

ERHVERVSANKENÆVNET

ÅRSBERETNING

2013

INDLEDNING

Hermed aflægges Erhvervsankenævnet beretning for nævnets virksomhed i året 2013.

Beretningen indeholder i kapitel 1 formandskabets redegørelse for nævnets almindelige forhold. En fortegnelse over Erhvervsankenævnets medlemmer og sekretariat findes i kapitel 2. På grundlag af loven og bekendtgørelsen om Erhvervsankenævnet og den praksis, der har udviklet sig siden etableringen af nævnet den 1. januar 1988, indeholder kapitel 3 en beskrivelse af de særlige organisatoriske forhold, der gælder for dette nævn, og af grænserne for nævnets kompetence. De kendelser, der er afsagt af de enkelte nævn, refereres i kapitel 4. Statistiske oplysninger om nævnets virksomhed findes i kapitel 5.

Som bilag til beretningen er optaget loven, lovforslaget med bemærkninger og bekendtgørelsen om Erhvervsankenævnet samt en fortegnelse over de love, som er omfattet af ankenævnets kompetence.

1. FORMANDSKABETS BERETNING	7
2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING	8
3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET	10
3.1. Ankenævnets organisation	10
3.2. Ankenævnets kompetence.....	11
3.3. Indgivelse af klager	12
3.4. Sagens forberedelse.....	13
3.5. Sagens afgørelse.....	14
4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS	16
4.1. Lov om finansiel virksomhed	
1) Kendelse af 1. februar 2013 (J.nr. 2012-0031919) Konkrete certifikater kunne ikke sidestilles med erhvervsobligationer efter puljebekendtgørelsen.	16
2) Kendelse af 12. februar 2013 (J.nr. 2012-0032268) Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	38
3) Kendelse af 20. marts 2013 (J.nr. 2012-0026936) Sagen afvist fra behandling i ankenævnet.....	56
4) Kendelse af 20. juni 2013 (J.nr. 2012-0032476) Ikke grundlag for at dispensere for hvad der ifølge udgangspunktet indgår i opgørelsen af basiskapitalen.	62
5) Kendelse af 24. juni 2013 (J.nr. 2013-0033521) Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	72
6) Kendelse af 30. september 2013 (J.nr. 2013-0034166) Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	82
7) Kendelse af 2. oktober 2013 (J.nr. 2012-0033274) Inddragelse af selskabs tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed.....	95
8) Kendelse af 2. oktober 2013 (J.nr. 2013-0033906) Inddragelse af selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæg- lerselskab.....	161
9) Kendelse af 15. oktober 2013 (J.nr. 2013-0034267) Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	193
10) Kendelse af 28. november 2013 (J.nr. 2013-0034465) Udlån skulle konsolideres og frist meddelt til at få nedbragt eller afdækket engagementet	202

4.2. Værdipapirhandelsloven

11) Kendelse af 30. april 2013 (J.nr. 2012-0032825)
Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....222

12) Kendelse af 30. april 2013 (J.nr. 2012-0033089)
Klager ikke part i sagen og kunne derfor ikke indbringe den af en fondsbørs
trufne afgørelse om afnotering af aktieselskab for Finanstilsynet243

4.3. Lov om betalingstjenester og elektroniske penge

13) Kendelse af 8. januar 2013 (J.nr. 2011-0026121)
Ikke godkendt som personligt ansvarlig for virksomhed med udbud af beta-
lingstjenester.262

14) Kendelse af 13. november 2013 (J.nr. 2013-0034464)
Ej fornøden erfaring med at drive virksomhed med betalingstjenester til at
kunne godkendes som bestyrelsesmedlem.....269

15) Kendelse af 26. november 2013 (J.nr. 2013-0035054)
Afslag på ansøgning om begrænset tilladelse til at udføre pengeoverførel-
sesvirksomhed i Danmark.....275

4.4. Forsikringsformidlingsloven

16) Kendelse af 4. oktober 2013 (J.nr. 2013-0033525)
Tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling meddelt efter forsikringsfor-
midlingslovens § 9, stk. 4.286

4.5. Lov om tilsyn med firmapensionskasser

17) Kendelse af 16. april 2013 (J.nr. 2012-0032924)
Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....298

4.6. Selskabsloven

18) Kendelse af 8. januar 2013 (J.nr. 2012-0031985)
Vurderingsberetning ikke fremlagt for anpartshavere, hvorfor anmeldelse
om registrering af omdannelse af anpartsselskab til aktieselskab afslået307

19) Kendelse af 11. januar 2013 (J.nr. 2012-0026414)
Selskab påbudt at søge lån ikke ydet som led i en sædvanlig forretnings-
mæssig disposition inddrevet straks.....311

20) Kendelse af 28. januar 2013 (J.nr. 2012-0026400)
Selskab påbudt at søge lån ikke ydet som led i en sædvanlig forretnings-
mæssig disposition inddrevet straks.....325

21) Kendelse af 20. marts 2013 (J.nr. 2011-0025937)
Anmeldelse om fratræden som revisor kunne ikke registreres.....339

22) Kendelse af 26. juni 2013 (J.nr. 2012-0032269) Omgørelse af styrelsens registreringsnægtelse. Anmeldte vedtægtsændringer skulle registreres	344
23) Kendelse af 5. august 2013 (J.nr. 2012-0032331) Pengeinstituts brug af navnet "B" kræver, at pengeinstituttet har registreret navnet som binavn	353
24) Kendelse af 5. august 2013 (J.nr. 2012-0033336) Ikke grundlag for at ophæve registrering administrativt. Spørgsmålet om re- gistreringens sletning henhører under domstolene	359
25) Kendelse af 5. august 2013 (J.nr. 2013-0033468) Sag hjemvist til Erhvervsstyrelsens fornyede behandling af uberettigede re- gistreringer, der ikke afspejler beslutninger truffet af det klagende selskabs generalforsamling eller ledelse	365
26) Kendelse af 5. november 2013 (J.nr. 2013-0033908) Selskab påbudt at søge lån ikke ydet som led i en sædvanlig forretnings- mæssig disposition inddrevet straks.....	376

4.7. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder

27) Kendelse af 20. juni 2013 (J.nr. 2012-0032363) Virksomhed anset som en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, og dermed registreringspligtig	393
28) Kendelse af 20. juni 2013 (J.nr. 2012-0032365) Virksomhed anset som en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, og dermed registreringspligtig	418

4.8. Årsregnskabsloven

29) Kendelse af 11. januar 2013 (J.nr. 2012-0032408) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	441
30) Kendelse af 4. marts 2013 (J.nr. 2013-0032403) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	445
31) Kendelse af 5. april 2013 (J.nr. 2012-0032638) Offentliggørelse af ny årsrapport afslået.....	450
32) Kendelse af 11. juni 2013 (J.nr. 2013-0034160) Selskab påbudt at berigtige årsrapport og indsende ny godkendt årsrapport.....	458
33) Kendelse af 26. juni 2013 (J.nr. 2012-0033117) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	460
34) Kendelse af 4. oktober 2013 (J.nr. 2012-0032639) Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	466

35) Kendelse af 15. oktober 2013 (J.nr. 2013-0033523)
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....474

36) Kendelse af 19. november 2013 (J.nr. 2013-0033574)
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....487

4.9. Revisorloven

37) Kendelse af 22. maj 2013 (J.nr. 2012-0032589)
Revisor ikke meddelt en frist til gennemførelse af den manglende efteruddannelse.....493

38) Kendelse af 26. juni 2013 (J.nr. 2012-0027402)
Ikke grundlag for reduktion af omfanget for revisorerers efteruddannelse501

39) Kendelse af 23. juli 2013 (J.nr. 2012-0027348)
Ikke grundlag for reduktion af omfanget for revisorerers efteruddannelse507

40) Kendelse af 19. november 2013 (J.nr. 2013-0034041)
Revisor ikke meddelt en frist til gennemførelse af den manglende efteruddannelse.....514

41) Kendelse af 19. november 2013 (J.nr. 2013-0035155)
Godkendelse som revisionsvirksomhed frataget og virksomheden slettet i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.....535

4.10. Hvidvaskloven

42) Kendelse af 15. oktober 2013 (J.nr. 2012-0032842)
Tiltrådt styrelsens nægtelse af sletning af virksomhed fra hvidvaskregistret541

4.11. Gasinstallationsloven

43) Kendelse af 5. august 2013 (J.nr. 2012-0032141)
Afslag på ansøgning om autorisation som vvs-installatør med X som teknisk ansvarlig ophævet552

4.12. Rejsegarantifondsloven

44) Kendelse af 26. marts 2013 (J.nr. 2012-0027156)
Hjemvisning til Rejsegarantifonden til fornyet behandling af sag om pålagt forhøjet garantistillelse til rejseselskab565

4.13. Bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet

45) Kendelse af 17. januar 2013 (J.nr. 2011-0025359)
Klage afvist, da anmeldelse berigtiget og styrelsens efterfølgende tilkendegivelse ikke kunne prøves af ankenævnet.....596

46) Kendelse af 24. juni 2013 (J.nr. 2011-0025578)
Klagen afvist, da konkursbo ikke har tilkendegivet at ville indtræde i sagen603

5. SAGSSTATISTIK.....615

BILAG:

1. Lov nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet med senere ændringer.
2. Bemærkningerne til lovforslaget.
3. Bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet med senere ændringer.
4. Fortegnelse over love og anordninger omfattet af Erhvervsankenævnets kompetence.

1. FORMANDSKABETS BERETNING

Nævnet har i 2013 haft en tilgang på 87 klagesager og har i alt haft 131 sager til behandling. Der er i årets løb afsluttet 112 sager. Heraf er 46 sager afsluttet ved kendelse og 66 sager på anden måde. Af de 46 sager afgjort ved kendelse blev afgørelsen stadfæstet i 37 sager, mens 6 sager førte til ankenævnets ændring/omgørelse af den påklagede afgørelse. Nævnet afviste 3 sager ved kendelse.

I 13 tilfælde har de indklagede myndigheder under sagsbehandlingen i nævnet ændret deres afgørelse på en sådan måde, at afsigelse af kendelse har kunnet undlades.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for sager afgjort ved kendelse har udgjort 8,6 måneder, der inkluderer den tid, som medgår til høring af en sags parter. Sagsbehandlingstiden for hver sag fremgår af de enkelte kendelser, der er optrykt i kapitel 4.

Formandskabet har på ny anledning til at takke de sagkyndige og nævnets sekretariat for deres bistand i det forløbne år.

Jan Uffe Rasmussen
formand

Steen Mejer
næstformand

2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING

Ankenævnet bestod ved udgangen af 2013 af en formand, en næstformand og 22 sagkyndige medlemmer. Formandskabets medlemmer skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Nævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik og forbrugerforhold. Formandskabets og nævnets medlemmer beskikkes af erhvervs- og vækstministeren.

I året 2013 har ankenævnet bestået af følgende:

Formandskab:

Landsdommer	Jan Uffe Rasmussen, formand
Landsdommer	Steen Mejer, næstformand

Medlemmer:

Med kendskab til erhvervsforhold:

Professor	Mads Bryde Andersen
Advokat	Lise Høgh
Advokat	Finn Møller
Advokat	Anders Hjulmand
Advokat	Carsten Møllekilde
Advokat	Monica Reib
Advokat	Niels Walther-Rasmussen
Advokat	Piya Mukherjee
Advokat	Lone Møller (fra 1. juni 2013)
Statsaut. revisor	Lars Holtug
Statsaut. revisor	Kirsten Aaskov Mikkelsen
Statsaut. revisor	Finn Louis Meyer
Statsaut. revisor	Arne Nabe Poulsen (fra 1. juni 2013)

Med kendskab til nationaløkonomi:

Lektor	Peter Erling Nielsen (til 31. maj 2013)
Professor	Peter Norman Sørensen (fra 1. juni 2013)
Lektor	Ingrid Henriksen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold:

Bankdirektør	Preben Lund Hansen
Vicedirektør	Niels Bolt Jørgensen (til 25. oktober 2013)
Underdirektør	Anders Holkmann Olsen (fra 1. november 2013)
Underdirektør	Cato Baldvinsson
Afdelingsdirektør	Elisabeth Stamer

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold, herunder realkreditforhold:

Sekretariatschef	Susanne Nielsen
------------------	-----------------

Med kendskab til forsikringsmatematik:

Direktør, cand.act.	Frank Cederbye
Partner, cand.act.	Mette Havning

Sekretariatet har bestået af:

Sekretariatsleder	Søren Tukjær
Assistent	Steen Hansen

Ankenævnets adresse:

Erhvervsankenævnet
Langelinie Allé 17, Postboks 2000
2100 København Ø
Tlf.: 35 29 10 93
E-mail: ean@erst.dk
Hjemmeside: www.erhvervsankenaevnet.dk

3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET

3.1. Ankenævnets organisation.

Det er karakteristisk for Erhvervsankenævnet - formentlig i modsætning til de fleste andre tilsvarende organer - at nævnets kompetence omfatter et betydeligt antal love (se bilag 4) og dermed et bredt sagsområde. De sager, der behandles af nævnet, er af meget forskelligt omfang og karakter, strækkende sig fra enkle sager af beskeden størrelse til meget komplicerede sager med betydelige økonomiske konsekvenser.

Bestemmelser om Erhvervsankenævnet findes i lov nr. 858 af 23. december 1987 som ændret ved lov nr. 315 af 14. maj 1997, lov nr. 1052 af 23. december 1998, lov nr. 427 af 6. juni 2002 og lov nr. 1231 af 18. december 2012, hvilket er sammenfattet i lovbekendtgørelse nr. 1374 af 10. december 2013, som ændret ved lov nr. 712 af 25. juni 2014, samt i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994, som ændret ved bekendtgørelse nr. 226 af 10. marts 2010 og bekendtgørelse nr. 1269 af 7. november 2013. Loven, bemærkningerne til lovforslaget samt bekendtgørelsen findes som bilag 1 – 3 til denne årsberetning.

Erhvervsankenævnet består af formandskab og et antal sagkyndige medlemmer, der alle beskikkes af erhvervs- og vækstministeren. De sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik og forbrugerforhold (bekendtgørelsens § 5).

Formandskabet består for tiden af formanden og en næstformand. Ved udgangen af 2013 var antallet af sagkyndige medlemmer 22. Formanden har den almindelige ledelse af ankenævnets arbejde (bekendtgørelsens § 3). De enkelte sager fordeles mellem formanden og næstformanden, der udøver formandens funktioner i de sager, der er tildelt ham (bekendtgørelsens § 4, stk. 2 og 3). Sagerne afgøres i et nævn, der nedsættes individuelt for hver enkelt sag. Dette nævn består af et medlem af formandskabet og to eller i særlige tilfælde fire sagkyndige (lovens § 3, bekendtgørelsens § 4, stk. 1). Formanden udpeger sagkyndige til det enkelte nævn og bestemmer, om der skal medvirke to eller fire sagkyndige (bekendtgørelsens § 5, stk. 1). Udpegelsen sker efter en vurdering af hvilken sagkundskab, der er behov for netop i den

foreliggende sag. Forudsætter afgørelsen kendskab til kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik eller forbrugerforhold, skal mindst en af de medvirkende sagkyndige udpeges blandt de sagkyndige, der har særligt kendskab til vedkommende område (bekendtgørelsens § 5, stk. 2).

Nedsættelse af det enkelte nævn sker normalt først, når den skriftlige forberedelse af sagen er afsluttet.

3.2. Ankenævnets kompetence.

Efter lovens § 1, stk. 1, er Erhvervsankenævnet "klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov" samt for "afgørelser truffet af Rejsegarantifonden, i det omfang det er fastsat i lov om en rejsegarantifond". Endvidere kan erhvervs- og vækstministeren efter lovens § 7, stk. 2, bestemme, at Erhvervsankenævnet er "klageinstans for administrative afgørelser truffet af færøske hjemmestyremyndigheder, hvis der indgås en aftale herom". Ankenævnets kompetence følger således ikke af selve loven om ankenævnet, men af de love, der regulerer de enkelte sagsområder. Normalt findes bestemmelsen om klageadgang i selve den pågældende lov, men i nogle tilfælde findes bestemmelsen i en bekendtgørelse med hjemmel i den pågældende lov. Bilag 4 indeholder en fortegnelse over love og anordninger, som er omfattet af ankenævnets kompetence.

Nævnets kompetence er begrænset til klager over afgørelser, der er truffet af vedkommende myndighed, dvs. konkrete forvaltningsakter. Også et afslag på at behandle en sag, f.eks. ud fra betragtninger om manglende hjemmel, må betragtes som en afgørelse, der kan indbringes for nævnet. Kompetencen omfatter derimod ikke styrelsens sagsbehandling, herunder sagsbehandlingstiden og serviceniveauet, medmindre sagsbehandlingen indgår som et led i bedømmelsen af en afgørelse, der er indbragt for ankenævnet. Klager over forhold, som ikke er omfattet af nævnets kompetence, hører under ressortministeriet eller den færøske ressortmyndighed.

Det forekommer i et vist omfang, at styrelserne efter anmodning afgiver vejledende udtalelser om forståelsen af en lovbestemmelse eller lignende. Det vil bero på et konkret skøn efter forholdene i hver enkelt sag, om udtalelsen må sidestilles med en afgørelse, og således omfattet af nævnets kompetence.

Det ligger endvidere uden for ankenævnets kompetence at behandle klager over indholdet af en bekendtgørelse udstedt af ministeren eller af vedkommende styrelse med direkte lovhjemmel.

Nævnets kompetence omfatter såvel juridiske som skønsmæssige spørgsmål i de påklagede afgørelser. Dette er udtrykkeligt fremhævet i lovens motiver, hvor det (til § 2) siges, at nævnet skal foretage en juridisk og fagmæssig bedømmelse og skal behandle "såvel de retlige som de hermed forbundne skønsmæssige forhold i de berørte styrelsers afgørelser".

3.3. Indgivelse af klager.

Klage indgives skriftligt via e-mail til adressen ean@erst.dk eller pr. post til Erhvervsankenævnets sekretariat, Dahlerups Pakhus, Langelinie Allé 17, 2100 København Ø. Klagen skal være skriftlig og affattet på dansk (bekendtgørelsens § 6 og 7, stk. 1).

Klagefristen er typisk 4 uger. Fristen er ikke fastsat i loven om ankenævnet, men følger af de enkelte bestemmelser, der fastlægger ankenævnets kompetence. Efter den grønlandske aktieselskabslov og anpartsselskabslov er klagefristen 7 uger.

Der er ikke i loven eller bekendtgørelsen taget stilling til, hvem der kan påklage en afgørelse til ankenævnet. Dette spørgsmål må afgøres efter forvaltningsrettens almindelige regler om klageberettigelse eller på grundlag af bestemmelse herom i de enkelte love. Begrænsning af partsbegrebet følger f.eks. af lov om finansiel virksomhed.

En klage til ankenævnet har ikke opsættende virkning, men nævnet - eller formanden på nævnets vegne - kan bestemme, at klagen skal have opsættende virkning, hvor særlige grunde taler for det (lovens § 6, bekendtgørelsens § 9). Spørgsmålet om opsættende virkning har været rejst over for ankenævnet i flere klagesager. Nævnet har i alle tilfælde indhentet en udtalelse fra vedkommende styrelse og herefter taget stilling til, om der forelå sådanne særlige omstændigheder, der kunne begrunde, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

For behandling af en klage skal der betales et gebyr på 4.000 kr. Ved klager over forhold, der ikke har forbindelse med klagerens aktuelle eller fremtidige erhvervsudøvelse, er gebyret 2.000 kr. Der skal ikke betales gebyr ved klager over afslag på begæring om aktindsigt. Gebyret skal indbetales samtidigt med, at klagen indsendes. Sker dette ikke, fastsættes en frist for betaling. Betales gebyret ikke inden fristens udløb, afvises klagen (bekendtgørelsens § 7, stk. 2 og stk. 3). Bliver en klage afvist uden realitetsbehandling, tilbagebetales gebyret (bekendtgørelsens § 8, stk. 2). Endvidere kan nævnet eller formanden bestemme, at gebyret skal betales tilbage, hvis klageren får helt eller delvis medhold i sin klage, enten ved en kendelse afsagt af nævnet eller ved, at vedkommende myndighed i anledning af klagen ændrer sin afgørelse (bekendtgørelsens § 15, stk. 4).

Efter bekendtgørelsen er der tillagt formanden kompetence til at træffe afgørelse i forskellige formelle forhold ud over de forannævnte på nævnets vegne.

3.4. Sagens forberedelse.

Sagsforberedelsen indledes med, at nævnets sekretariat anmoder indklagede om en udtalelse om sagen, en redegørelse for sagens faktiske og retlige omstændigheder og sagens akter (bekendtgørelsens § 11, stk. 1). Indklagedes svar bliver forelagt for klageren til udtalelse (bekendtgørelsens § 12, stk. 1). Efter formandens bestemmelse er der derefter mulighed for at udveksle yderligere indlæg.

Loven og bekendtgørelsen (henholdsvis § 5 og § 10) åbner mulighed for, at en tredjemand eller en offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, kan få tilladelse til at indtræde i sagen. Tilladelse til en tredjemands indtræden i sagen er givet i adskillige tilfælde. Formanden kan endvidere bestemme, at en tredjemand eller offentlig myndighed orienteres om en sag, således at der gives den pågældende mulighed for at udtale sig i sagen.

Selv om ankenævnet selvsagt i vidt omfang må støtte sig til de oplysninger, man modtager fra parterne, påhviler det ankenævnet selv at påse, at sagen oplyses bedst muligt. Nævnet kan anmode såvel sagens parter som udenforstående om oplysninger til brug for sagens afgørelse (bekendtgørelse § 11, stk. 2 og 3).

Når formanden skønner, at sagen er tilstrækkeligt oplyst, og at der ikke er behov for yderligere indlæg, bestemmer han, at den skriftlige forberedelse skal afsluttes. Forberedelsen kan dog genoptages efter formandens bestemmelse, hvis der skulle vise sig behov for det (bekendtgørelsens § 12, stk. 2).

3.5. Sagens afgørelse.

Når den skriftlige forberedelse er afsluttet, udarbejdes der et udkast til kendelse, der udsendes til de sagkyndige sammen med sagens akter. Afgørelsen træffes herefter enten ved skriftlig votering eller på et møde mellem medlemmerne af det pågældende nævn (bekendtgørelsens § 13).

Hvor særlige grunde taler for det, kan formanden bestemme, at sagen i stedet skal forhandles mundtligt. I så fald indkaldes klageren, den indklagede myndighed og eventuelle indtrådte til et møde med nævnets medlemmer. Der er mulighed for at lade sig repræsentere ved advokat, revisor eller anden sagkyndig ved mødet. Forhandlingerne er kun offentlige, hvis de mødende er enige om det, og nævnet tillader det (bekendtgørelsens § 14). Der er ikke givet nærmere regler om formen for den mundtlige forhandling, men i praksis gives der hver af parterne adgang til at fremkomme med indlæg og svar på indlæg. Nævnet har bestræbt sig på, at forhandlingerne herefter forløber uformelt. Finder mundtlig forhandling sted, træffes selve afgørelsen normalt på et møde mellem nævnets medlemmer efter forhandlingen. Også i de sager, hvor der er truffet bestemmelse om mundtlig forhandling, sker der forinden en sædvanlig skriftlig forberedelse. Mundtlig forhandling har været anvendt i begrænset omfang.

Afgørelsen i sagen træffes af nævnets medlemmer ved simpelt stemmeflertal. Der er adgang for et eventuelt mindretal til at afgive dissens i kendelsen (bekendtgørelsens § 15, stk. 1 og 2). Adgangen til at afgive dissens er benyttet i flere tilfælde.

Nævnets afgørelse vil foreligge i form af en kendelse, der sendes til parterne og eventuelt indtrådte. Kendelsen indeholder et referat af sagens faktiske omstændigheder, parternes synspunkter og en begrundelse for afgørelsen (bekendtgørelsens § 15, stk. 3).

Erhvervsankenævnet er som andre forvaltningsmyndigheder omfattet af reglerne i forvaltningsloven og lov om offentlighed i forvaltningen. De almindelige regler i disse love om bl.a. inhabilitet, tavshedspligt og aktindsigt gælder således også for ankenævnet. Ankenævnet er endvidere omfattet af eventuelle særlige tavshedspligtregler, som følger af de enkelte love, f.eks. lov om finansiel virksomhed.

Ankenævnet er uafhængigt. Dets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed (lovens § 1, stk. 2 og 3). Derimod kan afgørelserne indbringes for domstolene efter de almindelige regler om domstolenes prøvelse af forvaltningens afgørelser. Der er fastsat en frist på 8 uger for indbringelse af Erhvervsankenævnets afgørelser efter lov om værdipapirhandel mv., jf. lovens § 88, stk. 4.

4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS

I dette kapitel omtales samtlige kendelser afsagt af Erhvervsankenævnet i året 2013.

Kendelserne er ordnet efter de enkelte love. Ved sammenligning med tidligere år-gange af årsberetningen skal man være opmærksom på, at underinddelingerne i dette kapitel kan variere fra år til år, da ikke alle love giver anledning til kendelser hvert år.

4.1. LOV OM FINANSIEL VIRKSOMHED

1) Kendelse af 1. februar 2013 (J.nr. 2012-0031919)

Konkrete certifikater kunne ikke sidestilles med erhvervsobligationer efter puljebekendtgørelsen.

Puljebekendtgørelsen, § 12, stk. 1, nr. 11, jf. nr. 3.

(Niels Bolt Jørgensen, Cato Baldvinsson og Steen Mejer)

Ved brev af 21. maj 2012 har advokat A klaget over Finanstilsynets afgørelse af 24. april 2012, hvorved tilsynet fastslog, at konkrete certifikater udstedt af K1 plc og K2 N.V. ikke kan sidestilles med erhvervsobligationer, jf. puljebekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 11, jf. nr. 3.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 24. april 2012 hedder det:

”Afslag på at sidestille konkrete certifikater med erhvervsobligationer

B [advokatfirma] har på vegne af sin klient K1 plc og K2 N.V. anmodet Finanstilsynet om at godkende certifikater til anbringelse af opsparing i puljer og særskilte depoter eller subsidiært at godkende henholdsvis C1 og C2 [certifikater] som et værdipapir, der kan sidestilles med en erhvervsobligation jf. puljebekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr.11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3.

Finanstilsynet finder ikke på det foreliggende grundlag anledning til at foretage ændringer i puljebekendtgørelsen med henblik på, at certifikater kan anvendes til anbringelse af opsparing i puljer og særskilte depoter.

Finanstilsynet finder, at de certifikater, der er omfattet af B's anmodning efter en konkret vurdering må anses for at være afledte finansielle instrumenter.

Finanstilsynet finder derfor, at de konkrete certifikater ikke kan sidestilles med erhvervsobligationer i henhold til puljebekendtgørelsen § 12, stk. 1, nr. 11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3.

Sagsfremstilling

B har på vegne af sin klient K1 plc og K2 N.V. anmodet Finanstilsynet om at godkende certifikater til anbringelse af opsparing i puljer og særskilte depoter eller subsidiært at godkende henholdsvis C1 og C2 [certifikater] som et værdipapir, der kan sidestilles med en erhvervsobligation jf. puljebekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr.11, jf. stk. 1, nr. 3.

Begge certifikater er udstedt af K.

C1 er et certifikat, hvor der investeres i et underliggende aktiv, men hvor der ydes rabat på købsprisen i forhold til en direkte investering i det underliggende aktiv. Rabatniveauet medfører, at certifikatet har en risikobuffer, så certifikatet er mindre følsomt over for en stagnerende eller svagt faldende udvikling af værdien af det underliggende aktiv og dermed certifikatets værdi. Prisen for risikobufferen er et loft over værdien af certifikatet, så ejeren højst kan få den værdi, der svarer til loftet.

C1 følger udviklingen på bestemte aktier, valutaer eller råvarer. Certifikaterne udstedes og optages på en eller flere børser.

Det fremgår af beskrivelsen, at der ved en investering i C1 ikke kan tabes mere end det indskudte beløb.

C2 optages tilsvarende til handel på flere børser. Der er tale om et certifikat, hvor der kan investeres i en stigning eller fald i en række forskellige underliggende aktiver, fx aktieindeks, aktier, valutaer, råvarer og obligationer. Certifikatet er gearet, men et stop loss niveau sikrer, at værdien af et certifikat aldrig kan blive negativ og at investoren aldrig kan tabe mere end det investerede beløb.

Retligt grundlag

I medfør af § 50, stk. 2, og § 373, stk. 4, i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet fastsat bekendtgørelse nr. 1359 af 22. december 2011 om puljepension og andre skattebegunstigede opsparingsformer m.v. (puljebekendtgørelsen).

I henhold til puljebekendtgørelsen § 12, stk. 1, nr. 11 kan Finanstilsynet træffe afgørelse om, at værdipapirer kan sidestilles med de under nr. 1-9 nævnte aktiver.

Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet finder ikke på det foreliggende grundlag anledning til at foretage ændringer i puljebekendtgørelsen med henblik på, at certifikater kan anvendes til anbringelse af opsparing i puljer og særskilte depoter.

Finanstilsynet finder, at de certifikater, der er omfattet af B's anmodning efter en konkret vurdering må anses for at være afledede finansielle instrumenter.

Finanstilsynet har i den forbindelse lagt vægt på, at det fremgår af beskrivelsen af de to certifikater, at investor aldrig kan tabe mere end det investerede beløb, og certifikaterne indeholder dermed ingen hel eller delvis hovedstolsgaranti. Certifikaternes værdi afhænger derfor af det underliggende aktiv.

Da certifikaternes værdi afhænger af det underliggende aktiv, finder Finanstilsynet, at der er tale om afledte finansielle instrumenter, jf. puljebekendtgørelsens § 14.

Finanstilsynet finder på den baggrund, at de konkrete certifikater ikke kan sidestilles med erhvervsobligationer i henhold til puljebekendtgørelsen § 12, stk. 1, nr. 11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3.

Finanstilsynet skal i den forbindelse anføre, at tilsynets afgørelse af 14. juli 2000 vedrørte spørgsmålet, om aktieindekserede obligationer skal kategoriseres som indeksobligationer eller erhvervsobligationer i henhold til puljebekendtgørelsen. De pågældende papirer havde obligationernes karakteristika i form af en fordring på udsteder, hvor investor havde ret til indfrielse til kurs 100 på udløbstidspunktet.
...”

I skrivelse af 21. maj 2012 har advokat A på vegne af K1 plc og K2 N.V. klaget over afgørelsen. I klageskrivelsen henvises til klagerens skrivelse af 30. marts 2012 til Finanstilsynet, hvoraf følgende fremgår:

”Anmodning om godkendelse af certifikater til anbringelse af opsparing i puljer og særskilte depoter

Som advokat for K1 plc og K2 N.V. (herefter tilsammen kaldet "K") anmoder vi hermed Finanstilsynet i medfør af lov om finansiell virksomhed og bekendtgørelse om puljepension og andre skattebegünstigede opsparingsformer m.v. (bekendtgørelse nr. 1359 af 22. december 2011, "Puljepensionsbekendtgørelsen") om i) at godkende certifikater til anbringelse af opsparing i puljer og særskilte depoter eller subsidiært ii) at godkende henholdsvis C1 og C2 som et værdipapir, som efter Finanstilsynets afgørelse kan sidestilles med en erhvervsobligation.

1. Baggrund

Det europæiske marked for certifikater har over de sidste 15 år udviklet sig betydeligt og er blevet langt mere harmoniseret. På europæisk plan fungerer paraplyorganisationen Eusipa (www.eusi.org), og lokalt findes der tilsvarende organisationer, f.eks. den svenske SETIPA (www.setipa.se).

På europæisk plan findes der et meget veludviklet og velfungerende marked for certifikater. I Danmark har certifikater fået en mere fremtrædende rolle inden for de sidste 3 - 5 år. Det ses både ved et stigende udbud af og efterspørgsel på certifikater, men også ved at certifikater nu direkte er medtaget i den danske lovgivning, jf. for eksempel bekendtgørelse om risikomærkning af investeringsprodukter (bekendtgørelse nr. 345 af 15. april 2011, "Risikomærkningsbekendtgørelsen"), hvor certifikater er placeret i henholdsvis gul og rød kategori afhængig af, om der er risiko for, at investor kan tabe mere end det investerede beløb, eller om produkttypen er vanskelig at gennemskue.

K, der har tilladelse som kreditinstitut og som sådan under tilsyn, udsteder og udbyder forskellige værdipapirer og har de sidste 10 år udstedt og udbudt certifikater. K har siden 2006 udbudt certifikater på det danske marked og oplever en stigende interesse for og efterspørgsel på certifikater, herunder til placering i opsparing for puljer og særskilte depoter. Som den nuværende puljepensionsbekendtgørelse er udformet, er det ikke muligt uden Finanstilsynets godkendelse at placere certifikater i opsparing for puljer og særskilte depoter, hvilket er baggrunden for denne anmodning.

Det bemærkes i den forbindelse, at man i europæiske lande, herunder Sverige, tillader, at certifikater placeres i opsparing for puljer og pensionsdepoter.

2. Certifikater

2.1 Certifikater - et gældsinstrument

Et certifikat er et gældsinstrument, oftest udstedt af et penge- eller andet kreditinstitut, men modsat traditionelle gældsinstrumenter, som f.eks. realkreditobligationer og traditionelle erhvervsobligationer, har certifikater typisk en begrænset eller ingen hovedstolsgaranti. Certifikater er som gældsinstrument et værdipapir omfattet af bilag 5, nr. 1, litra b, i lov om finansiel virksomhed ("FIL"), jf. også § 2, stk. 1, nr. 1, litra b, i lov om værdipapirhandel mv.

Certifikater er struktureret således, at værdien af certifikatet følger udviklingen i et eller flere underliggende "aktiver", typisk et indeks, en aktie, en valuta eller en råvare. Værdien af et certifikat relaterer sig således til værdien af det eller de underliggende aktiver. Ved en investering i certifikater er det muligt at få et afkast fra aktiver, som det ellers ikke ville være muligt at investere direkte i. Investoren bliver ikke ejer af det underliggende aktiv, men har, ligesom obligationsejeren, en fordring mod udsteder.

Certifikater er ikke og bør efter vores vurdering ikke sidestilles med afledte finansielle instrumenter såsom optioner, futures eller terminsforrentninger. Certifikater er et gældsinstrument og er på samme måde som obligationer et investeringsprodukt, som udstedes og optages til handel på forskellige børser. Det bemærkes i den forbindelse, at certifikater også i Risikomærkningsbekendtgørelsen udtrykkeligt er adskilt fra de afledte finansielle instrumenter, jf. Risikobekendtgørelsens bilag 1.

Da certifikater findes på stort set alle produkter og indeks, giver investering i certifikater mulighed for en bedre risikospredning og forskellige afkastmuligheder sammenlignet med en direkte investering i det eller de pågældende aktiver. Certifikater bærer som regel hverken rente eller udbytte, men værdiudviklingen af certifikatet reflekterer den til enhver tid værende værdi i det eller de underliggende aktiver. Udstederen af certifikaterne hæfter, ligesom obligationsudstederen, for indløsning af certifikaterne ved udløb.

Der kan udstedes certifikater, der stiger i værdi, når værdien af det eller de underliggende aktiver stiger, men der kan også udstedes certifikater, der stiger i værdi, når værdien af det eller de underliggende aktiver falder. Investorens valg af certifikater afhænger således af forventningen til det eller de underliggende aktiver.

Nogle certifikater har også indbygget gearing, således at der opnås en større eksponering i det eller de underliggende aktiver i forhold til det investerede beløb. Såfremt et certifikat indeholder gearing, sikrer typisk et stop loss niveau, at værdien af certifikatet aldrig kan blive negativ. Såfremt udviklingen i det eller de underliggende aktiver bevirker, at stop loss niveauet nås, ophører certifikatet, og det eller de underliggende aktiver afvikles af udstederen, og en eventuel restværdi overføres til ejeren af certifikatet (investoren).

Certifikater findes således i mange varianter med forskellige risikoprofiler og med mere eller mindre kompleks struktur.

2.2. Risici forbundet med investering i certifikater

Ligesom alle andre investeringer i værdipapirer er en investering i certifikater forbundet med risiko og kan både falde og stige i værdi. Generelt er der:

En kreditrisiko på udstederen. Certifikater er ikke specifikt rated, men udstederens udestående gældsforpligtelser vil ofte være rated, f.eks. af Moody's og/eller Standard & Poor's.

En risiko knyttet til udviklingen i det underliggende aktiv, herunder valutarisiko, hvis det underliggende aktiv opgøres i en anden valuta end afregningsvalutaen.

En indfrielsesrisiko, såfremt stop loss niveauet nås, eller såfremt eventuelle andre betingelser for førtidsindfrielse indtræder.

En større risiko for tab ved et gearret certifikat (sammenlignet med et certifikat uden gearing), der dog modsvares af en større afkastmulighed.

Som investor kan man dog aldrig tabe mere end det beløb, som er investeret i certifikatet.

Certifikater, hvor investor ikke kan tabe mere end det investerede beløb, er placeret i risikomærkningsbekendtgørelsens gule kategori, mens certifikater, hvor der er risiko for at tabe mere end det investerede beløb eller som er vanskelige at gennemskue, er placeret i risikomærkningsbekendtgørelsens røde kategori.

2.2 Køb og salg af certifikater

Certifikater, der løbende handles via børserne, vil typisk være ikke-komplekse investeringsprodukter uden hovedstolsbeskyttelse og med enkle underliggende aktiver, som f.eks. en eller flere aktier eller en eller flere råvarer, f.eks. guld. For at sikre at disse certifikater kan købes og sælges på de børser, hvor certifikaterne er optaget til handel, vil udstederen typisk være market maker og således løbende stille både købs- og salgspriser. Jo mindre spreadet er mellem købs- og salgsprisen, jo mere attraktivt er investeringsproduktet typisk for investoren. Kombinationen af enkle investeringsprodukter med fælles underliggende aktiver betyder, at certifikater udstedt af forskellige udstedere er nemme at sammenligne, hvorfor likviditet generelt er en af de afgørende faktorer, når en investor vælger investeringsprodukt.

3. C1

C1 er udstedt af K. Ligesom de fleste af K's øvrige produkter er C1 optaget til handel på flere forskellige børser, f.eks. på børsen i Frankfurt. C1 sælges primært i det sekundære marked, det vil sige som børshandler, hvor K som market maker stiller købs- og salgspriser. K står for markedsføringen af certifikaterne, herunder udarbejdelse af markedsføringsmateriale, mens danske værdipapirhandlere forestår formidling af salg af certifikater til danske investorer.

C1 er et certifikat, hvor man investerer i et underliggende aktiv, men hvor der ydes en rabat på købsprisen ("Rabatniveauet") i forhold til en direkte investering i det underliggende aktiv, f.eks. en aktie. Rabatniveauet betyder, at certifikatet har en risikobuffer, således at certifikatet er mindre følsomt over for en stagnerende eller en svagt faldende udvikling af værdien af det underliggende aktiv og dermed på værdien af certifikatet. Prisen for risikobufferen er et loft over værdien af certifikatet, således at en ejer højst kan få den værdi, der svarer til loftet, selvom om værdien af det underliggende aktiv og dermed værdien af certifikatet bliver højere. Falder værdien af det underliggende aktiv og dermed af certifikatet under Rabatniveauet, vil ejeren få et tab på sin investering i det pågældende certifikat. C1 indeholder ikke gearing og derfor heller ikke et stop loss niveau som beskrevet i afsnit 2.1 ovenfor.

C1 er egnede i et svagt marked eller til investorer, der ønsker at investere et større beløb og have en risikobuffer. Der udstedes C1, som følger udviklingen på bestemte aktier, valutaer eller råvarer.

C1 udstedes og optages med det samme på en eller flere børser med K som market maker, således at investorerne kan købe og sælge certifikaterne i hele produktets løbetid. Ved udløb, eller såfremt certifikaterne indfries før tid, afregnes C1ne kontant.

For nærmere oplysninger og til dokumentation vedlægges kopi af brochure vedrørende C1 (på engelsk) udarbejdet af K samt kopi af prospekt-resumeet (på engelsk).

4. C2

C2 er også udstedt af K. C2 er ligesom de fleste af K's øvrige produkter optaget til handel på flere forskellige børser. C1 Certifikater sælges primært i det sekundære marked med K som market maker. K står for markedsføringen af certifikaterne, herunder udarbejdelse af markedsføringsmateriale, mens danske værdipapirhandlere forestår formidling af salg af certifikater til danske investorer.

C2 er et certifikat, hvor investoren kan investere i stigning (C2-1) og fald (C2-2) i en række forskellige underliggende aktiver, f.eks. aktieindeks, aktier, valutaer, råvarer og obligationer. Et stop loss niveau sikrer, at værdien på et certifikat aldrig kan blive negativ, og at investoren aldrig kan tabe mere end det investerede beløb. C2 er gearede således, at investoren med et begrænset kapitalindskud kan investere i det underliggende aktiv med mulighed for store kursstigninger og tilsvarende med risiko for kursfald. C2 består af et kapitalindskud og finansiering, hvor det er finansieringen der skaber gearingen. Hvis den underliggende pris når stop loss niveauet, ophører C2 certifikatet, og det underliggende aktiv afvikles og en eventuel restværdi overføres til investoren.

C2 udstedes og optages med det samme på en eller flere børser med K som market maker, således at investorerne kan købe og sælge certifikaterne. C2 har ikke noget fast udløbstidspunkt.

For nærmere oplysninger og til dokumentation vedlægges kopi af brochure vedrørende C2 udarbejdet af K samt kopi af prospektresumeet (på engelsk).

5. Juridisk grundlag

5.1 Regler om puljepension

5.1.1 Lov om finansiel virksomhed

Det følger af § 50 i FIL, at kapitalpension, ratepension, selvpensionering, børneopsparing og boligopsparing i et pengeinstitut kan anbringes på en indlånskonto, enten kontant eller som puljeindlån, eller i et særskilt depot. De nærmere regler for opsparing i puljer, herunder om midlernes anbringelse, er fastsat i Puljepensionsbekendtgørelsen.

5.1.2 Puljepensionsbekendtgørelsen

Det følger af Puljepensionsbekendtgørelsens § 12, stk. 1, at midler i puljer og særskilte depoter blandt andet må anbringes i:

- statsobligationer,
- realkreditobligationer eller obligationer udstedt af Danmarks Skibskreditfond,
- indeksobligationer,
- aktier, konvertible obligationer og erhvervsobligationer,
- andele i investeringsforeninger og specialforeninger, jf. § 4 og § 6 i lov om investeringsforeninger m.v.,
- hedgeforeninger som er godkendt i medfør af § 7 i lov om investeringsforeninger m.v., og
- værdipapirer som efter Finanstilsynets afgørelse kan sidestilles med de under § 12, stk. 1, nr. 1- 9 nævnte aktiver.

5.1.3 Forarbejder vedrørende placeringsreglerne i Puljepensionsbekendtgørelsen

Placeringsreglerne for puljeordninger blev oprindeligt indsat i § 42 b i lov om banker og sparekasser m.v. Det fremgik af § 42 b i lov om banker og sparekasser m.v., at midler til puljer blandt andet kunne placeres i:

- obligationer, herunder indeksobligationer, skatkammerbeviser og konvertible obligationer,
- aktier, tegningsretter og aktieretter til aktier,
- investeringsforeningsandele udstedt af investeringsforeninger eller afdelinger af sådanne, der omfattes af lov om investeringsforeninger, og
- værdipapirer som efter Finanstilsynets afgørelse kan sidestilles med de under § 42 b stk. 1, nr. 1 - 5 nævnte aktiver.

For at sikre lødigheden af værdipapirerne skulle papirerne være optaget til notering på Københavns Fondsbørs eller et udenlandsk marked.

Muligheden for at placere midler i erhvervsobligationer og hedgeforeninger er først indarbejdet i Puljebekendtgørelsen i henholdsvis 1998 og 2005. Det skal i den forbindelse bemærkes, at Puljepensionsbekendtgørelsen ikke sonderer mellem traditionelle erhvervsobligationer og strukturerede erhvervsobligationer, hvorfor pensionsmidler i puljer og særskilte depoter baseret på ordlyden af bestemmelsen og en almindelig formålsfortolkning efter vores vurdering må kunne placeres i både traditionelle erhvervsobligationer og strukturerede erhvervsobligationer. Dette støttes også af Finanstilsynets afgørelse af 14. juli 2000, hvor Finanstilsynet kategoriserede en struktureret erhvervsobligation (i form af en aktieindekseret obligation) som en erhvervsobligation.

Det fremgår af forarbejderne til § 42 b i lov om banker og sparekasser m.v., at "*Indførelse af placeringsregler for puljeordninger har imidlertid været en forudsætning for at godkende debitering af negativt afkast i forbindelse med kurstab. Dernæst er placeringsreglerne en beskyttelse af*

pensionsopsparerernes midler, hvilket også er samfundsmæssigt ønskeligt".

