

Kendelse af 29. november 2016 (J.nr. 2016-4247).

Selskabets ledelse påbudt at søge et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, inddrevet straks inklusiv lovpligtige renter.

Selskabslovens §§ 210, 212 og 215.

(Carsten Møllekilde, Niels Walther-Rasmussen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 17. maj 2016 har advokat A fra K P/S (advokatfirma) klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 20. april 2016 har meddelt selskabet, at det i forbindelse med udtræden af partnere har foretaget ulovlig udbetaling til disse, og at det efter styrelsens opfattelse må sidestilles med et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210. Endvidere pålagde styrelsen selskabets ledelse at bringe ordningen til ophør og søge lån ydet i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, inddrevet straks inklusiv lovpligtige renter og dokumentere dette over for styrelsen.

Klagen har under sagens behandling i Erhvervsankenævnet været tillagt opsættende virkning.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. april 2016 hedder det:

”Vedrørende forespørgsel af 25. november 2014 om lån til kapitalejere i K P/S, CVR-nr.

Styrelsen har modtaget din skrivelse af 25. november 2014 og har den 11. marts 2015 fremsendt virksomheden en afgørelse. På baggrund af efterfølgende telefonisk korrespondance, har styrelsen foretaget en fornyet gennemgang af virksomhedens oplysninger og argumenter og truffet en ny afgørelse. Denne afgørelse træder således i stedet for den tidligere afgørelse, og i kan derfor se bort fra styrelsens afgørelse af 11. marts 2015.

Sagsfremstilling

Af revisors påtegning i selskabets årsrapport for 2013/14, som er modtaget i styrelsen den 26. november 2014, fremgår det, at: ”Selskabet har ydet lån til kapitalejere... Efter vores opfattelse er der en begrundet formodning for, at dette lån er ydet i strid med selskabslovens kapitel 13, hvorved ledelsen kan ifalde ansvar.”

Af årsrapportens note 5 fremgår det, at: ”Selskabets tilgodehavende hos virksomhedsdeltager består af gældsbreve på 5 partnere. Gældsbrevene er gennem tidligere år opkøbt af selskabet fra virksomhedsdeltagere som har solgt deres ejerandel af K P/S...

Selskabet er som følge af hidtidig praksis omkring opkøb af udtrædende parteneres gældsbreve hos nuværende partnere kommet i en situation, hvor enkelte kapitalejere har haft en nettogæld til selskabet, som ledelsen vurderer ikke er i strid med selskabsloven.

Det er ledelsens vurdering, at tilgodehavenderne ikke har karakter af ydelse af lån fra selskabet til kapitalejere...”

Du uddyber bl.a. i skrivelsen, at praktikken ved optagelse af nye partnere og udtræden af ældre partnere var, at når en ny partner skulle optages i K I/S (omdannet til P/S i 2011) skete det ved, at vedkommende stiftede et Ejerselskab, der herefter erhvervede en ideel andel af interessentskabet og købte goodwill af de øvrige interessenter for en samlet pris på x kr. Købet blev finansieret ved, at den nye partners Ejerselskab betalte et mindre beløb kontant og udstedte et gældsbrev til hver af de hidtidige interessenter (Ejerselskaber).

Når en ældre partner udtrådte af interessentskabet skete det ved udligning af vedkommendes kapitalkonto, salg af goodwill til de øvrige interessenter og salg til interessentskabet af de gældsbreve vedkommende lå inde med.

Sammenfattende anfører du, at det er jeres synspunkt, at et selskabs køb af en fordring på en kapitalejer, som hovedregel ikke er ydelse af lån fra selskabets side og kun vil være det såfremt der foreligger omgåelse. I nærværende sag er det videre jeres synspunkt, at der ikke foreligger omgåelse, og at der derfor ikke foreligger noget ulovligt låneforhold mellem selskabet og Ejerselskaberne.

I forbindelse at aktiver og forpligtelser fra interessentskabet blev indskudt i partnerselskabet, overtog også partnerselskabet gældsbrevene. Dette skete i forbindelse med stiftelsen af partnerselskabet.

Herved blev partnerselskabet blandt andet stiftet med indskud af fordringer på stifterne/kapitalejerne.

Det fremgår dog endvidere af side 3, at virksomheden og dennes revisor har vurderet, at forholdet ikke er i strid med selskabslovens § 35, stk. 2, og at stifterne begrundede denne vurdering med, at § 35, stk. 2 har en parallelitet til undtagelserne i låneforbuddet i § 210, og derfor ikke omfatter krav, der ikke efter selskabets stiftelse ville være omfattet af låneforbuddet i § 210.

Derudover oplyser du, at der ikke er blevet optaget nye partnere efter at interessentskabet er blevet omdannet til partnerselskab, men at der derimod er

udtrådt 3 partnere efter at interessentselskabet er blevet omdannet til partnerselskab.

Styrelsen forstår dette således, at partnerselskabet således har erhvervet fordringer på kapitalejere i forbindelse med udtrædelsen. Derimod har partnerselskabet ikke påtaget sig en forpligtelse til at erhverve fordringer mod partnere som er indtrådt efter stiftelsen af partnerselskabet.

Styrelsens vurdering

Styrelsen skal i dette afsnit komme med sin vurdering af følgende tre forhold:

- 1) Forhold vurderet efter selskabslovens § 35
- 2) Forhold vurderet efter selskabslovens § 206
- 3) Forhold vurderet efter selskabslovens § 210

Ad 1)

I henhold til selskabslovens § 35, stk. 2, kan fordringer på stiftere eller kapitalejere ikke indskydes eller overtages, uanset om fordringen er sikret ved pant.

Selskabslovens § 35, stk. 2, indeholder ingen undtagelse for visse fordringer på stiftere eller kapitalejere. Der er således tale om et absolut forbud.

Det er derfor styrelsens opfattelse, at K P/S er stiftet i strid med selskabslovens § 35, stk. 2, og at de ovenfor nævnte fordringer der indgik i åbningsbalancen, og dermed som apportindskud ved stiftelsen af partnerskabet, er i strid med selskabslovens § 35, stk. 2.

Havde styrelsen været bekendt med dette forhold i forbindelse med registreringen af stiftelsen af selskabet, ville registreringen af stiftelsen af K P/S være blevet nægtet, jf. selskabslovens § 15, stk. 1, jf. § 35, stk. 2.

Var styrelsen blevet opmærksom på dette forhold inden 3 år regnet fra registreringen af selskabet, havde styrelsen oversendt K P/S til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. selskabslovens § 226, jf. § 17, stk. 2, jf. § 35, stk. 2.

Da der imidlertid er forgået mere en 3 år fra registreringen af K P/S, er det styrelsens vurdering, at styrelsen ikke har hjemmel til at oversende selskabet til tvangsopløsning, jf. § 226, jf. § 17, stk. 2.

Det ændrer imidlertid ikke på, at det er styrelsens opfattelse at stiftelsen af selskabet lider af en oprindelig retlig mangel, idet en del af selskabskapitalen er tilvejebragt ved et ulovligt indskud af en fordring på stifterne, jf. selskabslovens § 35, stk. 2.

Hvorvidt denne oprindelige retlige mangel i stiftelsesgrundlaget kan føre til, at stiftelsen må anses for en nullitet, henhører i givet fald under domstolene at vurdere.

Ad 2)

Det er styrelsens vurdering, at det allerede på tidspunktet for en ny partners indtræden (transaktionstidspunktet), hvor et gælds-brev udstedes til en eksisterende partner, er en forudsætning, at den eksisterende partner ved sin senere udtræden kan overdrage sin fordring til selskabet

Det er således en forudsætning ved transaktionen, at selskabet er med til at finansiere en ny partners indtræden.

Det er derfor styrelsens opfattelse, at selskabet indirekte stiller midler til rådighed for tredjemands erhvervelse af kapitalandel i selskabet, jf. selskabslovens § 206.

