

Kendelse af 28. februar 2023 - J.NR. (22/14115)

Stadfæstet, at selskabet pålægges revisionspåbud, som følge af at selskabets ledelse foretog ulovlige aktionærlån.

Årsregnskabslovens §§ 135, stk. 1 og 7, 159 b, stk. 1, selskabslovens §§ 210 og 215 og forvaltningslovens § 19.

(Lars Wind-Johannesen, Stine Strunge og Mikael Friis Rasmussen)

Kendelse

AA ApS

mod

Erhvervsstyrelsen

Ved skrivelse af 26. august 2021 har revisor BB på vegne af AA ApS (klager) påklaget Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. juli 2021, hvorved styrelsen i medfør af årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 1. og 2. pkt., besluttede, at klagers årsregnskaber for 2019/2020 henholdsvis 2020/2021 skal revideres.

Sagens omstændigheder

Erhvervsstyrelsen har i en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 8. december 2021 over sagens faktiske omstændigheder oplyst følgende:

”Sagens faktiske omstændigheder

Virksomheden indberettede den 6. december 2019 årsrapporten for 2018/2019 for AA ApS.

Styrelsen har i henhold til årsregnskabslovens § 159 b, stk. 1, udtaget årsrapporten til kontrol. Årsrapporten indeholdt en revisionspåtegning underskrevet af registreret revisor CC fra DD P/S godkendt revisionsvirksomhed. Det er oplyst i revisionspåtegningen, at virksomheden pr. 30. juni 2019 har lån på kr. 29.599 i strid med selskabslovens § 210.

I ledelsesberetningen er det oplyst, at der i regnskabsåret for 2018/2019 er opstået et lån i strid med selskabslovens regler, og ledelsen efter opdagelsen af dette ulovlige lån har foretaget handlinger til at sikre, at forholdet er blevet berigtiget.

I balancen er der indregnet et tilgodehavende hos virksomhedsdeltagere og ledelse på kr. 2.557.572.

Under egenkapitalen er der indregnet en reserve for udlån og sikkerhedsstillelse på kr. 2.505.540.

Af note 4 til årsrapporten fremgår det, at der i løbet af året er optaget og indfriet et lån på kr. 2.505.540. Det er oplyst, at rentefoden er 10,05 %, som er den lovpligtige rente, et ulovligt kapitalejerlån skulle forrentes med på daværende tidspunkt, jf. selskabslovens § 215, stk. 1.

På baggrund af årsrapportens forskellige oplysninger i hhv. revisionspåtegningen, ledelsesberetningen, balancen og noten, var det ikke muligt for Erhvervsstyrelsen at vurdere omfanget af overtrædelsen af selskabslovens regler om ulovlige kapitalejerlån. Det var således ikke klart for styrelsen, om der alene har været ydet et ulovligt lån på kr. 29.599, eller om der reelt har været ydet et større ulovligt lån, samt hvorvidt det ulovlige lån var fuldt indfriet. På den baggrund rettede styrelsen den 24. april 2020 henvendelse til den underskrivende revisor registreret revisor CC med anmodning om at redegøre for de forskellige beløb i hhv. revisionspåtegningen, balancen og noten, herunder hvilke beløb som revisor har vurderet til at være ydet i strid med selskabslovens § 210. Anmodningen fremgår af klagers bilag 1.

Styrelsen rykkede for svar hos registreret revisor CC den 21. december 2020, da styrelsen endnu ikke havde modtaget en redegørelse for forholdene. Rykkerskrivelsen er vedlagt som **bilag A**.

Anmodningen og rykkerskrivelsen blev på ny og på opfordring fremsendt til statsautoriseret revisor EE fra samme revisionsvirksomhed den 7. juli 2021, og styrelsen modtog efterfølgende en redegørelse den 29. juli 2021 fra revisor BB. Redegørelsen fremgår af klagers bilag 2.

Af redegørelsen fremgår det bl.a., at virksomheden den 25. september 2018 har udlånt kr. 1,5 mio. og den 16. oktober 2018 udlånt yderligere kr. 1 mio. til kapitalejerne som lovlige lån. Efterfølgende bliver ledelsen bekendt med, at de to lån, som samlet udgjorde kr. 2,5 mio., alligevel ikke var ydet lovligt i overensstemmelse med reglerne i selskabslovens § 210, stk. 2, da der ikke var frie reserver. Årsagen hertil var, at årsrapporten, som skulle danne grundlag for lånene, ikke var offentliggjort. Årsrapporten for 2017/2018, hvori der er frie reserver på kr. 3.376.029, blev offentliggjort den 30. november 2018.

Da lånene var ydet uden, at der var tilstrækkelige frie reserver, var lånene derfor ulovlige. Revisor oplyser i den forbindelse, at efter offentliggørelsen af årsrapporten for 2017/2018 indfries to lån i henhold til reglerne herom i selskabslovens § 215, og der optages samtidig et nyt lån, som efter revisors vurdering er ydet i overensstemmelse med reglerne i § 210.

Beløbet på kr. 29.599, som er nævnt i revisors revisionspåtegning, består ifølge revisor af de lovpligtige renter tilskrevet i perioden fra optagelsen af de to lån til indfrielse heraf. Disse renter er efterfølgende godtgjort af revisionsvirksomheden.

På baggrund af revisors redegørelse kunne styrelsen konstatere, at lånet på kr. 2.505.540, omtalt i note 4 til årsrapporten som optaget og indfriet i regnskabsåret, var et ulovligt lån ydet i strid med selskabslovens § 210. Dertil var kr. 29.599 af tilgodehavendet på kr. 2.557.572, som var indregnet på balancen, tillige et ulovligt lån i strid med § 210 bestående af de lovpligtige renter.

For så vidt angår det lån, som ifølge revisor er ydet lovligt, har styrelsen ikke forholdt sig nærmere til.

Det var styrelsens vurdering, at det ulovlige lån, som siden var blevet indfriet, var af en ikke ubetydelig størrelse. Erhvervsstyrelsen traf derfor i overensstemmelse med styrelsens normale praksis på området afgørelse den 29. juli 2021 om, at virksomhedens ledelse havde optaget et ulovligt kapitalejerlån, hvorfor virksomheden ikke kan anvende muligheden i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt. for at fravælge revision for de to kommende regnskabsår 2019/2020 og 2020/2021, jf. årsregnskabslovens § 135, stk. 7. I brevet blev ledelsen ligeledes orienteret om, at forholdet ville blive politianmeldt. Forholdet blev efterfølgende politianmeldt den 2. august 2021.

Den 19. august 2021 modtog styrelsen en mail fra virksomhedens revisor BB, hvori der blev redegjort for de nærmere omstændigheder omkring ydelsen af de ulovlige lån.

Erhvervsstyrelsen besvarede henvendelsen den 24. august 2021, hvor styrelsen bl.a. gør opmærksom på klagemulighederne for afgørelsen af 29. juli 2021. Ligeledes gør styrelsen opmærksom på, at styrelsen vil vurdere de modtagne oplysninger af 19. august 2021 i form af revisors opdaterede redegørelse i forhold til, om styrelsen fortsat finder grundlag for at opretholde politianmeldelsen. Styrelsen har den 4. november 2021 orienteret politiet om de modtagne redegørelser, samt at styrelsen ikke finder grundlag for at trække politianmeldelsen tilbage.
..."

Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. juli 2021 er sålydende:

"Af virksomhedens årsrapport for 2018/2019 fremgik der i balancen et tilgodehavende hos kapitalejere/ledelse på kr. 2.557.572. I noten til regnskabsposten, fremgår udover det indregnede tilgodehavende pålydende kr. 2.557.572, yderligere et lån på kr. 2.505.540 optaget og indfriet i regnskabsåret. Revisor har i sin påtegning på virksomhedens årsrapport for 2018/2019 desuden givet særskilt oplysning om, at kr. 29.599 af lånet var ydet i strid med selskabslovens § 210.

Styrelsen anmodede derfor revisor om at redegøre for beløbene i henholdsvis revisionspåtegningen, balancen og noten. Styrelsen kan efter modtagelsen af revisors redegørelse konstatere, at der har været ydet lån i strid med selskabslovens § 210 stk. 1.

Det fremgår af årsrapporten for 2019/2020 samt revisors redegørelse, at der ikke længere er et ulovligt udlån til kapitalejere/ledelse.

På denne baggrund er sagen i Erhvervsstyrelsen afsluttet.

Bl.a. henset til størrelsen på det ulovlige lån, der fremgik af årsrapporten for 2018/2019, oversendes sagen imidlertid til den politikreds, hvortil virksomheden hører, med henblik på en vurdering af, om der bør rejses tiltale mod virksomhedens ledelse for overtrædelse af selskabsloven og/eller straffeloven.

I den forbindelse skal styrelsen gøre opmærksom på, at hvis en person, der har bestemmende indflydelse over en virksomhed, accepterer et bødeforlæg eller som led i en straffesag dømmes for overtrædelse af selskabslovgivningen, regnskabslovgivningen eller skatte- og afgiftslovgivningen, betyder det, at årsregnskaberne for alle de virksomheder, hvori personen har bestemmende indflydelse skal revideres de efterfølgende tre år. Reglerne er beskrevet i årsregnskabslovens § 135, stk. 6.

Erhvervsstyrelsen har besluttet, at virksomhedens to kommende årsregnskaber (for 2019/2020 og 2020/2021) skal revideres. Virksomheden kan således ikke for regnskabsåret 2020/2021 anvende muligheden i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt., for at fravælge revision for det kommende regnskabsår.

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.”

I klageskrivelsen af 26. august 2021 er anført blandt andet:

”Principalt bør sagen hjemvises til Erhvervsstyrelsen til fornyet behandling, så samtlige relevante faktiske forhold medinddrages, inden afgørelse træffes.

Subsidiært ændres afgørelsen, således at den trufne sanktion bortfalder.

Indledningsvis bemærkes, at selskabet har 3 ejere, som hver ejer 1/3 af selskabet. Ingen kapitalejer har eller har haft bestemmende indflydelse.

Kapitalejerne/ledelsen modtog forud for det omtalte lån fra selskabet konkret og udtrykkelig professionel rådgivning fra selskabets revisor om lånet. Kapitalejerne/ledelsen blev konkret oplyst af selskabets revisionsselskab, at lånet lovligt kunne etableres. Det er på baggrund af denne konkrete rådgivning, at ledelsen/kapitalejerne herefter med hjælp fra revisionsselskabet etablerede lånet. Denne oplysning fremgår tillige udtrykkeligt af selskabets årsrapport for 2018/2019.

Efter lånets etablering blev en af kapitalejerne af en anden revisor oplyst, at det pågældende lån kunne være i strid med selskabslovens § 210.

Kapitalejerne/ledelsen rettede på denne baggrund straks henvendelse til selskabets revisor, der efter nærmere vurdering nu meddelte, at det etablerede lån var etableret i strid med Selskabslovens § 210. Straks kapitalejerne/ledelsen modtog denne oplysning fra selskabets revisor blev lånet med tillæg af renter tilbagebetalt til selskabet.

Kapitalejerne/ledelsen har således alene handlet på baggrund af konkret professionel rådgivning, som beklageligvis var fejlagtig. Kapitalejerne/ledelsen tilbagebetalte straks lånet med renter. Kapitalejerne/ledelsen har handlet i god tro omkring lånets etablering og er således uden skyld i etablering lånet i strid med selskabslovens § 210.

Det bemærkes, at Erhvervsstyrelsens afgørelse ses truffet den 29. juli 2021. Erhvervsstyrelsen har således ikke medinddraget ovennævnte væsentlige oplysninger, som Erhvervsstyrelsen modtog fra selskabets revisor den 19. august 2021. Ejerne er i øvrigt ikke blevet partshørt før afgørelsen, og har derfor ikke haft mulighed for at komme med deres bemærkninger inden afgørelsen blev truffet.

På denne baggrund ønskes sagen principalt hjemvist til Erhvervsstyrelsen, så samtlige relevante faktiske forhold medinddrages, inden afgørelse træffes. Subsidiært må ovennævnte føre til en ændring af afgørelsen, således at den trufne sanktion bortfalder.
..."

I skrivelse af 4. november 2021 har klager ved FF, GG og HH anført blandt andet:

"Vi fastholder klagen over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. juli 2021. Klagen er begrundet med, at samtlige relevante faktiske forhold ikke er inddraget i sagen, herunder oplysninger fremsendt den 19. august 2021 fra Revisionsselskabet DD P/S. Endvidere er der ikke sket den fornødne partshøring, ligesom begrundelse for afgørelsen fremstår mangelfuld. Erhvervsstyrelsen har ikke begrundet, hvorfor man ikke fandt anledning til at partshøre de 3 ejere i AA ApS forud for afgørelsen, ligesom man ikke har begrundet, hvorfor de supplerende oplysninger af 19. august 2021 ikke gav anledning til en ny vurdering af sagen. Samlet set er der dermed tale om væsentlige sagsbehandlingsfejl. Der henvises i øvrigt til den fremsendte klage af 26. august 2021.

Klagen angår ikke politianmeldelsen, hvilket også fremgår af klagen, som direkte nævner Erhvervsstyrelsens afgørelse og dermed påbuddet om revision. Det skal dog bemærkes, at selvom politianmeldelsen er en processuel beslutning, som ikke kan påklages, må politianmeldelsen antages at være en følge af Erhvervsstyrelsens vurdering og den - efter AA ApSs opfattelse - fejlbehæftede afgørelse. En politianmeldelse kan potentielt have alvorlige konsekvenser for de 3 ejere af AA ApS, hvilket bør føre til, at Erhvervsstyrelsen må sikre sig, at alle relevante oplysninger er inddraget i sagen og vurderet inden en afgørelse."

I Erhvervsstyrelsens ovennævnte redegørelse fremgår om sagens retlige grundlag:

”Sagens retlige omstændigheder

Den materielle del af styrelsens afgørelse

I henhold til selskabslovens § 210 kan en virksomhed direkte eller indirekte yde lån til kapitalejere og ledelsen i virksomheden, hvis betingelserne i stk. 2 er opfyldt. Øvrige lån, som ikke opfylder betingelserne i stk. 2, er som udgangspunkt ulovlige.

