvarende aftaler med uafhængig 3. mand. Styrelsen har ikke modtaget dokumentation herfor.

Klager anfører afslutningsvis, at der ikke er givet fuld skriftlig aktindsigt og mundtlig forhandling forud for afsigelsen af Erhvervsstyrelsens afgørelse, hvilket efter klagers opfattelse medfører, at styrelsens afgørelse er ugyldig efter offentlighedsloven og forvaltningsloven.

Klager anfægter ikke den del af styrelsens afgørelse, der vedrører, at selskabet ikke kan anvende muligheden for at fravælge revision for de to kommende årsrapporter, hvorfor styrelsen ikke i sin udtalelse og redegørelse forholder sig yderligere til den del af afgørelsen.

....

Styrelsen har under sagsforløbet anmodet virksomheden om en fyldestgørende redegørelse samt dokumentation, der sandsynliggør, at lånet til interessentskabet var omfattet af undtagelsen i selskabslovens § 212. Styrelsen modtog i første omgang en redegørelse fra statsautoriseret revisor A, hvori han kort redegør for, at mellemregningen efter ledelsens og revisors opfattelse alene blev anvendt til erhvervsmæssigt brug, og at der ikke var sket nogen form for privat hævning. Det fremgår således af redegørelsen, at mellemregningen var opstået i forbindelse med, at der var købt driftsmidler og udstyr til brug i K, samt at der var sket betaling af konsulenter tilknyttet interessentskabet. Det oplyses, at udstyret udlejes til markedsleje fra interessentskabet til K.

Til redegørelsen var der vedhæftet et Excel-dokument, der bl.a. indeholder en erklæring fra ledelsen om, at revisor har modtaget en række oplysninger i forbindelse med revision af årsregnskabet for 2013/2014. Det er styrelsens vurdering, at denne erklæring ikke har relevans for den konkrete sag.

Efter anmodning om at der skulle indsendes en fyldestgørende redegørelse samt dokumentation, modtog styrelsen bl.a. en samarbejdsaftale mellem de to selskaber samt en lang række fakturaer udstedt af tredjepart til enten B, K eller C (personligt). Sidstnævnte er direktør i K. Sammen med fakturaerne modtog styrelsen en opgørelse over mellemregningskontoen mellem de to selskaber for perioden 1. maj 2013 til 30. april 2014. Styrelsen modtog dog ikke nogen fyldestgørende redegørelse.

På baggrund af den modtagne dokumentation samt redegørelse er det styrelsens vurdering, at det ikke er sandsynliggjort, at lånet til interessentskabet var omfattet af selskabslovens § 212. Der er således efter styrelsens opfattelse bl.a. store uklarheder omkring, hvilke dispositioner der har været mellem de to selskaber, og hvordan mellemregningen var opstået i K's favør. Transaktionsvejen er således omvendt af, hvad styrelsen ville forvente, når der opstår en mellemregning i kapitalselskabets favør, da det er interessentskabet, der har leveret ydelser mod betaling, ligesom interessentskabet i henhold til redegørelsen har indkøbt driftsmidler til brug i kapitalselskabet. Endvidere har styrelsen modtaget en lang række forskellige fakturaer, som er posteret på mellemregningskontoen, uden at der har været vedlagt en redegørelse, der forklarer sammenhæng mellem de fremsendte fakturaer og pågældende poster i mellemregningen.

Uanset de store uklarheder omkring mellemregningen, er det dog på baggrund af den modtagne redegørelse styrelsens forståelse, at den beskrevne forretningsmodel mellem K og B fungerer således, at K først har finansieret køb af driftsmidler i interessentskabet, hvorved der er opstået et lån. Efterfølgende er driftsmidlerne udlejet til K, ligesom der er ydet konsulent-

bidrag fra interessentskabet. Leveringen af disse ydelser er efterfølgende modregnet i det ydet lån.

Det er styrelsens opfattelse, at den ovenfor beskrevne forretningsmodel ikke er sædvanlig for branchen, hvorfor lånet ikke ville være omfattet af selskabslovens § 212.

Selv hvis forretningsmodellen kunne karakteriseres som sædvanlig, ville lånet efter styrelsens vurdering dog stadig helt eller delvist være i strid med selskabslovens § 210.

