

Kendelse af 24. februar 2012 (J.nr. 2010-0023508)

Tiltrådt styrelsens påbud om at søge ulovligt ydet lån inddrevet.

Selskabslovens § 210, stk. 1.

(Anders Hjulmand, Lise Høgh og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 16. december 2010 har advokat A på vegne af K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 17. november 2010 har påbudt selskabet at søge et lån ydet i strid med dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 1, inddrevet straks og dokumentere dette over for styrelsen.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. november 2010 hedder det:

”Ulovligt anpartshaverlån i årsrapporten for 2009 for K ApS – CVR-nr. ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 13. juli 2010 modtaget selskabets årsrapport for 2009. Årsrapporten er udtaget til kontrol, jf. årsregnskabslovens § 159.

Ved en gennemgang af årsrapporten fremgår det, at der er ydet et lån i strid med anpartsselskabslovens § 49, stk. 1 [Der er videreført i selskabslovens § 210, stk. 1, som trådte i kraft den 1. marts 2010, jf. § 1 i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 om delvis ikrafttræden af lov om aktieselskaber og anpartsselskaber (selskabsloven)], 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 det centrale ledelsesorgan at søge lånet inkl. lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette over for styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 160, og anpartsselskabslovens § 49, stk. 4 [Der er videreført i § 24, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 om delvis ikrafttræden af lov om aktieselskaber og anpartsselskaber (selskabsloven)].

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 %, jf. anpartsselskabslovens § 49, stk. 4. Afhængigt af tidspunktet for lånets stiftelse, kan der skulle anvendes flere forskellige rentesatser.

Senest 6 uger fra dato bedes du indsende en erklæring underskrevet af selskabets ledelse og revisor om, at lånet med tillæg af lovpligtige renter er tilbagebetalt til selskabet.

Hvis det ikke er lykkedes at inddrive lånet, bedes du indsende dokumentation for, at der er påbegyndt inkasso el. lign. mod debitor.

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 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 det centrale ledelsesorgan blive pålagt tvangsbøder, indtil dokumentationen er modtaget i styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 162, stk. 2.

Hvis lånet ikke bliver tilbagebetalt til selskabet, indestår de, der har truffet eller opretholdt dispositionerne vedrørende lånet, for selskabets tab, jf. anpartsselskabslovens § 49, stk. 5 [Der er videreført i § 24, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 om delvis ikrafttræden af lov om aktieselskaber og anpartsselskaber (selskabsloven)].

...”

I klageskrivelsen af 16. december 2010 har advokat A anført:

”...

Som grundlag for klagen anføres først og fremmest, at da det bestående mellemværende reflekterer forretningsmæssige dispositioner mellem selskabet og de oprindelige ejere af selskabet B og C, hvorved bemærkes, at K ApS siden 18. december 2009 jf. hoslagte udskrift fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vedrørende D ApS har været ejet af D ApS, således at C og B ikke længere er direkte ejere af D ApS, således at C og B ikke længere er direkte ejere af K ApS, hvilket har bibragt mine klienter opfattelsen af, at der ikke er anledning til at vurdere det bestående lån på samme vis, som tidligere.

Det er klagerens opfattelse, at når såvel klagerne personligt driver virksomhed med udlejning af fast ejendom, ligesom K ApS, og der i den forbindelse er forretningsmæssigt samarbejde mellem C og B og K ApS, som de i øvrigt finansierer – og altid har finansieret, så er der ikke grundlag for, at anse det bestående lån, som værende direkte i strid med selskabslovens § 210, når henses til § 212.

Der må i den forbindelse også lægges vægt på, at C og B har mulighed for at stille sikkerhed ved ejerpantebreve i ejendommen ... for det bestående mellemværende, hvorefter det ikke kan være påkrævet at kræve beløbet indbetalt, når mellemværendet i øvrigt hele tiden har været forrentet forskriftsmæssigt i regnskaberne.

Det bemærkes videre, at B og C heller ikke ligesom selskabet ikke har ønsket at skjule mellemværendet, som er løbende indberettet i de årlige regnskaber igennem årene, idet jeg som eksempel vedlægger kopi af årsregnskaberne for 2007 og 2008, hvilket ikke har givet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anledning til bemærkninger. Det bemærkes videre, at selskabets revisor senest ved brev af 17. november 2010 har redegjort for regnskabet over for SKAT, idet brev til SKAT af 17. november 2010 fremsendes i kopi til orientering sammen med kopi af oversigt over ejernes indbetalinger til K ApS med tillæg af protokollat og notat. Dette har ikke givet anledning til bemærkninger fra SKAT idet jeg vedlægger kopi af brev af 19. november 2010 fra SKAT. På denne baggrund gøres det gældende, at der ikke på det foreliggende grundlag er anledning til at kræve, at C og B indbetaler mellemværendet til K ApS, som nu ejes af D ApS, idet det er tvivlsomt, om lånet på det foreliggende er i strid med selskabslovgivningen, når henses til ovenanførte samt henset til, at der i hvert fald subsidiært er grundlag for at stille sikkerhed for mellemværendet ved etablering af ejerpantebreve, hvilket må være tilstrækkeligt.

Endvidere gør jeg gældende, at der henses til, at der er tale om et anpartshaverlån, der går mange år tilbage i tid, som ikke igennem årene har givet anledning til indsigelser fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, uanset at anpartshaverlånet er blevet registreret i regnskabet år efter år, så er retten til at foretage indsigelse imod det nuværende lån fortabt, som følge af passivitet.
...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 4. marts 2011 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 13. juli 2010 modtaget selskabets årsrapport for 2009.

I henhold til årsregnskabslovens § 159 skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen stikprøvevis udtage og undersøge modtagne årsrapporter. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i henhold til § 159 udtaget ovennævnte årsrapport til en sådan kontrol.

Ved en gennemgang af årsrapporten konstaterer styrelsen, at der er ydet et lån på kr. 7.272.703, hvilket er i strid med den daværende anpartsselskabslovs § 49, stk. 1 [Anpartsselskabsloven blev ophævet den 1. marts 2010 og er erstattet af lov nr. 470 af 12. juni 2009 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven). Selskabsloven er sat delvist i kraft ved to bekendtgørelser: a) Bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 om delvis ikrafttræden af lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), som ændret ved bekendtgørelse nr. 142 af 22. februar 2011, og b) Bekendtgørelse nr. 135 af 22. februar 2011 om delvis ikrafttræden af lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), m.v. Anpartsselskabslovens § 49, stk. 1, er videreført med sproglige tilpasninger i selskabslovens § 210, stk. 1, som trådte i kraft den 1. marts

2010, jf. § 1, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010.], hvilket også fremgår af revisors påtegning, jf. erklæringsbekendtgørelsens § 7.

I brev af 17. november 2010 pålægger styrelsen derfor selskabets centrale ledelsesorgan at få bragt det ulovlige forhold til ophør og søge lånet inklusiv lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette overfor styrelsen. Henset til beløbets størrelse oversendes sagen til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet den 26. november 2010 med henblik på en vurdering af, om der bør rejses tiltale mod selskabets direktion for overtrædelse af den dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 1, jf. § 80, stk. 1 og 2, og selskabslovens § 210, stk. 1, jf. den midlertidige straffebestemmelse i § 51, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 og selskabslovens § 367, stk. 1 [Den midlertidige straffebestemmelse i § 51, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 var gældende, indtil selskabslovens § 367, stk. 1, blev sat i kraft pr. 1. marts 2011, jf. § 1, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 135 af 22. februar 2011].