Det fremgår endvidere, at Finanstilsynets dispensationsmulighed skal *"administreres meget restriktivt og alene benyttes til at sidestille visse udenlandske værdipapirer med tilsvarende danske papirer, f.eks. investeringsforeningsbeviser, samt til at tillade investering i sådanne nye finansielle instrumenter, der ikke kendes på det nuværende finansielle marked."*

Det fremgår i den forbindelse også, at dispensationsmuligheden skal administreres i samråd med skatteministeriet.

§ 42 b i lov om banker og sparekasser m.v. blev ved lov nr. 414 af 26. juni 1998 ophævet, idet placeringsreglerne blev overført til den dagældende puljebekendtgørelse, der havde hjemmel i § 42 a i lov om banker og sparekasser m.v.

§ 42 a i lov om banker og sparekasser m.v. er efterfølgende videreført i § 50 i FIL. De ovenstående bemærkninger om baggrunden for placeringsreglerne, debitering af negativt afkast i forbindelse med kurstab og beskyttelse af opsparerens midler, er gentaget i lovforslagets bemærkninger til § 50 i FIL, idet det også fremgår, at placeringsreglerne skal sikre en vis mindste kvalitet af det enkelte værdipapir og risikospredning. Herudover fremgår det, at Finanstilsynet kan godkende nye værdipapirer og nye regulerede markeder.

På grundlag af ovenstående er det vores vurdering, at man ved fastsættelse af placeringsreglerne var bevidst om, at der kunne komme nye værdipapirer, som ikke var kendt på tidspunktet for reglernes fastsættelse, men som havde samme risikoprofil som allerede kendte og godkendte værdipapirer, hvorfor sådanne nye værdipapirer ud fra en lighedsbetragtning kunne opnå godkendelse til anbringelse af opsparing i puljer og særskilte depoter på samme måde som de kendte og allerede godkendte værdipapirer, og således at der løbende kunne ske justeringer uden at skulle afvente revision og udstedelse af nye regler, jf. § 50 i FIL og § 12 i Puljepensionsbekendtgørelsen.

5.1.4 Seneste revision af puljebekendtgørelsen

For en god ordens skyld bemærkes, at puljebekendtgørelsen senest er blevet opdateret med virkning fra den 1. januar 2012. Baseret på oplysninger fra Finanstilsynet er denne opdatering ikke udtryk for en generel revidering af puljebekendtgørelsen, hvor man har forholdt sig til anbringelse af midler i puljer og særskilte depoter. De foretagne ændringer vedrører primært oplysninger om ÅOP/ÅOK, som efter det oplyste var nødvendige for at undgå yderligere oplysningskrav, samt henvisninger til den ændrede lov om investeringsforeninger m.v. Vi forstår således, at Finanstilsynet ved den seneste opdatering ikke har taget stilling til, om certifikater kan godkendes til placering af opsparing i pulje og særskilte depoter.

5.2 Regler om risikomærkning

Den 1. juli 2011 trådte Risikomærkningsbekendtgørelsen, med tilhørende vejledning til bekendtgørelse om risikomærkning af investeringsprodukter ("Vejledningen"), i kraft.

Det følger af Risikomærkningsbekendtgørelsens § 2, at investeringsprodukter skal forstås som de instrumenter, der fremgår af bilag 5 til FIL, samt strukturerede indlån, garantbeviser, andelsbeviser og pantebreve.

Det fremgår af Vejledningen, at risikomærkningen skal bidrage til, at detailkunder kan danne sig et overblik over, hvorvidt de kan risikere at tabe dele af investeringen, hele investeringen eller mere end investeringen. Mærkningsordningen afspejler risikoen for tab ved investeringen, samt hvor let eller svært det er at gennemskue den pågældende investering og de mulige konsekvenser heraf.

Grøn kategori betyder, at risikoen for at tabe indskuddet på produktet må betragtes som meget lille, og at produkttypen ikke er vanskelig at gennemskue; gul kategori betyder, at der er en risiko for, at indskuddet på produktet kan tabes helt eller delvist, og produkttypen ikke er vanskelig at gennemskue; og rød kategori betyder, at der er risiko for at tabe mere end indskuddet på produktet, eller at produkttypen er vanskelig at gennemskue.

Risikomærkningsbekendtgørelsens bilag 1 lister de forskellige investeringsprodukter i de relevante kategorier, og inden for kategorien af obligationer sondres der mellem statsobligationer, realkreditobligationer, traditionelle erhvervsobligationer og strukturerede obligationer. Certifikater fremgår også af listen. Såfremt et givent investeringsprodukt ikke fremgår af bilag 1, følger det af Vejledningen, at Finanstilsynet skal kontaktes med henblik på indplacering af det pågældende produkt.

F.eks. er både aktier (der er optaget til handel på et reguleret marked), erhvervsobligationer (der er handlet på et reguleret marked) og certifikater (hvor der ikke kan tabes mere end det indskudte beløb) ifølge Risikomærkningsbekendtgørelsens bilag 1 placeret i gul kategori. Derimod er f.eks. hedgefonde (uanset underliggende investeringsaktiv) og erhvervsobligationer (som ikke er handlet på et reguleret marked) placeret i rød kategori.

Det må på grundlag af Risikomærkningsbekendtgørelsens opdeling i grøn, gul og rød kategori lægges til grund, at certifikater (hvor der ikke kan tabes mere end det indskudte beløb) har samme grad af risiko som blandt andet erhvervsobligationer (der er handlet på et reguleret marked), mens at hedgefonde har en større grad af risiko end certifikater (hvor der ikke kan tabes mere end det indskudte beløb) og samme grad af risiko som certifikater (hvor der kan tabes mere end det indskudte beløb eller som er vanskelig at gennemskue).

5.3 Regler om investorbekyttelse

Som følge af implementering af MiFID direktivet trådte bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel ("Investorbeskyttelsesbekendtgørelsen") i kraft den 1. november 2007. Investorbeskyttelsesbekendtgørelsen er siden ændret flere gange senest den 27. juni 2011 med delvis ikrafttrædelse den 1. juli 2011.

Det følger af Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 19, at værdipapirhandlere ikke må gennemføre ordrer som "execution only", når der er tale om et gældsinstrument, der omfatter et afledt instrument. Det betyder, at værdipapirhandleren ved formidling af ordrer med certifikater, ligesom strukturerede erhvervsobligationer, skal gennemføre en hensigtsmæssighedstest, hvis formidlingen sker uden investeringsrådgivning eller porteføljepleje, eller en egnethedstest, hvis formidlingen sker sammen med investeringsrådgivning eller porteføljepleje i overensstemmelse med Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 16 - § 18.

Hertil kommer, at i medfør af bekendtgørelse om kompetencekrav til personer, der yder rådgivning om visse investeringsprodukter ("Kompetencebekendtgørelsen"), der trådte i kraft 1. august 2011, skal ansatte, der yder investeringsrådgivning eller rådgivning om porteføljer eller puljer af investeringsprodukter, have fornødne kompetencer i forhold til relevant lovgivning, investeringsprodukter og økonomisk forståelse. For ansatte, der yder rådgivning om investeringsprodukter i rød kategori, jf. Risikomærkningsbekendtgørelsen, stilles der endvidere krav om en bestået prøve godkendt af Finanstilsynet.

Som følge af investorbeskyttelsesreglerne vil en investering i certifikater, ligesom i strukturerede erhvervsobligationer, således kun kunne foretages, når der enten er lavet en hensigtsmæssighedstest eller en egnethedstest (afhængig af om der samtidig ydes investeringsrådgivning). Da investering i opsparing i puljer og særskilte depoter typisk foretages i forbindelse med investeringsrådgivning, skal der forud for placering af midler i certifikater laves en egnethedstest, ligesom den pågældende rådgivning skal foretages af en person, der har den fornødne kompetence.

6. Godkendelse af certifikater til anbringelse af opsparing for puljer og særskilte depoter

6.1 Godkendelse af certifikater til anbringelse af opsparing for puljer og særskilte depoter

Først og fremmest anmodes Finanstilsynet om at godkende certifikater til anbringelse af opsparing i puljer og særskilte depoter, jf. § 50 i FIL og § 12, stk. 1, i Puljebekendtgørelsen.

Certifikater er, som det fremgår ovenfor i afsnit 2, et omsætteligt værdipapir og gældsinstrument, hvor investoren har en fordring mod udsteder. Værdien af værdipapiret afhænger af udviklingen af et eller flere underliggende aktiver, typisk et indeks, en aktie, en valuta eller en råvare.

Markedet for certifikater har særligt inden for de sidste 3-5 år udviklet sig betydeligt. I 2006 hvor den seneste puljebekendtgørelse blev udstedt

(inden den nyeste "midlertidige" version, jf. afsnit 4.3), var certifikater ikke særlig kendte eller udbredte i Danmark. På daværende tidspunkt var det således næppe relevant at medtage certifikater på listen over placeringsmuligheder. Derimod blev de mere kendte og udbredte hedgeforeninger, som er godkendt i medfør af lov om investeringsforeninger m.v., medtaget på listen over placeringsmuligheder.

Overordnet er placeringsreglerne for puljeordninger indført som en forudsætning for, at godkende debitering af negativt afkast i forbindelse med kurstab samtidig med at placeringsreglerne skulle være en beskyttelse af pensionsopsparernes midler. Således er placeringsreglerne samlet set indført ud fra en risikobetragtning.

Dette skal ses i sammenhæng med, at man har fundet, at midler i puljer og særskilte depoter kan anbringes i (i) hegeforeninger, som er godkendt i medfør af lov om investeringsforeninger m.v., (ii) kapitalandele, der handles på alternative markedspladser, og (iii) strukturerede erhvervsobligationer (idet man ikke har sondret mellem traditionelle erhvervsobligationer og strukturerede erhvervsobligationer), således at man tillader, at midler i puljer og særskilte depoter placeres i værdipapirer, der ifølge Risikomærkningsbekendtgørelsen er placeret i rød kategori.

Risikomæssigt kan certifikater placeret i gul kategori i henhold til Risikomærkningsbekendtgørelsen sammenlignes med både erhvervsobligationer og aktier, der er optaget til handel på et reguleret marked. Endvidere kan certifikater placeret i rød kategori i henhold til Risikomærkningsbekendtgørelsen sammenlignes med hedgefonde (uanset det underliggende investeringsaktiv), strukturerede erhvervsobligationer eller aktier, der ikke er optaget til handel på et reguleret marked.

På denne baggrund er det vores vurdering, at Finanstilsynet kan og bør godkende, at opsparing i puljer og særskilte depoter kan anbringes i certifikater, idet Finanstilsynet har hjemmel hertil, certifikater som omsættelige værdipapirer og gældsinstrumenter ikke var kendte eller særlig udbredte sidste gang, hvor listen over godkendte værdipapirer blev opdateret, og certifikater har samme eller lavere risiko end værdipapirer, der allerede er godkendt, og at der derfor vil være tale om en urimelig forskelsbehandling, såfremt Finanstilsynet ikke vil godkende, at opsparing i puljer og særskilte depoter kan placeres i certifikater. Hertil kommer, at reglerne om investorbeskyttelse, jf. afsnit 5.3 sikrer, at certifikater ikke kan placeres i opsparing for pulje eller særskilte depoter uden en hensigtsmæssighedstest eller en egnethedstest, og at rådgivningen i forbindelse med investeringen foretages af personer, der har den fornødne kompetence.

På baggrund af ovenstående anmodes Finanstilsynet om at godkende certifikater til anbringelse af opsparing i puljer og særskilte depoter i henhold til § 50 i FIL og § 12, stk. 1, Puljebekendtgørelsen.

6.2 Godkendelse af henholdsvis C1 og C2 som et værdipapir, som efter Finanstilsynets afgørelse kan sidestilles med en erhvervsobligation

Endvidere anmodes Finanstilsynet om, såfremt Finanstilsynet ikke kan godkende certifikater til anbringelse af opsparing for puljer og særskilte depoter, jf. afsnit 5.1, subsidiært at godkende henholdsvis C1 og C2 som et værdipapir, som efter Finanstilsynets vurdering kan sidestilles med en erhvervsobligation, jf. § 12, stk. 1, nr. 11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3, i Puljebekendtgørelsen.

C1 og C2 er, ligesom erhvervsobligationer, et gældsinstrument, hvor investoren har en fordring mod udstederen. Certifikat-investoren bliver ikke ejer af en underliggende fordring eller aktiv. C1 og C2 er således, ligesom obligationer, herunder erhvervsobligationer, et værdipapir omfattet af bilag 5, nr. 1, litra b, i FIL, jf. også § 2, stk. 1, nr. 1, litra b, i lov om værdipapirhandel mv.

Erhvervsobligationer er traditionelt karakteriseret ved, at en virksomhed, for at låne kapital, udsteder en obligation typisk med en effektiv rente, der er højere end renten på statsobligationer. Værdien af obligationen er således traditionelt set afhængig af udviklingen i virksomheden. Imidlertid må denne traditionelle forståelse udvides, idet markedet for erhvervsobligationer har udviklet sig markant, og erhvervsobligationer i dag udstedes meget mere diversificeret end for blot nogle få år siden.

Traditionelle erhvervsobligationer har - modsat certifikater - som alt overvejende hovedregel en hovedstolsgaranti. Imidlertid udstedes en del erhvervsobligationer i dag som strukturerede erhvervsobligationer. Strukturerede erhvervsobligationer udstedes både med fuld, begrænset eller uden hovedstolsgaranti. Nogle strukturerede erhvervsobligationer er således udstedt med sikkerhed i en sikkerhedsobligation f.eks. af typen Credit Linked Note.

Typisk er strukturerede erhvervsobligationer, ligesom certifikater, hverken rente- eller udbyttebærende, idet renten eller udbyttet anvendes til køb af afledte finansielle instrumenter, således at afkastet på obligationen afhænger af det eller de underliggende aktiver. Modsat traditionelle erhvervsobligationer, men på samme måde som strukturerede erhvervsobligationer, er certifikaternes værdi ikke afhængig af udviklingen i udstederen virksomhed, men af udviklingen af værdien på det eller de underliggende aktiver.

Det bemærkes i den forbindelse som nævnt ovenfor i afsnit 4.1.3, at Finanstilsynet tidligere har kategoriseret en struktureret erhvervsobligation (i form af en aktieindekseret obligation) som en erhvervsobligation.

Risikomæssigt kan C1 også sammenlignes med erhvervsobligationer, der er optaget til handel på et reguleret marked, jf. afsnit 5.1. Ved en investering i C1 kan der ikke tabes mere end det indskudte beløb, hvorfor disse certifikater, lige som erhvervsobligationer, der er optaget til handel på et reguleret marked, er placeret i gul kategori i henhold til Risikomærkningsbekendtgørelsen.

C2 kan risikomæssigt også sammenlignes med erhvervsobligationer, der er optaget til handel på et reguleret marked, men da C2 kan være vanske-

lige at gennemskue som følge af gearingen, bør C2 risikomæssigt nok sammenlignes med hedgefonde og strukturerede erhvervsobligationer placeret i rød kategori i medfør af Risikomærkningsbekendtgørelsen.

Reglerne om investorbeskyttelse, jf. afsnit 5.3, sikrer, at C1 og C2 ikke kan placeres i opsparing for pulje eller særskilte depoter uden en hensigtsmæssighedstest eller en egnethedstest, og at rådgivningen i forbindelse med investeringen foretages af personer, der har den fornødne kompetence.

På baggrund af ovenstående anmodes Finanstilsynet om at godkende henholdsvis C1 og C2 som et værdipapir, som efter Finanstilsynets vurdering kan sidestilles med en erhvervsobligation, idet i) certifikaterne er et gældsinstrument med en fordring mod udstederen, ii) afkastet på certifikaterne er afhængig af udviklingen af værdien af det eller de underliggende aktiver på samme måde som strukturerede erhvervsobligationer, iii) certifikaterne, ligesom visse strukturerede erhvervsobligationer, ikke har nogen hovedstolsgaranti, iv) C1 risikomæssigt kan sammenlignes med traditionelle erhvervsobligationer, der er optaget på et reguleret marked, og C2 med strukturerede erhvervsobligationer, og v) at reglerne om investorbeskyttelse yder investorer den nødvendige beskyttelse ved en investering i certifikaterne.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 25. juni 2012 udtalt:

”...

2. Afgørelsens retlige grundlag

Finanstilsynet har i medfør af § 50, stk. 2, og § 373, stk. 4, i lov om finansiel virksomhed fastsat bekendtgørelse nr. 1359 af 22. december 2011 om puljepension og andre skattebegunstigede opsparingsformer m.v. (puljebekendtgørelsen).

Af puljebekendtgørelsen § 12 fremgår følgende:

...

Puljebekendtgørelsens § 14, stk. 1, har følgende ordlyd:

...

Oplistningen i § 12 fandtes oprindeligt i bank- og sparekasselovens § 42 b, stk. 1. Her blev den indsat ved lov nr. 829 af 18. december 1991 (puljeloven). Listen havde på daværende tidspunkt følgende ordlyd:

”Opsparingen i den enkelte ordning skal anbringes på en eller flere af følgende måder:

- 1) Som indestående på en kontantforrentet indlånskonto.*
- 2) I obligationer, herunder indeksobligationer, skatkammerbeviser og konvertible obligationer.*
- 3) I aktier, tegningsretter og aktieretter til aktier.*
- 4) I investeringsforeningsandele udstedt af investeringsforeninger eller afdelinger af sådanne, der omfattes af lov om investeringsforeninger.*

5) I sparekassernes beviser for garantikapital og andelskassernes beviser for andelskapital, såfremt beviserne ifølge sparekassens eller andelskassens vedtægter er omsættelige.

6) I værdipapirer, som efter Finanstilsynets afgørelse kan sidestilles med de under nr. 1-5 nævnte aktiver.”

Loven indeholdt således også dengang en mulighed for at Finanstilsynet kunne sidestille værdipapirer med de oplyste. Af lovbemærkningerne til nr. 6 fremgår følgende:

”[...]

Som i Skatteministeriets gældende regler for særskilte depoter udgør de i stk. 1 nævnte værdipapirer en udtømmende liste over placeringsmulighederne.

[...]

Finanstilsynets dispensationsmulighed i nr. 6 skal administreres restriktivt og alene benyttes til at sidestille visse udenlandske værdipapirer med tilsvarende danske papirer, f.eks. investeringsforeningsbeviser, samt til at tillade investeringer i sådanne nye finansielle instrumenter, der ikke kendes på det nuværende finansielle marked.”

Der er således lagt op til en restriktiv anvendelse af dispensationsmuligheden, der er tiltænkt situationen, hvor nye eller udenlandske værdipapirer introduceres på det danske marked. Denne fortolkning blev opretholdt med vedtagelsen af lov om finansiell virksomhed, jf. bemærkningerne til § 50, stk. 2, jf. lovforslag nr. 176 som fremsat den 12. marts 2003:

”Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 1100 af 12. december 2000, jf. ovenfor indeholder endvidere regler om midlernes placering.

Indførelse af placeringsregler for puljeordningerne var en forudsætning for at godkende debitering af negativt afkast i forbindelse med kurstab.

Placeringsregler er en beskyttelse af opsparernes midler. Placeringsregler skal både sikre en vis mindste kvalitet af det enkelte værdipapir, samt, for så vidt angår særskilte depoter, sikre et vist minimum af risikospredning.

I bekendtgørelsen er der således både regler om, hvilke værdipapirer de opsparede midler kan placeres i, samt for visse værdipapirer en grænse for hvor stor en del af de opsparede midler i et særskilt depot, der kan placeres i værdipapirer udstedt af en enkelt emittent.

Endvidere er der krav om, at visse værdipapirer skal være optaget til handel på et reguleret marked, ligesom der er begrænsninger i, hvilke regulerede markeder der er godkendt i denne forbindelse.

Der er forbud mod at placere opsparingen i aktier m.v. i selskaber, der har som formål at give ejeren brugsrettigheder eller lignende (time share projekter og lign.).

Finanstilsynet kan godkende nye værdipapirer og nye regulerede markeder.

De i bekendtgørelsen nævnte værdipapirer er en udtømmende liste over placeringsmulighederne.

Bekendtgørelsen giver endvidere puljer mulighed for anvendelse af afledte finansielle instrumenter samt udførelse af værdipapirudlån til risikoafdækning og porteføljepleje. Bekendtgørelsens bestemmelser herom har til formål at sikre, at en pulje gennem anvendelse af afledte finansielle instrumenter eller ved udførelse af værdipapirudlån ikke derved vil kunne påtage sig en større risiko end den, puljen ville kunne påtage sig ved udelukkende at investere i værdipapirer, der kan indgå i puljen.

For så vidt angår afledte finansielle instrumenter, har særskilte depoter alene mulighed for at erhverve optioner og warrants og alene inden for visse begrænsninger, således at tabsrisikoen begrænses. Baggrunden for denne indskrænkning i forhold til bestemmelserne for puljer er, at enhver mulighed for brug af finansielle instrumenter giver store kontrolmæssige vanskeligheder, men at der på den anden side er et kundebehov for afdækning af allerede indgåede risici og formindskelse af investeringsomkostninger. En afvejning af disse hensyn har betydet, at der for hvert enkelt depot er adgang til at erhverve op til fem optioner eller warrants pr. kalenderår, hvilket i modsætning til anvendelse af andre afledte instrumenter ikke kræver en marginindbetaling og dermed en pantsætning, hvilket ikke er muligt efter de nuværende skatte-regler. ”

3. Finanstilsynets vurdering og bemærkninger til klagers anbringender

Finanstilsynet forstår klagen således, at denne alene vedrører Finanstilsynets afslag på, at sidestille C1 og C2 med erhvervsobligationer, jf. puljebekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr.11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3.

Finanstilsynet har følgende bemærkninger til K's anbringender:

Sidestillelse med erhvervsobligationer:

K anfører, at idet C1 og C2 inde-bærer, at kunden har en fordring på K, minder det produkttypemæssigt mest om et gældsinstrument, nærmere betegnet en erhvervsobligation. Til støtte herfor henvises til Finanstilsynets afgørelse af 14. juli 2000, der efter K's opfattelse kan tages til indtægt for en bredere definition af erhvervsobligationer.

Erhvervsobligationer udstedes typisk af store virksomheder for at låne kapital. Der er tale om en fordring mod udstederen af obligationen. Investor modtager en fast rente på obligationen, og ved obligationens udløbstid, vil obligationen blive indfriet til en på forhånd fastsat minimumskurs – typisk til kurs 100.

Risikoen ved en erhvervsobligation ligger i, at udstederen af obligationen ikke kan opfylde sine betalingsforpligtelser i henhold til obligationen. Der er således en risiko for at miste hele sin investering, hvis udstederen af erhvervsobligationen går konkurs.

Den væsentlige forskel til C1 og C2 er, at der ved certifikaterne ikke er en på forhånd fastsat indfrielseskurs, idet værdien følger den underliggende aktie. Samtidig afviger certifikaterne ved den strukturerede del med rabatniveau, loft og investering i stigning eller fald også betydeligt fra erhvervsobligationer.

Klager anfører i sit brev af 30. marts 2012, at det forhold, at puljebekendtgørelsen ikke skelner mellem erhvervsobligationer og strukturerede erhvervsobligationer må betyde, at det modsætningsvist kan sluttes, at begge typer af finansielle produkter må være omfattede af bekendtgørelsen.

Finanstilsynet bemærker hertil, at strukturerede erhvervsobligationer ikke er omfattet af puljebekendtgørelsen.

For så vidt angår erhvervsobligationer og strukturerede erhvervsobligationer er der tale om to forskellige finansielle produkter med helt forskellige risikoprofiler. Den risiko, der er forbundet med en erhvervsobligation, bestemmes ud fra det sæt af faktorer, der påvirker prisdannelsen på produktet, mens en struktureret erhvervsobligation, der er et derivat, er sammensat af andre aktiver, som f.eks. aktier eller optioner i den pågældende virksomhed. Risikoen bestemmes her ud af de sæt af faktorer, der påvirker prisdannelsen på de underliggende aktiver, hvilket gør, at strukturerede erhvervsobligationer er mindre gennemskuelige end almindelige erhvervsobligationer.

Som omtalt henviser klager endvidere til en afgørelse truffet af Finanstilsynet den 14. juli 2000, idet klager tager afgørelsen til indtægt for, at Finanstilsynet ved afgørelsen anlagde en bredere definition af erhvervsobligationer.

I relation til afgørelsen fra 2000 bemærkes, at denne udsprang af en forespørgsel fra et pengeinstitut, der vedrørte hvorvidt obligationer, der er udstedt af en virksomhed og indekseres på baggrund af et aktieindeks, skulle kategoriseres som indeksobligationer eller erhvervsobligationer, i henhold til § 10 i den daværende puljebekendtgørelse nr. 657 af 4. september 1998. Finanstilsynet traf følgende afgørelse:

”Finanstilsynet meddelte instituttet, at den traditionelle definition på en indeksobligation er en obligation, hvis værdi bliver reguleret i takt med prisudviklingen i samfundet.

Aktieindekserede obligationer kan ikke siges direkte at relatere sig til prisudviklingen, men i stedet alene til udviklingen i erhvervsvirksomheder.

De omhandlede aktieindekserede obligationer skal derfor kategoriseres som erhvervsobligationer i henhold til puljebekendtgørelsens § 10.”

De pågældende obligationer var indekseret på de største aktier i Europa henholdsvis de største aktier i USA. Obligationerne var uforrentede, da kursen på obligationen i stedet forøgedes med en procentdel af stignin-

gen i aktieindekset. Hvis aktieindekset faldt, var obligationerne garanteret indfrielse til kurs 100 på udløbstidspunktet.

Afgørelsen fra 2000 adskiller sig således på flere punkter væsentligt fra nærværende sag, blandt andet idet investering i de omhandlede obligationer i afgørelsen fra 2000, jf. ovenstående, indebærer en hovedstolsgaranti for investor.

Det følger af klagers brev af 30. marts 2012, at hverken investering i C1 eller C2 indebærer en hovedstolsgaranti for investor, hvorfor værdien af investeringerne alene afhænger af værdierne af de underliggende aktiver, jf. definitionen af afledte finansielle aktiver i § 14 i puljebekendtgørelsen.

Hedgeforeninger og bekendtgørelse om risikomærkning af investeringsprodukter:

Vedrørende klagers betragtninger i relation til puljebekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 9, hvorefter opsparede midler i den enkelte ordning kan anbringes i hedgeforeninger, der er godkendt i medfør af § 7, i lov om investeringsforeninger m.v. bemærkes følgende:

De omfattede hedgeforeninger er godkendt af Finanstilsynet, (herunder godkender Finanstilsynet også foreningernes vedtægter, og hvordan foreningen har beskrevet dennes investeringspolitik), ligesom Finanstilsynet fører tilsyn med foreningerne.

Hedgeforeninger er indgående reguleret i lov om investeringsforeninger m.v., bl.a. i kapitel 7, hvor der er fastsat krav til bestyrelsen og ledelsesmedlemmerne. Eksempelvis kan nævnes § 35, stk. 1, nr. 3, hvorefter bestyrelsen for en hedgeforening skal identificere de enkelte afdelingers og eventuelle andelsklassers væsentlige risici på grundlag af den i vedtægterne fastlagte investeringspolitik og risikoprofil.

Det er, jf. ovenstående betragtninger, Finanstilsynets opfattelse, at opstillingen af hedgeforeninger i § 12, stk. 1, nr. 9, i puljebekendtgørelsen ikke kan anføres som et argument for at acceptere C1 og C2 i henhold til § 12, stk. 1., nr. 11, i puljebekendtgørelsen.

Til klagers bemærkninger vedrørte bekendtgørelsen om risikomærkning af investeringsprodukter bemærkes, at formålet med denne bekendtgørelse er at bibringe detailkunder et overblik over, hvorvidt de kan risikere at tabe dele af investeringen, hele investeringen eller mere end investeringen. Herudover afspejler farverne rød, gul og grøn hvor let henholdsvis svært det er, at gennemskue den pågældende investering og de mulige konsekvenser heraf.

Risikomærkningen tager udgangspunkt i muligheden for at tabe investeringens indskud, og ikke i sandsynligheden for at dette sker. Selve investeringsinstrumentets sammensætning, som er det centrale punkt i denne sag, er således ikke reguleret i bekendtgørelsen.

Afledt finansielt instrument

Da værdien af C1 og C2 afhænger af det underliggende aktiv, og da certifikaterne ikke kan sidestilles med erhvervsobligationer, finder Finanstilsynet, at der er tale om afledte finansielle instrumenter, jf. puljebekendtgørelsens § 14.

...”

Advokat A har ved skrivelse af 3. september 2012 yderligere anført:

” ...

Indledningsvist finder vi det overraskende, at Finanstilsynet først efter indbringelse for Erhvervsankenævnet finder anledning til nærmere at begrunde deres afgørelse, herunder at forholde sig til specifikke anbringender, idet bemærkes, at vi ved indbringelsen for nævnet ikke anførte eller fremsatte yderligere eller nye anbringender.

Herudover skal det præciseres, at K ikke (som anført af Finanstilsynet) har anført, at certifikater "minder mest" om et gældsinstrument, men derimod anført, at certifikater er et gældsinstrument, jf. også vedlagte bemærkninger.

Finanstilsynet anfører i sin supplerende udtalelse, at strukturerede erhvervsobligationer ikke er omfattet af puljepensionsbekendtgørelsen. En sådan fortolkning finder hverken støtte i ordlyden af § 12 i puljepensionsbekendtgørelsen, forarbejderne til § 42, b i lov om banker og sparekasser m.v. eller markedspraksis, hvorfor en sådan fortolkning må afvises. På grundlag af ordlyden af § 12 i puljebekendtgørelsen, forarbejder samt historie er det vores vurdering, at der ikke findes en definition af "erhvervsobligation", idet begrebet "erhvervsobligation" alene er anvendt som sondring i forhold til stats og realkreditobligationer.

Endelig anfører Finanstilsynet, at hedgeforeninger er godkendt af tilsynet, under tilsyn og indgående reguleret ved lov. På trods af dette er der hedgeforeninger på markedet, som har medført betydelige tab for investorerne. Hertil kommer, at K som kreditinstitut (og udsteder) også er godkendt og under tilsyn.”

Skrivelsen af 3. september 2012 var vedlagt følgende bemærkninger fra K:

”Vi er meget uforstående overfor Finanstilsynets afgørelse og vil opfordre til at nævnet vurdere sagen på ny ud fra de pågældende produkters indhold.

Certifikater udstedes af K og er en finansiell fordring, de udstedes under et obligationsprogram som er oprettet af K. På samme vis som hovedstolsgaranterede strukturerede obligationer også giver funding til den der udsteder disse, så opnår K funding ved udstedelse af disse certifikater – så der er uomtvisteligt, at der er tale om et gældsinstrument (d.v.s. en erhvervsobligation).

Det er korrekt, at certifikater indeholder afledte instrumenter, i lighed med de fleste hovedstolsgaranterede strukturerede obligationer. Forskellen på de to produkter er, at certifikaterne handles i meget små beløb kr. 5-10.- per styk, hvorimod de hovedstolsgaranterede strukturerede produkter handles i stk. af kr. 1100,-, hvor så udbyder garanterer, at investor får 1000,- tilbage efter 5 år. Hertil kommer at strukturerede produkter sælges typisk til en overkurs på 10 % af hovedstolen. De kr 100.- samt forretningen af de ca. kr. 1000 anvendes til derivater, resten lægges i "skuffen" som en passiv investering.

Konklusionen er derfor, at hvis man forestiller sig en investor som køber for kr. 100.- i certifikater og anbringer kr. 1000.- i obligationer så vil denne investor have en risiko som svarer til en placering i en hovedstolsgaranteret struktureret obligation.

Vi syntes, at Finanstilsynets afgørelse er udtryk for formalisme, og opfordrer meget til, at man i stedet vurderer indhold i produktet.

Endvidere finder vi det meget betænkeligt, at man "tvinger" pensionskunder ind i en fastlåst investering, med meget høje omkostninger, 1.21 % p.a. for at opnå en meget lille aktiv investering på 10-15 % af det investerede beløb.

Det giver anledning til undren, at Finanstilsynet på denne vis regulerer markedet således, at pensionsopsparere som køber strukturerede produkter skal afgive deres fremtidige afkast på den sikre del og samtidig betale overpris for at opnå en garanti, hvor den enkelte kunne have købt et certifikat for kr. 100 og bibeholdt sine øvrige investeringer på kr. 1000.-. Man har også set eksempler på produkter, hvor den underliggende såkaldte "sikre" den af investeringerne er anbragt i ganske risikobetonede obligationer, som faktisk vil kunne resultere i at investor taber hele sin investering.

Et andet forhold, som vi mener, bør inddrages er, at certifikater ofte bruges til at minimere kundens risiko, eksempelvis bonus certifikater som giver opspareren mulighed for at realisere sin gevinst. De hovedstolsgaranterede strukturerede obligationer er meget ufleksible, idet de typisk binder investor for en længere periode, hvilket er nødvendigt for at "skabe" plads til den aktive investering og de høje omkostninger. Ønsker nævnet at skabe transparens og konsistens mellem form og indhold, kunne man eksempelvis tillade at certifikater kan indgå i pensionsopsparing med eksempelvis op til 10 % af depotets værdi.

Vi finder desuden Finanstilsynets afgørelse konkurrenceforvridende, idet bl.a. udenlandske udbydere ikke kan markedsføre investeringsprodukter som er godkendt i de fleste EU-lande.

Det er klart anvendelsen af certifikater, ligesom alle andre investeringsprodukter, bør sammensættes således at kunden får et balanceret afkast. Derfor bør denne type produkt udelukkende anvendes i forbindelse med kompetent rådgivning.

...

Ankenævnet udtaler:

I henhold til bekendtgørelse nr. 1359 af 22. december 2011 om puljepension og andre skattebegunstigende opsparingsformer m.v. § 12, stk. 1, nr. 11, skal opsparingen i den enkelte ordning anbringes i værdipapirer, som efter Finanstilsynets afgørelse kan sidestilles med de under stk. 1, nr. 1-9, nævnte aktiver. Bekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 3, omhandler blandt andet aktier, konvertible obligationer og erhvervsobligationer.

Bekendtgørelsen er udstedt i medfør af lov om finansiel virksomhed § 50, stk. 2. Af forarbejderne til § 50, stk. 2 (lovforslag nr. 176 fremsat den 12. marts 2003), fremgår blandt andet:

”Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 1100 af 12. december 2000, jf. ovenfor indeholder endvidere regler om midlernes placering.

Indførelse af placeringsregler for puljeordningerne var en forudsætning for at godkende debitering af negativt afkast i forbindelse med kurstab.

Placeringsregler er en beskyttelse af opsparernes midler. Placeringsregler skal både sikre en vis mindste kvalitet af det enkelte værdipapir, samt, for så vidt angår særskilte depoter, sikre et vist minimum af risikospredning.

...

De i bekendtgørelsen nævnte værdipapirer er en udtømmende liste over placeringsmulighederne.

Bekendtgørelsen giver endvidere puljer mulighed for anvendelse af afledte finansielle instrumenter samt udførelse af værdipapirudlån til risikoafdækning og porteføljepleje. Bekendtgørelsens bestemmelser herom har til formål at sikre, at en pulje gennem anvendelse af afledte finansielle instrumenter eller ved udførelse af værdipapirudlån ikke derved vil kunne påtage sig en større risiko end den, puljen ville kunne påtage sig ved udelukkende at investere i værdipapirer, der kan indgå i puljen.

For så vidt angår afledte finansielle instrumenter, har særskilte depoter alene mulighed for at erhverve optioner og warrants og alene inden for visse begrænsninger, således at tabsrisikoen begrænses. Baggrunden for denne indskrænkning i forhold til bestemmelserne for puljer er, at enhver mulighed for brug af finansielle instrumenter giver store kontrolmæssige vanskeligheder, men at der på den anden side er et kundebehov for afdækning af allerede indgåede risici og formindskelse af investeringsomkostninger. En afvejning af disse hensyn har betydet, at der for hvert enkelt depot er adgang til at erhverve op til fem optioner eller warrants pr. kalenderår, hvilket i modsætning til anvendelse af andre afledte instrumenter ikke kræver en marginindbetaling og dermed en pantsætning, hvilket ikke er muligt efter de nuværende skatteregler.”

En til puljebekendtgørelsens § 12 svarende opstilling fandtes oprindeligt i lov om banker og sparekasser m.v., hvor § 42 b blev indsat ved lov nr. 829 af 18. december 1991 om banker og sparekasser m.v., og hvor nr. 6 i opstillingen vedrørte ”værdipapirer, som efter Finanstilsynets afgørelse kan sidestilles med de under nr. 1-5 nævnte aktiver”. Af forarbejderne til § 42 b (lovforslag nr. 5 fremsat den 2. oktober 1991) fremgår blandt andet:

”Baggrunden for forslaget til § 42 b skal søges i ønsket om nærmere fastsatte placeringsregler. Sådanne har hidtil kun eksisteret for anbringelse af midler i særskilte depoter.

Indførelse af placeringsregler for puljeordningerne har imidlertid været en forudsætning for at godkende debitering af negativt afkast i forbindelse med kurstab. Dernæst er placeringsregler en beskyttelse af pensionsopsparenes midler, hvilket også samfundsøkonomisk er ønskeligt.

...

Som i Skatteministeriets gældende regler for særskilte depoter udgør de i stk. 1 nævnte værdipapirer en udtømmende liste over placeringsmulighederne.

...

Finanstilsynets dispensationsmulighed i nr. 6 skal administreres meget restriktivt og alene benyttes til at sidestille visse udenlandske værdipapirer med tilsvarende danske papirer, f.eks. investeringsforeningsbeviser, samt til at tillade investeringer i sådanne nye finansielle instrumenter, der ikke kendes på det nuværende finansielle marked.”

Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer udtaler:

For de omhandlede værdipapirer, C1 og C2, er der ikke på forhånd fastsat en indløsningskurs, og værdien af værdipapirerne afhænger af værdien af et underliggende aktiv. Navnlige herved adskiller værdipapirerne sig væsentligt fra traditionelle erhvervsobligationer, og de må efter ankenævnets opfattelse i puljebekendtgørelsens forstand anses som afledte finansielle instrumenter, jf. nærmere bekendtgørelsens § 14.

Herefter, og da dispensationsmuligheden efter bekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 11, må anses at skulle administreres meget restriktivt, jf. de citerede forarbejder, tiltræder Erhvervsankenævnet Finanstilsynets vurdering, hvorefter certifikaterne ikke er omfattet af bekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 11, jf. nr. 3.

Cato Baldvinsson udtaler:

De omspurgte certifikater er obligationer udstedt af en erhvervsvirksomhed, K, der er en bank under tilsyn.

Banken er forpligtet til at betale det i obligationsbetingelserne fastsatte afkast. Certifikaternes status som erhvervsobligation anfægtes ikke af, hvorledes selve obligationsafkastet er fastsat, herunder om der for investorerne er større eller mindre risiko forbundet med afkastet eller hovedstol.

Der er derfor min opfattelse, at K's påstand om, at de omhandlede certifikater efter puljebekendtgørelsen bør omfattes af betegnelsen erhvervsobligationer, bør tages til følge.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 24. april 2012.

2) Kendelse af 12. februar 2013 (J.nr. 2012-0032268)

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Lov om finansiel virksomhed § 354 og § 355 samt offentlighedslovens § 14.

(Lise Høgh, Elisabeth Stamer og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 21. juni 2012 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 24. maj 2012 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i korrespondance mellem Finanstilsynet og A [pensionskasse].

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 24. maj 2012 hedder det:

”Kære K,

Finanstilsynet har modtaget Deres brev af 22. april 2012, hvori De klager over A. Finanstilsynets direktør har bedt mig om at besvare Deres brev. Jeg er informeret om, at De tidligere har korresponderet med Finanstilsynet. Jeg skal derfor generelt henvise til de svar, som Finanstilsynet tidligere har givet Dem.

Jeg har endvidere modtaget Deres e-mail af 23. maj 2012, hvori De efterspørger vejledning i forhold til fri proces i en retssag. Jeg skal indledningsvis oplyse Dem om, at det er Civilstyrelsen, der behandler ansøgninger om fri proces til retssager i Danmark. Jeg skal derfor henvise Dem til Civilstyrelsen, som hører under Justitsministeriet, for nærmere vejledning i relation til fri proces.

Jeg kan forstå, at Deres klage af 22. april 2012 som udgangspunkt vedrører ændringer i forhold til den aftale, som Deres pensionsordning hviler på. Klagepunkterne relaterer sig til, hvilke ændringer, der kan lade sig gøre i relation til det foreliggende aftalegrundlag.

Som Finanstilsynet tidligere har oplyst Dem om, er tilsynet ikke en klageinstans i tvister mellem finansielle virksomheder og disses medlemmer/kunder. Finanstilsynet kan derfor ikke behandle en konkret klage fra Dem over A. Som medlem af en pensionskasse har man derimod mulighed for at indbringe en klage for Ankenævnet for Forsikring. Ankenævnet for Forsikring behandler klager vedr. forsikrings- og pensionsforhold mod et gebyr på 150 kr.

Det fremgår derudover af Deres brev, at De den 29. januar 2012 har kontaktet A's klageansvarlige, men at pensionskassens klageansvarlige endnu ikke har besvaret Deres henvendelse.

Jeg kan oplyse Dem om, at Finanstilsynet på den baggrund vil anmode A om en redegørelse i relation til A's håndtering af reglerne om en klageansvarlig. Jeg vil sørge for, at De bliver orienteret, når Finanstilsynet har modtaget en redegørelse omkring A's håndtering af Deres klage til den klageansvarlige.

Finanstilsynet vurderer løbende, om de forhold om fordeling af overskud mv. (det tekniske grundlag), som pensionskassen anmelder til Finanstilsynet, er betryggende og rimelige. Hvis en pensionskasse foretager ændringer i det anmeldte tekniske grundlag er Finanstilsynet forpligtet til at reagere overfor pensionskassen, hvis tilsynet vurderer, at de forhold, der anmeldes ikke er betryggende og rimelige overfor den enkelte forsikringstager.

De oplysninger, som tilsynet har modtaget fra Dem, vil indgå i Finanstilsynets tilsyn med A. Jeg vil dog i den forbindelse gøre Dem opmærksom på, at Finanstilsynets generelle tilsyn med A alene er et forhold mellem tilsynet og pensionskassen, som Finanstilsynet ikke har mulighed for at orientere en pensions kasses medlemmer om, fordi der eksisterer en skærpet tavshedspligt for Finanstilsynet.

Særligt vedr. aktindsigt

Deres anmodning om aktindsigt i al korrespondance mellem Finanstilsynet og A kan på baggrund af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt ikke efterkommes.

Det følger af forvaltningslovens § 9, stk. 1, at den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed,

kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. Endvidere følger det af offentlighedslovens § 4, stk. 1, at enhver – med de undtagelser der følger af lovens §§ 7 – 14 – er berettiget til at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Efter offentlighedslovens § 14, stk. 1, er pligten til at meddele oplysninger efter § 4, stk. 1, begrænset af de særlige bestemmelser, der er fastsat ved lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv. Finanstilsynets ansatte er undergivet en særlig tavshedspligt, jf. § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Desuden er partsbegrebet nærmere afgrænset i henhold til lov om finansiel virksomhed § 355, og Finanstilsynet finder ikke, at De som klager er omfattet af denne definition.

...”

I klagen af 21. juni 2012 har K anført:

”Re: Anke af Finanstilsynets afslag paa aktindsigt

Den 22. april 2012 har jeg indgivet en klage til Finanstilsynet (FT) over A i forbindelse med en række uregelmæssigheder, navnlig den urimelige og ulovlige forskelsbehandling af pensionister i forhold til erhvervsaktive kunder i denne pensionsforsikringsvirksomhed [bilag...]. A nægter at give mig essentielle oplysninger vedrørende bl.a. pensionsberegning, kapitaloverførsler fra pensionister til erhvervsaktive kunder, og inflationskompensation, idet de ikke svarer paa skriftlige henvendelser. Hvis henvendelser undtagelsesvis honoreres med en reaktion er det for at nægte at give oplysninger under henvisning til direkte ordrer fra FT om at overholde total tavshedspligt. Jeg har derfor bedt om aktindsigt i korrespondancen mellem FT og A.

I sit brev af 2012/05/24 [Bilag...] afviser FT aktindsigt. I sit afslag nævner FT to begrundelser, sin tavshedspligt og den paastand at jeg ikke skulle være part i sagen. Jeg indbringer herved dette afslag for Erhvervsankenaevnet.

Twisten med A drejer sig om at denne finansielle virksomhed, som mangler penge, kynisk har valgt at løse problemet ved at slagte et snævert udvalg af involverede forbrugerne: ca 10.000 pensionister, til gavn for resten af deres kunder: ca 80.000 erhvervsaktive. Beløbet som A derved har snydt deres pensionister for er skoensmæssigt paa 20 milliarder Kr. Disse penge er indhøstet ved at nedsætte alderspensionerne og aegtefaellepensionstilsagn, og slette enhver form for inflationskompensation paa pensionister. Derudover læses pensionisternes personlige pensionsdepoter med gigantisk fantom fradrag og deres depotrenter reduceres til mindre end det halve af det de har ret til: fra 4,25 % til 2,00 % i 2011, mens de erhvervsaktive kunder samtidigt har faaet tilskrevet 4,71 %, alt mens A har haft et totalt brutto afkast paa 3,8 % samme aar [Bilag

..., Referat af A's Ordinaere Generalforsamling, 23. april 2012, p.3; dette referat er tilgængeligt på A's website A, og vil herefter referes som [Referat...]. Disse talforhold er klart i strid med A's påstand om at de erhvervsaktive kunder skulle have markedsbaseret pensionsordning; for 2012 tegner det sig endnu mere grelt, med en markedsmaessigt urealistisk 4,25% i depotrenter til de erhvervsaktive [Referat...] og kun 1,5% til pensionisterne.

