

Kendelse af 7. februar 1994. 93-44.141.

En vejledende udtalelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om lovligheden af et påtænkt lånearrangement kunne ikke indbringes for ankenævnet. Styrelsen havde ikke pligt til at træffe en bindende afgørelse om arrangementets lovlighed.

Aktieselskabslovens § 115, § 115 a og § 159 b, stk. 1. Årsregnskabslovens § 63.

(Børge Dahl, Morten Iversen og Ebbe Christensen)

Advokat A har på vegne K A/S i skrivelse af 29. juni 1993 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 2. juni 1993 (j.nr. 92-70.286) afslog at træffe en afgørelse vedrørende lovligheden af et påtænkt lånearrangement.

Sagens omstændigheder:

Klageren, det danske aktieselskab K A/S, er et datterselskab af K International Services B.V., Holland, idet samtlige aktier i K A/S ejes af K International Services B.V. Aktierne i dette selskab ejes af henholdsvis K Investments S.A., Schweiz, K Holding, USA, og B Inc., USA, med tilsammen 100%. Disse tre selskaber er helejede datterselskaber af det i USA børsnoterede selskab K Corporation.

I anledning af, at K A/S ønsker at yde et lån til K International Services B.V. eller til K Corporation, henvendte klagers advokat A sig den 30. november 1992 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og anmodede styrelsen om en forhåndsafgørelse om, hvorvidt klageren vil være berettiget til at yde et sådant lån. I skrivelsen anføres, at advokaten er bekendt med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis, hvorefter et udenlandsk moderselskab ikke anses for omfattet af moderselskabsdefinitionen i aktieselskabslovens § 2, og at et dansk selskab som følge heraf ikke i medfør af aktieselskabslovens § 115 a er berettiget til at yde et lån til et udenlandsk moderselskab. Denne praksis er efter advokatens opfattelse uholdbar, og der argumenteres i skrivelsen for dette synspunkt.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen svarede i skrivelse af 26. marts 1993. I svaret redegør styrelsen for sin fortolkning af de omhandlede lovbestemmelser og konkluderer:

"På denne baggrund må det - også i lyset af diskussionen i den juridiske litteratur - efter styrelsens opfattelse antages, at udenlandske moderselskaber ikke har adgang til i medfør af aktionærlånsreglerne at låne fra danske datterselskaber.

Spørgsmålets endelige afgørelse henhører under domstolene."

Skrivelsen indeholder ingen klagevejledning.

I skrivelse af 31. marts 1993 meddelte klagers advokat, at klageren og advokaten ikke er enig i styrelsens fortolkning. Advokaten anmodede derfor styrelsen om "at træffe en afgørelse om retten til at yde lån til de udenlandske moderselskaber, således at denne afgørelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet."

Ved den påklagede skrivelse af 2. juni 1993 afslog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at træffe en sådan afgørelse. I skrivelsen anføres:

"Der er tale om lovfortolkning vedrørende aktieselskabslovens §§ 115 og 115 a, og dermed et spørgsmål, hvis endelige afgørelse henhører under domstolene. Der foreligger ej heller en sådan sag, der kræver afgørelse fra styrelsens side.

Man kan derfor ikke efterkomme Deres anmodning."

Heller ikke denne skrivelse indeholder klagevejledning.

I klageskrivelsen af 29. juni 1993 og et supplerende indlæg af 3. september 1993 har klager anmodet om, at Erhvervsankenævnet realitetsbehandler sagen. Herom siges i indlægget af 3. september 1993:

"Jeg er selvsagt enig i, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen generelt ikke har pligt til at udarbejde en såkaldt bindende forhåndsbesked.

I det her foreliggende tilfælde vil mine klienter imidlertid blive bragt i en aldeles absurd situation, såfremt Erhvervsankenævnet ikke tager klagen under realitetsbehandling. Som det fremgår, ønsker K A/S at yde et lån til sit udenlandske moderselskab. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har tilkendegivet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i overensstemmelse med gældende administrativ praksis vil anse et sådant lån for at være i strid med Aktieselskabslovens § 115 og § 115a, hvilket må indebære, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen agter at tage alle fornødne retsskridt til at formå K A/S til at lade et ulovligt låneforhold bringe til ophør - herunder ved at foranstalte strafferetlig forfølgelse af selskabet.

Det forekommer aldeles urimeligt, at sådanne sanktionsmidler skal tages i brug, før spørgsmålet om holdbarheden af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens fortolkning af Aktieselskabslovens § 115 og § 115a kan realitetsbehandles af Erhvervsankenævnet.