I henhold til årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 2. pkt., kan styrelsen altid beslutte, at en virksomhed ikke kan anvende undtagelsen i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt. om fravalg af revision, hvis der er ydet lån, som er omfattet af selskabslovens forbud om lån til virksomhedsdeltagere og ledelse, og der er tale om lån af ikke ubetydelig størrelse eller gentagende overtrædelser af forbuddet i selskabslovgivningen.

Af lovbemærkningerne til § 135, stk. 7¹, fremgår det, at som følge af opstramning af, hvornår en virksomhed pålægges revision på grund af et ulovligt aktionærlån, vil en virksomhed altid blive pålagt revision i de tilfælde, hvor forholdene omkring det ulovlige lån betyder, at overtrædelsen samtidig anmeldes til politiet i henhold til f.eks. selskabslovens § 367.

Officialmaksimen

Officialmaksimen indebærer, at Erhvervsstyrelsen, som forvaltningsmyndighed, har ansvaret for, at sagen oplyses i *tilstrækkeligt* omfang, inden der træffes afgørelse. Styrelsen skal således tilvejebringe det retsgrundlag og de faktiske oplysninger, som er nødvendige for at træffe en rigtig afgørelse. Formålet med officialmaksimen er at understøtte, at der træffes materielt lovlig og rigtig afgørelser.

Der findes ingen almindelige regler for, hvilke oplysninger det er nødvendigt at tilvejebringe for at træffe afgørelse i en sag, ligesom det heller ikke mere præcist kan angives, hvor langt Erhvervsstyrelsens undersøgelser skal udstrækkes. Det er imidlertid almindeligt antaget, at en sag skal undersøges af myndigheden netop så langt, som det er nødvendigt i det enkelte tilfælde for at træffe en materielt lovlig og rigtig afgørelse.

Det er først og fremmest det retsgrundlag, der er blevet anvendt i den konkrete sag, der styrer sagsoplysningen. Der skal således være tilstrækkelige oplysninger i sagen til at konstatere, om f.eks. lovens betingelser er opfyldt. Dette indebærer også, at der ikke skal indhentes oplysninger eller gennemføres undersøgelser, der ikke er relevante for afgørelsen.

Partshøring

Erhvervsstyrelsens pligt til at foretage partshøring følger af forvaltningslovens kapitel 5, navnlig § 19.

Formålet med pligten til at foretage partshøring i medfør af forvaltningslovens § 19, er at sikre, at den, der er part i en sag, ved at sagen

¹ Lov nr. 1232 af 18. december 2012

eksisterer, kender de faktiske oplysninger og eksterne faglige vurderinger, som danner grundlag for den afgørelse, der skal træffes, og får mulighed for at kommentere sagens faktiske grundlag og eksterne faglige vurderinger, inden sagen afgøres.

I henhold til forvaltningslovens § 19, stk. 1, 1. pkt., skal en offentlig myndighed således foretage partshøring, hvis en part ikke kan antages at være bekendt med, at myndigheden er i besiddelse af bestemte oplysninger om en sags faktiske grundlag eller eksterne faglige vurderinger, før myndigheden må træffe en afgørelse.

Det følger imidlertid endvidere af § 19, stk. 1, 2. pkt., at ovennævnte udgangspunkt kun gælder, hvis oplysningerne eller vurderingen er til *ugunst* for den pågældende part og er af *væsentlig* betydning for sagens afgørelse. Om oplysningerne er til ugunst, må i første række afgøres på grundlag af en fortolkning af det retsgrundlag, som skal anvendes i den pågældende sag. Om oplysningerne vil være af væsentlig betydning, vil ligeledes bero på det retsgrundlag, der skal anvendes.

Endelig kan der være pligt til at foretage partshøring i medfør af særlovgivning, uskrevne retsgrundsætninger og god forvaltningsskik.

Begrundelse

Erhvervsstyrelsens skal, som myndighed, begrunde sine afgørelser, når de meddeles skriftligt, medmindre der fuldt ud gives medhold.

Reglerne om begrundelse af afgørelser fremgår af forvaltningslovens kapitel 6, §§ 22-24, og indebærer blandt andet, at en begrundelse skal indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet, jf. forvaltningslovens § 24, stk. 1, 1. pkt. I det omfang, afgørelsen efter disse regler beror på et administrativt skøn, skal begrundelsen tillige angive de hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen, jf. forvaltningslovens § 24, stk. 1, 2. pkt. Endvidere skal afgørelsen, om fornødent, indeholde en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen, jf. forvaltningslovens § 24, stk. 2. Det er imidlertid ikke muligt generelt at angive, hvor udførligt en myndighed bør udforme en begrundelse.

En beslutning om, at der skal – eller ikke skal – foretages et bestemt sagsoplysningsskrift, f.eks. en høring, er desuden ikke en afgørelse i forvaltningslovens forstand, og skal således ikke begrundes.”

Erhvervsstyrelsens redegørelse indeholder desuden følgende udtalelse:

”Erhvervsstyrelsens udtalelse

Det bemærkes indledningsvist, at der ikke i klagesagen er nogen tvivl om, at virksomheden har optaget et ulovligt lån, idet virksomheden har bekræftet

dette i forbindelse med indsendelse af årsrapporten for 2018/2019, som ledelsen har underskrevet.

Virksomheden har i klageskrivelse af 26. august 2021 samt supplerende klageskrivelse dateret 4. november 2021 nedlagt påstand om, at sagen hjemvises til Erhvervsstyrelsen, så samtlige relevante faktiske forhold medinddrages, inden afgørelse træffes. Subsidiært har klager gjort gældende, at det anførte må føre til en ændring af afgørelsen, således at den trufne sanktion bortfalder. Klager har nærmere gjort gældende, at:

1. Samtlige relevante forhold ikke er inddraget i sagen
2. Erhvervsstyrelsen har ikke foretaget den fornødne partshøring
3. begrundelsen for afgørelsen er mangelfuld.

Erhvervsstyrelsen redegør i det følgende for styrelsens vurdering af ovenstående forhold.

Ad. 1

Hertil skal styrelsen bemærke, at sagen efter styrelsens vurdering var tilstrækkeligt oplyst på baggrund af oplysningerne i årsrapporten og den modtagne redegørelse fra revisor af 29. juli 2019 til at kunne træffe den pågældende afgørelse. Det var således muligt for styrelsen på baggrund af disse oplysninger at konstatere, hvor stort det ulovlige kapitalejerlån samlet set havde været i regnskabsåret 2018/2019 og på den baggrund foretage en vurdering af, om der var ydet et ulovligt lån af ikke ubetydelig størrelse, og derved om betingelserne i årsregnskabslovens § 135, stk. 7 var opfyldt. Styrelsen kunne således konstatere, at der i regnskabsåret for 2018/2019 i alt har været ulovligt lån i strid med selskabsloven på kr. 2.505.540. Et lån af den størrelse vurderer styrelsen som værende et lån af en ikke ubetydelig størrelse.

For at officialmaksimen er opfyldt, skal styrelsen tilvejebringe det retsgrundlag og de faktiske oplysninger, som er nødvendige for at træffe en rigtig afgørelse. Styrelsen skal således sikre, at tilstrækkelige oplysninger er indhentet til at styrelsen kan konstatere, om betingelserne i en bestemmelse er opfyldt. Det indebærer samtidig, at styrelsen ikke skal indhente oplysninger, der ikke er relevant for afgørelsen.