A's årlige afkast i de seneste år har været blandt branchens værste [Referat...], og da den samtidig skal opfylde både FT's solvenskrav, og dens egen ambition – ud fra pensionsforsikringsvirksomhed som forgylde dens kunder, skal pengene til alt dette skaffes ad en anden vej. A's løsning har så været at slagte deres pensionister, et klart mindretal blandt kunderne, men forsynet med meget store personlige opsparinger.

Sagen er helt klart betændt. Alle involverede, ikke mindst FT, er klar over at dette overgreb ikke alene er uetisk og i strid med god skik for finansielle virksomheder men også ulovlig ifølge Lov om Finansiell Virksomhed par. 21 som forbyder forskelsbehandling blandt kunder af finansielle virksomheder. For at skjule detaljerne i denne manipulation, og derved vanskeliggøre sagsanlæg fra desperate pensionister, foregår operationen i mørke: *ikke med ét ord er disse lovstridige overgreb omtalt i A's beretninger til medlemmerne eller andetstede, og ikke med ét ord er de involverede pensionister blevet orienteret hverken forud eller bagefter.* Alle anmodninger om oplysninger afvises under henvisning til at FT har nedlagt strengt forbud, endda med trusler om politi-anmeldelse, mod enhver form af orientering af de ramte pensionister, og den brede offentlighed for den sags skyld. FT nægter enhver kommentar under påstand af tavshedspligt [Bilag...].

Der tegner sig en klar retsstridig situation. Jeg har investeret mere end tre millioner Kr. i en pensionsordning og må nu konstatere at min opsparing som er indbetalt på et personligt pensionsdepot for at sikre mine fremtidige pensionsudbetalinger, i stedet for bruges til at forgylde en gruppe kunder i pensionsforsikringselskabet som gennem deres stemmeflertal dominerer bestyrelsen. Jeg må derfor have et grundlæggende ret til at henvende mig for domstolene for at forsvare mig mod dette flertalsovergreb og få mine rettigheder reetableret.

Men, for at kunne formulere et sagsanlæg er det en forudsætning at jeg kender sagsforholdet, dvs de faktiske omstændigheder af sagen. Den totale datamoerklaegning som FT har organiseret gør det umuligt og udgør derved en ulovlig begrænsning af min ret til domstolsadgang.

Det er for at komme den slags overgreb til livs at Loven om offentlighed i forvaltningen (Offentligheds Loven) par. 5, stk 1 og 2 giver ret til aktindsigt i forhold hvori man er part; ovenstående lader ikke tvivl om at jeg er part i sagen. Offentligheds Loven nævner mulighed for undtagelser af retten til aktindsigt, men det må ikke kunne misbruges til at sætte loven ud af kraft i sin quasi totalitet. Det må derfor konkluderes at FT i denne sag ikke kan nægte aktindsigt.

FT's rolle i denne sag er yderst kritisabel. FT har været direkte involveret i udformningen af Lov om Finansiell Virksomhed, og efterfølgende har FT gennem manipulering af paastand om total tavshedspligt opnået at FT ogsaa er *de facto* den eneste til at interpretere denne lov og afsige bindende afgørelser i væsentlige finansielle forhold. Ft har derved sat sig i position som baade lovgiver og domstol. Det maa betegnes som stærkt utilfredsstillende.

Disse retsstridige machinationer er udtryk for et samfundssyn som er udbredt blandt finansielle topembedsmaend/technokrater og hvis implikationer har dybt alvorlige sociale og juridiske konsekvenser, der i dagens virkelighed unddrager sig baade lovgivende og doemmende myndigheders kontrol. Som forbrugerraadets direktør ... har understreget i sin kritik af FT [bilag... (F ...)]: FT tager mere hensyn til finansielle virksomheders solvens end beskyttelse af de berørte forbrugere."

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 8. august 2012 udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

Ved e-mail af 22. april 2012 har K anmodet om aktindsigt i *”alt korrespondance mellem FT og A – cirkulaerer, instrukser, breve, e-mails og telefonnotater etc.”* E-mailen af 22. april 2012 er vedlagt K's klageskrivelse som ...

Finanstilsynet meddelte ved skrivelse af 24. maj 2012 afslag på anmodningen om aktindsigt. Afgørelsen er vedlagt K's klageskrivelse ...

K har ved e-mail af 21. juni 2012 til Erhvervsankenævnet klaget over Finanstilsynets afgørelse om afslag på anmodningen om aktindsigt. Klager anfører i denne forbindelse, at klager er part i sagen og dermed har ret til aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 5, stk. 1 og 2, og at Finanstilsynets oplysninger ikke er omfattet af tavshedspligt.

2. Afgørelsens retlige grundlag

Af offentlighedslovens (OFL) § 4, stk. 1 fremgår følgende:

”§ 4, stk. 1. Enhver kan med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7 – 14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i en administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af reglerne om tavshedspligt m.v.”

Af OFL § 5, stk1, fremgår, at retten til aktindsigt omfatter

”1) alle dokumenter, der vedrører sagen, herunder genpart af de skrivelser, der er udgået fra myndigheden, når skrivelserne må antages at være kommet frem til adressaten, og 2) indførelser i jour-

naler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter.”

Af OFL § 14 fremgår følgende:

”§ 14. Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv. Det gælder ikke, for så vidt angår den almindelige tavshedspligt efter straffeloven, forvaltningsloven og tjenestemandsløvgivningen.”

Særlig bestemmelse om tavshedspligt, jf. OFL § 1, stk. 1, 1. pkt., er indeholdt i lov om finansiel virksomhed (FiL) § 354, stk. 1, hvoraf følgende fremgår om tavshedspligten for ansatte i Finanstilsynet:

”§ 354. Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Det samme gælder personer, der udfører serviceopgaver som led i Finanstilsynets drift, samt eksperter, der handler på tilsynets vegne. Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets ophør.”

Bestemmelserne i FiL § 354 stk. 2-13 præciserer og modificerer tavshedspligten fastsat i FiL § 354, stk. 1.

Efter forvaltningslovens (FVL) § 9 gælder en udvidet adgang til at opnå aktindsigt i forhold til offentlighedslovens regler. Aktindsigt i henhold til § 9 i FVL er efter bestemmelsens stk. 1 begrænset til parter. Hvem der er i en sag omfattet af FiL anses for part i forholdet til Finanstilsynet er fastlagt i FiL § 355.

3. Finanstilsynets vurdering

Udgangspunkt efter OFL § 4, stk.1, 1. pkt. er, at enhver har ret til aktindsigt i dokumenter, der er indgået til en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Udgangspunktet om aktindsigt modificeres af bestemmelserne i OFL §§ 7 – 14, hvoraf § 14 indskrænker adgangen til aktindsigt i tilfælde, hvor der i henhold til særlovgivning, herunder FiL § 354, stk. 1, er fastsat regler om tavshedspligt.

Tavshedspligten efter FiL § 354, stk. 1 retter sig mod fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets medarbejdere får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Udgangspunktet er, at alle oplysninger om forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn er undergivet tavshedspligt og dermed undtaget fra adgang til aktindsigt.

Det overordnede hensyn bag den særlige tavshedspligt er Finanstilsynets mulighed for at føre effektivt tilsyn med virksomhederne. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i

sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendigt. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne således kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger. Et andet hensyn bag tavshedspligten er et ønske om af konkurrencemæssige årsager at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som ikke er beregnet til at komme til offentlighedens kendskab, er fortrolige og dermed omfattede af tavshedspligten efter Fil § 354, stk. 1. Herunder gælder det, at alle oplysninger, som Finanstilsynet modtager om virksomheders forhold – og som ikke på anden vis gennem medier eller lignende er offentliggjort eller tilgængelige – er fortrolige og dermed undergivet tavshedspligten efter FiL § 354, stk. 1.

De korrespondancer, som K ønsker aktindsigt i, er oplysninger, som Finanstilsynet har fået kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Finanstilsynet har i sagen vurderet, at det ikke er muligt, at udskille enkelte dokumenter, uden at der derved gives indsigt i fortrolige forhold.

De korrespondancer, der ønskes aktindsigt i, er derfor efter Finanstilsynets opfattelse omfattet af tavshedspligten efter FiL § 354, stk. 1, og dermed undtaget fra aktindsigt.

Da ingen af undtagelserne til tavshedspligten i FiL § 354, stk. 2-13, finder anvendelse i den konkrete sag, er der ikke mulighed for at opnå aktindsigt under henvisning til OFL.

Som anført ovenfor er der efter FVL § 9 en udvidet adgang til aktindsigt i forhold til reglerne i OFL. Denne udvidede adgang til aktindsigt er imidlertid forbeholdt parter. Af FiL § 355 fremgår, at som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af FiL eller forskrifter fastsat i FiL retter sig mod. Dette modificeres i § 355, stk. 2-4, der indeholder en udtømmende liste over, hvem der derudover kan anses som part. Da klager ikke er omfattet af denne udtømmende liste, kan klager dermed ikke anses som part.

...”

Ved skrivelse af 27. august 2012 har K yderligere anført:

”Finanstilsynets afslag paa min anmodning om aktindsigt (mit brev til Finanstilsynet dd 2012-04-22) er begrundet i to paastande (Finanstilsynets afslag sendt til mig den 2012-05-24; dets afslag sendt til Erhvervsankenaevnet dd 2012-08-08): Finanstilsynet har total tavshedspligt i alle forhold som beroerer A, og, jeg er ikke part i sagen.

I. Finanstilsynet misbruger sin "tavshedspligt"

I Finanstilsynets sidste brev, dd 2012-08-08, understreges at dets tavshedspligt retter sig mod fortrolige oplysninger som Finanstilsynets medarbejdere faar kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Det er indlysende. Finanstilsynet kan ikke udfoere dets kontrolopgave uden denne begraensning i forhold til Offentlighedsloven. Jeg har aldrig anfaegtet dette.

Hvad jeg til gengæld har fremfoert er, at hvis Finanstilsynet i dets tilsynsvirksomhed opdager forhold som omfatter lovbrud saasom mandatsvig, underslaeb eller bedrageri, har det pligt til at tage affaere og ikke alene melde sagen til politiet, men ogsaa orientere de forurettede forbrugere, saa de faar mulighed for reetablere deres rettigheder.

I modsætning til Finanstilsynet mener jeg at Straffeloven gaar forud for Loven om Finansiell virksomhed. Ved at Finanstilsynet haevder at dets tavshedsret er universelt gaeldende uanset hvilke lovbrud det maatte faa kendskab til gennem deres kontrolvirksomhed saetter det sig over domstolene. Finanstilsynet interpreterer Loven om Finansiell virksomhed som opfordring til at kreere en egen lille, hemmelig retsverden, hvori Finanstilsynet selv agerer politi, anklagemyndighed og doemmende myndighed. Efter at Finanstilsynet saaledes i hemmelig konklave har hoert den kontrollerede virksomhed skrive dens forseelser, bedømmer Finanstilsynet forseelsernes alvor, og uanset om det maatte dreje sig om overtraedelser af straffeloven, tildeles i al hemmelighed en, hvad Finanstilsynet betragtes som, passende straf/irrettesaettelse, og til afslutning tildeler Finanstilsynet absolution, i al hemmelighed, selvsagt.

Ved at moerkelaegge og skjule brud paa straffeloven bevaeger Finanstilsynet sig langt udenfor dets mandat. Argumentet at disse forbrydelser foerer til en solvensforbedring i den beroerte finansvirksomhed og derved legaliseres, maa afvises. Finanstilsynets ret til at naegte at efterkomme de generelle regler om borgernes aktindsigt gaelder det finansielt-tekniske kontrolarbejde det er sat til. Denne tavshedsret fritager det ikke fra forpligtigelsen til at afsløre strafferetsrelevante forseelser.

II. Finanstilsynet varetager ikke forbrugernes interesser

Det globale investeringsmiljoe har i de seneste aar vaeret turbulent. Finanstilsynets opgave er at medvirke til at danske finansielle virksomheder styres fornuftigt gennem disse vanskelige tider. En central faktor i bedømmelsen af finansielle virksomheders sundhedstilstand er deres solvensniveau. Finanstilsynet fokuserer i hoej grad paa at sikre betryggende forhold paa denne front. Det skal de have ros for. Men, denne solvensfascination medfoerer fare for teknisk naersynethed.

... Forbrugerraadets direktor har i et indlaeg i F [dagblad] ... gjort opmaerksom paa at Finanstilsynet laegger mere vaegt paa at sikre finansielle virksomheders solvensniveau end paa de involverede forbrugeres interesser. Det affoedte en markant reaktion fra Finanstilsynets direktor, ...

(F ...). Under overskriften ”Finanstilsynet staar paa forbrugernes side” skrev han blandt andet: ”Det er en grov mistaenkelliggoerelse af Finanstilsynets integritet ..”, ”Kravet om, at finansielle virksomheder skal leve op til reglerne for god skik i forhold til forbrugerne, er centralt i vores arbejde.” Han afsluttede med en forsikring om at grove overtraedelser ville blive meldt til politiet..

I afsnit **IV**, herunder, naevnes nogle eksempler som viser at [Forbrugerrådets direktør] har ret i sin kritik af Finanstilsynet. Finanstilsynets fascination af solvenssikring af finansielle virksomheder faar det til at se bort fra ret og rimelighed i andre henseender. I sagen som den hervaerende anke drejer sig om – A’s lovstridige administration af betroede pensionsmidler – har Finanstilsynet aabenbart presset paa for at denne institutions solvensniveau skulle forbedres. Finanstilsynet har vaeret ganske klar over at de forbedringer som A derefter har leveret var opnaaet ved brud paa straffeloven – mandatsvig, underslaeb og bedrageri paa bekostning af dens pensionister. Finanstilsynet har dog intet foretaget sig, tværtimod har det beskyttet lovbryderne i A ved at skjule dem under dets tavshedspligt-kappe. Finanstilsynet har med andre ord ofret forbrugerne, de involverede pensionister, paa solvensalteret, og [Finanstilsynets direktør] ovenfor citerede bombastiske udtalelser er blot et billigt spil for galleriet. Den skingrende tone i hans indlaeg tyder paa at han godt selv er klar over det.

III. Hvorfor udvaelges netop pensionisterne til at betale gildet for A’s finansielle problemer?

1. Pensionisters pensioner er daekket ind gennem deres opsparinger i deres pensionselskaber – i A mindst 20 milliard kr (ud af en total balance paa c. 80 milliard kr). Udover disse meget store daekningsbeloeb, som staar paa pensionisternes private pensionskonti, er der deres store bidrag til A’s reservefond da de har indbetalt i de 10-20 aar hvori obligationsrenten var 14-20%. Reservefondet har nydt saerdeles godt af dette da pensionskassen i den periode kun betalte en depotrente paa 4-4,5%. Størrelsen af pensionisters bidrag til reservefondet kan vanskeligt vaere under 10 milliard kr.

For en pensionskassebestyrelse som skal daekke et stort hul i balance-regnskabet er det meget fristende at faa fat i disse penge, dvs traekke dem ud af pensionsdaekningkonti og nedsaette pensionsudbetalingerne. A kan dog under normale omstaedigheder ikke roere disse penge; de er oeremaerket i dens formueopgaerelse til inddaekning af pensionsudbetalinger. Det kunne dog lade sig goere efter at Finanstilsynet har godkendt dette rovtogt i pensionisternes opsparing (se afsnit **IV**) under den betingelse at en del af byttet blev brugt til at forbedre A’s solvensniveau. Efter denne accept var der frit slag: pensionsudbetalinger blev sat ned, al inflationskompensation blev skrottet, maanedlige udbetalingssedler blev afskaffet, og al information om loebende og fremtidige pensionsudbetalinger, samt fordeling af penge mellem erhvervsaktive kunder og pensionister blev hemmeligstemplet. Breve og e-mails besvaredes ikke laengere. Telefonopringninger kanaliseres til uvidende sagsbehandlere og klageansvarlige, som i bedste fald henviser til en totalt kaotisk website. Kort

sagt: alle forhold som kunne sætte pensionisterne i stand til at anlægge sag og forsvare sig mod disse overgreb holdes totalt hemmelige. De gamle er derved sat skak-mat! De kan kun sidde tilbage og ser deres penge forsvinde (se afsnit **IV**).

2. En yderligere grund til, at specielt pensionisterne er blevet udvalgt til at finansiere A's solvensproblemer er at de udgør en fysisk og psykisk meget sårbar gruppe som ledelsen i A forventede ikke ville være i stand til at forsvare sig. De er i deres sidste leveår med alt hvad dette medfører af svækkelser og sygdomme. De fleste vil frem for alt have ro. Det er med raa kynisme at ledelsen i A udnytter denne alderssvækkede gruppe mennesker, og forpester deres sidste leveår.

Hvis der saa alligevel er nogle som tager sig sammen viser det sig at de finansielle omkostninger forbundet med et sagsanlæg mod A overgår deres formåen, specielt efter de drakoniske nedskaeringer af baade pension og aegtefaellepension. Ikke alene har A ubegrænsede midler til raadighed, men den kan ogsaa regne med at Finanstilsynet hemmeligholder alle relevante oplysninger. Det vil i hoj grad vanskeliggøre en retssag, og vil under alle omstændigheder gøre det muligt at trække sagen ud i al uendelighed. Det bemærkes at 500-1000 af A's pensionister gør hvert aar, saa bare ved at trække sagen faar ledelsen i A fuld valuta for deres lovbrud.

3. A's pensionister er stavnsbundne. A har pensionsopsparingerne i deres besiddelse og nægter at overføre dem til en anden pensionsvirksomhed. Det betyder at der skal en retssag til for at faa frigjort de opsparede penge. Som gennemgaaet under pkt 2, alinea 2, er det stort set udsigtsløst. Ogsaa her maa man konstatere at den eneste maade at afsløre den lovstridige behandling som A's pensionister udsættes for er at Finanstilsynet udlevere de afslørende akter i sagen.

4. De erhvervsaktive kunder i A har c. 94% af stemmerne til bestyrelsesvalg. Da pensionsaftaler, -rettigheder og personlige pensionskonti *de facto* er afskaffet er det kun de politiske beslutninger i denne bestyrelsen domineret af erhvervsaktive kunder, som afgør hvad pensionisterne faar udbetalt. De erhvervsaktive kunder har energi til at slaas politisk for deres finansielle interesser og disse bestaar i al sin enkelthed i at faa fat i pensionisternes penge (se afsnit **IV**).

De erhvervsaktive kunder har et slagskraftigt argument i denne strid: de kan forlade A og tager deres penge med. Det betyder at A's bestyrelsen vil gøre alt for at tilfredsstille de erhvervsaktive kunder, og overføre saa meget som muligt fra pensionisternes opsparing til reservefonden, til at dække de erhvervsaktives pensioner ind (afsnit **IV**, 4). Det betyder ogsaa at bestyrelsen er nødt til at betale de erhvervsaktive kunder en urealistisk hoj depotrente i et forsoeg paa at staa frem som en af de mest effektive og givtige danske pensionsvirksomheder (afsnit **IV**, 4). For at kunne afsløre disse retsstridige overgreb skal Finanstilsynet udlevere de afslørende akter i sagen.

IV. Lovbrud begaaet af A som Finanstilsynet dækker over

1. I 2011 har den davaerende bestyrelsesformand for A og den davaerende direktøer lavet en aftale som gik ud paa at **denne direktøer fik tildelt en ekstra betaling, bonus, paa 1.400.000 Kr ud over hans loen paa 2.400.000 kr/aar.** De to personer har underskrevet denne beslutning, har sat den til betaling, og holdt affaeren hemmelig for resten af bestyrelsen. De to har vaeret vel vidende om at denne handling er i strid med baa- de A's egne vedtaegter og Loven om finansiel virksomhed. Det er naepe tvivl om at det drejer sig om mandatsvig da begge forvalter pensionskassens medlemmernes formue og da deres handling ville medfoere et tab for disse medlemmer. For en udfoerlig gennemgang af denne usma- gelige sag, se Referat af A's Generalforsamling 2012/04/23 (FREM- OVER refereret som "RefGenf.2012"), bl.a., s. 8-9, 13-14, 19-20.

Sagen kom til offentlighedens kendskab ved at et bestyrelsesmedlem fik afsloeret nummeret og sat en stopper for det (vedkommende whistleblower blev efterfoelgende eftertrykkeligt mobbet af flertalet i bestyrelsen). Det resulterede i at A's bestyrelsen i al hast henvendte sig til Finanstilsynet for haelp. Finanstilsynet kvitterede med en beroligende respons som var skraedersyet til at begrave sagen. Finanstilsynet bekræftigede vistnok sagens ulovlige karakter (mandatsvig), men omtalte kun en af flere aabenlyse overtraedelser, og meldte ikke sagen til politiet. Finanstilsynet noejedes med en meget mild paatale af bestyrelsesformanden (damen hviler stadigvaek i bedste velgaande i bestyrelsen, og haever fortsat sit c. 300.000 kr store aarlige vederlag/honorar/godtgoerelse/etc.; ved siden af sin loen som kostskolelaerer, naturligvis). Endnu mere markant var at den paagaeldende direktøer som underskrev gavebrevet til sig selv gik helt fri i Finanstilsynets respons. Det maa vaekke en vis undren, for manden har en stor erfaring i branchen og, hvis nogen, maa han have vidst praecist hvad han foretog sig, bl.a. at han var paafaldende inhabil i sagen. Han har vaeret en vaerdsat sparingspartner for Finanstilsynet i 15-20 aar, foerst som direktøer i B [pensionskasse] i 15 aar og efter hans pensionering dér blev han parachuteret i A for ogsaa der at faa Finanstilsynets solvensmaskine til at gallopere. Selv taget dette i betragtning virker hans gigantiske indkomst paa 4.000.000 kr lidt out of scale, og spoer- gsmaalet melder sig: hvorfor betaler Finanstilsynet ikke selv de sidste 1.400.000 kr, hvis det nu synes saa meget om manden. Det havde jo spa- ret det for beskyldningen om at daekke over mandatsvig.

Det konkluderes at Finanstilsynet maa have vaeret klar over at toppen i A har begaaet mandatsvig, subsidiaert har vaeret direkte medvirkende til det, subsidiaert har vaeret med til at daekke over det. Finanstilsynet har ikke meldt det til politiet, men i stedet selv sat sig ind som doemmende myndighed og afsagt en dom som dets clienter nok har vaeret meget glade for – paa fransk-dansk kaldes det for clientélisme. Finanstilsynet har derved svigtet sit mandat, og obstrueret en strafferetsag som den retskra- enkede part – pensionskassens medlemmer/kunder -- har krav paa, med den skaerpende omstandighed at der kan vaere tale om korrupsion. Da Finanstilsynet har ageret udenfor dets lovligt begrundede mandat, og daekket over lovbrud som det skulle have overladt til domstolene, kan det ikke paaberaabe sig dets tavshedsret. Det skal derfor udlevere de re- levante akter i sagen, inklusiv breve, e-mails, telefonsamtaler etc. med de paagaeldende ledere i A.

2. Da jeg gik paa pension i 2005 fik jeg **skriftligt lovet en inflationskompenseret pension**. A forelagde mig i den forbindelse valget mellem to modeller. Den foerste, den saakaldte ”*omregnede pension*” var karakteriseret ved hoejere maanedlige udbetalinger ved pensionens begyndelse samt en lavere inflationskompensationsats, mens den anden, ”*grundpensionen*” som begyndte med en lavere maanedlige udbetaling, i de senere aar profiterede af en hoejere inflationskompensationsats. Jeg valgte den foerste model.

Efter at udbetalingerne havde fungeret ifoelge denne aftale i nogle aar, blev de maanedlige udbetalingerne med indgangen af 2009 bombet tilbage til udgangsbeloebet i 2005 – dvs al inflationskompensation tildelt i periode 2005-2008 blev fratrukket igen !! – og i de efterfoelgende udbetalinger blev alt inflationskompensation skrottet. Det vil resultere i, forudsat en aarlig inflation paa 3%, at vaerdien af min pensionsudbetaling i 2020 vil vaere c.45% lavere end det jeg fik udbetalt i 2008 og i 2030 hele 65% lavere. Det er jo helt scandaloese nedsaettelser.

Der maa vaere tale om aftalebrud, underslaeb og bedrageri. A har lokket mig til at gaa forholdsvis tidligt paa pension ved at love mig en inflations-sikker pension. Efter at jeg saa i tiltro til dette tilsagn er gaaet paa pension skrottet aftalen efter nogle aar og pensionen saettes brutalt ned.

Jeg antager at c.10,000 pensionister i A er i samme situation. Jeg maa dog indroemme at jeg ikke kan vaere sikker paa dette, da alle generelle oplysninger om pensionsudbetalinger i A er dybt hemmelige – strengt taget kunne jeg godt vaere den eneste som bliver behandlet paa denne maade.

Finanstilsynet er udmaerket klar over dette overgreb, men daekker over det, og hemmeligstempler alle akter som vil kunne afsloere disse lovbrud. Finanstilsynet obstuerer derved et retsforloeb som de retskraenkede partner, de beroerte pensionister, har ret til. Finanstilsynet svigter sine kontrolforpligtigelser ved at daekke over, i stede for at afsloere, kriminelle handlinger. Finanstilsynet kan derfor ikke paaberaabe sig dets tavshedsret, men har til gengaaeld pligt til at levere alle relevante oplysninger som kan medvirke til at den kraenkede part faar dens ret og de skyldige faar deres straf.

3. Da jeg gik paa pension i 2005 fik jeg en **utvetydigt skriftligt aegtefaellepensionstilsagn**. Det var paa 188.292/164.364 kr/aar (de foerste 10 aar/fremover). I skrivende stund har A sat det ned til 152.160/131.904 kr (det har i mellemliggende aar vaeret baade hoejere og lavere), uden nogen som helst form for inflationskompensation, og med den udtrykkelige tilfoejelse at dette beloeb yderligere kan saettes ned. Det vil resultere i, forudsat en inflationspercentage paa 3%, at vaerdien af aegtefaellepensionen i 2030 vil vaere c.70% mindre end det jeg er blev lovet i 2005, og endda mindre hvis A's bestyrelse skulle beslutte at benytte sig af det varslede forbehold, og bruge endnu mere af min opsparing til andet formaal. Disse nedsaettelser er jo helt scandaloese.

Der maa vaere tale om groft aftalebrud, underslaeb og bedrageri. A har lokket mig til at gaa forholdsvis tidligt paa pension ved at love mig en ganske specifik aegtefaellepension. Efter at jeg saa i tiltro til dette tilsagn er gaaet paa pension skrottes aftalen.

Som forklaret under pkt 2, herover, naest-sidste alinea, kan det godt vaere at jeg er den eneste af de c. 10.000 pensionister som bliver behandlet paa denne maade.

Under henvisning til argumentationen fremsat i den sidste alinea under pkt 2, konkluderes at Finanstilsynet i denne sag ikke kan paaberaabe sig dets tavshedsret, men til gengæld har pligt til at levere alle relevante oplysninger som kan medvirke til at jeg faar min ret og de skyldige faar deres straf.

4. A overholder ikke den aftalte forrentning paa mit personlige pensionsdepot og derudover laenses depotet aarligt for gigantiske beløb. Jeg har foretaget mine pensionsindbetalinger til A i en 35-aarige periode under det skriftlige, og aarligt gentagne, tilsagn om en depotforrentning paa 4,25%. Med indgangen af 2009 har A brudt denne kontrakt og har nedsat depotrenten efter salamimetoden. Med indgangen af 2012 er den saaledes kommet ned paa 1,50 %, efter sigende efter instruks fra Finanstilsynet. Naar man tager tidens ekstremt lave renteniveau i betragtning, kunne man have forstaaelse for dette sidste indgreb hvis det ikke var at A samtidigt betaler de erhvervsaktive kunder en depotrente paa mellem 4 og 5%. For 2012 er disse kunder blevet lovet 4,25% (RefGenf 2012, p.3).

Derudover har A **sat et system i gang som successivt tilbagefoerer 65% af den over mange aar godskrevet depotrente** paa 4,25%, saaledes at den **med tilbagevirkende kraft** kommer tilbage paa de nuvaerende 1,5%. Denne utrolige procedure, som involverer en brutal kraenkelse af ejendomsretten, gaar under betegnelsen ”negativ bonussaldo” og betyder at mit pensionsdepot bliver laenset for c. 80.000 kr/aar, og at dette vil fortsaette i endnu mange aar. **Dette indgreb er om muligt den mest skandaloesse som A udsætter pensionisterne for.**

Denne sammensatte procedure til overfoersel af midler fra pensionisternes private pensionsdepoter til reservefonden for at sikre de erhvervsaktive kunders deres enormt store fremtidige pensioner, udgoer et groft underslaeb og bedrageri af pensionisterne. De fratages deres etablerede rettigheder og endda deres gennem mange aar accumulerede personlige pensionsdepoter. A har gennem indgaaelse af konkrete pensionsaftaler faaet mig til at indgaa en pensionsaftale og indbetale sammenlagt c. 4.000.000 kr. Efter at jeg er gaaet paa pension, og er stavsbundet i A, bryder den alle aftaler, endda med tilbagevirkende kraft.

Som forklaret under pkt 2, naest-sidste alinea, er det ogsaa her muligt at jeg er den eneste af de c. 10.000 pensionister som bliver behandlet paa denne maade.

Under henvisning til argumentationen fremsat i den sidste alinea af pkt 2 konkluderes at Finanstilsynet i denne sag ikke kan paaberaabe sig dets

tavshedsret, men til gengæld har pligt til at levere alle relevante oplysninger som kan medvirke til at jeg faar min ret og de skyldige faar deres straf.

V. Yderligere uheldige aspekter af Finanstilsynets samarbejde med A

1. Finanstilsynet er udmaerket klar over at **bestyrelsen i A mangler ekspertise til at vaere ansvarlig for forvaltningen af c. 85 milliard kr** for deres c. 90.000 kunder. Denne bestyrelse bestaar for det meste af gymnasielaerere eller lignende. Formanden er ... [stillingbetegnelse] i ... [kommune], og derudover bl.a. ansvarshavende redaktoer for bladet A er da ogsaa blandt de pensionsvirksomheder med daarligst aarligt afkast og hoejeste omkostninger (RefGenf,2012,p.13-17). A er loenfoerende i branchen med en gennemsnitsloen paa 993.000 kr/aar og udbetaler exorbitante fratraedelsesgodtgoerelser (RefGenf,2012p. 53); det tyder paa at bestyrelsen forvalter medlemmers penge paa uansvarlig vis, og goer A til en loenfabrik for ansatte og ledelse, med pensionsvirksomhed som facade.

Finanstilsynet skulle have grebet ind og afvaebnet denne potentielt spraengfarlige situation for mange aar siden. Det eneste som Finanstilsynet har gjort er at sende disse mennesker paa et finansielt-oekonomisk kursus. Det har de vaeret glade for, vel ikke mindst paa grund af det gigantiske vederlag som fulgte med. Resultatet af denne efteruddannelse har vaeret ikke mindre end katastrofalt.

Vaebnet med deres nyligt erhvaeruede kundskaber gik bestyrelsen i gang med at forberede Generalforsamlingen 2012 og besluttede at **A fremover formelt skulle vaere bank** (RefGenf,2012, s. 26). Bestyrelsens forslag desangaaende paa Generalforsamlingen faldt dog bestemt ikke i god jord, selvom formanden/pskologen forsikrede de fremmoedte at virksomheden ville kunne tjene rigtig mange penge gennem denne omlaegning (han kom ikke rigtigt ind paa den alternative mulighed), RefGenf.2012, p. 26-27. Generalforsamlingen udartede sig derefter til det groteske. Foerst fremsatte Bestyrelsen forslaget, saa tog den det tilbage, for saa at fremsaette det igen, hvorefter det blev vedtaget med et flertal paa 16 stemmer (0.18 *pro mille* af kunde/medlemskaren), GenFors.2012, s.27-39, 41. Bestyrelsens glaede over aabningen af denne nye, spaendende finansielle horisont blev dog kort, da A's grundlaeggende fagforening, C, benyttede sig af sin gennem vedtaegterne sikrede ret og nedlagde veto nogle dage efter.

Paa Generalforsamlingen i April 2012 har A, og specielt dens ledelse, udstillet sig paa det pinligste. Det bliver udpenslet i detaljer i det 59 sider store moedereferat (RefGenf.2012). Redaktoeren af D (C's medlemsblad) fatter det saaledes sammen: "D var skam tilstede paa generalforsamlingen,.....Hvad noterede jeg? Ord om procedurer, fremgangsmaader, rimeligheder og urimeligheder, beskyldinger med tilhoerende forsvar, insunuationer og mere fra samme skuffe..... jeg var sikker paa at jeg ikke kunne skrive vaesentlige og alvorlige ord om generalforsamlingen til D's

laesere. Jeg gik. Jeg var bange for at det ville blive til noget bras. Det ville nogen have bemærket, er jeg sikker paa.” ...

Finanstilsynet maa gennem sit kontrolarbejde blevet klar over hvor slemt det staar til, og det er staerkt kritisabelt at det ikke har skredet ind for laenge siden. Der var, og er, aabenlys fare for at den medfoedte inkompetence af A's bestyrelse til ethvert moment kan affoede en katastrofe som bringer pensionerne til c.90.000 mennesker i fare. A skulle have vaeret sammenlagt med en professionel finansiel virksomhed for laenge siden. Finanstilsynet har ikke magtet sin opgave, og grunden til at situationen har kunnet udvikle sig saa dramatisk er at Finanstilsynet har kunnet skjule dets afmagt gennem sin ”tavshedspligt”.

2. Ved at daekke over inkompetente pensionsvirksomheder som A **har Finanstilsynet vaere medvirkende til konkurrenceforvridning i pensionsforsikringsbranchen.** Det har stillet velfungerede virksomheder daarligere end dem som kun kan overleve ved at blaese paa pensionsaftaler og begaar mandatsvig, underslaeb og bedrageri mod deres pensionister.

G's direktoer H har fornyeligt i pressen gjort rede for de vanskelige investeringsbetingelser som den globale oekonomiske omlaegning medfoerer. Han gjorde opmaerksom paa at G-pensioner som var under udbetaling var daekket ind ved pensionisternes tideligere indbetalinger, og ville derfor ikke beroeres af disse problemer. Til gengæld ville fremtidige pensionister maatte indstille sig paa at forrentningsniveauet paa deres opsparing ville kunne blive mindre i nogen tid, og at dette ville kunne faa konsekvenser for stoerrelsen af deres fremtidige pensionsudbetalinger. Det er aerlig og realistisk snak. Man skal se de aendrende globale oekonomiske forhold i oejnene og leve med dets konsekvenser.

A's loesning paa disse problemer er markant anderledes. Ud fra konkurrencehensyn oensker denne pensionskasse at fremstaa for de erhvervsmaessigt aktive, indbetalende medlemmer som dygtigere end konkurrenterne ved at frembyde markant bedre udbytte. Den oplyser dog ikke at det kun kan lade sig goere ved at begaa strafferetslige overgreb mod deres pensionister (pkt **IV**).

Da Finanstilsynet undlader at afsloerer denne straffelovstridige manoevre skaffer det A nogle reklamemaessige fordele i forhold til de pensionsvirksomheder som ikke forbryder sig mod straffeloven. Finanstilsynet tilegner sig derved en erhvervsmaessigt samfundstyrende funktion som ikke er del af dets komitorium, og endda det modsatte af hvad lovgiveren har sat det til at varetage

Ved sit saerpraegede hemmelighedskraemmeri fremmer Finanstilsynet de pensionsselskaber som er mest amatoeristiske og mindst professionelle. Det er ikke i samfundets interesse. Det er paakraevet at Finanstilsynet udleverer de akter som kan afsloere sin urimelige beskyttelse af A, saa der kan saettes en stopper for det.

VI. Konklusion

Finanstilsynet overskrider sit mandat ved at dække over forbrydelser i foelge straffeloven. Ikke alene har det ikke politianmeldt de lovbrud som det har faaet kendskab til gennem sit kontrolarbejde af pensionsvirksomheden A, men det tilbageholder desuden disse oplysninger for de pensionister hvis interesser er blevet kraenket. Finanstilsynet obstruerer derved et sagsanlaeg som disse pensionister har ret til for at reetablere deres rettigheder.

I denne situation kan Finanstilsynet ikke paaberaabe sig sin tavshedspligt som gaelder deres finans-oekonomisk tilsynsarbejde. Saa snart det gennem dets kontrolarbejde opdager strafferetsmaessige forbrydelser til-sidesaettes dets "tavshedspligt". Finanstilsynets argument at disse forbrydelser goer det muligt for A at forbedre dens solvensniveau og derved legaliseres, maa afvises.

Finanstilsynets litani af lovparagrafer i dets brev af 2012-08-08 er ikke relevant da min anmodning om aktindsigt ikke sigter paa at vanskeliggøre dets kontrolvirksomhed. Der sigtes kun paa at saette en stopper for sit misbrug af "tavshedspligten" til at dække over lovbrud begaaet af A's ledelse.

Med samme begrundelse maa Finanstilsynets paastand om at jeg ikke skulle vaere part i sagen afvises. I forhold til straffeloven kan jeg som kraenket part naeppe afvises som part i sagen."

Ankenævnet udtaler:

1. Aktindsigt efter forvaltningsloven

Ifølge forvaltningslovens § 9 kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Det fremgår af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3, som indeholder en opregning over hvem, der udover den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse retter sig mod, kan anses for værende part i en sag i Finanstilsynet.

Af bemærkningerne til § 355 (Lovforslag L 176 af 12. marts 2003, § 354), fremgår blandt andet:

”Stk. 1 medfører, at det som udgangspunkt alene er den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, der er part i forhold til Finanstilsynet....

Det særlige partsbegreb er nødvendigt for at undgå en udhuling af Finanstilsynets tavshedspligt, da parterers adgang til aktindsigt efter forvaltningsloven ikke tilsidesættes af tavshedspligtsreglerne....”.

K er således ikke part i forhold til Finanstilsynet og har derfor ikke aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 9.

2. Aktindsigt efter offentlighedsloven

Ifølge offentlighedslovens § 4 kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Pligten til at meddele oplysninger er, jf. lovens § 14, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

I henhold til § 354 i lov om finansiell virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354 fremgår blandt andet:

”Det foreslås, at bestemmelsens ordlyd præciseres, således at det udtrykkeligt fremgår, at den udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed.

Formålet hermed er at gøre det tydeligere, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin reguleringsvirksomhed og sin informationsvirksomhed ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Ændringen indebærer, at det tydeliggøres, at fortrolighed i relation til disse dele af Finanstilsynets virksomhed alene skal vurderes i forhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

Stk. 1 indeholder hovedreglen om Finanstilsynets tavshedspligt. Efter be-

stemmelsen i stk. 1 må Finanstilsynets ansatte, personale, som udfører serviceopgaver for Finanstilsynet samt eksperter ansat af Finanstilsynet ikke videregive de fortrolige oplysninger, som modtages i forbindelse med tilsynsvirksomheden. Tavshedspligten omfatter også oplysninger, som Finanstilsynet modtager fra udenlandske myndigheder. De finansielle direktiver indeholder også regler om tavshedspligt.

Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervs-kunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold. Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

...

Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiell virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige. Oplysninger, som efter deres karakter er offentlige, f.eks. regnskaber og fondsbørsmeddelelser, er ikke omfattet af tavshedspligten. Tilsvarende gælder oprindeligt fortrolige oplysninger, som uden om tilsynet er blevet offentliggjort af andre kanaler i en grad, at det er blevet almindeligt kendt.

Ved oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige, forstås, oplysninger, der ikke direkte relaterer sig til enkelte kunders eller virksomheders forhold. Det drejer sig bl.a. om oplysninger om økonomiske eller forretningsmæssige forhold for personer og selskaber, som ikke er kunder i egentlig forstand, men som f.eks. kationerer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheds kunder eller på anden vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.

Begrebet »tilsynsvirksomhed« skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 21 om tilsyn i lov om finansiell virksomhed. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 344, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, samt undersøgelser efter § 346 er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed ikke omfattet. Udstedelse af bekendtgørelser med hjemmel i loven er ikke omfattet af tilsynsvirksomheden, ligesom udarbejdelse af årsberetningen er en del af informationsvirksomheden til trods for, at det følger af § 353 i tilsynskapitlet, at Finanstilsynet skal afgive en årlig beretning.

Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænses af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen. Det er dog udelukkende adgangen til aktindsigt efter offentlighedsloven, der er begrænset. Parters rettigheder herunder adgang til aktindsigt skal afgøres efter forvaltningsloven. Afgørelse af hvem der er part i forhold til Finanstilsynet, træffes efter lov om finansiell virksomhed § 355.

...”

Erhvervsankenævnet tiltræder herefter, at K heller ikke har aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 24. maj 2012.

3) Kendelse af 20. marts 2013 (J.nr. 2012-0026936)

Sagen afvist fra behandling i ankenævnet.

Lov om Finansiell virksomhed § 43 samt lov om Erhvervsankenævnet § 1
(Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 20. februar 2012 har advokat A på vegne af K1 og K2 klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 24. januar 2012 afviste at behandle en klage over B (bank).

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 2. april 2012 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagsfremstilling

Advokat A sendte ved brev af 18. januar 2012 på vegne af sine klienter K1 og K2 en klage over B (bank) til Finanstilsynet. I klagen anførtes det, at B (bank) i forbindelse med håndteringen af de to klienters engagementer havde handlet i strid med god skik bl.a. ved ikke loyalt at have varetaget klienternes interesser, ikke at have overholdt en indgået aftale og at have indgivet konkursbegæring i stedet for som varslet, at indgive stævning, samt at have stillet krav om fortrolighed om en indgået aftale ...

Finanstilsynet svarede ved brev af 24. januar 2012, at tilsynet ikke har kompetence til at afgøre konkrete tvister mellem et pengeinstitut og en kunde. Tilsynet vurderede, at klagen over B (bank) primært vedrørte en konkret tvist, hvorfor tilsynet ikke ville tage den op til særskilt behandling. De tilsendte oplysninger ville i stedet indgå i det generelle tilsyn med banken ...

Advokat A fastholdt ved brev af 30. januar 2012 klagen, idet han præciserede, at der ikke ønskedes en afgørelse af den konkrete tvist. I brevet henviste han samtidig til, at tilsynet i to andre sager havde taget stilling til konkrete sager ...

Finanstilsynet fastholdt i brev af 31. januar 2012 beslutningen om ikke at tage klagen op til behandling og henviste i den forbindelse til forarbejderne til § 43 i lov om finansiel virksomhed, hvoraf det fremgår, at tilsynet ikke er forpligtet til at behandle alle klager, som tilsynet får forelagt ...

Finanstilsynet har endvidere efter at have modtaget advokat As brev af 8. februar 2012, endnu engang fastholdt beslutningen samt forklaret, at de to sager, som advokaten henviste til, omhandlede tilfælde, hvor de berørte pengeinstitutter ikke på tilstrækkelig måde havde sikret sig, at deres forretningsgange blev overholdt, og dermed heller ikke på tilfredsstillende vis havde sikret, at deres generelle adfærd var i overensstemmelse med god skik ...
...”

Ved skrivelse af 20. februar 2012 klagede advokat A over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 24. januar 2012 afviste at behandle klagen over B (bank). Advokat A har ved skrivelse af 1. marts 2012 yderligere bemærket blandt andet:

”Undertegnede har anmodet Finanstilsynet om at tage stilling til B (bank) A/S’ handlemåde i en konkret sag, idet der ønskes en bedømmelse af, hvorvidt B (bank) A/S’ adfærd er i overensstemmelse med god skik. Der er lagt særlig vægt på, at der ikke ønskes en økonomisk afgørelse eller bedømmelse fra Finanstilsynets side, ”

I ovennævnte redegørelse af 2. april 2012 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

”...

Retligt grundlag

Finansielle virksomheder skal efter § 43 i lov om finansiel virksomhed handle i overensstemmelse med redelig forretningspraksis og god skik på området. Der er desuden fastsat nærmere regler om god skik i bekendtgørelse nr. 769 af 27. juni 2011 om god skik for finansielle virksomheder.

Finanstilsynet påser overholdelsen af lov om finansiel virksomhed, jf. § 344 i lov om finansiel virksomhed, herunder at finansielle virksomheder handler redeligt og i overensstemmelse med god skik, jf. § 43 i lov om finansiel virksomhed.

Det fremgår af bemærkningerne til § 43 i L 176/2002, s. 157 ff., at der er tale om en offentligretlig bestemmelse, og at sager, hvori privatpersoner ønsker, at der træffes afgørelse af en konkret formueretlig tvist, som hidtil skal behandles af de private finansielle ankenævn eller domstolene. Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at Finanstilsynet ikke er forpligtet til at behandle alle klager, som tilsynet får forelagt.