Årsagen er, at der efter styrelsens vurdering ikke er overensstemmelse mellem den beskrevne forretningsmodel, og hvad der reelt er foretaget af dispositioner på mellemregningen. Styrelsen har således bemærket, at en lang række af de posteringer, der fremgår af den fremsendte opgørelse af mellemregningen, vedrører poster som er K uvedkommende. Disse poster omfatter bl.a. betaling for blækpatroner, benzin, reparation af bil samt forsikring af C (personligt). Det er således f.eks. uklart, hvorfor K skal finansiere indkøb af blækpatroner i interessentskabet samt betale direktørens personlige forsikring.

Sagens faktiske omstændigheder

Styrelsen modtog den 25. september 2015 årsrapporten for 2014/2015 for K.

Årsrapporten blev i henhold til årsregnskabslovens § 159, stk. 2, udtaget til kontrol. Årsrapporten indeholder en revisionspåtegning underskrevet af statsautoriseret revisor A. Der er i revisionspåtegningen ikke afgivet supplerende oplysning.

Ved gennemgang af årsrapporten konstaterede styrelsen, at der i balancen var anført et beløb på kr. 773.811 under posten *Mellemregning B*. Samtidig konstaterede styrelsen sammenfald mellem ejerkredsen og ledelsen i interessentskabet og K. Da udlån til et personselskab, herunder et interessentskab, hvor der er sammenfald mellem ejerkredsen eller ledelsen, efter styrelsens vurdering er omfattet af forbuddet i selskabslovens § 210, stk. 1, rettede styrelsen ved brev af 19. juli 2016 henvendelse til selskabet omkring mellemregningen. Styrelsen anmodede i henhold til årsregnskabslovens § 160 om at få tilsendt en fyldestgørende redegørelse omkring forholdene vedrørende mellemregningen, herunder hvorvidt mellemregningen var omfattet af undtagelsesbestemmelsen i selskabslovens § 212.

Styrelsen modtog på vegne af selskabet svar på henvendelsen den 26. juli 2016 fra statsautoriseret revisor A. Af redegørelsen fremgik følgende:

- Mellemregningen mellem de to virksomheder har været der i mange år

- Mellemregningen er opstået i forbindelse med, at der er købt driftsmidler og udstyr til brug i K, samt at der er sket betaling af konsulenter tilknyttet interessentskabet. Det oplyses, at udstyret udlejes til markedsleje fra B til K.
- At der er månedlige bevægelser af væsentligt omfang
- At mellemregningen alene har til formål at varetage en erhvervsmæssig finansiering af større anskaffelser mellem de to virksomheder
- At mellemregningen efter ledelsens og revisors opfattelse alene er anvendt til erhvervsmæssig brug, og der således ikke er sket private hævninger

Til redegørelsen var der vedhæftet et Excel-dokument, der bl.a. indeholder en erklæring fra ledelsen om, at revisor har modtaget en række oplysninger i forbindelse med revisionen af årsregnskabet for 2013/2014. Det er styrelsens vurdering, at denne erklæring ikke har relevans for den konkrete sag. Der fremgik af den pågældende redegørelse ikke en anmodning om aktindsigt eller mundtlig forhandling.

På baggrund af den modtagne redegørelse rettede styrelsen ved mail af 5. september 2016 på ny henvendelse til statsautoriseret revisor A. Revisor blev anmodet om at indsende en fyldestgørende redegørelse for bevægelserne på mellemregningen samt dokumentation til at understøtte, at der var tale om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner mellem de to selskaber.

Styrelsen modtog svar på henvendelsen fra statsautoriseret revisor A henholdsvis den 19. september 2016 og den 22. september 2016. Styrelsen modtog bl.a. i den forbindelse en opgørelse over mellemregningskontoen for perioden 1. maj 2013 til 30. april 2014. Styrelsen modtog endvidere en samarbejdsaftale mellem de to selskaber samt en lang række fakturaer udstedt af tredjepart til enten interessentskabet, K eller C (personligt), der er direktør i K.

Der blev efter styrelsens vurdering ikke fremsendt en fyldestgørende redegørelse.

På baggrund af den modtagne redegørelse samt dokumentation var det styrelsens vurdering, at det ikke blev sandsynliggjort, at lånet til interessentskabet var omfattet af undtagelsesbestemmelserne i selskabslovens § 212.