For at styrelsen kan vurdere, om betingelserne for at kunne fratage en virksomheden muligheden for at fravælge revision, jf. årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 2. pkt., som følge af ydelsen af et ulovligt lån, skal styrelsen kunne konstatere, om der har været ydet lån af ikke ubetydelig størrelse. I den vurdering lægger styrelsen primært vægt på, hvor stort lånet isoleret set har været. Derimod tillægges der ikke vægt på, hvordan et ulovligt lån måtte være opstået.

Det er derfor styrelsens vurdering, at der i den efterfølgende redegørelse af 19. august 2019 ikke er fremført væsentlige nye oplysninger, som vil have relevans for sagen. Oplysningerne i redegørelsen er således efter styrelsens opfattelse i store træk de samme oplysninger, som fremgår af revisors redegørelse af 29. juli 2021 med enkelte præciseringer og tilføjelser.

Oplysningerne går primært på, hvordan lånet er opstået, hvilket styrelsen ikke har vurderet væsentligt for sagen. De oplysninger, som styrelsen vurderer væsentligt for sagen, var styrelsen allerede bekendt med ved modtagelsen af redegørelsen af 19. august 2021. Det betyder samtidig, at indhentning af yderligere redegørelse fra ledelsen ikke ville have bidraget med oplysninger af væsentlig betydning, og disse oplysninger, som ledelsen mener, at styrelsen ikke har inddraget i sagen, ville ikke have ført til en anden afgørelse.

På baggrund af ovenfor anførte, er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at sagen er blevet tilstrækkeligt oplyst, og at officialmaksimen således er opfyldt.

Ad. 2

Styrelsen kunne på baggrund af en screening af årsrapporten konstatere, at der var ydet ulovligt lån i strid med selskabsloven. Indhentning af redegørelse fra revisor skete alene med henblik på at få præciseret, hvilke af de kapitalejrlån oplyst i årsrapporten – udover det nævnt i revisors anmærkning – som var ydet i strid med selskabsloven. Revisors redegørelse for forholdene i regnskabet er efter styrelsens vurdering ikke nye oplysninger, men blot en bekræftelse af de oplysninger, som fremgår af årsrapporten. De øvrige oplysninger i revisors redegørelse af 29. juli 2021 omkring bl.a. lånets opstående, har styrelsen ikke vurderet relevant for sagen.

Det følger af reglerne om partshøring i forvaltningsloven, at styrelsen skal foretage partshøring, hvis en part ikke kan antages at være bekendt med, at en myndighed er i besiddelse af bestemte oplysninger om en sags faktiske grundlag eller eksterne faglige vurderinger, før myndigheden må træffe en afgørelse, jf. forvaltningslovens § 19, stk. 1, 1. pkt.

Det følger imidlertid endvidere af § 19, stk. 1, 2. pkt., at ovennævnte udgangspunkt kun gælder, hvis oplysningerne eller vurderingen er til ugunst for den pågældende part og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Om oplysningerne er til ugunst, må i første række afgøres på grundlag af en fortolkning af det retsgrundlag, som skal anvendes i den pågældende sag. Om oplysningerne vil være af væsentlig betydning, vil ligeledes bero på det retsgrundlag, der skal anvendes.

Efter styrelsens vurdering, var der ikke i den konkrete sag noget der tilsagde, at styrelsen burde have foretaget partshøring for så vidt angår oplysningerne omkring det ulovlige låns størrelse. Virksomhedens ledelse har selv underskrevet årsrapporten, som er indsendt til styrelsen, indeholdende oplysninger omkring lånets størrelse, som danner grundlag for afgørelsen. Virksomheden må således have været bekendt med, at styrelsen var i besiddelse af de pågældende oplysninger, jf. forvaltningslovens § 19, stk. 1.

De nye oplysninger, som styrelsen blev bekendt med i forbindelse med modtagelsen af revisors redegørelser, om hvordan det ulovlige lån blev stiftet, blev som nævnt ikke vurderet væsentlige. Da oplysningerne ikke blev vurderet væsentlige, og ikke blev anvendt i styrelsens afgørelse, var der ikke for styrelsen pligt til at foretage en partshøring vedrørende disse nye oplysninger modtaget af revisor, jf. forvaltningslovens § 19, stk. 1.

Det er derfor styrelsens vurdering, at der i den konkrete sag ikke var pligt til at foretage partshøring af de oplysninger, som blev vurderet væsentlige for sagen og danner grundlag for afgørelsen, efter reglerne i forvaltningsloven, ligesom der i medfør af særlovgivningen eller de uskrevne retsgrundsætninger heller ikke var pligt til at foretage en partshøring.

Ad. 3

Det følger af forvaltningslovens regler om begrundelse, at en afgørelse skal indeholde henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet, jf. forvaltningslovens § 24, stk. 1, 1. pkt. I det omfang afgørelsen efter disse regler beror på et administrativt skøn, skal begrundelsen tillige angive de hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen, jf. forvaltningslovens § 24, stk. 1, 2. pkt. Endvidere skal afgørelsen, om fornødent, indeholde en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen, jf. forvaltningslovens § 24, stk. 2.

Der er i den konkrete sag tale om en skriftlig afgørelse, hvor styrelsen har henvist til de retsregler, som danner grundlag for afgørelsen, og styrelsen har i sin begrundelse i afgørelsen af 29. juli 2021 anført de faktiske forhold, som har væsentlig betydning for afgørelsen og redegjort herfor.

Det følger derimod ikke af forvaltningslovens kapitel 6, at styrelsen har pligt til at begrunde en beslutning om ikke at foretage partshøring, eller hvorfor oplysninger ikke er vurderet relevante for sagen og derfor ikke medtaget i styrelsens afgørelse.

Det er derfor styrelsens vurdering, at reglerne i forvaltningsloven om begrundelse er opfyldt, hvorfor begrundelsen i styrelsens afgørelse ikke er mangelfuld.”

I et supplerende indlæg af 21. januar 2022 har advokat II på vegne af klager anført:

”På vegne af AA ApS (herefter selskabet) skal jeg ved nærværende fremkomme med supplerende bemærkninger i anledning af Erhvervsstyrelsens indlæg af 8. december 2021 samt i forhold til sagen generelt.

Klage af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. juli 2021 fastholdes i sin helhed.

Det fra selskabets tidligere partsrepræsentant indtil nu anførte gøres fortsat gældende i sin helhed til støtte for klagen over Erhvervsstyrelsens afgørelse.

Det er fortsat selskabets opfattelse, at Erhvervsstyrelsens afgørelse ikke er i overensstemmelse med de forvaltningsretlige regler og principper og den måde, som Årsregnskabsloven og Selskabsloven skal fortolkes og derfor er ugyldig og ulovlig, jf. det tidligere anførte og det nedenfor anførte, hvilket er

hovedbaggrunden for fastholdelsen af nærværende klage. Afgørelsen bør derfor hjemvises til fornyet behandling hos Erhvervsstyrelsen.

Klagen fastholdes også da hjemvisning af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. juli 2021 kan have betydning for Anklagemyndighedens vurdering af mulighederne for strafferetlige forfølgelse af sagen i forhold til selskabet og selskabsdeltagerne.

