

Kendelse af den 17. februar 2023 - J.NR. 22/14132

Tiltrådt Erhvervsstyrelsens påbud om at virksomhedens ledelse skal søge ulovligt lån inklusiv lovpligtige renter inddrevet straks

Årsregnskabslovens §§ 135, stk. 1, 3. pkt., 135, stk. 7, 1. og 2. pkt., 161, stk. 1, nr. 3, 162 a, stk. 1 og selskabslovens §§ 210, stk. 1, 212, 215, stk. 1

(Allan Nejbjerg, Lars Wind-Johannesen og Steen Mejer)

Kendelse

AA ApS

mod

Erhvervsstyrelsen

Ved skrivelse af 15. juni 2022 har advokat BB på vegne af AA ApS (herefter klager) påklaget Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. maj 2022, idet styrelsen har truffet afgørelse om, at klager skal søge et ulovligt lån tilbagebetalt, og at klagers to kommende årsregnskaber skal revideres.

Sagens omstændigheder:

Erhvervsstyrelsen har i en af Erhvervsankenævnet indhentet udtalelse af 23. august 2022 om sagens faktiske omstændigheder oplyst følgende:

"Sagens faktiske omstændigheder

Selskabet foretog den 26. april 2021 en digital indberetning af årsrapporten for 2020. Årsrapporten er fremlagt af klager som bilag [...].

Styrelsen udtog selskabets årsrapport til kontrol i henhold til årsregnskabslovens § 159 b, stk. 1. I forbindelse med kontrollen konstaterede styrelsen, at der under regnskabsposten tilgodehavende hos virksomhedsdeltagere og ledelse var indregnet et beløb på 3.783.775 kr. Årsregnskabet indeholder en erklæring om opstilling af registreret revisor CC.

På den baggrund sendte styrelsen den 28. september 2021 et høringsbrev til selskabet, hvori selskabet bl.a. fik mulighed for at redegøre for, hvorvidt der efter selskabets opfattelse var tale om et lovligt lån. Høringsbrevet er fremlagt som **bilag** [...].

Den 25. oktober 2021 modtog styrelsen en redegørelse fra registreret revisor CC på vegne af selskabet. Redegørelsen inkl. bilag er fremlagt som **bilag [...]**. I redegørelsen blev det blandt andet anført, at selskabet primært drev virksomhed med foderproduktion til mælkeproduktionsvirksomheden DD I/S, herunder dyrkning af majs, græs og korn. Tilgodehavendet indregnet i årsrapporten var ifølge selskabets revisor et ”forretningsmæssigt tilgodehavende”. Tilgodehavendet hidrørte delvist fra selskabets overdragelse af 25% af DD I/S, CVR-nr. xx xx xx xx (herefter kaldet: virksomhedsandelen) til selskabets kapitalejer EE. På baggrund af de medsendte bilag og den efterfølgende korrespondance kunne styrelsen dog konstatere, at hele tilgodehavendet pr. 31. december 2020 på 3.783.775 kr. hidrørte fra salget af virksomhedsandelen, hvilket der også ses at være enighed om mellem parterne på nuværende tidspunkt.

Af redegørelsen og de medsendte bilag fremgik, at selskabet overdrogede virksomhedsandelen til EE den 1. november 2020. Som styrelsen forstår klagers opgørelse af det endelige vederlag i bilag [...], blev en mindre del af købesummen for virksomhedsandelen afregnet via modregning i div. tilgodehavender, mens restkøbesummen på 3.783.775 kr. blev indregnet som et tilgodehavende på EEs mellemregningskonto med selskabet. Dvs. EE erlagde ikke nogen kontant betaling på overtagelsesdagen. Derimod blev virksomhedsandelen solgt på kredit, hvorefter der skete løbende betaling via mellemregningskontoen. Mellemregningskontoen var ifølge klagers redegørelse og bilag forrentet med 2,25%.

Første afdrag skete den 7. januar 2021. Den største betaling på 2.166.667 kr. skete den 5. juli 2021 – dvs. ca. 8 måneder efter overtagelsesdagen. Den 30. september 2021 skete endelig betaling for virksomhedsandelen – dvs. 11 måneder efter overtagelsesdagen. Posteringsne på mellemregningskontoen fremgår i tillæg til bilag [...] også af klagers bilag [...].

Den 31. marts 2022 sendte styrelsen en mail til selskabets repræsentant, hvori styrelsen anmodede om at få tilsendt overdragelsesaftalen indgået mellem selskabet og EE. Desuden anmodede styrelsen om en redegørelse for, hvorfor transaktionen efter selskabets opfattelse opfyldte betingelserne for at være en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Mailen med anmodningen om oplysninger er fremlagt som **bilag [...]**.

Den 1. april 2022 besvarede selskabets repræsentant styrelsens henvendelse. Svaret inkl. bilag er fremlagt som **bilag [...]**. Af svaret fremgår blandt andet:

”Om transaktionen er foretaget som led i virksomhedens almindelige drift

Da overdragelsen af virksomhedsandelen i DD I/S er sket som led i en virksomhedsoverdragelse er der ikke tale om en transaktion foretaget som led i virksomhedens almindelige drift.

(...)

