

Kendelse af 5. november 2013 (J.nr. 2013-0033908)

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

Selskabslovens § 210, stk. 1.

(Piya Mukherjee, Lone Møller og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 1. marts 2013 har advokat A på vegne af K ApS klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 7. februar 2013 har påbudt selskabet at søge lån ydet i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, inddrevet straks og dokumentere dette over for styrelsen.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet i anledning af klagen hos Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse har styrelsen den 25. marts 2013 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

”Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog selskabets årsrapport for 2011 den 18. juni 2012. Årsrapporten er ikke revideret.

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

Ved gennemgangen af årsrapporten konstaterede styrelsen, at årsrapporten ikke indeholdt et afsnit om anvendt regnskabspraksis som er et krav i henhold til årsregnskabslovens § 22. Derudover konstaterede styrelsen, at der i balancen var anført et beløb på kr. 2.904.729 under posten andre tilgodehavender i både 2011 og 2010.

I brev af 6. november 2012 pålagde styrelsen selskabets ledelse at berigtige forholdet jf. årsregnskabslovens § 161, således at der indsendes en ny og godkendt årsrapport for 2011.

I samme brev blev ledelsen, i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 160, bedt om at indsende en redegørelse samt dokumentation for posten andre tilgodehavender. Styrelsen gjorde samtidig ledelsen opmærksom på, at de ikke havde pligt til at afgive de anmodede oplysninger, da det ikke kunne udelukkes, at de anmodede oplysninger kunne have betydning for bedømmelsen af, om der er begået en lovovertrædelse der kan medføre straf, jf. § 10, stk. 1 i Lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter.

Styrelsen modtog en redegørelse af 9. november 2012, og på baggrund af denne sender styrelsen en agterskrivelse af 14. januar 2013 til selskabet ledelse om, at det er styrelsens opfattelse, at der er et udlån til selskabets kapitalejere, der er i strid med selskabslovens § 210. I samme brev bliver selskabets ledelse bedt om at indsende en indsigelse mod dette hvis styrelsens opfattelse ikke er korrekt.

Styrelsen modtager efterfølgende en ny redegørelse fra selskabet af 18. januar 2013, hvoraf det fremgår, at selskabet har beskæftiget sig med udlån, leasing og investering i værdipapirer, pantebreve, obligationer og aktier i 30 år. Det fremgår ligeledes, at der er tre ejendomme, hvor nærtstående virksomhedsdeltagere har udstedt pantebreve som sikkerhed for nogle lån, at denne disposition passer med virksomhedens formål, at det giver et bedre afkast end bankerne, og at der er større sikkerhed, end hvis det var ukendte låntagere.

Af ovenstående redegørelse kan styrelsen konstatere, at der er foretaget et udlån fra selskabet til virksomhedsdeltagere og at virksomhedsdeltagerne som sikkerhed for deres lån, har udstedt nogle pantebreve. Styrelsen finder ikke det er sandsynliggjort, at udlånene til virksomhedsdeltagerne kan karakteriseres som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212, og i brev af 7. februar 2013, påbyder styrelsen selskabets ledelse, at forestå en inddrivelse af det ulovlige udlån med tillæg af lovepligtige renter og indsende dokumentation for at det ulovlige forhold er bragt til ophør.”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. februar 2013 hedder det:

”Ulovligt udlån til selskabets nærtstående til virksomhedsdeltager i årsrapporten for 2011 for K ApS – CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har modtaget en redegørelse ... af 18. januar 2013.

...

Styrelsen har foretaget en vurdering af redegørelsen og på baggrund heraf, er det styrelsens opfattelse, at dispositionen er i strid med selskabslovens § 210.

Styrelsen finder ikke, at det er sandsynliggjort, at udlånene til de nærtstående personer af virksomhedens ledelse, kan karakteriseres som en sædvanlig forretningsmæssig disposition jf. selskabslovens § 212. Det findes således ikke godtgjort, at virksomheden ville foretage udlån på samme vilkår til en uafhængig tredjemand. En gennemgang af selskabets årsrapport indikerer også, at selskabet ikke normalt gennemfører tilsvarende transaktioner med uafhængige parter.

Det fremgår af lovbemærkningerne til selskabslovens § 212, at en sædvanlig forretningsmæssig disposition som hovedregel er kendetegnet ved, at sel-

skabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Der skal således foretages en konkret vurdering af, om dispositionen er sædvanlig både for selskabet, og inden for den givne branche. Det er ikke kun transaktionen der skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse m.v. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand. Endelig må dispositionen forventes at medføre klare fordele for selskabet således, at dispositionen er foretaget under hensyn til selskabets interesser.