Som følge heraf vil selskabslovens låneforbud i § 210 og undtagelserne her-til i §§ 211 og 212 konkret ikke finde anvendelse, ligesom styrelsen ikke vurderer, at undtagelsesbestemmelsen i samme lovs § 214 finder anvendelse, da der ikke er tale om en ordning der tilbydes en bredere kreds af medarbejdere, men udelukkende er forbeholdt partnere.

Formålet med selskabslovens § 214 er netop, at gøre det lettere at inddrage medarbejderne i selskabets ejerkreds. Med hjemmel i bestemmelsen, vil medarbejderen kunne få et lån til erhvervelse af kapitalandele i selskabet. Det er dog et krav, at der er tale om en generel medarbejderordning og ikke blot økonomisk bistand til en enkelt medarbejder. Ordningen skal indbefatte alle medarbejdere, eller en bestemt, men ikke for snæver gruppe medarbejdere.

I spørgsmålet om, hvorvidt selvfinansieringen jf. selskabslovens § 206 kan lovliggøres efter selskabslovens §§ 207-209 skal styrelsen gøre opmærksom på, at det ikke er muligt at foretage en generel lovliggørelse af den beskrevne praksis, men at betingelserne i bestemmelserne skal iagttages i forbindelse med hver enkelt konkret transaktion.

Det er således styrelsens vurdering, at den af partnerselskabet beskrevne praksis i forbindelse med indtræden af nye partnere, er i strid med selskabslovens § 206.

Denne praksis var formentlig lovlig, da virksomheden blev drevet som inter-essentselskab. Efter virksomheden blev omdannet til et partnerselskab skal selskabslovens regler iagttages, og den hidtidige praksis anses for at være i strid med selskabslovens § 206.

Ad 3)

Det er styrelsens vurdering, at når en partner udtræder af selskabet og modtager kontant betaling mod at aflevere nogle gældsbreve der er udstedt som led i finansieringen af nye partners optagelse, må forholdet betragtes som værende i strid med selskabslovens § 210.

Årsagen hertil er, at hele finansieringsmodellen og den efterfølgende udbetaling til udtrædende partnere, ikke er forenelig med selskabslovens bestemmelser. Den foretagne udbetaling til den udtrædende partner er ulovlig, den skal tilbagebetales til selskabet, og må derfor betragtes som et lån jf. selskabslovens § 210.

Denne praksis var formentlig lovlig, da virksomheden blev drevet som interessentselskab. Efter virksomheden blev omdannet til et partnerselskab skal selskabslovens regler iagttages, og den hidtidige praksis anses for at være i strid med selskabslovens § 210.

Transaktionen er altså omfattet af selskabslovens § 206 allerede på tidspunktet for optagelse af nye partnere. Da den er omfattet af § 206 er § 210 som udgangspunkt ikke relevant.

§ 210 er dog relevant i den udstrækning, hvor den oprindelige transaktion ikke var omfattet af § 206. Dette kunne f.eks. skyldes, at den oprindelige transaktion er foretaget inden selskabets stiftelse.

Styrelsens afgørelse af forhold omfattet af selskabslovens § 206

Det er styrelsens opfattelse, at såfremt den hidtidige praksis i forbindelse med indtræden af nye partnere opretholdes efter virksomheden er omdannet til et partnerselskab, vil det være tale om en situation hvor der ydes et lån i strid med selskabslovens § 206, stk. 1, til tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet.

Styrelsen påbyder virksomhedens ledelse at bringe den hidtidige praksis i forbindelse med indtræden af nye partnere til ophør, således at der ikke fremover sker en overtrædelse af selskabslovens § 206.

Styrelsens afgørelse af forhold omfattet af selskabslovens § 210

Det er styrelsens opfattelse, at der i ovenstående situation er foretaget en ulovlig udbetaling til de udtrædende partnere, og at dette forhold må side-stilles med et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210

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

Det kan oplyses, at lovpligtige renter er defineret som Nationalbankens officielle udlånsrente, pr. den 1. januar og pr. den 1. juli, med et tillæg på 7 %, jf. rentelovens § 5. Denne sats tillægges yderligere 2 %, medmindre højere

rente er aftalt, jf. selskabslovens § 215, stk. 1. Afhængigt af tidspunktet for lånets stiftelse kan der skulle anvendes flere forskellige rentesatser.

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

Anmodning om dokumentation

Senest 6 uger fra dags dato bedes du indsende:

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

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

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

Fristen på de 6 uger kan ikke forlænges yderligere.
...”

I klageskrivelsen af 17. maj 2016 har advokat A anført:

”...

På vegne K P/S (Selskabet/Klager) påklager jeg hermed Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20.4.2016 i sag nr. ... til Erhvervsankenævnet.

Ved afgørelsen udtalte Erhvervsstyrelsen sig om 3 forhold. Nærværende klage vedrører alene forhold 3 i afgørelsen, hvor Erhvervsstyrelsen udtalte, at det var styrelsens opfattelse, at der fra Selskabet var sket en udbetaling i strid med SEL § 210 i forbindelse Selskabets køb af nogle gældsbreve fra nogle aktionærer i forbindelse med disses udtræden som aktionærer i Selskabet.

Ved nærværende klage anmoder jeg om, at klagen tillægges opsættende virkning og at sagsbehandlingen udsættes på Selskabets afklarende drøftelser med styrelsen, herunder vedrørende de fakta styrelsen har lagt til grund for sin afgørelse.

Når de afklarende drøftelser med styrelsen er gennemført, vil jeg vende tilbage med et mere udførligt klageskrift med bilag, idet det er Klagers påstande, 1) at Erhvervsankenævnet skal konstatere, at Selskabet ikke ved at købe de pågældende gældsbreve fra de udtrædende aktionærer har ydet disse en betaling i strid med SEL § 210. Videre 2) at Erhvervsankenævnet skal konstatere, at Selskabet heller ikke har ydet de 5 indtrædende aktionærer et ulovligt aktionærlån.

Kort resume af sagsforløbet

Ved aflæggelsen af Selskabets årsrapport for 2013/14 var Selskabets ledelse og revisor uenige om, hvorvidt 5 aktionærer (indtrædende aktionærer) i forbindelse med deres indtræden i K I/S, der efterfølgende i 2011 blev omdannet til K P/S, havde opnået et ulovligt aktionærlån ved, at nogle udtrædende aktionærer, der var kreditor på de pågældende gældsbreve, ved deres udtræden af Selskabet solgte disse gældsbreve til Selskabet.

Spøgsålet blev forelagt styrelsen til afgørelse i Klagers skrivelse af 25.11.2014.

Den 11.3.2015 traf styrelsen afgørelse i sagen og udtalte:

"Det er styrelsens vurdering, at det allerede på tidspunktet for en ny partners indtræden (transaktionstidspunktet), hvor det pågældende gældsbrev udstedes til en eksisterende partner, er en forudsætning, at den eksisterende partner ved sin senere udtræden kan overdrage sin fordring til selskabet.

.....

Styrelsens afgørelse

Det er styrelsens opfattelse, at der i ovenstående situation er ydet et lån i strid med selskabslovens § 206, stk. 1, til tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet."

Efter at have læst afgørelsen kontaktede Klager telefonisk styrelsen og påpegede, at på transaktionstidspunktet var man et interessentskab og at der derfor ikke på dette tidspunkt kunne være tale om en overtrædelse af selskabsloven, da interessentskabet ikke var omfattet af denne.

Styrelsen meddelte herefter i mail af 25.3.2015 at man ville foretage en ny vurdering af forholdet og at meddelte frister i afgørelsen af 11.3.2015 var suspenderede.

Den 20.4.2016 traf styrelsen på ny afgørelse i sagen. I afgørelsen påpegede man 3 forhold. Det første forhold vedrørte, at der efter styrelsens opfattelse forelå ulovlige stiftertilgodehavender ved stiftelsen af Selskabet, men at for-

holdet var forældet. Det andet forhold vedrørte styrelsens udtalelse om, at den finansieringsmodel, der var anvendt mens man drev virksomhed i interessentskabsform, ikke lovligt kunne fortsætte efter man er overgået til at drive virksomhed i partnerselskab.

