

Kendelse af 10. maj 2017 (J.nr. 2016-12907)

Lån ikke ydet som led i sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Selskabslovens §§ 210, 212 og 215

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

Ved skrivelse af 21. november 2016 har statsautoriseret revisor A på vegne af K [anpartsselskab] 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 26. november 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/ledelses nærtstående ved, at der er en mellemregning mellem K og B (CVR-nr.) [I/S], hvor D er fuldt ansvarlig deltager, og er nærtstående til eneejer og direktør i K.

Styrelsen har på denne baggrund sendt en anmodning om oplysninger til selskabets ledelse den 21. juli 2016. I anmodningen blev selskabets ledelse

bedt om at redegøre for forholdene omkring udlånet til selskabets kapital-ejer/ledelses nærtstående.

Den 3. august 2016 har styrelsen modtaget en redegørelse fra statsautoriseret revisor A på vegne af selskabet. Af redegørelsen fremgår det, at revisor, anser mellemregning for lovlig efter selskabslovens regler, da mellemregningen er mellem to virksomheder med tæt løbende og tæt forretningsmæssigt samarbejde.

Den 7. september 2016 har styrelsen modtaget en skrivelse fra statsautoriseret revisor A, hvor det fremgår, at det fortsat er revisors opfattelse, at lånet er lovligt, da det er opstået af erhvervsmæssige årsager. Til at underbygge dette, har revisor vedhæftet en række bilag og en oversigt over mellemværende mellem de to virksomheder. Af bilagene fremgår det, at der er foregået betalinger mellem virksomhederne for konsulentytelser. Det er styrelsens vurdering, at disse bilag alene ikke har sandsynliggjort, at lånet er lovligt. Styrelsen har endvidere ikke modtaget en fuldstændig redegørelse for regnskabsposten tilgodehavender, som styrelsen har anmodet om oplysninger om. Idet det af notet 5 i årsrapporten fremgår, at der er forudbetalte omkostninger på kr. 325.306, som ikke er redegjort for.

Styrelsens vurdering

Udlån fra et kapitalselskab til en personligt drevet virksomhed, hvor den fuldt ansvarlige deltager er nærtstående til kapitalejer/ledelse i et kapitalselskab, 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, som er i kapitalselskabets favør, er omfattet af selskabslovens § 212. Det er således styrelsens vurdering, at de modtagne bilag samt redegørelse fra revisor ikke har sandsynliggjort, at lånet er et almindeligt forretningsmellemværende, som både er sædvanlig for selskabet samt for branchen i øvrigt.

...

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 tvangsbøder, 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 **senest** denne redegørelse 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 erklæringsbekendtgørelse, 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. Styrelsen kan dog altid beslutte, at muligheden ikke kan anvendes, hvis der er ydet lån, som er omfattet af selskabslovens forbud mod lån til virksomhedsdeltagere og/eller ledelsesmedlemmer, og der er tale om lån af ikke ubetydelig størrelse eller gentagne overtrædelser af forbuddet i selskabslovgivningen.

...”

Ved skrivelse af 21. 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 [K] vil sørge for fremlæggelse af revisorerklæring som dokumenterer indfrielsen af ERST påståede ulovlige mellemværende senest 01.12.16.”

I skrivelse af 11. januar 2017 har A uddybet klagen med følgende:

”
...

Hermed følger vor uddybende anke af sagen vedr. K

I vor mail af 07.09.16 til ERST ... har vi dokumenteret følgende forhold omkring mellemregningen mellem B og K:

1. Vi har bevist at bevægelserne 2012-2015 på mellemregningen mellem de 2 virksomheder er rent erhvervsmæssige, idet de alene består af lægelige ydelser leveret fra den ene virksomhed til den anden virksomhed jfr. tidligere fremsendte kontokort til ERST i vor mail af 07.09.16.

