

Kendelse af 28. januar 2013 (J.nr. 2012-0026400)

Selskab påbudt at søge lån ikke ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition inddrevet straks.

Selskabslovens § 210, stk. 1.

(Anders Hjulmand, Lise Høgh og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 27. december 2011 har K1 A/S (nu K A/S) klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 28. november 2011 har påbudt selskabet at søge et lån ydet i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, inddrevet straks og dokumentere dette over for styrelsen.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 28. november 2011 hedder det:

”Ulovligt udlån til selskabets kapitalejere/ledelse i årsrapporten for 2010 for A A/S – CVR-nr. ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 1. juli 2011 modtaget selskabets årsrapport for 2010. Årsrapporten er udtaget til kontrol, jf. årsregnskabslovens § 159.

Af årsrapporten fremgår det, at der er ydet et lån i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, til selskabets kapitalejere/ledelse, hvilket også fremgår af revisors påtegning, jf. erklæringsbekendtgørelsens § 7.

Med henblik på at få bragt det ulovlige forhold til ophør pålægger styrelsen dig i din egenskab af medlem af selskabets ledelse at søge lånet inkl. lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette over for styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, og selskabslovens § 215 stk. 1.

Det kan oplyses, at lovpligtige renter er defineret som Nationalbankens officielle udlånsrente, der fastsættes 1. januar og 1. juli, med et tillæg på 7 %, jf. rentelovens § 5. Denne sats tillægges yderligere 2 %, medmindre højere rente er aftalt, jf. selskabslovens § 215, stk. 1. Afhængigt af tidspunktet for lånets stiftelse kan der skulle anvendes flere forskellige rentesatser.

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

Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010

Det fremgår ikke af årsrapporten, hvornår lånet er ydet.

Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010, finder de dagældende regler om ulovlige udlån til aktionærer/ledelsesmedlemmer i aktieselskabslovens § 115 anvendelse for perioden indtil den 1. marts 2010. Disse regler svarer indholdsmæssigt til de nye regler i selskabslovens § 210, stk. 1, og § 215, stk. 1 og 2.

Anmodning om dokumentation

Senest 6 uger fra dags dato bedes du indsende:

1. en erklæring underskrevet af selskabets ledelse om, at lånet med tillæg af lovpligtige renter er tilbagebetalt til selskabet, og
2. en erklæring afgivet af en godkendt revisor (registreret eller statsautoriseret revisor) om, at lånet med tillæg af lovpligtige renter er tilbagebetalt til selskabet. Revisors erklæring skal være afgivet med høj grad af sikkerhed og opfylde bestemmelserne i erklæringsbekendtgørelsens afsnit om andre erklæringer med sikkerhed.

Hvis debitor mangler betalingsevne, bedes du indsende en erklæring fra en offentlig instans (f.eks. en udskrift fra fogedbogen) om, at debitor er insolvent. Alternativt bedes du indsende en uvildig udtalelse fra en advokat eller godkendt revisor om, at den pågældende ud fra sit kendskab til debtors forhold vurderer, at beløbet ikke kan inddrives ved retslig inkasso.

Hvis styrelsen ikke modtager ovennævnte dokumentation, vil du som medlem af selskabets ledelse blive pålagt tvangsbøder, indtil dokumentationen er modtaget i styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 162, stk. 1, og selskabslovens § 366, stk. 2.

Fristen på de 6 uger kan ikke forlænges yderligere.

...

I klageskrivelsen af 27. december 2011 har K1 A/S anført:

” ...

Klage vedrørende pålæg om tilbagebetaling af lån

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse til bestyrelsen for A A/S af 28. november 2011 pålagt bestyrelsen for A A/S at søge lån ydet til K v/B inkl. renter inddrevet straks og dokumentere dette overfor Styrelsen.

A A/S og K v/B var på tidspunktet for lånets etablering i 2008 koncernforbundne enheder, idet begge enheder var ultimativt ejet 100 % af B. K v/B ejede en væsentlig del af de aktiver, der udgjorde balancen i den koncern, hvori långiver og låntager indgik. Lånet blev udelukkende anvendt til vedligeholdelse af disse aktiver, dvs. i koncernens drift, og er ikke blevet anvendt i B's eller andre fysiske personers privatøkonomi.

Efter Selskabslovens (SL) § 212 kan et kapitalselskab, direkte eller indirekte, yde lån til personkredsen i SL § 210, såfremt det er led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. K v/B er omfattet af personkredsen i SL § 210.