Om lånet/kreditten er ydet på samme vilkår (betalingsbetingelse, kreditvurdering mv.) som et tilsvarende lån/kredit til en uafhængig tredjepart.

(...) Selskabet yder ikke lån eller kreditter til 3. mand. Derfor er det ikke muligt at foretage en sammenligning hertil."

Som bilag til redegørelsen blev fremsendt overdragelsesaftalen for virksomhedsandelen. Denne er også fremlagt af klager som bilag [...]. Styrelsen bemærkede, at der ikke var indgået aftale om, hvornår købesummen for virksomhedsandelen skulle forfalde. Det fremgik ikke af det fremsendte materiale, at der skulle være stillet sikkerhed for kreditten.

På baggrund af selskabets redegørelse fandt styrelsen det ikke godtgjort, at der var tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition omfattet af § 212. Derfor traf styrelsen den 19. maj 2022 afgørelse om, at den ydede kredit udgjorde et ulovligt lån i strid med selskabslovens § 210. Som følge heraf blev selskabet påbudt at indsende dokumentation til styrelsen for, at det ulovlige lån var inddrevet inkl. lovpligtige renter i overensstemmelse med selskabslovens § 215, ligesom selskabet i 2 år blev frataget muligheden for fravalg af revision, jf. den daværende årsregnskabslovs § 135, stk. 7. Afgørelsen er vedlagt af klager som bilag 1."

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. maj 2022 hedder det:

"Afgørelse

På baggrund af de anførte forhold i begrundelsen nedenfor finder styrelsen, at der fra selskabet er ydet et lån i strid med selskabslovens § 210. Derfor **påbyder** styrelsen:

1. At virksomhedens ledelse søger det ulovlige lån tilbagebetalt til virksomheden inkl. lovpligtige renter
2. At virksomhedens to kommende årsregnskaber skal revideres

Efterkommer virksomhedens ledelse ikke ovenstående påbud inden udløbet af fristen, kan styrelsen anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomheden, jf. årsregnskabslovens § 162 a, stk. 1.

Ad. 1 – Det ulovlige lån skal tilbagebetales

Styrelsen **påbyder** virksomhedens ledelse at søge lånet inklusiv lovpligtige renter inddrevet straks. Afgørelsen er truffet i medfør af årsregnskabslovens § 161, stk. 1, nr. 3, sammenholdt med selskabslovens § 210, stk. 1, og § 215, stk. 1.

Styrelsen kræver herudover, at der indsendes dokumentation til styrelsen for, at lånet er tilbagebetalt, jf. årsregnskabslovens § 159 d samt § 160. (...).

Ad. 2 - Virksomhedens to kommende årsregnskaber skal revideres

Styrelsen påbyder virksomhedens ledelse, at virksomhedens to kommende årsregnskaber (for 2021 og 2022) skal revideres. Virksomheden kan således

ikke anvende muligheden i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt., for at fravælge revision for de to 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. (...).

Begrundelse

Styrelsen har i forbindelse med en kontrol af virksomhedens årsrapport for 2020 i henhold til årsregnskabslovens § 159 b, stk. 1, konstateret, at der i årsregnskabet er indregnet et tilgodehavende hos virksomhedsdeltagere og ledelse på kr. 3.783.775.

Efter styrelsens opfattelse er der indikationer på, at det indregnede tilgodehavende er udtryk for en ulovlig økonomisk bistand i strid med selskabslovens § 210.

Styrelsen bemærker bl.a., at der i årsregnskabet under egenkapitalen ikke er opført en reserve for udlån og sikkerhedsstillelse. Af årsregnskabslovens § 35 a, følger, såfremt virksomheden lovligt har ydet økonomisk bistand til kapitalejere eller ledelsen i henhold til bl.a. selskabslovens § 210, at der netop skal omklassificeres et beløb svarende til den økonomiske bistand, fra posten *overført overskud* til posten *reserve for udlån og sikkerhedsstillelse*. At der ikke er opført en sådan reserve under egenkapitalen, indikerer efter styrelsens opfattelse, at der er tale om en økonomisk bistand ydet i strid med selskabslovens § 210.

Herudover bemærker styrelsen, at det af selskabslovens § 210, stk. 2, følger, at den økonomiske bistand skal kunne rummes inden for virksomhedens frie reserver, jf. § 180, stk. 2, hvorved forstås beløb, som i virksomhedens seneste godkendte årsregnskab er opført som *overført resultat*, og reserver som ikke er bundet i henhold til lov eller vedtægter, med fradrag af overført underskud. Frie reserver som på andet vis er forbrugt efter balancedagen, kan heller ikke danne grundlag for et lovligt lån. Af virksomhedens årsregnskab for 2019 fremgår det, at posten *overført resultat* udgjorde kr. 532.575, hvorfor der dermed er indikationer på, at den økonomiske bistand, på tidspunktet for ydelsen heraf, ikke kunne rummes inden for virksomhedens frie reserver.

Styrelsen har fremlagt de ovennævnte bemærkninger for virksomhedens ledelse, hvor ledelsen hermed fik mulighed for at forelægge styrelsen dokumentation for, om der reelt er tale om en lovlig økonomisk bistand.

Det bemærkes, at ledelsen over for styrelsen har anført, at omtalte økonomiske bistand er omfattet af undtagelsesbestemmelserne til selskabslovens § 210, stk. 1, i medfør af § 212.