2. Vi har fremsendt dokumentation for hver af bevægelserne på mellemregningskontoen i vor mail til ERST af 07.09.16.

Dokumentationen viser klart, at mellemværende mellem K og B alene er opstået af erhvervsmæssige årsager og at mellemværendet derfor er lovligt i forhold til gældende selskabslovgivning.

Herudover kan vi oplyse, at K samarbejder fagligt og erhvervsmæssigt med en række andre virksomheder på samme vilkår som med B

Vi kan derfor fastslå, at mellemværendet mellem de 2 ovenstående virksomheder er lovligt i forhold til gældende selskabslovgivning.

”
...

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 7. februar 2016 udtalt:

”
...

I afgørelsen har styrelsen lagt til grund, at der var ydet et lån i strid med den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 210, og har på den baggrund dels påbudt ledelsen at inddrive tilgodehavendet, som i årsrapporten for 2014/2015 var indregnet med kr. 393.000 under posten *Tilgodehavender*, jf. note 5 på side 17 i årsrapporten, dels truffet afgørelse om, at virksomheden ikke kan anvende muligheden for at fravælge revision for de to kommende årsrapporter, jf. årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt. Det er styrelsens vurdering, at lånet til enkeltmandsvirksomheden, B, CVR-nr. ..., var i strid med selskabslovens § 210, da lånet efter styrelsens vurdering ikke var omfattet af undtagelsen i selskabslovens § 212, og derfor skulle tilbagebetales med lovpligtige renter, jf. selskabslovens § 215.

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 B fra K var i strid med selskabslovens § 210. Klager oplyser således, at lånet var af rent erhvervsmæssig karakter, da det alene vedrørte lægelige ydelser leveret fra et selskab til et andet. Klager henviser i denne forbindelse til den dokumentation, som er forelagt styrelsen. Klager oplyser desuden, at K har tilsvarende samarbejder med andre selskaber på samme vilkår som indgået med B. 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 umiddelbart 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 er dog opmærksom på, at de to dele af afgørelsen er indbyrdes afhængige.

Styrelsen har under sagsforløbet anmodet selskabet om en fyldestgørende redegørelse samt dokumentation, der kunne sandsynliggøre, at lånet til B, som hævdet af klager, var omfattet af undtagelsen i selskabslovens § 212. Styrelsen modtog i den forbindelse bl.a. en redegørelse fra statsautoriseret revisor A, hvori han kort har redegjort for, at mellemregningen efter ledelsens og revisors opfattelse alene vedrører forretningsmæssige ydelser, hvorfor lånet var omfattet af undtagelsesbestemmelserne i selskabslovens § 212-214. Styrelsen har endvidere modtaget en ikke nærmere detaljeret opgørelse over bevægelser på mellemregningen for perioden 30. juni 2012 til 30. juni 2015, samt en række fakturaer udstedt af K til B. Alle fakturaerne, der varierer i beløb, vedrører gennemgang og kontrol af inventar og udstyr samt implementering af standarder, optimering og effektivisering af drift. De er udstedt i perioden 30. september 2012 til 30. april 2014. Der fremgår ingen betalingsbetingelser af de modtagne fakturaer, herunder om der gives kredit, f.eks. at der skal betales inden for 30 dage.

På baggrund af den modtagne dokumentation samt redegørelser er det styrelsens vurdering, at det ikke er sandsynliggjort, at lånet til B var omfattet af selskabslovens § 212. Der er således efter styrelsens vurdering ikke tale om, at lånet er led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, idet det ikke er sandsynliggjort, at K har indgået tilsvarende transaktioner med en uafhængig part. Det er derimod styrelsens vurdering, at der er klare indikationer på, at lånet var ydet grundet de nære relationer, og derved var omfattet af forbuddet. Dette er bl.a. begrundet i, at der ikke er oplyst nærmere omkring betalingsbetingelserne på de modtagne fakturaer, herunder kreditbetingelserne. Ligeledes har lånet været stigende frem til 30. april 2014 hvorefter det er uændret frem til 30. april 2015, hvilket styrelsen ikke vil forvente, hvis der var tale om

almindelig kreditgivning i forbindelse med sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Det fremgår således af opgørelsen, at der i perioden ikke er sket afdrag på tilgodehavendet.