Det er vores opfattelse, at A A/S og K v/B havde en fælles forretningsmæssig interesse i, at en væsentlig del af koncernens aktiver kunne sikres. Låne blev etableret som en mellemregning, og det skal i den forbindelse nævnes, at mellemregningen i visse perioder var i K's favør. A A/S havde således i disse perioder en kontant fordel af ordningen. [Afsnit om hvilken rente lånet blev tillagt]

Idet A A/S' primære aktivitet var investering i og drift af udlejningsejendomme, er det vores opfattelse at ydelse af lån til koncernselskaber inden for samme branche er at anse som inden for A A/S' forretningsområde. Vi skal derfor bestride, at der var tale om et ulovligt aktionærlån, idet der var tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition i henhold til SL § 212.

Det er på denne baggrund vores opfattelse, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens pålæg om tilbagebetaling af 28. november 2011 er truffet på en uberettiget antagelse om, at lånet var et ulovligt aktionærlån, idet de pågældende lån falder indenfor begrebet "sædvanlig forretningsmæssig disposition" for daværende A A/S, og vi ønsker hermed at indklage Erhvervs- og Selskabsstyrelsens pålæg for Erhvervsankenævnet.

Kopi af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 28. november 2011 vedlægges.

A A/S blev opløst den 24. november 2011 ved fusion med K1 A/S.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse er stilet til bestyrelsen i A A/S, der er opløst ved fusion med K1 A/S som beskrevet ovenfor. Klagen over Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålæg er derfor underskrevet af bestyrelsen i K1 A/S, der tillige udgjorde bestyrelsen i det tidligere A A/S."

I skrivelse af 9. januar 2012 til Erhvervsstyrelsen har K1 A/S anført:

"...

Der redegøres nedenfor for, at der ikke længere eksisterer et lån, hvorfor det ikke er muligt at opfylde pålægget fra styrelsen.

Omstrukturering af K-Gruppen

K-gruppen (koncernoversigt fremgår af det vedlagte bilag) (herefter kaldet "K-Gruppen") indgik den 25. september 2009 en bankaftale (herefter kaldet "Bankaftale 1") med sine finansielle kreditorer. Ifølge Bankaftale 1 udløb denne automatisk den 31. december 2011, med mindre den forinden var blevet genforhandlet mellem parterne.

For at imødegå de uhensigtsmæssige konsekvenser, som et ophør af Bankaftale 1 ville medføre for K-Gruppen og dennes kreditorer (som udgøres af en lang række banker og realkreditinstitutter), indgik kreditorerne og K-Gruppen Bankaftale 2 den 30. juni 2011.

Som led i Bankaftale 2 skal der gennemføres en omstrukturering af K-Gruppen, jf. vedlagte bilag om omstruktureringens faser. Omstruktureringen blev påbegyndt ultimo juni 2011 med en omdannelse af de personligt ejede selskaber til aktieselskaber. I den forbindelse blev K v/B omdannet til K A/S. Omdannelsen (stiftelsen af K A/S ved indskud af den personligt drevne virksomhed K v/B) blev registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 4. juli 2011 med regnskabsmæssig virkning fra 1. januar 2011.

Næste led i omstruktureringen var en række fusioner, som fremgår af fusionsplaner offentliggjort i perioden 4. juli 2007 til 25. november 2011. Fusionerne er nærmere beskrevet i vedlagte bilag.

Ved fusion 1 opløstes A A/S ved fusion med K1 A/S med sidstnævnte som det fortsættende selskab. Fusion 1 blev endeligt besluttet den 24. november 2011, og anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til registrering den 7. december 2011. Fusionen blev registreret den 8. december 2011, og A A/S er herefter opløst.

Ved fusion 2 opløstes K A/S ved fusion med K1 A/S med sidstnævnte som det fortsættende selskab. Fusion 2 blev endeligt besluttet den 27. december 2011, og anmeldt til Erhvervsstyrelsen til registrering den 3. januar 2012. Fusionen blev registreret hos Erhvervsstyrelsen den 3. januar 2012, og K A/S er herefter opløst.

Efter gennemførelsen af fusion 2 er der efter vores opfattelse ikke længere tale om et låneforhold, idet den oprindelige debitor (K v/B, efterfølgende omdannet til K A/S) og kreditor (A A/S) herefter er én og samme juridiske person, nemlig K1 A/S.