Vedrørende det tredje forhold udtalte styrelsen, at man fandt, at

”Det er styrelsens vurdering, at når en partner udtræder af selskabet og modtager kontant betaling mod at aflevere nogle gældsbreve der er udstedt som led i finansieringen af nye partners optagelse, må forholdet betragtes som værende i strid med selskabslovens § 210.

.....

Det er styrelsens opfattelse, at der i ovenstående situation er foretaget en ulovlig udbetaling til de udtrædende partnere, og at dette må sidestilles med et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210”

Efter at have læst afgørelsen kontaktede Klager igen styrelsen og af flere grunde. Klager påpegede herunder, at styrelsen efter Klagers vurdering ikke havde det fornødne faktuelle grundlag for at komme til denne konklusion – (de pågældende gældsbreve, som styrelsen ikke kender indholdet af, har ikke finansieret interessentskabsandele men køb af goodwill hos øvrige interessenter) og at sagen havde skiftet karakter, idet den afgørelse der nu forelå, ikke gav svar på det spørgsmål, der oprindeligt var rejst af Klager i skrivelse af 25.11.2014. Det rejste spørgsmål vedrørte om de indtrædende partnere havde fået et ulovligt aktionærlån mens styrelsens afgørelse vurderede at udtrædende partnere havde fået et ulovligt aktionærlån.

Styrelsen har imødekommet Klagers ønske om et møde, der er berammet til den 25.5.2016. Styrelsen havde ikke mulighed for at afholde mødet tidligere og dermed inden klagefristens udløb. Nærværende klage er derfor i første omgang afgivet for at overholde klagefristen.

Det er Klagers opfattelse, at det berammede møde med styrelsen vil udbygge det faktuelle grundlag for styrelsens opfattelse af det påklagede forhold og – efter Klagers vurdering – vil medføre en ændret vurdering hos styrelsen.

...”

I skrivelse af 22. juni 2016 har advokat A uddybende anført:

”...

Ved afgørelsen udtalte Erhvervsstyrelsen sig om 3 forhold. Nærværende klage vedrører alene forhold 3 i afgørelsen, hvor styrelsen udtalte, at

”Det er styrelsens opfattelse, at der i ovenstående situation er foretaget en ulovlig udbetaling til de udtrædende partnere, og at dette forhold må sidestilles med et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210.”

I forlængelse af et møde med styrelsen den 17.5.2016 har styrelsen præciseret sin udtalelse og anført

”På baggrund af mødet med FOCUS Advokater, skal styrelsen præcisere sin afgørelse af 20. april 2016, idet det på mødet kom frem, at en passus i styrelsens afgørelse har en udformning, som kan misforstås.

Det drejer sig om følgende passus:

”Det er styrelsens opfattelse, at der i ovenstående situation er foretaget en ulovlig udbetaling til de udtrædende partnere, og at dette forhold må sidestilles med et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210.”

Det er rettelig styrelsens opfattelse, at der i ovenstående situation er foretaget en ulovlig udbetaling til de udtrædende partnere, til fordel for de kapitalejere, der har udstedt gældsbreve, som er overdraget til selskabet, og at dette forhold må sidestilles med et ulovligt udlån til de kapitalejere, der har udstedt gældsbrevene, hvilket er i strid med selskabslovens § 210.

.....

Styrelsen skal samtidig præcisere, at det er den kapitalejer, der har udstedt gældsbrevet, som har betalingspligten, jf. § 215, stk. 1, i selskabsloven.”

I den konkrete sag er der 5 Partnere i Klager (partnerselskabet), der har udstedt de gældsbreve som styrelsen mener udgør ulovlige aktionærlån.

Efter styrelsens klarlæggelse af hvem afgørelsen retter sig mod er det Klagers påstand, at Erhvervsankenævnet skal konstatere, at Klager ikke har ydet de 5 indtrædende partnere et ulovligt aktionærlån.

Sagsfremstilling

K blev etableret i 1892 og blev i perioden frem til 1.7.2011 drevet i et interessentskab, der i de seneste årtier havde anpartsselskaber, som interessenter. Således ejede hver advokat, der var partner, et anpartsselskab (i det følgende tillige kaldet Ejerselskaberne henholdsvis Ejerselskab), der var interessent i advokatfirmaet. Antallet af partnere har de seneste årtier været stigende fra omkring 7 partnere til 20 og er nu 16. Den seneste interessentskabskontrakt fremlægges som bilag

Den goodwill, der er knyttet til advokatfirmaet, har stedse været ejet af Ejerselskaberne (interessenterne, senere kommanditistaktionærerne) og ikke af interessentskabet.

At goodwill har været knyttet til ejeren beror på, at i advokatbranchen følger goodwill traditionelt den konkrete advokat. Advokater der kommer ind i et advokatinteressentskab ude fra har deres egen kundekreds med og tager den med igen når og hvis de forlader interessentskabet. Ansatte advokater, der

optages som partnere, har derimod ingen goodwill og må derfor erhverve denne hos de øvrige advokater.

I hvert fald de seneste to årtier og nok også længere tilbage var praktikken ved optagelse af nye partnere og udtræden af ældre partnere følgende.

Når en ny partner skulle optages i K I/S, skete det ved, at vedkommende stiftede et Ejerselskab, der herefter erhvervede en ideel andel af interessentskabet og købte goodwill af de øvrige interessenter for en samlet pris på x kr. Købet af goodwill blev finansieret ved, at den nye partners Ejerselskab betalte et mindre beløb kontant og udstedte et gældsbrief til hver af de hidtidige interessenter (Ejerselskaber). Var der eksempelvis 18 eksisterende interessenter og skulle der købes goodwill for 2 mio. kr., kunne der betales kr. 200.000 kontant og herefter udstedes 18 gældsbriefe på hver 100.000 kr. til hver af de eksisterende interessenter. Købet af interessentskabsandel derimod blev berigtiget ved gældsovertagelse.

Gældsbriefene er blevet udstedt som serielån med en løbetid på 10 år og med en rente, der svarede til den på udstedelsestidspunktet gældende kassekreditrente.

Efterhånden som der blev optaget flere partnere fik de ældre partners Ejerselskaber flere og flere gældsbriefe og på et tidspunkt op mod 2011 har enkelte Ejerselskaber, ejet af ældre partnere, haft op til 10 gældsbriefe med krav mod yngre partners Ejerselskaber.

Når en ældre partner udtrådte af interessentskabet skete det ved udligning af vedkommendes kapitalkonto, salg af goodwill til de øvrige interessenter og salg til interessentskabet af de gældsbriefe vedkommende lå inde med.

Når den udtrædende interessent ikke blot beholdt sine gældsbriefe skyldes det, at der steds har været et principielt aftalevilkår om en fast pris ved både indtræden og udtræden. Således betalte man $x + 100.000$ kr. når man indtrådte og fik x kr. når man udtrådte. Ved indtræden købte man goodwill for $x + 100.000$ kr. Når man udtrådte skulle man have x kr. mod at afstå sine gældsbriefe og sin goodwill. Købesummen på goodwill blev her en residual, nemlig x kr. minus restgælden på de gældsbriefe man afstod til interessentskabet.

Principielt kunne de øvrige interessenter ud over erhvervelsen af goodwill også have købt den udtrædendes gældsbriefe. Når dette ikke er sket, skyldes det, at det var praktisk uhensigtsmæssigt. Lå en udtrædende interessent inde med f.eks. 8 gældsbriefe og skulle afstå disse til 15 resterende interessenter, ville de 8 gældsbriefe skulle opdeles på i alt 120 (15×8) nye gældsbriefe og på måske bagatelagtige beløb. Og når en af disse 15 interessenter måske et år senere udtrådte, så skulle dennes andel af de 120 gældsbriefe igen hver i sær opdeles i yderligere 14 nye gældsbriefe og så fremdeles. Dette ville over tid føre til en udstedelse af et meget stort antal gældsbriefe med mange mellemregninger at administrere.