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.

...

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 anpartshavere/ledelsesmedlemmer i anpartsselskabslovens § 49 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.”

I klageskrivelsen af 1. marts 2013 har advokat A er anført blandt andet:

”Selskabet [A ApS] blev stiftet i 1981 og ejes i dag af B med 5,1%, C med 16,9% samt disses tre børn, D, E og F med hver 26%.

C er eneste medlem i direktionen for Selskabet.

Selskabets vedtægtsmæssige formål er ”er selv eller gennem helt eller delvis ejede datterselskaber at drive finansiering, rådgivning, fabrikation og handel”. Indenfor dette formål har Selskabet gennem en længere årrække beskæftiget sig bl.a. med leasing af kontoraktiver, investeringer i fast ejendom samt udlejningsvirksomhed.

Den 1. oktober 2001 indgik Selskabet en låneaftale med B, hvorefter B lånte 4,3 mio. kr. til Selskabet (”Låneaftalen”)

I forlængelse af Låneaftalen blev desuden indgået et tillæg (”Tillægget”) Tillægget er dateret den 7. februar 2003 i forbindelse med Selskabets udlån til en af anpartshaverne mod pant i dennes ejendom.

Det fremgår af Tillægget, at anpartshaverne i Selskabet erklærede, at B’s lån til Selskabet altid skulle udgøre minimum 100% af Selskabets lån til Selskabets nærtstående samt, at B ikke kunne kræve lånet indfriet førend Selskabets udlån til de nærtstående var indfriet.

Den 1. juli 2006 udstedte Selskabet yderligere to lån til to øvrige anpartshavere, der ligeledes blev ydet mod pant i disses ejendomme:

I dag eksisterer følgende udlån:

Debitor / Ejendommens beliggenhed	Offentlig ejendomsvurdering 2012	Lån (oprindelig)	Foranstående kreditfor- eningslån	% af offentlig vurdering
B og G ...	3.800.000	1.083.000	724.000	47,55%
D ...	7.000.000	1.120.000	1.428.000	36,40%
F ...	3.550.000	750.000	708.000	41,07%

Sammenlagt har Selskabet således foretaget udlån til anpartshavere for 2.953.000 kr., der er investeret i pantebreve, der alle er ydet mod panteret indenfor 48% af den offentlige ejendomsværdi. Det bemærkes, at restgælden i pantebrevene i dag samlet udgør 2.864.370 kr.

I forbindelse med de to pantebrevs udstedelse i 2006 erklærede anpartshaverne endnu engang den 1. juni 2006, at Selskabet altid skulle have en gæld til anpartshaverne (d.v.s. til B), der var større end Selskabets udlån til nærtstående ("Erklæringen")

Selskabets anpartshavere har således stedse været opmærksomme på og fastslået sammenhængen mellem B's lån til Selskabet og Selskabets udlån til anpartshaverne. Det har således altid været aftalt, at B's lån til Selskabet skulle overstige summen af anpartshavernes lån fra Selskabet, ligesom det har altid været aftalt, at B's lån til Selskabet ikke kunne indfris/kræves indfriet førend anpartshavernes lån fra Selskabet var blevet indfriet af disse.

Anpartshaverne og Selskabet har således stedse været opmærksomme på og har tilrettelagt dispositionerne således, at der ikke kunne opstå tab for Selskabet.

De indgåede aftaler har stedse været overholdt ved, at Selskabets lån fra B altid har været større end summen af Selskabets udlån til anpartshaverne, jf. herom vedlagte erklæring fra revisor

Der har endvidere stedse bestået en mundtlig aftale mellem Selskabet og anpartshaverne – der ligeledes fremgår forudsætningsvis af de fremlagte dokumenter - om, at Selskabet havde modregningsret i forhold til Selskabets lån fra hhv. til anpartshaverne, således at Selskabet til enhver tid ved afgivelse modregningserklæring kunne modregne udlånene til anpartshaverne i B's tilgodehavende på Selskabet og derigennem afvikle udlånene til anpartshaverne.

Dette bekræftes forudsætningsvis af Låneaftalen, Tillægget og Erklæringen. Desuden vedlægges erklæring herom fra anpartshaverne

Som følge af de anførte forhold, herunder at Selskabet har haft fuld modregningsret overfor sit engagement med anpartshaverne, udgør engagementet ét samlet engagement.

I dette samlede engagement har summen på Selskabets lån fra B altid har været større end summen på udlånene til anpartshaverne, hvorved Selskabet altid har haft en positiv saldo i sit favør.