Såfremt det omtvistede lån ydes af K A/S, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen iværksætter sanktioner i den anledning, kan berettigelsen af de sanktioner selvsagt indbringes for de ordinære domstole. Derimod anser jeg det for stærkt tvivlsomt, om spørgsmålet om rigtigheden af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens fortolkning af Aktieselskabslovens § 115 og § 115a kan indbringes for de ordinære domstole, hvis det omtvistede lån ikke er ydet. Det er min klare opfattelse, at domstolene vil afvise et sådant søgsmål med den begrundelse, at den nedlagte påstand angår et hypotetisk og ikke aktuelt spørgsmål.

K A/S lægger selvsagt afgørende vægt på, at selskabet til stadighed er i "good standing" i enhver henseende, således at selskabets årsregnskab har "blank revisionspåtegning" og ikke foretager sig handlinger, som af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anses for at være i strid med Aktieselskabsloven. K A/S ønsker derfor ikke i denne sag at blive tvunget ud i en aktuel konflikt om lovligheden af et etableret låneforhold. Denne holdning bør imidlertid ikke kunne afskære K A/S fra at

få Erhvervsankenævnet til at tage stilling til, om Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis vedrørende lån til udenlandske moderselskaber er holdbar.

I den foreliggende sag er der således efter min opfattelse i realiteten truffet en afgørelse af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og ikke kun en vejledende udtalelse, idet K A/S i realiteten er blevet meddelt et pålæg om at undlade at yde lån til sit udenlandske moderselskab."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i en skrivelse af 13. august 1993 og et supplerende indlæg af 21. oktober 1993 fastholdt, at styrelsen med rette har "afvist at ændre en lovfortolkning til en bindende forhåndsbesked". Som begrundelse anfører styrelsen i førstnævnte skrivelse:

"Styrelsen har ikke pligt til og ønsker ikke at udarbejde bindende forhåndsbeskeder vedrørende selskabers dispositioner, der ikke angår forhold, der registreres i styrelsen. Styrelsen oplyser derimod i almindelighed om fortolkning af lovgivningen som et led i den oplysningsvirksomhed, der er forbundet med styrelsens lovadministration.

Styrelsen er bekendt med, at der på områder inden for skattelovgivningen er pligt til at afgive bindende forhåndsbesked. Dette følger af lov om bindende forhåndsbesked om skattespørgsmål m.v. Selv her kan myndighederne under visse betingelser afvise at give bindende forhåndsbesked.

En sådan pligt findes ikke for styrelsen."

I det supplerende indlæg af 21. oktober 1993 oplyser Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bl.a., at styrelsen "ikke har taget stilling til om, og i givet fald hvordan styrelsen vil reagere på en eventuel overtrædelse."

Klagers advokat har den 29. oktober 1993 meddelt, at hun ikke har yderligere bemærkninger.

Regelgrundlaget:

Det fremgår af aktieselskabsloven og forarbejderne til loven, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen principielt er en registreringsmyndighed, ikke en kontrollerende eller tilsynsførende myndighed. Der kan herom henvises til Betænkning om revision af aktieselskabslovgivningen (nr. 362/1964) s. 75 og s. 192-193, samt til forslaget til aktieselskabslov nr. 370 af 13. juni 1973, almindelige bemærkninger til kapitel 19 (Folketingstidende 1972-73, Tillæg A, sp. 4547).

Dispositioner efter aktieselskabslovens § 115 og § 115 a skal ikke anmeldes til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og kræver ikke tilladelse eller godkendelse fra styrelsen. Det påhviler således ikke efter aktieselskabsloven Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at træffe nogen afgørelse vedrørende disse dispositioner.

For så vidt angår styrelsens virksomhed med hensyn til årsregnskaber er det i årsregnskabslovens § 63 c bestemt, at styrelsen

"kan undersøge modtagne årsregnskaber, koncernregnskaber og årsberetninger og de dertil hørende revisionspåtegninger for at konstatere åbenbare overtrædelser af bestemmelser i eller i henhold til aktieselskabsloven, anpartsselskabsloven, lov om erhvervsdrivende fonde eller bogføringsloven."

Denne bestemmelse blev indføjet i årsregnskabsloven ved lov nr. 1059 af 23. december 1992. I bemærkningerne til bestemmelsen udtales (Folketingsåret 1992-93, lovforslag L 52, s. 7):

"Det præciseres, at styrelsen kan undersøge de indsendte årsregnskaber med henblik på at konstatere synbare overtrædelser af selskabslovene m.v.

Der er tale om aktiviteter, der vil ske som led i eksisterende arbejdsgange i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Styrelsen skal ikke foretage dybtgående undersøgelser for at finde ud af, om der er sket overtrædelse af selskabslovgivningen eller bogføringslovgivningen. Styrelsen skal således ikke undersøge, om oplysninger i regnskaberne skulle antyde muligheden af en overtrædelse, og styrelsen skal - som hidtil - heller ikke fungere som påtalemyndighed for andre overtrædelser af selskabslovgivningen m.v., som styrelsen bliver opmærksom på ved henvendelser fra forurettede parter."