§ 355 i lov om finansiel virksomhed indeholder en udtømmende opregning af, hvem der anses som part i afgørelser truffet af Finanstilsynet.

Ifølge § 372 i lov om finansiel virksomhed kan en afgørelse truffet af Finanstilsynet i henhold til loven, indbringes for Erhvervsankenævnet af den, som afgørelsen retter sig mod.

Finanstilsynets vurdering

Som det fremgår af bemærkningerne til § 43 er Finanstilsynets tilsyn med overholdelsen af god skik et offentligt tilsyn, som har til formål at sikre, at finansielle virksomheders generelle adfærd er i overensstemmelse med god skik. Tilsynet har ikke til formål at afgøre konkrete klager.

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at Finanstilsynet ikke er forpligtet til at behandle alle klager, som tilsynet får forelagt, og dermed at tilsynet har mulighed for at beslutte, at man ikke vil tage en klage op til særskilt behandling.

Når Finanstilsynet beslutter, om en klage skal give anledning til, at tilsynet indleder en god skik-sag mod en finansiel virksomhed, er der ikke tale om en forvaltningsretlig afgørelse.

Tager Finanstilsynet en sag op i medfør af § 43, vil sagsbehandlingen være rettet mod den finansielle virksomhed, som sagen vedrører, og Finanstilsynet træffer først afgørelse, når tilsynet fastsætter, hvad der er ret i forhold til den berørte finansielle virksomhed, fx i form af et påbud.

I sager om overholdelse af § 43, er det således kun den finansielle virksomhed, som sagen vedrører, der er part i sagen, jf. § 355 i lov om finansiel virksomhed, mens dette ikke er tilfældet for en person, som måtte have rejst sagen over for Finanstilsynet.

Dette er også i overensstemmelse med det generelle forvaltningsretlige partsbegreb, som forudsætter en direkte, væsentlig og individuel retlig interesse i sagen.

Da Finanstilsynet besluttede, ikke at tage klagen fra advokat As klienter op til behandling, traf tilsynet ikke en afgørelse. Dette er også begrundelsen for, at tilsynet ikke i svarene til advokat A gav klagevejledning.

Hertil kommer, at kun parter opregnet i § 355 har klageadgang i medfør af § 372.

Finanstilsynet finder derfor, at klagen til Erhvervsankenævnet skal afvises.

...”

Advokat A har ved skrivelse af 11. maj 2012 heroverfor bemærket:

” ...

Vedrørende spørgsmålet om der er foretaget en forvaltningsmæssig afgørelse:

Forvaltningsret – Sagsbehandling, 5. udgave angiver side 12, 2. afsnit at: ”En afvisning af at tage en sag under realitetsbehandling er en afgørelse, mens en beslutning om at tage en sag ikke er en afgørelse.”

Undertegnede bestrider derfor Finanstilsynets påstand om, at der ikke er truffet en afgørelse i forvaltningsmæssig forstand.

Overholdelsen af offentligretlige regler for finansielle virksomheder:

Indgivelse af konkursbegæring, når der er truet med stævning, og efter kunden selv har udtaget stævning i det interne forhold.

Klagen omhandler det væsentlige principielle spørgsmål, om det er i overensstemmelse med god skik for finansielle virksomheder at begære en part konkurs, når der tidligere alene er truet med retslig afgørelse af eksistensen og afgrænsning af en fordring, hvor fordringen er omtvistet af en kunde i virksomheden, og kunden selvstændigt har taget retslige skridt til at søge den omtvistede fordring bedømt.

Det skal i forbindelse med en vurdering af dette spørgsmål særligt bemærkes, at såvel advokatnævnet og domstolene tidligere har udtalt sig om, hvorvidt denne fremgangsmåde er i overensstemmelse med god advokatskik. Jeg ...[henviser] til ... 2 afgørelser fra Højesteret, hvor problemstillingen er omhandlet, og hvor handlemåden i øvrigt var vurderet som stridende med god advokatskik.

Idet en finansiell virksomhed har de samme muligheder for selvstændigt at udtage stævning og begære en person konkurs som en advokat, forekommer det ud fra offentligretlige og samfundsmæssige synspunkter uheldigt, om det skulle være i strid med god advokatskik, men ikke i strid med god skik for finansielle virksomheder at anvende den påklagede fremgangsmåde, og en afgørelse af dette spørgsmål fremtræder relevant.

Spørgsmålet er udledt af en generel handlemåde, der er i overensstemmelse med bankens nuværende retsopfattelse og vilkår, og i øvrigt kan tænkes anvendt overfor andre af bankens kunder. Der er tillige tale om en generel adfærd der, medmindre denne bedømmes som i strid med god skik, kan tænkes anvendt af andre virksomheder end den påklagede.

En afklaring af spørgsmålet om overtrædelse af god skik omkring dette spørgsmål er af principiel og væsentlig karakter samtidig med, at der er tale om et generelt forhold med væsentlig samfundsmæssig betydning i forbindelse med den offentligretlige regulering af denne type sager, herunder i forbindelse med eventuelle tvisters indbringelse for domstolene.

Vedrørende forpligtelsen til at behandle sagen:

Undertegnede er enig med Finanstilsynet i, at dette ikke efter § 43 er forpligtet til at behandle alle sager om overtrædelse af god skik, der forelægges for tilsynet.

Det følger imidlertid af Bekendtgørelse om forretningsorden for Det Finansielle Virksomhedsråd, § 4, nr. 3, litra b, at dette kan rådgive Finanstilsynet i principielle sager i henhold til § 43.

En sådan rådgivning kan i sagens natur alene finde sted, såfremt en principiel sag behandles af Finanstilsynet, hvorfor der må foreligge en formodning for, at Finanstilsynet bør realitetsbehandle alle principielle sager.

Vedrørende sagens principielle karakter henvises der til det ovenfor anførte.

Selvom klagen til Finanstilsynet var en samlet klage, angik denne i punktform individuelle klagepunkter over B (bank).

Såfremt Finanstilsynet måtte være af den opfattelse, at der ikke kan ske en bedømmelse af samtlige klagepunkter, er der intet til hinder for, at Finanstilsynet udtager enkelte punkter til særskilt behandling og eventuelt afviser at behandle andre punkter.

Ved at foretage en overordnet helhedsvurdering af den fremsendte klage, har Finanstilsynet undladt at vurdere de enkelte klagepunkter herunder klagepunktet vedrørende bankens generelle adfærd i forbindelse med fremsendelse af konkursbegæring i forhold til god skik.

Vedrørende klageadgang:

§ 372 angiver, at afgørelse truffet af Finanstilsynet kan af den, som afgørelsen retter sig til, indbringes for Erhvervsankenævnet.

Ved at undlade at realitetsbehandle sagen, har Finanstilsynet truffet en afgørelse, der er rettet imod klager, idet der ikke er taget stilling til de fremsendte klagepunkter.

Undertegnede er enig med Finanstilsynets vurdering af, at en konkret realitetsbehandling af spørgsmålet om overtrædelse af god skik i medfør af § 355 ville være rettet imod virksomheden, hvorfor denne afgørelse ikke ville kunne påklages af undertegnede.

Det fastholdes, at undertegnede klienter har en væsentlig og individuel retlig interesse i at få bedømt, om den påklagede handlemåde er i overensstemmelse med god skik for pengeinstitutter.

Omkostningerne til bobehandling, advokat, revisor samt specialrådgivning ved arbejdet med undgåelse af konkursen udgør kr. 1.200.000 ekskl. moms. Undertegnede klienter har derfor lidt et formuetab som følge af B (bank)s handlemåde, hvorfor der består en væsentlig og individuel retlig interesse i vurderingen af, om denne fremgangsmåde generelt udgør en overtrædelse af god skik.

...”

Ankenævnet udtaler:

Af lovbemærkningerne til § 43 i lov om finansiel virksomhed (L 176 af 12. marts 2003) fremgår blandt:

” For så vidt angår tilsyn med reglernes overholdelse, er god skik området i den finansielle sektor undtaget fra markedsføringsloven, hvilket indebærer, at det pågældende område samtidig undtages fra Forbrugerombudsmandens tilsyn. Sager vedrørende god skik i den finansielle sektor, hvor økonomi- og erhvervsministeren har udstedt regler, falder herefter uden for markedsføringslovens anvendelsesområde, og Finanstilsynet varetager herefter tilsynet med overholdelsen af disse regler.

Tilsynet er ikke forpligtet til at behandle alle klager, som tilsynet får forelagt, men kan på basis af en klage, af egen drift eller efter anmodning herom fra Det Finansielle Virksomhedsråd eller Forbrugerombudsmanden behandle spørgsmål om god skik.

...

Finanstilsynets afgørelser kan af den, som afgørelsen retter sig mod, indbringes for Erhvervsankenævnet.

Sager, hvori privatpersoner ønsker, at der træffes afgørelse af en konkret formueretlig tvist, dvs. angående et spørgsmål af økonomisk betydning, skal som hidtil behandles af de private finansielle ankenævn. Erhvervsdrivende kan som i dag indbringe sådanne sager for domstolene. I det omfang Finanstilsynet modtager sådanne klagesager, meddeles dette klageren.

Finanstilsynet påser alene overholdelsen af de offentligretlige regler og foretager en generel vurdering af, om de finansielle virksomheders aftaler og vilkår overfor kunderne er i overensstemmelse hermed.

Den civilretlige vurdering ligger udenfor det lovmæssige tilsynsområde.

En overtrædelse af de offentligretlige regler om god skik indebærer eksempelvis ikke uden videre, at den konkrete aftale mellem den finansielle virksomhed og kunden er ugyldig eller uvirksom. En sådan vurdering af aftalen må som hidtil henvises til afgørelse ved et af de finansielle ankenævn eller indbringes for de almindelige domstole.”

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov. Ankenævnet har således ikke det almindelige tilsyn med de myndigheder, hvis afgørelser kan påklages til ankenævnet.

I henhold til § 372 i lov om finansiel virksomhed kan en afgørelse truffet af Finanstilsynet i henhold til loven indbringes for Erhvervsankenævnet af den, som afgørelsen retter sig mod. Bestemmelsen regulerer rekursadgang til Erhvervsankenævnet i for-

bindelse med, at Finanstilsynet eller Erhvervsstyrelsen træffer afgørelser efter tilsynslovgivningen.

Som følge af det anførte afviser ankenævnet derfor klagen.

Afgørelsen er i medfør af bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet § 8, stk. 1, truffet af ankenævnets formand.

4) Kendelse af 20. juni 2013 (J.nr. 2012-0032476)

Ikke grundlag for at dispensere for hvad der ifølge udgangspunktet indgår i opgørelsen af basiskapitalen.

Bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen § 29, stk. 5, og stk. 6.
(Cato Baldvinsson, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen).

Ved skrivelse af 8. august 2012 har advokat A på vegne af K A/S nu under konkurs klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 11. juli 2012 har afslået at dispensere fra daværende § 26, stk. 4 – nu § 29, stk. 5 – i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet i anledning af klagen hos Finanstilsynet indhentet udtalelse af 28. august 2012 fremgår om sagens faktiske omstændigheder blandt andet:

”Finanstilsynet orienterede ved brev af 7. juni 2012 K om, at Finanstilsynet var blevet opmærksom på, at der kunne være risiko for, at instituttet havde foretaget en fejlagtig indregning af ansvarlige lån optaget hos B ved opgørelsen af den supplerende kapital.

K oplyste i den forbindelse Finanstilsynet om, at det ansvarlige lån blev indgået den 31. oktober 2005, og at lånet forfalder til betaling 10 år efter. Finanstilsynet fik endvidere oplyst, at udstedelsens rentegrundlag er EURIBOR 6M, og at der i øvrigt er aftalt følgende rentemargin og rentændringer:

”The borrower shall pay interest on the Loan at a rate per annum determined by the Lender and notified to Borrower to be the sum of,

- (i) 125 basis points (the "Margin") until 5th anniversary from the Drawdown Date; or
- (ii) 275 basis points (the "Margin") until 8th anniversary from the Drawdown Date; or
- (iii) 300 basis points (the "Margin") until 10th anniversary from the Drawdown Date"

Finanstilsynet meddelte K i brev af 7. juni 2012, at det ansvarlige lån i henhold til § 26, stk. 4, 2. pkt., i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital skal anses som værende forfaldet, når summen af rentestigninger overstiger 150 basispunkter ved ændring af den aftalte rentemargin pr. 31. oktober 2013, som bringer den samlede rentestigning ud over 150 basispunkter, og at der derfor skal ske fradrag ved opgørelsen af den supplerende kapital allerede fra 2010, jf. § 25, stk. 2, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital.

Efterfølgende indsendte K ved brev af 14. juni 2012, i henhold til § 26, stk. 5, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, en ansøgning til Finanstilsynet om dispensation fra grænsen på 150 basispunkter, jf. § 26, stk. 4, 2. pkt.

Ved brev af 11. juli 2012 afslog Finanstilsynet at imødekomme [Pengeinstituttet]s ansøgning om at dispensere fra § 26, stk. 4, i bekendtgørelsen, jf. § 26, stk. 5. Finanstilsynet begrundede afslaget med, at dispensationsansøgningen ikke forelå inden aftalen om ansvarlig lånekapital blev indgået mellem K og B."

I Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2012 hedder det:

"Ansøgning om dispensation vedrørende ansvarlig lånekapital

K A/S har i brev af 14. juni 2012 oplyst, [Pengeinstituttet] hidtil har indregnet et ansvarligt lån ... fuldt ud i opgørelsen af basiskapital til trods for, at der er aftalt en rentestigning over 150 basispunkter pr. 31. oktober 2013, hvorved det ansvarlige lån anses for at forfalde på tidspunktet for rentestigningen, jf. § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital.

K A/S har i samme brev søgt om dispensation fra grænsen på 150 basispunkter i § 26, stk. 4, 2. pkt., i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, jf. bekendtgørelsens § 26, stk. 5.

[Pengeinstituttet] begrundet sin ansøgning med [Pengeinstituttet]s solvensoverdækning og en fortsat attraktiv rente på den ansvarlige lånekapital.

Finanstilsynets afgørelse

Finanstilsynet kan ikke imødekomme [Pengeinstituttet]s ansøgning om at dispensere fra § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, idet dispensationsansøgningen ikke foreligger inden aftalen om ansvarlig lånekapital indgår.

Retligt grundlag

Det følger af bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital § 26, stk. 4, at rentestigninger på ansvarlig lånekapital tidligst må finde sted tre år efter udstedelsen. Hvis der er aftalt en eller flere rentestigninger, anses den ansvarlige lånekapital for at forfalde på tidspunktet for rentestigningen, hvis summen af rentestigninger overstiger 150 basispunkter fratrukket swapspændet på udstedelsesdagen. Ved swapspændet forstås forskellen mellem renteforhøjelsens rentegrundlag og udstedelsens oprindelige rentegrundlag.

Bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, § 26, stk. 5, fastsætter, at Finanstilsynet i særlige tilfælde kan dispensere fra grænsen på 150 basispunkter i bekendtgørelsens stk. 4, 2. pkt.

Bestemmelserne blev indført i den dagældende § 136 i lov om finansiel virksomhed fra 1. januar 2004 ved lov nr. 453 af 10. juni 2003. Af bemærkningerne til lovforslaget (L176, 2002-03) fremgår, at bestemmelsen om begrænsning af rentestigninger ikke gælder for aftaler vedrørende ansvarlig lånekapital indgået før lovens ikrafttrædelse.

Af bemærkninger til lovforslaget (L176, 2002-03) fremgår ligeledes, at Finanstilsynet kan dispensere fra grænsen på 150 basispunkter. Yderligere fremgår af bemærkningerne, at en dispensation vil f.eks. kunne gives, hvis renteniveauet på tidspunktet for udstedelsen af den ansvarlige lånekapital er meget ustabil. Dispensationsadgangen giver Finanstilsynet mulighed for at ændre grænsen på de 150 basispunkter. Dispensationen skal foreligge inden aftalen indgås.

Med lov nr. 1556 af 21. december 2010 blev Finanstilsynet bemyndiget til at udarbejde en bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, og bestemmelser er over- og videreført heri.

Finanstilsynets vurdering

... [Finanstilsynet]...vurderer ..., at det ansvarlige lån i henhold til § 26, stk. 4, 2. pkt. i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital skal anses som værende forfaldet, når summen af rentestigninger overstiger 150 basispunkter.

Finanstilsynet vurderer ikke på baggrund af sagens faktiske omstændigheder og det retlige grundlag, at kunne dispensere fra § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, idet dispensationsansøgningen ikke foreligger inden aftalen om ansvarlig lånekapital indgås.

...”

I klageskrivelsen af 8. august 2012 har advokat A anført blandt andet:

”Sagens omstændigheder

...

1.2 K A/S' redegørelse

K A/S fremsendte ved brev af 14. juni 2012 den ønskede redegørelse.

K A/S oplyste heri, at K A/S fortsat har ansvarlig lånekapital under ..., der ved opgørelsen af basiskapitalen pr. 31. marts 2012 var indregnet med 100 %.

K A/S redegjorde for, at hvis lånet som anført af Finanstilsynet vurderes at forfalde pr. 31. oktober 2013, idet rentestigningen overstiger 150 basispoint, er forfaldsdatoen 2 år tidligere end hidtil antaget og vurderet af K A/S. Dette vil medføre, at solvensoverdækningen pr. 31. marts 2012 vil være 83 mio. kr., svarende til 0,9 procentpoint mod de indberettede 110 mio. kr., svarende til 1,1 procentpoint.

K A/S anførte endvidere, at det efter K A/S' vurdering også bør iagttages, at det ansvarlige lån fortsat dækker K A/S' simple kreditorer, da lånet er uopsigeligt fra långivers side, samt at det er på et renteniveau, hvor der ikke kan eller har kunnet optages ansvarlige lån i de seneste år. Der er således ikke tale om et ansvarligt lån, hvor rentestigninger har betydet, at låneomkostningerne er kommet op på et niveau, der ligger over markedsniveauet for ansvarlige lån; tværtimod er lånets samlede rentebelastning væsentligt under det aktuelle markedsniveau, hvorfor ændringen i rentevilkårene ikke har medført incitament til førtidsindfrielse, som ellers kunne være konsekvensen af store eller gentagne renteforhøjelser.

På baggrund af K A/S' bestræbelser på at etablere en betryggende solvensoverdækning på længere sigt, hvilket kræver et vist tidsmæssigt spillerum, samt renteniveauet på ... lånet søgte K A/S om dispensation, jf. § 26, stk. 5 i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen, hvis det var Finanstilsynets vurdering, at der i henhold til § 25, stk. 2 i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen, skal ske fradrag ved opgørelsen af den supplerende kapital fra et tidligere tidspunkt.

...

2. K A/S' klage

Det er K A/S' opfattelse, at formålet med bestemmelsen i § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen er, at det ikke skal være muligt at omgå reglerne om nedvægtning af ansvarlig lånekapital ved indregning i basiskapitalen i henhold til § 25, stk. 2, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen ved at aftale en rentestigning, der reelt tvinger pengeinstituttet til at foretage førtidsindfrielse.

Dette støttes af kommentarerne til den tidligere § 136 i lov om finansiel virksomhed (der nu er videreført i § 26 i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen) i Lov om Finansiel Virksomhed – med kommentarer (Merete Hjetting, Thomas Kjølner, Marianne Simonsen og Malene Stadil, 2. udgave), hvor det af note 27, side 621, fremgår at:

”Formålet med bestemmelsen er at hindre, at kravet om nedskrivning i stk. 4, nr. 1-3 omgås, ved at der fastsættes rentevilkår, der i praksis tvinger den finansielle virksomhed til at indfri kapitalen før udløb, fordi rentevilkårene er således, at renten på et tidspunkt stiger så meget, at det ville være uforsvarligt for pengeinstituttet, realkreditinstituttet, fondsmæglerselskabet eller investeringsforvaltningsselskabet ikke at indfri kapitalen ”frivilligt”.”

Bestemmelsen i den tidligere § 136 i lov om finansiel virksomhed blev indført samtidig med, at der blev indført tilsvarende regler i den tidligere § 132 i lov om finansiel virksomhed vedrørende indregning af hybrid kernekapital i basiskapitalen, hvor der er aftalt rentestigninger i lånets løbetid. Af forarbejderne til den tidligere § 132 i lov om finansiel virksomhed (L176, 2002-2003) fremgår det, at bestemmelsen i den tidligere § 132 i lov om finansiel virksomhed fulgte Basel Komitéens anbefalinger for hybrid kernekapital som beskrevet i punkt 6 i komitéens pressemeddelelse af 27. oktober 1998: Instruments eligible for inclusion in Tier 1 capital.

I modsætning til reglerne vedrørende hybrid kernekapital bygger de tilsvarende regler vedrørende ansvarlig lånekapital ikke på anbefalinger fra Basel Komitéen.

Forarbejdernes ordlyd (L176, 2002-2003) vedrørende Finanstilsynets dispensationsadgang som refereret i Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2012 er enslydende for såvel den tidligere § 132 som den tidligere § 136 i lov om finansiel virksomhed, bortset fra at hvor forarbejderne til § 132 angiver, at dispensationsadgangen alene vil blive brugt i ganske få tilfælde, er dette ikke angivet for så vidt angår dispensationsadgangen i forhold til den tidligere § 136 (dispensationsadgangen i den tidligere § 132 i forhold til hybrid kernekapital er senere ophævet). Dette betyder efter K A/S’ opfattelse, at der er en videre dispensationsadgang for så vidt angår ansvarlig lånekapital.

Det er K A/S’ opfattelse, at der i det konkrete tilfælde ikke er tale om en situation, hvor K A/S som følge af lånets rentevilkår er tvunget til at foretage førtidsindfrielse. Tværtimod er der som anført i K A/S’ brev af 14. juni 2012 tale om, at lånets samlede rentebelastning er væsentligt under det aktuelle markedsniveau.

Som eksempler på markedsniveauet for ansvarlig lånekapital kan nævnes:

Instituttets navn:	År	Aktuel rente*
...	2012	8,326 %
...	2011	11,756 %
...	2011	(Var.) 2,945 + 5,25 %
...	2010	8,00 %
...	2010	7,30 %
...	2009	10,50 %
...	2009	(Var.) 8,00 %

* Pr. udstedelsesdag (2012) eller pr. seneste årsregnskab

Det eneste incitament til førtidsindfrielse vil således være, hvis lånet ikke længere kan medregnes ved opgørelsen af den supplerende kapital, hvilket ville være en begrænsning i forhold til hele formålet med lånets optagelse.

Det vil efter K A/S' opfattelse være stridende mod bestemmelsens formål, såfremt K A/S konkret skulle blive tvunget til at indfri den ansvarlige lånekapital og eventuelt erstatte den med et dyrere lån, alene som følge af, at nedvægtningen påbegyndes 5 år før udløb i stedet for 3 år før udløb, hvorfor det ikke bør være afgørende, at ansøgningen om dispensation først foreligger efter aftalens indgåelse.
..."

I førnævnte udtalelse af 28. august 2012 har Finanstilsynet om sagens retlige omstændigheder udtalt:

2 Afgørelsens retlige grundlag

Af § 25 i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital fremgår, at:

"§ 25. Den supplerende kapital i pengeinstitutter, realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber og investeringsforvaltningsselskaber må ikke medregnes med mere end 100 pct. af kernekapitalen efter de i § 28, stk. 1, nr. 1-9, nævnte fradrag.

Stk. 2. Den ansvarlige lånekapital, jf. § 26, der medregnes ved opgørelsen af den supplerende kapital, reduceres med

- 1) 25 pct. af den udstedte kapital, når der er mindre end tre år og mere end eller to år til forfald,
- 2) 50 pct. af den udstedte kapital, når der er mindre end to år og mere end eller et år til forfald,
- 3) 75 pct. af den udstedte kapital, når der er mindre end et år til forfald, og
- 4) beholdningen af egen ansvarlig lånekapital samt egen ansvarlig lånekapital, der er stillet som sikkerhed for lån eller garantier, reduceret efter nr. 1-3."

Det fremgår af § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, at:

"Stk. 4. Rentestigninger på ansvarlig lånekapital må tidligst finde sted tre år efter udstedelsen. Hvis der er aftalt en eller flere rentestigninger, anses den ansvarlige lånekapital for at forfalde på tidspunktet for rentestigningen, hvis summen af rentestigninger overstiger 150 basispunkter fratrukket swapspændet på udstedelsesdagen. Ved swapspændet forstås forskellen mellem renteforhøjelsens rentegrundlag og udstedelsens oprindelige rentegrundlag."

Det fremgår yderligere af § 26, stk. 5, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, at:

"Stk. 5. Finanstilsynet kan i særlige tilfælde dispensere fra grænsen på 150 basispunkter i stk. 4, 2. pkt."

§ 26 i bekendtgørelsen om opgørelse af basiskapital fremgik tidligere af § 136 i lov om finansiel virksomhed, og blev vedtaget med virkning fra 1. januar 2004 (lov nr. 453 af 10. juni 2003, jf. lovforslag L176, 2002-03).

Af bemærkningerne til lovforslaget (L176, 2002-03) til den tidligere § 136, stk. 5, 2. pkt., fremgik, at:

"Stk. 5 fastlægger en øvre grænse for størrelsen af summen af rentestigninger ved udstedelse af ansvarlig lånekapital... Såfremt summen af rentestigningerne overstiger grænsen på 150 basispunkter fratrukket swap-spændet, anses den ansvarlige lånekapital for at forfalde og den ansvarlige lånekapital skal derfor reduceres i overensstemmelse med stk. 4, dvs. påbegyndes 3 år før rentestigningen."

Yderligere fremgik af bemærkningerne til § 136, stk. 7, at:

"En dispensation vil f.eks. kunne gives, hvis renteniveauet på tidspunktet for udstedelsen af den ansvarlige lånekapital er meget ustabil. Dispensationsadgangen giver Finanstilsynet mulighed for at ændre grænsen på de 150 basispunkter. Dispensationen skal foreligge inden aftalen indgås".

Med lov nr. 1556 af 21. december 2010, jf. lovforslag L49, fremsat i 2010-11, blev Finanstilsynet bemyndiget til at udarbejde en bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital. Formålet var at videreføre de gældende bestemmelser i en bekendtgørelse.

Det fremgår af lovforslaget, at baggrunden for at bestemmelserne blev overført fra lov om finansiel virksomhed til bekendtgørelsen blandt andet var, at der fremover vil være behov for at kunne tilpasse reguleringen hurtigere. Det skal ses i lyset af oprettelsen af de nye europæiske tilsynsmyndigheder EBA og EIOPA, der kan udstede bindende standarder. Det fremgår, at Finanstilsynet er af den opfattelse, at det derfor er mest hensigtsmæssigt, at reglerne for opgørelse af basiskapitalen i finansielle virksomheder gennemføres på bekendtgørelsesniveau.

Det fremgår af de specifikke bemærkninger til lovforslagets (L49, 2010-11) § 1, nr. 32, der ophæver de relevante bestemmelser om opgørelsen af basiskapitalen i lov om finansiel virksomhed, at bestemmelserne (tidligere §§ 129-139 i lov om finansiel virksomhed) "vil blive medtaget i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen".

I de specifikke bemærkninger til § 1, nr. 32, anføres følgende om § 139:

"Den praksis, som Finanstilsynet har fastlagt i medfør af anvendelsen af reglerne i lov om finansiel virksomhed, vil som hovedregel blive videreført. I lyset af erfaringerne fra uroen på de finansielle

markeder og udviklingen i øvrigt, vil Finanstilsynet imidlertid tage stilling til, om de krav, der i dag er medtaget i lov om finansiel virksomhed, skal skærpes eller suppleres i forbindelse med overgangen fra lov til bekendtgørelse udstedt med hjemmel i lov om finansiel virksomhed § 128. ... På grundlag af en nøje afvejning mellem behov og konsekvenser, vil der også kunne tænkes fastsat danske særregler, hvis dette skønnes nødvendigt af hensyn til at opretholde tilliden til den finansielle stabilitet eller tilliden til den finansielle sektor eller for at beskytte kunder i finansielle virksomheder i Danmark.”

1. Finanstilsynets vurdering

Efter Finanstilsynets opfattelse kan Finanstilsynet ikke på baggrund af sagens retlige og faktuelle grundlag dispensere for § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, jf. § 26, stk. 5. Det skyldes, at der ikke forelå en dispensationsansøgning og dermed heller ikke en dispensation, inden aftalen om ansvarlig kapital blev indgået mellem K og B.

Formålet med bestemmelsen om at begrænse, hvor meget renten må stige på ansvarlig lånekapital, er at hindre, at kravet om nedtrapning af medregningen af den ansvarlige lånekapital, jf. § 25, stk. 2, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, omgås, ved at der fastsættes rentevilkår der i praksis kan tvinge instituttet til at indfri kapitalen før udløb, fordi rentevilkårene er således, at renten på et tidspunkt stiger så meget, at det ville være uforvarsomt for instituttet ikke at indfri kapitalen frivilligt. Bekendtgørelsens § 26, stk. 4, har taget højde for, hvor meget renten må stige, for at lånet må anses som forfaldent. Nedtrappingsordningen har til formål at sikre, at der er en vis stabilitet i de kapitalelementer der medregnes til, så der er stabilitet i instituttets funding. Det afgørende er således, at institutterne på koncipieringstidspunktet sikrer en langsigtet stabil funding (eventuelt med Finanstilsynets dispensation) og ikke på et senere tidspunkt ansøger om dispensation, fordi det aktuelle markedsniveau taler for dette.

Det fremgår også af de almindelige bemærkninger til den tidligere § 136 (L 176, 2002/2003), at det med forslaget foreslås at regulere, hvor meget renten må stige på henholdsvis hybrid kernekapital og ansvarlig lånekapital. Formålet hermed er at undgå en situation, hvor der aftales rentestigninger, der er så høje, at det kan blive uforholdsmæssigt dyrt for instituttet ikke at indfri kapitalen. Der kan kun gives dispensation i særlige tilfælde, og hvis det aktuelle markedsniveau har betydning (tvinges til at omlægge til dyrere lån) ville dette naturligvis være skrevet ind i § 26, stk. 4, i bekendtgørelsen.

Lovbemærkningerne til ophævelsen af § 136 angiver, at Finanstilsynet som udgangspunkt fortsætter den hidtidige praksis ved overgangen fra lov til bekendtgørelse, men at det ikke hindrer, at reglerne fremadrettet kan skærpe eller suppleres af nye danske særregler. Reglerne kan skærpes eller suppleres, hvis det vurderes, at det kan gavne tilliden til den finansielle stabilitet eller kan beskytte kunderne. Der blev således ikke lagt

op til, at reglerne med overførelsen til bekendtgørelsesniveau skulle lempes.

Da der ikke er foretaget ændringer af § 26 i bekendtgørelsen om opgørelse af basiskapital siden reglerne blev overført fra lov om finansiel virksomhed til bekendtgørelsen, er Finanstilsynets praksis fortsat den samme.

Det er Finanstilsynets praksis, at reglerne ikke levner tilsynet mulighed for at fravige fortolkningen af reglerne, herunder at dispensationsanmodningen skal være modtaget af Finanstilsynet inden låneaftalen indgås. Dermed kan der heller dispenseres i denne sag.

...”

I skrivelse af 9. oktober 2012 har advokat A yderligere anført:

” ...

1. Supplerende bemærkninger

K A/S er enig i, at formålet med § 29, stk. 5 i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen (tidligere § 26, stk. 4 i bekendtgørelsen og § 136 i Lov om finansiel virksomhed) er at undgå en situation, hvor et pengeinstitut som følge af aftalte rentevilkår reelt tvinges til at indfri kapitalen før udløb.

Som anført i mit brev af 8. august 2012 er det K A/S' opfattelse, at der i det konkrete tilfælde ikke er tale om en sådan situation, idet det aktuelle markedsniveau for rente-vilkår på ansvarlige lån medfører, at der konkret ikke er et incitament for K A/S til at førtidsindfri kapitalen. Tværtimod må det konstateres, at de nugældende markedsvilkår for ansvarlig kapital som omfattet af afgørelsen har udviklet sig således, at rente- og prisvilkår tilsiger et væsentligt højere renteniveau, end der konkret er aftalt, hvorfor lånet netop af den grund burde kvalificere til at kunne medregnes i instituttet som ikke forfalden før lånets hovedstols forfaldstidspunkt.

Finanstilsynet anfører i sin udtalelse, at dispensation kun gives i særlige tilfælde, og videre at ”hvis det aktuelle markedsniveau har betydning (tvinges til at omlægge til dyrere lån) ville dette naturligvis være skrevet ind i § 26, stk. 4 i bekendtgørelsen”.

Hertil skal bemærkes, at forarbejderne ikke udtømmende angiver, i hvilke tilfælde der kan gives dispensation. Endvidere angiver § 26, stk. 4 (nu § 29, stk. 5) i bekendtgørelsen ikke, i hvilke tilfælde dispensation kan gives. Det forekommer derfor ikke ”naturligt” at en manglende omtale af det aktuelle markedsniveau i bekendtgørelsen skulle medføre, at en dispensation er udelukket af den grund.

Finanstilsynet kan efter K A/S' opfattelse således heller ikke blot afvise at give en dispensation med henvisning til Finanstilsynets tidligere prak-

sis og hensyn varetaget ved den tidligere praksis uden samtidig at foretage en vurdering af de nugældende forhold.

Dette omfatter, at Finanstilsynet netop ved hjemlen i bekendtgørelsesform er tillagt hjemmel til at dispensere og herunder om nødvendigt også dispensere for dele af den regulering, som er foretaget i bekendtgørelsesform.

Det er fortsat K A/S' opfattelse, at det vil være stridende mod bestemmelsens formål, såfremt K A/S konkret skulle blive tvunget til at indfri den ansvarlige lånekapital og principielt erstatte den med et dyrere lån alene som følge af, at ned-vægtningen påbegyndes 5 år før udløb i stedet for 3 år før udløb, hvorfor det ikke bør være afgørende, at ansøgningen om dispensation først foreligger efter aftalens indgåelse. Det er endvidere næppe sandsynligt, at K A/S overhovedet kan opnå anden tilsvarende ansvarlig finansiering.

Dispensationen vil konkret derfor fordre, at der tages stilling til de nugældende markedsvilkår og det nu oplyste faktum herom, således at afgørelsen ikke træffes alene med den begrundelse, at ansøgningen ikke forelå ved lånets etablering, men at der sker en materiel prøvelse på det nu foreliggende oplyste grundlag.

Finanstilsynet henviser i udtalelsen af 28. august 2012 ..., selv til, at der kan laves danske særregler, hvis det skønnes nødvendigt for at opretholde tilliden til den finansielle stabilitet eller tilliden til den finansielle sektor. Ansøgningen om dispensation har netop det formål at understøtte K A/S' kapitalgrundlag for derved at reducere en risiko for at medvirke til finansiell ustabilitet i den danske finansielle sektor. Dispensation som ansøgt vil muliggøre, at den ansvarlige kapital indregnes til det formål, den er ydet til, og dermed også at støtte et instituts kapitalgrundlag i en situation, hvor der ikke foreligger alternativer, og hvor der fortsat er 3 års løbetid til lånets hovedforfald. Det vil være overensstemmende med bestemmelsens materielle indhold og formål.

Hvor der er hjemmel til at fastsætte særregler og til at supplere de almindeligt gældende regler, er der også som det mindre i det mere hjemmel til anvende, om nødvendigt ved at udvide tidligere praksis, en dispensationsadgang, således at formålet med reguleringen kan opnås, og det indeholder som anført af Finanstilsynet også et element af understøttelse af finansiell stabilitet i Danmark
...”

Advokat A v/advokat C har ved e-mail af 22. marts 2013 på Erhvervsankennævnets forespørgsel vedrørende konsekvensen for klagesagen af, at K A/S er taget under konkursbehandling oplyst blandt andet:

”Overdragelsen til D A/S var en aktiv-overdragelse, der ikke omfattede K A/S' efterstillede kapital, herunder det ansvarlige lån ..., som er gen-

standen for klagesagen. Overdragelsen af aktiviteter fra K A/S til D A/S har dermed ikke betydning for sagen.

Klagesagen har alene betydning, hvis nogen, for K A/S under konkurs, og ikke for D A/S som køber.”

Ankenævnet udtaler:

For at ansvarlig lånekapital kan medregnes ved opgørelsen af basiskapitalen, må rentestigninger på den ansvarlige lånekapital tidligst finde sted tre år efter udstedelsen, jf. bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital § 29, stk. 5, 1. pkt., (tidligere § 26, stk. 4). Ifølge § 29, stk. 5, 2. pkt., anses den ansvarlige lånekapital at forfalde på tidspunktet for rentestigningen, hvis summen af rentestigninger overstiger 150 basispunkter fratrukket swapspændet på udstedelsesdagen, jf. dog stk. 6. Ved swapspændet forstås ifølge stk. 5, 3. pkt., forskellen mellem renteforhøjelsens rentegrundlag og udstedelsens oprindelige rentegrundlag. Finanstilsynet kan i medfør af § 29, stk. 6, (tidligere § 26, stk. 5) dog i særlige tilfælde dispensere fra grænsen på 150 basispunkter i stk. 5, 2. pkt.

Ankenævnet finder på baggrund af bestemmelsernes forarbejder og ud fra det af Finanstilsynet anførte, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Finanstilsynets vurdering. Ankenævnet tiltræder således, at dispensationsansøgningen, som ikke forelå ved indgåelsen af aftalen om den ansvarlige lånekapital, ikke imødekommes.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2012.

5) Kendelse af 24. juni 2013 (J.nr. 2013-0033521)

Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.
Lov om finansiel virksomhed § 354 og § 355 samt offentlighedslovens § 14.
(Niels Walther-Rasmussen, Elisabeth Stamer og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 28. januar 2013 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 7. januar 2013 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i alle aktstykker i en sag vedrørende en tidligere direktør i A.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet i anledning af klagen fra Finanstilsynet indhentet redegørelse af 25. marts 2013 fremgår om sagens faktiske omstændigheder blandt andet:

”1. Sagsfremstilling

Klager K blev pr. 1. januar 2010 medlem af bestyrelsen i B [pensionskasse].

Ved pensionskassens ordinære afstemning på generalforsamlingen den 12. december 2012 blev K ikke genvalgt til bestyrelsen. Han udtrådte derfor af bestyrelsen ved udløbet af valgperioden d. 31. december 2012.

K anmodede ved brev af 28. december 2012 om aktindsigt i Finanstilsynets ... sag som vedrørte B. ... Da Finanstilsynet holdt lukket mellem jul og nytår, hvilket fremgik af tilsynets hjemmeside, blev brevet først modtaget i tilsynet d. 2. januar 2013. På dette tidspunkt var K, jf. ovenfor, ikke længere medlem af bestyrelsen i B.

Finanstilsynet meddelte ved brev af 7. januar 2013 afslag på anmodningen om aktindsigt.”

I Finanstilsynets afgørelse af 7. januar 2013 hedder det:

”Finanstilsynet har modtaget din anmodning af 28. december 2012 om aktindsigt i følgende:

- alle aktstykker, herunder bl.a. evt. notater, mødereferater og aktens journalliste samt skriftlig oplysning om, hvorvidt alle aktstykker i sagen er stillet til rådighed, registre og andre fortegnelser, med relation til fastholdelsesbonussagen vedrørende tidligere direktør i A C

Afgørelse

Det er Finanstilsynets opfattelse at du ikke kan anses som part i medfør af lov om finansiel virksomhed § 355.

Sagen, som du anmoder om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed af tavshedspligten i lov om finansiel virksomhed § 354. Dette medfører, at der ikke kan meddeles aktindsigt i henhold til reglerne i offentlighedsloven, jf. lovens § 14.

Finanstilsynet kan derfor ikke imødekomme din anmodning om aktindsigt i notater, mødereferater, alle typer af korrespondance, journallister eller oplysninger om, hvorvidt der skulle være ikke-journaliserede sagsakter i den pågældende sag.

Begrundelse

Det følger af forvaltningslovens § 9, stk. 1, at den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Lov om finansiel virksomhed § 355 fastsætter, hvem der er part i forhold til Finanstilsynets afgørelser og indeholder således en afvigelse fra det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb. Det er Finanstilsynets vurdering, at du som klager på denne baggrund ikke kan betragtes som part i den konkrete sag, jf. lov om finansiel virksomhed § 355, og derfor ikke kan få aktindsigt i sagens dokumenter i medfør af forvaltningslovens § 9, hvorefter den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Endvidere følger det af offentlighedsloven § 4, stk. 1, at enhver – med de undtagelser der følger af lovens §§ 7-14 – er berettiget til at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v.

Ifølge § 14, 1. pkt. i offentlighedsloven er forholdet til tavshedspligt følgende:

"Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv."

Efter § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 793 af 20. august 2009 er Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt forpligtigede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver vidende om.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn. Det overordnede hensyn er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med virksomhederne. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendige.

Finanstilsynets tavshedspligt er en særlig vidtgående tavshedspligt, og adgangen til aktindsigt er således begrænset i forhold til almindelige regler, jf. offentlighedslovens § 14. Tavshedspligten indebærer også, at Finanstilsynet ikke kan give aktindsigt i videre omfang efter § 4, stk. 1, 2. pkt. i offentlighedsloven, idet denne adgang til meroffentlighed begrænses af tavshedspligten.

Udgangspunktet er således, at alle oplysninger om forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn, er undergivet tavshedspligt og dermed undtaget fra den almindelige adgang til aktindsigt. Kun i det omfang, den på-

gældende kan anses for at være part i tilsynssagen, vil der efter forvaltningslovens regler være adgang til aktindsigt.

Det følger herefter af § 4, stk. 1, 1. pkt., jf. § 14, stk. 1, i offentlighedsloven, sammenholdt med § 354, stk. 1, 1. pkt. i lov om finansiel virksomhed, at du ikke har mulighed for at få aktindsigt som anmodet.
...”

I klagen af 28. januar 2013 har K anført:

”Ang.: Anke af Finanstilsynets afslag på aktindsigt
...

For det første har jeg som medlem af bestyrelsen for B lov til at bede om indsigt i den kommunikation, der er foregået mellem tilsynet og B/A. Ønsket om aktindsigt er også fremsat af mig over for vor direktion allerede i mail af 19. februar 2012, men imødekommes ikke ligesom tilsynet ikke svarer på mine henvendelser herom. ... [udeladt]

... [udeladt] dels i en manglende oplysning til medlemmerne om direktørens aflønning og endelig i at ... [udeladt] hvad A's direktion må have gjort. Dertil kommer at mine mails til D, Finanstilsynet, af bl.a. 13. oktober 2012, hvori jeg skriver: ... [udeladt]

For det tredje ankes tilsynets afslag på aktindsigt, fordi det behandler en sag i hvilken der foreligger omstændigheder, der er egnede til at vække tvivl om dets upartiskhed. Af disse grunde bedes Erhvervsankenævnet om at omgøre tilsynets afslag”

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

” 2 Afgørelsens retlige grundlag

Forvaltningsloven § 9, stk. 1:

”Den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. Begæringen skal angive den sag, hvis dokumenter den pågældende ønsker at blive gjort bekendt med.”

Lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 1:

”Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Det samme gælder personer, der udfører serviceopgaver som led i Finanstilsynets drift, samt eksperter, der handler på tilsynets vegne. Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets ophør.”

Bemærkningerne til lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 1 (L 64 af 27. oktober 2004):

”Det foreslås, at bestemmelsens ordlyd præciseres, således at det udtrykkeligt fremgår, at den udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed.

Formålet hermed er at gøre det tydeligere, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin reguleringsvirksomhed og sin informationsvirksomhed ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Ændringen indebærer, at det tydeliggøres, at fortrolighed i relation til disse dele af Finanstilsynets virksomhed alene skal vurderes i forhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

Stk. 1 indeholder hovedreglen om Finanstilsynets tavshedspligt. Efter bestemmelsen i stk. 1 må Finanstilsynets ansatte, personale, som udfører serviceopgaver for Finanstilsynet samt eksperter ansat af Finanstilsynet ikke videregive de fortrolige oplysninger, som modtages i forbindelse med tilsynsvirksomheden. Tavshedspligten omfatter også oplysninger, som Finanstilsynet modtager fra udenlandske myndigheder. De finansielle direktiver indeholder også regler om tavshedspligt.

Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervs kunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold. Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger. [...].

Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiell virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige. Oplysninger, som efter deres karakter er offentlige, f.eks. regnskaber og fondsbørsmeddelelser, er ikke omfattet af tavshedspligten. Tilsvarende gælder oprindeligt fortrolige oplysninger, som uden om tilsynet er blevet offentliggjort af andre kanaler i en grad, at det er blevet almindeligt kendt. Ved oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige, forstås, oplysninger, der ikke direkte relaterer sig til enkelte kunders eller virksomheders forhold. Det drejer sig bl.a. om oplysninger om økonomiske eller forretningsmæssige forhold for personer og selskaber, som ikke er kunder i egentlig forstand, men som f.eks. kationerer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheds kunder eller på anden vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.

Begrebet »tilsynsvirksomhed« skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 21 om tilsyn i lov om finansiell virksomhed. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 344, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, samt undersøgelser efter § 346 er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsy-

net modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed ikke omfattet. [...]

Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænses af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen. Det er dog udelukkende adgangen til aktindsigt efter offentlighedsloven, der er begrænset. Parterets rettigheder herunder adgang til aktindsigt skal afgøres efter forvaltningsloven. Afgørelse af hvem der er part i forhold til Finanstilsynet, træffes efter lov om finansiel virksomhed § 355.”

Lov om finansiel virksomhed § 355, stk. 1:

”Som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3.”

Uddrag af lov om finansiel virksomhed § 355, stk. 3:

”Som part anses i øvrigt et bestyrelsesmedlem, en ansvarshavende aktuar, en revisor, en direktør eller andre ledende medarbejdere i en finansiel virksomhed, [...], hvis Finanstilsynets afgørelse er rettet direkte mod den pågældende. [...].”

Af bemærkningerne til lovens § 355 (§ 354 i lovforslag L 176 af 12. marts 2003) fremgår blandt andet:

”Stk. 1 medfører, at det som udgangspunkt alene er den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, der er part i forhold til Finanstilsynet [...]. Det særlige partsbegreb er nødvendigt for at undgå en udhuling af Finanstilsynets tavshedspligt, da parterets adgang til aktindsigt efter forvaltningsloven ikke tilsidesættes af tavshedspligtsreglerne [...] Bestemmelsen medfører, at kunder i finansielle virksomheder ikke er parter i forhold til Finanstilsynet. Dette gælder, uanset hvilken interesse de måtte have i en given sag, f.eks. fordi tilsynet kræver ekstraordinære hensættelser på deres lån. [...] Ligeledes vil aktionærer i en finansiel virksomhed heller ikke være parter i tilsynets sag om den pågældende virksomhed”.

Offentlighedsloven § 4, stk. 1:

”Enhver kan med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v.”

Offentlighedsloven § 14:

”Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv. Det gælder ikke, for så vidt an-

går den almindelige tavshedspligt efter straffeloven, forvaltningsloven og tjenestemandsløvgivningen.”

1. Finanstilsynets vurdering

Om muligheden for aktindsigt efter § 355 i lov om finansiel virksomhed, jf. § 9 i forvaltningsloven:

Lov om finansiel virksomhed § 355 fastsætter, jf. ovenfor, hvem der er part i forhold til Finanstilsynets afgørelser og indeholder således en afvigelse fra det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb.

K anfører i sit brev af 28. december 2012, at han er medlem af bestyrelsen i B.

Det følger af § 355, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, som er citeret i uddrag ovenfor, at et bestyrelsesmedlem i en finansiel virksomhed anses som part, såfremt Finanstilsynets afgørelse er rettet direkte mod den pågældende.

Den sag, som K ønsker aktindsigt i, er ikke rettet mod ham. Det er herefter Finanstilsynets vurdering, at K allerede på denne baggrund ikke kan betragtes som part i den konkrete sag, og at han således ikke kan få aktindsigt i sagens dokumenter i medfør af § 9 i forvaltningsloven.

Afslutningsvist i relation til partsbegrebet bemærkes, at § 355 ikke omfatter personer, der klager over Finanstilsynet. Det er således uden betydning, at K mener, han bør have aktindsigt, fordi ”der foreligger omstændigheder, der er egnede til at vække tvivl om [tilsynets] upartiskhed.”

Om mulighed for aktindsigt i henhold til offentlighedslovens regler:

Retten til aktindsigt i medfør af offentlighedslovens regler er jf. lovens § 14 begrænset, når der i en særlov gælder særlige bestemmelser om tavshedspligt. En sådan særlig tavshedspligt er lovfæstet for Finanstilsynets medarbejdere i § 354 i lov om finansiel virksomhed.

Det afgørende er herefter, om oplysningerne i sagen er omfattet af den særlige tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354, hvorefter Finanstilsynets medarbejdere er forpligtede til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Tavshedspligten i lov om finansiel virksomhed § 354 er begrundet i en række konkrete hensyn. Som det fremgår af de ovenfor citerede bemærkninger, er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at Finanstilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne nære tillid til, at Finanstilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger. Et andet hensyn bag tavshedspligten er et ønske om af konkurrencemæssige årsager at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som ikke er beregnet til at komme til offentlighedens kendskab, er fortrolige og dermed omfattet af tavshedspligten efter § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Herunder gælder det, at alle oplysninger, som Finanstilsynet modtager om virksomhedernes forhold – og som ikke på anden vis gennem medier eller lignende er offentliggjort eller tilgængelige – er fortrolige og dermed undergivet tavshedspligten.

De dokumenter, som K ønsker aktindsigt i, er oplysninger, som Finanstilsynet har fået kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Finanstilsynet har i sagen vurderet, at det ikke er muligt, at udskille enkelte dokumenter, uden at der derved gives indsigt i fortrolige forhold.

Samtlige dokumenter er efter Finanstilsynets opfattelse omfattet af tavshedspligten efter § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed og er dermed undtaget fra aktindsigt. Da ingen af undtagelserne til tavshedspligten i § 354, stk. 2-13, i lov om finansiel virksomhed finder anvendelse i den konkrete sag, er der ikke mulighed for at opnå aktindsigt under henvisning til offentlighedsloven.

...”

Ved skrivelse af 28. april 2013 har K yderligere anført blandt andet:

”Mine bemærkninger ... er følgende:

1. Som medlem af B's bestyrelse 2010-2012 er jeg underlagt tilsynets reguleringsvirksomhed og er dermed part i sager, der vedrører B i nævnte periode, også efterfølgende.
2. ... [udeladt] Erhvervsankenævnet kan skaffe sig indsigt heri. Tilsynet har dog undladt at besvare mine henvendelser. ... [udeladt] Tilsynets manglende svar begrundet ønsket om aktindsigt.
3. Som medlem af B's bestyrelse skal jeg sikre høje pensionsafkast gennem lovlige beslutninger. ... [udeladt] Derfor er jeg part i denne sag og har pligt til at gøre tilsynet opmærksom på dets lovstridige medviden og medvirken, jf. ... [udeladt] Jeg har telefonisk orienteret ... [udeladt], den 9. april 2013, kl. 16.10 om mine bestræbelser ... [udeladt] Jeg har orienteret B's nuværende bestyrelse ved mail om ... [udeladt] Jeg har ligeledes på B's generalforsamling i Århus 25. april 2013 spurgt den eksterne revisor E, F [revisionsvirksomhed], om han kunne garantere at der ikke er tilgået C yderligere beløb ud over de 466.000,- fra A. Svaret var, at det ikke er tilfældet. ... [udeladt] Endelig har jeg tilladt mig at konsultere professor G generelt, der fastslår: ... [udeladt] Men det er underordnet om bestyrelsen finder dette. For bogførings-, regnskabs- og skattelovgivning siger at en sådan ordning er ulovlig.

4. Som medlem af B's bestyrelse skal jeg på B's generalforsamlinger orientere vore medlemmer om direktørens aflønning og Finanstilsynet skal sikre at det sker. Misforholdet opstår, når tilsynet undlader at påtale B's tidligere formands og direktør kollektive informationssvigt ... [udeladt] Tilsynets forsømmelighed forpligter mig til at undersøge sagen gennem aktindsigt.
5. ... [udeladt]
6. Som medlem af B's bestyrelse ønsker jeg at få placeret et evt. ansvar for tilsynets medvirken og medvirken til ulovligheder. En henvendelse om Finanstilsynets svigt og lovbrud til Erhvervs- og Vækstministeriet, har ikke fået Ministeriet til at gå ind i sagen.
7. Som medlem af B's bestyrelse kan tilsynets svigt og medvirken være ansvarspådragende. Som eksbestyrelsesmedlem i B er jeg interesseret i at få dette økonomiske forhold afklaret.
8. Finanstilsynets afvisning af mit ønske om aktindsigt er ikke kun begrundet i en beskyttelse af finansielle virksomheders kunder. Med tilsynets afslag beskytter det sig selv og optræder dermed ikke upartisk."

K har ved skrivelse af 25. maj 2013 yderligere udtalt:

"I min afsluttende kommentar til Nævnet skal jeg tillade mig at fremføre, at mit ønske om aktindsigt har to bagvedliggende formål. ... [udeladt] og dels at få afdækket Finanstilsynets krænkelse af retssikkerheden forstået "negativt som et forbud mod vilkårlighed og som virkeliggørelse af retten," jf. Tanja Jørgensen, Retssikkerhed i Finanstilsynet," Ugeskrift for Retsvæsen 2013B.119, s 1.

Jeg skal i den forbindelse henlede Nævnets opmærksomhed på direktør i Finanstilsynet, ... udsagn gengivet i Finanswatch 24.5.2013, om at "tilsynet (er) klar til hård oprydning i bankerne" og "vi skal have ryddet op for at komme videre." Den indstilling skal jeg bede Nævnet om at indtage over for Finanstilsynet for dets krænkelser af retssikkerheden. Også fordi hverken direktør ... eller departementschef ..., Erhvervs- og Vækstministeriet eller minister ..., har forholdt sig til Tilsynets krænkelser af retssikkerheden trods mine henvendelser herom.

Så af hensyn til finanstilsynets fremtidige troværdighed og fortsatte uafhængighed af de finansielle institutioner, det skal kontrollere, "skal vi have ryddet op for at komme videre." Jeg har i den forbindelse rettet henvendelse til formand og næstformand i Folketingets Erhvervsudvalg, ... (S) og ... (V)."

Ankenævnet udtaler:

Ifølge forvaltningslovens § 9 kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Det fremgår af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3, som indeholder en opregning over hvem, der udover den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse retter sig mod, kan anses for værende part i en sag i Finanstilsynet.

Af § 355, stk. 3 fremgår det, at som part anses i øvrigt et bestyrelsesmedlem i en finansiel virksomhed, hvis Finanstilsynets afgørelse er rettet direkte mod den pågældende.

Af bemærkningerne til § 355, stk. 3 (Lovforslag L 176 af 12. marts 2003, § 354), fremgår blandt andet:

”Efter *stk. 3* får en person med særlig tilknytning til en finansiel virksomhed partsstatus i sin egen sag, hvis Finanstilsynets afgørelser retter sig direkte mod den pågældende, f.eks. hvis Finanstilsynet udsteder påbud eller påtaler forhold, der retter sig mod den pågældende”

Sagen, som K ønsker aktindsigt i er ikke rettet direkte mod ham. K er således ikke part i forhold til Finanstilsynet, jf. § 355, stk. 1 og stk. 3, og har derfor ikke aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 9.

Ifølge offentlighedslovens § 4 kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Pligten til at meddele oplysninger er, jf. lovens § 14, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

I henhold til § 354 i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Efter bestemmelsen ordlyd og forarbejder tiltræder Erhvervsankenævnet, at K heller ikke har aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.

Erhvervsankenævnet er en rekursinstans, som træffer afgørelse i indbragte sager vedrørende afgørelser truffet af blandt andre Finanstilsynet, jf. nærmere lov om Erhvervsankenævnet § 1. Ankenævnet har således ingen tilsynsbeføjelser i forhold til Finanstilsynet, hvorfor nævnet ikke har kompetence til at forholde sig til klagers påstand om, at der foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om Finanstilsynets upartiskhed.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 7. januar 2013.

6) Kendelse af 30. september 2013 (J.nr. 2013-0034166)

Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.
Lov om finansiel virksomhed § 354 og § 355 samt offentlighedslovens § 14.
(Piya Mukherjee, Elisabeth Stamer og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 25. marts 2013 har advokat A på vegne af K1 og K2 klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 21. marts 2013 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets j.nr. 6518-0006 vedrørende Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012 om inddragelse af B A/S' tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 21. marts 2013 hedder det:

”Begæring om aktindsigt

Finanstilsynet har modtaget din aktindsigtsbegæring af 15. marts 2013 på vegne af dine klienter K1 og K2, hvor du anmoder om aktindsigt i Finanstilsynets j.nr. 6518-0006, der vedrører Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012 om inddragelse af B A/S' tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab.

Det fremgår af begæringen, at K1 og K2 er minoritetsaktionærer i selskabet, og at formålet med begæringen er at få afklaret, hvorvidt de skal drage ledelsen til ansvar i anledning af inddragelsen af selskabets tilladelse.

I dit brev af 20. marts 2013 er det nærmere præciseret, at det navnlig er den rapportering, der er tilgået bestyrelsen fra daværende direktør C og investeringsdirektør D, der ønskes aktindsigt i. Herudover ønskes aktindsigt i anden information, der måtte være tilgået bestyrelsen vedrørende handlerne for egen regning i perioden maj 2011 til oktober 2012.

Endvidere anføres det, at K1 og K2 tilsammen er i besiddelse af en andel på 30 pct. af aktiekapitalen i selskabet, hvorfor de til støtte for begæringen bl.a. påberåber sig § 355, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed.

Afgørelse

Finanstilsynet kan ikke imødekomme din begæring om aktindsigt på vegne af dine klienter i de ønskede dokumenter vedrørende Finanstilsynets ind-dragelse af B A/S' tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab.

Begrundelse

Det følger af § 9, stk. 1, i forvaltningsloven, at den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Det fremgår af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af loven retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3, som indeholder en liste over hvem, der derudover kan anses for værende part i en sag i Finanstilsynet.

Endvidere fremgår det af § 355, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynet kan give visse partsbeføjelser til andre fysiske eller juridiske personer, når tilsynet tager en sag op om videregivelse af fortrolige oplysninger, jf. kapitel 9 i lov om finansiel virksomhed. Denne særlige hjemmel til at tillægge fysiske og juridiske personer partsbeføjelser er således rettet mod Finanstilsynets sager vedrørende overholdelse af videregivelsesreglerne i kapitel 9 i lov om finansiel virksomhed.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at dine klienter ikke kan anses for at være parter og ikke kan tillægges partsbeføjelser i den konkrete tilsyns-sag vedrørende Finanstilsynets afgørelse om inddragelse af B A/S' tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, jf. § 355 i lov om finansiel virksomhed. De er således ikke berettiget til aktindsigt i de angivne dokumenter i henhold til forvaltningsloven.

Ifølge § 4, stk. 1, i offentlighedsloven kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i lovens §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v. I henhold til § 14, stk. 1, i offentlighedsloven er pligten til at meddele oplysninger efter § 4, stk. 1, begrænset af de særlige bestemmelser, der er fastsat ved lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Efter § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Finanstilsynets tavshedspligt er en særlig vidtgående tavshedspligt, og adgangen til aktindsigt er således begrænset i forhold til almindelige regler, jf. § 14 i offentlighedsloven. Tavshedspligten indebærer også, at Finanstilsynet ikke kan give aktindsigt i videre omfang efter § 4, stk. 1, i offentlighedsloven, idet denne adgang til meroffentlighed er begrænset af tavshedspligten.

Det materiale, som der begæres aktindsigt i, relaterer sig til Finanstilsynets tilsynsforpligtelse i henhold til § 344 i lov om finansiel virksomhed og er omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. § 354, stk. 1. Det følger herefter af § 4, stk. 1, jf. § 14, stk. 1, i offentlighedsloven, at Finanstilsynet ikke kan imødekomme din begæring på vegne af dine klienter om aktindsigt i de ønskede dokumenter.

...”

I klagen af 25. marts 2013 har advokat A anført:

”...

K1 og K2 klager over Finanstilsynets afslag på aktindsigt

Ved skrivelse af 21. ds. har Finanstilsynet afvist min begæring på aktindsigt på vegne af mine klienter K1 og K2 i sagen vedrørende Finanstilsynets kendelse af 21. november 2012 (j.nr. 6518-0006) over for E A/S, (tidl. B A/S).

Idet min begæring af 20. ds. og Finanstilsynets afslag af 21. ds. vedlægges, skal jeg herved indbringe afslaget for Erhvervsankenævnet.

Det er uomtvisteligt, at Finanstilsynets kendelse af 21. november 2012, hvorved B's autorisation som fondsmægler som følge af systematiske og omfattende uregelmæssigheder blev inddraget, har indgribende økonomiske konsekvenser for mine klienter, hvilket bør medføre, at der indrømmes dem partsstatus.

Ikke alene andrager mine klienters samlede aktiepost mere end 30% af den samlede aktiekapital, men afgørelsen medfører tillige, at deres aktiebeholdninger i dag må anses som nærmest værdiløse, hvilket medfører et samlet tab på mere end 5,3 mill. kr.

Det er min opfattelse, at frakendelsen af autorisationen ligger uden for den erhvervsmæssige risiko, som min klienter som aktionærer i B har haft mulighed for at forudse.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 3. maj 2013 udtalt:

” ...

2. Retligt grundlag

2.1. Forvaltningsloven

Det fremgår af § 9, stk. 1, i forvaltningsloven:

”§ 9. Den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. Begæringen skal angive den sag, hvis dokumenter den pågældende ønsker at blive gjort bekendt med.”

2.2. Lov om finansiel virksomhed

Det fremgår af § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed:

”§ 354. Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Det samme gælder personer, der udfører serviceopgaver som led i Finanstilsynets drift, samt eksperter, der handler på tilsynets vegne. Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets ophør.”

§ 355 i lov om finansiel virksomhed har følgende ordlyd:

”§ 355. Som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3.

Stk. 2. I nedennævnte tilfælde anses en anden end virksomheden tillige som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende:

1)-8) [...]

9) Et medlem af en finansiel virksomheds bestyrelse eller direktion eller en kapitalejer, når tilsynet nægter en finansiel virksomhed tilladelse eller inddrager denne helt eller delvis, jf. § 14, stk. 1, nr. 1-3, og stk. 2, § 224 og § 225, stk. 1.

10)-15) [...]

Stk. 3-5. [...]

Stk. 6. Finanstilsynet kan, når tilsynet tager en sag op om videregivelse af fortrolige oplysninger, jf. kapitel 9, give visse partsbeføjelser til andre fysiske eller juridiske personer end de i stk. 2 og 3 nævnte. Partsbeføjelser kan alene gives, for så vidt angår den del af sagen, som har direkte og væsentlig betydning for den pågældende. Partsbeføjelser skal gives under hensyntagen til beskyttelsen af fortrolige oplysninger om de virksomheder, der er under tilsyn. Partsbeføjelserne er begrænset til forhold, hvor tilsynets afgørelser træffes efter den 1. januar 2004.”

§ 355, stk. 2, nr. 9 blev oprindeligt indført i lov om banker og sparekasser m.v. ved lov nr. 1051 af 23. december 1998.

§ 50 c i bank- og sparekasseloven havde følgende ordlyd:

”§ 50 c. Som part i forholdet til Finanstilsynet anses alene det institut, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3.

Stk. 2. I nedennævnte tilfælde anses en anden end instituttet tillige som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende:

1)-4) [...]

5) Et medlem af et pengeinstituts bestyrelse eller direktion eller en kapitalejer, når tilsynet nægter et institut tilladelse eller inddrager denne, jf. § 6, stk. 6 og 7, og § 43, stk. 1, nr. 4.”

§ 6, stk. 6 og 7, havde følgende ordlyd:

”Stk. 6. Efter indstilling fra tilsynet kan økonomiministeren nægte tilladelse, hvis et medlem af pengeinstituttets direktion eller bestyrelse

- 1) må skønnes ikke at have fyldestgørende erfaring til at udøve stillingen eller hvervet,
- 2) er dømt for strafbart forhold, og det udviste forhold begrundet en nærliggende fare for misbrug af stillingen eller hvervet, eller
- 3) I stilling eller erhverv har udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage stillingen eller hvervet på forsvarlig måde.

Stk. 7. Tilladelse kan desuden nægtes, hvis de i stk. 1 nævnte kapitalejere skønnes at ville modvirke en forsvarlig drift af pengeinstituttet.”

§ 43, stk. 1, nr. 4, havde følgende ordlyd:

”§ 43. Finanstilsynet kan inddrage et pengeinstituts tilladelse:

1)-3) [...]

4) i de i § 6, stk. 6, 7, 8 og 10 nævnte tilfælde.”

§ 6, stk. 8 og 10, havde følgende ordlyd:

”Stk. 8. Tilladelse kan nægtes, hvis der foreligger snævre forbindelser mellem pengeinstituttet og andre virksomheder eller personer, og hvis disse forbindelser vil kunne vanskeliggøre varetagelsen af tilsynets opgaver.

Stk. 10. Finanstilsynet kan nægte tilladelse, såfremt lovgivningen i et land uden for Den Europæiske Union eller lande, som Fællesskabet har indgået aftale med, vedrørende en virksomhed eller person, som pengeinstituttet har snævre forbindelser med, vil kunne vanskeliggøre varetagelsen af tilsynets opgaver.”

Af bemærkningerne til lov nr. 1051 af 23. december 1998 (L 6), fremgår bl.a. følgende:

”Hvis Finanstilsynet nægter at give eller inddrager et pengeinstituts tilladelse, fordi et medlem af pengeinstituttets direktion eller bestyrelse ikke anses for at leve op til kravet om hæderlighed og erfaring, anses den pågældende person tillige for at være part i denne del af sagen, jf. § 6, stk. 6 og § 43, stk. 1, nr. 4. Tilsvarende vil en kapitalejer, jf. § 6, stk. 7 og § 43, stk. 1, nr. 4, som efter Finanstilsynets opfattelse vil modvirke en forsvarlig drift af pengeinstituttet, også opnå partsstatus.”

Det fremgår af bemærkningerne til lov nr. 453 af 10. juni 2003 (L 176) vedrørende § 355, stk. 1, at *”Det særlige partsbegreb er nødvendigt for at undgå en udhuling af Finanstilsynets tavshedspligt, da parter adgang til aktindsigt efter forvaltningsloven ikke tilsidesættes af tavshedspligtsreglerne. Det fremgår bl.a. af ombudsmandens praksis, at det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb fortolkes bredt, jf. FOB 1987 64, hvor ombudsmanden tillagde Indlånerforeningen i 6. juli Banken partsstatus i forhold til tilsynets sag om anmeldelse af betalingsstandsning.*

Bestemmelsen medfører, at kunder i finansielle virksomheder ikke er parter i forhold til Finanstilsynet. Dette gælder, uanset hvilken interesse de måtte have i en given sag, f.eks. fordi tilsynet kræver ekstraordinære hensættelser på deres lån. Dog kan kunder, der klager over, at en finansiell virksomhed ikke overholder god skik eller reglerne om videregivelse, blive part i den del af sagen, jf. bemærkningerne til stk. 4. Ligeledes vil aktionærer i en finansiell virksomhed heller ikke være parter i tilsynets sag om den pågældende virksomhed.” Videre fremgår det af bemærkningerne til lov nr. 453 af 10. juni 2003 (L 176) vedrørende § 355, stk. 2, nr. 9, at bestemmelsen *”er en sammenskrivning af tilsvarende bestemmelser i den gældende tilsynslovgivning. Hvis Finanstilsynet nægter en finansiell virksomhed tilladelse eller inddrager tilladelsen helt eller delvist, fordi et medlem af virksomhedens direktion eller bestyrelse ikke lever op til lovens krav om hæderlighed og erfaring, anses den pågældende person for at være part i denne del af sagen. Tilsvarende vil en kapitalejer eller aktionær tillige opnå partsstatus, når den pågældende efter Finanstilsynets opfattelse vil modvirke en forsvarlig drift af selskabet.”*

2.3. Offentlighedsloven

Det fremgår af § 4, stk. 1, i offentlighedsloven:

”§ 4. Enhver kan med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v.”

Det fremgår samtidig af § 14, stk. 1, i offentlighedsloven:

”§ 14. Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for

personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv. Det gælder ikke, for så vidt angår den almindelige tavshedspligt efter straffeloven, forvaltningsloven og tjenestemandsløvgivningen.”

Efter bestemmelsen er pligten til at meddele oplysninger efter § 4, stk. 1, således begrænset af de særlige bestemmelser, der er fastsat ved lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Finanstilsynets vurdering

I henhold til § 9, stk. 1, i forvaltningsloven, kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Det fremgår af klagen af 25. marts 2013 fra advokat A, at K1 og K2 er minoritetsaktionærer i E A/S (tidligere B A/S), og at inddragelse af B A/S' tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab har indgribende økonomiske konsekvenser for dem, hvilket bør medføre, at der indrømmes dem partsstatus.

Endvidere anføres det i klagen uden nærmere begrundelse, at inddragelsen af tilladelsen ligger uden for den erhvervsmæssige risiko, som aktionærerne har haft mulighed for at forudse.

Partbegrebet i lov om finansiel virksomhed afviger fra det almindelige partsbegreb i forvaltningsloven, da § 355 lov om finansiel virksomhed regulerer partsbegrebet i forhold til Finanstilsynets afgørelser.

Det fremgår af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at som part i forhold til Finanstilsynet anses som udgangspunkt alene den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af loven retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3.

Den i bemærkningerne til lov nr. 453 af 10. juni 2003 (L 176) anførte sag FOB 1987 64 gav anledning til, at partsbegrebet præciseredes yderligere ved lov nr. 306 af 16. maj 1990. Det fremgår af forarbejderne til denne lov, at *”Der foretages herved en præcisering af forvaltningslovens partsbegreb, således at det alene er det pengeinstitut, hvis forhold undersøges, der kan anses som part. Dette betyder blandt andet, at andre end pengeinstituttet, selvom de pågældende måske har interesser i sagen, ikke har mulighed for f.eks. aktindsigt (...) Efter Industriministeriets opfattelse følger det af reglerne i 2. banksamordningsdirektiv, at der i meget vidt omfang skal sikres fortrolighed omkring de oplysninger, som Finanstilsynet gennem sine undersøgelser kommer i besiddelse af. En sådan fortrolighed kan kun sikres, hvis forvaltningslovens partsbegreb ikke resulterer i, at alle, der har en interesse i sagen kan få aktindsigt.”*

Af bemærkningerne til § 355, stk. 1, er det præciseret, at aktionærer i en finansiel virksomhed ikke vil være parter i forhold til tilsynets afgørelser mod den pågældende virksomhed. Det forhold, at K1 og K2 er aktionærer i E A/S (tidligere B A/S) og samlet er i besiddelse af en andel på 30 pct. af aktiekapitalen i selskabet, medfører således ikke partsstatus i henhold til § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

I § 355, stk. 2 og 3, i lov om finansiel virksomhed angives de konkrete tilfælde, hvor andre end den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed kan anses for værende part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Af § 355, stk. 2, nr. 9, i lov om finansiel virksomhed fremgår det, at et medlem af en finansiel virksomheds bestyrelse eller direktion eller en kapitalejer, når tilsynet nægter en finansiel virksomhed tilladelse eller inddrager denne helt eller delvis, jf. § 14, stk. 1, nr. 1-3, og stk. 2, § 224 og § 225, stk. 1, tillige kan anses som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende. [vores understregning]

Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår det, at *”Hvis Finanstilsynet nægter en finansiel virksomhed tilladelse eller inddrager tilladelsen helt eller delvist, fordi et medlem af virksomhedens direktion eller bestyrelse ikke lever op til lovens krav om hæderlighed og erfaring, anses den pågældende person for at være part i denne del af sagen. Tilsvarende vil en kapitalejer eller aktionær tillige opnå partsstatus, når den pågældende efter Finanstilsynets opfattelse vil modvirke en forsvarlig drift af selskabet.”*

Aktionærene K1 og K2 har begæret aktindsigt i Finanstilsynets j.nr. 6518-0006, der vedrører Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012 om inddragelse af B A/S' tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab.

Af Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012 fremgår det, at baggrunden for Finanstilsynets inddragelse af B A/S' tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab var, at selskabet havde gjort sig skyldig i grove overtrædelser af lov om finansiel virksomhed, jf. § 224 i lov om finansiel virksomhed. Således fremgår det af afgørelsen, at B A/S, der ikke havde tilladelse til forretninger for egen regning, i groft omfang havde overtrådt sin tilladelse, og at dette havde påført selskabet væsentlige risici samt resulteret i et samlet tab på egenbeholdningen. Videre fremgår det af afgørelsen, at der var risiko for, at selskabets handler havde været til skade for kundernes interesser, og at selskabet således potentielt havde udsat sine kunder for tab ved at handle egne papirer over bundthandlsdepotet og ved ikke at fordele handler til kunderne straks efter handelen. Endelig var selskabets interne kontroller yderst mangelfulde, idet overtrædelserne begået af en medarbejder enten ikke blev opdaget af ledelsen, eller at ledelsen ikke havde reageret på informationer om, at overtrædelserne fandt sted.

Finanstilsynets afgørelse er således rettet mod virksomheden og ikke mod aktionærene K1 og K2, ligesom det ikke af afgørelsen fremgår, at disse har modvirket en forsvarlig drift af selskabet eller i øvrigt på anden måde har været inddraget i grundlaget for afgørelsen om inddragelse af selskabets tilladelse. Afgørelsen vedrører således ikke aktionærene K1 og K2 udover afgørelsens konsekvenser som følge af, at de er aktionærer i selskabet, hvorfor det er Finanstilsynets vurdering, at de ikke kan anses

for værende parter i den pågældende afgørelse i henhold til 355, stk. 2, nr. 9, i lov om finansiel virksomhed.

Endvidere fremgår det af § 355, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynet kan give visse partsbeføjelser til andre fysiske eller juridiske personer, når tilsynet tager en sag op om videregivelse af fortrolige oplysninger, jf. kapital 9 i lov om finansiel virksomhed. Denne særlige hjemmel til at tillægge fysiske og juridiske personer partsbeføjelser er således rettet mod Finanstilsynets sager vedrørende overholdelse af videregivelsesreglerne i kapitel 9 i lov om finansiel virksomhed og medfører ikke partstatus for aktionærene K1 og K2 i den konkrete tilsynssag.

På baggrund heraf er det Finanstilsynets vurdering, at aktionærene K1 og K2 ikke kan anses for at være parter og ikke kan tillægges partsbeføjelser i den konkrete tilsynssag vedrørende Finanstilsynets afgørelse om inddragelse af B A/S' tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, jf. § 355 i lov om finansiel virksomhed. Det er således Finanstilsynets vurdering, at aktionærene K1 og K2 ikke er berettiget til aktindsigt i de angivne dokumenter i henhold til forvaltningsloven.

Det fremgår af 4, stk. 1, i offentlighedsloven, at enhver med de undtagelser, der er nævnt i lovens §§ 7-14, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v.

Denne pligt for myndighederne til at meddele oplysninger er dog begrænset af særlige lovbestemmelser om tavshedspligt, jf. § 14 i offentlighedsloven. Efter § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Finanstilsynets tavshedspligt er en særlig vidtgående tavshedspligt, og adgangen til aktindsigt er således begrænset i forhold til almindelige regler, jf. § 14 i offentlighedsloven. Tavshedspligten indebærer også, at Finanstilsynet ikke kan give aktindsigt i videre omfang efter § 4, stk. 1, i offentlighedsloven, idet denne adgang til meroffentlighed er begrænset af tavshedspligten.

Det materiale, som aktionærene K1 og K2 har begæret aktindsigt i, relaterer sig til Finanstilsynets tilsynsforpligtelse i henhold til § 344, i lov om finansiel virksomhed og er omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. § 354, stk. 1. Det følger herefter af § 4, stk. 1, jf. § 14, stk. 1, i offentlighedsloven, at Finanstilsynet ikke kan imødekomme aktionærenes begæring om aktindsigt i de ønskede dokumenter, idet Finanstilsynets muligheder for at give aktindsigt er begrænset af tavshedspligten i § 354 i lov om finansiel virksomhed. Aktionærene K1 og K2 kan således heller ikke få aktindsigt i henhold til offentlighedsloven.

Endelig henviser Finanstilsynet til Erhvervsankenævnets tidligere kendelse af 31. marts 2011 (J.nr. 2010-0022669).

...”

Ved skrivelse af 27. maj 2013 har advokat A yderligere anført:

” ...

Indledningsvist kan det oplyses, at klageren K1's tab på aktierne i E (tidl. B A/S), som følge af fratagelsen af autorisationen, andrager i størrelsesordenen 2,9 mill. kr., medens K2's tab beløber sig til ca. 900.000 kr. En tredje aktionær, F, som jeg også repræsenterer, har et tab på ca. 100.000 kr.

Hertil skal lægges K1's øvrige tab på ca. 1,2 mill. kr. mod selskabet og den daværende bestyrelse, som tillige direkte kan tilskrives konsekvenserne af autorisationsfratagelsen.

Som yderligere begrundelse for at der bør tilkomme mine klienter aktindsigt, skal det primært anføres, at forvaltningslovens § 9 ikke indeholder nogen egentlig definition af ”partsbegrebet”, men derimod overlader det til retsordenen, dvs. i sidste instans domstolene, at fastlægge indholdet i lovbestemmelsen.

Efter retspraksis indrømmes partsstatus ikke alene til den, som direkte er adressat for afgørelsen, men tillige den eller de involverede, som har en væsentlig retlige interesse i sagens afgørelse. (Der kan bl.a. henvises til Hans Gammeltoft-Hansen m.fl: Forvaltningsret, 1. udg. s. 329ff.)

I den forbindelse skal det anføres:

- **at** oplysningerne er nødvendige i forbindelse med klagerens beslutning, hvorvidt de evt. skal intervenere i sagen for Erhvervsankenævnet,
- **at** alene størrelsen af klagerens samlede aktieandel (>30%) kan begrunde væsentlig interesse i sagen, og dermed partsstatus,
- **at** klagerne ikke har mulighed for at erhverve sig de begærede oplysninger på anden vis,
- **at** aktindsigten netop er nødvendig for klagerne, idet den skal anvendes i deres proces mod selskabet og den daværende ledelse m.v.,
- **at** autorisationsfratagelsen var en aldeles upåregnelig følge af klagerens investeringer i selskabet, dvs. erhvervsmæssige risiko, hvorfor de ikke på noget tidligere tidspunkt har haft anledning til på anden vis at varetage deres interesser i sagen.

...”

Ankenævnet udtaler:

3. Aktindsigt efter forvaltningsloven

Ifølge forvaltningslovens § 9 kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Det fremgår af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3, som indeholder en opregning over hvem, der ud over den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse retter sig mod, kan anses for værende part i en sag i Finanstilsynet.

Det fremgår videre af lovens § 355, stk. 2, nr. 9, at som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende, anses et medlem af en finansiel virksomheds bestyrelse eller direktion eller en kapitalejer, når tilsynet nægter en finansiel virksomhed tilladelse eller inddrager tilladelsen helt eller delvist.

Af bemærkningerne til § 355 (Lovforslag L 176 af 12. marts 2003, § 354), fremgår blandt andet:

”Stk. 1 medfører, at det som udgangspunkt alene er den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, der er part i forhold til Finanstilsynet....

Det særlige partsbegreb er nødvendigt for at undgå en udhuling af Finanstilsynets tavshedspligt, da parter adgang til aktindsigt efter forvaltningsloven ikke tilsidesættes af tavshedspligtsreglerne.

Det fremgår bl.a. af ombudsmandens praksis, at det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb fortolkes bredt, jf. FOB 1987 64, hvor ombudsmanden tillagde Indlånerforeningen i 6. juli Banken partsstatus i forhold til tilsynets sag om anmeldelse af betalingsstandsning.

Bestemmelsen medfører, at kunder i finansielle virksomheder ikke er parter i forhold til Finanstilsynet. Dette gælder, uanset hvilken interesse de måtte have i en given sag, f.eks. fordi tilsynet kræver ekstraordinære hensættelser på deres lån. Dog kan kunder, der klager over, at en finansiel virksomhed ikke overholder god skik eller reglerne om videregivelse, blive part i den del af sagen, jf. bemærkningerne til stk. 4. Ligeledes

vil aktionærer i en finansiel virksomhed heller ikke være parter i tilsynets sag om den pågældende virksomhed.

...

[§ 355, stk. 2, nr. 9] er en sammenskrivning af tilsvarende bestemmelser i den gældende tilsynslovgivning. Hvis Finanstilsynet nægter en finansiel virksomhed tilladelse eller inddrager tilladelsen helt eller delvist, fordi et medlem af virksomhedens direktion eller bestyrelse ikke lever op til lovens krav om hæderlighed og erfaring, anses den pågældende person for at være part i denne del af sagen. Tilsvarende vil en kapitalejer eller aktionær tillige opnå partsstatus, når den pågældende efter Finanstilsynets opfattelse vil modvirke en forsvarlig drift af selskabet.”

Da Finanstilsynets afgørelse om inddragelse af B A/S’ tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab retter sig mod selskabet, jf. lov om finansiel virksomhed § 355, stk. 1, og da der endvidere ikke er nogen del af sagen, der vedrører de klagende kapitalejere, jf. lovens § 355, stk. 2, nr. 9, kan disse ikke anses som part i sagen.

Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at K1 og K2 ikke er meddelt aktindsigt efter forvaltningslovens § 9.

4. Aktindsigt efter offentlighedsloven

Ifølge offentlighedslovens § 4 kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Pligten til at meddele oplysninger er, jf. lovens § 14, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

I henhold til § 354 i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354 fremgår blandt andet:

”Det foreslås, at bestemmelsens ordlyd præciseres, således at det udtrykkeligt fremgår, at den udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed.

Formålet hermed er at gøre det tydeligere, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin reguleringsvirksomhed og sin informationsvirksomhed ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Ændringen indebærer, at det tydeliggøres, at fortrolighed i relation til disse dele af Finanstilsynets virksomhed alene skal vurderes i forhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

Stk. 1 indeholder hovedreglen om Finanstilsynets tavshedspligt. Efter bestemmelsen i stk. 1 må Finanstilsynets ansatte, personale, som udfører serviceopgaver for Finanstilsynet samt eksperter ansat af Finanstilsynet ikke videregive de fortrolige oplysninger, som modtages i forbindelse med tilsynsvirksomheden. Tavshedspligten omfatter også oplysninger, som Finanstilsynet modtager fra udenlandske myndigheder. De finansielle direktiver indeholder også regler om tavshedspligt.

Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervs-kunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold. Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

...

Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiel virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige. Oplysninger, som efter deres karakter er offentlige, f.eks. regnskaber og fondsårsmeddelelser, er ikke omfattet af tavshedspligten. Tilsvarende gælder oprindeligt fortrolige oplysninger, som uden om tilsynet er blevet offentliggjort af andre kanaler i en grad, at det er blevet almindeligt kendt.

Ved oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige, forstås, oplysninger, der ikke direkte relaterer sig til enkelte kunders eller virksomheders forhold. Det drejer sig bl.a. om oplysninger om økonomiske eller forretningsmæssige forhold for personer og selskaber, som ikke er kunder i egentlig forstand, men som f.eks. kautitionerer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheds kunder eller på anden vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.

Begrebet »tilsynsvirksomhed« skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 21 om tilsyn i lov om finansiel virksomhed. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 344, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, samt undersøgelser efter § 346 er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed ikke omfattet. Udstedelse af bekendtgørelser med hjemmel i loven er ikke omfattet af tilsynsvirksomheden, ligesom udarbejdelse af årsberetningen er en del af in-

formationsvirksomheden til trods for, at det følger af § 353 i tilsynskapitlet, at Finanstilsynet skal afgive en årlig beretning.

Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænses af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen. Det er dog udelukkende adgangen til aktindsigt efter offentlighedsloven, der er begrænset. Parters rettigheder herunder adgang til aktindsigt skal afgøres efter forvaltningsloven. Afgørelse af hvem der er part i forhold til Finanstilsynet, træffes efter lov om finansiel virksomhed § 355.
...”

Herefter og under hensyn til, at det materiale, der anmodes om aktindsigt i, relaterer sig til Finanstilsynets tilsynsforpligtelse i henhold til lov om finansiel virksomhed § 344 og er omfattet Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lovens § 354, stk. 1, tiltræder Erhvervsankenævnet, at K1 og K2 heller ikke er meddelt aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 21. marts 2013.

7) Kendelse af 2. oktober 2013 (J.nr. 2012-0033274)

Inddragelse af selskabs tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed.
Lov om finansiel virksomhed § 9, § 157 samt § 224.
(Cato Baldvinsson, Preben Lund Hansen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 19. december 2012 har advokat A på vegne af K A/S klaget over Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012 om inddragelse af selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab samt Finanstilsynets sagsbehandling i forbindelse med den trufne afgørelse.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012 hedder det:

”...

Afgørelse

I henhold til § 224, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 705 af 25. juni 2012 inddrager Finanstilsynet K A/S' tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab.

Afgørelsen er truffet efter forelæggelse for Det Finansielle Virksomhedsråd, jf. § 345, stk. 2, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, og vil blive offentliggjort i henhold til § 354 a i lov om finansiel virksomhed.

Sagsfremstilling

K A/S har den 12. maj 2011 modtaget tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. Tilladelsen er afgrænset til investeringservice i form af

- Modtagelse og formidling for investorers regning af ordrer vedrørende et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, *jf. bilag 4, afsnit A, nr. 1, til lov om finansiel virksomhed samt*
- Skønsmæssig porteføljepleje af de enkelte investorers værdipapirbeholdninger efter instruks fra investorerne, såfremt beholdningerne omfatter et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, *jf. bilag 4, afsnit A, nr. 4, til lov om finansiel virksomhed.*

Selskabets tilladelse omfatter ikke tilladelse til Forretninger for egen regning med ethvert af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet meddelte i brev af 15. august 2012 selskabet, at tilsynet ville foretage en ordinær undersøgelse i selskabet mandag den 5. november 2012. I forbindelse hermed blev selskabet anmodet om at indsende materiale til brug for undersøgelsen. Materialet blev modtaget den 12. oktober 2012.

Ved gennemgang af det modtagne materiale samt supplerende materiale og efterfølgende møder med selskabets bestyrelsesformand og direktør henholdsvis den 29. og 31. oktober 2012 har Finanstilsynet konstateret følgende forhold vedrørende selskabet.

Oprettelse af samt handel for egen regning på bundthandlsdepot

Selskabets direktør har på mødet med Finanstilsynet afholdt den 29. oktober 2012 oplyst, at selskabet den 1. januar 2012 har oprettet et bundthandlsdepot, der fungerer som et afviklingsdepot hos B AB. Direktøren har endvidere oplyst, at depotet i forhold til B AB tilhører selskabet, om end selskabet ikke har opfattet depotet som dets eget depot.

Finanstilsynet har desuden fået oplyst, at gennemførelse af kundehandler via bundthandlsdepotet i B AB ofte sker ved aggregerede ordrer, dvs. at der lægges én samlet ordre på et givet værdipapir på vegne af flere kunder. I visse tilfælde kan en ordre ikke gennemføres på én gang, og den vil derfor blive gennemført ved flere successive enkelthandler, indtil ordren er gennemført. Når den samlede ordre er gennemført, fordeles den til de respektive kunder. Fra ordren lægges ind og til den er gennemført og fordelt til kunderne, ligger beholdningen på selskabets bundthandlsdepot i B AB. Det er blevet oplyst, at depotet tømmes ved fuldstændig fordeling af handlerne hver dag.

Inden mødet har Finanstilsynet i mail af den 23. oktober 2012 samt i mail af den 26. oktober 2012 fra selskabets direktør modtaget referat af

bestyrelsesmøde afholdt den 22. oktober 2012 samt notat af den 22. oktober 2012 udarbejdet af selskabets direktør vedrørende aggregerede ordrer foretaget af selskabets investeringsdirektør ... Notatet blev udleveret til bestyrelsen ved samme møde. Af referatet og notatet fremgår det, at selskabet særligt i januar og februar 2012 har gennemført aggregerede handler på bundthandlsdepotet, hvilket ligeledes bekræftes af depotoversigt vedrørende bundthandlsdepotet ...

Af referatet og notatet fremgår det endvidere, at de sammenlagte ordrer på bundthandlsdepotet i strid med selskabets interne retningslinjer både har indeholdt ordrer foretaget for selskabets egen regning og ordrer foretaget for kunder. Endvidere fremgår det, at der ikke i forbindelse med handlerne eller straks efter handlerne er fremsendt instruks til B AB om fordeling af ordrene i bundthandlsdepotet, og det oplyses tillige, at mange af instrukserne først er fremsendt til banken efter børstid, dvs. efter kl. 17.00.

Ovenstående bekræftes af modtagne kopier af e-mails med instruks til banken fra selskabets investeringsdirektør om fordeling af de afviklede ordrer i bundthandlsdepotet. Af disse fremgår det tillige, at instrukser vedrørende fordeling af en handel til selskabets egenbeholdning er sendt efter der på samme dag er foretaget køb og salg af samme værdipapir, og avancen herved er kendt af selskabet. Eksempelvis har investeringsdirektøren den 9. januar 2012 foretaget køb af 4.000 B-aktier i C A/S kl. 9.06 samt køb af 3.500 B-aktier i D A/S kl. 11.54. Sidstnævnte er solgt samme dag i tidsrummet kl. 15.27 til kl. 15.34 med en avance på 12.250 kr. Herefter er der først kl. 16.48 sendt instruks til B AB om fordeling heraf til selskabets egenbeholdning samt instruks om fordeling af de købte B-aktier i C A/S til selskabets kunder. Finanstilsynet har konstateret, at kursen for B-aktier i C A/S er faldet den pågældende dag.

Selskabet har ikke kunne dokumentere, om der inden en given handel blev gennemført var taget stilling til, om handlen var til egenbeholdningen eller til kunders beholdning. Desuden er det samme person i selskabet, der har foretaget såvel selskabets egne handler som kunders handler.