Der er på denne baggrund efter vores opfattelse ikke længere et lån at betale tilbage.

Ydelse af lån til K i løbet af 2008

A A/S og K var på tidspunktet for lånets etablering i 2008 koncernforbundne enheder, idet begge enheder var ultimativt ejet 100 % af B. K v/B ejede en væsentlig del af de aktiver, der udgør koncernens balance. Lånet blev udelukkende anvendt til vedligeholdelse af disse aktiver, dvs. i koncernens drift, og er ikke blevet anvendt i B's eller andre fysiske personers privatøkonomi.

Det er vores opfattelse, at A A/S og K v/B havde en fælles forretningsmæssig interesse i, at en væsentlig del af koncernens aktiver kunne sikres. Lånet blev etableret som en mellemregning, og det skal i den forbindelse nævnes,

at mellemregningen i visse perioder var i K's favør. A A/S havde således i disse perioder en kontant fordel af ordningen.

Idet A A/S' primære aktivitet var investering i og drift af udlejningsejendomme, er det vores opfattelse at ydelse af lån til koncernselskaber inden for samme branche er at anse som inden for A A/S' forretningsområde. Vi skal derfor bestride, at der var tale om et ulovligt aktionærlån, idet der var tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

I øvrigt bemærkes, at der i forbindelse med udarbejdelsen af fusionsplanerne er indhentet vurderingsmandserklæringer om kreditorernes stilling (disse vurderingsmandserklæringer blev offentliggjort sammen med fusionsplanerne), og disse konkluderer for alle de involverede fusioner, at kreditorerne i de enkelte deltagende selskaber må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen. Det er på baggrund heraf vores opfattelse, at hverken kreditorerne, A A/S, K eller øvrige selskaber i K-Gruppen har lidt et tab i forbindelse med ydelsen af lånet.

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 6. februar 2012 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog den 1. juli 2011 årsrapporten for 2010 for selskabet A A/S – CVR-nr. ...

I henhold til årsregnskabslovens § 159 udtog Erhvervsstyrelsen den modtagne årsrapport til kontrol.

Ved en gennemgang af årsrapporten konstaterede styrelsen, at der var ydet et lån på kr. 82.253 t.kr., i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, til selskabets kapitalejere, hvilket også fremgår af revisors påtegning, jf. erklæringsbekendtgørelsens § 7.

I brev af 28. november 2011 pålagde styrelsen selskabets ledelse at få bragt det ulovlige forhold til ophør og søge lånet inklusiv lovpligtige renter ind-drevet straks og dokumentere dette overfor styrelsen. I brevet orienteredes selskabets ledelse om, at sagen, henset til beløbets størrelse, ville blive over-sendt til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet med henblik på, om der bør rejses tiltale mod selskabets ledelse for overtrædelse af selskabs-lovens § 210, stk. 1, jf. samme lovs § 367, stk. 1.

Den 30. juni 2011 modtog styrelsen anmeldelse om stiftelse af K A/S – CVR-nr. ... Stiftelsen skulle have regnskabsmæssig virkning fra den 1. januar 2011. Styrelsen foretog registreringen den 4. juli 2011. Ved stiftelsen indskydes den af B hidtil personlig drevne virksomhed K v/B

Den 7. december 2011 modtog styrelsen anmeldelse om fusion mellem bl.a. A A/S – CVR-nr. ... og K1 A/S - CVR-nr. ... med sidstnævnte som det fortsættende selskab. Fusionen registreres i styrelsen den 8. december 2011.

Den 3. januar 2012 modtog styrelsen anmeldelse om fusion mellem bl.a. K A/S – CVR-nr. ... og K1 A/S - CVR-nr. ... med sidstnævnte som det fortsættende selskab. Fusionen registreres i styrelsen samme dag.

Ved registrering på Webreg den 11. januar 2012 ændrer K1 A/S - CVR-nr. ... navn til K A/S.

Den 9. januar 2012 modtog styrelsen en redegørelse fra bestyrelsen i K1 A/S - CVR-nr. ... (nu K A/S), hvori der redegøres for ovenstående omstrukturering. Det fremgår af redegørelsen, at lånet ydet af A A/S til K v/B, som styrelsen i skrivelse af 28. november 2011 krævede inddrevet, ikke længere eksisterer efter gennemførslen af en omstrukturering i koncernen. Årsagen hertil er, at den oprindelige debitor og den oprindelige kreditor efter omstruktureringen er én og samme juridiske person. Som følge heraf kan selskabets ledelse ikke efterkomme styrelsen krav om tilbagebetaling.