Industriministeren har i november 1993 fremsat lovforslag i Folketinget til ændring af bl.a. årsregnskabslovens § 63 c. (Folketingsåret 1993-94, lovforslag L 83). Ifølge forslaget pålægges der nu Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en egentlig pligt til at foretage en stikprøvevis udtagelse og undersøgelse af de indsendte regnskaber. Pligten omfatter nu ikke blot overtrædelser af selskabs- og bogføringslovgivningen, men også af årsregnskabslovgivningen. Styrelsen får endvidere i et nyt § 63 c, stk. 2, hjemmel til reaktioner i anledning af konstaterede overtrædelser af den nævnte lovgivning. Den foreslåede § 63 c, stk. 1 og 2, er sålydende:

"Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal foretage en stikprøvevis udtagelse og undersøgelse af modtagne årsregnskaber, koncernregnskaber, årsberetninger og de hertil hørende revisionspåtegninger for at konstatere åbenbare overtrædelser af bestemmelser i eller i henhold til denne lov, aktieselskabsloven, anpartsselskabsloven, lov om erhvervsdrivende fonde eller bogføringsloven.

Stk. 2. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan yde vejledning med henblik på at sikre overholdelse af den i stk. 1 nævnte lovgivning. Styrelsen kan påtale overtrædelser af denne lovgivning samt give pålæg om berigtigelse af fejl samt om, at overtrædelser skal bringes til ophør."

Undlader et ansvarligt selskabsorgan at efterkomme et pålæg fra styrelsen, kan styrelsen efter forslagets § 64, stk. 3, pålægge organets medlemmer løbende tvangsbøder. Om karakteren af styrelsens undersøgelse hedder det i bemærkningerne (nævnte lovforslag, s. 6):

"De pågældende årsregnskaber bliver ikke genstand for en fuldstændig undersøgelse for enhver overtrædelse, idet styrelsens stikprøvevis udtagelse og undersøgelse ikke er - og ikke skal være - et egentligt tilsyn, som det kendes fra f.eks. Finanstilsynet. Der er alene tale om en eventuel afdækning af åbenbare overtrædelser af den

relevante lovgivning, det vil sige forhold, som er konstaterbare ved en umiddelbar gennemgang af det indsendte årsregnskab m.v. Der er for eksempel tale om åbenbare overtrædelser, når der er et direkte lovkrav om, at en bestemt oplysning skal være afgivet. Kræver den formodede lovovertrædelse derimod nærmere undersøgelse af andre dokumenter end regnskabet eller en egentlig bevisførelse, for at lovmedholdeligheden kan afklares, kan overtrædelsen ikke betegnes som åbenbar.

Med forslaget ændres der ikke på det grundlæggende forhold, at det er selskabsledelsens ansvar, at selskaberne lever op til lovgivningens krav, samt i modsat fald revisors pligt at tage fornødent forbehold i revisionspåtegningen."

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at udtagelse af et regnskab til undersøgelse også kan ske på andet grundlag end den stikprøvevise kontrol, f.eks. på grundlag af et revisorforbehold eller af mangler ved tidligere års regnskaber.

Særlig vedrørende klageadgangen til Erhvervsankenævnet er der som nyt § 64 b, 2. punktum, foreslået en bestemmelse, hvorefter styrelsens afgørelser efter bl.a. § 63 c, stk. 1, om stikprøvevis udtagelse og undersøgelse ikke kan indbringes for højere administrativ myndighed. I forbindelse hermed siges i bemærkningerne (nævnte lovforslag, s. 8):

"Der er stadig mulighed for at anke styrelsens andre afgørelser, herunder pålæg til selskaber, fonde m.v. om at bringe overtrædelser af lovgivningen til ophør. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vejledning efter den foreslåede bestemmelse til årsregnskabslovens § 63 c, stk. 2, 1. pkt., kan derimod ikke indbringes for Erhvervsankenævnet, idet denne, ligesom det generelt er tilfældet med styrelsens andre vejledninger, ikke er en afgørelse i lovens forstand."

Spørgsmålet om en forvaltningsmyndigheds pligt til at afgive bindende forhåndsbesked er i den forvaltningsretlige litteratur behandlet i Ellen Margrete Basse m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige Emner, 2. udgave, s. 116-118, og mere udførligt i en artikel i Juristen 1976, s. 49-83 (navnlig s. 64-65), af Claus Haagen Jensen og Orla Friis Jensen: Forhåndsbesked i forvaltningen.