Et forhold, der adskiller lånet i denne sag fra almindelige forretningsmæssige mellemværender, er således efter styrelsens opfattelse, at der ikke er aftalt betalingsbetingelser og at der ikke sker udligning løbende, typisk en gang om måneden.

...

Sagens faktiske omstændigheder

Styrelsen modtog den 26. november 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 afgivet supplerende oplysning om, at selskabet ikke har indberettet og betalt A-skat m.v. rettidigt, hvorimod der ikke er supplerende oplysning om overtrædelse af selskabsloven.

Ved gennemgang af årsrapporten konstaterede styrelsen, at der i balancen var anført et beløb på kr. 678.075 under posten *Tilgodehavender*. Af note 5 på side 17 fremgår det, at en del af det samlede tilgodehavende svarende til kr. 393.000 vedrører mellemregning med B. Samtidig konstaterede styrelsen, at ejer og fuldt ansvarlig deltager i B

Det fremgår af CVR-registreret, at D har samme bopælsadresse som C, og styrelsen anser hende derfor som en særlig nærtstående person til C

Udlån til en nærtstående af kapitalejer/ledelse i et kapitalselskab er som hovedregel omfattet af det dagældende forbud i selskabslovens § 210, stk. 1. Efter styrelsens praksis gør det samme sig gældende ved udlån til et personsselskab, hvor ejer er nærtstående til kapitalejer/ledelsen i det långivende kapitalselskab. Dette skyldes bl.a., at personen i enkeltmandsvirksomheden frit kan trække midlerne ud fra enkeltmandsvirksomheden, ligesom personen hæfter personligt og ubegrænset. Endvidere er det kendetegnet for en enkeltmandsvirksomhed, at formuen ikke kan opdeles, hvorfor virksomhedsformuen og den private formue er sammenblandet. Det er derfor styrelsens vurdering, at lånet får en karakter som minder om et lån direkte til personen

Styrelsen rettede derfor ved brev af 21. juli 2016 henvendelse til selskabet vedrørende mellemregningen. Styrelsen anmodede i henhold til årsregnskabslovens § 160 om at få tilsendt en fyldestgørende redegørelse omkring forholdende vedrørende mellemregningen, herunder hvorvidt mellemregningen var omfattet af undtagelsesbestemmelsen i selskabslovens § 212.

Styrelsen modtog på vegne af selskabet svar på henvendelsen den 3. august 2016 fra statsautoriseret revisor A. Af redegørelsen

fremgik det, at mellemregningen udelukkende vedrørte forretningsmæssige ydelser, og at lånet var ydet til en enkeltmandsvirksomhed, som har dagligt samarbejde med K. Der er derfor ledelsens og revisors opfattelse, at lånet derved var omfattet af selskabslovens § 212-214.

Der fremgik af den pågældende redegørelse en anmodning om aktindsigt samt mundtlig forhandling. Styrelsen overså beklageligvis denne anmodning og blev således først ved modtagelse af klagen til Erhvervsankenævnet opmærksom herpå. Der blev derfor ikke givet aktindsigt på tidspunktet, hvor anmodningen blev fremført, ligesom der ikke blev afholdt et møde med selskabet.

På baggrund af den modtagne redegørelse rettede styrelsen ved mail af 26. august 2016 på ny henvendelse til statsautoriseret revisor A. Revisor blev anmodet om at indsende en fyldestgørende redegørelse for, hvorfor lånene efter dennes opfattelse var omfattet af undtagelsesbestemmelserne i selskabslovens § 212. Til redegørelsen skulle der vedlægges dokumentation, der understøttede, at der var tale om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner mellem de to selskaber.