Styrelsen traf derfor den 24. november 2016 afgørelse i sagen, hvori ledelsen bl.a. blev påbudt i henhold til selskabslovens § 215 at inddrive lånet inklusiv lovpligtige renter og at dokumentere dette over for styrelsen ved indsendelse af en erklæring fra ledelsen og fra en godkendt revisor om, at det ulovlige lån inklusiv lovpligtige renter var tilbagebetalt. Styrelsen har efterfølgende den 5. december 2016 modtaget de krævede erklæringer fra ledelsen og revisor, hvorefter det fremgår, at lånet er indfriet med tillæg af lovlig-

tige renter, og at der ikke længere er et lån i strid med selskabsloven. Kontrolsagen er derfor afsluttet i styrelsen.

Sagens retlige omstændigheder

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 1, må et kapitalselskab ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet eller et moderselskab til dette.

I henhold til selskabslovens § 212, kan et kapitalselskab, uanset § 210, som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for personkredsen nævnt i § 210.

Undtagelsen for sædvanlige forretningsmæssige dispositioner blev først lovfæstet i forbindelse med vedtagelsen af selskabsloven i 2009. Det fremgår således af bemærkningerne til § 212 i selskabsloven fra 2009, at der var tale om en kodificering af den i praksis gældende undtagelse, og at der ikke var tilsigtet ændringer i forhold til den hidtidige praksis. Det fremgik af forarbejderne til aktieselskabsloven, jf. blandt andet 1964-betænkningen, at reglerne om aktionærlån kun gjaldt egentlige lån og ikke skyldforhold, der opstår som følge af kreditgivning i almindelige forretningsforhold. Ved en ændring af aktieselskabsloven i 1982 fremgik det af bemærkningerne, at lån og sikkerhedsstillelse ikke omfattes af § 115, stk. 1, hvis der er tale om dispositioner, der er erhvervsmæssigt begrundet og sædvanlige for både selskabet og inden for branchen i almindelighed.

Det følger af lovbemærkningerne til selskabslovens § 212, at sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, som hovedregel, er kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit. Det er ikke kun transaktionen, som skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse m.v. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand.

Det fremgår af selskabslovens § 215, stk. 1, at udbetalinger fra et selskab, der er foretaget i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, skal tilbageføres til selskabet tillige med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

I henhold til selskabslovens § 215, stk. 2, indestår de, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositioner i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, for selskabets tab, såfremt tilbagebetaling eller ophør af aftaler om anden økonomisk bistand ikke kan finde sted.

Styrelsens udtalelse

Lån til et interessentskab, hvor en eller flere af interessenterne er kapitalejere eller ledelsesmedlemmer i det långivende selskab, er efter såvel den tidligere Erhvervs- og Selskabsstyrelses som Erhvervsstyrelsens nuværende

praksis omfattet af forbuddet i selskabslovens § 210. Denne praksis skyldes bl.a., at interessenterne frit kan trække midlerne ud fra interessentskabet, ligesom interessenterne hæfter personligt, ubegrænset og solidarisk, hvorfor lånet får en karakter som minder om et lån direkte til personerne.

I den konkrete sag var C registreret som direktør i K ligesom hun var registreret som en af to interessenter i B. Lånet ydet fra K til interessentskabet B var derfor efter styrelsens praksis som hovedregel omfattet af forbuddet i selskabslovens § 210.

Lånet kan dog være lovligt, såfremt betingelserne i undtagelsesbestemmelsen i selskabslovens § 212 er opfyldt.

Formålet med § 212 er, at kapitalejere og ledelse i et selskab ikke skal være forhindret i at indgå i et helt almindeligt forretningsmellemværende med selskabet. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit.

Hvis en disposition skal være omfattet af undtagelsen for sædvanlige forretningsmæssige dispositioner i selskabslovens § 212, er det en betingelse, at dispositionen skal være sædvanlig for såvel det pågældende selskab som inden for den branche, hvori selskabet agerer. Ifølge bemærkningerne til § 212 er det en klar indikation for, om transaktionen er sædvanlig, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter.

Statsautoriseret revisor A anfører, at lånet var lovligt, da låneprovenuet har været anvendt til indkøb af driftsmidler og udstyr til brug i K samt til betaling af kon-sulenter, der er tilknyttet interessentskabet. I den forbindelse oplyser han, at driftsmidlerne udlejes til markedsleje.

Det er styrelsens opfattelse, at der er store uklarheder omkring, hvilke dispositioner der har været mellem de to selskaber, og hvordan mellemregningen er opstået i K's favør. Det fremgår således af ovenstående beskrivelse, at der er sket levering af ydelser fra interessentskabet til K mod betalinger, samt at der er foretaget køb af driftsmidler til K. Leverancer fra interessentskabet til K vil medføre en gæld hos K og ikke et tilgodehavende.