Den 13. januar 2011 bliver selskabets øverste ledelse pålagt tvangsbøder, da styrelsen ikke har modtaget dokumentation for, at det ulovlige udlån er tilbagebetalt til selskabet inklusiv lovpligtige renter.

Den 24. januar 2011 modtager styrelsen et brev fra Erhvervsankenævnet, vedlagt kopi af klage fra A, af henholdsvis den 16. december 2010 og den 19. januar 2011.

...

På baggrund af det i klagerens breve anførte, anmoder styrelsen i brev af 2. februar 2011 selskabets ledelse at indsende en redegørelse for samt dokumentation på, at der, som anført af advokaten, er tale om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, omfattet af selskabslovens § 212.

Herudover anmoder styrelsen i brev af 2. februar 2011 ligeledes selskabets revisor om at indsende en redegørelse, der indeholder følgende:

- oplysning om, hvilke transaktioner, som er baggrund for lånet,
- oplysning om, hvorfor lånet anses som værende i strid med den dagældende anpartsselskabslov, hvilket fremgår af revisors påtegning på årsrapporterne og
- andre relevante forhold, som kan belyse, hvorfor lånet anses som værende i strid med den dagældende anpartsselskabslov.

I brev af 14. februar 2011 oplyser selskabets revisor, som svar på styrelsens brev af 2. februar 2011, at der har været foretaget hævninger fra virksomhedsdeltagerne i regnskabsårene 2006-2009. Det bekræftes ligeledes, at der har været indskud fra virksomhedsdeltager i år 2006 og i år 2010, og at der har været foretaget renteberegning for årene 2006-2010.

Det bekræftes også, at der er et bestående mellemværende mellem virksomhedsdeltagerne og ejendommen ... Det oplyses desuden, at revisor udelukkende har haft til opgave at rapportere de aftalte arbejdshandlinger, og at disse hverken er revision eller review. Revisor oplyser endvidere, at der ikke

er foretaget en nærmere gennemgang af posteringerne for at undersøge, om disse kunne betragtes som sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, da årsagen hertil er, at mellemregning og pantebrev pr. 31.december 2009 udviser en gæld til ejendommen ... på t.kr. 229. Revisor oplyser endvidere, at hovedparten af det samlede tilgodehavende vedrører virksomhedsdeltageres kontante hævnninger på selskabets bankkonto samt modtagelse af huslejeindtægter. Revisor oplyser, at han anser det samlede tilgodehavende for værende i strid med den tidligere anpartsselskabslov.

I brev af 15. februar 2011 oplyser A, som svar på styrelsens skrivelse af 2. februar 2011, at det er umuligt at fremkomme med en detaljeret redegørelse for de dispositioner vedrørende det ulovlige anpartshaverlån, der har været anmærkninger om i de hidtidige regnskaber. Han oplyser, at det ressourcemæssigt er en umulig opgave at fremfinde bilag så langt tilbage. Han oplyser endvidere, at såfremt et tilbagebetalingskrav skal gøres gældende af selskabet, skal der tages højde for, at lånet ved udgangen af regnskabsåret var på kr. 4.756.000 og nu er på knap 5.635.000.

Det er Finn Roger Nielsens opfattelse, at det af hensyn til den nye forældelseslov alene vil være differencen mellem de to tal, der kan gøres gældende af selskabet. Finn Roger Nielsen oplyser endvidere, at ledelsen er bekendt med, at en betydelig del af de dispositioner, der relaterer sig til det ulovlige anpartshaverlån, utvivlsomt er i strid med den dagældende anpartsselskabslov, uanset om de er forretningsmæssigt begrundet eller ej. Da mange af dispositionerne ligger langt tilbage, er det på nuværende tidspunkt en umulig opgave at redegøre for dispositionerne på en sådan måde, at man med sikkerhed kan sige, at det bestående anpartshaverlån, i det omfang det ikke består af renter, og i det omfang det ikke er forældet, er omfattet af den nugældende selskabslovs § 212.

Sagens retlige omstændigheder

I henhold til den dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 1, og 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 medarbejdere. Det skal altid oplyses, om der er sket overtrædelse af den for virksomheden gældende selskabsretlige lovgivning samt lovgivningen om regnskabsaflæggelse.

I henhold til årsregnskabslovens § 160 kan styrelsen forlange, at der indsendes oplysninger fra virksomheden, dens ledelse eller dens revisor, som er

nødvendige for, at der kan tages stilling til, om der er sket en overtrædelse af den lovgivning, der er nævnt i årsregnskabslovens § 159.

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

Det fremgår af den dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 4, den midlertidige bestemmelse i § 24, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 og selskabslovens § 215, stk. 1 [Den midlertidige bestemmelse i § 24, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 var gældende, indtil selskabslovens § 215, stk. 1, blev sat i kraft pr. 1. marts 2011, jf. § 1, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 135 af 22. februar 2011.], at udbetalinger fra selskabet, der er foretaget i forbindelse med dispositioner i strid med henholdsvis den dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 1, og 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 den dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 5, den midlertidige bestemmelse i § 24, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 og selskabslovens § 215, stk. 2 [Den midlertidige bestemmelse i § 24, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 var gældende, indtil selskabslovens § 215, stk. 2, blev sat i kraft pr. 1. marts 2011, jf. § 1, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 135 af 22. februar 2011.], indestår de der har truffet eller opretholdt dispositionerne i strid med henholdsvis den dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 1, og selskabslovens § 210, stk. 1, for selskabets tab, såfremt tilbagebetaling eller ophør af sikkerhedsstillelse ikke kan finde sted.

Styrelsens udtalelse

Indledningsvis skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bemærke, at styrelsen finder det uklart, om advokat Finn Roger Nielsen repræsenterer Ejendoms-selskabet Centerinvest ApS eller de to låntagere, Jane Toft Hansen og Rene Toft Hansen, eller om advokat Finn Roger Nielsen repræsenterer såvel Ejendomsselskabet Centerinvest ApS som Jane Toft Hansen og Rene Toft Hansen.

Det er styrelsens opfattelse, at de af advokat Finn Roger Nielsen til Erhvervsankenævnet fremsendte partsindlæg i høj grad bærer præg af, at Finn Roger Nielsen ikke mindst søger at varetage Jane Toft Hansens og Rene Toft Hansens personlige interesser.

Styrelsen finder dette bemærkelsesværdigt, idet det må være klart, at selskabet som kreditor for det ulovlige anpartshaverlån og Jane Toft Hansen og Rene Toft Hansen, som er debitorer for det ulovlige anpartshaverlån, har direkte modstridende interesser.

Det er på denne baggrund styrelsens opfattelse, at hvis Finn Roger Nielsen repræsenterer begge parter, befinder advokaten sig i en interessekonfliktsituation.

Styrelsen skal på den baggrund anmode Erhvervsankenævnet om at opfordre Finn Roger Nielsen til at præcisere, hvem han fører klagesagen for.

Hvis Finn Roger Nielsen ikke udelukkende repræsenterer Ejendomsselskabet Centerinvest ApS, skal styrelsen anmode om, at Erhvervsankenævnet afviser sagen, idet der foreligger en sammenblanding af selskabets interesser og de personlige interesser, som selskabets ultimative fysiske ejere har, i ikke at skulle betale det ulovlige anpartshaverlån tilbage til selskabet.