Spørgsmålet om, i hvilket omfang en vejledende udtalelse fra en forvaltningsmyndighed kan indbringes for domstolene, har været behandlet af Højesteret i en kendelse, refereret i Ugeskrift for Retsvæsen 1986, s. 652. Ved kendelsen bestemte Højesteret, at et anerkendelsessøgsmål mod Forbrugerombudsmanden, der havde til formål at få ændret en vejledende udtalelse fra Forbrugerombudsmanden, kunne behandles af domstolene. Afgørelsen er kommenteret i en artikel i Ugeskrift for Retsvæsen 1986, afdeling B, s. 409, af højesteretsdommer Torben Jensen: Retlig interesse i anerkendelsessøgsmål mod Forbrugerombudsmanden. I en senere dom, refereret i Ugeskrift for Retsvæsen 1987, s. 682, fandt Højesteret, at en udtalelse fra Forbrugerombudsmanden måtte anses som en afgørelse, der kunne indbringes for domstolene.

Vedrørende Erhvervsankenævnets kompetence bestemmer lov om Industriministeriets Erhvervsankenævn (lov nr. 858 af 23. december 1987) § 1, stk. 1, at Erhvervsankenævnet er "klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov." Efter aktieselskabslovens § 159 b, stk. 1, kan "afgørelser truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i henhold til loven eller forskrifter udstedt i medfør af loven" indbringes for ankenævnet.

Ankenævnet udtaler:

Som det fremgår af de ovenfor gengivne bestemmelser om Erhvervsankenævnets kompetence, er det en betingelse for, at ankenævnet kan tage stilling til det spørgsmål, som klageren ønsker svar på, at der foreligger en **afgørelse** fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. En stillingtagen fra ankenævnets side forudsætter således,

1) enten at styrelsen har pligt til at træffe en afgørelse om lovligheden af den påtænkte disposition (give bindende forhåndsbesked - i så fald må sagen hjemvises med henblik på, at styrelsen træffer en sådan afgørelse),

2) eller at den udtalelse, som styrelsen faktisk har afgivet i skrivelsen af 26. marts 1993, må betragtes som en afgørelse, der kan indbringes for nævnet.

Ankenævnet er enig med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i, at der hverken efter aktieselskabsloven, årsregnskabsloven eller efter almindelige forvaltningsretlige principper påhviler styrelsen nogen pligt til at træffe en afgørelse om lovligheden af de påtænkte dispositioner. Ankenævnet har herved lagt vægt på, at sådanne dispositioner som ovenfor omtalt ikke skal registreres i styrelsen og ikke kræver styrelsens tilladelse eller godkendelse. Selv om styrelsen i forbindelse med styrelsens foran beskrevne virksomhed efter årsregnskabsloven kan få anledning til at tage stilling til lovligheden af en disposition som den påtænkte, er denne virksomhed efter ankenævnets opfattelse ikke af en sådan karakter, at styrelsen er forpligtet til på forhånd at skulle udtale sig om lovligheden af det påtænkte lånearrangement.

Tilbage står herefter spørgsmålet, om Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse af 26. marts 1993 må anses for en afgørelse, der kan indbringes for ankenævnet. Udtalelsen vedrører som nævnt et forhold, der ikke skal registreres eller godkendes af styrelsen, og den er afgivet i et tilfælde, hvor styrelsen ikke havde nogen pligt til at udtale sig. Fra styrelsens side er den ment som en uforbindende vejledning, afgivet som "et led i den oplysningsvirksomhed, der er forbundet med styrelsens lovadministration", jf. styrelsens indlæg af 13. august 1993. Udtalelsen går da heller ikke ud på andet og mere end en fastholden af den traditionelle selskabsretlige opfattelse af et velkendt fortolkningsspørgsmål, og styrelsen har ikke udtalt sig om, hvorvidt eller hvorledes styrelsen i givet fald ville reagere, hvis den ønskede lånetransaktion blev gennemført. På den anden side har styrelsen mulighed for at gribe ind, hvis transaktionen gennemføres, og efter indholdet af udtalelsen må det af klageren forventes, at styrelsen vil gribe ind, hvis det konstateres, at transaktionen gennemføres.

Når navnlig henses til den foran gengivne motivudtalelse, hvorefter vejledende udtalelser fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke er afgørelser i lovens forstand og ikke kan indbringes for nævnet, finder ankenævnet, at den pågældende udtalelse ikke kan anses for en afgørelse, der kan indbringes for ankenævnet.

Efter det anførte kan ankenævnet tiltræde, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelsen af 2. juni 1993 afslog at træffe en afgørelse vedrørende lovligheden af det påtænkte lånearrangement. Ankenævnet stadfæster derfor den påklagede afgørelse.

Styrelsens skrivelse af 26. marts 1993 kan ikke indbringes for ankenævnet.