Da det således er Selskabet, der til stadighed har haft en positiv saldo i sit favør, består der ikke – samlet set - noget låneforhold fra Selskabet til anpartshaverne, og der foreligger derfor ikke et ulovligt anpartshaverlån.

...

Herudover bemærkes, at det er fast antaget i den juridiske litteratur, at bedømmelsen af, hvorvidt der foreligger et ulovligt lån til kapitalejere i et selskab efter selskabslovens § 210, skal foretages på grundlag af en konkret bedømmelse, jf. Mette Neville mfl. ”Lovlige aktionærlån”, optrykt i U.2003B.201.

Ved en konkret bedømmelse er det relevant at se på bl.a. formålet og anvendelsesområdet for reglen.

Formålet med bestemmelserne omkring aktionærlån er at sikre kreditorerne i selskabet. Selve anvendelsesområdet for reglen er de misbrugstilfælde, hvor kapitalejerne tager midler ud af selskabet på en sådan måde, at der er risiko for, at lånet ikke betales tilbage, jf. Poul Krüger Andersen ”Aktie- og anpartsselskabsret”, 11. udgave, side 271 og side 273.

Idet der som anført har foreligget en ret for Selskabet til at modregne de af sagen omhandlede udlån og indlån, idet det har været aftalt, at lånet til Selskabet ikke kunne kræves indfriet førend lånene til anpartshaverne var indfriet, og idet B's lån til Selskabet altid har oversteget summen af Selskabets udlån til anpartshaverne, har de af sagen omhandlede dispositioner på intet tidspunkt medført nogen risiko for, at lånene ikke blev betalt tilbage, hvorved kreditorerne i Selskabet ikke har været i fare for at blive stillet dårligere.

Desuden er der ikke tale om et misbrug, idet anpartshaverne og Selskabet under hele forløbet har været opmærksomme på forholdene og varetaget Selskabets interesser, herunder indrettet sig således, at B's tilgodehavende til enhver tid oversteg summen af udlånene.

Hertil kommer, at Selskabets udlån til anpartshaverne har karakter af pantebrevslån med pant i anpartshavernes faste ejendomme, der – som illustreret ovenfor – i intet tilfælde overstiger 48% af ejendommenes offentlige ejendomsværdi.

Dispositionerne falder derfor udenfor anvendelsen af selskabslovens § 210.

...

Endelig bemærkes, at Selskabets udlån mod pant i fast ejendom falder indenfor Selskabets vedtægtsmæssige formål og Selskabets almindelige for-

retningsområde. Selskabets udlån er desuden foretaget på sædvanlige pantebrevsvilkår.

Samlet set har Selskabets udlån således karakter af sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, jf. selskabslovens § 212, hvorfor udlånene også af denne grund ikke er ydet i strid med selskabslovens § 210.

...

Uanset ovenstående, og for at undgå yderligere tvistigheder om disse forhold, har Selskabet og anpartshaverne nu – uden præjudice for den juridiske bedømmelse af forholdet - afviklet Selskabets udlån til anpartshaverne ved, at B har erhvervet disse mod en samtidig nedskrivning af B's tilgodehavende i Selskabet med et tilsvarende beløb.”

I førnævnte redegørelse af 25. marts 2013 har Erhvervsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt blandt andet:

”Sagens retlige omstændigheder

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 11, 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 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. 12, 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. 23, 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 § 2124 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 af det ulovlige udlån med tillæg af lovpligtige renter, jf. skrivelse af 7. februar 2013.

Selvom der er udstedt pantebreve som sikkerhed for de tre anpartshaveres lån i virksomheden, og selvom der er indgået en aftale mellem anpartsha-

verne og virksomheden om, at et beløb svarende til udlånene til de tre anpartshavere ville kunne modregnes i det tilgodehavende, som B har i virksomheden, så er anpartshavernes lån i strid med selskabslovens § 210. Det er derfor uden betydning, at der mellem anpartshaverne og selskabet er indgået en indbyrdes aftale om, at de tre anpartshaveres lån tilsammen altid skal være mindre, end det tilgodehavende som B har hos selskabet

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.

Styrelsen finder det ikke sandsynliggjort, at udlånene til tre af virksomhedens anpartshavere, kan betragtes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition i overensstemmelse med selskabslovens § 212. Styrelsen finder heller ikke det er godgjort, at virksomheden vil foretage lignende transaktion med en uafhængig tredjemand, og det er derfor styrelsens opfattelse, at de ydede lån er foretaget til anpartshaverne på baggrund af deres nære tilknytning til virksomheden.