Samtidig modtager styrelsen en udtalelse fra selskabets revisor, hvoraf det ligeledes fremgår, at lånet ikke længere eksisterer, da den oprindelige debitor og den oprindelige kreditor efter omstruktureringen er én og samme juridiske person.

Af bestyrelsen redegørelse fremgår det videre, at denne bestrider, at der var tale om et ulovligt låneforhold mellem A A/S og K v/B, idet lånet blev ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Det er bestyrelsens opfattelse, at lånet er etableret som en mellemregning, og at begge virksomheder havde en forretningsmæssig interesse i, at koncernens aktiver kunne sikres. Bestyrelsen anfører endvidere, at A A/S i perioder havde kontant fordel af mellemregningen.

I skrivelse af 6. februar 2012 meddelte styrelsen bestyrelsen i K A/S – CVR-nr. ... at kravet om inddrivelse, jf. skrivelse af 28. november 2011, fastholdes.

Sagens retlige omstændigheder

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 1 [Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010, finder de dagældende regler om ulovlige udlån til aktionærer og ledelsesmedlemmer i aktieselskabsloven § 115 anvendelse for perioden indtil den 1. marts 2010. Disse regler svarer indholdsmæssigt til de nye regler i selskabslovens § 210, stk. 1], må et selskab ikke yde lån eller stille sikkerhed for anpartshavere, aktionærer, bestyrelsesmedlemmer eller direktører i selskabet eller et moderselskab til dette.

I henhold til erklæringsbekendtgørelsens § 7 skal revisor give supplerende oplysninger om eventuelle forhold i regnskabet, som revisor påpeger uden at tage forbehold. Der skal særskilt gives supplerende oplysninger om forhold, som revisor er blevet bekendt med under sit arbejde, og som giver en begrundet formodning om, at medlemmer af ledelsen kan ifalde erstatnings- eller strafansvar for handlinger eller undladelser, der berører virksomheden, tilknyttede virksomheder, virksomhedsdeltagere, kreditorer eller medarbej-

dere. Det skal altid oplyses, om der er sket overtrædelse af den for virksomheden gældende selskabsretlige lovgivning samt lovgivningen om regnskabsaflæggelse.

I henhold til årsregnskabslovens § 162, stk. 1, nr. 2, kan medlemmerne af virksomhedens bestyrelse, direktion eller lignende ansvarligt organ, af Erhvervsstyrelsen, som tvangsmiddel pålægges daglige eller ugentlige tvangsbøder, hvis de undlader at efterkomme en anmodning om oplysninger i henhold til § 160.

Det fremgår af selskabslovens § 215, stk. 1 [Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010, finder de dagældende regler om ulovlige udlån til aktionærer og ledelsesmedlemmer i aktieselskabsloven § 115, stk. 4 anvendelse for perioden indtil den 1. marts 2010. Disse regler svarer indholdsmæssigt til de nye regler i selskabslovens § 215, stk. 1], at udbetalinger fra selskabet, der er foretaget i forbindelse med dispositioner i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, skal tilbageføres tillige med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., med mindre højere rente er aftalt.

I henhold til selskabslovens § 215, stk. 2 [Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010, finder de dagældende regler om ulovlige udlån til aktionærer og ledelsesmedlemmer i aktieselskabsloven § 115, stk. 5 anvendelse for perioden indtil den 1. marts 2010. Disse regler svarer indholdsmæssigt til de nye regler i selskabslovens § 215, stk. 2], indestår de, der har truffet eller opretholdt dispositionerne i strid selskabslovens § 210, stk. 1, for selskabets tab, såfremt tilbagebetaling eller ophør af sikkerhedsstillelse ikke kan finde sted.

I henhold til selskabslovens § 212 [Selskabslovens § 212 genfindes ikke i aktieselskabsloven. Undtagelsen kodificeres med ordlyden i § 212. Der har således ikke været tilsigtet indholdsmæssige ændringer i forhold til den hidtidige praksis] kan et kapitalselskab, uanset § 210, som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller sikkerhed for personkredsen nævnt i § 210.