Sædvanlig forretningsmæssig disposition jf. § 212

Styrelsen forstår, at dispositionen vedrører en fordring, der er opstået i forbindelse med overdragelsen af virksomhedsandelene i et interessentskab, fra

virksomheden til kapitalejer. Da kapitalejeren således ikke har erlagt vederlaget for kapitalandelene på overtagelsesdagen, er der opstået et tilgodehavende hos virksomheden mod kapitalejeren svarende til købesummen.

Virksomhedens ledelse anfører, at dispositionen har karakter af en sædvanlig forretningsmæssig disposition, i overensstemmelse med selskabslovens § 212.

Af forarbejderne til selskabslovens § 212 fremgår, at:

”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.”

Virksomheden, repræsenteret ved revisor FF, har i en redegørelse af 1. april 2022 overfor styrelsen anført:

Da overdragelsen af virksomhedsandelen i DD I/S er sket som led i en virksomhedsoverdragelse er der ikke tale om en transaktion foretaget som led i virksomhedens almindelige drift. (...) Selskabet yder ikke lån eller kreditter til 3. mand. Derfor er det ikke muligt at foretage en sammenligning hertil.

På baggrund af den af virksomheden fremsendte redegørelse samt dokumentation for transaktionen, er det styrelsens vurdering, at dispositionen falder uden for undtagelsesbestemmelsen i selskabslovens § 212, idet dispositionen må anses som værende usædvanlig for virksomheden og branchen.

Styrelsen bemærker, at ledelsen i sin redegørelse argumenterer for, at dispositionen er foretaget i selskabets interesse, idet realkreditinstituttet forlagte pant i interessentskabets aktiver, og at virksomheden har benyttet (det nu tilbagebetalte) vederlag til nedbringelse af bankgæld. Dispositionen skulle derfor være foretaget for at undgå sikkerhedsstillelse i selskabets andel af aktiverne, samt ud fra et hensyn til fremtidige rentebesparelse hos fælles realkreditinstitut.

Selvom dispositionen måtte være foretaget i virksomhedens interesse, ændrer det ikke på styrelsens vurdering af, at dispositionen *ikke* er en sædvanlig forretningsmæssig disposition for virksomheden, jf. § 212. Det forhold, at dispositionen er i virksomhedens interesse, er ikke i sig selv nok til, at undtagelsen i § 212 finder anvendelse.

Hvis en transaktion ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i selskabslovens §§ 211-214, og kapitalejeren uagtet ønsker at lade selskabet

stille midler til rådighed for ham, skulle betingelserne for ydelsen af et lovligt kapitalejrlån i medfør af § 210, stk. 2 være iagttaget forud for at dispositionen foretages.

På det foreliggende grundlag er det styrelsens vurdering, at det indregnede tilgodehavende hos virksomhedsdeltagere og ledelse er et kapitalejrlån i strid med selskabslovens § 210. (...).”

I klageskrivelse af 15. juni 2022 har advokat BB på vegne af klager blandt andet anført:

”1. PÅSTAND

Erhvervsstyrelsen tilpligtes at anerkende, at AA ApS’ tilgodehavende pr. 31. december 2020 på i alt 3.783.775 kr. hos EE ikke udgør et ulovligt lån omfattet af selskabslovens § 210.

2. KLAGESAGENS TEMA

Nærværende klagesag angår, om AA ApS’ tilgodehavende hos hovedandpartshaver EE, CPR nr. xxxxxx-xxxx, pr. 31. december 2020 er opstået som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212, og dermed er et lovligt lån.

3. SAGSFREMSTILLING

AA ApS (herefter Selskabet) er ejet af EE (herefter EE) og GG ejer 98,40 % af kapitalandelene i AA ApS, og GG ejer de resterende 1,60 % af kapitalandelene. Som bilag [...] fremlægges udskrift fra CVR-registeret.

Selskabets aktivitet består i dag af produktion af foder til mælkeproduktion i Landmand EE, CVR nr. xx xx xx xx, samt [aktivitet 1]. [Aktivitet 2]

I Selskabets årsregnskab for 2020 er der indregnet et tilgodehavende på 3.783.775 kr. hos EE. Selskabets årsregnskab for 2020 fremlægges som **bilag [...]**.

Tilgodehavendet på 3.783.775 kr. er i sin helhed opstået i forbindelse med Selskabets overdragelse af dets ideelle andel på 25 % i DD I/S, CVR nr. xx xx xx xx, (herefter Interessentskabet) til EE med overtagelsesdag den 31. oktober 2020. Som **bilag [...]** fremlægges underskrevet overdragelsesaftale af 28. december 2020 samt beregning af endeligt vederlagt som **bilag [...]**.

Tilgodehavendet er ført på mellemregningskonto [konto 1]. Som **bilag [...]** fremlægges udskrift af mellemregningskontoen [konto 1] for perioden 1. januar 2021 til 30. september 2021 inklusive renteberegning.

Den aftalte forrentning på 2,25 % af tilgodehavendet er fastsat ud fra en gennemsnitlig finansieringsrente på realkreditgæld og bankgæld for den nævnte periode samt et risikotillæg.