SAGSFREMSTILLING

Der skal ved Erhvervsankenævnets vurdering af sagen efter selskabets opfattelse lægges særlig vægt på følgende forhold:

Ved aftale indgået den 24. august 2018 solgte selskabet dets kapitalandele i en associeret virksomhed. Købesummen herfor blev den 14. september 2018 indsat på selskabets erhvervskonto med kr. 13.360.000, jf. udskrift af erhvervskontoen for perioden fra 14. september 2018 til 28. juni 2019 (**bilag 1**).

2 af indehaverne af anpartskapitalen i selskabet – GG og HH – der hver især ejede 33% af anpartskapitalen – stod foran større private investeringer af forskellig art.

Ledelsen i selskabet rettede derfor henvendelse til selskabets revisor, DD P/S ved registreret revisor CC og forespurgte, om der var mulighed for, at selskabet på baggrund af modtagelsen af købesummen for den selskabet tilhørende kapitalandel i en associeret virksomhed kunne låne GG og HH et beløb til foretagelse af de private dispositioner.

DD P/S rettede henvendelse til deres samarbejdspartnere (?), der oplyste, at der efter deres opfattelse ikke var noget til hinder for, at selskabet udlånte et beløb til hhv. HH og GG.

På den baggrund blev der den 24. september 2018 (**bilag 2**) indgået gælds-brev mellem selskabet og GG med en hovedstol på kr. 1.500.000 og en rente, der påløb pr. 11. september med en forrentning på 1,5225%. Beløbet blev dagen efter udbetalt til GG, jf. udskrift af selskabets erhvervskonto (bilag 1).

På samme vis blev der den 24. oktober 2018 underskrevet gælds-brev af HH, hvorefter HH lånte kr. 1.000.000 af selskabet med samme forrentning som GG (**bilag 3**). HH modtog det lånte beløb den 18. oktober 2018, jf. kontoudskriften (bilag 1).

Ved drøftelse med anden revisor fik HH kendskab til, at det foretagne udlån muligvis var i strid med reglerne om aktionærlån i selskabsloven. HH rettede henvendelse til selskabet og til selskabets revisor, der ved fornyet henvendelse til revisors samarbejdspartnere herefter bekræftede, at de to lån var i strid med reglerne i selskabsloven, da der ikke var udarbejdet regnskab for selskabet før udlånet der dokumenterede, at de pågældende beløb var omfattet af selskabets frie reserver. I forhold til selskabet påtog DD P/S sig samtidig ethvert ansvar for den foretagne disposition og DD P/S indbetalte

således blandt andet senere til selskabet den i selskabslovens § 210 anførte rente for den periode, hvor beløbet havde været udbetalt, jf. mail fra selskabets daværende revisor til selskabsdeltagerne af den 22. november 2018 (**bilag 4**).

På den baggrund sørgede GG og HH for, at de lånte beløb straks blev tilbagebetalt til selskabet ved modregning i nyt udlån til GG og HH, jf. referat af ekstraordinær generalforsamling afholdt den 28. november 2018 (**bilag 5**).

Ved udarbejdelsen af årsrapporten for perioden 1. juli 2018 til 30. juni 2019 (**bilag 6**), hvilket er den periode, hvor udlånet var foretaget, beskrev revisor og selskabets ledelse forholdet ved blandt andet på regnskabs side 5 at anføre, at

”Overtrædelse af selskabslovens regler om lån til ledelsen

Selskabet har pr. 30. juni 2019 et tilgodehavende på kr. 29.599 hos virksomhedsdeltagere og ledelse. Selskabets udlån er i strid med selskabslovens § 210, hvorved ledelsen kan ifalde ansvar.....

Ledelsesberetning

.....

Selskabets ledelse har i årets løb modtaget rådgivning som har været i strid med selskabsloven vedr. udlån til ledelsen. Konsekvensen af denne rådgivning har været, at der i årsrapporten 2018/2019 er opstået et udlån i strid med selskabslovens regler.

Selskabets ledelse har ved opdagelse af det opståede lån foretaget handlinger til at sikre at forholdet er blevet berigtiget....”.

Ved gennemgang af selskabets aktiver og passiver pr. 30. juni 2019 og sammenholdelse heraf med det forgående regnskabsår kan det konstateres, at selskabets aktiver er steget fra kr. 5.413.942 til kr. 16.659.379 samt at selskabets passiver i regnskabsåret, der sluttede den 30. juni 2019, udelukkende bestod i reserve for udlån og sikkerhedsstillelse med kr. 2.505.540 og foreslået udbytte for regnskabsår med kr. 8.700.000. Det udestående lån er optaget hos selskabets ledelse og det fremgår af passivsiden i selskabets årsregnskab fra 2017/2018 til 2018/2019, at der i ingen af årene har været langfristet eller kortfristet gældsforpligtelser af nogen særlig størrelse. Det samme kan konstateres ved beskrivelsen af egenkapitalen i note 5 til regnskabet.

På baggrund af en gennemgang af selskabets årsrapport for 2018/2019 rettede Erhvervsstyrelsen den 24. april 2020 (**bilag 7**) henvendelse til selskabets revisor og bad om nærmere oplysning i forhold til det i årsregnskabet anførte om overtrædelse af selskabslovens regler om lån til ledelsen. Det fremgår af styrelsens brev, at posten i balancen på kr. 2.557.572 og det indfrieede lån med kr. 2.505.540 synes at være forrentet med 10,05% ”...hvilket efter styrelsens opfattelse kan indikere, at der er tale om ulovlige kapitalejerlån...”. På den baggrund bad styrelsen blandt andet selskabets revisor ”redegøre for grundlaget for det indregnede tilgodehavende, hertil også grundlaget for det

allerede indfrieede lån. Herudover bedes I også redegøre for, hvori det ulovlige lån er indeholdt... ”.

Ved mail af 29. juli 2021 (**bilag 8**) redegjorde selskabets revisor for forholdene om udlånet. Det fremgår blandt andet heraf, at selskabets revisor påtog sig ansvaret for den rådgivning, der lå til grund for gennemførelse af det oprindelige udlån samt at revisor som følge heraf havde godtgjort rentebeløbet på kr. 29.599, der var optaget i årsrapporten som et tilgodehavende på baggrund af den af revisionsselskabet mangelfuldt ydet rådgivning.

Selskabets revisor afsluttede brevet med opfordring til at fremkomme med spørgsmål til selskabets revisor, hvis der var behov herfor.

Den 29. juli 2021 (**bilag 9**) traf Erhvervsstyrelsen afgørelse om, at selskabets årsregnskab for 2019/2020 og 2020/2021 skulle revideres af en revisor. Erhvervsstyrelsen oplyste samtidig, at styrelsen havde truffet beslutning om, at oversende sagen for så vidt angår det *”.... ulovlige lån, der fremgik af årsrapport for 2018/2019...”* til politiet med henblik på vurdering af, om der skulle rejses tiltale mod virksomhedens ledelse. Som begrundelse for afgørelsen henviser styrelsen til, at selskabet har ydet et lån i strid med selskabslovens § 210 og at lånet er af ikke ubetydelig størrelse. Som hjemmel henviser styrelsen til årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 1. og 2. punkt.