Direktørens notat af den 22. oktober 2012 indeholder en opgørelse over selskabets handler på bundthandlsdepotet. Det fremgår af notatet, at der i alt er foretaget 497 handler på bundthandlsdepotet i perioden fra den 17. januar 2012 til den 7. september 2012. Heraf er de 90 handler efterfølgende instrueret og afviklet som selskabets egne handler. Handlerne er gennemført over 13 handelsdage primært i januar 2012. Af depotoversigten fremgår det, at de enkelte værdipapirer til selskabets egenbeholdning som udgangspunkt er købt og solgt samme dag. I flere tilfælde er der købt og solgt indenfor relativt få minutter, og i alle tilfælde er der først senere fremsendt instruks til banken om fordeling til selskabets egenbeholdning.

Det fremgår desuden af bestyrelsesreferatet og notatet, at selskabet i forbindelse med ovenstående handler på bundthandlsdepotet har opnået en avance på 96.500 kr. på egenbeholdningen, og at samtlige handler, der er instrueret til egenbeholdningen, har ført til fortjeneste for selskabet.

Endvidere har selskabets bestyrelsesformand og direktør på mødet den 31. oktober 2012 oplyst, at det ved nærmere gennemgang er konstateret, at der er instrueret yderligere handler på bundthandlsdepotet for egenbeholdningen med en samlet avance på 35.000 kr. henholdsvis den 9., 13., 16. og 17. januar 2012 ...

Ovenstående avancer er ifølge bestyrelsesformanden og direktøren efter opdagelsen af direktøren fordelt forholdsmæssigt til selskabets kunder straks efter bestyrelsen på bestyrelsesmødet henholdsvis den 22. oktober 2012 og den 31. oktober 2012 er blevet bekendt med selskabets egne handler på bundthandlsdepotet.

Selskabets handler på eget depot

Det fremgår af depotoversigt over selskabets eget depot ... at selskabet siden det har modtaget sin tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, udover ovenstående egne handler på bundthandlsdepotet, tillige har foretaget et særdeles omfattende antal handler på selskabets eget depot. Det fremgår således, at der i mange perioder handles dagligt og i adskillige tilfælde handles der flere aktier samme dag. Hertil kommer, at der inden for dagen foretages flere køb og salg af samme aktie.

Af depotoversigten fremgår det tillige, at selskabet i stort omfang har handlet papirer, der har haft relativt store kursudsving, som f.eks. E og F.

Endvidere fremgår det af direktørens rapportering til bestyrelsen, at selskabets direktør hver måned i relation til selskabets indtjening rapporterer på udviklingen på egenbeholdningen, herunder for henholdsvis avance og tab.

Ifølge ovenstående månedsrapportering har selskabet i perioden juli 2011 til august 2012 haft for selskabet betydelige tab på egenbeholdningen. Samlet beløber det sig til et tab på egenbeholdningen i størrelsen 270.000 kr., idet det dog ikke fremgår præcist af månedsrapporten for henholdsvis februar og august 2012, om der er realiseret et tab eller avance på egenbeholdningen i disse måneder. Det fremgår imidlertid, at der i januar 2012, hvor der jf. ovenstående er foretaget omfattende handler for selskabets egen regning på bundthandlsdepotet, er opnået en betydelig avance på selskabets egenbeholdning udgørende 167.000 kr. I øvrige måneder er der opnået mere beskedne avancer eller realiseret tab.

Det skal i forbindelse med ovenstående bemærkes, at selskabet i den nævnte periode har foretaget to kapitalforhøjelser henholdsvis pr. 2. september 2011 og pr. 28. marts 2012 grundet manglende kundetilgang og indtjening i selskabet.

Selskabets organisation og interne kontroller

Selskabets direktør og bestyrelsesformand har på møderne med Finanstilsynet den 29. og 31. oktober 2012 oplyst, at de ikke har været bekendt med omfanget af den handel, der er foretaget på selskabets eget depot og bestyrelsesformanden oplyste, at han endvidere ikke har været bekendt

med, at der er foretaget handler for egenbeholdningen på bundthandelsdepotet.

Selskabets direktør har endvidere oplyst, at han frem til september 2012 kun har været til stede i selskabet ca. 2 dage om ugen. Udover investeringsdirektøren, der ikke er anmeldt direktør og således ikke er godkendt af Finanstilsynet, er der to øvrige ansatte, der i et begrænset antal timer om måneden varetager selskabets bogføring og øvrig administration. Herudover er der i 2012 ansat to konsulenter i selskabet med henblik på kundeopsøgning.

Selskabets investeringsdirektør er i besiddelse af en kvalificeret andel på 49,95 pct. i selskabet og er medlem af selskabets bestyrelse.

Bestyrelsens retningslinjer udstedt i medfør af § 70 i lov om finansiel virksomhed indeholdende bestyrelsens instruks til direktionen, er, for så vidt angår handel med værdipapirer for selskabets egne midler, videredelegeret til selskabets investeringsdirektør. Investeringsdirektøren varetager tillige alle handler vedrørende selskabets kunder. Af bestyrelsens retningslinjer til direktionen fremgår det, at direktionen vedrørende selskabets egne midler skal efterleve fondsmæglerselskabets fondspolitik. Af denne fremgår det, at selskabet gennem forsigtige men samtidig aktive dispositioner skal forsøge at opnå en tilfredsstillende indtjening og skabe et tilfredsstillende afkast på både kort og lang sigt. Samtidig fremgår det, at investeringerne skal vurderes som havende et langsigtet vækstpotentiale og at politikken ikke tillader kortsigtede spekulative og gearede forretninger for egen regning.

Finanstilsynet har i forbindelse med selskabets ansøgning om tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab på møde afholdt den 25. oktober 2010 anført overfor selskabet, at bestyrelsens instruks til direktionen samt underliggende politikker ikke i tilstrækkelig grad har forholdt sig til lovgivningens begrænsninger, herunder § 157 i lov om finansiel virksomhed. På mødet har Finanstilsynet endvidere anført overfor selskabet, at der skal være tale om langsigtede positioner, der ikke er af spekulativ karakter, hvilket selskabet erklærede sig indforstået med.

Selskabets direktør har på mødet med Finanstilsynet den 29. oktober 2012 oplyst, at han ikke foretager kontrol af de enkelte ordrer vedrørende selskabets egenbeholdning inden ordredførelse og godkender heller ikke de enkelte ordrer. Ligeledes foretager han ingen kontrol af ordrer vedrørende kundernes porteføljer inden ordredførelse, men kontrollerer efterfølgende, at mandaterne i kundeaftalerne er overholdt.

Desuden har direktøren og bestyrelsesformanden oplyst, at selskabet ikke driver virksomhed fra den på hjemmesiden oplyste adresse, men derimod på investeringsdirektørens privatadresse, hvortil selskabets direktør ikke har haft fuld adgang. Det kræver eksempelvis, at investeringsdirektøren er til stede.

Endelig blev det på mødet den 31. oktober 2012 oplyst af bestyrelsesformanden, at han havde meddelt den øvrige bestyrelse, at han var af den

opfattelse, at selskabet skulle anmode Finanstilsynet om inddragelse af selskabet tilladelse. Den øvrige bestyrelse var imidlertid ikke enig heri, hvorfor han som konsekvens heraf ønskede at udtræde af selskabets bestyrelse. Selskabets direktør meddelte ligeledes på mødet med Finanstilsynet, at han ikke ville fortsætte i selskabet, men blev så længe det var nødvendigt for at varetage den foreliggende situation.

Høring

Finanstilsynet har den 8. november 2012 sendt udkast til afgørelse i høring hos K A/S. Høringsbrev samt udkast til afgørelse, som blev sendt i høring, er vedlagt ...

Selskabets bestyrelse har i brev af den 13. november 2012 oplyst til Finanstilsynet, at bestyrelsen i K A/S ønskede snarest at få inddraget tilladelsen til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. Selskabets bestyrelse udgøres efter bestyrelsesformandens udtræden den 31. oktober 2012 fortsat af investeringsdirektøren, der tillige er storaktionær i selskabet, og et øvrigt bestyrelsesmedlem, der er fungerende bestyrelsesformand.

Efterfølgende har selskabets bestyrelse i brev af 14. november 2012 meddelt Finanstilsynet, at selskabet ønskede at tilbagekalde deres anmodning om inddragelse af tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. Samtidig anmodede bestyrelsen om forlængelse af høringsfristen til den 16. november 2012.

Selskabets høringssvar af den 16. november 2012 med tilhørende bilag fra selskabets advokat på vegne af selskabets bestyrelse er vedlagt ...

I høringssvaret angives det indledningsvist, at oplysningerne i sagsfremstillingen i det væsentligste stammer fra selskabets fratrådte bestyrelsesformand og selskabets direktør, og at disse ikke har givet helt korrekte oplysninger til Finanstilsynet, idet de havde en fejlagtig opfattelse af selskabets drift og forretningsgange. Det anføres, at det er selskabets intention at stille med en ny organisation, herunder indsætte en ny bestyrelse og direktion.

Oprettelse af samt handel for egen regning på bundthandlsdepot

I forhold til selskabets oprettelse af samt handel for egen regning på bundthandlsdepotet anføres det i høringssvaret med tilknyttede bilag, at bundthandlsdepotet blev oprettet på opfordring fra B AB. Dette med henblik på en administrativ lettelse af distributionen til flere depoter, således at depotkunderne blev sikret en ensartet pris ved køb til flere kunder på samme tid (aggregerede ordrer).

Det anføres i bilag 5 til høringssvaret, at det ikke er korrekt, at selskabet ikke opfattede bundthandlsdepotet som dets eget depot, som oplyst til Finanstilsynet af selskabets direktør. Selskabet havde en kredit på 3.000.000 kr. tilknyttet depotet, som selskabet alene hæftede for. Det anføres således, at selskabet havde kreditrisikoen, og at først når dagens handler blev fordelt på de enkelte depoter overgik ejerskabet til og risikoen fra selskabet til kundedepoterne. Det anføres tillige, at der ved han-

del for kunder handles direkte ind på kundens depot eller ved allokering i henhold til excel-ark, som fremsendes til afvikling i depotbank.

Videre fremgår det af høringsvaret, at B AB oplyste selskabet om, at det inden kl. 17.45 på handelsdagen skulle sende et excel-ark til B AB med oplysning om, hvorledes dagens handler skulle fordeles, og når handlerne var fordelt, var bundhandelsdepotet tømt.

Det anføres imidlertid, at det er indiskutabelt, at selskabet burde have afsendt ordrefordelingen samtidig med afgivelse af handelsordren, hvilket tillige er proceduren i selskabets egne interne retningslinjer.

Videre anføres det, at selskabet ikke har risici for egen regning i forbindelse med afviklingen af kundehandlerne over bundthandelsdepotet, idet de ikke iværksættes, hvis de ikke kan afvikles overfor kunden. Ligeledes anføres det, at kunden ikke har en risiko for tab, såfremt selskabet måtte blive insolvent på et tidspunkt, hvor aktierne endnu er i selskabets bundthandelsdepot. Dette som følge af at kreditrisikoen for dette depot er selskabets.

Herudover anføres det i bilag 5 til høringsvaret, at selskabet i perioden fra den 9. januar 2012 til den 7. februar 2012 handlede dagligt for egenbeholdningen på bundthandelsdepotet. Selskabets direktør gjorde den 7. februar 2012 investeringsdirektøren opmærksom på, at selskabets egne handler på bundthandelsdepotet kunne misforstås, og at bundthandelsdepotet ikke burde benyttes til selskabets egne handler. Som følge heraf er selskabet ophørt med at foretage egne handler på bundthandelsdepotet efter den 7. februar 2012 med undtagelse af to dage i juni og juli 2012 grundet it-mæssige problemer. Det anføres, at selskabet i perioden januar 2012 til juli 2012 i alt har foretaget 24 stk. køb og salg af værdipapirer på bundthandelsdepotet, og at de resterende handler blev foretaget for kunder. Selskabet havde ultimo februar 2012 12 depotkunder.

Det anføres i høringsvaret, at selskabet erkender, at det ikke skulle have benyttet bundthandelsdepotet til egne handler. Dog anføres det i bilag 5 til høringsvaret, at der ikke er nogen kunder, der har lidt tab eller været udsat for risiko for tab, og at selskabets kunder altid har købt og solgt til de priser, der er handlet på i markedet efter best execution. Det anføres også, at handel med selskabets egen beholdning aldrig er sket til kunder, men direkte i markedet og at det er sket 6 gange.

Videre anføres det, at selskabets avance ved handel på bundthandelsdepotet blev fordelt til kunderne i oktober 2012 for at fjerne enhver tvivl om hensigten og evt. sammenblanding af aktier. Det anføres, at baggrunden for den større avance skyldes muligheden for at handle værdipapirer ved udnyttelse af kreditramme stillet til rådighed for selskabet af B AB, hvilket gav selskabet mulighed for køb for større beløb. Bundthandelsdepotet er nu lukket.

Endelig anføres det, at selskabets praksis muligvis har været uigennemskuelig, men der har aldrig været risiko for kunders midler eller værdipapirer, uanset at der ikke er instrueret straks overfor B AB. Ligeledes

anføres det, at alle aggregerede ordrer altid er allokeret i kundens interesse.

Selskabets handler på eget depot

I forhold til selskabets handler på eget depot anføres det i bilag 5 til høringssvaret, at der er gennemført ca. 2.100 handler for egen regning i perioden maj 2011 til oktober 2012. Videre anføres det, at antallet af handler for egen regning har været for stor, og at direktøren har været bekendt med antallet af handler, men at han ikke viderebragte dette forhold til bestyrelsen.

Det erkendes i høringssvaret, at selskabet har handlet for egen regning, uagtet at dette kræver tilladelse fra Finanstilsynet. Det er i høringssvaret desuden oplyst, at bestyrelsen på bestyrelsesmødet den 23. oktober 2012 besluttede, at selskabet skulle ophøre med at udføre forretninger for egen regning. Videre er det oplyst, at der ikke er nogen, som har lidt tab ved det passerede.

Dog fremgår det af bilag 5 til høringssvaret, at selskabet har haft et tab på egenbeholdningen på ca. 179.000 kr. i perioden 1. juni 2011 til 30. september 2012. Det anføres, at tabene typisk er sket i forbindelse med investeringer, der ikke var af kort karakter, og at kurstab skyldes eksponering i E og F.

Selskabets organisation og interne kontroller

Selskabet har i høringssvaret anført, at selskabets direktør har udført kontroller, herunder kontrol af om egenbeholdningen overholder de i fondspolitikken og direktionsinstruksen angivne rammer, i selskabet såvel ugentligt, månedligt og kvartalsvis, hvilket direktøren ligeledes har oplyst til selskabets revisor. Det fremgår af bilag 3 til høringssvaret, at direktøren ikke har foretaget kontrol af selskabets handler for egen regning eller for kunder inden ordreudførelse, og at der ikke foretages nogen godkendelse af investeringsdirektørens påtænkte handler.

Selskabet anfører i høringssvaret, at selskabet har taget til efterretning, at der ikke har været tilstrækkelige kontroller, hvorfor selskabet har indgået aftale med revisor om fremover at foretage løbende kontrol af selskabet med korte mellemrum.

Det anføres i høringssvaret, at direktøren havde fuld adgang til kontoret, der er placeret i investeringsdirektørens private bolig, og at den manglende kontrol således ikke kan henføres til, at direktøren har haft begrænset adgang til kontoret.

Retligt grundlag

Forretninger for egen regning

I henhold til § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, kan et fondsmæglerselskab få tilladelse af Finanstilsynet til at udøve de aktiviteter, som fremgår af lovens bilag 4, afsnit A. Omfattet af lovens bilag 4, afsnit A, er aktiviteten *Forretninger for egen regning med ethvert af de i bilag 5 nævnte instrumenter*, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virk-

somhed. Et fondsmæglerselskabs tilladelse skal angive de aktiviteter i bilag 4, som tilladelsen omfatter, jf. § 9, stk. 1, 4 pkt., i lov om finansiel virksomhed. Således fremgår det af bemærkningerne til L 176, at virksomheder med tilladelse efter § 9, stk. 1, kun kan udføre den eller de aktiviteter, som de har søgt om og fået tilladelse til.

I henhold til § 9, stk. 8, i lov om finansiel virksomhed skal et fondsmæglerselskab, der har tilladelse til forretninger for egen regning, have en aktiekapital på minimum 1 mio. euro. Kapitalkravet skal bl.a. tage højde for de risici, der er forbundet med aktiviteter, som forretninger for egen regning medfører. Selskaber, der alene har tilladelse til *modtagelse og formidling for investorers regning af ordrer vedrørende et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter*, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 1, til lov om finansiel virksomhed samt *skønsmæssig porteføljepleje af de enkelte investorers værdipapirbeholdninger efter instruks fra investorerne, såfremt beholdningerne omfatter et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter*, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 4, til lov om finansiel virksomhed skal have en aktiekapital på minimum 0,3 mio. kr.

Det fremgår af § 157 i lov om finansiel virksomhed, at fondsmæglerselskaber, der ikke har tilladelse til forretninger for egen regning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, udelukkende kan placere selskabets basiskapital i aktier og obligationer, som er optaget til handel på et reguleret marked, samt i andele i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger og professionelle foreninger bortset fra erhvervsudviklingsforeninger, jf. § 109 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

Formålet med bestemmelsen i § 157 er at give fondsmæglerselskaber et alternativ til placering på indskud i pengeinstitutter, uden fondsmæglerselskaberne dog kan påtage sig de risici, som fondsmæglerselskaber, der har tilladelse til forretninger for egen regning, kan påtage sig. Det fremgår således af bemærkningerne til § 157 i lovforslag L 176, at besiddelse af positioner i finansielle instrumenter med henblik på at investere selskabets egenkapital ikke betragtes som handel for egen regning.

Finanstilsynet har, efter forelæggelse for Det Finansielle Virksomhedsråd, den 26. januar 2004 truffet afgørelse vedrørende fondsmæglerselskabers placering af basiskapital. Af afgørelsen fremgår det, at et fondsmæglerselskab, der ikke havde tilladelse til forretninger for egen regning, havde foretaget 308 værdipapirhandler vedrørende selskabets basiskapital i løbet af 11 måneder. Selskabets investeringspolitik byggede på realisering af gevinst/tab efter en marginal kursbevægelse. Finanstilsynet afgjorde, at den høje omsætnings hastighed måtte betragtes som forretninger for egen regning, og derfor ikke var omfattet af § 157 i lov om finansiel virksomhed.

I senere sager har Finanstilsynet fortolket § 157 i lov om finansiel virksomhed således, at fondsmæglerselskabets placering skal være langsigtet og have ikke-spekulativ karakter, såfremt selskabet ikke har tilladelse til forretninger for egen regning.

Investorbeskyttelse ved behandling af kundeordrer

I henhold til § 27, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 768 af 27. juni 2011 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel skal en værdipapirhandler have procedurer, der har til formål at sikre,

- 1) at en ordre, der udføres på en kundes vegne, registreres og allokeres omgående og nøjagtigt,
- 2) at sammenlignelige kundeordrer udføres fortløbende og omgående, medmindre ordrens art eller de gældende markedsbetingelser umuliggør dette, eller det strider mod kundens interesser, og
- 3) at værdipapirhandleren, straks efter at være blevet opmærksom herpå, informerer en detailkunde om eventuelle væsentlige problemer med at udføre ordren.

Endvidere fremgår det af § 27, stk. 2, i bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel, at en værdipapirhandler, der har ansvar for at føre tilsyn med eller sørge for afregning af udførte ordrer, skal træffe alle rimelige foranstaltninger for at sikre, at en kundes finansielle instrumenter eller midler, der er modtaget ved afregningen af udførte ordrer, omgående indsættes på den pågældende kundes konto.

I henhold til § 29, stk. 1, i bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel må en værdipapirhandler, der har aggregeret transaktioner for egen regning med en eller flere kundeordrer, ikke allokere de dermed forbundne handler således, at det skader kundernes interesser.

Interne kontroller

Det fremgår af § 25, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1325 af 1. december 2010 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl., at selskabet skal foretage kontrol af alle væsentlige risikobehæftede opgaver, herunder af:

- 1) Overholdelse af samtlige grænser fastsat af bestyrelsen i henhold til de til direktionen givne retningslinjer og grænser i lovgivningen.
- 2) Overholdelse af videregivne beføjelser.
- 3) Dispositioner, hvor virksomheden handler i henhold til fuldmagt fra kunder eller modparter og hvor virksomheden har forpligtet sig til at overholde grænser for risici, herunder placeringsgrænser.
- 4) Dispositioner, hvor virksomheden har forpligtet sig til at overholde grænser for risici aftalt med modparter, for eksempel i rammeaftaler om handel med finansielle instrumenter.
- 5) Andre opgaver, som af anden årsag kan medføre væsentlige økonomiske eller andre væsentlige risici for virksomheden, herunder disponering af virksomhedens konti og opgaver i forbindelse med fremskaffelse eller udarbejdelse af grundlag for regnskab og fastsættelse af virksomhedens individuelle solvensbehov.

Det følger endvidere af § 25, stk. 2, i bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl., at sådanne kontroller som udgangspunkt skal udføres af en anden enhed end den, der har udført opgaven.

Af § 25, stk. 3, i bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl., fremgår, at kontroller omfattet af stk. 1 og 2 skal foretages med passende intervaller, afhængigt af virksomhedens størrelse, den enkelte risikos væsentlighed og størrelse set i forhold til virksomhedens forretningsmodel, aktivitetsområde, kompleksiteten af de pågældende risici og virksomhedens kapitalforhold. Kontrollerne skal, hvor der løbende sker dispositioner hen over dagen, omfatte overholdelse af grænser intra-dag. Intra-dag kontroller kan, hvor dette er forsvarligt, foretages på stikprøvebasis.

Herudover fremgår det af § 25, stk. 4, i bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl., at selskabet skal have passende overvågning af, at administrative opgaver udføres på en betryggende og ensartet måde, og at forretningsgange, arbejdsbeskrivelser m.v. bliver overholdt.

I henhold til § 11 i bekendtgørelse nr. 428 af 9. maj 2007 om de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af virksomhed som værdipapirhandler (§ 72 bekendtgørelsen), skal værdipapirhandleren, for at beskytte kundernes rettigheder i forbindelse med finansielle instrumenter og midler, der tilhører dem,

- 1) føre de registre og konti, der er nødvendige for at sikre, at værdipapirhandleren til enhver tid straks kan sondre mellem de aktiver, værdipapirhandleren opbevarer for en kunde, de aktiver, værdipapirhandleren opbevarer for andre kunder, og værdipapirhandlerens egne aktiver,
- 2) regelmæssigt foretage afstemninger mellem egne interne konti og registre og de konti og registre, der føres af tredjemand, som opbevarer de pågældende aktiver,
- 3) sikre, at kundernes finansielle instrumenter, som deponeres hos tredjemand i henhold til § 12, holdes adskilt fra finansielle instrumenter, der tilhører værdipapirhandleren eller tredjemand, og
- 4) have passende organisatoriske ordninger for at begrænse risikoen for tab eller forringelse af kunders aktiver eller af rettigheder, der er knyttet til disse aktiver, som følge af misbrug af aktiverne, svig, dårlig administration, utilstrækkelig registrering eller forømmelighed.

Inddragelse af tilladelse som fondsmæglerselskab

I henhold til § 224, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed kan Finanstilsynet inddrage tilladelsen til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab

- 1) hvis den finansielle virksomhed gør sig skyldig i grove eller gentagne overtrædelser af denne lov, lov om værdipapirhandel m.v. eller lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. eller regler udstedt i medfør af disse love,
- 2) hvis den finansielle virksomhed ikke opfylder kravene i kapitel 3, jf. dog § 124, stk. 2, nr. 2, og stk. 3, samt § 125, stk. 2, nr. 2-4,
- 3) hvis virksomhed som finansiell virksomhed ikke påbegyndes senest 12 måneder efter, at Finanstilsynet har meddelt virksomhedens tilladelse, eller
- 4) hvis der ikke udøves finansiell virksomhed i en periode på over 6 måneder.

Af bemærkningerne til L 176 fremgår det, at inddragelse af tilladelse kan blive aktuel, når blot én af ovenfor nævnte situationer indtræder.

Vurdering

Selskabets tilladelse

Selskabet har i januar 2012 oprettet et bundthandlsdepot hos B AB, hvorpå der er afviklet kundehandler og selskabets egne handler. Samtlige handler er foretaget af selskabets investeringsdirektør, der også er medlem af selskabets bestyrelse og ejer en kvalificeret andel på 49,95 pct. i selskabet.

Selskabet har i bilag 5 til høringsvaret anført, at bundthandlsdepotet i forhold til B AB tilhørte selskabet, og at der til dette var tilknyttet en kredit på 3.000.000 kr. Videre har selskabet anført, at selskabet ikke har risici for egen regning i forbindelse med afviklingen af kundehandlerne over bundthandlsdepotet, idet de ikke iværksættes, hvis de ikke kan afvikles overfor kunden.

Det er Finanstilsynets vurdering, at den foretagne afvikling af kundeordrer over selskabets bundthandlsdepot kræver tilladelse til forretninger for egen regning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, til lov om finansiell virksomhed.

Dette skyldes, at selskabet ved at afvikle handler over bundthandlsdepotet, der er selskabets eget depot, reelt bliver indehaver af værdipapirerne indtil de afvikles overfor kunderne og efterfølgende bliver modpart overfor kunderne og dermed udfører handlerne for egen regning. Selskabet har i bilag 5 til høringsvaret anført, at selskabet havde kreditrisikoen vedrørende bundthandlsdepotet, og at først når dagens handler blev fordelt på de enkelte depoter, overgik ejerskabet til og risikoen fra selskabet til kundepoterne. Selskabet har i mange tilfælde først efter børstid og flere timer efter ordreafgivelse afsendt instruks til B AB om fordeling af værdipapirerne i bundthandlsdepotet til kunderne. Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ved ordreafgivelsen i bundthandlsdepotet og frem til ordren er allokeret til kunden påtager sig en modpartsrisiko for egen regning i forbindelse med afviklingen af kundehandlerne, idet sel-

skabet i denne periode løber en risiko for, at handlerne ikke efterfølgende kan afvikles overfor kunden. Selskabet har anført, at der inden handlerne gennemføres, sker en kontrol af, om der er plads på kundens depot og konto hertil. Uagtet dette finder Finanstilsynet, at såfremt der ved afvikling af handelen ikke skulle være plads på kundens depot eller konto, f.eks. som følge af, at kunden har lukket kontoen, vil selskabet løbe risikoen for, at handelen ikke kan gennemføres.

Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at der er foretaget et særdeles omfattende antal handler på selskabets eget depot såvel som på bundthandelsdepotet. Selskabet har i bilag 5 til høringssvaret anført, at der er gennemført ca. 2.100 handler for egen regning i perioden maj 2011 til oktober 2012. Finanstilsynet finder, at selskabet i væsentlig grad og gentagne gange har foretaget kortsigtede og spekulative forretninger for egen regning med indtil flere køb og salg af samme aktie inden for en dag. Hertil kommer, at selskabet, som anført i bilag 5 til høringssvaret, har udnyttet en kreditramme på bundthandelsdepotet stillet til rådighed for selskabet af B AB, hvormed selskabet fik mulighed for intra-dag at foretage køb og salg af værdipapirer til egenbeholdningen for større beløb med henblik på kortsigtede gevinster. Dette indebærer betydelig større risici for selskabet og er tillige i strid med bestyrelsens retningslinjer til direktionen, der er videredelegeret til selskabets investeringsdirektør, der også er medlem af selskabets bestyrelse. Af disse fremgår det, at der ikke tillades kortsigtede spekulative og gearede forretninger for egen regning.

Selskabet anfører, at tabene typisk er sket som stop loss i forbindelse med investeringer, der ikke var af kort karakter – de korte forretninger har i overvejende grad udviklet sig positivt. Det anføres desuden, at kurs-tab skyldes eksponering i E og F. Hertil skal Finanstilsynet for en god ordens skyld anføre, at det netop er i de to aktier, at selskabet i særlig grad har foretaget intra-dag handler for egen regning. Finanstilsynet finder således stadig, at de kortsigtede handler har været væsentlige for selskabets tab.

Det er Finanstilsynets vurdering, at det er muligt for selskabet, der ikke har tilladelse til forretninger for egen regning, at placere selskabets basiskapital i værdipapirer omfattet af § 157 i lov om finansiel virksomhed. I forbindelse hermed må selskabet foretage de nødvendige handler for at gennemføre placeringen samt foretage de nødvendige omplaceringer. Selskabets placeringer skal i henhold til Finanstilsynets fortolkning være langsigtede og have ikke-spekulativ karakter. Dette indebærer, at selskabet som udgangspunkt kun kan foretage få handler om året, og der skal være relativt længe mellem køb og salg af værdipapirerne. Såfremt der foretages hyppige handler, vil der være tale om forretninger for egen regning, jf. bilag 4, Afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet finder endvidere, at selskabets forretninger for egen regning har udgjort en afgørende og ikke proportionel andel af selskabets aktiviteter. Det er i bilag 5 til høringssvaret anført, at selskabet i perioden fra den 9. januar 2012 til den 7. februar 2012 handlede dagligt for egenbeholdningen på bundthandelsdepotet. Videre er det anført, at selskabet i

perioden januar 2012 til juli 2012 i alt har foretaget 24 stk. køb og salg af værdipapirer på bundthandlsdepotet. I henhold til bilag 1 og 3 til afgørelsen er der imidlertid mindst foretaget 62 ordrer vedrørende køb eller salg af værdipapirer til selskabet på bundthandlsdepotet i den pågældende periode. Hertil kommer det meget store antal ordrer på selskabets eget depot. Med udtagelse af fem ordrer om køb eller salg er samtlige ordrer på bundthandlsdepotet foretaget i perioden fra den 9. januar 2012 til den 3. februar 2012. Selskabet havde i denne periode ca. 12 kunder, hvorfor selskabets daglige handler på egenbeholdningen må udgøre en væsentlig del af selskabets aktiviteter.

Idet selskabet ikke har tilladelse til forretninger for egen regning, er det på baggrund af ovenstående Finanstilsynets vurdering, at selskabet såvel ved afviklingen på bundthandlsdepotet som ved selskabets omfattende handler for egen regning i væsentlig grad har overtrådt sin tilladelse, jf. § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Hermed har selskabet påtaget sig risici, der ikke er taget højde for i selskabets minimumskapitalkrav. Endvidere er selskabet påført et tab som følge af den foretagne handel på eget depot. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at selskabet opererer med svigtende indtjening og i perioden har foretaget kapitalforhøjelser.

Selskabet har i høringssvaret erkendt, at antallet af handler for egen regning har været for stort, og at selskabet har handlet for egen regning, uagtet at dette kræver tilladelse fra Finanstilsynet.

Sammenblanding af egne og kunders forretninger

Selskabets ordrer på bundthandlsdepotet har både indeholdt ordrer foretaget for selskabet og ordrer foretaget for kunder, og det skal bemærkes, at der ikke samtidig med afgivelse af ordre er fremsendt instruks til B AB om fordeling af ordrene i bundthandlsdepotet. Det er endvidere konstateret, at flere af instrukserne først er fremsendt til B AB efter børstid. Selskabet har i høringssvaret erkendt, at det er indiskutabelt, at selskabet burde have sendt ordrefordelingen samtidig med afgivelse af handelsordren, og at selskabet ikke skulle have benyttet bundthandlsdepotet til egne handler.

Det anføres i bilag 5 til høringssvaret, at selskabets praksis muligvis har været uigennemskuelig. Selskabet anfører imidlertid, at der ikke er nogen kunder, der har lidt tab eller været udsat for risiko for tab, uanset at der ikke er instrueret straks overfor B AB. Ligeledes anføres det, at alle aggregerede ordrer altid er allokeret i kundens interesse. Selskabet har imidlertid ikke, heller ikke i høringssvaret, overfor Finanstilsynet kunne dokumentere, at der inden en given handel på bundthandlsdepotet blev gennemført, var taget stilling til, om handlen var til egenbeholdningen eller blev foretaget på vegne af kunder eller hvilke kunder, de var foretaget på vegne af. Hertil kommer, at der ikke er foretaget nogen kontrol eller anden godkendelse af investeringsdirektørens disponeringer for selskabets kunder eller selskabets egenbeholdning inden ordreudførelse.

På baggrund heraf er det Finanstilsynets vurdering, at det ikke på det foreliggende grundlag med sikkerhed kan verificeres, at de foretagne handler, der er allokeret til egenbeholdningen, og i januar 2012 har medført

en for selskabet betydelig avance, ikke retteligt skulle være allokert til kunderne. Ligeledes kan det ikke verificeres om handler, der er allokert til kunderne, rettelig skulle være allokert til selskabets egenbeholdning.

Selskabet har straks efter den øvrige bestyrelse i oktober 2012 er blevet bekendt med selskabets handler på bundthandlsdepotet, der primært er foretaget i januar og februar 2012, fordelt den opnåede avance herved til selskabets kunder. Det tillægges i denne henseende betydning, at samtlige af selskabets egne handler på bundthandlsdepotet har medført en avance for selskabet i modsætning til de foretagne handler på selskabets eget depot, der har ført til flere tab.

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at selskabet,

uanset om kunderne har lidt et direkte tab derved eller ej, ikke i tilstrækkelig grad har haft procedurer, der har sikret, at der blev foretaget en korrekt behandling af kundeordrerne, jf. § 27 i bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel. Dette som følge af, at selskabet ikke har foretaget tilstrækkelig registrering af kundeordrerne og endvidere ikke har sikret, at en kundes finansielle instrumenter omgående er instrueret til den pågældende kundes depot. Eksempelvis er der den 9. januar 2012 om formiddagen foretaget køb af aktier i to forskellige værdipapirer. Kursen har samme dag udviklet sig fordelagtigt i det ene papir. Dette er solgt og efterfølgende allokert til egenbeholdningen med en avance. På det andet papir er kursen faldet, og der er ikke foretaget salg heraf, men i stedet allokert til kundernes depoter kort før børsens lukketid.

På baggrund heraf er det Finanstilsynets vurdering, at der er en risiko for, at der ville være foretaget en anden allokering af ordrene, hvis kursene havde udviklet sig anderledes, idet ordrene først fordeles efter dagens handler er foretaget.

Som følge heraf kan det ikke udelukkes, at allokeringen af de aggregerede transaktioner for selskabet egen regning med kundeordrerne på bundthandlsdepotet har skadet kundernes interesser i strid med § 29, stk. 1, i bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel.

Herudover er det Finanstilsynets vurdering, at selskabet ved den manglende registrering af kundeordrer og manglende kontrol ikke har foretaget den fornødne beskyttelse af kundeaktiver, herunder begrænset risikoen for tab eller forringelser af kunders aktiver eller af rettigheder, der er knyttet til disse aktiver, som følge af misbrug af aktiverne, svig, dårlig administration, utilstrækkelig registrering eller forsømmelighed, jf. § 11, stk. 1, nr. 4, i § 72 bekendtgørelsen.

Interne kontroller

Endelig er det Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har foretaget den nødvendige kontrol af alle væsentlige risikohæftede opgaver, jf. § 25 i bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. Der er sket et meget stort antal handler, og det har været muligt for direktøren at foretage kontroller af såvel de mange handler for selskabets egen reg-

ning, som at der er handlet med selskabets egne værdipapirer over det depot, der anvendes til kundehandler.

Selskabet har i høringssvaret oplyst, at direktøren har udført kontroller, herunder kontrol af om egenbeholdningen overholder de i fondspolitikken og direktionsinstruksen angivne rammer, i selskabet såvel ugentligt, månedligt og kvartalsvis. Selskabet anfører dog i høringssvaret, at selskabet har taget til efterretning, at der ikke har været tilstrækkelige kontroller i selskabet. Hertil skal Finanstilsynet anføre, at kontrollen i givet fald har fokuseret på overholdelse af kunders mandater og ikke på, om selskabets tilladelse blev overholdt eller om kundernes handler blev gennemført på en korrekt måde.

Det er desuden Finanstilsynets vurdering, at det af den rapportering, der er tilgået bestyrelsen, har kunnet udledes, at der er foretaget et stort antal handler i strid med selskabets tilladelse. Bestyrelsen og direktionen har ikke reageret herpå, og bestyrelsen og direktionen har i høj grad overladt disponeringerne i selskabet til selskabets investeringsdirektør.

Konklusion

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at selskabet, der ikke har tilladelse til forretninger for egen regning, i groft omfang har overtrådt sin tilladelse, og at dette har påført selskabet væsentlige risici samt resulteret i et samlet tab på egenbeholdningen.

Hertil kommer, at der er risiko for, at selskabets handler på bundhandelsdepotet samt allokeringen heraf har været til skade for kundernes interesser og at selskabet således potentielt har udsat sine kunder for tab ved at handle egne papirer over bundhandelsdepotet og ved ikke at fordele handler til kunder straks efter handelen. Endelig har selskabets interne kontroller været yderst mangelfulde, idet overtrædelserne begået af en medarbejder enten ikke er opdaget af ledelsen eller at ledelsen ikke har reageret på informationer om, at overtrædelserne fandt sted.

På baggrund heraf er det Finanstilsynets vurdering, at selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab skal inddrages, jf. § 224, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed. Dette som følge af, at selskabet har gjort sig skyldig i grove overtrædelser af lov om finansiel virksomhed.

...”

I klageskrivelse af 19. december 2012 har advokat A anført:

”K A/S

Som advokat for K A/S (i det følgende K A/S) skal jeg herved klage over Finanstilsynets afgørelse af 21.11.2012 ... om inddragelse af K's tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab samt klage over Finanstilsynets sagsbehandling i forbindelse med den truffe afgørelse.

Indledningsvis skal det særligt bemærkes, at der er tale om en meget usædvanlig sag.

Sagsforløb

Forud for afgørelsen havde Finanstilsynet den 8.11.2012 udarbejdet et udkast til afgørelse ... der alene var baseret på oplysninger fra K's på daværende tidspunkt fratrådte bestyrelsesformand G og K's ligeledes bortviste administrerende direktør H, der i denne konkrete sag havde en fejlagtig opfattelse af K's drift og forretningsgange med det resultat, at Finanstilsynet havde udarbejdet et udkast til afgørelse, der var baseret på disse fejlagtige oplysninger. Disse 2 personer havde af egen drift og i strid med en beslutning truffet af bestyrelsen i K rettet henvendelse til og afholdt et møde den 31.10.2012 med Finanstilsynet, hvor de fremsatte anmodning om inddragelse af K's tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. Dette formentlig for at fremstå bedst muligt hos Finanstilsynet, da de selv som K's ledelse, havde ansvaret for det passede i K. Hertil kom, at bestyrelsesformanden også er bestyrelsesformand i bank. Bestyrelsesformand og administrerende direktør valgte at varetage egne interesser fremfor K's interesser. Dette er i selv ret usædvanligt, og er måske i sidste ende medvirkende til, at Finanstilsynet afgørelse også bliver usædvanlig i form af en reaktion, som K finder ikke er i overensstemmelse med normal praksis.

Efter det ovennævnte møde den 31.10.2012 anmodede K's tilbageværende ledelse efterfølgende ved telefax af 2.11.2012 ... om et møde med Finanstilsynet, hvilken anmodning Finanstilsynet imidlertid – trods ryktere – ikke efterkom. Af denne telefax fremgik bl.a., at K havde planer om en ny ledelse i selskabet ligesom K ville drøfte tiltag til imødegåelse af kritikken fra Finanstilsynet.

K fik af Finanstilsynet forlænget fristen til senest fredag den 16.11.2012 kl. 12.00 til at fremkomme med bemærkninger til Finanstilsynets udkast til afgørelse af 8.11.2012, idet Finanstilsynet senere samme dag skulle fremsende en endelig indstilling til Det Finansielle Virksomhedsråd, der havde møde om mandagen den 19.11.2012 kl. 14.00. Bemærkningerne fra K og dets statsautoriserede revisor blev fremsendt til Finanstilsynet inden fristens udløb ...

Finanstilsynet meddelte senere samme dag, at de alligevel ikke kunne sende nogen indstilling til Det Finansielle Virksomhedsråd samme dag, som annonceret, da de måtte arbejde videre med de modtagne bemærkninger fra K i weekenden.

Mandag den 19.11.2012 kl. 12.13 modtog K den endelige indstilling til afgørelse fra Finanstilsynet til Det Finansielle Virksomhedsråd – altså mindre end 2 timer før starten af mødet i rådet – hvilket alt andet lige må have haft den konsekvens, at rådets medlemmer ikke forud for mødet havde haft tilstrækkelig mulighed for hver især at gennemgå og vurdere indstillingen fra Finanstilsynet.

K havde i øvrigt i brevet af 16.11.2012 anmodet Finanstilsynet om foretræde for rådet, men havde anmodet om, at dette skete på næste rådsmøde, da det grundet den korte tidsfrist ikke var muligt for K's revisor og advokat at give foretræde den 19.11.2012.

Det skal herved særligt bemærkes, at Finanstilsynet tilsidesatte § 9, stk. 3 i det finansielle virksomhedsråds forretningsorden vedr. parthøring, idet K ikke fik den forskrevne frist på 3 uger til partsudtalelse, og dermed fik K ikke den fornødne tid til parthøring i en så væsentlig sag.

K så derfor ikke anden udvej end at fremsende sine bemærkninger til Finanstilsynets endelige indstilling til formanden og næstformanden for Det Finansielle Virksomhedsråd ... hvilket skete den 21.11.2012 kl. 9.42 og kl. 12.53, og som det fremgår af bemærkningerne fra K havde Finanstilsynet ikke i den endelige indstilling givet en fuldt dækkende gennemgang af sagens fakta, og bl.a. ikke med medtaget væsentlige fakta, der var givet af K's revision og som tilbageviste væsentlige forhold i Finanstilsynets afgørelse.

Finanstilsynet havde således slet ikke refereret eller kommenteret den afgivne erklæring fra K's statsautoriserede revisor ... der faktisk afviste Finanstilsynets begrundelser for afgørelsen. I Finanstilsynets afgørelse refereres til en analog sag fra 2004 ... men Finanstilsynet havde ikke medtaget hele referatet af afgørelsen, hvoraf det nemlig fremgår, at selskabet ved egne handler blot skulle have søgt om en tilladelse hertil eller have undladt egne handler. Finanstilsynet refererede heller ikke en sag afgjort den 21. november 2012 vedr. en sparekasse ... hvor en overtrædelse for først at indsende en fordelingsnøgle efter afgivelsen af handelsordrer blot medførte en påtale.

Finanstilsynets indstilling var ikke genstand for drøftelse i rådet, men blev udsat af rådet på skriftlig høring, hvilken næppe er normal praksis når sagen handler om inddragelse af en godkendelse til at drive finansiell virksomhed, hvad enten det er en bank, et fondsmæglerselskab eller anden finansiell virksomhed.

Den skriftlige høring i Det Finansielle Virksomhedsråd var afsluttet på kun 2 dage, idet Finans-tilsynet ved mail af 21.11.2012 kl. 16.44 fremsendte den endelige afgørelse, der endte med en godkendelse af Finanstilsynets indstilling.

Det er derfor yderst tvivlsomt om Det Finansielle Virksomhedsråd overhovedet har læst og taget stilling til de bemærkninger som K fremsendte til formanden og næstformanden samme dag om formiddagen.

Finanstilsynets kritikpunkter og K bemærkninger

Finanstilsynets afgørelse indeholder følgende kritikpunkter af K:

1. K har potentielt udsat sine kunder (depoter) for tab ved at sammenblande egne handler og kundernes handler
2. K har handlet for egen regning uden tilladelse
3. K's interne kontroller har været yderst mangelfulde

Ad. 1 K har potentielt udsat sine kunder (depoter) for tab ved at sammenblande egne handler og kundernes handler
Indtil årsskiftet 2011/12 afviklede K egne handler og kundernes handler direkte overfor depotbanken, men i begyndelsen af januar 2012 forslog

depotbanken, at K i stedet afviklede alle dagens handler samlet over et bundtdepot med det overordnede sigte, at K kunne opnå administrative fordele.

Ifølge depotbanken skulle K blot inden kl. 17.45 sende et excel-ark til depotbanken med oplysning om, hvorledes dagens handler skulle fordeles på depoterne, og når handlerne var fordelt var bundhandelsdepotet tømt.

Depotbanken er en større finansiel virksomhed på det nordiske marked, og som er noteret på børsen i [et andet land], hvorfor K ikke så nogen betænkeligheder ved at benytte den af depotbanken foreslåede handelsafvikling.

Ifølge depotbanken tilhørte bundhandelsdepotet K, der også havde kreditrisikoen for depotet og det var først når dagens handler blev fordelt på de enkelte depoter, at ejerskabet til og risikoen for handlerne skiftede fra K til depoterne. K havde heller ikke kundernes midler stående på egne bøger, men handlede udelukkende qua fuldmagter på kundernes depoter, der var placeret i depotbanken.