Det fremgår af den medsendte erklæring fra selskabets revisor ... at det ydede lån er tilbagebetalt til selskabet, men det fremgår ikke af denne erklæring, at lånene er tilbagebetalt til selskabet med tillæg af lovpligtige renter. Det er derfor styrelsens opfattelse, at ledelsen ikke har efterkommet styrelsen påbud om, at bringe det ulovlige forhold til ophør og søge lånet inklusiv lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette over for styrelsen, jf. styrelsens brev af 7. februar 2013.

Styrelsen vil derfor i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 162, stk. 1 og selskabslovens § 366, stk. 2, pålægge selskabets ledelse tvangsbøder indtil dokumentationen er modtaget i styrelsen, jf. styrelsens brev af 7. februar 2013.”

I skrivelse af 19. april 2013 har advokat A yderligere anført:

” ...

Det skal indledningsvis bemærkes, at de af Erhvervsstyrelsens afgørelse omhandlede lån er afviklet ved, at de långivende anpartshavere har erhvervet disse mod en samtidig nedskrivning af deres tilgodehavende i Selskabet med et tilsvarende beløb. Dokumentation herfor var vedlagt Klagen i form af revisorerklæring ...

Sagen handler herefter alene om, hvorvidt de nu afviklede udlån skal forrentes efter selskabslovens § 215. Hertil kommer desuden spørgsmålet, om

hvorvidt Erhvervsstyrelsen har hjemmel til at pålægge Selskabets ledelse tvangsbøder efter selskabslovens § 366, stk. 2.

Spørgsmålene om renter og tvangsbøder afhænger udelukkende af, om Selskabets nu afviklede udlån var i strid med selskabslovens § 210. Det er dette spørgsmål, som Erhvervsankenævnet skal tage stilling til.

...

Selskabet har i Klagen redegjort for en række faktiske forhold, samt gjort en række synspunkter og argumenter gældende til støtte for Selskabets opfattelse af sagen og dennes retlige bedømmelse. Selskabet har således navnlig gjort gældende og dokumenteret, at der foreligger en række væsentlige aftaler mellem Selskabet og anpartshaverne vedrørende låneforholdene, herunder

- (a) Aftale om låneforholdenes indbyrdes relation (d.v.s. at anpartshaverens lån til Selskabet ikke kan kræves indfriet før tidligst samtidig med indfrielsen af Selskabets udlån til anpartshaverne, ...)
- (b) Aftale om låneforholdenes indbyrdes størrelse (d.v.s. at anpartshaverens lån til Selskabet altid skal udgøre et beløb, der overstiger summen af Selskabets udlån til anpartshaverne, ...) og
- (c) Aftale om modregningsadgang mellem låneforholdene (d.v.s. at Selskabet til enhver tid har været berettiget til at afvikle Selskabets udlån til anpartshaverne gennem modregning i anpartshaverens lån til Selskabet, ...)

Erhvervsstyrelsen har ikke bestridt de faktiske forhold, som er fremført af Selskabet i Klagen. Erhvervsstyrelsen har således ikke bestridt, at der foreligger de nævnte aftaler mellem Selskabet og anpartshaverne vedrørende låneforholdene, som beskrevet i Klagen og bilagene dertil.

Ved bedømmelsen af nærværende sag må Erhvervsankenævnet derfor lægge de faktiske forhold, som er dokumenteret og beskrevet af Selskabet, ubestridt til grund for bedømmelsen af sagen.

Selskabet gør på baggrund af de dokumenterede – og af Erhvervsstyrelsen ubestridte - faktuelle forhold gældende, at der qua aftalerne om låneforholdene, jf. pkt (a) – (c) ovenfor, skal anlægges en ”enhedsbetragtning” vedrørende de af sagen omhandlede låneforhold. Enhedsbetragtningen medfører, at Selskabets udlån til hhv. indlån fra Selskabets anpartshavere skal betragtes som ét lån, der til stadighed har haft en netto-saldo i Selskabets favør. De indgåede aftaler mellem Selskabet og Selskabets anpartshavere indebærer således, at de foreliggende låneforhold svarer til, at Selskabet havde mellemregninger med én anpartshaver (bestående af posteringer i favør af Selskabet hhv. anpartshaveren), der til stadighed udviste en netto-saldo i Selskabets favør og til stadighed kunne udlignes ved modregning. En sådan modregnet mellemregningssaldo i Selskabets favør ville ikke udgøre et låneforhold i strid med selskabslovens § 210 (uanset at der i mellemregningssaldoen indgik posteringer i anpartshaverens favør).