For så vidt angår argumentet om, at det bestående mellemværende mellem selskabet og de to debitorer skulle være en almindelig forretningsmæssig disposition, finder styrelsen det ikke godtgjort, at det bestående mellemværende mellem selskabet og Jane Toft Hansen og Rene Toft Hansen kan betragtes som en almindelig forretningsmæssig disposition i overensstemmelse med selskabslovens § 212, som er en undtagelse fra hovedreglen i selskabslovens § 210.

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 brev af 2. februar 2011 anmodede styrelsen om, at der indsendes dokumentation for, at samtlige transaktioner, som har medført virksomhedens tilgodehavende hos Jane Toft Hansen og Rene Toft Hansen, er sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Styrelsen har ikke modtaget dokumentation herfor, og det fremgår også af Finn Roger Nielsens brev af 15. februar 2011, at det er umuligt for ledelsen at redegøre for, om det nuværende anpartshaverlån er helt eller delvist i overensstemmelse med selskabslovens § 212.

Da selskabets ledelse ikke har godtgjort, at der er tale om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, er det styrelsens opfattelse, at de hævninger, der er foretaget af Jane Toft Hansen og Rene Toft Hansen, på selskabets konto i perioden 2006-2010, er at betragte som et ulovligt anpartshaverlån i strid med den dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 1, og selskabslovens § 210, hvilket da også bekræftes i Finn Roger Nielsens skrivelse af 15. februar 2011.

At mellemværendet ifølge Finn Roger Nielsens udtalelser ikke står i misforhold til selskabets egenkapital, at beløbet i perioden 2006-2010 er nedbragt, og Jane Toft Hansen og Rene Toft Hansen har øvrige aktiver af en vis vær-

di, er efter styrelsens opfattelse ikke relevante for vurderingen af, om der er tale om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner.

Hvis selskabets fordringer på debitor for dele af det ulovlige anpartshaverlån måtte vise sig at være uerholdelige, uagtet hvad grunden hertil måtte være, indestår de, der har truffet beslutning om lånet eller opretholdt lånet for selskabets tab, jf. den dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 5, den midlertidige bestemmelse i § 24, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 og selskabslovens § 215, stk. 2.

Måtte det vise sig, at selskabets fordringer mod debitorerne på dele af det ulovlige anpartshaverlån eller påløbne renter skulle være forældede, skal styrelsen således påpege, at ledelsen i så fald indestår for det tab, som selskabet måtte lide, jf. den dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 5, den midlertidige bestemmelse i § 24, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 og selskabslovens § 215, stk. 2. Det vil herefter være ledelsen i selskabet, der indestår for selskabets tab.

Styrelsen er ikke enig i Finn Roger Nielsens andragende om, at lånet eller dele af lånet er forældet.

Derudover er det styrelsens opfattelse at skulle der være tale om, at dele af det ulovlige anpartshaverlån skulle være forældet, så ville denne forældelse efter styrelsens opfattelse være afbrudt, idet Jane Toft Hansen og Rene Toft Hansen løbende har anerkendt lånet ved at udøve deres forvaltningsmæssige rettigheder i selskabet, herunder ved på generalforsamlinger at have godkendt årsrapporter for selskabet, ligesom der også løbende er afdraget på lånet, hvilket i høj grad må være udtryk for, at lånet anerkendes.

Styrelsen finder det på den baggrund ikke godtgjort, at ledelsen i selskabet har efterkommet styrelsens påbud om at foretaget de fornødne retlige skridt til at inddrive selskabets fordring.

Styrelsen opretholder således pålægget af tvangsbøder til ledelsen, indtil selskabets lån samt renter er tilbagebetalt, eller indtil ledelsen har indbetalt selskabets tab for lån og forfaldne renter, der måtte være uerholdelige fra debitorerne for det ulovlige anpartshaverlån.

...”

Advokat Finn Roger Nielsen har ved skrivelse af 9. maj 2011 anført:

”...

Beklageligvis fremgår det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens redegørelse side 6, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nu forsøger at få afvist den indgivne klage under henvisning til, at der skulle foreligge en sammenblanding af interesser i nærværende sag for at sløre det spinkle juridiske grundlag, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har for at rejse påbud mod selskabet, som følge af den lange tid, der er hengået, før end der reageres fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsens

side vedrørende efter den dagældende lovgivning opståede ulovlige anpartsha-verlån.

Jeg må den anledning præcisere, at den indgivne klage er indgivet på vegne af Ejendomsselskabet Centerinvest ApS, som selvsagt grundlæggende set har et ønske om at få indbetalt lånet, som ikke er etableret på én gang med igennem adskillige år, men som i særdeleshed ligger før årsregnskabet 2009 – ja før 2007, jf. tidligere redegørelse herfor med henvisning til revisors taloversigt.

Problemet for selskabet i nærværende sag er, at der som anført i tidligere indlæg, dokumenteret ved tidligere regnskaber for 2007 og før beklageligvis har bestået en retstilstand, der har været i strid med dagældende anpartsselskabslov, men gennem en årrække har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som offentlig myndighed forholdt sig passiv i forhold til den bestående situation, uanset at der i overensstemmelse med gældende lovgivning og de årlige regnskaber loyalt har været oplyst omkring lånet og loyalt i overensstemmelse med eksisterende lovgivning har været beregnet rente af det bestående mellemværende som i sidste ende, når man ser tilbage på tallene, har betydet, at en meget betydelig del af det oprindelige mellemværende, der er opstået, rent faktisk består af renter.

Det selskabet finder ejendommeligt i nærværende sag, det er, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen efter en bestående situation, der har foregået i årevis, pludselig pålægger selskabet og selskabets ledelse pligter, der vil være uigennemførlige i praksis i henhold til eksisterende lovgivning.

Det følger således af almindelig retspraksis, at en offentlig myndighed ikke kan udstede påbud vedrørende en ulovlig retstilstand, som har eksisteret i årevis, når den offentlige myndighed har haft de fornødne oplysninger til at gøre forhold et gældende igennem lang tid.

Det gøres gældende, at når Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålægger et selskab forpligtelser, der indebærer risiko for tvangsbøder ved manglende opfyldelse, må der henses til om grundlaget for et påbud som følge af passivitet eller forældelse er fortabt.

Uanset at der består et betydeligt mellemværende, som selskabet vil gøre sit til for at få udlignet i henhold til de regnskabsmæssige tal, så kan selskabet ikke pålægges at inddrive flere penge over for anpartshaverne, end det vil være muligt, såfremt der var lånt penge ud til hver anden debitor i forhold til selskabet.

Her må det stå klart, at enhver fordring som ejendomsselskabet Centerinvest ApS har haft efter årsskiftet pr. 1. januar 2011 og som har været ældre end 1. januar 2008, som følge af forældelse ikke længere har kunnet gøres gældende, som følge af ændret lovgivning.