Styrelsen modtog svar på henvendelsen fra statsautoriseret revisor A den 7. september 2016. Styrelsen modtog bl.a. en opgørelse over bevægelserne på mellemregningen for perioden 30. juni 2012 til 30. juni 2015. Styrelsen modtog endvidere en række fakturaer udstedt af K til B. Alle de modtagne fakturaer vedrørte konsulentbistand i forbindelse med gennemgang og kontrol af inventar og udstyr, samt implementering af standarder, og optimering og effektivisering af drift. Der er ikke oplyst nærmere omkring betalingsbetingelserne på fakturaerne, herunder hvilke kreditbetingelser der blev givet.

I den modtagne opgørelse fremgik det, at der i regnskabsperioden 2012/2013 blev foretaget en udligning af en gæld, som K havde overfor B. I samme periode blev B faktureret et samlet beløb på kr. 262.500 af K i forbindelse med levering af lægelige konsulentytelser. Beløbet blev ifølge opgørelsen ikke udlignet i den pågældende periode, hvorfor der var et tilgodehavende på kr. 262.500 den 30. juni 2013 i K's favør. I regnskabsperioden 2013/2014 blev B yderligere faktureret med kr. 130.500. Ifølge opgørelsen blev ingen af de fremsendte fakturaer betalt i den pågældende periode, hvorfor tilgodehavendet den 30. juni 2014 udgjorde kr. 393.000. I regnskabsperioden 2014/2015 var der ingen bevægelser på mellemregningen, og tilgodehavendet var uændret – der er således indikation på, at der ikke har været foretaget rentetilskrivning på tilgodehavendet.

B har således løbende betalt B for modtagne ydelser. B har derimod ikke betalt for de ydelser, som er leveret den modsatte vej, altså fra K.

På baggrund af den modtagne redegørelse samt dokumentation var det styrelsens vurdering, at det ikke var sandsynliggjort, at lånet til B var omfattet af undtagelsesbestemmelserne i selskabslovens § 212, og at der derfor var tale om et ulovligt lån, jf. den dagældende § 210 i selskabsloven.

Styrelsen traf derfor den 24. oktober 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 en erklæring 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, hvoraf det fremgår, at lånet er indfriet med tillæg af lovpligtige 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 den dagældende bestemmelse i 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. Tilsvarende gælder også personer, der er knyttet til de nævnte personer ved ægteskab, ved slægtsskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær.

I henhold til den dagældende bestemmelse i 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, kredit-

vurdering, 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 en enkeltmandsvirksomhed, hvor ejer er nærtstående til kapitalejere eller ledelsesmedlemmer i det långivende selskab, er som hovedregel efter styrelsens praksis omfattet af forbuddet i den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 210. Dette skyldes bl.a., at personen i enkeltmandsvirksomheden frit kan trække midlerne ud fra enkeltmandsvirksomheden, ligesom personen hæfter personligt og ubegrænset. Endvidere er det kendetegnet for en enkeltmandsvirksomhed, at formuen ikke kan opdeles, hvorfor virksomhedsformuen og den private formue er sammenblandet. Det er derfor styrelsens vurdering, at lånet får en karakter som minder om et lån direkte til personen.

I den konkrete sag har K i perioden fra 2012 til 2014 leveret ydelser til B, uden at der er sket en betaling af de leveret ydelser. Der er derved opstået et tilgodehavende i K's favør, som er steget i takt med, at der er blevet leveret ydelser i perioden. Uagtet den lange kredittid, er der ikke umiddelbart foretaget rentetilskrivning. C var i den pågældende periode registreret som direktør og kapitalejer i K. D var i samme periode registreret som fuldt ansvarlig deltager og ejer af B. Det fremgår af CVR-registreret, at D har samme bopælsadresse som C. Det fremgår af lovbemærkningerne til selskabslovens § 210 at bestemmelsen om særligt nærtstående personer tager fortrinsvis sigte på samlever, hvorfor D alene af den grund er omfattet af dagældende bestemmelse om nærtstående personer i § 210.