Transaktionsvejen er således omvendt af, hvad styrelsen vil forvente, når der opstår en mellemregning i kapitalselskabets favør. Endvidere har styrelsen modtaget en lang række forskellige fakturaer, uden at der har været vedlagt en redegørelse, der forklarer sammenhæng mellem de fremsendte fakturaer og pågældende mellemregningen, samt hvorfor disse dispositioner er sædvanlige for såvel selskabet som den branche, selskabet agerer i. Dette er fak-

turaer som er betalt af K, men som vedrører interessentskabet eller dets ledelse.

I forhold til erhvervelse af driftsmidler, antager styrelsen dog, at den beskrevne forretningsmodel mellem K og B fungerer således, at K først har finansieret køb af driftsmidler i B, hvorved der er opstået et lån. Efterfølgende er driftsmidlerne udlejet til K. Herudover er der ydet konsulentbidrag fra B. Leveringen af disse ydelser er efterfølgende modregnet i det ydede lån via fakturering.

Det er styrelsens opfattelse, at den ovenfor beskrevne forretningsmodel ikke er sædvanlig for branchen, hvorfor lånet ikke ville være omfattet af selskabslovens § 212. Det er således styrelsens vurdering, at det ikke er sædvanligt for branchen, at et kapitalselskab finansierer køb af driftsmidler for et interessentskab for derefter at leje de samme driftsmidler fra samme interessentskab.

Selv hvis forretningsmodellen kunne karakteriseres som sædvanlig, ville lånet efter styrelsens vurdering stadig helt eller delvist være i strid med selskabslovens § 210. Der vil således efter styrelsen vurdering ikke være overensstemmelse mellem den beskrevne forretningsmodel, og hvad der reelt er foretaget af dispositioner på mellemregningen. Styrelsen har bl.a. bemærket, at en lang række af de posteringer, der fremgår af den fremsendte opgørelse over mellemregningen, vedrører poster som er K uvedkommende. Som eksempel kan bl.a. nævnes fakturaer udstedt til C personligt fra D [Pensions virksomhed], der er blevet betalt af kapitalselskabet. Ligeledes har styrelsen bemærket, at fakturaer, der er udstedt til B, og som bl.a. vedrører betaling af revision, blækpatroner samt abonnement hos et teleskab, er blevet betalt af K. Styrelsen er desuden uforstående over for, at fakturaer, der er udstedt til K, er indregnet på mellemregningskontoen mellem de to selskaber, da disse betalinger efter styrelsens opfattelse alene vedrører kapitalselskabet.

Når K betaler fakturaer, som vedrører interessentskabet eller selskabets direktør, opstår der et lån til interessentskabet eller direktøren. Det er dette lån, som er i strid med selskabslovens § 210.

Statsautoriseret revisor A har i det udvidede klageskrift oplyst, at K har indgået tilsvarende aftale med selskabets dentalleverandør. Styrelsen har under sags-forløbet ikke modtaget dokumentation, der understøtter dette.

Styrelsen har endvidere bemærket, at mellemregningen ikke udlignes løbende, hvilket styrelsen ellers vil forvente vil ske, hvis der var tale om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner mellem de to selskaber. Tværtimod

stiger beløbet på mellemregningskontoen fra 1. maj 2013 frem til 30. april 2014 i kapitalsselskabets favør, selvom der jævnligt foretages mindre betalinger fra interessentskabet.

Stigningen sker ved, at mellemregningen ikke udlignes løbende. Der er således ikke tale om, at der gives sædvanlig kredit, som betales efter f.eks. 30 dage. Udestående ved årets udgang vedrører således et ubestemmelig antal poster, og der er ingen tegn på, at disse udlignes, som hvis der var tale om en kredit med en uafhængig part.

Dette er efter styrelsens vurdering en klar indikation på, at mellemregningen ikke anvendes til sædvanlige forretningsmæssige dispositioner.

Styrelsen har desuden bemærket, at beløbet, der fremgår af opgørelse pr. 1. maj 2013 (i henhold til interessentskabets bogføring) på kr. 251.319, ikke stemmer overens med det indregnede tilgodehavende i årsrapporten for 2012/2013 for K. Det fremgår således af årsrapporten, at tilgodehavende udgjorde kr. 642.206 pr. 30. april 2013. Det er uklart hvad forskellen består i.