Overdragelsesaftalen fremlagt som bilag [...] blev indgået med henblik på opløsning af Interessentskabet, sådan at den af Interessentskabet hidtil drevne landbrugsvirksomhed skulle videreføres af EE i personligt regi. Interessentskabet er registreret som ophørt per 31. december 2020.

Den nærmere baggrund for opløsningen af Interessentskabet, herunder EEs køb af Selskabets ideelle andel, var, at Interessentskabets og Selskabets bank, [bank 1], betingede sig af pant i Interessentskabets kvægbesætning i forbindelse med en finansieringsomlægning fra bankgæld til realkredit. En sådan pantsætning ville for Selskabet udgøre ulovlig sikkerhedsstillelse i Selskabets andel af Interessentskabets kvægbesætning. Det ønskede man ikke.

I stedet blev der valgt en model, hvor EE finansierede erhvervelsen af Selskabets ideelle andel ved yderligere realkreditbelåning. For Selskabet var dette en fordel, da Selskabet efterfølgende har anvendt vederlaget, som altså er finansieret ved EEs realkreditlån, til at nedbringe Selskabets bankgæld. Selskabet har herved opnået en rentebesparelse.

Forhandlingerne om låneomlægning med [bank 1] blev indledt i efteråret 2020, men blev først afsluttet i juli 2021, hvor låneprovenuet blev anvendt til at nedbringe mellemregningen til 392.958 kr., jf. bilag [...].

Den 30. september 2021 udstedte EE en faktura til Selskabet på i alt 1.877.319,20 kr. Fakturaen fremlægges som **bilag [...]**. Der er tale om en viderefakturering af udgifter til udsæd, gødning og planteværn med videre. Fakturaen af 30. september 2021 fremlagt som bilag [...]7 blev betalt via mellemregningen, der herefter pr. 30. september 2021 er i EEs favør med et beløb på i alt 1.776.646 kr., jf. bilag [...].

Det er et kendetegn for landbrugsdrift, at der almindeligvis opereres med relativt lange kredittider sammenlignet med andre hverv. Som **bilag [...]** fremlægges kontoudtog fra HH a.m.b.a. Kontoudtoget viser, at foderstofsleverandører yder en karakteristisk kredit til landbruget. Dette må antageligvis skyldes, at landbrugsvirksomhederne generelt tilstræber en likviditetsmæssig sammenhæng mellem udgifterne til såning og forarbejdning af marker om foråret og høsten i efteråret. Landbrugsvirksomheder har i øvrigt generelt en høj likviditet i slutningen af året, da Landsbrugsstyrelsen udbetaler hektarstøtte i perioden fra 1. december til 30. juni året efter, jf. Artikel 75, stk. 1, i forordning (EU) nr. 1306/2013.

4. DEN RETLIGE RAMME

Selskabslovens § 212 har følgende ordlyd:

”Uanset at betingelserne i § 210, stk. 2, ikke er opfyldt, kan et kapitalsselskab som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for personkredsen, der er nævnt i § 210.”

Det fremgår af bestemmelsens ordlyd, at sædvanlige forretningsmæssige dispositioner ikke kræver iagttagelse af betingelserne i selskabslovens § 210, stk. 2.

I lovbemærkningerne til selskabslovens § 212, jf. lovforslag nr. L 170 fremsat 25. marts 2009, er det beskrevet, at der med bestemmelsen ikke er tilsluttet ændringer i forhold til tidligere praksis om aktionærlån, der var baseret på forarbejderne til aktieselskabslovens § 115, stk. 1, som blev indført i 1982. Der er alene tale om, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens (i dag Erhvervsstyrelsen) praksis nu fremgår af loven, jf. nærmere nedenfor.

Af lovbemærkningerne til aktieselskabslovens § 115, stk. 1, fremgår:

”Det er hidtil antaget, jfr. bet. nr. 540/1969, side 159, at et selskabs kreditforhold i forbindelse med ordinære erhvervsmæssige transaktioner ikke omfattes af AL § 115, således at der i disse tilfælde ikke er krav om sikkerhed og begrænsninger i forhold til egenkapitalen. Ligesom det var tilfældet i AL 1930 og AL 1973 er det ikke fundet nødvendigt at optage en udtrykkelig bestemmelse, der undtager sædvanlige forretningsmæssige dispositioner fra forbuddet. Lån eller sikkerhedsstillelse fra et selskab, omfattes således ikke af forslaget § 115, stk. 1, hvis der er tale om dispositioner, der er erhvervsmæssigt begrundet og er sædvanlige for både selskabet og inden for branchen i almindelighed.” (min understregning)

Det med selskabsloven videreførte begreb ”sædvanlige forretningsmæssige dispositioner” er i lovbemærkningerne til bestemmelsen beskrevet på følgende måde:

”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. Begrebet »sædvanlige forretningsmæssige dispositioner« er et fleksibelt og dynamisk begreb, der vil kunne ændre sig over tid. Det er ikke kun transaktionen, som skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand.” (mine understregninger)

Som det ses af lovbemærkningerne til både aktieselskabsloven og selskabsloven, skal der foretages en konkret vurdering af, hvorvidt transaktionen kan

betrages som sædvanlig for selskabet og inden for branchen. Den eneste forskel på lovbemærkningerne er, at det er indskrevet i bemærkningerne til selskabsloven, at også vilkårene for transaktionen skal være sædvanlige. Denne betingelse følger imidlertid også af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis vedrørende aktieselskabslovens § 115, stk. 1, jf. Mette Nevilles og Erik Werlauffs artikel ”Lovlige aktionærlån” optrykt i U.2003B.201.