Erhvervsstyrelsen har lakonisk anført, at man ikke er enig i disse betragtninger. Erhvervsstyrelsen har imidlertid – uanset at Erhvervsstyrelsen ikke bestrider Selskabets faktuelle beskrivelse af låneforholdene - ikke på nogen måde forholdt sig til Selskabets argumentation endsige begrundet eller dokumenteret sin afvisning af Selskabets argumenter. Erhvervsankenævnet bør ved sin afgørelse af sagen lægge vægt på dette fravær af argumentation og dokumentation for Erhvervsstyrelsens afvisning af Selskabets argumenter.

...

Selskabet har desuden gjort gældende, at forholdet falder uden for anvendelsesområdet af selskabslovens § 210, idet der ikke er tale om et misbrugstilfælde eller i øvrigt fare for, at kreditorerne bliver stillet dårligere.

Som anført i Klagen, fremgår det udtrykkeligt såvel af selskabslovens forarbejder som af den juridiske litteratur, at formålet med selskabslovens § 210 er at sikre kreditorerne i selskabet og at modvirke misbrugstilfælde.

Som anført i Klagen og som dokumenteret ved de mellem Selskabet og anpartshaverne indgåede aftaler vedrørende låneforholdene, jf. pkt. (a) – (c) ovenfor, har såvel Selskabet som anpartshaverne stedse holdt sig disse hensyn for øje og har indrettet sig således, at låneforholdene aldrig kunne medføre tab – eller risiko for tab – for Selskabet eller dets kreditorer.

Erhvervsstyrelsen har i sit brev af 25. marts 2013 ikke forholdt sig til disse synspunkter endsige forsøgt at argumentere herimod og/eller påvise, at der foreligger et misbrugstilfælde, eller at Selskabets kreditorer er bragt i fare ved de af sagen omhandlede låneforhold. Erhvervsankenævnet bør ved sin afgørelse af sagen lægge vægt på dette fravær af argumentation og dokumentation for Erhvervsstyrelsens afvisning af Selskabets argumenter.

...

Selskabet har videre gjort gældende, at Selskabets udlån til anpartshaverne udgør sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, jf. selskabslovens § 212. Det er således gjort gældende – og er ikke bestridt af Erhvervsstyrelsen – at Selskabets udlån

- (i) falder inden for Selskabets vedtægtsmæssige formål,
- (ii) falder inden for Selskabets almindelige forretningsområde og
- (iii) er foretaget på sædvanlige pantebrevsvilkår.

Selskabets ledelse har foretaget sædvanlig kreditvurdering og alle vilkår i de af sagen omhandlede låneforhold er markedsmæssige og forsvarlige.

Erhvervsstyrelsen har over for Selskabets synspunkter i denne henseende alene anført, at styrelsen ikke finder det ”sandsynliggjort”, at udlånene kan betragtes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Erhvervsstyrelsen anfører intet konkret grundlag for denne ”sandsynlighedsvurdering” og ej heller nogen argumentation for denne. Erhvervsstyrelsens vurdering baserer sig således på et udokumenteret ”sandsynlighedsskøn”, hvilket – ud fra retssikkerhedsbetragtninger – må anses for et helt uforsvarligt og utilstrækkeligt grundlag for Erhvervsstyrelsens afgørelse om låneforholdenes ulov-

lighed og intention om pålæg af sanktioner i form af strafrenter og tvangsbøder.

Erhvervsankenævnet bør ved sin afgørelse af sagen lægge vægt på dette fravær af argumentation og dokumentation for Erhvervsstyrelsens afvisning af Selskabets argumenter.

...

Henset til de ovenfor anførte faktuelle forhold og argumenter gøres det gældende, at der ikke foreligger hjemmel for Erhvervsstyrelsen at pålægge Selskabet og ledelsen ... [strafrenter og tvangsbøder].

Såfremt Erhvervsankenævnet – på trods af det ovenfor anførte - måtte finde, at de af sagen omhandlede låneforhold har bestået i strid med selskabslovens § 210, gøres det endvidere gældende, at Selskabet og Selskabets ledelse og anpartshavere – navnlig henset til de anførte faktuelle forhold vedrørende de af sagen omhandlede låneforhold, herunder de indgåede aftaler mellem Selskabet og anpartshaverne, jf. pkt. (a) – (c) ovenfor, som er ubestridt af Erhvervsstyrelsen - har befundet sig i en begrundet og undskyldelig retsvildfarelse, og at anpartshaverne har udvist en sådan grad af forsvarlighed og bonus pater adfærd med henblik på beskyttelse af Selskabets og dets kreditorers interesser, at Erhvervsankenævnet må fritage Selskabet og Selskabets ledelse fra sådanne sanktioner.