Det må i den anledning tages i betragtning, at der efter 1. januar 2011 ikke har bestået samme tidsmæssige forpligtelse, som tidligere vedrørende opbevaring af regnskaber og regnskabsmateriale, hvormed muligheden for selskabet til at dokumentere grundlaget for det opståede mellemværende herunder om der er

tale om forretningsmæssige dispositioner eller ej efter den nye selskabslov fra før dette tidspunkt kan være særdeles problematisk, herunder med henblik på at dokumentere, hvorvidt det oparbejdede mellemværende helt eller delvis er forretningsmæssigt begrundet eller ej.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tilkendegiver blot, ... at man ikke er enig i, at dele af lånet er forældet, men det nærmere juridiske grundlag herfor anføres ikke, idet det dog anføres, at en forældelse skulle være afbrudt, derved at der er sket en anerkendelse af mellemværendet. Dette er imidlertid efter den 20-årige forældelseslov, som ikke længere eksisterer, en forældet betragtning, idet en forældelsesfrist alene kan afbrydes, derved at der tilvejebringes et særligt retsgrundlag i form af retsafgørelse eller et skylddokument eller andet, som etablerer at et krav gøres gældende længere end den nugældende forældelsesfrist på 3 år.

Det forhold at det fulde mellemværende inkl. renter har været anført i regnskabsmaterialerne indebærer ikke et særligt retsgrundlag, ligesom for eksempel skattemyndighedernes årlige opgørelse af et skattekrav mod en borger, ej heller konstituerer et særligt retsgrundlag vedrørende tilgodehavende SKAT, idet for eksempel skattekrav tillige forældes efter 3 år, hvis der ikke sker indrivelse af kravet.

Samme betragtninger gør sig gældende for så vidt angår indeståelse for selskabets tab for selskabets ledelse, hvilket ligeledes er undergivet den 3-årige forældelse, der trådte i kraft efter nytår, hvis der ikke er tilvejebragt et særligt retsgrundlag.

Således kan selskabets ledelse heller ikke indestå for selskabets tab ved at gå længere tilbage end 3 år, idet et sådant afledet krav ikke forældelsesmæssigt efter 1. januar 2011 behandles anderledes. Det bemærkes videre, at det forhold, at lånet blev nedbragt i 2010 med et betydeligt beløb ændrer ikke på det juridiske grundlag for at gøre et ikke forældet restkrav gældende over for Jane og René Toft Hansen.

For at dokumentere selskabets vilje til at gøre kravet gældende, har jeg til erhvervsankenævnet fremsendt dokumentation for, at der er afsendt inkassoskrivelser til ejerne/anpartshaverne Jane og René Toft Hansen, som tidligere er fremsendt, således at selskabets ledelse på nuværende tidspunkt må anses at have efterkommet styrelsens påbud om at foretage de fornødne retslige skridt til at inddrive selskabets fordring for så vidt angår den del, der ikke er forældet.

Erhvervsankenævnet kan se bort fra side 8,4. afsnit i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens redegørelse af 4. marts 2011, idet selskabet efterfølgende, da klagesagen ikke blev tillagt opsættende virkning har opfyldt sine forpligtelser, men Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke reageret over for dette tiltag, hvorfor Erhvervsankenævnet **opfordres** til at indhente Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelser om, hvorvidt selskabet nu har opfyldt sine forpligtelser til at gøre den del af kravet mod anpartshaverne gældende, som ikke er forældet.

Det er i den forbindelse vigtigt at sondre mellem, hvilke beløb selskabet bør have indbetalt frem for hvad der rent juridisk er grundlag for at udstede påbud for. Det er således vigtigt for selskabet at få fastlagt, at selskabet ikke kan pålægges forpligtelser til inddrivelse af selskabets tilgodehavende udover hvad selskabet kunne få inddrevet i henhold til gældende lovgivning.

Det er i den forbindelse vigtigt at konstatere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke har kunnet fastslå, at der gælder særlige afvigende forældelsesregler i forhold til ulovlige anpartshaverlån, idet en sådan hjemmel findes ikke – heller ikke for afledede krav mod selskabets ledelse. Således må konklusionen være, at det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udstedte påbud af 17. november 2010 ikke kan opretholdes som følge af mange års passiviteter fra Erhvervs- og Selskabsstyrelses side, subsidiært alene kan opretholdes for så vidt den del af kravet, der ikke er blevet forældet.

Hvis Ankenævnet finder, at der kan rejses ansvar mod selskabets ledelse, kan det tilsvarende kun være for ikke forældede krav. Under alle omstændigheder bedes nævnet tage stilling til om selskabets ledelse under alle omstændigheder ikke vil have opfyldt sine forpligtelser ved at opnå pant i fast ejendom, for det fulde mellemværende, uanset om størstedelen er forældet, idet et tab for selskabet da er forebygget. Det er vigtigt at understrege, at pt. er der ikke et tab for selskabet at gøre gældende mod ledelsen – slet ikke hvis fordringen sikres ved pant.
...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 6. juni 2011 bemærket:

”...

2. Passivitetspåstanden

...

Styrelsens primære opgave i forbindelse med årsrapporter, som styrelsen modtager efter årsregnskabsloven, er at gøre disse tilgængelige for offentligheden. Dette skal ske straks efter modtagelsen, jf. årsregnskabslovens § 154. Derved kan virksomhedens aftalepartnere, långivere og andre interesserede få adgang til at gøre sig bekendt med virksomhedens årsrapport, herunder oplysningerne i revisors påtegning, hvis årsrapporten er revideret.

Styrelsen modtager årligt flere hundrede tusinde årsrapporter til offentliggørelse. Styrelsen hverken skal eller kan kontrollere alle modtagne årsrapporter. Styrelsen har pligt til - *på stikprøvebasis* – at udtage og undersøge et antal årsrapporter om året for at konstatere åbenbare overtrædelser af en række love m.v., herunder selskabslovgivningen, jf. årsregnskabslovens § 159.

Af standardkvitteringen, som udsendes, når styrelsen har modtaget en årsrapport, fremgår det da også, at der ikke i forbindelse med modtagelsen er foretaget en nærmere gennemgang af årsrapporten, og at der derfor tages forbehold for et krav om berigtigelse af eventuelle mangler.

Selskabets direktion og anpartshaverne har derfor ikke på noget tidspunkt haft anledning til at tro, at styrelsen ville undlade at gøre det ulovlige anpartshaverlån gældende, hvis styrelsen blev opmærksom på det.

Direktionen, som har underskrevet de pågældende årsrapporter, og anpartshaverne, der har godkendt årsrapporterne på selskabets generalforsamlinger, har derimod igennem alle årene været fuldt bekendt med revisors påtegninger om de ulovlige anpartshaverlån og muligheden for, at forholdet på et tidspunkt ville blive afsløret og gjort gældende af myndighederne. Det fremgår da også af det oplyste, at anpartshaverne har erkendt skyldforholdet, og at de har afdraget på mellemværendet senest i 2010.

Første gang, styrelsen blev opmærksom på det ulovlige anpartshaverlån, var i efteråret 2010, hvor selskabets årsrapport for 2009 blev udtaget til stikprøveundersøgelse, jf. årsregnskabslovens § 159. Umiddelbart efter, ved brev af 17. november 2010, udstedte styrelsen påbud til selskabets direktion om at bringe det ulovlige forhold i orden, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3.

Af de grunde, som er nævnt ovenfor, må styrelsen derfor klart afvise Finn Roger Nielsens påstand om, at styrelsens påbud af 17. november 2010 skal tilsidesættes på grund af passivitet fra styrelsens side.

3. Forældelsespåstanden

...