Det er ikke nærmere beskrevet i lovbemærkningerne, hvor meget der skal til, for at en disposition kan anses for at være sædvanlig i lovens forstand. En formålsfortolkning af selskabslovens §§ 210 og 212, taler dog for, at en enkeltstående disposition ikke pr. definition vil blive anset for at være usædvanlig og dermed ulovlig, blot fordi denne ikke er foretaget tidligere af selskabet eller inden for branchen.

Hvis dispositionen er foretaget på markedsvilkår og i selskabets forretningsmæssige interesse, vil dispositionen hverken krænke aktionærer eller kreditorer, som selskabslovens § 210 har til formål at beskytte.

Den beskrevne formålsfortolkning harmonerer med et flertal af afgørelser, hvor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen netop har fundet, at enkeltstående dispositioner udgør en forretningsmæssig disposition for selskabet og dermed ikke omfattes af selskabslovens § 210, selvom dispositionen ikke er sædvanlig for både selskabet og branchen. Der kan i det hele henvises til Mette Neville og Erik Werlauffs gennemgang og sammenfatning i U.2003B.201 af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis vedrørende enkeltstående dispositioner. Det afgørende for denne praksis er, hvorvidt dispositionen tjener selskabets forretningsmæssige interesse og er ydet på markedsvilkår.

Som nævnt er det i lovbemærkningerne til selskabslovens § 212 beskrevet, at denne tidligere praksis vedrørende aktieselskabslovens § 115, stk. 1, fortsat består efter vedtagelsen af selskabsloven. Dette må derfor også gælde Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis om enkeltstående dispositioner, jf. artiklen ”Aktionærlån – selskabsretligt og skatteretligt” optrykt i Revisions & Regnskabsvæsen 2014.08.16 af Christian Bredtoft Guldmann, Moalem Weitemeyer Bendtsen og Jan Storgaard Hove, der henviser til praksis beskrevet i U.2003B.201.

5. ANBRINGENDER

Til støtte for den nedlagte påstand gøres det overordnet gældende, at Selskabets lån per 31. december 2020 på i alt 3.783.775 kr. er opstået som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition og derfor ikke er ydet i strid med selskabslovens § 210.

For det første gøres det gældende, at dispositionen er foretaget af Selskabet for at undgå ulovlig sikkerhedsstillelse i Selskabets andel af Interessentskabets aktiver samt for at opnå en rentebesparselse. Selskabet havde altså en forretningsmæssig interesse i at yde lånet som sket. Det gøres videre gældende, at denne interesse også består ud fra en mere generel synsvinkel.

For det andet gøres det gældende, at dispositionen er motiveret i et ønske om yderligere samhandel mellem Selskabet og EEs landbrugsvirksomhed. Det følger af praksis, jf. for eksempel Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 12. februar 1996, at i tilfælde hvor en aktionærs virksomhed etableres eller udvides, vil det kunne være i selskabets interesse at medvirke til finansieringen heraf gennem lån eller sikkerhedsstillelse. Dette er netop tilfældet i nærværende sag. Selskabet er og vil efter låneomlægningen og den hermed forbundne opløsning af Interessentskabet blive faktureret for gødning med videre af EEs landbrugsvirksomhed – og ikke fra Interessentskabet. Herved øges samhandlen mellem Selskabet og aktionærens (EEs) landbrugsvirksomhed.

For det tredje gøres det gældende, at lånet er foretaget på markedsvilkår. Mellemregningen er forrentet med 2,25 %. Selskabets udlån per 31. december 2020 er afdraget løbende og tilbagebetalt den 30. september 2021, hvor mellemregningen er i EEs favør med i alt 1.776.646 kr. Det gøres i den forbindelse gældende, at selve kredittiden ikke er usædvanlig inden for landbruget, og at det følger lig må kunne lægges til grund, at Selskabet vil kunne foretage en tilsvarende disposition med en uafhængig tredjemand.

For det fjerde gøres det gældende, at lånet ikke påvirkede Selskabets erhvervsmæssige drift i låneperioden, herunder Selskabets nødvendige likviditet og finansieringsmuligheder i låneperioden. Det bemærkes i den forbindelse, at sikring af et forsvarligt kapitalberedskab er en ledelsesopgave, som ikke kan tillægges betydning i en retlig vurdering af lovligheden af aktionærlån, men at det dog alligevel indlægges som en forudsætning for lovligheden af enkeltstående dispositioner, jf. Erhvervsstyrelsens skrivelse af 13. juli 1992, hvor styrelsen godkendte, at et selskab havde udlånt midler til aktionæren til finansiering af en ombygning af aktionærens ejendom, der udelukkende blev anvendt af selskabet.