På baggrund af Erhvervsstyrelsens beslutning af 29. juli 2021 fremkom DD P/S med supplerende oplysninger til Erhvervsstyrelsen i mail af 19. august 2021 (**bilag 10**) DD P/S fremhævede på vegne af selskabet heri blandt andet, at der var udarbejdet gældsbreve med en markedsrente på 1,52% samt at det var selskabsdeltagerne i selskabet, der rettede henvendelse til DD P/S og gjorde opmærksom på det mulige ulovlige forhold, hvilket indebar at dispositionen øjeblikkeligt blev berigtiget.

I mail af 24. august 2021 fremkom Erhvervsstyrelsen med supplerende bemærkninger, jf. mailsti (**bilag 11**), i anledning BBs mail af 19. august 2021 (bilag 8).

Den 26. august 2021 indbragte DD P/S Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. juli 2021 for Erhvervsankenævnet og fremhævede i anken blandt andet, at *”Kapitalejerne/ledelsen har således alene handlet på baggrund af konkret professionel rådgivning, som beklageligvis var fejlagtig. Kapitalejerne/ledelsen tilbagebetalte straks lånet med renter. Kapitalejerne/ledelsen har handlet i god tro omkring lånets etablering og således uden skyld i etablering lånet i strid med selskabslovens § 210”* (**bilag 12**).

Ved brev af 14. oktober 2021 fremkom Erhvervsstyrelsen med bemærkninger til klagen til Erhvervsankenævnet (**bilag 13**).

Ved brev af 4. november 2021 (**bilag 14**) fremkom selskabets ledelse med bemærkninger til Erhvervsstyrelsens mail af 14. oktober 2021 og fastholdte

indbringelsen af afgørelsen af 29. juli 2021 for Erhvervsankenævnet. Supplerende gjorde AA ApS gældende, at samtlige relevante faktiske forhold ikke var inddraget i forbindelse med Erhvervsstyrelsens afgørelse af sagen, herunder i særdeleshed de supplerende, præciserende og fremhævede oplysninger, der fremgår af DD P/Ss meddelelse af 19. august 2021. Selskabets ledelse fremhævede endvidere, at der ikke var sket den fornødne partshøring.

På baggrund af Erhvervsankenævnets fastsættelse af frister fremkom Erhvervsstyrelsen den 8. december 2021 (**bilag 15**) med yderligere bemærkninger. Styrelsen fremhævede i forbindelse hermed blandt andet, at *"...Det var styrelsens vurdering, at det ulovlige lån, som siden var blevet indfriet, var af en ikke ubetydelig størrelse. Erhvervsstyrelsen traf derfor i overensstemmelse med styrelsens normale praksis på området afgørelse den 29. juli 2021 om at virksomhedens ledelse havde optaget et ulovligt kapitalejerlån, hvorfor virksomheden ikke kan anvende muligheden i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt. for at fravælge revision..., jf. årsregnskabslovens § 135, stk. 7....."*

Styrelsen har den 4. november 2021 orienteret politiet om de modtagne redegørelser, samt at styrelsen ikke finder grundlag for at trække politianmeldelsen tilbage....

....."

BEGRUNDELSE FOR KLAGEN

Som begrundelse for den indbragte klage skal jeg i det hele henvise til af selskabsdeltagerne ved brev af 4. november 2021 anførte samt det af DD P/S tidligere anførte.

Supplerende skal jeg gøre følgende gældende:

Det fremgår af årsregnskabslovens § 135, stk. 7, at *"Hvis Erhvervsstyrelsen ved en kontrol af årsrapporten i henhold til § 159b, stk. 1, konstaterer væsentlige fejl eller mangler i forhold til selskabslovgivningen eller regnskabslovgivningen, kan styrelsen beslutte, at undtagelsen i stk. 1, 3. pkt. ikke kan anvendes af virksomheden i indeværende og de 2 følgende regnskabsår. Styrelsen kan dog altid beslutte, at undtagelsen ikke kan anvendes, hvis der er ydet lån, som er omfattet af selskabslovgivningens forbud om lån til virksomhedsdeltagere og ledelse, og der er tale om lån af ikke ubetydelig størrelse eller gentagne overtrædelser af forbuddet i selskabslovgivningen...."*

I aktionærloven fremgår af selskabslovens § 210, stk. 2, at *"for at et kapitalselskab kan yde økonomisk bistand, jf. stk. 1, skal følgende betingelser være opfyldt:*

1) Den økonomiske bistand skal kunne rummes inden for selskabets frie reserver, jf. § 180, stk. 2, og skal ydes på sædvanlige markedsvilkår...."

Udbytte i henhold § 180, stk. 2, er defineret som *"frie reserver, hvorved forstås beløb, som i selskabets senest godkendte årsregnskab er opført som overført overskud, og reserver, som ikke er bundet i henhold til lov eller vedtægter med fradrag af overført underskud..."*

Bestemmelsen er anført under overskriften *"udlodning af ordinært udbytte"*.

Under overskriften *"udlodning af ekstraordinært udbytte"* fremgår det, at *"som ekstraordinært udbytte efter stk. 1 og 2 kan kun anvendes midler, der er omfattet af § 180, stk. 2, samt optjent overskud og frie reserver, der er opstået eller blevet frigjort efter den periode, der senest er aflagt årsrapport for, medmindre beløbet er udloddet, forbrugt eller bundet."*

Det følger af årsregnskabslovens § 135, stk. 7, som citeret ovenfor, at styrelsen "kan" beslutte, at selskabet ikke kunne fritages for revision, jf. § 135, stk. 7, 1. pkt., samt at styrelsen kan beslutte, at undtagelsen ikke skal anvendes, hvis der er ydet lån, omfattet af selskabslovgivningens forbud mod lån til virksomhedsdeltagere og ledelse, af ikke ubetydelig størrelse, jf. § 135, stk. 7, 2. pkt.

Ved anvendelsen af ordet "kan" i begge bestemmelser, har lovgiver besluttet, at retsfølgen – at selskabets regnskaber skal revideres i 2 regnskabsår – først finder anvendelse, når Erhvervsstyrelsen på baggrund af en konkret vurdering af samtlige relevante forhold, finder at betingelserne for anvendelse af retsfølgen er opfyldt. Styrelsen "kan" også undlade at anvende den pågældende retsfølge, hvis det efter gennemførelsen af det lovpligtige skøn vurderes, at dette ikke er nødvendigt.

Det fremgår utvetydigt af styrelsens meddelelse til Erhvervsankenævnet af 8. december 2021, at styrelsen har fastsat en intern regel, hvorefter *"I den vurdering lægger styrelsen primært vægt på, hvor stort lånet isoleret set har været. Derimod tillægges der ikke vægt på, hvordan et ulovligt lån måtte være opstået."*

Erhvervsstyrelsen sætter herved et lovpligtigt skøn som anført i årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 1. og 2. pkt., under styrelsens "faste" praksis og dermed under en intern regel. Dette er i strid med den forvaltningsretlige grundsætning om, at der ikke må sættes skøn under regel, hvorfor det af styrelsens foretagne skøn allerede af den grund er ulovligt og dermed ugyldigt.

Den manglende vurdering indebærer samtidig, at der ikke er foretaget den fornødne høring af selskabets og selskabsdeltagerne, herunder i særdeleshed i forhold til oplysningerne om baggrunden for lånet. Der er dermed ikke foretaget den nødvendige lovpligtige høring, hvorfor afgørelsen også af den grund er ugyldig.