Det gøres hertil gældende, at Erhvervsstyrelsen selv har bidraget til at bestyrke Selskabets og Selskabets ledelses opfattelse med hensyn til lovligheden af de af sagen omhandlede låneforhold. Selskabets årsrapport for 2010 var således genstand for Erhvervsstyrelsens gennemgang og kommentering, jf. brev fra Erhvervsstyrelsen dateret den 25. juli 2010 (skulle rettelig have været 25. juli 2011) ... Det fremgår ..., at Erhvervsstyrelsen – foruden Selskabets revisionsforhold – i brevets sidste afsnit kommenterede detaljerede forhold vedrørende Selskabets egenkapitalrapportering. Erhvervsstyrelsen må således have foretaget en detaljeret gennemgang af Selskabets årsrapport for 2010 ... Uanset dette, fandt Erhvervsstyrelsen på daværende tidspunkt ingen anledning til at kommentere Selskabets pantebrevsudlån til visse af Selskabets anpartshavere, der fremgår tydeligt af årsrapporten, ... ("Andre tilgodehavender kr. 2.946.000") og ... (note 6: "Nærtstående parter). Der er ydet udlån på pantebreve til nærtstående parter på markedsvilkår, med en forrentning svarende til diskontoen"). Selskabet og Selskabets ledelse havde således fuld og begrundet tiltro til, at Erhvervsstyrelsen delte Selskabets og Selskabets ledelses opfattelse af, at de af sagen omhandlede udlån var ydet i overensstemmelse med selskabslovens bestemmelser.

..."

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 13. maj 2013 bemærket:

"...

Hovedreglen i selskabslovens § 210 er, at et kapitalsekskab ikke må yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejerne eller ledelsen i sekskabet.

I den konkrete sag har et kapitalselskab ydet lån til kapitalejerne. Udlånet er på denne baggrund som udgangspunkt ulovlig, jf. selskabslovens § 210.

Uanset at selskabets ledelse har foretaget en formalisering af dispositionerne i form af oprettelse af lånedokumenter, og uanset at det er ledelsens vurdering, at der ikke er tale om et misbrugstilfælde eller nogen fare for, at kreditorerne bliver stillet dårligere, så fastholder styrelsen sin afgørelse af, at den foretagne disposition er i strid med selskabslovens § 210.

Selskabsloven indeholder visse undtagelser fra låneforbuddet i selskabslovens § 210. I den konkrete sag er det efter Erhvervsstyrelsens opfattelse alene undtagelsen i selskabslovens § 212, der er relevant at overveje, idet der ikke er tale om et lån til et moderselskab eller medarbejdere.

Det fremgår af selskabslovens § 212, at et kapitalselskab som led i sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte kan stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for den personkreds, der er nævnt i § 210.

Forarbejderne til selskabsloven anfører følgende om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner:

”... 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.”

For at en disposition kan betragtes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal der således foretages en konkret vurdering af, om den enkelte disposition kan betragtes som sædvanlig både for selskabet og for den branche, som virksomheden opererer i. En klar indikator på 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.

...

Erhvervsstyrelsen finder i denne forbindelse anledning til at nævne, at det er afgørende at huske på, at hovedreglen er låneforbuddet i selskabslovens §

210, og at undtagelserne fra låneforbuddet bl.a. i selskabslovens § 212 derfor skal fortolkes indskrænkende.

Med udgangspunkt i advokat A's skrivelse af 19. april 2013, skal styrelsens redegørelse præciseres yderligere i det følgende.

Det oplyses i skrivelse af 19. april 2013, at selskabets udlån udgør sædvanlige forretningsmæssige dispositioner jf. selskabslovens § 212 da selskabets udlån:

- 1) falder inden for selskabets vedtægtsmæssige formål
- 2) falder inden for selskabets almindelige forretningsområde og
- 3) er foretaget på sædvanlige pantebrevsvilkår

Ad 1)

Det fremgår af § 1, punkt 1.3, i selskabets seneste vedægter, der er registreret den 3. februar 2011, at selskabets formål er selv eller gennem helt eller delvist ejede datterselskaber at drive finansiering, programmering, handel og rådgivning.

Erhvervsstyrelsen skal i den forbindelse bemærke, at et selskab uanset selskabets vedtægtsmæssige formål ikke kan foretage udlån til kapitalejerne i strid med selskabslovens § 210. Som nævnt ovenfor er det afgørende, om det pågældende udlån kan betragtes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212.