Hertil bemærker styrelsen, at selskabets ledelse – som meddelt ved brev af 6. maj 2009 til advokat Finn Roger Nielsen med kopi til Erhvervsankenævnet - med den iværksatte inkasso kun delvist har opfyldt sin pligt til at gøre selskabets krav gældende over for anpartshaverne, idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke er enig i, at mellemværendet er delvist forældet. Efter styrelsens opfattelse består kravet på tilbagebetaling af hovedstolen og renterne af lånet fortsat fuldt ud. Dette begrundes nærmere nedenfor.

Af hensyn til overskueligheden behandles spørgsmål i forbindelse med eventuel forældelse af lånets hovedstol og de lovpligtige renter af lånet i særskilte afsnit.

3.1. Lånets hovedstol

Efter anpartsselskabslovens § 49, stk. 4, og selskabslovens § 215, stk. 1, skal det ulovlige lån tilbageføres til selskabet.

Det er vigtigt at have for øje, at et anpartsselskab er en selvstændig enhed, der er forskellig fra anpartshaverne, og som selv har rettigheder og forpligtelser. Selskabet kan i sagens natur ikke selv handle. Derfor vælger selskabets ejere en ledelse, som kan handle på selskabets vegne inden for rammerne af lovgivningen og selskabets vedtægter. Ledelsen har pligt til at varetage selskabets interesser.

Ved at yde det ulovlige lån har direktionen tilsidesat sin pligt til at varetage selskabets interesser. I stedet har direktionen varetaget anpartshavernes personlige interesser på bekostning af selskabet.

Den ulovlige handling må først anses for ophørt, når lånet er tilbageført med renter som anført i anpartsselskabslovens § 49, stk. 4, og selskabslovens § 215, stk. 1.

De midler, som direktionen på selskabets vegne ulovligt har udlånt til anpartshaverne, jf. anpartsselskabslovens § 49, stk. 1, og selskabslovens § 210, stk. 1, tilhører selskabet.

Da selskabet således har ejendomsretten til de ulovligt udlånte midler, må selskabets krav på tilbageføring af midlerne være et *vindikationskrav*, som ikke er omfattet af forældelsesloven, og som ikke forældes.

Vindikationskrav forældes som udgangspunkt ikke, og i den foreliggende sag er der ingen holdepunkter for at antage, at dette udgangspunkt skal fraviges. Styrelsen kan i den forbindelse henvise til bemærkningerne til § 1 i forældelsesloven, lov nr. 522 af 6. juni 2007 om forældelse af fordringer (lovforslag nr. 165 af 28. februar 2007).

Efter styrelsens opfattelse ville det virke urimeligt, hvis kravet på tilbageføring af det ulovlige lån helt eller delvist kunne forældes, fordi de implicerede parter - direktionen og anpartshaverne - har held til at undgå, at myndighederne eller andre når at gøre det ulovlige forhold gældende inden en vis frist.

Hvis Erhvervsankenævnet imidlertid, uanset ovenstående, måtte finde, at kravet kunne være en fordring, som er omfattet af forældelsesloven, må fordringen efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse være omfattet af den særlige forældelsesfrist på 10 år, der gælder for fordringer i henhold til *pengelån*, jf. forældelseslovens § 6, stk. 1.

Styrelsen er således uenig med advokat Finn Roger Nielsen i, at den almindelige forældelsesfrist på 3 år i forældelseslovens § 3, stk. 1, finder anvendelse.

Det fremgår udtrykkeligt af § 3, stk. 1, at den almindelige forældelsesfrist på 3 år ikke finder anvendelse, hvis andet følger af andre bestemmelser. Forældelseslovens § 6 indeholder som nævnt en særlig forældelsesfrist på 10 år for fordringer i henhold til *pengelån*. Denne bestemmelse finder derfor anvendelse, hvis Erhvervsankenævnet måtte finde, at forholdet kunne være omfattet af forældelsesloven.

Af lovforslaget til forældelsesloven, afsnit 3.2.2.5. i de almindelige bemærkninger og bemærkningerne til § 6, stk. 1, fremgår det, at *pengelån* ikke er begrænset til lån i pengeinstitutter. Endvidere fremgår det, at *pengelån* såvel omfatter lån, dvs. kreditaftaler med fast lånebeløb, som kreditter, dvs. kreditaftaler med variabelt lånebeløb, f.eks. en kassekredit.

Da lånet ifølge det oplyste ikke er etableret på én gang, men igennem adskillige år, må lånet betragtes som en kassekredit eller et andet lån med variabelt lånebeløb.

Forældelsesfristen begynder derfor at løbe fra den sidste hævning eller indbetaling, som anpartshaverne har foretaget på lånet, dog senest fra det tidspunkt, til hvilket gælden måtte være opsagt til indfrielse, jf. forældelseslovens § 6, stk. 2. Efter det oplyste er der foretaget indbetaling på lånet i 2010. Forældelsesfristen begynder derfor tidligst at løbe fra dette tidspunkt.

Advokat Finn Roger Nielsen er fremkommet med nogle synspunkter om, hvad der kræves for at afbryde forældelsesfristen. Da spørgsmål om afbrydelse af forældelsesfristen ikke er relevant i den foreliggende sag, skal styrelsen afstå fra at gå nærmere ind på hans synspunkter, men skal blot henvise til reglerne i forældelseslovens kapitel 5 om afbrydelse af forældelse og kapitel 6 om foreløbig afbrydelse af forældelse.

Efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse kan det herefter konkluderes, at kravet på tilbageføring af lånets hovedstol ikke er forældet, hverken helt eller delvist. Det gælder, uanset om man antager, at kravet er et vindikationskrav og dermed ikke undergivet forældelse, eller man måtte antage, at kravet kunne være omfattet af forældelsesloven. I så fald vil der efter styrelsens opfattelse være tale om en fordring i henhold til et pengelån, som er undergivet 10-årig forældelse efter forældelseslovens § 6, stk. 1 og 2.

3.2. Renter

Efter anpartsselskabslovens § 49, stk. 4, og selskabslovens § 215, stk. 1, skal det ulovlige lån tilbageføres til selskabet sammen med en årlig rente af beløbet svarende til morarenten med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

Renterne skal kompensere selskabet for, at der af selskabets midler er ydet et ulovligt lån til anpartshaverne.

Forældelsesloven indeholder bestemmelser om forældelse af renter, som er pålagt fordringer, der er omfattet af forældelsesloven. Forældelsesloven og bemærkningerne hertil ses derimod ikke at forholde sig til (lovpligtige) renter af et (ulovligt opstået) hovedkrav, hvor hovedkravet ikke er omfattet af forældelsesloven.

Som nævnt i afsnit 3.1.1. er kravet på tilbageføring af det ulovlige lån efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse et vindikationskrav, som ikke er omfattet af forældelsesloven, og som ikke forældes.

Efter styrelsens opfattelse er kravet på betaling af renter af lånet heller ikke omfattet af forældelsesloven, da der er tale om lovpligtige renter af et ulovligt etableret lån, som ikke forældes.

Jo længere tid, det ulovlige låneforhold har varet, jo større vil rentetilskrivningen alt andet lige være. I den foreliggende sag har advokat Finn Roger Nielsen da også oplyst, at en meget betydelig del af det oprindelige mellemværende, der er opstået, rent faktisk består af renter.