Ovennævnte accentueres af den betingelsesløse accept fra selskabets revisor af revisors ansvar for det foretagne udlån og af, at selskabet udelukkende foretog udlånet efter at have fået foretaget en vurdering af udlånets

lovmedholdelighed. Hvis selskabets revisor havde meddelt, at foretagelse af udlånet inden udarbejdelse af årsregnskab var i strid med reglerne i selskabsloven, hvilket revisor har erkendt at være bekendt med, ville dispositionen ikke være blevet foretaget.

Ovennævnte støttes også af, at der de facto på tidspunktet for udlånet var en særdeles betydelig egenkapital i selskabet og – stort set – ingen gæld. Betingelserne for gennemførelse af et ekstraordinært udbytte ville dermed have været opfyldt, jf. selskabslovens § 182, stk. 2. Selskabet og selskabsdeltagerne havde derfor ingen grund til at foretage det ulovlige udlån, da selskabsdeltagerne havde mulighed for at få beløbet udloddet, hvilket også senere skete.”

Erhvervsstyrelsen har i supplerende bemærkninger af 23. februar 2022 anført bl.a.:

”Klager gør i brev af 21. januar 2022 gældende, at der ikke er foretaget den nødvendige partshøring, ligesom klager anfører, at Erhvervsstyrelsen ikke har inddraget samtlige relevante faktiske forhold i forbindelse med styrelsens afgørelse af sagen. Klager henviser fortsat til, at bl.a. oplysninger om baggrunden for lånets opstående ikke er inddraget i styrelsens vurdering af, om lånet er af ”ikke ubetydelig størrelse”. For så vidt angår denne del, skal Erhvervsstyrelsen henvise til styrelsens bemærkninger af 8. december 2021.

I brevet inddrager klager derudover en række yderligere oplysninger, som klager mener ville have haft betydning for styrelsens skøn, hvorfor oplysningerne anses som væsentlige af klager. Hertil skal styrelsen bemærke, at når der foretages et skøn i medfør af årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 2. pkt. over, hvorvidt et ulovligt lån er af ”ikke ubetydelig størrelse”, er det styrelsens vurdering, at det ligesom det gælder for lånets opstående heller ikke er relevant at lægge vægt på følgende, som klager ellers gør gældende:

- At ledelsen i stedet kunne have udloddet beløbet som et udbytte på lovlig vis eller yde lånet lovligt efter reglerne i selskabslovens § 210, stk. 2,
- at ledelsen ikke ville have ydet lånet, såfremt den vidste, at det var i strid med selskabsloven,
- at revisor påtager sig ansvaret for, at virksomheden er kommet til at have ydet et ulovligt lån.

Ovennævnte forhold kan efter Erhvervsstyrelsen opfattelse ikke tillægges betydning iht. den anvendte bestemmelse.

I den konkrete sag er det heller ikke afgørende, at virksomheden havde en betydelig egenkapital og næsten ingen gæld, da lånet blev ydet, da lånet som nævnt isoleret set af styrelsen er skønnet til at være af ikke ubetydelig størrelse.

Klager gør derudover gældende, at Erhvervsstyrelsen i sin afgørelse har sat skøn under regel. Klager anfører hertil, at ”Det fremgår utvetydigt af styrelsens meddelelse til Erhvervsankenævnet af 8. december 2021, at styrelsen har fastsat en intern regel, hvorefter i den vurdering lægger styrelsen primært vægt på, hvor

stort lånet isoleret set har været. Derimod tillægges der ikke vægt på, hvordan et ulovligt lån måtte være opstået”.

Klager mener således, at Erhvervsstyrelsen med ovenstående har sat skøn under regel. For så vidt angår spørgsmålet om, at der ikke er lagt vægt på, hvordan et ulovligt lån måtte være opstået, henvises der til styrelsens bemærkninger af 8. december om overholdelse af sagsoplysningsprincippet.

For så vidt angår spørgsmålet om, at styrelsen - ved primært at have lagt vægt på, hvor stort lånet isoleret set har været - skulle have fastsat en intern regel i strid med det pligtmæssige skøn, kan styrelsen afvise, at dette er tilfældet. Styrelsen har således foretaget et pligtmæssigt skøn over, hvorvidt det ulovlige lån på 2.505.540 kr. var af ”ikke ubetydelig størrelse”. Skønnet sættes ikke under regel ved, at styrelsen i den konkrete sag i forbindelse med sin vurdering lægger afgørende vægt på ét af de skønselementer, som kan inddrages i afgørelsen.”

Advokat II har i indlæg af 8. april 2022 anført bl.a.:

”På vegne af AA ApS (herefter selskabet) skal jeg ved nærværende fremkomme med bemærkninger til Erhvervsstyrelsens mail til nævnet af 23. februar 2022.

I forhold til en række af selskabets bemærkninger i brev af 21. januar 2022 anfører Erhvervsstyrelsen, at de anførte forhold efter styrelsens opfattelse ikke kan tillægges betydning i forhold til den anvendte bestemmelse. Det fremgår også, at det efter styrelsens opfattelse ikke er afgørende, at selskabet på tidspunktet for gennemførelsen af udlånet havde en betydelig egenkapital, der væsentligt oversteg lånenes hovedstol, da lånenes størrelse efter styrelsens opfattelse isoleret set skønnes at være af ”ikke ubetydelig størrelse”.

Som anført i forvaltningsloven har styrelsen – som en offentlig forvaltning – pligt til at begrunde afgørelser, herunder pligt til at angive hvilke retsregler, som afgørelsen er truffet på baggrund af samt oplyse hvilke hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen, jf. forvaltningslovens § 24, stk. 1. Styrelsens mail af 23. februar 2022 er at betragte som en afgørelse, da styrelsen heri fastholder styrelsens afgørelse af 21. juli 2022.

Som anført i afgørelsen henviser styrelsen ikke til retsregler af nogen art, men udelukkende til at ”...lånet .. isoleret set af styrelsen er skønnet til at være af ikke ubetydelig størrelse.”

Det følger heraf, at styrelsen udelukkende tillægger et enkelt skønselement betydning ved foretagelse af den i loven anførte skønsudøvelse. Som anført i mit brev af 21. januar 2022 fremgår det utvetydigt af årsregnskabslovens § 135, stk. 7, at styrelsen ”kan” beslutte, at et selskab skal gennemføre revision af årsrapporten, men ikke at styrelsen skal beslutte dette, hvis der er ydet lån af ikke ubetydelig størrelse. Sidstnævnte forhold er udelukkende et forhold blandt flere, der skal vurderes ved udøvelse af det pligtmæssige skøn, som styrelsen skal udøve. Det følger dermed direkte af styrelsens brev af 23. februar 2022, at

styrelsen har undladt at inddrage andre elementer i det pligtmæssige skøn, som styrelsen skal foretage og det er dermed igen dokumenteret, at styrelsen ikke har udøvet det pligtmæssige skøn ved inddragelse af samtlige relevante forhold og dermed at styrelsen har sat ”skøn under regel”.

Ovenstående ændres ikke af styrelsens bemærkninger til de af selskabet tidligere anførte forhold om ”skøn under regel” i brev af 21. januar 2022. Tværtimod accentueres forholdet, da de af styrelsens bemærkninger hertil følger, at styrelsen ikke har inddraget andre forhold – overhovedet – i det pligtmæssige skøn, som styrelsen skal udføre, herunder de særdeles undskyldelige forhold, der er tale om i nærværende sag.