Udlån som dette er derfor efter styrelsens vurdering som udgangspunkt omfattet af forbuddet i den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 210, medmindre undtagelsesbestemmelsen i den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 212 finder anvendelse.

På baggrund af de modtagne redegørelser samt dokumentation, er det styrelsens vurdering, at lånet var i strid med den dagældende bestemmelse i § 210. Styrelsen er derfor ikke enig i klagers vurdering af, at udlånet var omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 212, jf. nedenfor.

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. Betingelserne i transaktionen (betalingsfrist, sikkerhedsstillelse m.v.) skal også være sædvanlige for typen af transaktioner. 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 det udelukkende var opstået ved erhvervsmæssige aktiviteter mellem de to selskaber, hvorfor lånet var omfattet af undtagelsen i § 212. I det udvide-de klageskrift af 11. januar 2017 anføres det, at K har tilsvarende samarbejde med andre selskaber på samme vilkår som med B – styrelsen er ikke tidligere i sagsforløbet blevet gjort bekendt med dette, ligesom klager ikke har fremsendt dokumentation, der understøtter dette. Det er således på det foreliggende grundlag ikke godtgjort, at selskabet løbende har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Styrelsen har endvidere ikke modtaget en nærmere rede-gørelse for, hvorledes undtagelsesbestemmelserne i § 212 var opfyldt, herunder om de pågældende transaktioner, betalingsbetingelser og kreditvurde-ring er sædvanlige inden for branchen.

Styrelsen har derimod bemærket, at der på de modtagne fakturaer ikke fremgår betalingsbetingelser, herunder hvilke kreditbetingelser der gives. Hvis der var tale om sædvanlig kredit, vil det være styrelsens forventning, at der på fakturaerne var oplyst, at beløbet f.eks. skulle betales inden for 30 dage. Endvidere øges K's tilgodehavende hos B gennem hele perioden, hvilket skyldes, at der ikke foretages udligning løbende. Styrelsen ville forvente, at der blev foretaget en sådan løbende udligning, hvis der var tale om en kredit ydet på sædvanlige vilkår til en uafhængig part. Dertil er der indikation på, at der ikke bliver tilskrevet renter på lånet, som styrelsen ellers ville forvente, hvis der er tale om sædvanlig kredit og strafrente for sen betaling heraf. Efter styrelsens vurdering indikerer dette klart, at mellemregningen ikke er et led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

På baggrund af ovenstående er det derfor styrelsens vurdering, at transaktionerne er gennemført på grund af det nære forhold mellem parterne, og at transaktionerne derved ikke kan betragtes som sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, som selskabet også indgår med uafhængige parter. Det er derfor styrelsens opfattelse, at lånet ikke er omfattet af den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 212.

Klager anfører, at styrelsens afgørelse skulle være ugyldig efter offentlighedsloven og forvaltningsloven, da styrelsen ikke har givet klager og dennes klient løbende skriftlig aktindsigt samt mulighed for mundtlig forhandling forud for afsigelsen af styrelsens afgørelse. Det fremgik således af klagers redegørelse af den 3. august 2016, at klager ønskede aktindsigt samt mundtlig forhandling af sagen. Styrelsen blev desværre først i forbindelse med modtagelse af klagen til Erhvervsankenævnet opmærksom på denne anmodning, hvorfor klager ikke i umiddelbart forlængelse af sin anmodning fik svar herpå.

Klager har anført, at det forhold, der ikke er givet aktindsigt og mundtlig forhandling forud for afsigelsen af Erhvervsstyrelsens afgørelse, fører til, at styrelsens afgørelse er ugyldig efter offentlighedsloven og forvaltningsloven.