Styrelsens udtalelse

Styrelsen fastholder sit krav om tilbagebetaling jf. skrivelse af 28. november 2011.

Lånet er oprindeligt indgået mellem A A/S og K v/B. En personlig ejet enkeltmandsvirksomhed er ikke i selskabsretlig forstand et selvstændigt retsobjekt, hvilket betyder, at Erhvervsstyrelsen finder, at låneforholdet reelt eksisterede mellem A A/S og ejeren af K v/B. Det er således styrelsens opfattelse, at den beskrevne omstrukturering ikke ændrer ved eksistensen af låneforholdet, der efter omstruktureringen består mellem K A/S - CVR-nr. ... og B.

Styrelsen finder det videre ikke godtgjort, at det bestående mellemværende mellem selskabet og debitor kan betragtes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition i overensstemmelse med selskabslovens § 212.

For at en disposition kan betragtes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal der foretages en konkret vurdering af, om den enkelte disposition kan betragtes som sædvanlig både for selskabet og for branchen. En klar indikator for, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig, er, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Det er dog ikke kun transaktionen, der 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.
...”

I skrivelse af 14. marts 2012 har K A/S anført:

”...

Indledningsvis henvises der til vedlagte revisorerklæring ang. overdragelse af låneforholdet til K A/S ved stiftelsen heraf.

B kautionerer personligt for samtlige lån hos pengeinstitutter i A A/S. Det er bestyrelsens klare opfattelse, at værdien af disse kautioner tillægges stor betydning af selskabets finansielle kreditorer. Dertil kommer, at disse kreditorer betragter A A/S, K v/ B og øvrige selskaber i K Gruppen (en uformel betegnelse for selskaber ejet af familien K) som én samlet enhed. Denne betragtning underbygges eksempelvis af, at der blev indgået én samlet aftale i foråret 2009. Da det i marts 2009 blev meldt ud til de finansielle kreditorer, at enkelte selskaber i K Gruppen havde økonomiske problemer, blev det fra kreditorernes side krævet, at der skulle indgås én samlet aftale for samtlige selskaber. Dertil kommer at der i 2011 blev indgået aftale med kreditorerne om, at hovedparten af koncernens selskaber blev fusioneret.

Pr. 31.12.2007 var A A/S' egenkapital 506 mio. kr., mens K v/ B havde en egenkapital på 900 mio. kr., og B personligt 1.153 mio. kr. ...

Bestyrelsen betragtede det derfor som nødvendigt, at selskabet ydede lån til K v/B, da dette var nødvendigt for at sikre K v/Bs fortsatte drift i 2008, hvor der bl.a. skete følgende:

- E [pengeinstitut] nedskriver omkring årsskiftet 07/08 kreditramme fra 200 mio. kr. til kr. 100 mio. kr.
- F [pengeinstitut] nedsætter kreditramme fra 125 mio. kr. til kr. 50 mio. kr., og efter ... overtagelse til kr. 0.
- G [pengeinstitut] nedsætter byggelån vedr. ... [byggeprojekt] fra 45 mio. kr. til 25 mio. kr.
- F lukker for byggekreditten på 38 mio. kr. vedr. ... [adresse] efter træk af kun 25 mio. kr. Kontantkonto med indestående på kr. 9,5 mio. indefryses.
- H [pengeinstitut] giver ikke aftalt slutfinansiering af byggerier i Jylland på 1/8 af kreditforeningslånene.

- I [pengeinstitut] og J [pengeinstitut] nedsætter lån i henhold til tilbud og hjemtagne forhåndslån.

Udviklingen i låneforholdet mellem K v/ B og A A/S skete som følge af forskellige forretningsmæssige forhold:

- A A/S gennemfører i perioden en række betalinger til entreprenører m.v. på igangværende byggerier i K v/B af hensyn til at sikre byggeriernes fremdrift og færdiggørelse. A A/S og K v/B anvendte i denne periode samme entreprenører på forskellige byggesager. Som følge heraf ville manglende betalinger på projekter i K v/B give entreprenørerne økonomiske vanskeligheder og derved have negativ afsmittende effekt på projekterne i A A/S pga. risiko for byggestop.
- A A/S betaler i 2008 en andel af terminerne for K v/B af hensyn til at sikre overholdelse af indgåede låneaftaler. Modsat betaler K v/B i 2. kvartal 2008 enkelte terminer for A A/S. A A/S og K v/B anvendte i stor udstrækning de samme finansieringskilder, hvorfor manglende overholdelse af låneaftaler i K v/B ville få negativ afsmittende effekt i A A/S.
- A A/S indfrier lån for K v/B's lån i F af hensyn til at sikre F's krav om låneindfrielse. Både A A/S og K v/B anvendte F som bankforbindelse.
- Diverse transaktioner mellem A A/S og K v/B som led i virksomhedernes forpligtelser og ordinære drift.