Ad 2)

Styrelsen er ikke blevet forelagt dokumentation for, at selskabet foretager tilsvarende udlån til uafhængige tredjemænd. Det er derfor styrelsens vurdering på baggrund af de foreliggende oplysninger, at udlån ikke er en del af selskabets almindelige forretningsområde.

Ad 3)

Styrelsen er ikke blevet forelagt dokumentation for, at lånene er ydet på sædvanlige pantebrevsvilkår.

Det skal endvidere bemærkes, at de fremsendte låneaftaler ikke indeholder oplysning om en forrentning af de optagne lån eller oplysning om aktuelle kurser, og styrelsen kan derfor ikke foretage en vurdering af, om dispositionen er foretaget på sædvanlige vilkår.

Derudover skal det bemærkes, at styrelsen ikke finder det godtgjort, at lignende låneaftaler indgås med uafhængige tredjemænd, hvorfor det er styrelsens opfattelse, at de ydede lån er foretaget til anpartshaverne på baggrund af deres nære tilknytning til virksomheden, og at selskabet ikke ville have foretaget de pågældende udlån, hvis låntagerne ikke havde været anpartshavere i selskabet.

Endelig finder styrelsen det ikke godtgjort og dokumenteret, at det er en branchekutyme, at der foretages låneaftaler med ubetinget modregningsret hos et familiemedlem.

Det forhold, at advokat A i sin skrivelse af 19. april 2013 anfører, at der skal anlægges en enhedsbetragtning vedrørende låneforholdene, der medfører, at udlån til anpartshaverne og indlån fra anpartshaver skal betragtes som ét lån, således at der ud fra en nettobetragtning er én saldo i selskabets favør, kan således ikke betragtes som en omstændighed, der lovliggør anpartshavernes lån i selskabet.

Anpartshavernes lån i selskabet på kr. 2.946.000 er i strid med selskabsloven.

Udlån ydet i strid med selskabslovens § 210 skal forrentes med den i selskabslovens § 215 nævnte sats. Rentebeløbet skal beregnes lån for lån, og der kan som udgangspunkt ikke inden renteberegningen foretages modregning af eksempelvis kapitalejeres tilgodehavender hos selskabet, da der er tale om særskilte fordringer.

Advokat A oplyser endvidere, at styrelsen har bidraget til at bestyrke selskabets ledelses opfattelse med hensyn til lovligheden af lånforholdene, da de ulovlige udlån ikke i forbindelse med styrelsens kontrol af selskabets årsrapport for 2010 blev krævet indfriet. Det skal hertil oplyses, at sagen alene vedrørte, at virksomheden i strid med årsregnskabslovens § 135, ikke havde ladet sit årsregnskab revidere, hvorfor styrelsen anmodede om indsendelse af en revideret årsrapport.

Det forhold, at styrelsen i en sag om manglende revision af årsrapporten for 2010 ikke har konstateret og krævet et ulovligt udlån indfriet, som i øvrigt i strid med skemakravet i årsregnskabslovens § 23 fejlagtigt var opført som "andre tilgodehavender" i balancen, kan ikke ændre på det ansvar og den forpligtelse, der påhviler selskabets ledelse til at overholde den for selskabet relevante lovgivning.

...

Ved skrivelse af 30. maj 2013 har advokat A heroverfor bemærket blandt andet:

”...

Den af sagen omhandlede lånekonstruktion, hvorefter:

- i) kapitalejernes lån til Selskabet ikke kunne kræves indfriet før tidligst samtidig med indfrielsen af Selskabets udlån til kapitalejerne,
- ii) kapitalejernes lån til Selskabet altid skulle udgøre et beløb, der oversteg summen af Selskabets udlån til kapitalejerne, og
- iii) hvor Selskabet til enhver tid kunne afvikle Selskabets udlån til kapitalejerne gennem modregning i kapitalejernes lån til Selskabet,

bevirker, at lånekonstruktionen skal betragtes som en samlet lånekonstruktion, således at der ud fra en "netto-betragtning" slet ikke er tale om et lån fra Selskabet til kapitalejerne.

Idet der således slet ikke foreligger noget netto-udlån, kan der i sagens natur ej heller bestå noget ulovligt aktionærlån.

I forbindelse med Selskabets opgørelse af renter i henhold til selskabslovens § 215, stk. 1 har Selskabet konstateret, at de långivende kapitalejere løbende har overdraget andele af deres lån til Selskabet til de låntagende kapitalejere, således at Selskabets udlån til kapitalejerne pr. 31. december 2012 var nedbragt til 1.414.770 kr.