Det forhold, at styrelsen overså klagers anmodning, må anses for en forvaltningsretlig mangel ved styrelsens afgørelse. En sådan mangel vil dog kun medføre afgørelsens ugyldighed, hvis det kan sandsynliggøres, at manglen konkret kan anses for at have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse.

Indledningsvis bemærker styrelsen, at der ikke i medfør af forvaltningsloven eller offentlighedsloven er ret til løbende aktindsigt. En anmodning af en given dato om løbende aktindsigt vil derfor blive betragtet som en anmodning om aktindsigt for den periode, der ligger forud for datoen for anmodningen. Der var på tidspunktet for klagers anmodning om aktindsigt af den 3. august 2016 kun ét dokument i sagen, som der i givet fald kunne være givet aktindsigt i, og det var styrelsens brev af 21. juli 2016, der var sendt til selskabets digitale postkasse.

For så vidt angår klagers anmodning om mundtlig forhandling af sagen er det styrelsens sædvanlige praksis i sager om ulovlige kapitalejerlån, at der ikke afholdes møder med ledelsen i det berørte selskab, medmindre der må anses at være en særlig anledning hertil. Det er således styrelsens forventning, at den dokumentation og argumentation, som ledelsen finder relevant, kan indsendes enten via mail eller via fysisk post, og at der som udgangspunkt ikke er behov for at afholde et møde, hvor denne dokumentation gennemgås. Styrelsen kan dog i en konkret sag beslutte, at et møde kan være gavnligt i forbindelse med sagsbehandlingen for evt. at få afklaret nogle spørgsmål, inden der træffes en afgørelse. Styrelsen har dog ikke fundet, at der i denne sag var behov for afholdelse af et møde, da styrelsen ikke har grund til at tro, at klager i den anledning ville have tilvejebragt nye oplysninger eller dokumentation for sin påstand om, at der var tale om et lovligt låneforhold.

På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at den pågældende mangel ikke konkret kan anses at have påvirket udfaldet af afgørelsen. Her har styrelsen lagt følgende grund:

- der var på tidspunktet for klagers anmodning om aktindsigt alene journaliseret ét dokument på sagen. Der var tale om et brev, som sty-

- relsen havde sendt til virksomhedens digitale postkasse, og som virksomhedens repræsentant derfor må anses for at være bekendt med.
- styrelsen har ikke grund til at tro, at klager i forbindelse med en 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.

Da den konstaterede mangel ikke kan anses for at have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse, medfører manglen ikke, at afgørelsen må anses for ugyldig.

”
... ”

De i redegørelsen nævnte erklæringer fra ledelsen og revisor, hvorefter fremgår, at lånet er indfriet med tillæg af lovpligtige renter blev den 7. december 2016 fremlagt af styrelsen som bilag til redegørelsen. Erklæringerne er dateret den 1. december 2016.

I skrivelse af 23. februar 2017 er A fremkommet med følgende bemærkninger til styrelsens redegørelse:

”
... ”

1. Mellemregning ydet på alm. forretningsmæssige vilkår.

a. Her er tale om rent erhvervsmæssig fakturering mellem K og B

Der er udført lægeligt arbejde for den fulde fakturering og honoraret er fastsat til samme satser som anvendes ved beskæftigelse af vikarer i speciallægeklinikker. Dette begrundes anvendelse af undtagelsesbestemmelsen i § 212.

b. C har personligt bekræftet at have indgået en identisk samarbejdsaftale med en lægevikar over længere perioder.

Navn og Cpr.nr. på lægevikarer vil blive eftersendt. Der har således været indgået en tilsvarende aftale med uafhængige parter.

Den seneste anvendte speciallæge har været speciallæge E, som har haft et langvarigt samarbejde med C.

Ydelserne er fakt. fra F [1/S]. CVR.nr. vil blive eftersendt.
Dette begrundes tillige anvendelse af undtagelsesbestemmelsen i § 212.

c. Samarbejdet med den uafhængige part har været faktureret på tilsvarende måde og med en tilsvarende kreditvurdering.