Efter styrelsens opfattelse ville det virke urimeligt, hvis rentekravet helt eller delvist kunne forældes, fordi de implicerede parter (direktionen og anpartshaverne) har held til at undgå, at myndighederne eller andre når at gøre det ulovlige forhold gældende inden en vis frist.

Styrelsen finder således, at det samlede mellemværende ikke forældes.

Hvis Erhvervsankenævnet imidlertid måtte finde, at hovedstolen er omfattet af forældelseslovens § 6, stk. 1, om forældelse af pengelån, vil de påløbne renter efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse ligeledes være omfattet af den 10-årige forældelsesfrist, jf. forældelseslovens § 6, stk. 3, 2. pkt., jf. stk. 2.

Af den nævnte bestemmelse fremgår det, at renter mv., som er tilskrevet inden for maksimum på en kassekredit, undergives samme forældelsesfrist og begyndelsestidspunkt som kravet på hovedstolen. I den foreliggende sag indebærer dette, at forældelsesfristen for renterne ligeledes tidligst begynder at løbe fra indbetalingen på lånet i 2010.

4. Anbringender og synspunkter i øvrigt

I det følgende omtales nogle anbringender og synspunkter, som advokat Finn Roger Nielsen i øvrigt er fremkommet med i sagen.

4.1. Ledelsens indeståelse for selskabets tab

Efter anpartsselskabslovens § 49, stk. 5, og selskabslovens § 215, stk. 2, indestår de personer, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositioner i forbindelse med det ulovlige anpartshaverlån for det tab, som selskabet måtte blive påført, hvis tilbagebetaling af det ulovlige lån med tillæg af renter ikke kan tilbagebetales eller bringes til ophør.

Da indeståelsen således først bliver aktuel, hvis selskabet har lidt et tab, har indeståelsen karakter af tabskaution.

Advokat Finn Roger Nielsen anfører, at selskabets ledelses indeståelse for selskabets tab er undergivet den 3-årige forældelse, der trådte i kraft den 1. januar 2011, hvis der ikke er tilvejebragt et særligt retsgrundlag. Selskabets ledelse kan derfor ikke indestå for selskabets tab længere tilbage end 3 år.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ikke enig i dette synspunkt.

Som tidligere nævnt må den ulovlige handling, som ledelsen har foretaget ved at yde det ulovlige lån til anpartshaverne, først anses for ophørt, når lå-

net er tilbageført med renter som anført i anpartsselskabslovens § 49, stk. 4, og selskabslovens § 215, stk. 1.

Efter styrelsens opfattelse er kravet om tilbageføring af lånet med renter ikke omfattet af forældelsesloven, og kravet forældes ikke af de grunde, som er anført i afsnit 3.1.1. og 3.1.2.

Som en konsekvens heraf er ledelsens indeståelse heller ikke undergivet forældelse efter styrelsens opfattelse.

Det ville virke urimeligt, hvis ledelsens indeståelse kunne forældes. I så fald kunne ledelsen spekulere i at vente med at rejse krav over for modtageren af lånet om tilbageføring af lånet med renter, indtil der var indtrådt forældelse af ledelsens indeståelse. Indeståelsen ville derved være værdiløs.

Hvis Erhvervsankenævnet imidlertid måtte finde, at kravet på tilbageføring af lånet med renter er omfattet af forældelsesloven, må kravet efter styrelsens opfattelse som anført i afsnit 3.1.1. og 3.1.2. være omfattet af forældelsesfristen på 10 år for fordringer i henhold til pengelån, jf. forældelseslovens § 6. Ledelsens indeståelse må da ligeledes være omfattet af en 10-årig forældelsesfrist.

Det følger af forældelseslovens § 11, hvoraf det fremgår, at når en fordring er sikret ved kaution, bestemmes forældelsesfristen over for kautionisten (her ledelsen) efter de regler, der gælder for forældelse af fordringen mod hovedskyldneren (her anpartshaverne).

Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår det, at forældelsesfristen for ledelsens indeståelse skal regnes fra det tidspunkt, hvor det er godtgjort, at anpartshaverne ikke kan betale.

4.2. Dokumentation for mellemværendet

Advokat Finn Roger Nielsen anfører, at der efter den 1. januar 2011 ikke har bestået samme tidsmæssige forpligtelse som tidligere vedrørende opbevaring af regnskaber og regnskabsmateriale, hvorved selskabets mulighed for at dokumentere grundlaget for det opståede mellemværende, herunder om der er tale om forretningsmæssige dispositioner eller ej efter den nye selskabslov, fra før dette tidspunkt kan være særdeles problematisk.

Hertil bemærker Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at ovennævnte synspunkt må bero på nogle misforståelser.

For det første er mellemværendet ikke omfattet af den 3-årige forældelsesfrist som påvist i afsnit 3 ovenfor.

For det andet er der ikke sket ændringer i pligten til at opbevare bogføringsmateriale, som reguleres af bogføringsloven.

For det tredje bemærkes, at den, som vil påberåbe sig en undtagelse i lovgivningen, skal godtgøre, at betingelserne for at anvende undtagelsen er opfyldt. Efter fortolkningen af anpartsselskabslovens § 49, stk. 1, som nu er blevet lovfæstet i selskabslovens § 212, er det lovligt at yde lån til anpartshavere, hvis lånet ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Da dette ikke er godtgjort i den foreliggende sag, kan denne undtagelse ikke finde anvendelse.

Der kan i øvrigt henvises til styrelsens udtalelse af 4. marts 2011 til Erhvervsankenævnet vedrørende ovennævnte undtagelse.

4.3. Etablering af panterettigheder m.v. som sikkerhed for tilbagebetaling af det ulovligt ydede anpartshaverlån

I brev af 15. april 2011 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og brev af 9. maj 2011 til Erhvervsankenævnet har advokat Finn Roger Nielsen forespurgt, om selskabets ledelse ikke vil have opfyldt sine forpligtelser ved at opnå, at der foretages udlæg i eller stilles pant i faste ejendomme for det fulde mellemværende.

Hertil svarede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i brev af 6. maj 2011 ...

...

Styrelsen fastholder de synspunkter, som er gengivet ... [i brevet].

...

Ved skrivelse 5. august 2011 har advokat Finn Roger Nielsen yderligere anført:

”...

Under henvisning til det supplerende indlæg dateret 6. juni 2011 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til Erhvervsankenævnet vedrørende de forældelses-spørgsmål, nærværende rejser sammenholdt med den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udviste passivitet igennem årene, finder jeg, uanset det anførte i mine tidligere indlæg, anledning til at opsummere følgende:

1. Indledning:

- i henhold til Per Løfgrens opgørelse, er det samlede anpartshaverlån inkl. renter ultimo 2009 på 7.098.000 kr. nedbragt til 5.635.000 kr., hvoraf renter udgør 1.893.000 kr. Ud af rentebeløbet er renter vedrørende 2006 og 2007 med sikkerhed mere end 3 år gamle henholdsvis 287.000 kr. og 376.000 kr. jf. revisor Per Løfgrens oversigt. I alt 663.000 kr. af det samlede rentebeløb er således mere end 3 år gammelt.
- endelig rekapitulerer jeg på vegne af selskabet at på nuværende tidspunkt, er det alene et beløb stort 879.000 kr. af det samlede mellemværende, der ligger efter 2007.