Det er derfor slet ikke korrekt, når Finanstilsynet i afgørelsen anfører, at depoterne (kunderne) blev udsat for risiko for tab, såfremt K på en tilfældig handelsdag blev insolvent med et antal værdipapirer stående på bundthandelsdepotet, der ellers senere ved dagens afslutning skulle have været fordelt på de enkelte depoter.

På et kontrolmøde den 7. februar 2012 blev K's direktør opmærksom på, at bundt-handelsdepotet ikke burde benyttes til K's egne handler, hvorfor K ikke siden den 7. februar 2012 benyttede bundthandelsdepotet til egne handler, bortset fra 2 handler den 7. juni 2012 og en handel den 4. juli 2012, der udelukkende skyldes IT-mæssige problemer med afvikling af K's egne handler.

Bundthandelsdepotet har på intet tidspunkt i denne korte periode på mindre end en måned og helt tilbage i begyndelsen af året 2012 været misbrugt til fordel for K, og der er heller ikke nogen depoter (kunder), der har lidt tab. Dette bekræftes også af K's revisor.

De beskedne avancer, der i denne korte periode er opnået ved egne handler, er efterfølgende pr. kulance blevet fordelt til kunderne for at undgå enhver tvivl om, hvorvidt K har handlet for kunderne eller K. K's revisor har tilladt sig forsigtigt, at konkludere, at kunderne faktisk har fået en fordel.

Imidlertid er det indiskutabelt, at K ikke – som foreslået af depotbanken – skulle have ventet med at indsende en fordelingsnøgle ved dagens afslutning, men have indsendt denne allerede ved afgivelsen af handelsordren, således som det også fremgik af K's egne interne retningslinjer. Det skal bemærkes at den ovennævnte analoge sag fra den 21.11.2012 med en sparekasse kun gav en påtale for utilstrækkelige procedurer for aktiehandler. Denne procedure er for K's vedkommende også blevet æn-

dret, idet man før Finanstilsynet afgørelse havde sørget for at en sådan fejl ikke kunne opstå igen.

Det skal særligt understreges, at absolut ingen kunder har lidt eller været udsat for risiko for tab.

Ad. 2 K har handlet for egen regning uden tilladelse

K erkender, at have handlet for egen regning, uagtet at dette krævede, at K havde tilladelse hertil fra Finanstilsynet. Efter drøftelse i K's bestyrelse blev det den 23. oktober 2012 besluttet, at K straks skulle ophøre med handler for egen regning. K kan kun beklage at have handlet uden tilladelse. Imidlertid er der ikke nogen, der har lidt tab ved det passerede.

Såfremt K havde ansøgt Finanstilsynet om udvidelse af K's tilladelse til også at omfatte egne handler, så havde det også været muligt for K at opfylde særligt det kapitalkrav, som en sådan udvidelse krævede og de evt. andre krav, som Finanstilsynet måtte stille, idet der er stor opbakning til K blandt dets aktionærer. I den ovennævnte analoge sag fra 2004, hvor et fondsmæglerselskab havde handlet for egen regning uden at have tilladelse til det, gav tilsidesættelsen kun en påtale.

Ad. 3. K's interne kontroller har været yderst mangelfulde

K's administrerende direktør havde siden K's start udført kontroller i Fonds-huset såvel ugentligt, månedligt og kvartalsvis. Han havde også varetaget compliance funktionen.

Sagens afgørelse

Det havde været mere rimeligt om Finanstilsynet alene havde meddelt K henholdsvis påtale og påbud for de begåede fejl, således som det også var tilfældet i de 2 ovennævnte refererede afgørelser fra 2004 og 2012 fremfor inddragelse af tilladelsen til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. Om Finanstilsynets definition af påtale og påbud henvises til vedlagte uddrag fra deres hjemmeside ...

Vi har også talt med en tidligere medarbejder i Finanstilsynet, der netop har beskæftiget sig med fondsmæglersområdet, og det er hans helt klare opfattelse, at såfremt Finanstilsynet var blevet præsenteret for ovennævnte kritikpunkter på et tilsynsbesøg havde det på ingen måde medført en inddragelse af tilladelsen, men alene påbud og løftet pegefinger, som f.eks. kunne have været følgende:

Påtale for følgende tidligere begåede fejl:

- At K i en meget kort periode (4 uger) helt tilbage i begyndelsen af året benyttede et dagligt afviklingsdepot, der blev oprettet efter anbefaling fra depotbanken, til afvikling af både K's egne handler og handler for (K's få) kunder.
- At K ikke straks ved afgivelse af daglige handler gav besked til depotbanken om fordelingen af handlerne på de enkelte kunder, men fulgte anbefalingen fra depotbanken om først at give besked herom ved dagens afslutning på et af depotbanken oprettet regneark

- At K over en periode foretog egne handler uden at have tilladelse hertil. K kunne blot have søgt og opnået tilladelse hertil, men valgte at ophøre hermed.

Påbud for forhold, der skal rettes inden en given kort frist:

- At K skal sørge for at K's kontroller, der i øvrigt påhvilede den bortviste direktør, blev forbedret. K havde herved meddelt Finanstilsynet, at der – udover nedennævnte styrkelses af K - var indgået aftale med K's revisor om at denne fremover skulle foretage løbende kontrol af K med korte mellemrum.

- At K skal sørge for en styrkelse af K's bestyrelse, ledelse og organisation med yderligere kompetente personer med erfaring indenfor fondsmæglerområdet. K havde herved meddelt Finanstilsynet, at dette også ville ske. K skulle i øvrigt også have ny bestyrelsesformand og direktør efter deres henholdsvis udtræden og bortvisning, og som man i øvrigt efterfølgende måtte konstatere ikke havde levet op til deres ansvar.

K kunne herved have taget alle de nødvendige skridt til opfyldelse af K kritikpunkter.

K er et nystartet selskab, der den 12. maj 2011 fik Finanstilsynets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. K opererer med en bestyrelse og direktion, der er godkendt af Finanstilsynet og et mindre antal medarbejdere. Ved udgangen af 2011 havde K 13 depoter under administration, mens antallet af depoter er steget i de efterfølgende 3 kvartaler i 2012 til henholdsvis 20 depoter ved udgangen af 1 kvartal 2012, 214 depoter ved udgangen af 2 kvartal 2012 og 393 depoter ved udgangen af 3 kvartal 2012.

K har en kapitalstærk ejerkreds, der i takt med selskabets vækst, har vist vilje til at styrke selskabets kapitalgrundlag, da ejerkredsen ved at kundetilgang for en ny virksomhed tager tid.

K har ikke på noget tidspunkt forsøgt at skjule noget overfor Finanstilsynet, men har selv opdaget og korrigeret fejlene og faktisk selv lagt kortene på bordet overfor Finanstilsynet, ligesom K også har sørget for at fejlene ikke kunne ske fremadrettet.

Vi mener ikke sagen er behandlet på objektive grundlag, men baseret på ensidigt grundlag fra afgang bestyrelsesformand og fyret administrerende direktør udsagn, samt at Finanstilsynet ikke har forsøgt at få et mere nuanceret og uddybende billede af sagen før deres usædvanlige beslutning om inddragelse af K's tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed blev inddraget.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 14. januar 2013 udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet meddelte den 12. maj 2011 K tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. Tilladelsen var afgrænset til investeringservice i form af modtagelse og formidling for investorers regning af ordrer vedrørende et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 1, til lov om finansiel virksomhed samt skønsmæssig porteføljepleje af de enkelte investorers værdipapirbeholdninger efter instruks fra investorerne, såfremt beholdningerne omfatter et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 4, til lov om finansiel virksomhed. K's tilladelse omfattede ikke tilladelse til forretninger for egen regning med ethvert af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed.

Selskabets direktion bestod af H, og bestyrelsen udgjordes af G, N og I. Sidstnævnte var tillige investeringsdirektør og i besiddelse af en kvalificeret ejerandel på 49,95 pct. i selskabet.

Ved brev af 15. august 2012 meddelte Finanstilsynet K, at tilsynet ville foretage en ordinær undersøgelse i selskabet den 5. november 2012. I forbindelse hermed blev selskabet anmodet om at indsende materiale til brug for undersøgelsen, herunder oversigt over selskabets eget depot samt månedsrapportering til bestyrelsen. Materialet blev modtaget den 12. oktober 2012 og det fremgik heraf, at selskabet, der ikke havde tilladelse til forretninger for egen regning, havde foretaget et omfattende antal handler på selskabets egenbeholdning ...

Endvidere orienterede selskabets direktør H ved e-mail af 23. oktober 2012 Finanstilsynet om, at det ved kontrol af selskabets handler var kommet frem, at gældende regler i et vist omfang var tilsidesat ...

På baggrund af ovenstående indkaldte Finanstilsynet selskabet til møde den 29. oktober 2012 med henblik på en nærmere afklaring, idet det var Finanstilsynets vurdering, at dette ikke kunne afvente den forestående undersøgelse i selskabet den 5. november 2012. For selskabet mødte bestyrelsesformand G og selskabets direktør H og redegjorde nærmere for de stedfundne handler i selskabet ...

På baggrund af det indsendte og udleverede materiale samt oplysningerne på mødet den 29. oktober 2012 samt et yderligere møde den 31. oktober 2012 også med selskabets daværende bestyrelsesformand G og daværende direktør H sendte Finanstilsynet den 8. november 2012 udkast til afgørelse om inddragelse af K's tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab i høring hos selskabet ...

Grundet sagens alvorlige og særlig hastende karakter var høringsfristen forkortet til den 13. november 2012, jf. § 9, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 1380 af 10. december 2010 om forretningsorden for Det Finansielle Virksomhedsråd. I høringsbrevet af 8. november 2012 blev det oplyst, at Finanstilsynet forventede at forelægge det endelige udkast til afgørelse for Det Finansielle Virksomhedsråd på rådets møde den 19. november 2012 kl. 14, og at K kunne afgive et kort mundtligt indlæg for Det Fi-

nansielle Virksomhedsråd i forbindelse med, at sagen blev forelagt for rådet.

Forinden blev Finanstilsynet den 5. november 2012 telefonisk kontaktet af advokat J fra L [advokatselskab], der oplyste, at der var blevet sendt en fax til Finanstilsynet den 2. november 2012 på vegne af bestyrelsen i K. Finanstilsynet oplyste, at denne ikke var modtaget. Advokaten gennemsendte den omhandlede fax pr. e-mail den 7. november 2012, hvori bestyrelsen anmodede om et møde med Finanstilsynet ... Herefter forsøgte Finanstilsynet forgæves at træffe advokat J telefonisk den 9. november 2012.

Ved brev af 13. november 2012 modtog Finanstilsynet en anmodning fra selskabets direktør H og bestyrelsesmedlem I om inddragelse af selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab ...

Den 14. november 2012 blev Finanstilsynet kontaktet af en ny advokat for bestyrelsen i K, advokat A fra M [advokatselskab], og modtog efterfølgende samme dag en anmodning om tilbagekaldelse af selskabets anmodning om inddragelse af selskabets tilladelse ... Samtidig anmodede selskabet om udskydelse af høringsfristen til den 16. november 2012, hvilket Finanstilsynet imødekom.

Ved brev af 16. november 2012 afgav selskabets advokat A høringsvar vedrørende Finanstilsynets udkast til afgørelse af 8. november 2012 på vegne af selskabets bestyrelse bestående af N og I ...

På baggrund heraf udarbejdede Finanstilsynet endeligt udkast til afgørelse, der blev forelagt Det Finansielle Virksomhedsråd på rådets møde den 19. november 2012. Rådet traf på mødet beslutning om, at afgørelsen skulle behandles på skriftligt grundlag. Den 21. november 2012 meddelte alle rådsmedlemmer, at de var enige i Finanstilsynets indstilling til afgørelse. Samme dag modtog formanden og næstformanden for Det Finansielle Virksomhedsråd en henvendelse fra advokat A vedrørende rådets behandling af sagen ... Henvendelsen gav imidlertid ikke anledning til en ændret vurdering af sagen, hvilket blev meddelt advokat A ved e-mail af 21. november 2012 ...

Ved afgørelse af 21. november 2012 meddelte Finanstilsynet K, at Finanstilsynet inddrog selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, jf. § 224, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed ... idet selskabet efter Finanstilsynets vurdering havde gjort sig skyldig i grove overtrædelser af lov om finansiel virksomhed.

Ved brev af 19. december 2012 påklagede K Finanstilsynets afgørelse til Erhvervsankenævnet, jf. § 372, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

1.1 Baggrunden for Finanstilsynets afgørelse

1.1.1. Oprettelse af samt handel for egen regning på bundthandlsdepot
Selskabets direktør H oplyste på mødet den 29. oktober 2012, at selskabet den 1. januar 2012 havde oprettet et bundthandlsdepot, der fungerede som et afviklingsdepot hos B AB. Direktøren oplyste endvidere, at

depotet i forhold til B AB tilhørte selskabet, om end selskabet ikke havde opfattet depotet som dets eget depot.

Finanstilsynet fik desuden oplyst, at gennemførelse af kundehandler via bundthandlsdepotet i B AB ofte skete ved aggregerede ordrer, dvs. at der lægges én samlet ordre på et givet værdipapir på vegne af flere kunder. I visse tilfælde kunne en ordre ikke gennemføres på én gang, og den ville derfor blive gennemført ved flere successive enkelthandler, indtil ordren var gennemført. Når den samlede ordre var gennemført, blev den fordelt til de respektive kunder. Fra ordren var lagt ind og til den var gennemført og fordelt til kunderne, lå beholdningen på selskabets bundthandlsdepot i B AB. Det blev oplyst, at depotet blev tømt ved fuldstændig fordeling af handlerne hver dag.

Inden mødet med Finanstilsynet den 29. oktober 2012 fremsendte selskabets direktør H ved e-mail af 23. oktober 2012 og 26. oktober 2012 referat af bestyrelsesmøde afholdt den 22. oktober 2012 samt notat af 22. oktober 2012 udarbejdet af H vedrørende aggregerede ordrer foretaget af selskabets investeringsdirektør I ... Notatet blev udleveret til bestyrelsen på bestyrelsesmødet. Af referatet og notatet fremgik det, at selskabet særligt i januar og februar 2012 havde gennemført aggregerede handler på bundthandlsdepotet, hvilket ligeledes blev bekræftet ved Finanstilsynets gennemgang af depotoversigt vedrørende bundthandlsdepotet, som selskabets direktør H udleverede til Finanstilsynet efter mødet den 29. oktober 2012 ...

Af referatet og notatet fremgik det endvidere, at de sammenlagte ordrer på bundthandlsdepotet i strid med selskabets interne retningslinjer både havde indeholdt ordrer foretaget for selskabets egen regning og ordrer foretaget for kunder. Endvidere fremgik det, at der ikke i forbindelse med handlerne eller straks efter handlerne var fremsendt instruks til B AB om fordeling af ordrene i bundthandlsdepotet, og det fremgik tillige, at mange af instrukserne først var fremsendt til banken efter børstid, dvs. efter kl. 17.00.

Ovenstående blev bekræftet ved Finanstilsynets gennemgang af modtagne kopier af e-mails med instruks til banken fra selskabets investeringsdirektør I om fordeling af de afviklede ordrer i bundthandlsdepotet. Disse blev ligeledes udleveret af direktør H til Finanstilsynet efter mødet den 29. oktober 2012. Af disse fremgik det tillige, at instrukser vedrørende fordeling af en handel til selskabets egenbeholdning blev sendt efter, der på samme dag var foretaget køb og salg af samme værdipapir, og avancen herved var kendt af selskabet. Eksempelvis foretog investeringsdirektør I den 9. januar 2012 køb af 4.000 B-aktier i C A/S kl. 9.06 samt køb af 3.500 B-aktier i D A/S kl. 11.54. Sidstnævnte blev solgt samme dag i tidsrummet fra kl. 15.27 til kl. 15.34 med en avance på 12.250 kr. Herefter blev der først kl. 16.48 sendt instruks til B AB om fordeling heraf til selskabets egenbeholdning samt instruks om fordeling af de købte B-aktier i C A/S til selskabets kunder. Finanstilsynet konstaterede, at kursen for B-aktier i C A/S var faldet den pågældende dag.

Selskabet har ikke kunne dokumentere, om der inden en given handel blev gennemført var taget stilling til, om handlen var til egenbeholdningen eller til kunders beholdning. Desuden var det den samme person og medejer af selskabet, investeringsdirektør I, der foretog såvel selskabets egne handler som kunders handler.

Direktør H notat af 22. oktober 2012 indeholdt en opgørelse over selskabets handler på bundthandlsdepotet. Det fremgik af notatet, at der i alt var foretaget 497 handler på bundthandlsdepotet i perioden fra den 17. januar 2012 til den 7. september 2012. Heraf blev 90 handler efterfølgende instrueret og afviklet som selskabets egne handler. Handlerne blev gennemført over 13 handelsdage primært i januar 2012. Af depotoversigten fremgik det, at de enkelte værdipapirer til selskabets egenbeholdning som udgangspunkt blev købt og solgt samme dag. I flere tilfælde blev der købt og solgt indenfor relativt få minutter, og i alle tilfælde blev der først senere fremsendt instruks til banken om fordeling til selskabets egenbeholdning.

Det fremgik desuden af bestyrelsesreferatet og notatet, at selskabet i forbindelse med ovenstående handler på bundthandlsdepotet opnåede en avance på 96.500 kr. på egenbeholdningen, og at samtlige handler, der er instrueret til egenbeholdningen, har ført til fortjeneste for selskabet. Af referatet fremgik det tillige, at bestyrelsen så med den ”største alvor og kritik på de stedfundne handler”, og at Finanstilsynet skulle orienteres om overtrædelserne.

Efterfølgende kontaktede bestyrelsesformand G den 31. oktober 2012 Finanstilsynet og anmodede om endnu et møde. Dette blev afholdt samme dag, og fra selskabet deltog foruden G selskabets direktør H ...

På mødet oplyste G, at der samme dag var afholdt endnu et bestyrelsesmøde i selskabet. Baggrunden herfor var, at det ved H's gennemgang af depotoversigter over handler på bundthandlsdepotet modtaget fra B AB efter mødet med Finanstilsynet den 29. oktober 2012 var konstateret, at selskabets investeringsdirektør I havde instrueret yderligere handler på bundthandlsdepotet for egenbeholdningen med en samlet avance på 35.000 kr. henholdsvis den 9., 13., 16. og 17. januar 2012 ...

Som følge heraf og de øvrige forhold i selskabet var det G's vurdering, at der ikke var grundlag for at opretholde selskabets tilladelse, hvilket han ønskede at meddele Finanstilsynet. Dette havde han meddelt den øvrige bestyrelse på det netop afholdte bestyrelsesmøde, hvor selskabets situation igen blev drøftet ... G oplyste, at den øvrige bestyrelse, bestående af investeringsdirektør I og N, imidlertid ikke var enige heri, hvorfor han øjeblikkeligt havde trukket sig fra selskabets bestyrelse.

Ifølge G og H fordelte H ovenstående avancer forholdsmæssigt til selskabets kunder straks efter den samlede bestyrelse på bestyrelsesmødet henholdsvis den 22. oktober 2012 og den 31. oktober 2012 var blevet bekendt med selskabets egne handler på bundthandlsdepotet.

I høringsvaret af 16. november 2012 med tilknyttede bilag anførte bestyrelsen i forhold til selskabets oprettelse af samt handel for egen regning på bundthandelsdepotet, at bundthandelsdepotet blev oprettet på opfordring fra B AB med henblik på en administrativ lettelse af distributionen til flere depoter, således at depotkunderne blev sikret en ensartet pris ved køb til flere kunder på samme tid (aggregerede ordrer).

Det blev anført i bilag 5 til høringsvaret, at det ikke var korrekt, at selskabet ikke opfattede bundthandelsdepotet som dets eget depot, som oplyst til Finanstilsynet af selskabets direktør. Selskabet havde en kredit på 3.000.000 kr. tilknyttet depotet, som selskabet alene hæftede for. Det blev således anført, at selskabet havde kreditrisikoen, og først når dagens handler blev fordelt på de enkelte depoter, overgik ejerskabet og risikoen fra selskabet til kundedepoterne. Det blev tillige anført, at der ved handel for kunder blev handlet direkte ind på kundens depot eller ved allokering i henhold til excel-ark, som fremsendes til afvikling i depotbank.

Videre fremgik det af høringsvaret, at B AB oplyste selskabet om, at det inden kl. 17.45 på handelsdagen skulle sende et excel-ark til B AB med oplysning om, hvorledes dagens handler skulle fordeles, og når handlerne var fordelt, var bundthandelsdepotet tømt. Det blev imidlertid anført i høringsvaret fra bestyrelsen, at det var indiskutabelt, at selskabet burde have afsendt ordrefordelingen samtidig med afgivelse af handelsordren, hvilket tillige var proceduren i selskabets egne interne retningslinjer. Videre blev det anført, at selskabet ikke havde risici for egen regning i forbindelse med afviklingen af kundehandlerne over bundthandelsdepotet, idet de ikke blev iværksat, hvis de ikke kunne afvikles over for kunden. Ligeledes blev det anført, at kunden ikke har haft risiko for tab, såfremt selskabet måtte blive insolvent på et tidspunkt, hvor aktierne endnu var i selskabets bundthandelsdepot. Dette som følge af, at kreditrisikoen for dette depot var selskabets.

Herudover blev det anført i bilag 5 til høringsvaret, at selskabet i perioden fra den 9. januar 2012 til den 7. februar 2012 handlede dagligt for egenbeholdningen på bundthandelsdepotet. Selskabets direktør H gjorde den 7. februar 2012 investeringsdirektør I opmærksom på, at selskabets egne handler på bundthandelsdepotet kunne misforstås, og at bundthandelsdepotet ikke burde benyttes til selskabets egne handler. Som følge heraf var selskabet ophørt med at foretage egne handler på bundthandelsdepotet efter den 7. februar 2012 med undtagelse af to dage i juni og juli 2012 grundet it-mæssige problemer. Det blev anført i høringsvaret, at selskabet i perioden fra januar 2012 til juli 2012 i alt foretog 24 stk. køb og salg af værdipapirer på bundthandelsdepotet, og at de resterende handler blev foretaget for kunder. Selskabet havde ultimo februar 2012 12 depotkunder.

Det blev anført i høringsvaret, at selskabet erkendte, at det ikke skulle have benyttet bundthandelsdepotet til egne handler. Dog blev det anført i bilag 5 til høringsvaret, at der ikke var nogen kunder, der havde lidt tab eller været udsat for risiko for tab, og at selskabets kunder altid havde købt og solgt til de priser, der blev handlet på i markedet efter best execution. Det blev også anført, at handel med selskabets egen beholdning

aldrig var sket til kunder men direkte i markedet, og at det var sket seks gange.

Videre blev det anført i høringssvaret, at selskabets avance ved handel på bundthandlsdepotet blev fordelt til kunderne i oktober 2012 for at fjerne enhver tvivl om hensigten og evt. sammenblanding af aktier. Det blev anført, at baggrunden for den større avance skyldtes muligheden for at handle værdipapirer ved udnyttelse af kreditramme stillet til rådighed for selskabet af B AB, hvilket gav selskabet mulighed for køb for større beløb. Bundthandlsdepotet var nu lukket.

Endelig blev det anført, at selskabets praksis muligvis var uigennemskuelig, men der var aldrig risiko for kunders midler eller værdipapirer, uanset at der ikke blev instrueret straks overfor B AB. Ligeledes blev det anført, at alle aggregerede ordrer altid blev allokeret i kundens interesse.

1.1.2. Selskabets handler på eget depot

Som nævnt indledningsvist konstaterede Finanstilsynet ved gennemgang af depotoversigt over selskabets eget depot forud for undersøgelse af selskabet, at selskabet efter at have modtaget sin tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, udover ovenstående egne handler på bundthandlsdepotet, tillige havde foretaget et særdeles omfattende antal handler på selskabets eget depot. Det fremgik således, at der i mange perioder var handlet dagligt, og i adskillige tilfælde var der handlet flere aktier samme dag. Hertil kom, at der samme dag adskillige gange var foretaget flere køb og salg af samme aktie.

Af depotoversigten fremgik det tillige, at selskabet i stort omfang havde handlet papirer, der i en længere periode forud for handlerne havde haft relativt store kursudsving, som f.eks. E og F, hvilket efter Finanstilsynets vurdering måtte indikere, at det var aktier med en større forventet risiko end andre aktier.

Endvidere fremgik det af direktør H's rapportering til bestyrelsen, at H hver måned i relation til selskabets indtjening havde rapporteret på udviklingen på egenbeholdningen, herunder for henholdsvis avance og tab ...

Ifølge ovenstående månedsrapportering havde selskabet i perioden fra juli 2011 til august 2012 haft for selskabet betydelige tab på egenbeholdningen. Samlet beløb det sig til et tab på egenbeholdningen på ca. 270.000 kr., idet det dog ikke fremgik præcist af månedsrapporten for henholdsvis februar og august 2012, om der var realiseret et tab eller avance på egenbeholdningen i disse måneder. Det fremgik imidlertid, at der i januar 2012, hvor der, jf. ovenstående, var foretaget omfattende handler for selskabets egen regning på bundthandlsdepotet, var opnået en betydelig avance på selskabets egenbeholdning på 167.000 kr. I øvrige måneder var der opnået mere beskedne avancer eller realiseret tab.

Finanstilsynet konstaterede i denne forbindelse, at selskabet i den nævnte periode havde foretaget to kapitalforhøjelser henholdsvis pr. 2. septem-

ber 2011 og pr. 28. marts 2012 grundet manglende kundetilgang og indtjening i selskabet.

I bilag 5 til høringsvaret af 16. november 2012 anførte bestyrelsen i forhold til selskabets handler på eget depot, at der var gennemført ca. 2.100 handler for egen regning i perioden fra maj 2011 til oktober 2012. Videre blev det anført, at antallet af handler for egen regning havde været for stort, og at direktøren havde været bekendt med antallet af handler, men at han ikke viderebragte dette forhold til bestyrelsen.

Det blev i høringsvaret erkendt, at selskabet havde handlet for egen regning, uagtet at dette kræver tilladelse fra Finanstilsynet. Det blev i høringsvaret desuden oplyst, at bestyrelsen på bestyrelsesmødet den 23. oktober 2012 besluttede, at selskabet skulle ophøre med at udføre forretninger for egen regning. Videre blev det oplyst, at der ikke var nogen, som havde lidt tab ved det passerede.

Dog fremgik det af bilag 5 til høringsvaret, at selskabet havde haft et tab på egenbeholdningen på ca. 179.000 kr. i perioden fra den 1. juni 2011 til den 30. september 2012. Det blev anført, at tabene typisk skete i forbindelse med investeringer, der ikke var af kort karakter, og at kurstab skyldtes eksponering i F og E.

1.1.3. Selskabets organisation og interne kontroller

Selskabets direktør H og bestyrelsesformand G oplyste på møderne med Finanstilsynet den 29. og 31. oktober 2012, at de ikke havde været bekendt med omfanget af den handel, der var foretaget på selskabets eget depot, og G oplyste, at han endvidere ikke havde været bekendt med, at der var foretaget handler for egenbeholdningen på bundthandlsdepotet.

H oplyste endvidere, at han frem til september 2012 kun havde været til stede i selskabet ca. to dage om ugen. Udover investeringsdirektør I, der ikke var anmeldt direktør og således ikke var godkendt af Finanstilsynet som direktør, var der to øvrige ansatte, der i et begrænset antal timer om måneden varetog selskabets bogføring og øvrige administration. Herudover var der i 2012 ansat to konsulenter i selskabet med henblik på kundeopsøgning. Selskabets investeringsdirektør I er i besiddelse af en kvalificeret andel på 49,95 pct. i selskabet og er medlem af selskabets bestyrelse.

Bestyrelsens retningslinjer udstedt i medfør af § 70 i lov om finansiel virksomhed indeholdende bestyrelsens instruks til direktionen, var, for så vidt angår handel med værdipapirer for selskabets egne midler, videredelegeret til selskabets investeringsdirektør I. I varetog tillige alle handler vedrørende selskabets kunder. Af bestyrelsens retningslinjer til direktionen fremgik det, at direktionen vedrørende selskabets egne midler skulle efterleve fondsmæglerselskabets fondspolitik. Af denne fremgik det, at selskabet gennem forsigtige men samtidig aktive dispositioner skulle forsøge at opnå en tilfredsstillende indtjening og skabe et tilfredsstillende afkast på både kort og lang sigt. Samtidig fremgik det, at investeringerne skulle vurderes som havende et langsigtet vækspotentiale, og at politik-

ken ikke tillod kortsigtede spekulative og gearede forretninger for egen regning.

Finanstilsynet anførte i forbindelse med selskabets ansøgning om tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab på et møde afholdt den 25. oktober 2010 over for selskabet, at bestyrelsens instruks til direktionen samt underliggende politikker ikke i tilstrækkelig grad forholdt sig til lovgivningens begrænsninger, herunder § 157 i lov om finansiel virksomhed. På mødet anførte Finanstilsynet endvidere overfor selskabet, at der skulle være tale om langsigtede positioner, der ikke var af spekulativ karakter, hvilket selskabets direktør H og investeringsdirektør I erklærede sig indforstået med.

H oplyste på mødet med Finanstilsynet den 29. oktober 2012, at han ikke foretog kontrol af de enkelte ordrer vedrørende selskabets egenbeholdning inden ordreudførelse og heller ikke godkendte de enkelte ordrer. Ligeledes foretog han ingen kontrol af ordrer vedrørende kundernes porteføljer inden ordreudførelse men kontrollerede efterfølgende, at mandaterne i kundeaftalerne var overholdt.

Desuden oplyste H og I, at selskabet ikke drev virksomhed fra den på hjemmesiden oplyste adresse, men derimod på I's privatadresse, hvortil H ikke havde fuld adgang. Det krævede eksempelvis, at investeringsdirektøren var til stede.

Endvidere oplyste G på mødet den 31. oktober 2012, at han udover at udtræde af bestyrelsen samme dag havde opsagt samtlige ansatte i selskabet, herunder H og I. Han henviste til sin pligt til tabsbegrænsning. H meddelte på mødet med Finanstilsynet, at han ikke ville fortsætte i selskabet, men blev så længe det var nødvendigt for at varetage den foreliggende situation.

Selskabets bestyrelse anførte i høringssvaret af 16. november 2012, at H havde udført kontroller, herunder kontrol af om egenbeholdningen overholdt de i fondspolitikken og direktionensinstruksen angivne rammer, i selskabet såvel ugentligt, månedligt og kvartalsvis, hvilket H ligeledes havde oplyst til selskabets revisor. Det fremgik imidlertid af bilag 3 til høringssvaret, at direktøren ikke havde foretaget kontrol af selskabets handler for egen regning eller for kunder inden ordreudførelse, og at der ikke blev foretaget nogen godkendelse af investeringsdirektør Is påtænkte handler. Selskabet anførte i høringssvaret, at selskabet havde taget til efterretning, at der ikke havde været tilstrækkelige kontroller, hvorfor selskabet havde indgået aftale med revisor om fremover at foretage løbende kontrol af selskabet med korte mellemrum. Det blev anført i høringssvaret, at H havde fuld adgang til kontoret, der er placeret i Is private bolig, og at den manglende kontrol således ikke kan henføres til, at H har haft begrænset adgang til kontoret.

2. Retligt grundlag

2.1. Forretninger for egen regning

§ 9 i lov om finansiel virksomhed har følgende ordlyd:

”§ 9. Virksomheder, der for tredjemand udøver aktiviteter som nævnt i bilag 4, afsnit A, er værdipapirhandlere og skal have tilladelse som værdipapirhandlere, jf. dog § 7, stk. 1, og § 8, stk. 1. Værdipapirhandlere kan desuden udøve en eller flere af de i bilag 4, afsnit B, nævnte aktiviteter. Tilladelse til at udøve en eller flere af de i bilag 4, afsnit B, nævnte aktiviteter kan kun meddeles i tilknytning til tilladelse til de i bilag 4, afsnit A, nævnte aktiviteter. Tilladelsen skal angive de aktiviteter i bilag 4, som tilladelsen omfatter.

Stk. 2-7. [...]

Stk. 8. Et selskab, der søger om tilladelse efter stk. 1, og som ikke har tilladelse efter § 7, stk. 1, § 8, stk. 1, eller § 10, stk. 1, skal have en aktiekapital, der mindst udgør et beløb svarende til 1 mio. euro, såfremt fondsmæglerselskabet ønsker at blive medlem af et reguleret marked, en værdipapircentral eller en clearingscentral, hvor selskabet deltager i clearing og afvikling, eller ønsker at udføre en eller flere af de i bilag 4, afsnit A, nr. 3, 6, 8 og 9, og afsnit B, nr. 2, nævnte tjenesteydelser. Andre selskaber, der søger om tilladelse efter stk. 1, skal have en aktiekapital, der mindst udgør et beløb svarende til 0,3 mio. euro.”

Efter bestemmelsen kan et fondsmæglerselskab således få tilladelse af Finanstilsynet til at udøve de aktiviteter, som fremgår af lovens bilag 4, afsnit A.

Det fremgår i den forbindelse af lovens bilag 4, afsnit A, nr. 3, at ”Forretninger for egen regning med ethvert af de i bilag 5 nævnte instrumenter” er omfattet.

Det fremgår af bemærkningerne til lov nr. 453 af 10. juni 2003 (L 176), at ”virksomheder med tilladelse efter § 9, stk. 1, kan således udføre den eller de aktiviteter, som de har søgt om og fået tilladelse til.”

Det fremgår af § 157 i lov om finansiel virksomhed:

”§ 157. Fondsmæglerselskaber, der ikke har tilladelse til at udføre handel for egen regning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, og investeringsforvaltningsselskaber kan placere selskabets basiskapital i aktier og obligationer, som er optaget til handel på et reguleret marked, samt i andele i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger og professionelle foreninger samt investeringsinstitutter, der er UCITS.”

Det fremgår i den forbindelse af bemærkningerne til § 157 i lov nr. 453 af 10. juni 2003 (L 176), at ”besiddelse af positioner i finansielle instrumenter med henblik på at investere selskabets egenkapital ikke betragtes som handel for egen regning.”

Det bemærkes, at Finanstilsynet efter forelæggelse for Det Finansielle Virksomhedsråd den 26. januar 2004 har truffet afgørelse vedrørende fondsmæglerselskabers placering af basiskapital ... Af afgørelsen fremgår det, at et fondsmæglerselskab, der ikke havde tilladelse til forretninger for egen regning, havde foretaget 308 værdipapirhandler vedrørende selskabets basiskapital i løbet af 11 måneder. Selskabets investeringspolitik byggede på realisering af gevinst/tab efter en marginal kursbevægelse.

se. Finanstilsynet afgjorde, at den høje omsætningshastighed måtte betragtes som forretninger for egen regning, og derfor ikke var omfattet af § 157 i lov om finansiel virksomhed.

I senere sager har Finanstilsynet fortolket § 157 i lov om finansiel virksomhed således, at fondsmæglerselskabets placering skal være langsigtet og have ikke-spekulativ karakter, såfremt selskabet ikke har tilladelse til forretninger for egen regning.

2.2. Investorbekyttelse ved behandling af kundeordrer

Følgende fremgår af § 27 i bekendtgørelse nr. 768 af 27. juni 2011 om investorbekyttelse ved værdipapirhandel:

”§ 27. En værdipapirhandler skal have procedurer, der har til formål at sikre,

- 1) at en ordre, der udføres på en kundes vegne, registreres og allokeres omgående og nøjagtigt,
- 2) at sammenlignelige kundeordrer udføres fortløbende og omgående, medmindre ordrens art eller de gældende markedsbetingelser umuliggør dette, eller det strider mod kundens interesser, og
- 3) at værdipapirhandleren, straks efter at være blevet opmærksom herpå, informerer en detailkunde om eventuelle væsentlige problemer med at udføre ordren.

Stk. 2. En værdipapirhandler, der har ansvar for at føre tilsyn med eller sørge for afregning af udførte ordrer, skal træffe alle rimelige foranstaltninger for at sikre, at en kundes finansielle instrumenter eller midler, der er modtaget ved afregningen af udførte ordrer, omgående indsættes på den pågældende kundes konto.

Stk. 3. [...]”

Det fremgår samtidig af § 29, stk. 1, i bekendtgørelse om investorbekyttelse ved værdipapirhandel:

”§ 29. En værdipapirhandler, der har aggregeret transaktioner for egen regning med en eller flere kundeordrer, må ikke allokere de dermed forbundne handler således, at det skader kundernes interesser.”

2.3. Selskabets organisation og interne kontroller

§ 25 i bekendtgørelse nr. 1325 af 1. december 2010 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. har følgende ordlyd:

”§ 25. Virksomheden skal foretage kontrol af alle væsentlige risikobehæftede opgaver, herunder af:

- 1) Overholdelse af samtlige grænser fastsat af bestyrelsen i henhold til § 7, stk. 1, nr. 3, i de til direktionen givne retningslinjer og grænser i lovgivningen.
- 2) Overholdelse af videregivne beføjelser.
- 3) Dispositioner, hvor virksomheden handler i henhold til fuldmagt fra kunder eller modparter og hvor virksomheden har forpligtet sig til at overholde grænser for risici, herunder placeringsgrænser.
- 4) Dispositioner, hvor virksomheden har forpligtet sig til at overholde grænser for risici aftalt med modparter, for eksempel i rammeaftaler om handel med finansielle instrumenter.

5) Andre opgaver, som af anden årsag kan medføre væsentlige økonomiske eller andre væsentlige risici for virksomheden, herunder disponering af virksomhedens konti og opgaver i forbindelse med fremskaffelse eller udarbejdelse af grundlag for regnskab og fastsættelse af virksomhedens individuelle solvensbehov.

Stk. 2. Kontrol skal udføres af en anden enhed end den, der har udført opgaven, jf. § 12. § 12 finder dog ikke anvendelse på kontroller, der har karakter af afstemning, overvågning af om forretningsgange overholdes, fejlfinding eller lignende. Sådanne kontroller kan derfor foretages af personer i samme organisatoriske enhed, med mindre dette i det konkrete tilfælde ikke er betryggende.

Stk. 3. Kontroller omfattet af stk. 1 og 2 skal foretages med passende intervaller, afhængigt af virksomhedens størrelse, den enkelte risikos væsentlighed og størrelse set i forhold til virksomhedens forretningsmodel, aktivitetsområde, kompleksiteten af de pågældende risici og virksomhedens kapitalforhold. Kontrollerne skal, hvor der løbende sker dispositioner hen over dagen, omfatte overholdelse af grænser intra-dag. Intra-dag kontroller kan, hvor dette er forsvarligt, foretages på stikprøvebasis.

Stk. 4. [...]”

Følgende fremgår af § 11 i bekendtgørelse nr. 428 af 9. maj 2007 om de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af virksomhed som værdipapirhandler (herefter § 72-bekendtgørelsen):

”§ 11. Værdipapirhandleren skal, for at beskytte kundernes rettigheder i forbindelse med finansielle instrumenter og midler, der tilhører dem,

- 1) føre de registre og konti, der er nødvendige for at sikre, at værdipapirhandleren til enhver tid straks kan sondre mellem de aktiver, værdipapirhandleren opbevarer for en kunde, de aktiver, værdipapirhandleren opbevarer for andre kunder, og værdipapirhandlerens egne aktiver,
- 2) regelmæssigt foretage afstemninger mellem egne interne konti og registre og de konti og registre, der føres af tredjemand, som opbevarer de pågældende aktiver,
- 3) sikre, at kundernes finansielle instrumenter, som deponeres hos tredjemand i henhold til § 12, holdes adskilt fra finansielle instrumenter, der tilhører værdipapirhandleren eller tredjemand, og
- 4) have passende organisatoriske ordninger for at begrænse risikoen for tab eller forringelse af kunders aktiver eller af rettigheder, der er knyttet til disse aktiver, som følge af misbrug af aktiverne, svig, dårlig administration, utilstrækkelig registrering eller forsømmelighed.”

2.4. Inddragelse af tilladelse som fondsmæglerselskab

§ 224, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed har følgende ordlyd:

”§ 224. Finanstilsynet kan endvidere inddrage tilladelsen til at drive virksomhed som pengeinstitut, realkreditinstitut, fondsmæglerselskab, investeringsforvaltningsselskab og forsikringsselskab,

- 1) hvis den finansielle virksomhed gør sig skyldig i grove eller gentagne overtrædelser af denne lov, lov om værdipapirhandel m.v. eller lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. eller regler udstedt i medfør af disse love,

- 2) hvis den finansielle virksomhed ikke opfylder kravene i kapitel 3, jf. dog § 124, stk. 2, nr. 2, og stk. 3, samt § 125, stk. 2, nr. 2-4,
- 3) hvis virksomhed som finansiell virksomhed ikke påbegyndes senest 12 måneder efter, at Finanstilsynet har meddelt virksomheden tilladelse, eller
- 4) hvis der ikke udøves finansiell virksomhed i en periode på over 6 måneder.”

Det fremgår i den forbindelse af bemærkningerne til lov nr. 453 af 10. juni 2003 (L 176):

”Inddragelse af tilladelse kan blive aktuel, når blot én af ovenfor nævnte situationer indtræder.”

2.5. Forretningsorden for Det Finansielle Virksomhedsråd

Det fremgår af § 9 i bekendtgørelse nr. 1380 af 10. december 2010 om forretningsorden for Det Finansielle Virksomhedsråd:

”§ 9. Finanstilsynet udarbejder i de § 4, nr. 1, litra a og b, samt nr. 2, litra b og c, nævnte sager et begrundet udkast til afgørelse, som sendes i partshøring, inden sagen forelægges for rådet. Fristen for afgivelse af udtalelse skal udgøre mindst 3 uger, medmindre sagen allerede har været forelagt rådet.

Stk. 2. Udkastet til rådets afgørelse skal indeholde en indstilling vedrørende offentliggørelse, herunder om der findes at være oplysninger, der skal undtages fra offentliggørelse. Såfremt det indstilles, at afgørelsen skal offentliggøres, vedlægges et udkast til afgørelsen, som den påtænkes offentliggjort. Virksomheden har mulighed for i sit høringssvar at angive, hvilke oplysninger der efter virksomhedens opfattelse eventuelt bør fjernes fra udkastet til afgørelsen, som den påtænkes offentliggjort, inden den offentliggøres.

Stk. 3. Hvis høringssvaret bringer nye oplysninger frem, der medfører ændringer i Finanstilsynets udkast til afgørelse, vil ændringerne blive indarbejdet i det endelige udkast til afgørelse, som forelægges rådet, og som sendes til parten, jf. § 355 i lov om finansiell virksomhed. Dette gælder dog ikke, hvis høringen fører til væsentlige ændringer til ugunst for parten. I så fald sendes udkastet til afgørelse i fornyet høring.

Stk. 4. Retten til partshøring kan indskrænkes eller helt bortfalde, hvis sagen er af særlig hastende karakter. Retten til partshøring kan ligeledes indskrænkes eller bortfalde, hvis parten anmoder om en hurtig afgørelse og giver helt eller delvist afkald på partshøring.”

3. Finanstilsynets vurdering

3.1. Finanstilsynets afgørelse

3.1.1. Selskabets overtrædelse af tilladelse som fondsmæglerselskab

I klage af 19. december 2012 erkender selskabet, at selskabet har handlet for egen regning uagtet, at dette krævede tilladelse fra Finanstilsynet. Videre anføres det i klagen, at bestyrelsen den 23. oktober 2012 besluttede, at selskabet straks skulle ophøre med handler for egen regning, men at der ikke er nogen, der har lidt tab ved det passerede. Selskabet anfører endvidere, at Finanstilsynet henset til tilsynets afgørelse af 26. januar

2004 (bilag 18) alene burde havde meddelt K en påtale for de begåede fejl.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at det som anført i Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012 er Finanstilsynets vurdering, at der er foretaget et særdeles omfattende antal handler på selskabets eget depot såvel som på bundthandlsdepotet. Der er således gennemført ca. 2.100 handler for egen regning i perioden fra maj 2011 til oktober 2012. Finanstilsynet finder, at selskabet i væsentlig grad og gentagne gange har foretaget kortsigtede og spekulative forretninger for egen regning med indtil flere køb og salg af samme aktie inden for en dag. Hertil kommer, at selskabet har udnyttet en kreditramme på bundthandlsdepotet stillet til rådighed for selskabet af B AB, hvormed selskabet fik mulighed for intra-dag at foretage køb og salg af værdipapirer til egenbeholdningen for større beløb med henblik på kortsigtede gevinster. Dette indebar betydelige risici for selskabet og var endvidere i strid med bestyrelsens retningslinjer til direktionen, der var videredelegeret til selskabets investeringsdirektør I, der tillige som medlem af bestyrelsen var bekendt hermed. Finanstilsynet finder endvidere, at selskabets forretninger for egen regning udgjorde en afgørende og ikke proportionel andel af selskabets aktiviteter.

Det er Finanstilsynets vurdering, at det var muligt for selskabet, der ikke havde tilladelse til forretninger for egen regning, at placere selskabets basiskapital i værdipapirer omfattet af § 157 i lov om finansiel virksomhed. I forbindelse hermed måtte selskabet foretage de nødvendige handler for at gennemføre placeringen samt foretage de nødvendige omplaceringer. Selskabets placeringer skulle i henhold til Finanstilsynets fortolkning være langsigtede og have ikke-spekulativ karakter. Dette indebar, at selskabet som udgangspunkt kun kunne foretage få handler om året, og der skulle være relativt længe mellem køb og salg af værdipapirerne. Såfremt der foretages hyppige handler, vil der være tale om forretninger for egen regning, jf. bilag 4, Afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed.