Der har tillige i dette uafhængige samarbejde ikke været tilskrevet renter af de fremsendte fakturaer.

Dette begrundes tillige anvendelse af undtagelsesbestemmelsen i § 212.

2. Manglende aktindsigt og mundtlig forhandling til klager.

a. Klager har anmodet om fuld skriftlig aktindsigt og mundtlig forhandling med henvisning til bestemmelserne i Offentlighedsloven og Forvaltningsloven. På trods af klagers anmodning har ERST ikke givet hverken mundtlig forhandling eller mundtlig forhandling.

I vor ankeskrivelse til EAN har vi anført, at ERSTs manglende opfyldelse af kravet om mundtlig forhandling og fuld skriftlig aktindsigt må føre til ugyldighed af ERST kendelse af 24.10.16.

b. ERST anfører, at manglende aktindsigt alene kan opnå ugyldighed, såfremt manglen konkret kan have ført til at have påvirket udfaldet af ERSTs afgørelse.

Det er rent faktisk, hvad der har fundet sted, idet klager ikke har fået mulighed for at informere om, at klager har haft tilsvarende samarbejdsaftaler med andre læger på alm. markedsmæssige vilkår.

c. Uddrag af Forvaltningslovens bestemmelser om aktindsigt:

...

Det fremgår heraf, at manglende adgang til aktindsigt skal begrundes. Der skal henvises til de regler i Offentlighedsloven, der i den pågældende sag giver hjemmel til at begrænse retten til aktindsigt. Det skal fremgå af afgørelsen, hvilke sager, dokumenter og oplysninger, der er tilbageholdt, ligesom der skal henvises til de relevante bestemmelser i Offentlighedsloven skal begrundes, hvorfor den pågældende sag, dokument og oplysninger er undtaget fra aktindsigt.

Vi kan konstatere, at ERST ikke har overholdt nogle af disse bestemmelser. Dette må føre til en afgørelse om ugyldighed vedr. ERST afgørelse af 24.10.16.

Afslutningsvist anmoder vi om fuld skriftlig aktindsigt og mundtlig forhandling efter reglerne i Forvaltningsloven og Offentlighedsloven i forbindelse med vor anke til EAN.

...

Ankenævnet udtaler:

Erhvervsankenævnet finder, at der ikke foreligger sådanne sagsbehandlingsfejl – herunder vedrørende manglende adgang til aktindsigt og mulighed for mundtlig for-

handling forud for den af Erhvervsstyrelsen truffne 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. Forbuddet gælder tillige for personer, der er knyttet til kapitalejere eller ledelsen ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær, jf. § 210, stk. 1, 3. pkt. Beløb ydet i strid med § 210 skal tilbageføres til selskabet med tillæg af rente, jf. lovens § 215, stk. 1. Et kapitalsselskab 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.

... ”

Som sagen foreligger oplyst, må det lægges til grund, at det omstridte lån er opstået ved, at B ikke løbende har betalt for de fra K's modtagne ydelser. D må som ejer af enkeltmandsvirksomheden, B, som har samme adresse som K, ud fra det foreliggende i relation til selskabslovens § 210 anses som nærtstående i forhold til selskabet.

Erhvervsankenævnet finder, at lånet ikke er ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212. Erhvervsankenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at det ikke er godtgjort, at K løbende har indgået tilsvarende låneaftaler med uafhængige tredjemænd, ligesom det ikke er godtgjort, at tilsvarende låneaftaler skulle være sædvanlige inden for branchen. Der er endvidere lagt vægt på, at der af de fremlagte fakturaer ikke fremgår be-

talingsbetingelser, og at der efter det oplyste heller ikke ses at ske løbende udligning af mellemværendet eller at blive foretaget rentetilskrivning.

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 fremlagte ledelseserklæring af 1. december 2016 samt revisorerklæringen om, at lånet er tilbagebetalt, ses 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 omfatter 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