2. Passivitet/forældelse:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører flere gange i sit indlæg, at det er styrelsens opfattelse, at det er urimeligt, hvis kravet på tilbageføring af det ulovlige

lån herunder renter helt eller delvist kan forældes, herunder såfremt ledelsens forpligtelser/indeståelse helt eller delvis begrænses af forældelsesregler, hvortil jeg indledningsvis må anføre, at det ikke er en rimelighedsbetragtning, der er afgørende for, hvorledes nærværende sag skal afgøres, men derimod en fortolkning af de nuværende forældelsesregler, der fuldt og helt trådte i kraft 1. januar 2011.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører at først og fremmest, at kravene om tilbagebetaling ikke forældes jf. § 1 i forældelsesloven, da man må anskue tilbageføring af midlerne, som vindikationskrav.

I den anledning gør jeg gældende, at "vindikationskrav" først og fremmest hører hjemme i strafferetten. Der ses ikke at være omtalt noget grundlag for strafferetlige sanktioner i nærværende sag, og under alle omstændigheder er der ikke rejst nogen sigtelser mod selskabets ledelse, hvor det i den forbindelse også må anføres, at der nok ligeledes i denne sammenhæng må antages at være forældelsesmæssige problemer.

Det forhold at lånet er ydet i strid med dagældende anpartsselskabslov § 49, stk. 1 og muligt helt eller delvis kan være i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, hvilket imidlertid kan være svært at afgøre, da det fulde regnskabsmæssige grundlag for de tidligere år og grundlaget for de økonomiske dispositioner ikke længere kan rekonstrueres, er en helt anden sag. En overtrædelse af selskabslovgivningen, udløser ikke automatisk et vindikationskrav.

Hertil kommer at vindikationskrav typisk relaterer sig til løsøre eller andre ting, der kan tilbagetages i natura, hvilket jo ikke er tilfældet i nærværende sag.

Penge kan som bekendt ikke individualiseres i samme grad. Det fremgår tydeligt af kommentarerne af forældelseslovens § 1, at hvis et vindikationskrav ikke kan gennemføres i natura, er et krav på erstatning genstand for forældelse. Et krav på tilbagebetaling af midler udlånt til anpartshaverne i strid med anpartsselskabslovens § 49, stk. 1 og eventuelt selskabslovens § 210, stk. 1, er således underlagt de almindelige regler om forældelse.

Spørgsmålet er herefter, om der er tale om et såkaldt "pengelån", som er omfattet af 10-årig forældelse, jf. forældelseslovens § 6, stk. 1.

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens indlæg side 5 andet afsnit henviser Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til lovforslaget til forældelsesloven afsnit 3.2.2.5 i de almindelige bemærkninger og bemærkninger til § 6, stk. 1, at pengelån ikke skulle være begrænset til lån i pengeinstitutter. Jeg kan ikke finde støtte herfor i bemærkningerne, idet der netop ikke fremgår sådanne bemærkninger, men tværtimod fremgår det tydeligt af bemærkningerne, at der i det hele henvises til banklån og i de indledende bemærkninger til bestemmelserne henvises der til, at bestemmelserne kun har relevans, hvis der i forbindelse med optagelse af banklån ikke er oprettet et eksigibelt gældsbrev. Således må bestemmelsen antages at finde anvendelse på lån, der ydes af pengeinstitutter, hvor der udarbejdes et lånedokument, som ikke kan karakteriseres som et gældsbrev, således at sådanne pengelån ikke stilles ringere forældelsesmæssigt i forhold til

lån, hvor der er etableret et gældsbrev eller et pantebrev. Der ses hverken efter bestemmelsen eller ud fra lovforarbejderne grundlag for at fortolke dette udvidende i forhold til privates udlån eller til andre former for udlån, og det fremhæves særligt, at i bemærkningerne til § 6 undtages f.eks. ydelse af kredit i forbindelse med et kreditkøb, som tydeligt angives at være reguleret under den 3-årige forældelse.

Da der ikke er udarbejdet noget særligt lånedokument vedrørende de løbende anpartshaverlån igennem årene, således ikke er oprettet nogen lånedokumenter, og det ikke er formidlet gennem noget pengeinstitut, må det være åbenbart, at forældelseslovens § 6, stk 1 vedrørende pengelån ikke finder anvendelse på denne type lån, der oprindeligt har været i strid med selskabslovens § 49, stk. 1.

Ligeledes må det på det bestemteste forkastes, at anpartshaverlånet kan sammenlignes med en kassekredit med variabelt lånebeløb, hvilket forudsætter, at der udarbejdes en kontrakt herom, herunder at dette sker gennem et pengeinstitut. En betragtning om, at anpartshaverne skulle have benyttet selskabets kapital, som deres private kassekredit har ikke noget juridisk grundlag og kan kun betragtes, som en nedgørende karakteristik af de økonomiske dispositioner, der har foregået, men sådanne betragtninger kan på ingen måde ophøjes til, at der består noget formelt grundlag for nogen kassekredit på noget tidspunkt.

Det må videre præciseres, at det forhold, at der jf. revisor Per Løfgrens oversigt, er foretaget betydelig indbetaling til selskabet i 2010, ikke indebærer, at det derved er anerkendt at en væsentlig del af det i regnskabet opgjorte beløb, som følge af ny lovgivning, ikke er forældet, idet der tværtimod er indbetalt for, at nedbringe en aktuel hovedstol, der ikke er forældet, hvor der efter anpartshavernes opfattelse alene henstår 879.000 kr. jf. ovenfor, der stadig kan gøres gældende af selskabet over for anpartshaverne, som ikke var forældet, uanset hvilken indstilling selskabet og ledelsen måtte have til dette.

Det er selskabets og ledelsens opfattelse, at de ikke kan tilpligtes at gøre beløb gældende mod anpartshaverne, udover hvad lovgivningen tilsiger, hvorfor nærværende sag er indbragt for Erhvervsankenævnet med henblik på at fastlægge, hvilke forpligtelser/rettigheder selskabet har i overensstemmelse med de forældelsesregler, der nu er indtrådt sammenholdt med de nye selskabsretlige regler, der nu er trådt i kraft.

Samlet set gøres det gældende, at der ikke eksisterer noget særligt lovgrundlag i forældelsesloven eller i selskabsloven, som indebærer, at fordringer i henhold til selskabslovgivningen mod selskabsdeltagere er undergivet en anden forældelse end den hovedregel, der gælder i forældelsesloven på 3 år, som man derfor må henholde sig til for så vidt angår hovedstol.

3. Vedrørende renter:

Jf. ovenanførte talopgørelser fremgår det, at det i det store hele er rentebeløb for de sidste 3 år, det vil sige efter 2007, der henstår at blive betalt, når henses til indbetaling i 2010.

Når henses til at der ikke er særlig hjemmel til, at udstrække forpligtelser for anpartshavere til at udligne mellemværender, der relaterer sig til anpartshaverlån, hvis mellemværendet er mere end 3 år gammelt, så følger det efter min opfattelse klart, at der selvsagt ikke består nogen forpligtelser til at betale renter fra noget tidligere tidspunkt, idet det netop tydeligt fremgår af den nuværende forældelseslov, at netop renter stort set altid forældes efter 3 år.