Det tidligere anførte i brev af 21. januar 2022 anførte fastholdes i sin helhed.
...”

Ankenævnet udtaler:

Efter årsregnskabsloven skal virksomheder som udgangspunkt lade sine regnskaber revidere, dog kan revision under visse betingelser fravælges, jf. § 135, stk. 1, 3. pkt.

Af selskabslovens § 210, stk. 1, fremgår, at et kapitalselskab direkte eller indirekte kan stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet, hvis betingelserne i bestemmelsens stk. 2 er opfyldt. Det følger heraf, at lån, der ikke opfylder de anførte betingelser, er ulovlige.

Det fremgår af dagældende årsregnskabslovs § 135, stk. 7, 2. pkt., at hvis der er ydet lån, som er omfattet af selskabslovgivningens forbud mod lån til virksomhedsdeltagere og ledelse, og der blandt andet er tale om lån af ikke ubetydelig størrelse, kan Erhvervsstyrelsen altid beslutte, at undtagelsen i § 135, stk. 1, 3. pkt., ikke anvendes.

Den dagældende affattelse af årsregnskabslovens § 135, stk. 7, blev indsat ved lov nr. 1232 af 18. december 2012. I det lovforslag (nr. L 26 af 10. oktober 2012), der lå til grund for ændringsloven, hedder det i de specielle bemærkninger blandt andet:

”Efter den gældende bestemmelse i § 135, stk. 7, kan Erhvervsstyrelsen beslutte, at en virksomhed ikke kan fravælge revision i de to følgende regnskabsår, hvis styrelsen i forbindelse med en regnskabskontrol konstaterer væsentlige fejl eller mangler i forhold til selskabslovgivningen eller regnskabslovgivningen. Styrelsen kan i grovere tilfælde kræve revision i yderligere et regnskabsår.

Med det foreslåede 1. pkt. får Erhvervsstyrelsen hjemmel til at pålægge en virksomhed revision allerede i indeværende år i forbindelse med en

regnskabsundersøgelse. Der kan således allerede pålægges revision af det årsregnskab, der er genstand for en regnskabsundersøgelse, hvilket ikke er muligt efter den gældende bestemmelse.

Det har betydning i de situationer, hvor styrelsen i forbindelse med en regnskabsundersøgelse pålægger virksomheden at indsende en ny årsrapport i henhold til § 161, nr. 3, fordi den undersøgte årsrapport er så fejlbehæftet eller mangelfuld, at den ikke giver et retvisende billede af virksomheden.

Erhvervsstyrelsen har i forbindelse med modtagelsen af påbudte omgjorte årsrapporter, der ikke er reviderede, i flere tilfælde konstateret, at årsrapporterne fortsat indeholder væsentlige fejl og mangler. Det kan f.eks. skyldes, at en virksomhedsejer, der ikke selv besidder de fornødne kompetencer, selv har forsøgt at berigtige årsrapporten uden assistance fra en revisor eller en anden regnskabskyndig person. Sådanne sager medvirker til at forsinke offentliggørelsen af en retvisende årsrapport for regnskabsbrugerne.

Den foreslåede bestemmelse medvirker derfor til, at regnskabsbrugerne hurtigst muligt får adgang til en retvisende årsrapport.

Ved væsentlige fejl eller mangler vil som hidtil som udgangspunkt forstås fejl, der indebærer, at årsrapporten ikke giver et retvisende billede, eller væsentlige overtrædelser af selskabslovgivningen. Det er i den forbindelse af stor samfundsmæssig betydning, at liberaliseringen af bestemmelserne om revisionspligt ikke fører til en utilsigtet stigning i omfanget af ulovlige lån til ejere og ledelsesmedlemmer. I forlængelse af den generelle bestemmelse i 1. pkt. foreslås derfor i 2. pkt. en opstramning af, hvornår en virksomhed kan pålægges revision på grund af et ulovligt aktionærlån. Efter den foreslåede bestemmelse kan Erhvervsstyrelsen altid pålægge en virksomhed revision, hvis den har ydet et ulovligt aktionærlån af en ikke ubetydelig størrelse, eller hvis virksomheden gentagne gange har overtrådt selskabslovgivningens forbud mod aktionærlån.

Der vil herefter altid blive pålagt revision i de tilfælde, hvor forholdene omkring det ulovlige lån betyder, at overtrædelserne samtidig anmeldes til politiet i henhold til f.eks. selskabslovens § 367.

Erhvervsstyrelsen vil imidlertid også ud fra en konkret vurdering kunne pålægge en virksomhed revision, selvom forholdet ikke er anmeldt til politiet. Det kan f.eks. være i situationer, hvor selskabet har forsøgt at skjule de ulovlige forhold, eller at lånet har været opretholdt over en længere årrække. Det kan endvidere være ud fra en vurdering af den potentielle risiko for tab, som selskabet påfører f.eks. medarbejdere, kreditorer og det offentlige. I denne vurdering vil f.eks. indgå lånets størrelse sammenholdt med virksomhedens egenkapital og økonomiske forhold, selskabets resultater og udvikling, f.eks. om virksomheden gennem en længere årrække har kørt med underskud.

Muligheden for at pålægge revision allerede i indeværende år vil imidlertid alene have betydning i de situationer, hvor årsrapporten bliver returneret, og styrelsen anmoder om en berigtiget årsrapport.”

Det kan lægges til grund, at klager i 2018 til selskabets ledelse foretog udlån i strid med selskabslovens § 210. Det samlede omfang heraf på godt 2,5 mio. kr. lå fast, da klagers revisor – ca. 15 måneder efter Erhvervsstyrelsens første anmodning til revisoren – fremkom med en redegørelse i mail af 29. juli 2021. I mailen blev også redegjort for bl.a., at de ulovlige lån var ydet på baggrund af ekstern rådgivning.

Ankenævnet finder, at Erhvervsstyrelsen ved den påklagede afgørelse har foretaget et pligtmæssigt skøn over, om der er ”tale om lån af ikke ubetydelig størrelse”, jf. årsregnskabslovens dagældende § 135, stk. 7. Henset til lånenes omfang – godt 2,5 mio. kr. – kan ankenævnet tiltræde styrelsens skøn i så henseende.

Under hensyn blandt andet til størrelsen af de ulovlige aktionærlån foretog Erhvervsstyrelsen desuden politianmeldelse. Denne beslutning er ikke en del af klagesagen for Erhvervsankenævnet.

Ankenævnet finder, at det må anses at være forudsat i forarbejderne til årsregnskabslovens dagældende § 135, stk. 7, at der i alle tilfælde, hvor forholdene omkring det ulovlige lån betyder, at overtrædelsen samtidig anmeldes til politiet, vil skulle meddeles virksomheden påbud om at lade virksomhedens to næstkommende årsregnskaber underkaste revision.

Ankenævnet finder på denne baggrund, at Erhvervsstyrelsen har været berettiget til at meddele det omhandlede revisionspåbud. Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. juli 2021, som er begrundet fuldt tilstrækkeligt, kan under de anførte omstændigheder ikke anses for at være ugyldig som følge af manglende partshøring eller manglende sagsoplysning eller manglende iagttagelse af andre sagsbehandlingsregler.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. juli 2021.