Alternativt kunne de 15 resterende interessenter i stedet for at opdele de købte gældsbreve, have etableret et særskilt sameje blandt de 15 interessenter angående de 8 gældsbreve, men det var noget uhensigtsmæssigt og overflødigt, når de 15 interessenter i forvejen havde et interessentskab sammen. Ved at lægge gældsbrevene ned i interessentskabet fik man netop etableret et sameje af disse og kunne herved undgå at opdele disse og dermed de mange mellemregninger.

I perioden 1.7.2007 – 1.1.2008 blev der optaget 5 nye partnere i K I/S. Ved indtrædelsen købte de 5 nye partnere dels goodwill fra de hidtidige partnere dels en andel i interessentskabet. Som bilag ... fremlægges en af de 5 købekontrakter vedrørende de 5 nye partners køb af goodwill og interessentskabsandel.

Af købekontrakten pkt. 1.2. og 1.3. ses, at købet af goodwill berigtiges dels ved kontant betaling dels ved udstedelse af gældsbrief. Videre ses af pkt. 1.4., at køb af interessentskabsandel berigtiges ved gældsovertagelse. Det pågældende gældsbrief er et af de gældsbreve styrelsen mener udgør et ulovligt aktionærlån og det er her væsentligt at bemærke, at gældsbriefet ikke finansierer en andel i interessentskabet.

Til yderligere dokumentation for, at goodwill til stadighed var placeret i ejerkredsen og ikke i interessentskabet, fremlægges bilag ..., der viser en købekontrakt ved en interessents udtræden. Her køber de øvrige interessenter (partnere) goodwill af den udtrædende.

Cirka 4 år efter de pågældende 5 partnere var blevet optaget som partnere i interessentskabet, blev dette med regnskabsmæssig virkning fra den 1.7.2011 omdannet til K P/S med stiftelsesdato den 1.11.2011.

Ved omdannelsen blev der ikke indskudt goodwill i partnerselskabet, idet denne forblev hos ejerne (kommanditistaktionærerne). Der henvises til den i den forbindelse udarbejdede vurderingsberetning med omdannelsesbalance, der fremlægges som bilag

Til yderligere dokumentation for, at goodwill til stadighed har været ejet af ejerne (nu kommanditistaktionærerne) fremlægges en overdragelsesaftale, hvor en ny partner køber sig ind i partnerselskabet, bilag Her fremgår det af pkt. 2., at der dels handles aktier dels goodwill og at goodwill således ikke er omfattet af aktiekøbet og dermed ikke ligger i selskabet. Videre fremlægges et regnskab (bilag ...) for en af kommanditistaktionærerne, hvor af fremgår at goodwill er aktiveret og et regnskab for partnerselskabet (bilag ...), hvor af modsvarende fremgår, at goodwill ikke er aktiveret.

Såvel i perioden op til omdannelsen som efter denne er der udtrådt partnere. I forbindelse med disses udtræden overdrog de udtrædende partnere de gældsbreve de havde modtaget fra de ovennævnte 5 indtrædende partnere, til interessentskabet henholdsvis partnerselskabet.

Det er denne overdragelse af gældsbreve til først interessentskabet og senere partnerselskabet styrelsen karakteriserer som ulovlige aktionærlån.

K P/S's (Klagers) synspunkt.

I styrelsens afgørelse af 20.4.2016 indgår det som et led i argumentationen (afgørelsen side 4), at partnerselskabet ved købet af de pågældende gældsbreve har ydet ulovlig selvfinansiering og overtrådt SEL § 206. Betragtningen hviler formentlig på den misforståelse, at de pågældende gældsbreve har finansieret interessentskabsandele og senere kapitalandele i partnerselskabet.

Styrelsens betragtning om selvfinansiering må afvises allerede fordi de gældsbreve, der blev udstedt at de 5 ovenfor anførte partnere, alle er udstedt mens K blev drevet som interessentskab. Herudover må betragtningen afvises i og med de pågældende gældsbreve, som dokumenteret ovenfor, alene har finansieret goodwill og ikke tillige interessentskabsandele eller kapitalandele.

Da spørgsmålet om selvfinansiering efter Klagers vurdering ikke er relevant er det udelukkende spørgsmålet om ulovligt aktionærlån, der behandles i det følgende.

Det er Klagers synspunkt, at man ikke har ydet lån til sine kapitalejere. Lånene er ydet af Ejerselskaber (kapitalejere/partnere) ved at disse har udstedt gældsbreve til andre Ejerselskaber. Partnerselskabets erhvervelse af nogle af gældsbrevene fire år eller mere efter udstedelsen af gældsbrevene er ikke långivning og er dermed ikke omfattet af låneforbuddet i § 210.

SEL § 210 forbyder et selskab direkte eller indirekte at yde lån til sine kapitalejere.

Selskabsloven § 210 indeholder derimod ikke efter sin ordlyd et forbud mod, at et selskab erhverver fordringer mod sine kapitalejere. Men det er klart, at en for dogmatisk sontring mellem långivning og efterfølgende erhvervelse rummer en risiko for misbrug og omgåelse og er der tale omgåelse, er Klager enig i, at forholdet vil være omfattet af låneforbuddet. Er der tale om misbrug, uden man kan tale om omgåelse, vil håndhævelsen efter Klagers vurdering skulle ske med hjemmel i andre regler end § 210. I en situation som den foreliggende, hvor misbrug ikke er i spil, skal det derfor vurderes konkret, om låneforbuddet er søgt omgået ved indledningsvis at lade et Ejerselskab (partner) yde lånet for senere at lade partnerselskabet købe fordringen.

Klagers synspunkt er således, at partnerselskabets erhvervelse af en fordring ikke er långivning og kun vil kunne være det, såfremt der foreligger omgåelse.

I den kommenterede selskabslov [fodnote: Selskabsloven med kommentarer, Lars Bunch og Ida Rosenberg, 2. udg.] og visse steder i litteraturen sy-

nes det som om, der skal sondres mellem pantebreve og almindelige fordringer. En sådan sondring kan være relevant, hvis man mener der er ydet et lån og herefter går ind i en vurdering af, om lånet er lovligt ydet jf. § 212. Men i vurderingen af om der overhovedet er ydet et lån, er det ikke relevant at sondre på denne måde. Afgørende er fortsat, om der er tale om omgåelse. Det forhold, at fordringerne udspringer af normale forretningsmæssige mellemværender eller, at der er tale om erhvervelse af et pantebrev, kan dog være omstændigheder, der er egnede til at sandsynliggøre, at der ikke er tale om omgåelse.

Det kan derfor heller ikke tiltrædes, når det i den kommenterede selskabsloven, 2. udg. p. 803 uden yderligere argumentation og meget absolut lægges til grund, at selskabets efterfølgende erhvervelse af en fordring på en kapitalejer ”... naturligvis også være omfattet af låneforbuddet i §210.”

På anførte sted henvises til Jan Schans Christensen: Kapitalselskaber, 2009 p. 410. Jan Schans Christensen vurderer ikke forholdet nærmere på p. 410 men henviser til U 1986.513H. I den afgørelse var der tale om, at et selskab (ApS af 1.maj 1975) erhvervede en fordring mod selskabets direktør fra en tredjemand, der pressede direktøren for betaling. Erhvervelsen skete via et mellemselskab (X A/S). Sagen vedrørte et erstatningskrav mod den advokat der havde medvirket til transaktionerne.

I højesterets præmisser hedder det ”...