Af forældelseslovens § 6, stk. 1 fremgår det, at renter, som er tilskrevet inden for maksimum på en kassekredit, undergives samme forældelsesfrist og begyndelsestidspunkt, som krav på hovedstolen. Dette er en undtagelse til den almindelige regel, men her må det anføres, at selvom man måtte betragte hovedstolen af den del af mellemværendet, der består mellem selskabet og selskabsdeltagerne, som et pengelån, uanset ovenanførte, så vil det være en alt for vidt løftig fortolkning jf. ovenfor at fastslå, at der på noget tidspunkt er etableret nogen kassekredit mellem selskabet og anpartshaverne, idet der absolut intet grundlag er herfor. Hvad skulle maksimum for kassekrediten være? Hvad skulle maksimum for anpartshavernes lån da være? Har det betydning, om anpartshaverlånet er større eller mindre end egenkapitalen?

Der er helt klart i lovgivningen lagt op til en meget snæver fortolkning af denne behandling af rentebeløb, hvilket helt klart forudsætter etablering af kassekredit efter aftale med et pengeinstitut.

Dette indebærer, at hvis Erhvervsankenævnet måtte finde, at hovedstolen måtte være omfattet af forældelseslovens § 6, stk. 1, hvilket der som ovenfor anført ikke er grundlag for, så er det ganske sikkert, at påløbne renter i hvert fald ikke er omfattet af § 6, stk. 1 eller nogen anden undtagelsesbestemmelse i forældelsesloven.

4. Ledelsens indeståelse for selskabets tab:

Det bemærkes indledningsvis, at det kan konstateres, at der er enighed om, at der på nuværende tidspunkt ikke er udløst noget tab for selskabet, således at den forpligtelse, der fremgår i medfør af anpartsselskabslovens § 49, stk. 5 og nu selskabslovens § 215, stk. 2, ikke er trådt i kraft/ er aktuel.

I relation til forpligtelserne efter selskabsloven, gøres det gældende, at der er tale om mulighed for at rejse krav, der hviler på erstatningsregler, og det må konstateres, at selskabets ledelse, såvel som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen år efter år har været vidne om det ulovlige anpartsselskabslån, uanset om man måtte have foretaget en stikprøvekontrol eller ej.

I henhold til revisor Per Løfgrens opgørelse, har der således bestået en viden om, at der bestod et mellemværende på 4.756.000 kr. ved udgangen af 2007, men dette krav er ikke gjort gældende inden for en nugældende 3-årig frist, hvorfor jeg har vanskeligt ved at se, at denne del af mellemværendet i en situation, hvor mellemværendet må anses at være forældet i forhold til anpartshaverne, da kan gøres gældende mod selskabets ledelse ud fra en betragtning om, at ledelsen på daværende tidspunkt og tidligere tillod anpartshaverlånene samt ud fra en betragtning om, at ledelsen ikke har sikret sig år efter år, at der blev udstedt et gældsbeholdning til sikkerhed for mellemværendet. Der ses ikke at være

grundlag for gøre noget ansvar gældende mod selskabets ledelse for mellemværender, der ligger længere tilbage, idet dette må fordrer særlig lovhjemmel eller forudsætte, at der har været tale om dispositioner, som man ikke har haft kendskab til, hvilket jo netop er tilfældet, eftersom beløbene årligt er nævnt i regnskaberne.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen henviser til på side 7 i sit indlæg til Erhvervsankenævnet til forældelseslovens § 11, at denne regel om en 10-årig forældelse gør sig gældende i forhold til selskabets ledelse, idet der er stillet en kaution, derved at selskabets ledelse har påtaget en forpligtelse i overensstemmelse med anpartsselskabslovens § 49, stk. 4 og nu selskabslovens § 215, stk. 1.

Dette må pure afvises, idet det fremgår af kommentarerne til § 11, at reglen omfatter tilfælde, hvor en person ved aftale har påtaget sig en subsidiær hæftelse for en andens opfyldelse af denne påhvilende forpligtelse.

Det fremgår tilsvarende tydeligt, at hviler en forpligtelse på andet grundlag end aftale, gælder reglen i § 11 ikke. Da forpligtelsen for selskabets ledelse ikke hviler på nogen aftale, der skriftligt er indgået mellem to parter, men hviler på en lovgivning, finder denne særlige forældelsesbestemmelse ikke anvendelse, hvorfor der ikke gælder nogen 10-årig forældelse i relation til krav, der ønskes gjort gældende mod et selskabs ledelse, såfremt de opstår.

Derfor må det være åbenbart, at når der ikke føres et særligt effektivt tilsyn, og det kan lade sig gøre at opretholde anpartshaverlån i en længere årrække, uden at dette bliver påtalt, så vil en stikprøvekontrol alene kunne medføre krav og ansvar inden for en rimelig tidsperiode bagud begrænset af sædvanlige forældelsesregler, idet opgørelse og konsekvenser af et tilsyn, der identificerer ulovlige forhold ellers bliver uoverskuelige at opgøre og gennemføre.

Samlet må det konstateres, at ud fra en gennemgang af selskabets ledelses forpligtelser i forhold til forældelsesretlige regler så kan det ikke føre til nogen antagelse om, at der ud fra dette består en videre forpligtelse vedrørende økonomiske mellemværender for selskabsdeltagerne i forhold til selskabet.

Afsluttende bemærkning:

Det er derfor, det er selskabets ledelses opfattelse, at det ud fra en konkret vurdering betyder en tilstrækkelig opfyldelse af selskabets forpligtelser, hvis selskabet kan formå selskabsdeltagerne til at stille sikkerhed for det fulde mellemværende og derved kan anses at have opfyldt sine forpligtelser, idet dette er et bedre alternativ, end hvis der gennemføres en egentlig inkassosag mod selskabsdeltagerne for det fulde beløb, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kræver, hvilket der ikke er lovhjemmel til, idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsens fremsatte krav, er begrænset af forældelsesregler jf. ovenfor, uanset om Erhvervs- og Selskabsstyrelsen måtte finde dette rimeligt eller ej. Der må herved også henses til, at de nuværende regler i selskabsloven ikke er så kategoriske i relation til anpartshaverlån, som den tidligere gældende bestemmelse i anpartsselskabsloven.

...”

Ved skrivelser af 23. august og 6. oktober 2011 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og skrivelser af 16. september og 15. november 2011 fra advokat Finn Roger Nielsen er parterne fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

I henhold til den dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 1, og selskabslovens § 210, stk. 1, må et anpartsselskab ikke yde lån eller stille sikkerhed for anpartshavere, bestyrelsesmedlemmer eller direktører i selskabet eller et moderselskab til dette.

Videre fremgår det af dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 4, nu selskabslovens § 215, stk. 1, at udbetalinger fra selskabet, der er foretaget i forbindelse med dispositioner i strid med dagældende anpartsselskabslovs § 49, stk. 1, nu selskabslovens § 210, skal tilbageføres til selskabet sammen med 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.

Erhvervsankenævnet finder efter det oplyste, at det af klager ydede lån til anpartshaverne Jane og Rene Toft Hansen ikke var led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212. Herefter - og da hverken det af klager anførte om passivitet og forældelse eller om, at der er sendt inkassoskrivelser til Jane og Rene Toft Hansen, og at disse muligt kunne formås til at stille sikkerhed for det fulde medlemværende, kan føre til et andet resultat - tiltræder ankenævnet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 17. november 2010 har påbudt selskabet at søge lånet inklusiv lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette over for styrelsen.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. november 2010.