Styrelsen skal endvidere gøre opmærksom på, at styrelsen kun har modtaget dokumentation for perioden 1. maj 2013 til 30. april 2014, og kun i forhold til interessentskabets bogholderi. Styrelsen har således ikke modtaget en udskrift af kapitalsselskabets konto for mellemregning.

Lånet er siden 30. april 2014 steget og er indregnet til kr. 888.873 i årsrapporten for 2015/2016 for K. Grundet den manglende dokumentation er det heller ikke blevet sandsynliggjort, at stigningen efter 30. april 2014 ville være omfattet af undtagelsen i selskabslovens § 212.

På det foreliggende grundlag er det derfor styrelsens vurdering, at selskabets ledelse ikke har sandsynliggjort, at mellemregningen er sædvanlig for såvel selskabet som branchen, selskabet agerer i, hvorfor mellemregningen ikke omfattet af undtagelsen i § 212. Styrelsen er således ikke enig i klagers vurdering heraf. Styrelsen fastholder derfor sin afgørelse af 28. november 2016.

Klager anfører at afgørelsen skulle være ugyldig efter offentlighedsloven og forvaltningsloven, da styrelsen – efter det af klager oplyste – ikke har givet klager og dennes klient fuld skriftlig aktindsigt samt mulighed for mundtlig forhandling forud for afsigelsen af styrelsens afgørelse. Styrelsen skal hertil udtale, at klager ikke under sagens behandling skriftligt har anmodet om aktindsigt eller mundtlig forhandling. Det fremgår endvidere ikke af sagen, at klager har fremsat mundtlig anmodning herom.

Da der således ikke er tale om en mangel ved styrelsens afgørelse, er der ikke grundlag for klagers påstand om, at afgørelsen skulle være ugyldig efter forvaltningsloven eller offentlighedsloven.

For det tilfælde at Erhvervsankenævnet lægger til grund, at klager (mundtligt) har anmodet om aktindsigt og mundtlig forhandling, er det styrelsens vurdering, at disse mangler ikke medfører, at afgørelsen er ugyldig, idet manglerne konkret ikke kan anses for at have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse; der er således ikke journaliseret dokumenter på sagen udover de dokumenter, som klager selv har sendt til styrelsen eller som klager har sendt til styrelsen, og som klager således er bekendt med. På den baggrund er det styrelsens vurdering, at det ikke ville kunne have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse, selvom der var givet aktindsigt.

Styrelsen har ikke grund til at tro, at klager i forbindelse med en sådan mundtlig forhandling ville have tilvejebragt nye oplysninger eller dokumentation for

sin påstand om, at der var tale om et lovligt låneforhold. På den baggrund er det styrelsens vurdering, at det ikke ville kunne have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse, selvom der var gennemført en mundtlig forhandling af sagen.

...

I skrivelse af 17. februar 2017 har A heroverfor bemærket:

”...

På vegne K skal vi hermed komme med følgende bemærkninger til udtalelsen fra ERST af 16.01.17.

1. Posterings på mellemregning mellem K og B.

ERST anfører, at man ikke kan forstå teksten på de enkelte bilag bogført på mellemregningskontoen.

Hvert eneste bilag bærer en klar tekst, som forklarer hvilken ydelse, som der er leveret fra B til K.

ERST må derfor være helt præcis i sin kritik af bilagene for at kunne få et præcist svar.

2. Saldo på mellemregning i Aps favør.

ERST anfører, at det er usædvanligt, at saldoen på mellemregningskontoen er i Aps favør.

Dette kan forklares ved, at Aps løbende finansierer tandlægeudstyr indkøbt af I/S og udlejet til Aps.

Dette er tillige helt i overensstemmelse med den oprindelige samarbejdsaftale.

3. Usædvanlig finansieringsmodel.

Finansieringsmodellen er identisk med almindeligt forekommende leasingkonstruktioner, som anvendes ved finansiering af tandlægeudstyr. Stort set alle leverandører giver mulighed for en leasingmodel eller en model med køb på afbetaling.

Tilbud fra eksterne leverandører vil blive eftersendt.