Det præciseres, at nedbringelsen ikke udgør nogen anerkendelse af, at Selskabets udlån til kapitalejerne var ulovlige, men udelukkende er sket som følge af privatøkonomiske gavedispositioner mellem kapitalejerne i disses egenskab af nærtbeslægtede familiemedlemmer.

...

... Selskabet [bestrider, at det ikke har betydning for sagen, at Erhvervsstyrelsen ikke i forbindelse med Erhvervsstyrelsens kontrol af Selskabets årsrapport for 2010 gjorde indsigelse overfor de på det tidspunkt allerede bestående låneforhold.]

Af Selskabets årsrapport fra 2010 ... fremgår det af note 6 under overskriften "Nærtstående parter", at "Der er ydet udlån på pantebreve til nærtstående parter på markedsvilkår; med en forrentning svarende til diskontoen".

Som det fremgår af Erhvervsstyrelsens brev ... har Erhvervsstyrelsen kommenteret meget detaljeret på forhold vedrørende Selskabets årsrapport for 2010. Erhvervsstyrelsen har således utvivlsomt foretaget en grundig gennemgang af årsrapporten og kan ikke have været uvidende om den udtrykkelige noteoplysning om Selskabets udlån til nærtstående parter. Uanset dette, undlod Erhvervsstyrelsen i forbindelse med kommenteringen af årsrapporten at gøre nogle bemærkninger om udlånet.

Dette har naturligvis givet Selskabet det indtryk, at der udover de af Erhvervsstyrelsen påtalte forhold, ikke var yderligere indvendinger imod det angivne i årsrapporten, herunder udlånene til kapitalejerne.

Selskabets ledelse og kapitalejere har således været i begrundet god tro med hensyn til lovligheden af disse udlån.

En eventuel sanktionsfastsættelse bør tage særligt hensyn til dette.

Erhvervsstyrelsen har i sit indlæg efterspurgt dokumentation på pantebrevsaftalerne med kapitalejerne. Disse fremlægges ..."

Direktøren i K ApS, C, har den 5. juli 2013 afgivet nedennævnte erklæring til Erhvervsstyrelsen:

”Ledelsen i K ApS bekræfter hermed, at de i sagen omhandlede pantebrevs-udlån til D, E og F, med restgæld pr. 31.12.2012 kr. 2.864.370 er indfriet ved overdragelse af fordringerne til B. Der er samtidig sket nedbringelse af selskabets gæld til B”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 1, må et anpartsselskab 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 kapitalsselskab kan dog i medfør lovens § 212 yde lån af den anførte karakter, såfremt långivningen er led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Det er uomtvistet, at K ApS har foretaget udlån til anpartshaverne E, D og F. Det samlede udlån til kapitalejerne udgjorde pr. 1. juli 2006 oprindeligt i alt 2.953.000 kr. og var ydet mod sikkerhedsstillelse i disse anpartshaveres respektive ejendomme.

K ApS har forud for långivningen til de omtalte anpartshavere den 1. oktober 2001 indgået låneaftale med B, der ligeledes er anpartshaver i selskabet, hvorved selskabet lånte 4,3 mio. kr. af B. Der foreligger erklæringer fra anpartshaverne om, at selskabets lån hos B til enhver tid skal overstige selskabets udlån til de 3 andre anpartshavere. Af erklæring af 1. marts 2013 fra statsautoriseret revisor H fremgår det, at udlånene til D, E og F er indfriet ved overdragelse af fordringerne fra selskabet til B, og samtidig, at der er sket nedbringelse af selskabets gæld til B. I samme forbindelse erklærer revisoren ved gennemgang af årsrapporter for perioden 2001 til 2011 at have konstateret, at selskabets gæld til B hvert år har oversteget de foretagne udlån til de omtalte anpartshavere. Ifølge klager har der stedse bestået en mundtlig aftale mellem selskabet og anpartshaverne om, at selskabet har modregningsret, således at selskabet til enhver tid ved afgivelse af modregningserklæring kunne modregne udlånene til anpartshaverne i B's tilgodehavende hos selskabet og derigennem kunne afvikle udlånene til anpartshaverne.

Erhvervsankenævnet finder - uanset klagers oplysninger om sammenhængen med selskabets tilgodehavende hos B - at lånene 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 K ApS 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.

Den omstændighed, at Erhvervsstyrelsen i en sag om manglende revision af årsrapporten for 2010 ikke har konstateret og krævet lånet til anpartshaverne indfriet, kan ikke føre til en ændret bedømmelse.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 7. februar 2013.