”Efter forslag fra appellanten [den medvirkende advokat] og under hans medvirken blev en væsentlig del af anpartsselskabets midler udlånt til Hylex A/S, i realiteten med det formål at dække en anpartshaveren påhvillende, men anpartsselskabet uvedkommende gæld. Der blev ikke stillet nogen form for sikkerhed for lånet, og det måtte for appellanten fremstå som en nærliggende mulighed, at begge selskaber senere - som det skete - måtte ophøre uden dækning til kreditorerne. Det tiltrædes herefter, at appellanten er anset ansvarlig for det af långivningen følgende tab, og da der ikke i det oplyste findes grundlag for at sætte tabet lavere end til de udlånte 325.000 kr., vil dommen, så vidt den er påanket, være at stadfæste”

Det ses at højesteret netop ikke lægger til grund, at låneforbuddet var overtrådt, ej heller ud fra omgåelsesbetragtninger. Højesteret bygger derimod sin afgørelse på almindelige erstatningsretlige betragtninger, om misbrug af selskabets midler, hvilket også skal ses i sammenhæng med, at landsretten støttede sin afgørelse på den dagældende § 110 i anpartsselskabsloven.

En betragtning om, at et selskabs erhvervelse af en fordring mod en kapital-ejer altid er omfattet af låneforbuddet ses heller ikke i øvrigt at have grundlag i hverken teori eller praksis. Klager mener derfor, at der ikke er belæg for det standpunkt, der kommer til udtryk i den kommenterede selskabslov p. 803 når det formuleres så absolut som tilfældet er.

Spørgsmålet er derfor fortsat, om der er tale om omgåelse. En omgåelse må forudsætte, at der er en forudbestemt sammenhæng mellem den finansiering debitor på gældsbrevet har opnået og selskabets senere køb af gældsbrevet. Er denne sammenhæng ikke forudbestemt vil der vanskeligt kunne være tale om omgåelse – der er jo ingen der har lagt den plan, der tilsigtede omgåelsen.

Henset til den sagsfremstilling der er givet ovenfor, mener Klager ikke der er grundlag for at statuere omgåelse.

I nærværende sag, har det Ejerselskab (partner), der er debitor på gældsbrevet, fået sin finansiering endegyldigt på plads i kraft af långivningen fra de andre Ejerselskaber og uafhængig af partnerselskabet. Debitor-Ejerselskabet har ikke opnået nogen økonomisk eller finansiell fordel ved at partnerselskabet senere – i dette tilfælde mere end 4 år efter - har købt gældsbrevet som led i et andet Ejerselskabs udtræden som kapitalejer.

Partnerselskabet og dets ejere har fulgt en model for ud- og indtræden, der har været praktiseret i advokatfirmaet i årtier og har ikke ændret adfærd for, eller på anden måde tilrettelagt situationen med det sigte, at opnå finansielle fordele fra partnerselskabet. Modellen blev lavet mens advokatfirmaet blev drevet i interessentskabsform og netop det viser, at modellen ikke blev lavet for at omgå forbuddet mod aktionærlån. Partnerselskabet og dets ejere har siden fulgt en snorlige praksis gennem alle årene – såvel i interessentskabstiden som i partnerselskabstiden - uden skelen til at ville opnå særlige finansielle fordele.

En vurdering af om der er tale om ulovligt aktionærlån skal vurderes på transaktionstidspunktet, som er tidspunktet for lånets optagelse – gældsbrevets udstedelse. En omgåelse og dermed konstatering af et ulovligt aktionærlån må derfor forudsætte, at de 5 partnere, der udstedte gældsbrevene i 2007, allerede den gang måtte forudse, at interessentskabet 4 år senere ville blive omdannet til et partnerselskab. Noget sådant var selvsagt ikke muligt at forudse i 2007.

Dette forhold samt den beskrevne faste praksis i årene både i og efter interessentskabstiden viser efter Klagers opfattelse, at omgåelseshensigt ikke har foreligget.

Endelig bemærkes, at Debitor-Ejerselskaberne ikke har været herre over, at gældsbrevene er blevet overdraget fra en udtrædende partner til partnerselskabet. Ikke desto mindre vil Debitor-Ejerselskabet være den der rammes af, at der herved skulle være opstået et ulovligt aktionærlån. Uden at have kontrol herover vil Debitor-Ejerselskabet således risikere at blive mødt med krav om indfrielse og forhøjet rente, hvilket konflikter med gældsbrevslovens § 27 om, at erhververen ikke får bedre ret end overdrageren.

Sammenfattende er det Klagers synspunkt, at et selskabs køb af en fordring på en kapitalejer, som hovedregel ikke er ydelse af lån fra selskabets side og kun vil være det, såfremt der foreligger omgåelse. I nærværende sag er det

Klagers synspunkt, at der ikke foreligger omgåelse og at der derfor ikke foreligger noget ulovligt låneforhold mellem partnerselskabet og Ejerselskaberne.

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 9. august 2016 udtalt:

”...

Indledningsvist skal styrelsen anføre, at styrelsen fastholder sin afgørelse i sin helhed, med præcisering af 27. maj 2016.

I relation til afgørelsens punkt 3 er det herunder styrelsen klare opfattelse, at det er direkte i strid med låneforbuddet i § 210 i selskabsloven, at K P/S erhverver fordringer på selskabets kapitalejere hos kapitalejernes private kreditorer. Dette skyldes, at transaktionen fuldt kan sidestilles med, at K P/S yder sine kapitalejere et lån til brug for at indfri kapitalejernes private kreditorer – en transaktion som er direkte omfattet af lovens ordlyd.

...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog den 25. marts 2014 en henvendelse fra K P/S, hvor de anmoder om, at Erhvervsstyrelsen træffer afgørelse om, hvorvidt selskabet har ydet et ulovligt lån til selskabets kapitalejere.

K P/S henviser til, at det fremgår af en supplerende oplysning i revisionspåtegningen i virksomhedens årsrapport for 2013/14, at selskabet har ydet lån til kapitalejere, og at der efter revisors opfattelse er en begrundet formodning om, at lånene er ydet i strid med selskabslovens kapitel 13, hvorved ledelsen kan ifalde ansvar.

Den supplerende oplysning i revisionspåtegningen henviser i øvrigt til årsrapportens note 5, hvoraf det fremgår, at selskabets tilgodehavende hos virksomhedsdeltagere består af gældsbreve på fem partnere. Gældsbrevene er gennem tidligere år opkøbt fra tidligere kapitalejere, som har solgt deres ejerandel af K P/S. Som følge af den hidtidige praksis omkring opkøb af udtrædende partners gældsbreve hos nuværende partnere, er selskabet kommet i en situation, hvor nogle kapitalejere har haft en nettogæld til selskabet. Det er ledelsens vurdering, at tilgodehavenderne ikke har karakter af ydelse af lån fra selskabet til kapitalejerne, og dermed er de ikke i strid med selskabsloven.

Da lånene ikke vurderes ulovlige, afdrages de over 10 år, og tilgodehavendet forrentes med 6 % og ikke med den lovpligtige rente.

Ledelsen er således uenig med revisor i, at de opståede tilgodehavender er ulovlige og dermed i strid med selskabslovens kapitel 13.

I henvendelsen af 25. marts 2014 redegør K P/S ligeledes for, hvordan man hidtil har håndteret finansieringen i forbindelse med optagelse af nye partnere og udtræden af ældre partnere.

I perioden 1982-2011 er K drevet som I/S. Hver af partnere ejede et ApS, der var interessent i advokatfirmaet. En partner indtrådte således i I/S'et ved, at den pågældende stiftede et ejerselskab, der erhvervede en andel af I/S'et og købte goodwill af de øvrige interessenter. Købet blev finansieret ved, at den nye partners ejerselskab betalte et mindre beløb kontant, og udstedte gældsbreve til hver af de eksisterende interessenter.

Gældsbrevene blev udstedt som serielån med en løbetid på 10 år. Lånene blev forrentet til markedsrenten.