Erhvervsstyrelsen har begrundet Afgørelsen med følgende:

”Selvom dispositionen måtte være foretaget i virksomhedens interesse, ændrer det ikke på styrelsens vurdering af, at dispositionen ikke er en sædvanlig forretningsmæssig disposition for virksomheden, jf. § 212. Det forhold, at dispositionen er i virksomhedens interesse, er ikke i sig selv nok til, at undtagelsen i § 212 finder anvendelse.”

Erhvervsstyrelsens begrundelse må forstås på den måde, at det konkret er Erhvervsstyrelsens synspunkt, at lånet ikke er sædvanligt, fordi Selskabet ikke tidligere har ydet tilsvarende lån.

Det anførte bestrides.

Erhvervsstyrelsens begrundelse er baseret på en forkert retsanvendelse og forståelse af egen praksis. Det gøres i den forbindelse gældende, at den i U.2003B.201 beskrevne praksis om enkeltstående dispositioner er udtryk

for en administrativ praksis, som Selskabet i medfør af lighedsgrundsætningen kan støtte ret på.

Erhvervsstyrelsens retsanvendelse er således konkret udtryk for en indskrænkende fortolkning, hvor Erhvervsstyrelsen lægger afgørende vægt på, om dispositionen er sædvanlig for Selskabet og inden for branchen. Denne retsanvendelse afviger fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis vedrørende aktieselskabslovens § 115, stk. 1, som ifølge lovbemærkningerne til selskabslovens § 212 og litteraturen herom fortsat er gældende.

Det gøres sammenfattende gældende, at Selskabet havde en forretningsmæssig interesse i at yde lånet, og at långivningen er sket på markedsvilkår. Lånet er derfor en sædvanlig forretningsmæssig disposition omfattet af selskabslovens § 212. ”

I Erhvervsstyrelsens udtalelse af 23. august 2022 fremgår om sagens retlige omstændigheder:

”Sagens retlige omstændigheder

Loven og dens forarbejder

Følgende fremgår af selskabslovens § 210, stk. 1:

”Et kapitalsekskab kan direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i sekskabet, hvis betingelserne i stk. 2 er opfyldt. (...)”

Modsætningsvist følger, at hvis ikke betingelserne i § 210, stk. 2, er opfyldt, vil lånet være ydet i strid med § 210 (et ulovligt lån).

Af § 212 fremgår en undtagelse til § 210:

”Uanset at betingelserne i § 210, stk. 2, ikke er opfyldt, kan et kapitalsekskab som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for personkredsen, der er nævnt i § 210.”

Af forarbejderne til § 212, jf. LFF nr. 23 af 5. oktober 2016, de specielle bemærkninger til § 1, nr. 7, fremgår:

”Efter den gældende bestemmelse i sekskabslovens § 212 kan et kapitalsekskab, uanset forbuddet i den gældende bestemmelse i § 210, stk. 1, yde den økonomiske bistand, hvis det sker som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Disse sædvanlige forretningsmæssige dispositioner har som hovedregel været kendetegnet ved, at sekskabet 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 sekskabet og inden for branchen. En klar

indikator for, om transaktionen er sædvanlig, er, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Begrebet »sædvanlige forretningsmæssige dispositioner« er et fleksibelt og dynamisk begreb, der vil kunne ændre sig over tid. Det er ikke kun transaktionen, som skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand.» (styrelsens understregning)

Ifølge forarbejderne stilles der således både krav om, at transaktionen i sig selv skal være sædvanlig for selskabet og branchen og krav om, at transaktionsens vilkår skal være sædvanlige. I vurderingen af, om vilkårene er sædvanlige, skal der lægges vægt på, hvilke vilkår tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med mellem uafhængige parter.

Erhvervsankenævnets praksis

Det følger af Erhvervsankenævnets kendelser vedrørende § 212, at der lægges særlig vægt på, hvorvidt klager har kunnet dokumentere, at aftalens vilkår - herunder særligt betalingsbetingelserne - er sædvanlige.

I Erhvervsankenævnets kendelse af 11. januar 2013, j.nr. 2012-0026414, har Erhvervsankenævnet afvist, at en transaktion var omfattet af § 212. Nævnet lagde vægt på, at det ikke var blevet godtgjort af klager, at den pågældende transaktion (en ejendomshandel) ville kunne gennemføres på de pågældende vilkår overfor en uafhængig tredjemand. Erhvervsankenævnet fremhævede i denne forbindelse det forhold, at selskabet erlagde sin ydelse til kapitalejeren først, uden aftale om, hvornår kapitalejerens modydelse skulle erlægges til selskabet.

Selvom en transaktion således i sig selv kan være sædvanlig for selskabet og branchen, skal den også ydes på sædvanlige vilkår, for at være omfattet af § 212.

Desuden kan henvises til Erhvervsankenævnets kendelse af 10. maj 2017, j.nr. 2016-12907, hvori nævnets begrundelse lyder som følger:

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 [selskab X ApS] løbende har indgået tilsvarende låneaftaler med uafhængige tredjemænd, ligesom det ikke er godtgjort, at tilsvarende låneaftaler skulle være sædvanlige indenfor branchen. Der er endvidere lagt vægt på, at der af de fremlagte fakturaer ikke fremgår betalingsbetingelser (...).