Det blev vurderet, at såfremt K v/B ikke kunne fortsætte driften, ville det betyde, at A A/S ville have stor risiko for at få opsagt sine lån og kreditter. I denne periode sås det, at pengeinstitutterne lukkede hårdt ned, hvis låntagere var i problemer. Det er bestyrelsens klare opfattelse, at det ydede lån sikrede den fortsatte drift i såvel A A/S samt K v/B. Størrelsen på lånet skal desuden ses i relation til selskabets samlede gæld til finansielle kreditorer på 1,85 mia. kr. pr. 31.12.2008 ..., hvor det udgør under 5%.

Tilbagebetalingsevnen fra K v/B blev vurderet som god, bl.a. pga. formodet hjemtagelse af slutfinansiering ved afslutning af byggeprojekter, igangværende salgsforhandlinger af en lang række andelsboligprojekter (ca. 440 mio. kr.), og endelig en aftale om, at A A/S kunne købe ejendomme af K v/B ved modregning af lånet i købesummen, i tilfælde af at lånet ikke kunne tilbagebetales som ønsket.

Det var derfor bestyrelsens vurdering, at det var nødvendigt at yde lånet for at sikre selskabets fortsatte drift og finansiering og med tilstrækkelig grad af sikkerhed. Det bemærkes hertil, at Erhvervsstyrelsens bemærkning om, at en klar indikator for, om transaktionen er sædvanlig er, om selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Hertil bemærkes det, at der i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 26. februar 1992 fremgår, at Styrelsen godkendte, at et aktieselskab gennem en aktionærs mellemregning med selskabet delvist finansierede aktionærens køb af den faste ejendom, som selskabet drev sin bilforretning fra. I dette tilfælde var

der heller ikke indgået lignende transaktioner med uafhængige parter, og behovet for at indgå transaktionen virker væsentligt mindre, end det gør i A A/S' tilfælde.

Det bemærkes desuden, at den med selskabets kreditorer indgåede bankaftale 1 i 2009, ikke muliggjorde, at lånet kunne tilbagetales, og at der i samme aftale er krav om, at evt. overskudslikviditet i A A/S skal gå til opfyldelse af K A/S's forpligtelser. Der underbygger utvivlsomt, at transaktionen også var i selskabets kreditors interesse.

Vi vil desuden gerne henlede opmærksomheden på Bs personlige formueopgørelse ..., hvoraf det fremgår at han i 2008 tilførte 34 mio. kr. til K v/ B. Der har ikke været tale om, at der er overført midler fra K v/ B til Bs private økonomi.

Vi vil desuden gerne opfordre til et møde, hvor også Deloitte deltager, for at kunne forklare og uddybe sagens forhold.”

I nævnte revisorerklæring af 14. marts 2012 har statsautoriseret revisor C anført:

” ...

Ankenævnssag K A/S CVR-nr. ... mod Erhvervsstyrelsen

Bestyrelsen har anmodet os om en uddybende redegørelse for den regnskabsmæssige behandling af det oprindelige låneforhold på 82.253 t.kr. pr. 31. december 2010 mellem A A/S (kreditor) og B (debitor) i tilknytning til den gennemførte omstrukturering af K Gruppen, som følge af Bankaftale 2 af 30. juni 2011.

B overdrager den 30. juni 2011 sine personligt ejede investeringsejendomme ved stiftelsen af K A/S CVR-nr. ...

Overdragelsen gennemføres ved anvendelse af reglerne i lov om skattefri virksomhedsomdannelse, således overdragelsen har regnskabsmæssig virkning fra 1. januar 2011. I tilknytning til omstruktureringen indhentes bindende svar fra SKAT i relation til blandt andet om de anvendte værdier kan betragtes som udtryk for handelsværdier, der er en forudsætning for gennemførsel af omstruktureringen som skattefri. SKAT bekræfter ved skrivelse af 21. juni 2011, at dette er tilfældet.