Når ældre partnere udtrådte af interessentskabet, blev der foretaget en udligning af vedkommendes kapitalkonto, salg af goodwill til de øvrige interessenter og salg til interessentskabet af de gældsbreve som den udtrædende partner lå inde med. Herved ophørte den økonomiske forbindelse mellem, på den ene side den udtrædende partner, og på den anden side partnerselskabet og de andre kapitalejere/partnere.

I 2011 blev interessentskabet omdannet til partnerselskab. På omdannelses-tidspunktet var interessentskabet i besiddelse af gældsbreve for knap 1 mio. kr. Disse gældsbreve, som var udtryk for fordringer på stifterne, indgik som apportindskud ved stiftelsen af partnerselskabet. Siden omdannelsen er der ikke optaget nye partnere, men til gengæld er tre partnere udtrådt. Partnerselskabet har i forbindelse med disse tre partneres udtræden opkøbt de gældsbreve på andre kapitalejere, som de lå inde med.

Erhvervsstyrelsen har den 11. marts 2015, på baggrund af K P/S' henvendelse, truffet en afgørelse om, at den beskrevne praksis for indtræden af nye partnere sammen med udtræden af ældre partnere, ikke er forenelig med selskabslovens regler. Det er styrelsens opfattelse, at selskabet indirekte stiller midler til rådighed for tredjemands erhvervelse af kapitalandele, og at det allerede på tidspunktet hvor et gælds brev udstedes til en eksisterende partner, er en forudsætning, at den eksisterende partner ved sin senere udtræden kan overdrage sin fordring til selskabet, hvorefter selskabet får en fordring på den nye kapitalejer.

Da det er styrelsens opfattelse, at den beskrevne situation er i strid med selskabslovens § 206, bliver selskabets ledelse pålagt at bringe den eksisterende ordning til ophør og søge de ulovlige lån inklusiv lovpligtige renter ind-drevet straks og dokumentere dette over for styrelsen.

På baggrund af telefonsamtaler henholdsvis den 23. og 25. marts 2015, indvilligede styrelsen i, at foretage en fornyet vurdering af forholdet. Fristen i styrelsens brev af 11. marts 2015 blev således suspenderet.

Den 20. april 2016 træffer styrelsen, efter en fornyet gennemgang af det foreliggende materiale og sagens faktiske forhold, en ny afgørelse. Afgørelsen relaterer sig til tre konkrete forhold vurderet efter henholdsvis:

- 1) Selskabslovens § 35
- 2) Selskabslovens § 206
- 3) Selskabslovens § 210

Focus Advokaters klage vedrører udelukkende punkt 3, men for at skabe et fuldstændigt overblik over sagens omstændigheder, er samtlige tre punkter medtaget i denne fremstilling.

Ad 1) Det er styrelsens vurdering, at K P/S er stiftet i strid med selskabslovens § 35, stk. 2, da fordringer på stiftere og kapitalejere indgik i åbningsbalancen, og dermed som apportindskud ved stiftelsen af partnerselskabet. Såfremt styrelsen havde været opmærksom herpå, da selskabet blev stiftet, ville registreringen af K P/S være blevet nægtet. Hvis styrelsen var blevet opmærksom herpå inden tre år efter stiftelsen, og ledelsen ikke efter påkrav fra styrelsen kunne indsende dokumentation for, at selskabet var lovligt registreret, ville styrelsen have oversendt selskabet til tvangsopløsning. Da der er gået mere end tre år fra registreringen, har styrelsen ikke hjemmel til at påbyde selskabets ledelse at indsende dokumentation for, at selskabet er lovligt registreret, og kan derfor ikke på den baggrund oversende selskabet til tvangsopløsning. Det er dog fortsat styrelsens opfattelse, at stiftelsen af selskabet lider af en retlig mangel, idet en del af selskabskapitalen er tilvejebragt ved et ulovligt indskud af en fordring på stifterne, og at stiftelsen burde være en nullitet.

Det er styrelsens opfattelse, at denne del af afgørelsen ikke er omfattet af K P/S's klage af 22. juni 2016.

Ad 2) Det er styrelsens vurdering, at den af Partnerselskabet beskrevne praksis i forbindelse med indtræden af nye partnere, er i strid med selskabslovens § 206, da det allerede på tidspunktet for en ny partners indtræden (transaktionstidspunktet), hvor et gældsbevis udstedes til en eksisterende partner, er en forudsætning, at den eksisterende partner ved sin senere udtræden, kan overdrage sin fordring til selskabet. Det er styrelsens opfattelse, at selskabet indirekte stiller midler til rådighed for tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet, jf. selskabslovens § 206. Styrelsen påbyder derfor virksomhedens ledelse at foranledige, at denne praksis ophører.

Det er styrelsens opfattelse, at denne del af afgørelsen ikke er omfattet af K P/S's klage af 22. juni 2016.

Ad 3) Det er styrelsens vurdering, at når en partner udtræder af selskabet og modtager kontant betaling mod at aflevere nogle gældsbevis, der er udstedt som led i finansieringen af nye partners indtræden, må forholdet betragtes som værende i strid med selskabslovens § 210. Årsagen er, at selskabet herved erhverver en fordring på en kapitalejer. Efter styrelsens praksis sidestilles erhvervelsen af en fordring på en kapitalejer med et direkte lån til denne.

Det er således hele finansieringsmodellen og den efterfølgende udbetaling til den udtrædende partner, der ikke er forenelig med selskabslovens bestemmelser. Styrelsen påbyder derfor ledelsen at bringe den hidtidige praksis i forbindelse med indtræden af nye partnere til ophør, ligesom styrelsen fastslår, at den foretagne udbetaling til den udtrædende partner er ulovlig, og at dette forhold må sidestilles med et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210. Styrelsen påbyder, at lånet skal tilbagebetales til selskabet med tillæg af lovpligtige renter.

Ovenstående afsnit, der vedrører punkt 3 i styrelsens afgørelse, er omfattet af K P/S's klage af 22. juni 2016. Da det kun er denne del af styrelsens afgørelse, der er indbragt for Erhvervsankenævnet, forudsætter styrelsen, at K har taget punkt 1 og 2 i styrelsens afgørelse til efterretning.

Den 26. april 2016 anmoder advokat A, på vegne af ledelsen i K om, at der afholdes et møde, da de gerne vil have lejlighed til at redegøre mere udføreligt for de fakta, der er relevante for styrelsens afgørelse.

Mødet blev afholdt den 25. maj 2016 i Erhvervsstyrelsen. K redegjorde for deres ejerstruktur, men ellers var udgangspunktet for mødet at sikre en fælles forståelse af de tre hovedpunkter i styrelsens afgørelse af 20. april 2016. På mødet blev det aftalt, at K skulle indsende eksempler på nogle kontrakter vedrørende køb og salg af goodwill mellem det tidligere K og I/S og dets interessenter til styrelsens nærmere vurdering.

På mødet fik styrelsen ligeledes lejlighed til at uddybe 2. afsnit på side 5 i styrelsens afgørelse af 20. april 2016, der omhandler forhold omfattet af selskabslovens § 210, således at det tydeligere fremgår at:

Det er rettelig styrelsens opfattelse, at der i ovenstående situation er foretaget en ulovlig udbetaling til de udtrædende partnere, til fordel for de kapitalejere, der har udstedt gældsbreve, som er overdraget til selskabet, og at dette forhold må sidestilles med et ulovligt udlån til de kapitalejere, der har udstedt gældsbrevene, hvilket er i strid med selskabslovens § 210.

På mødet fik styrelsen ligeledes lejlighed til at komme med uddybende præcisering af tilbagebetalingspligt og ansvar således, at det er klart, at tilbagebetalingspligten påhviler den kapitalejer, der har udstedt gældsbrevet, og at den udtrædende kapitalejer der har solgt gældsbrevet, efter omstændighederne kan blive erstatningsansvarlig overfor selskabet, hvis kapitalejeren ikke kan betale.

Ovenstående præcisering fremgår ligeledes af en skriftlig opfølgning på mødet, der er fremsendt til K den 27. maj 2016.