Sammenfattende kan siges om nævnets praksis, at en aftale næppe vil være indgået på sædvanlige vilkår, hvis selskabet har erlagt en ydelse overfor kapitalejeren, uden at det af overdragelsesaftalen følger, hvornår kapitalejeren

skal erlægge sin modydelse. I ingen af sagerne havde selskabet indgået tilsvarende aftaler med uafhængige parter, og ankenævnet fandt det i ingen af sagerne godtgjort, at selskaberne ville indgå en sådan aftale med en uafhængig part.

Kort om styrelsens tidligere praksis

De udtalelser fra det tidligere Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som hidrører fra før 2003, som klager henviser til, omhandler hvorvidt en disposition i sig selv kan anses for at være sædvanlig for selskabet og indenfor branchen.

Selvom en disposition i sig selv er sædvanlig, skal den imidlertid fortsat være indgået på sædvanlige vilkår for at være omfattet af § 212. Denne sag drejer sig netop om, hvorvidt transaktionens vilkår (herunder betalingsbetingelserne) er sædvanlige, og ikke om, hvorvidt transaktionen (overdragelse af virksomhedsandel) er sædvanlig.

Derfor er de pågældende udtalelser fra tidligere Erhvervs- og Selskabsstyrelser ikke relevante for nærværende sag.”

Af styrelsens udtalelse af 23. august 2022 fremgår endvidere:

”Styrelsens udtalelse

Det er styrelsens vurdering, at de vilkår, som transaktionen er indgået på, ikke er sædvanlige og at transaktionen derfor ikke er en sædvanlig forretningsmæssig disposition omfattet af § 212.

Det følger af forarbejderne til § 212, at ikke kun selve transaktionen, men også transaktionens vilkår, skal være sædvanlige. Her nævnes udtrykkeligt, at blandt andet betalingsbetingelser skal være på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand. Kapitalejeren skal således ikke kunne opnå gunstigere vilkår, end selskabet yder eller ville yde overfor en uafhængig part.

Erhvervsankenævnet har taget specifik stilling til, at en aftale, hvorefter selskabet leverer en ydelse på kredit til kapitalejeren, som udgangspunkt ikke vil være ydet på sædvanlige vilkår, hvis ikke aftalen indeholder bestemmelser om, hvornår kapitalejeren skal erlægge sin modydelse.

I nærværende sag har selskabet solgt en virksomhedsandel på kredit til sin kapitalejer. I den fremsendte overdragelsesaftale er der ikke aftalt mellem parterne, hvornår købesummen på i alt 3.783.775 kr. skulle betales. Der ses i øvrigt ikke at være stillet sikkerhed til selskabet for købesummens betaling.

Klager har oplyst styrelsen, at transaktionen ikke er en del af selskabets almindelige drift, og at selskabet ikke tidligere har ydet lån eller kredit til tredjemænd, jf. bilag [...], hvilket styrelsen også har lagt vægt på i afgørelsen fremlagt af klager i bilag [...]. Styrelsen finder det ikke på baggrund af sagens oplysninger i øvrigt godtgjort, at selskabet ville have indgået en aftale på tilsvarende vilkår overfor en uafhængig part. Selskabet har heller ikke på anden

måde godtgjort, at det skulle være sædvanligt at overdrage en virksomhedsandel med en værdi af 3,7 mio. kr., uden nogen aftale om eller sikkerhed for, hvornår købesummen skal betales. Derfor er det styrelsens vurdering, at der ikke er tale om en kredit, som er ydet på sædvanlige vilkår.

Det er desuden styrelsens vurdering, at selskabet ikke har godtgjort, at det skulle være sædvanligt for hverken selskabet eller branchen at sælge virksomhedsandele på kredit på op til 11 måneder., uden at der er stillet nogen form for sikkerhed for købesummens betaling.

Det er således ikke alene det forhold, at selskabet ikke tidligere har ydet kredit på tilsvarende vilkår, men det kan heller ikke dokumenteres, at tilsvarende transaktioner mellem uafhængige parter normalt gennemføres på de anvendte vilkår.

Det af klager fremlagte bilag [...], som viser aftalte kredittider ved salg af afgrøder/foderstoffer, fører ikke til en anden vurdering, ligesom fordringens forrentning ikke ændrer på, at betalingsbetingelserne ikke er sædvanlige.

Dispositionen er derfor ikke en sædvanlig forretningsmæssig disposition omfattet af selskabslovens § 212.

Da dispositionen allerede af denne grund ikke er omfattet af § 212, har styrelsen ikke fundet anledning til at vurdere, hvilken betydning det har, om transaktionen evt. måtte være foretaget i selskabets interesse, som påberåbt af klager.

Da transaktionen ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 212, og da det ikke er godtgjort, at betingelserne for ydelse af lovlige lån i medfør af § 210, stk. 2 er opfyldt, er lånet ydet i strid med selskabslovens § 210. Derfor fastholdes styrelsens afgørelse af 19. maj 2022. ”

Heroverfor har advokat BB på vegne af klager i et supplerende indlæg af 22. september 2022 blandt andet anført:

” 1. SUPPLERENDE BEMÆRKNINGER

1.1. Anfordringsvilkår

Erhvervsstyrelsen skriver flere steder i sin udtalelse, at det ikke fremgår af overdragelsesaftalen (bilag [...]), *hvornår* EE skal betale købesummen på i alt 3.783.775 kr. Erhvervsstyrelsen henviser i den forbindelse til Erhvervsankenævnets kendelse af 11. januar 2013 med j. nr. 2012-0026414 samt kendelsen af 10. maj 2017 med j. nr. 2016-12907.