4. Usædvanlige dispositioner på mellemregningen.
Bil er indkøbt af Aps og efterfølgende overdraget til I/S med finansiering fra Aps.
Dette giver anledning til posteringer vedr. bil.
Indkøb af kontorudstyr i form af blækpatroner er foretaget af I/S og betalt af Aps som led i en aftale om dette. Beløbene er helt uvæsentlige.
Køb af forsikring til Interessent er foretaget af I/S og betalt af Aps som led i en aftale om dette.
5. Manglende indsigt i Aps bogføring.
Bogføring for Aps for de omtalte perioder efterlyses. Dette vil blive eftersendt.
6. Stigning i mellemregning i Aps favør.
Mellemregningen er i praksis steget p.g.a. en fejlpostering som tidligere er oplyst, og som er fuldt ud tilbageført ultimo november 2016.
7. Manglende dokumentation for samhandel med dentalleverandør.
Dokumentation for samhandel med dentalleverandør vil blive eftersendt.
8. Anmodning om aktindsigt og mundtlig forhandling.
Vor klient har anmodet om fuld skriftlig aktindsigt og mundtlig forhandling allerede fra den første skriftudveksling.
ERST bedes kontrollere den indledende skriftudveksling. Dette er tillige foretaget ved anken til Erhvervsankenævnet.
9. Vor klient fastholder på grundlag af oplysningerne i pkt. 1-8 at der er tale om et lovligt kapitalejerlån.”

Ankenævnet udtaler:

Erhvervsankenævnet finder, at der ikke foreligger sådanne sagsbehandlingsfejl – herunder vedrørende manglende adgang til aktindsigt og mulighed for mundtlig forhandling forud for den af Erhvervsstyrelsen truffe afgørelse – som kunne have påvirket udfaldet af den påklagede afgørelse med den virkning, at afgørelsen er ugyldig.

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 1, 1. pkt., må et anpartsselskab ikke stille midler til rådighed, yde lån til eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet. Beløb ydet i strid med § 210 skal tilbageføres til selskabet med tillæg af rente, jf. lovens § 215, stk. 1. Et kapitalselskab kan dog i medfør lovens § 212 yde lån af den anførte karakter, såfremt långivningen er led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Af lovbemærkningerne (L 170 af 25. marts 2009) til § 212 fremgår:

” ...

Disse sædvanlige forretningsmæssige dispositioner har som hovedregel været kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit. Der må foretages en konkret vurdering af, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig for selskabet og inden for branchen. En klar indikator for, om transaktionen er sædvanlig, er, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter.

... ”

Erhvervsankenævnet lægger til grund, at det omstridte lån til B er opstået ved K's finansiering af B's køb af driftsmidler, som efterfølgende udlejes til K.

Ankenævnet finder, at lånet ikke er ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212. Det er herved lagt til grund, at K ikke løbende har indgået tilsvarende låneaftaler med uafhængige tredjemænd. Der er således heller ikke fremlagt dokumentation for, at der –som anført af klager – skulle være indgået tilsvarende aftale med selskabets dentalleverandør.

Det følger af § 215, stk. 1, at lån ydet i strid med § 210 skal tilbagebetales til selskabet sammen med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat i § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

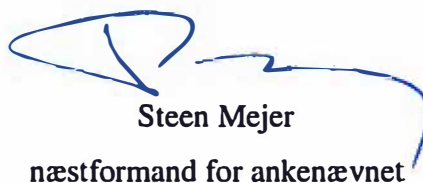
Med den af klager under ankesagens behandling fremsendte ledelseserklæring om, at lånet er tilbagebetalt, samt revisorerklæringen herom anses Erhvervsstyrelsens påbud om, at virksomhedens ledelse skal søge det ulovlige lån tilbagebetalt til selskabet inkl. lovpligtige renter, for efterlevet.

Med hjemmel i årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 1. og 2. pkt., har Erhvervsstyrelsen påbudt virksomheden, at virksomhedens to kommende årsrapporter skal revideres.

Det fremgår ikke klart, hvorvidt klagen er tiltænkt at omfatte dette påbud. Ankenævnet skal dog bemærke, at nævnet ikke finder grundlag for at tilsidesætte Erhvervsstyrelsens vurdering og beslutningen om revisionspligt af virksomhedens årsrapporter for de kommende to regnskabsperioder. Erhvervsstyrelsens påbud tiltrædes således.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 24. oktober 2016.

I ankenævnets afgørelse har Anders Hjulmand, Niels Walther-Rasmussen og Steen Mejer deltaget.



Steen Mejer
næstformand for ankenævnet