Den 15. juni 2016 modtager styrelsen følgende dokumenter fra K P/S til nærmere vurdering:

- I/S kontrakt ekstraheret
- Købekontrakt ved en interessents udtræden

- Vurderingsberetning med omdannelsesbalance ved omdannelse fra I/S til P/S
- Købekontrakt ved kommanditistaktionærs udtræden den 30. juni 2014
- Overdragelsesaftale ved en kommanditistaktionærs indtræden den 5. november 2015
- Ejeraftale for P/S
- Årsrapport for C anpartsselskab 2014/15 (der er kapitalejer i K P/S)

Styrelsen havde ikke lejlighed til at foretage en vurdering af det fremsendte materiale inden den 22. juni 2016, som var fristen for, at K P/S, skulle indsende sit uddybende klageskrift til Erhvervsankenævnet.

Sagens retlige omstændigheder

Ifølge selskabslovens § 35, stk. 2, kan indskud af selskabskapital i andre værdier end kontanter ikke bestå af fordringer på stiftere eller kapitalejere, uanset om fordringen er sikret ved pant.

Ifølge selskabslovens § 206, må et kapitalselskab ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet eller i dets moderselskab. Et kapitalselskab kan dog direkte eller indirekte yde lån eller stille sikkerhed i forbindelse med tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet eller i dets moderselskab, såfremt visse betingelser i §§ 207-209, er opfyldt, og såfremt kapitalselskabets centrale ledelsesorgan har sikret, at der er foretaget en kreditvurdering af den kreds, der modtager selskabets økonomiske bistand.

Ifølge selskabslovens § 210, må et kapitalselskab ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet, med mindre betingelserne i §§ 211-214, er opfyldt. Dette gælder også i forhold til kapitalejere eller ledelsen i selskabets moderselskab og i andre virksomheder end moderselskaber, der har bestemmende indflydelse over selskabet. Tilsvarende gælder også for personer, der er nærtstående til ovenstående personkreds.

Undtagelserne i § 211-214 anses ikke for relevant i denne sag:

- § 211 omhandler lån til moderselskaber
- § 212 omhandler tilgodehavender opstået ved sædvanlige forretningsmæssige dispositioner
- § 213 omhandler lån fra banker og realkreditinstitutter
- § 214 omhandler lån til medarbejderes erhvervelse af kapitalandele, når der er tale om en generel medarbejderordning

Det fremgår af selskabslovens § 215, stk. 1, at udbetalinger fra et selskab, der er foretaget i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, skal tilbageføres til selskabet 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., medmindre højere rente er aftalt.

I henhold til selskabslovens § 215, stk. 2, indestår de, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositioner i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, for selskabets tab, såfremt tilbagebetaling eller ophør af aftaler om anden økonomisk bistand ikke kan finde sted.

Styrelsens udtalelse

Styrelsens udtalelse vedrører alene punkt 3 i styrelsens afgørelse af 20. april 2016 om overtrædelse af selskabslovens § 210, som er det punkt, der er omfattet af K P/S's uddybende klageskrift af 22. juni 2016. Overtrædelsen består således i, at K P/S, uforandret fortsætter sin praksis for ind- og udtræden af partnere efter omdannelsen fra et interessentskab til et partnerselskab, og således ikke tager højde for, at de efter omdannelsen er underlagt selskabslovens regler.

Styrelsen har behandlet sagen og gennemgået de nye dokumenter, der er fremsendt til Erhvervsankenævnet sammen med K P/S's uddybende klageskrift den 22. juni 2016.

Det nye materiale har ikke givet anledning til, at styrelsen ændrer sin afgørelse. Det er derfor fortsat styrelsens opfattelse, at der er foretaget en ulovlig erhvervelse af en fordring på en kapitalejer i forbindelse med udbetalingen til de udtrædende partnere. Erhvervelsen af fordringen er i strid med selskabslovens § 210.

Det forhold, at en tidligere partner i forbindelse med sin udtræden, overdrager et gældsbevis til selskabet, der er udstedt til den pågældende af en ny partner i forbindelse med dennes indtræden, og modtager en betaling svarende til gældsbeviselets pålydende (restgælden), er et forhold, der må sidestilles med et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210.

Årsagen hertil er, at hele finansieringsmodellen og den efterfølgende udbetaling til udtrædende partnere, ikke er forenelig med selskabslovens bestemmelser. Den foretagne udbetaling til den udtrædende partner er ulovlig, den skal tilbagebetales til selskabet, og må derfor betragtes som et lån jf. selskabslovens § 210.

Der er sket det, at K P/S erhverver fordringer på selskabets kapitalejere hos kapitalejernes private kreditorer. Transaktionen kan fuldt ud sidestilles med, at K P/S yder sine kapitalejere et lån til brug for at indfri kapitalejernes private kreditorer – en transaktion som er direkte omfattet af lovens ordlyd.

Partnerselskabet påføres nøjagtig den samme risiko, uanset om

- a) der ydes et direkte lån til kapitalejeren, eller
- b) der erhverves en eksisterende fordring på kapitalejeren.

Den fulgte praksis var formentlig lovlig, da virksomheden blev drevet som interessentselskab. Efter virksomheden blev omdannet til et partnerselskab, skal selskabslovens regler iagttages, og den hidtidige praksis anses for at være i strid med selskabslovens § 210.

Det er styrelsens klare opfattelse, at selskabet må indrette sine forretningsgange og fremtidige finansiering således, at selskabets ageren er foreneligt med den lovgivning, som selskabet er underlagt.

...”

I skrivelse af 12. september 2016 har advokat A yderligere anført:

”...

I.

Indledningsvis vil Klager punktvis påpege nogle faktuelle mangler i, henholdsvis knytte nogle nuancerende og supplerende bemærkninger til, Erhvervsstyrelsen indlæg.

Ad side 2 femte afsnit. Det anføres at gældsbrevene gennem tidligere år er opkøbt fra kapitalejerne som har solgt deres ejerandele af K P/S. Hertil bemærkes, at nogle af gældsbrevene er opkøbt i interessentskabstiden.

Ad side 2 sidste afsnit. K blev drevet som I/S i perioden 1892 til 2011 og ikke først fra 1982.

Ad side 3 tredje afsnit. Det anføres, at efter en ældre partners udtræden ophørte den økonomiske forbindelse til øvrige partnere og selskabet. Det er ikke altid rigtigt, idet de øvrige partnere kan vælge af finansiere købet af den udtrædendes goodwill ved udstedelse af gældsbreve.

Ad side 3 syvende og ottende afsnit. Styrelsens fornyede vurdering skyldtes, at Styrelsen ikke var opmærksom på, at transaktionerne (gældsbrevsudstedelserne) alle var sket i interessentskabstiden og dermed på at tidspunkt, hvor man ikke var omfattet af selskabsloven.

Ad side 4 fjerde afsnit angående SEL § 206. For fuldstændighedens skyld skal endnu en gang nævnes, at gældsbrevene aldrig har finansieret ejerandele/kapitalandele men udelukkende køb af goodwill interessenterne/kapitalejerne imellem – se eksempelvis bilag Allerede af den grund må alle betragtninger om selvfinansiering afvises.

II.

Af Styrelsens argumentation ses, at man mener det beskrevne forløb med udstedelse af gældsbreve og den senere overdragelse 4 år efter, skal sidestilles med at klager har ydet et lån. Det fremgår gentagne af Styrelsens ordvalg. Side 1 femte afsnit; ”...kan sidestilles med...”, side 4 sidste afsnit; ”...må forholdet betragtes som værende i strid med..”, og ”Efter Styrelsens

praksis sidestilles erhvervelsen...” og side 7 femte afsnit; ”..der må sidestil-le med et ulovligt udlån...”. (mine understregninger).

Styrelsen betjener sig således af en udvidende fortolkning af SEL § 210.