Gældsbrevslovens § 5, stk. 1, har følgende ordlyd:

”Er der ikke aftalt noget om betalingstiden, er skyldneren forpligtet til at betale gælden, så snart fordringshaveren forlanger det, og berettiget til at betale til enhver tid.”

Bestemmelsen fastslår, at medmindre andet er aftalt mellem skyldner og kreditor, skal skyldner betale sin gæld på anfordring, dvs. når kreditor forlanger det.

Selskabets kredit til EE – købesummen på i alt 3.783.775 kr. i henhold til overdragelsesaftalen – er således ydet på anfordringsvilkår.

Der kan ikke ud af de to kendelser, som Erhvervsstyrelsen henviser til i udtalelsen, udledes et generelt ”skriftlighedskrav”.

Det gøres gældende, at det er sædvanligt inden for landbrugssektoren, som Selskabet og EE er en del af, at der ydes kredit på anfordringsvilkår, jf. afsnit 2 nedenfor.

1.2. Praksis om enkeltstående dispositioner

Erhvervsstyrelsen har ikke forholdt sig nærmere til den i U.2003B.201 beskrevne praksis om enkeltstående dispositioner, som der er henvist til i klageskriftet. Erhvervsstyrelsen skriver kun kort herom, jf. udtalelsen, side 5:

”De udtalelser fra det tidligere Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som hidrører fra før 2003, som klager henviser til, omhandler hvorvidt en disposition i sig selv kan anses for at være sædvanlig for selskabet og indenfor branchen.

Selvom en disposition i sig selv er sædvanlig, skal den imidlertid fortsat være indgået på sædvanlige vilkår for at være omfattet af § 212. Denne sag drejer sig netop om, hvorvidt transaktionens vilkår (herunder betalingsbetingelserne) er sædvanlige, og ikke om, hvorvidt transaktionen (overdragelse af virksomhedsandel) er sædvanlig.

Derfor er de pågældende udtalelser fra tidligere Erhvervs- og Selskabsstyrelser ikke relevante for nærværende sag.” (vores understregninger)

Erhvervsstyrelsens argumentation har ingen støtte i lovbemærkningerne til selskabslovens § 212. Tværtimod.

Af lovbemærkningerne til selskabslovens § 212, jf. lovforslag nr. L 170 fremsat 25. marts 2009, fremgår det dels, at der ikke er tilsigtet ændringer i forhold til den hidtidige praksis om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, dels hvad der efter hidtidig praksis kendetegner sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Efter denne praksis er det også en kumulativ betingelse, at transaktionens vilkår er sædvanlige.

Erhvervsstyrelsen har derfor samlet set ikke afkræftet, at den i U.2003B.201 beskrevne praksis om enkeltstående dispositioner fortsat er udtryk for en administrativ praksis, som Selskabet kan støtte ret på i medfør af lighedsgrund-sætningen.”

Ankenævnet udtaler:

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 kapitalselskab kan dog i medfør lovens § 212 yde lån af den anførte karakter, såfremt långivningen er led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Af forarbejderne til § 212, jf. LFF 23 af 5. oktober 2016, de specielle bemærkninger til § 1, nr. 7, fremgår:

”Efter den gældende bestemmelse i selskabslovens § 212 kan et kapitalselskab, uanset forbuddet i den gældende bestemmelse i § 210, stk. 1, yde den økonomiske bistand, hvis det sker som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. 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. Begrebet »sædvanlige forretningsmæssige dispositioner« er et fleksibelt og dynamisk begreb, der vil kunne ændre sig over tid. Det er ikke kun transaktionen, som skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand.”

Som sagen foreligger oplyst, må det lægges til grund, at det omstridte lån opstod som følge af klagers overdragelse af 25% af DD I/S til klagers kapitalejer EE. En del af købesummen svarende til 3.783.775 kr. blev indregnet som et tilgodehavende på EEs mellemregningskonto med klager.

Ankenævnet lægger som sagen er oplyst til grund, at virksomhedsandelen blev solgt på kredit, hvorefter der skete løbende betaling via klagers mellemregningskonto, som var forrentet med 2,25%.

Ankenævnet lægger ligeledes til grund, at klager ikke har ydet tilsvarende lån til tredjemand.

Erhvervsankenævnet finder, at lånet ikke er ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212. Ankenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at aftalen ikke indeholder bestemmelser om, hvornår EE skulle erlægge sin modydelse, ligesom det efter ankenævnets opfattelse ikke kan anses for sædvanligt for hverken klager eller branchen at sælge virksomhedsandele på kredit i op til 11 måneder, uden at der er stillet nogen form for sikkerhed for købesummens betaling.

Det følger af § 215, stk. 1, at lån ydet i strid med § 210 skal tilbagebetales til selskabet med tillæg af 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.

Ankenævnet finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Erhvervsstyrelsens vurdering om beslutningen om revisionspligt af virksomhedens årsrapporter for de kommende to regnskabsperioder. På denne baggrund tiltrædes Erhvervsstyrelsens påbud.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. maj 2022.