Overdragelsen består af følgende:

	t.kr.
Investeringsejendomme	3.101.002
Projektgrunde og ejendomme under opførelse	240.101
Andre anlæg, driftsmateriel og inventar	4.701
Varebeholdninger	672
Tilgodehavender	5.956
Likvide beholdninger	6.024

Aktiver i alt	3.358.456
----------------------	------------------

med fradrag af

Hensatte forpligtelser (primært udskudte skatteforpligtelser)	190.264
Langfristede gældsforpligtelser (primært prioritetsgæld og bankgæld)	2.684.276
Kortfristet del af langfristede gældsforpligtelser	46.414
Leverandørgæld	8.435
Andre gældsforpligtelser	16.498
Forpligtelser i alt	2.945.887

Nettoværdi	412.569
-------------------	----------------

der vederlægges til B i form af

Udstedelse af aktier i K A/S, CVR-nr. ...	260.728
Indfrielse af B ved debitorskifte på lån ydet af A A/S	101.034
Gæld til stifter i form af skattemæssige forpligtelser og hensat til senere hævning	50.807
	412.569

Det skal bemærkes, at låneforholdet mellem A A/S og B kan specificeres således:

Udlån fra A A/S til K v/B	101.034
Udlån fra B (privat) til A A/S	-18.781
	82.253

Udlånet mellem A A/S og B er således regnskabsmæssigt indfriet ved ovennævnte overdragelse ved stiftelsen af K A/S, CVR-nr. ...

A A/S har herefter et tilgodehavende på 101.034 t.kr. hos K A/S, CVR-nr. ... Dette tilgodehavende udlignes i forbindelse med de efterfølgende fusioner mellem K Gruppens selskaber.”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 24. april 2012 bemærket:

”...

Styrelsen har vurderet de supplerende bemærkninger og herunder navnlig inddraget følgende dokumenter:

- Ds klage til Erhvervsankenævnet af 21. december 2012
- Ds uddybende redegørelse til Erhvervsankenævnet af 9. januar 2012 samt bilag

- Ds bemærkninger til Erhvervsstyrelsens redegørelse, af 14. marts 2012
- Uddybende redegørelse fra selskabets revisor af 14. marts 2012

På denne baggrund fastholder styrelsen sin afgørelse af, at der er sket en overtrædelse af selskabslovens § 210, da K v/B optog et lån i A A/S i 2008.

Styrelsen finder det ikke godgjort, at de anførte omstændigheder kan medføre, at det optagne lån er lovligt. Dette syntes også at være revisors opfattelse, idet det i overensstemmelse med erklæringsbekendtgørelsens § 7, fremgår af en supplerende oplysning i revisionspåtegningen til årsrapporten for henholdsvis 2008, 2009 og 2010 for A A/S, at selskabet i strid med selskabsloven har ydet et lån til en selskabsdeltager, hvorved ledelsen kan ifalde ansvar.

Ud fra en samlet vurdering finder styrelsen dog ikke grundlag for at bestride, at lånet ikke længere eksisterer.

På den baggrund frafalder styrelsen kravet om, at lånet skal tilbagebetales.

Styrelsen betragter sagen, i forhold til tilbagebetalingskravet, for afsluttet.
...”

D har ved skrivelse af 15. maj 2012 fremsendt en redegørelse af 14. maj 2012 fra statsautoriseret revisor Claus Kolin, hvorefter fremgår:

”...

Vi er blevet anmodet om en redegørelse for baggrunden for den af os anførte supplerende oplysning i årsrapporten for A A/S for henholdsvis 2008, 2009, og 2010 vedrørende lån ydet af A A/S til K v/B.

Erklæringsbekendtgørelsen indeholder i § 7 stk. 2 en bestemmelse om, at revisor skal give en supplerende oplysning, såfremt der foreligger en begrundet formodning om, at ledelsen kan ifalde erstatnings- eller strafansvar. Det fremgår endvidere, at vurderingen blandt andet skal foretages i relation til den for virksomheden fastsatte selskabsretlige lovgivning.

Det fremgår både af erklæringsbekendtgørelsen og den tilhørende vejledning, at der skal være tale om forhold, som revisor bliver bekendt med under sit arbejde, og som giver en begrundet formodning. Det betyder, at revisor ikke skal udføre særskilte handlinger med henblik på at undersøge, om der foreligger forhold, som kan medføre et erstatnings- eller strafansvar.