Det er Klagers synspunkt, at Styrelsens udvidende fortolkning af § 210 ikke alene er uberettiget med ulovlig.

Baggrunden herfor er følgende.

Af selskabslovens § 367 stk. 1 fremgår, at overtrædelse af § 210 er strafsanktioneret. Der er således lighedstegn mellem de handlinger der udgør den civilretlige overtrædelse af § 210 og de handlinger der er strafsanktioneret. Det betyder tilsvarende, at såfremt Styrelsen – som tilfældet er i nærværende sag – betjener sig af en udvidende fortolkning af den civilretlige regel i § 210, i samme omfang udvider man det strafsanktionerede område.

I henhold til straffelovens § 2 gælder straffelovens § 1 også for særlovsovertrædelser. Ordlyden af straffelovens § 1 første punktum er følgende

”§ 1

Straf kan kun pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant. ” (min understregning)

Efter straffelovens § 1 er det således ikke tilstrækkeligt, at et forhold kan sidestilles eller ligestilles med et i loven anført strafbart forhold. Således stilles der i straffelovens § 1 et skærpet krav idet det kræves, at forholdet ”ganske kan ligestilles” med det i loven beskrevne strafsanktionerede forhold. Med andre ord sætter straffelovens § 1 en retlig begrænsning for en udvidende fortolkning af strafsanktionerede særlovsbestemmelser, herunder selskabslovens § 210. Denne begrænsning gælder også civilretligt, da der som ovenfor nævnt er identitet mellem den civilretlige overtrædelse og den strafferetlige overtrædelse. I tilknytning hertil påpeges, at domstolene skal fortolke en bestemmelse på samme måde uanset om fortolkningen sker under en straffesag eller under en civil sag. [fodnote: Spleth: Kommentarer til danske højesteretsdomme afsagt i tiden januar – juni 1970, p 230: ”Den afgørelse, der skulle træffes herom, kunne ikke falde anderledes ud, fordi der var rejst tiltale, end om kommunen havde anlagt et anerkendelsessøgsmål.”]

Kravet i § 1 er, at der skal foreligge klar lovhjemmel og ved analogislutninger, fuldstændig lovanalogi.

Ved vurderingen af om kravet om »fuldstændig lovanalogi« er opfyldt, skal der ifølge teorien [fodnote: Hurwitz: Alm d 88 f. Den danske kriminalret, Alm. del, 4. reviderede udgave ved Knud Waaben (1971)] lægges vægt på, om de samme grunde med sikkerhed kan siges at gøre sig gældende med fuldt samme styrke, således at det ville være en ren formalisme, om loven ikke blev udvidet.

I nærværende sag er der betydelige materielle forskelle mellem et almindeligt udlån fra selskabet til dets kapitalejere og det faktuelle forhold.

I det faktuelle forhold er de ... gældsbreve ikke udstedt til selskabet men til en andre interessenter (senere kapitalejere).

Disse interessenter (senere kapitalejere) havde ikke nogen stående ret til at overdrage gældsbrevene til interessentskabet (senere kapitalselskabet), da en interessent kun havde denne ret i forbindelse med sin udtræden. Reglen var således, at gældsbrevene skulle forblive ejet af interessenterne og kun i den beskrevne undtagelsessituation kunne overdrages til interessentskabet. Den finansiering de indtrædende interessenter opnåede ved udstedelse af gældsbrevene var derfor ikke baseret på, at Klager senere erhvervede gældsbrevene.

Gældsbrevene er udstedt i 2007 og dermed på et tidspunkt, hvor Klager var et interessentskab, hvor Klager ikke var omfattet af selskabsloven og hvor der ikke var nogen viden om eller udsigt til at Klager skulle omdannes til et kapitalselskab. På transaktionstidspunktet var handlingen derfor utvivlsomt ikke i strid med selskabsloven.

Det er Klagers anbringende, at der ikke under disse omstændigheder foreligger fuldstændig lovanalogi og at det derfor er i strid med straffelovens § 1 og dermed ulovligt, når Styrelsen i nærværende sag har foretaget en udvidende lovfortolkning af selskabslovens § 210.

Med hensyn til retspraksis på området kan henvises til eksempelvis U.2004.216Ø, U2002.1574S,

Sammenfattende har Styrelsen derfor ikke haft hjemmel til at træffe afgørelse om, at de beskrevne forhold udgør en overtrædelse af låneforbuddet i selskabslovens § 210.”

Erhvervsstyrelsen og advokat A er ved skrivelser af 15. september 2016 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 1, 1. pkt., må et partnerselskab ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån til eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet.

Det fremgår af sagen, at K P/S indtil den 1. juli 2011 blev drevet som et I/S. I perioden fra den 1. juli 2007 til den 1. januar 2008 blev der i K I/S optaget fem nye part-

nere, der hver især gennem et stiftet "ejerselskab" erhvervede en ideel andel af det daværende interessentskab og købte goodwill af de øvrige partnere (ejerselskaber) for et nærmere fastsat beløb. Goodwill knyttet til advokatfirmaet har alene været ejet af de til enhver tid værende ejerselskaber. De nævnte fem optagne partneres køb af goodwill fra de hidtidige partnere blev berigtiget dels ved en mindre kontant betaling, dels ved udstedelse af et gældsbrief til hver af de hidtidige partnere (i.e. deres respektive ejerselskaber). I forbindelse med tre ældre partneres udtræden af K P/S – og således efter etableringen af partnerselskabet pr. 1. juli 2011 – erhvervede partnerselskabet de gældsbriefe, som de udtrædende partneres ejerselskaber tidligere havde modtaget som kreditorer, herunder gældsbriefe udstedt af de fem partnere (i.e. disses ejerselskaber) optaget i perioden fra juli 2007 til januar 2008.

Klager har om ordningen – der har været praktiseret i årtier – mere generelt oplyst blandt andet, at når en ældre partner udtrådte af interessentskabet (senere partnerselskabet), skete det ved udligning af vedkommendes kapitalkonto, salg af vedkommendes ejerselskabs goodwill til de øvrige interessenter og salg til interessentskabet af de gældsbriefe, vedkommendes ejerselskab lå inde med. Salget af gældsbriefene til interessentskabet (frem for til de tilbageværende interessenter/partnere eller disses ejerselskaber) skyldtes nærmere anførte praktiske grunde, herunder for at undgå opdeling af gældsbriefene på et meget stort antal gældsbriefe af måske bagatelagtige beløb.

Erhvervsankenævnet lægger herefter til grund, at den af klager praktiserede ordning indebærer og har indebåret, at en partner ved sin udtræden af partnerselskabet til dette overdrager gældsbriefe, som den udtrædende partners ejerselskab tidligere har modtaget af nye partneres ejerselskaber i forbindelse med partnerens indtræden i partnerselskabet.

Uanset at den fordring, partnerselskabet herved erhverver, efter det oplyste ikke er en fordring direkte på en partner, men på dennes ejerselskab, findes den beskrevne ordning – der er fortsat uforandret efter, at klager blev omdannet fra et interessentskab til et partnerselskab – som udgangspunkt at være i strid med selskabslovens § 210.

Ankenævnet finder, at der ikke er anført forhold, der kan medføre, at lånet kan anses som ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212. Det hedder således i lovbemærkningerne (L 170 af 25. marts 2009) til § 212:

” ...

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.

...”

De omhandlede lån kan endvidere ikke anses for at være omfattet af selskabslovens § 214 eller andre undtagelsesbestemmelser til den anførte bestemmelse i lovens § 210, herunder § 211, da partnernes ejerselskaber hver for sig ikke ses at have en bestemmende indflydelse over partnerselskabet.

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

Erhvervsstyrelsens påbud som præciseret ved styrelsens skrivelse af 9. august 2016 tiltrædes herefter.

Ankenævnet stadfæster for så vidt angår punkt 3 således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. april 2016 som præciseret på møde med klager den 25. maj 2016 og i brevet af 9. august 2016.