Revisor har således pligt til at give en supplerende oplysning, selvom der ikke er opnået den samme begrundede overbevisning, som lægges til grund i forbindelse med revisionen af årsregnskabet, hvorfor der ikke er krav om, at revisor skal indhente juridisk rådgivning om et givent forhold.

I forbindelse med revisionen af årsrapporten for 2008 konstaterede vi, at A A/S i løbet af regnskabsåret havde ydet lån til K v/B til brug for K v/Bs betaling af entreprenører på igangværende byggerier og betaling af terminer på indgåede låneaftaler i virksomheden.

Idet den daværende aktieselskabslovs § 115 (nuværende selskabslovs § 210) bestemmer, at et selskab ikke må yde lån til aktionærer, var udlånet ud fra en regnskabsmæssig betragtning omfattet af bestemmelserne, idet B var aktionær i A A/S via ejerskabet af K1 ApS og samtidig var ejer af virksomheden K.

Det fremgår imidlertid af selskabslovgivningen, at lån til aktionærer er lovlige som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Dette kræver en selvstændig juridisk vurdering.

Idet en sådan juridisk vurdering ikke forelå ved afgivelsen af vores erklæring på årsrapporten, var vi i henhold til erklæringsbekendtgørelsen således forpligtet til at oplyse omkring låneforholdet i vores erklæring.

Anførslen af den supplerende oplysning er således ikke udtryk for en juridisk betragtning. Såfremt der havde været udarbejdet en juridisk vurdering kunne vores vurdering af låneforholdet have ført til et andet resultat.

Til illustration heraf kan oplyses, at den juridiske vurdering af ordet ”sædvanlig” ifølge administrativ praksis ikke skal forstås i overensstemmelse med den almindelige sproglige forståelse, idet praksis klart illustrerer, at også enkeltstående dispositioner efter en konkret vurdering kan være omfattet af undtagelsen, forudsat dispositionen sker med henblik på varetagelse af A A/S’ interesse.

Det skal endvidere bemærkes, med henvisning til vores redegørelse af 14. marts 2012, at B (privat) havde foretaget et udlån til A A/S på 18,8 mio.kr, hvorfor der alene var spørgsmål til låneforholdet mellem A A/S og K v/B, og at såfremt K v/B havde været et anparts- eller aktieselskab og ikke en personlig drevet virksomhed, ville låneforholdet ikke have givet anledning til en supplerende oplysning.

Herudover skal anføres, at efterfølgende begivenheder herunder især de finansielle kreditorers beslutning om i 2011 at indgå en samlet aftale med alle K Gruppens virksomheder og samle hovedparten af disse virksomheder i ét selskab (såvel personlig drevne virksomheder som virksomheder drevet i selskabsform) kunne have ført til et andet resultat af vurderingen af låneforholdet.”

Erhvervsankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning om mundtlig forhandling.

Ankenævnet udtaler:

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

Det fremgår af årsrapporten for 2010 for selskabet A A/S, at selskabet havde ydet et lån på 82.253 t.kr. til K v/B. B var ved ydelsen af lånet kapitalejer og ledelsesmedlem.

Klager har om baggrunden for ydelsen af det omhandlede lån blandt andet oplyst, at det var nødvendigt for at sikre K v/Bs fortsatte drift i 2008, og at det blev vurderet, at såfremt K v/B ikke kunne fortsætte driften, ville det betyde, at A A/S ville have stor risiko for at få opsagt sine lån og kreditter. Klager har endvidere oplyst, at B i 2008 personligt tilførte K v/B 34 mio. kr., og at der ikke er overført midler fra K v/B til Bs private økonomi.

Erhvervsankenævnet finder - uanset klagers oplysninger om baggrunden for ydelsen af lånet - at lånet ikke er ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212. Erhvervsankenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at der efter det oplyste ikke er tale om, at A A/S har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige tredjemænd, og at det endvidere må lægges til grund, at selskabet ikke ville foretage tilsvarende transaktioner med uafhængige tredjemænd.

De af klager beskrevne omstruktureringer af K Gruppen, der har fundet sted efter ydelsen af lånet, kan efter ankenævnets opfattelse ikke føre til, at der ikke foreligger en overtrædelse af selskabslovens § 210.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 28. november 2011 således som den er ændret ved styrelsens skrivelse af 24. april 2012.