I den ovenfor omtalte afgørelse af den 26. januar 2004 (bilag 18) havde det pågældende selskab udført 308 værdipapirhandler vedrørende selskabets basiskapital i løbet af 11 måneder (gennemsnitligt svarende til 28 handler pr. måned). Finanstilsynet afgjorde, at den høje omsætningshastighed måtte betragtes som forretninger for egen regning, og derfor ikke var omfattet af § 157 i lov om finansiel virksomhed. Selskabet skulle derfor enten ansøge om og opnå tilladelse til handel for egen regning eller fastlægge anden investeringspolitik. K har som anført ovenfor foretaget ca. 2.100 handler for egen regning over en periode på 17 måneder (gennemsnitligt svarende til 123 handler pr. måned), hvorfor der ikke kan være nogen tvivl om, at selskabet i groft omfang har overtrådt sin tilladelse og har foretaget forretninger for egen regning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed.

Hertil kommer, at Finanstilsynets fortolkning af § 157 er klarlagt ved afgørelse af 26. januar 2004 vedrørende fondsmæglerselskabers placering af basiskapitalen. Finanstilsynet finder tillige, at det er en skærpende omstændighed, at selskabets direktør H samt selskabets investeringsdirektør

I på møde med Finanstilsynet i forbindelse med selskabets tilladelse specifikt blev gjort opmærksomt på Finanstilsynets fortolkning vedrørende placering af selskabets midler, herunder at der skulle være tale om langsigtede positioner, der ikke var af spekulativ karakter. Det tillægges endvidere vægt, at selskabet i forbindelse med handlerne for egen regning har udnyttet en kreditramme på bundthandlsdepotet stillet til rådighed for selskabet af B AB, og således foretaget gearede investeringer for egen regning, hvilket indebærer betydelige risici for selskabet.

Herudover er det Finanstilsynets vurdering, at den foretagne afvikling af kundeordrer over selskabets bundthandlsdepot kræver i sig selv tilladelse til forretninger for egen regning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed. Dette skyldes, at selskabet ved at afvikle handler over bundthandlsdepotet, der var selskabets eget depot, reelt blev indehaver af værdipapirerne indtil de blev afviklet over for kunderne og efterfølgende blev modpart over for kunderne og dermed udførte handlerne for egen regning. Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ved ordreafgivelsen i bundthandlsdepotet og frem til ordren blev allokeret til kunden påtog sig en modpartsrisiko for egen regning i forbindelse med afviklingen af kundehandlerne, idet selskabet i denne periode løb en risiko for, at handlerne ikke efterfølgende kunne afvikles over for kunden.

Idet selskabet ikke havde tilladelse til forretninger for egen regning, er det på baggrund af ovenstående Finanstilsynets vurdering, at selskabet såvel ved afviklingen på bundthandlsdepotet som ved selskabets omfattende handler for egen regning i groft omfang har overtrådt sin tilladelse, jf. § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Hermed har selskabet påtaget sig risici, der ikke er taget højde for i selskabets tilladelse og dermed minimumskapitalkrav. Endvidere er selskabet påført et tab som følge af den foretagne handel på eget depot, og det er således ikke korrekt som anført i klagen, at der ikke er lidt tab ved det passerede. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at selskabet opererede med svigtende indtjening og i perioden havde foretaget kapitalforhøjelser.

3.1.2. Sammenblanding af selskabets egne og kunders forretninger

I klage af 19. december 2012 har K anført, at selskabet på opfordring fra B AB i begyndelsen af januar 2012 oprettede og afviklede alle dagens handler over et bundthandlsdepot med henblik på at opnå administrative fordele. Endvidere anføres det, at K blot inden kl. 17.45 skulle sende oplysning til depotbanken om, hvorledes dagens handler skulle fordeles på depoterne. Idet depotbanken er en større finansiel virksomhed, havde selskabet ikke betænkeligheder herved. Videre anfører K i klagen, at bundthandlsdepotet på intet tidspunkt har været misbrugt til fordel for K, og at der ikke er nogen kunder, der har lidt tab, hvilket bekræftes af selskabets revisor. De opnåede avancer er fordelt til K's kunder for at undgå tvivl om, hvorvidt K har handlet for kunderne eller K, og revisor har forsigtigt konkluderet, at kunderne faktisk har fået en fordel. Endvidere anføres det i klagen, at K havde kreditrisikoen for bundthandlsdepotet, og at det derfor ikke er korrekt, at Finanstilsynet i afgørelsen anfører, at kunderne blev udsat for risiko for tab, såfremt K blev insolvent med et antal værdipapirer stående på bundthandlsdepotet. Det anføres dog i klagen, at det er indiskutabelt, at K ikke skulle have ventet med at

indsende en fordelingsnøgle til dagens afslutning, men skulle have indsendt denne allerede ved afgivelse af handelsorden, således som det også fremgik af K's egne interne retningslinjer. Endelig henviser K i klagen til Finanstilsynets afgørelse af 15. november 2012 ... vedrørende en sparekasse, hvor en overtrædelse for først at indsende en fordelingsnøgle efter afgivelse af handelsordrer ifølge klagen blot medførte en påtale. Således finder selskabet, at det ville have været mere rimeligt, at Finanstilsynet alene havde meddelt K en påtale for de begåede fejl.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at selskabets ordrer på bundthandelsdepotet både har indeholdt ordrer foretaget for selskabet og ordrer foretaget for kunder, og at der som anført ikke samtidig med afgivelse af ordrer blev fremsendt instruks til B AB om fordeling af ordrene i bundthandelsdepotet. Endvidere blev flere af instrukserne først fremsendt til B AB efter børstid. Selskabet har ikke kunnet dokumentere, at selskabet inden en given handel på bundthandelsdepotet blev gennemført, havde taget stilling til, om handlen var til egenbeholdningen eller blev foretaget på vegne af kunder eller hvilke kunder, de var foretaget på vegne af. Hertil kommer, at der ikke blev foretaget nogen kontrol eller anden godkendelse af investeringsdirektør Is disponeringer for selskabets kunder eller selskabets egenbeholdning inden ordreudførelse. På baggrund heraf er det Finanstilsynets vurdering, at det ikke på det foreliggende grundlag med sikkerhed kan verificeres, at de foretagne handler, der er allokeret til egenbeholdningen, og i januar 2012 har medført en for selskabet betydelig avance, ikke retteligt skulle være allokeret til kunderne. Ligeledes kan det ikke verificeres om handler, der er allokeret til kunderne, retteligt skulle være allokeret til selskabets egenbeholdning. Det tillægges i denne henseende betydning, at samtlige af selskabets egne handler på bundthandelsdepotet har medført en avance for selskabet i modsætning til de foretagne handler på selskabets eget depot, der har ført til flere tab.

Finanstilsynet har ikke som anført i klagen anført i den endelige afgørelse, at kunderne blev udsat for risiko for tab, såfremt K blev insolvent med et antal værdipapirer stående på bundthandelsdepotet. Det er imidlertid Finanstilsynets vurdering, at selskabet, uanset om kunderne har lidt et direkte tab derved eller ej, ikke i tilstrækkelig grad har haft procedurer, der har sikret, at der blev foretaget en korrekt behandling af kundeordrerne, jf. § 27 i bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel. Dette som følge af, at selskabet ikke har foretaget tilstrækkelig registrering af kundeordrerne og endvidere ikke har sikret, at en kundes finansielle instrumenter omgående blev instrueret til den pågældende kundes depot. På baggrund heraf er det Finanstilsynets vurdering, at der er en risiko for, at der ville være foretaget en anden allokering af ordrene, hvis kurserne havde udviklet sig anderledes, idet ordrene først fordeles efter dagens handler er foretaget. Finanstilsynet finder således, at det ikke kan udelukkes, at selskabet har påført kunderne risici uden, at kunderne har fået tildelt den opnåede avance herved. Som følge heraf finder Finanstilsynet, at der er risiko for, at allokeringen af de aggregerede transaktioner for selskabets egen regning med kundeordrerne på bundthandelsdepotet har skadet kundernes interesser i strid med § 29, stk. 1, i bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel.

Selskabet henviser i klagen til Finanstilsynets afgørelse af 15. november 2012 ... I den pågældende sag havde sparekassen i sit ordrehåndterings-system ikke haft procedurer og foranstaltninger, der i tilstrækkeligt omfang sikrede, at kundernes handelsordrer blev registreret og eksekveret omgående og nøjagtigt. Finanstilsynet påtalte således, at selskabet ikke havde haft de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at kundernes ordrer blev afregnet til den kurs, der var gældende på det tidspunkt, hvor sparekassen modtog ordren fra kunden. Dette som følge af, at kundeordrerne i en række tilfælde var blevet eksekveret betydeligt senere, end sparekassen havde registreret at have modtaget ordrene. Der var i den pågældende sag imidlertid ikke tale om sammenblanding af selskabets egne og kunders forretninger på en måde, hvormed det ikke kunne udelukkes, at sparekassen ville have foretaget anden fordeling af ordrene mellem eget depot og kundedepoter afhængig af kursudviklingen i værdipapirerne. Det er endvidere ikke korrekt som anført i selskabets klage, at sagen vedrører en overtrædelse for først at indsende en fordelingsnøgle efter afgivelse af handelsordrer. Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at selskabet ved den manglende registrering af kundeordrer og manglende kontrol ikke foretog den fornødne beskyttelse af kundeaktiver, herunder begrænsede risikoen for tab eller forringelser af kunders aktiver eller af rettigheder, der er knyttet til disse aktiver, som følge af misbrug af aktiverne, svig, dårlig administration, utilstrækkelig registrering eller forsømmelighed, jf. § 11, stk. 1, nr. 4, i § 72-bekendtgørelsen.

3.1.3. Mangelfulde interne kontroller

I klage af 19. december 2012 har K anført, at K's direktør H har udført kontroller i K såvel ugentligt, månedligt og kvartalsvis, og at direktøren tillige varetog compliancefunktionen. I klagen anføres det, at det havde været mere rimeligt, at Finanstilsynet havde meddelt selskabet påbud om at rette ind inden en given frist.

Hertil skal Finanstilsynet anføre, at direktør Hs kontrol i selskabet har fokuseret på overholdelse af kunders mandater og ikke på, om selskabets tilladelse blev overholdt, eller om kundernes handler blev gennemført på en korrekt måde. Det er således Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har foretaget den nødvendige kontrol af alle væsentlige risikohæftede opgaver, jf. § 25 i bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. Der er sket et meget stort antal handler, og det var muligt for direktør H at foretage kontroller af såvel de mange handler for selskabets egen regning, som af handler med selskabets egne værdipapirer over det depot, der anvendes til kundehandler. Det er desuden Finanstilsynets vurdering, at det af den rapportering, der tilgik bestyrelsen, har kunnet udledes, at der blev foretaget et stort antal handler i strid med selskabets tilladelse. Bestyrelsen og direktionen reagerede ikke herpå, og bestyrelsen og direktionen overlod i høj grad disponeringerne i selskabet til øvrigt bestyrelsesmedlem og storaktionær I, der ikke alene handlede i strid med selskabets interne retningslinjer, men tillige i strid med den finansielle lovgivning. I har således som storaktionær, bestyrelsesmedlem og investeringsdirektør reelt styret selskabet.

3.2. Finanstilsynets sagsbehandling

K klager over Finanstilsynets sagsbehandling i forbindelse med den trufne afgørelse. Det anføres, at selskabets bestyrelsesformand G og selskabets direktør H af egen drift havde rettet henvendelse til og afholdt møde med Finanstilsynet den 31. oktober 2012, hvor de fremsatte anmodning om inddragelse af K's tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, og at baggrunden herfor var at varetage egne interesser, hvilket måske i sidste ende var medvirkende til, at Finanstilsynets afgørelse ikke er i overensstemmelse med normal praksis.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at G oplyste på mødet, at det var hans vurdering, at der ikke var grundlag for at opretholde selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, men at den øvrige bestyrelse ikke var enig heri, hvorfor han øjeblikkeligt havde trukket sig fra bestyrelsen. Den 13. november 2012 modtog Finanstilsynet en anmodning fra H og I om inddragelse af selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. Denne anmodning blev efterfølgende tilbagekaldt af selskabets bestyrelse bestående af I og N, og er ikke tillagt betydning i forbindelse med Finanstilsynets afgørelse.

K anfører endvidere, at den tilbageværende ledelse ved fax af 2. november 2012 forgæves anmodede Finanstilsynet om et møde for at drøfte selskabets planer om en ny ledelse i selskabet samt tiltag til imødegåelse af kritikken fra Finanstilsynet. Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at anmodningen herom først blev modtaget ved genfremsendelse ved e-mail af 7. november 2012, og selskabet i høringsbrev af 8. november 2012 er anmodet om at fremkomme med sine bemærkninger til Finanstilsynets udkast til afgørelse. Hertil kommer, at Finanstilsynet den 9. november 2012 forgæves forsøgte at kontakte selskabets tidligere advokat, og at Finanstilsynet den 13. november 2012 modtog anmodning fra selskabet om inddragelse af selskabets tilladelse. Denne blev som anført ovenfor tilbagekaldt den 14. november 2012, og Finanstilsynet imødekom i denne forbindelse selskabets anmodning om udskydelse af høringsfristen vedrørende Finanstilsynets udkast til afgørelse til den 16. november 2012.

Selskabet anfører ligeledes i klagen, at Finanstilsynet tilsidesatte § 9, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 1380 af 10. december 2010 om forretningsordenen for Det Finansielle Virksomhedsråd, idet K ikke fik en frist på tre uger til partudtalelse. Hertil skal Finanstilsynet anføre, at høringsfristen i høringsbrev af 8. november 2012 som nævnt ovenfor grundet sagens alvorlige og særlig hastende karakter var forkortet til den 13. november 2012, jf. § 9, stk. 4, i bekendtgørelsen. Efter høringsfristens udløb imødekom Finanstilsynet selskabets anmodning om udskydelse af fristen til den 16. november 2012. Selskabets høringssvar af 16. november 2012 førte ikke til væsentlige ændringer i Finanstilsynets endelige udkast til afgørelse til ugunst for selskabet, hvorfor udkastet til afgørelse ikke blev sendt i fornyet høring inden forelæggelse for Det Finansielle Virksomhedsråd den 19. november 2012, jf. § 9, stk. 3, i bekendtgørelse om forretningsordenen for Det Finansielle Virksomhedsråd. Finanstilsynet kunne imidlertid ikke imødekomme selskabets anmodning om at udskyde forelæggelse af Finanstilsynets udkast til afgørelse til et efterfølgende rådsmøde under

henvisning til sagens hastende karakter, at selskabet allerede i høringsbrev af den 8. november 2012 var oplyst om, at sagen ville blive behandlet på rådsmødet den 19. november 2012, og at selskabet havde mulighed for at få foretræde for rådet.

Endvidere har selskabet i klagen anført, at selskabet fremsendte sine bemærkninger til Finanstilsynets endelige indstilling til formanden og næstformanden for Det Finansielle Virksomhedsråd den 21. november 2012, samme dag som Finanstilsynet sendte endelig afgørelse til selskabet. På baggrund heraf anfører selskabet, at det er tvivlsomt, om rådet overhovedet har læst og taget stilling til selskabets bemærkninger. Hertil skal Finanstilsynet anføre, at selskabets henvendelse blev modtaget af formanden og næstformanden for Det Finansielle Virksomhedsråd, men at henvendelsen ikke gav rådet anledning til ændret vurdering af sagen, hvilket blev meddelt advokat A i e-mail af 21. november 2012.

4. Konklusion

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at K, der ikke havde tilladelse til forretninger for egen regning, i groft omfang overtrådte sin tilladelse, og at dette har påført selskabet væsentlige risici samt resulteret i et samlet tab på egenbeholdningen. Hertil kommer, at der er risiko for, at selskabets handler på bundthandelsdepotet samt allokeringen heraf har været til skade for kundernes interesser, og at selskabet således potentielt udsatte sine kunder for tab eller mistede avancer ved at handle egne værdipapirer over bundthandelsdepotet og ved ikke at fordele handler til kunder straks efter handelen. Endelig var selskabets interne kontroller yderst mangelfulde, idet overtrædelserne udført af investeringsdirektør I, der tillige er medlem af selskabets bestyrelse og i besiddelse af en kvalificeret andel på 49,95 pct. i selskabet, enten ikke blev opdaget af ledelsen, eller at ledelsen ikke reagerede på informationer om, at overtrædelserne fandt sted.

Det er således Finanstilsynets vurdering, at overtrædelserne i K var af en sådan karakter, at der ikke var grundlag for at opretholde selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, og at eneste relevante reaktion var inddragelse af selskabets tilladelse. På baggrund heraf fastholder Finanstilsynet afgørelsen om, at selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab skulle inddrages, jf. § 224, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, idet selskabet har gjort sig skyldig i grove overtrædelser af lov om finansiel virksomhed.
...”

I skrivelse af 13. februar 2013 har advokat A yderligere anført:

” ...

Finanstilsynets svarskrift bekræfter kun det anførte i klagen om, at der er tale om en meget usædvanlig sag og sagsforløb, som især skyldes ensidige, urigtige, ufyldestgørende og ikke efterprøvede informationer fra selskabets fratrådte bestyrelsesformand og bortviste direktør, som gav Finanstilsynet en fejlagtig opfattelse af K's drift og forretningsgange, og som heller ikke havde opfyldt sine forpligtigelser overfor selskabet. Dis-

se oplysninger var i høj grad medvirkende til, at Finanstilsynet foretog en overreaktion i sagen.

Sagsforløb

Finanstilsynets beskrivelse af sagsforløbet giver anledning til følgende supplerende bemærkninger:

Finanstilsynet anfører ... i svarskriftet, at høringsfristen var forkortet grundet sagens alvorlige og særlig hastende karakter.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 1) til at påvise, hvoraf det fremgår, at høringsfristen var forkortet.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 2) til at uddybe og begrunde, hvorfor sagen efter Finanstilsynets opfattelse var alvorlig og af særlig hastende karakter.

Det skal herved særligt bemærkes, at selskabets handel for egen regning var ophørt, at selskabets brug af bundhandelsdepotet efter anbefaling fra den børsnoterede depotbank var ophørt 7 måneder forinden og at det blev i øvrigt kun brugt i en kort periode (4 uger) overfor selskabets på daværende tidspunkt beskedne antal kunder og uden tab. Endelig var selskabet klar med en ny ledelse og havde taget initiativ til forbedring af selskabets kontrolmiljø i samråd med selskabets revisor.

Notatet fra Finanstilsynet af 29. oktober 2012 fra mødet mellem Bestyrelsesformanden og direktøren fra K og Finanstilsynet ... giver heller ikke indtryk af, at sagen var af hastende karakter. Det fremgår således af sidste afsnit, at "selskabet blev anmodet om, at indsende depotoversigt vedr. bundhandelsdepotet og samtlige kundedepoter samt instrukser til B".

På side 2 i svarskriftet beskriver Finanstilsynet en henvendelse fra advokat J fra L.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 3) til at oplyse om det bestrides, at Finanstilsynet har modtaget en telefax af 2. november 2012 fra den nævnte advokat.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 4) til at oplyse om forløbet på 7 dage fra Finanstilsynets modtagelse af telefaxen den 2. november 2012 til Finanstilsynets telefoniske kontakt til advokaten den 9. november 2012 har været betryggende efter Finanstilsynets opfattelse, ikke mindst set i lyset af Finanstilsynets egen vurdering af sagen, som beskrevet overfor.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 5) til at fremlægge dokumentation for, at Finanstilsynet prøvede at kontakte advokaten d. 9. november 2012 og herudover redegøre for hvorfor det ikke lykkedes Finanstilsynet at skabe kontakt.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 6) til at oplyse om Finanstilsynet ved den telefoniske henvendelse den 9. november 2012 var indstillet på

afholdelsen af et møde samt oplyse, hvorfor Finanstilsynet kort tid efter afviste fremsat anmodning om afholdelsen et møde.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 7) til at oplyse, hvorfor Finanstilsynet den 8. november 2012 udarbejdede et udkast til en indstilling, der alene var baseret på oplysninger fra en fra-trådt bestyrelsesformand og bortvist direktør, når selskabets advokat forinden havde fremsat anmodning om et møde.

På side 3 i svarskriftet anfører Finanstilsynet, at Det Finansielle Virksomhedsråd traf beslutning om, at afgørelsen skulle behandles på skriftligt grundlag, og at Det Finansielle Virksomhedsråd den 21. november 2012 (mindre end 1 ½ døgn efter mødet i rådet) var enige i Finanstilsynets indstilling. Det herved særligt bemærkes, at Finanstilsynets indstilling ikke indeholdt en retvisende beskrivelse af såvel de faktiske som juridiske forhold med det resultat, at afgørelsen også er truffet på et ikke retvisende grundlag.

Henvendelsen fra selskabet til formanden og næstformanden for Det Finansielle Virksomhedsråd kom desværre først frem til efter at Det Finansielle Virksomhed havde truffet sin afgørelse, hvorfor henvendelsen selvsagt ikke gav anledning til en ændret vurdering af sagen.

Finanstilsynets svarskrift efterlader fejlagtigt indtryk af, at henvendelsen blev rundsendt til rådsmedlemmerne, og at rådet først derefter traf sin beslutning. Imidlertid var dette ikke tilfældet.

Ad. 1.1.1. Oprettelse af samt handel for egen regning på bundthandelsdepotet.

Finanstilsynets beskrivelse under dette afsnit indeholder i to helt forskellige beskrivelser. Først de fejlagtige beskrivelser fra selskabets fratrådte bestyrelsesformand og bortviste direktør og dernæst de korrekte beskrivelser fra selskabets investeringsdirektør og uddrag af høringssvaret af 16. november 2012.

Endelig har Finanstilsynet heller ikke i svarskriftet – ligesom det heller ikke var tilfældet i indstillingen til Det Finansielle Virksomhedsråd – refereret erklæringen fra selskabets statsautoriserede revisor, der var vedlagt selskabets høringssvar af 16. november 2012, og som er helt uenig i Finanstilsynets vurdering af sagen også dette forhold. For fremhævelsen skyld vedlægges denne erklæring sammen med dette brev ...

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 8) til at oplyse, hvorfor Finanstilsynet ikke har taget stilling til og refereret erklæringen fra selskabets revisor i såvel indstilling til Det Finansielle Virksomhedsråd som i svarskriftet.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 9) til at oplyse om den manglende stillingtagen og referat af erklæringen er i overensstemmelse med god sagsbehandlingsskik.

Finanstilsynet anfører i svarskriftet ... at bestyrelsesformand G d. 31. oktober 2012 kontaktede Finanstilsynet og anmodede om endnu et møde, og på hvilket tidspunkt han i øvrigt var fratrådt, og derfor ikke længere repræsenterede selskabet. Han oplyste på mødet, at der ved gennemgang af handlerne på bundhandelsdepotet helt tilbage i januar 2012 var ”fundet” yderligere 5 handelsdage, som ikke havde været med i den første opgørelse som Finans-tilsynet var blevet gjort bekendt 2 dage før nemlig d. 29.10.2012.

Som følge heraf var det det bestyrelsesformand Gs vurdering, at der ikke var grundlag for at opretholde selskabets tilladelse. Der henvises herved til notat udarbejdet af Finanstilsynet af 31. oktober 2012 ... Dette meddelte han helt for egen regning og uden om bestyrelsesbeslutning vedtaget samme dag. Grunden til at de 5 handelsdage ikke var med i første opgørelse over handel på bunddepotet skyldtes udelukkende IT tekniske problemer, som der er redegjort for overfor Finanstilsynet og bestyrelsen.

Bestyrelsesformanden mente således, at forholdet omkring handler på bundhandelsdepotet drøftet 2 dage forinden d. 29-10-2012, nu var af en sådan karakter på grund af 5 yderligere handelsdage til i alt 1 måned med handelsdage på bundhandelsdepotet, at det efter hans vurdering måtte betyde at selskabets tilladelse skulle inddrages. Man kunne godt foranlediges til at tro, at han kunne have et andet motiv til denne drastiske og helt uberettigede udmelding.

Motivet kunne være at stå sig godt overfor Finanstilsynet for at bevare sin Fit & prober godkendelse, som han havde brug for i forhold til sin rolle som bestyrelsesformand i en anden finansiel virksomhed (bank). Han havde ikke levet op til sit ansvar som formand for K herunder foretaget de relevante løbende kontroller af direktionens arbejde og selskabets virke.

Ad. 1.1.2 Selskabets handler på eget depot

Jeg skal her gentage mine ovennævnte bemærkninger om Finanstilsynets manglende stillingtagen og referat af erklæringen fra selskabets revisor, der modsiger Finanstilsynet opfattelse.

Finanstilsynet konstaterer under dette afsnit om selskabets handel for egen regning, at selskabet havde foretaget 2 kapitalforhøjelser, hvilket ikke har noget som helst med hinanden at gøre.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 10) til at bekræfte, at selskabets kapitalforhøjelser ikke havde nogen sammenhæng til selskabets handel for egen regning.

Ad. 1.1.3 Selskabets organisation og interne kontroller

Jeg skal også her gentage mine ovennævnte bemærkninger om Finanstilsynets manglende stillingtagen og referat af erklæringen fra selskabets revisor.

Ad. 2.1. Forretninger for egen regning

Finanstilsynets beskrivelse af FIL § 157 er ikke fyldestgørende og medvirker til at skabe et fejlagtigt billede af den juridiske position.

I 1995 blev der vedtaget en ny lov om Fondsmæglerselskaber, der navnlig havde til formål, at implementere EU's Investerings servicedirektiv og kapitalkravsdirektiv.

Ved denne lov fik fondsmæglerselskaber nu mulighed for at kunne foretage handler i visse typer værdipapirhandler for egen regning, såfremt selskabet opfyldte nærmere angive kapitalkrav. Der var herved tale om en liberalisering af lovgivningen.

I hovedtræk blev denne mulighed videreført i Lov om Finansiell Virksomhed, og i øvrigt sidenhen udvidet til at omfatte flere typer af værdipapirhandler. Finanstilsynet udsteder en tilladelse til handel for egen regning, såfremt selskabet opfylder lovens kapitalkrav.

Såfremt et fondsmæglerselskab derfor har til hensigt at handle for egen regning skal det enten søge om tilladelse til at handle for egen regning eller undlade at handle for egen regning, jfr. således som det også fremgår af Finanstilsynets afgørelse fra 2004, som ikke var retvisende refereret af Finanstilsynet i denne sag.

Finanstilsynet foretager herefter i svarskriftet en gennemgang af de typer af handler, der ikke er omfattet af FIL § 157, men dette er helt uden interesse for denne sagen, for selskabet har alene foretaget handler, der er omfattet af FIL § 157.

Selskabet i denne sag erkender, at selskabet ikke efter FIL § 157 har søgt om den nødvendige tilladelse til handel for egen regning, selvom selskabets aktionærer uden problemer kunne have indskudt den nødvendige kapital, og at selskabet i en periode har handlet egen regning uden tilladelse.

Om selskabet har foretaget mange eller få handler for egen regning uden tilladelse, om handlerne har været af den ene eller anden type eller om beløbene har været høje eller lave, er juridisk set helt uden betydning for bedømmelsen af overtrædelsen. Det er afgørende er alene, at selskabet har handlet for egen regning uden tilladelse.

Finanstilsynet udvidende og skærpene fortolkning af FIL § 157 efter afgørelsen fra 2004 ses ikke at have hjemmel i loven eller dens forhistorie.

Finanstilsynet fremfører i svarskriftet på s 12 afsnit 2, at Finanstilsynet i senere sager har fortolket FIL § 157 således, at fondsmæglerselskabets placering skal være langsigtet og have ikke spekulativ karakter, såfremt selskabet ikke har tilladelse til forretning for egen regning

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 11) til at give en kort og retvisende beskrivelse af alle disse senere sager samt oplyse om sanktionerne.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 12) til at redegøre for sanktionspraksis i de andre EU-lande ved handler for egen regning uden tilladelse samt EU-kommissionens holdning til samme spørgsmål.

Ad. 3.1.1.

Finanstilsynet anfører fremfører i svarskriftet på s. 17 afsnit, at ”Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ved ordreafgivelse i bundhandelsdepotet og frem til ordren blev allokeret til kunden påtog sig en modparts risiko for egen regning i forbindelse med afviklingen af kunde-handlen, idet selskabet i denne periode løb en risiko for, at handlerne ikke efterfølgende kunne afvikles overfor kunden”.

Finanstilsynets vurdering er simpelthen helt forkert. Før der blev lagt en ordre i bundhandelsdepotet blev der altid først i Client Manager Systemet kontrolleret for hvilke kunder der kunne foretages indkøb for, hvilke aktier der kunne købes til kunder i henhold til risikoprofil og for hvilket beløb der kunne købes. Ovenstående forhold er således på forhånd vurderet og der blev først herefter lagt ordre ind på dette grundlag.

Ad. 3.1.2

Finanstilsynet anfører i svarskriftet på side 19, afsnit 1 om afgørelsen af 15. november 2012 vedrørende O, at der i den pågældende sag ikke var tale om en sammenblanding af selskabets og kundernes forretninger på en måde, hvormed det ikke kunne udelukkes, at sparekassen ville have foretaget en anden fordeling af ordrene mellem eget depot og kundedepoter afhængig af kursudviklingen i værdipapirerne”.

Af Finanstilsynets undersøgelsesrapport af 21.11.2012 ... fremgår det, at Finanstilsynet havde indhentet datamateriale for perioden 2008-2011 ved kundehandler med sparekassens egne aktier og handler med flere C 20 aktier.

Det fremgår videre, at det af Sparekassens handelslog over kundehandler med O aktier (bankens egne aktier – banken er således modpart) fremgår, at kundeordre i flere tilfælde er blevet eksekveret betydelig senere, end at sparekassen havde registreret at have modtaget ordren. Dette gælder for handlerne foretaget d. 1.7.2008, hvoraf der for hovedparten af handlerne er gået flere timer mellem ordremodtagelse og eksekvering (handel).

Yderligere har Finanstilsynet kunnet konstatere, at der ikke er registreret noget ordremodtagelsestidspunkt for en stor del af ordrene, som er udtaget til undersøgelsen. Det er dermed ikke muligt at konstatere, om handlerne er eksekveret i et rimeligt tidsrum efter ordremodtagelse.

Kunderne er således ikke blevet sikret, at der er blevet købt sparekassens egne aktier til den rette kurs, da der ikke er noget ordretidspunkt. For den udeforstående må det alt andet lige betyde, at Sparekassen selv kan vælge en pris de vil afregne kunden for indenfor dagens handelsinterval, hvilket er en skærpende omstændighed i forhold til situationen med K, der altid har handlet i markedet til best execution på et givet tidspunkt.

Man kan således konkludere, at Finanstilsynets vurdering ikke er korrekt, og at der i høj grad er tale om sammenblanding af sparekassens og kundernes forretninger på en måde, hvormed det ikke kan udelukkes, at sparekassen kunne have foretaget en anden fordeling af ordrene mellem eget depot og kundedepoter afhængig af kursudviklingen i værdipapirerne.

Finanstilsynet foretog en yderligere undersøgelse af Os kundehandler med henblik på at vurdere, om det alene var uregelmæssigheder, som gjorde sig gældende i forhold til handel med Os egne aktier eller om det var et generelt problem. Den efterfølgende undersøgelse for en række udvalgte aktier i C20 indekset (de 20 største aktier i det danske indeks) viste at kun 1 ud af 26 kundehandler var håndteret korrekt i forhold handelstidspunkt og ordreafgivelsestidspunkt

Det er korrekt, at K – ligesom O - ikke har haft tilstrækkelige procedurer, der har sikret, at der blev foretaget en korrekt behandling af kundeordrene. Imidlertid har K's få kunder kun været berørt af denne procedurefejl i en kort periode på 4 uger, medens procedurefejlen i O stod på i mere end 3 år.

I O fandt overtrædelserne med manglende straks-allokering af værdipapirer til kunderne sted i en periode på mindst 3 år, og kun under 4 % af kundehandler var håndteret korrekt i forhold handelstidspunkt og ordreafgivelsestidspunkt. Der var herudover i mange tilfælde slet ikke registreret et ordretidspunkt, hvorfor der således var stor risiko for, at en allokering af værdipapirer fra banken til kunderne var sket på bekostning af kunderne da banken var modpart i forbindelse med bankens salg af egne aktier

Da O allerede havde rettet op på de utilstrækkelige ordrehåndteringsprocedurer, fandt Finanstilsynet ikke anledning til at foretage sig yderligere i sagen.

I sagen med K havde K ligeledes rettet op på de utilstrækkelige ordrehåndteringsprocedurer, der kun havde stået på i 4 uger, og helt tilbage i begyndelsen af 2012, ligesom K også var ophørt med al handel for egen regning (dvs. selv opdaget fejlen og korrigeret fejlen), men her fandt Finanstilsynet at K havde gjort sig skyldig i grove overtrædelser af den finansielle lovgivning og som følge heraf skulle have inddraget sin tilladelse.

Som en side bemærkning kan oplyses, at den gevinst som K opnåede i de 4 uger, der blev handlet på bundhandelsdepotet, efterfølgende pr. kulance er blevet betalt til kunderne, uagtet er de ikke var berettiget hertil og selskabet statsautoriserede revisor konkluderede, jfr. Bilag B, at kunderne faktisk ikke var berettiget til dette, og at de faktisk opnåede en fordel i forbindelse med det passerede.

Ad. 3.1.3.

Finanstilsynet anfører i svarskriftet på side 19 afsnit 3, at selskabets bortviste direktør Hs kontrol af selskabet havde fokuseret på overholdel-

se af kundernes mandater og ikke på, om selskabets tilladelse blev overholdt, eller om kundernes handler blev gennemført på en korrekt måde.

Det er ganske enkelt ikke korrekt, at direktørens kontrol var fokuseret på overholdelse af kundernes mandater og ikke på om selskabets tilladelse blev overholdt. Denne opfattelse må være baseret på direktørens udtalelse, som han mod bedrevidende har fremført, nemlig at han ikke har kendt de mange handler og handel på bunddepotet.

Der skal herved henvises til den vedlagte af direktøren underskrevet erklæring af 8 marts 2012 ... hvoraf det klart fremgår, at direktøren fuldt ud var bekendt med selskabets handler for egen regning, hvor handelsrammen udvides betydeligt over dagen, og at direktørerne vil føre en daglig log af kontrollen, og at denne vil blive medtaget på bestyrelsesmøderne.

Der skal også henvises til ... e-mail fra selskabets Statsautoriserede revisor ... der overfor P fra Finanstilsynet bekræfter at direktøren H var bekendt med og havde udført kontrol af værdipapirer på egen beholdningen i 2011.

Endelig henvises til vedlagte udskrift af selskabets regler for Compliance ... hvoraf det fremgår, at direktøren havde ansvaret for Compliance, herunder kontrol af love og bestemmelser overholdes, forretningsgange og interne politikker efterleves. Dette rapporteres som et fast punkt på alle bestyrelsesmøder.

Finanstilsynet anfører i svarskriftet ... at det var I, der som storaktionær, bestyrelsesmedlem og investeringsdirektør, reelt styrede selskabet. En sådan udtalelse forekommer søgt, giver ikke mening, og den er i øvrigt heller ikke korrekt.

Bestyrelsesformanden var ansat under forudsætning af nogle kvalifikationer, som desværre viste sig ikke at holde stik. Bestyrelsesformanden, der var advokat, og sad som bestyrelsesformand i en anden finansiel virksomhed (bank), lod sig ikke styre af en storaktionær i et lille fondsmæglerselskab. Han gav også selv udtryk for, at han var et professionelt bestyrelsesmedlem, og bestyrelsesmedlem i mange andre virksomheder.

Tilsvarende havde direktøren mange års erfaring fra branchen som selvstændig fondsmægler, og han blev ansat for hans faglige baggrund og fordi der var en forventning om, at han kunne varetage en sådan stilling. Det vurderes, at de begge er selvstændigt tænkende personer og derfor naturligvis ikke lader sig styre på noget niveau.

Finanstilsynets anfører i svarskriftet ... at det var Finanstilsynets vurdering, at K ved ikke at have tilladelse til forretninger for egen regning, i groft omfang havde overtrådt sin tilladelse, og at det havde påført selskabet væsentlige risici samt resulteret i et samlet tab på egen beholdningen. Hertil kom, at der var risiko for, at selskabets handel på bunddepotet samt allokering heraf havde været til skade for kundernes interesse, og at selskabet således potentielt havde udsat sine kunder for tab eller mistede

avancer ved at handle egne værdipapirer over bundhandlsdepotet og ved ikke at fordele til kunder straks efter handlen.

Konklusionen og dermed inddragelse af tilladelse til at drive fondsmæglerselskab baserer sig således på, at K har handlet for meget på egen beholdning, og at der har været en risiko for, altså en hypotetisk betragtning, at selskabets handler på bundhandlsdepotet samt allokering, har været til skade for kunderne.

Som det fremgår af ovennævnte og af den indsendte klagen er der ikke grundlag for Finanstilsynets vurdering af sagen, og der er heller ikke grundlag for inddragelsen af selskabets tilladelse.

I forhold til antallet af handler har K fremlagt dokumentation for, at en analog sag udelukkende gav den pågældende fondsmægler et påbud og ingen yderligere sanktioner, ikke en gang administrativ bøde.

I øvrige skal jeg fastholde det anførte i den indsendte klage.
...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 11. marts 2013 bemærket:

”...

1. Supplerende bemærkninger vedrørende sagsforløb

K har i sin replik af 13. februar 2013 anført en række opfordringer til Finanstilsynet i relation til tilsynets sagsbehandling, herunder anmodet Finanstilsynet om at påvise hvoraf det fremgår, at høringsfristen var forkortet samt uddybe og begrunde, hvorfor sagen efter Finanstilsynets opfattelse var alvorlig og af særlig hastende karakter.

Som anført i Finanstilsynets svarskrift af 14. januar 2013 er det Finanstilsynets vurdering, at K, der ikke havde tilladelse til forretninger for egen regning, i groft omfang overtrådte sin tilladelse, og at dette har påført selskabet væsentlige risici samt resulteret i et samlet tab på egenbeholdningen. Hertil kommer, at der er risiko for, at selskabets handler på bundthandlsdepotet samt allokeringen heraf har været til skade for kundernes interesser, og at selskabet således potentielt udsatte sine kunder for tab eller mistede avancer ved at handle egne værdipapirer over bundthandlsdepotet og ved ikke at fordele handler til kunder straks efter handlen. Endelig var selskabets interne kontroller yderst mangelfulde, idet overtrædelserne udført af investeringsdirektør I, der tillige er medlem af selskabets bestyrelse og i besiddelse af en kvalificeret andel på 49,95 pct. i selskabet, enten ikke blev opdaget af ledelsen, eller at ledelsen ikke reagerede på informationer om, at overtrædelserne fandt sted. Det er således Finanstilsynets vurdering, at overtrædelserne i K var af en sådan alvorlig karakter, at der ikke var grundlag for at opretholde selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, og at eneste relevante reaktion var inddragelse af selskabets tilladelse.

Som følge heraf var høringsfristen – som anført i Finanstilsynets svarskrift af 14. januar 2013 – grundet sagens alvorlige og særlige hastende

karakter forkortet til den 13. november 2012, jf. § 9, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 1380 af 10. december 2010 om forretningsorden for det Finansielle Virksomhedsråd. Høringsfristen fremgik af høringsbrevet af 8. november 2012, jf. bilag 4, hvori det tillige blev oplyst, at Finanstilsynet forventede at forelægge det endelige udkast til afgørelse for Det Finansielle Virksomhedsråd på rådets møde den 19. november 2012, og at K kunne afgive et kort mundtligt indlæg for Det Finansielle Virksomhedsråd i forbindelse hermed.

Som ligeledes anført i Finanstilsynets svarskrift af 14. januar 2013 imødekom Finanstilsynet efter høringsfristens udløb selskabets anmodning om udskydelse af fristen til den 16. november 2012. Selskabets hørings svar af 16. november 2012 førte ikke til væsentlige ændringer i Finanstilsynets endelige udkast til afgørelse til ugunst for selskabet, hvorfor udkastet til afgørelse ikke blev sendt i fornyet høring inden forelæggelse for Det Finansielle Virksomhedsråd den 19. november 2012, jf. § 9, stk. 3, i bekendtgørelse om forretningsorden for Det Finansielle Virksomhedsråd. Finanstilsynet kunne imidlertid ikke imødekomme selskabets anmodning om at udskyde forelæggelse af Finanstilsynets udkast til afgørelse til et efterfølgende rådsmøde under henvisning til sagens hastende karakter, at selskabet allerede i høringsbrev af den 8. november 2012 var oplyst om, at sagen ville blive behandlet på rådsmødet den 19. november 2012, og at selskabet havde mulighed for at få foretræde for rådet.

Endvidere fremkommer K i sin replik af 13. februar 2013 med en række opfordringer til Finanstilsynet i relation til en henvendelse fra advokat J. Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at Finanstilsynet – som anført i Finanstilsynets svarskrift af 14. januar 2013 – den 5. november 2012 blev telefonisk kontaktet af advokat J fra L, der oplyste, at der var blevet sendt en fax til Finanstilsynet den 2. november 2012 på vegne af bestyrelsen i K. Finanstilsynet oplyste advokat J, at denne ikke var modtaget. Advokaten genfremsendte den omhandlede fax pr. e-mail den 7. november 2012, hvori bestyrelsen anmodede om et møde med Finanstilsynet. Herefter forsøgte Finanstilsynet forgæves at træffe advokat J telefonisk den 9. november 2012. Dette med henblik på at oplyse, at Finanstilsynet den 8. november 2012 på baggrund af indsendt og udleveret materiale fra selskabet samt oplysninger på møder med selskabets bestyrelsesformand og direktør havde sendt udkast til afgørelse om inddragelse af K's tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab i høring hos selskabet og således anmodet selskabet om at fremkomme med sine bemærkninger hertil. Som anført ovenfor er det Finanstilsynets vurdering, at overtrædelserne i K var af en sådan alvorlig karakter, at der ikke var grundlag for at opretholde selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, og at eneste relevante reaktion var inddragelse af selskabets tilladelse.

Ved brev af 13. november 2012 modtog Finanstilsynet en anmodning fra selskabets direktør H og bestyrelsesmedlem I om inddragelse af selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. Selskabets direktør H var således ikke bortvist fra selskabet den 8. november 2012 som anført i selskabets replik af 13. februar 2013. Endvidere frem-

går det af e-mail af 10. december 2012 fra advokat A til Erhvervsstyrelsen, at Hs ansættelseskontrakt først blev ophævet pr. 28. november 2012 ...

Den 14. november 2012 blev Finanstilsynet kontaktet af en ny advokat for bestyrelsen i K, advokat A, og modtog efterfølgende samme dag en anmodning om tilbagekaldelse af selskabets anmodning om inddragelse af selskabets tilladelse. Samtidig anmodede selskabet om udskydelse af høringsfristen til den 16. november 2012, hvilket Finanstilsynet imødekom.

Ved brev af 16. november 2012 afgav selskabets advokat A høringssvar vedrørende Finanstilsynets udkast til afgørelse af 8. november 2012 på vegne af selskabets bestyrelse bestående af N og I.

På baggrund heraf udarbejdede Finanstilsynet endeligt udkast til afgørelse, der blev forelagt Det Finansielle Virksomhedsråd på rådets møde den 19. november 2012, hvorefter rådet den 21. november 2012 traf afgørelse om inddragelse af selskabets tilladelse. Som anført modtog rådets formand og næstformand samme dag en henvendelse fra advokat A. Det var imidlertid vurderingen, at henvendelsen ikke gav anledning til en ændret vurdering af sagen.

2. Supplerende bemærkninger vedrørende selskabets overtrædelse af tilladelse som fondsmæglerselskab (handel for egen regning)

Finanstilsynet skal indledningsvist bemærke, at Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012 udover møder med selskabets bestyrelsesformand og direktør henholdsvis den 29. og 31. oktober 2012 tillige er baseret på materiale modtaget fra selskabet, herunder gennemgang af depotoversigter, kopier af e-mails med instruks til B AB fra selskabets investeringsdirektør I om fordeling af de afviklede ordrer i bundthandelsdepotet, uddrag af bestyrelsesprotokollen, månedsrapportering til selskabets bestyrelse fra selskabets direktør H samt selskabets høringssvar af 16. november 2012.

På baggrund heraf er det – som anført i Finanstilsynets svarskrift af 14. januar 2013 – Finanstilsynets vurdering, at der er foretaget et særdeles omfattende antal handler på selskabets eget depot såvel som på bundthandelsdepotet. Der er således gennemført ca. 2.100 handler for egen regning i perioden fra maj 2011 til oktober 2012 (gennemsnitligt svarende til 123 handler pr. måned). Finanstilsynet finder, at selskabet i væsentlig grad og gentagne gange har foretaget kortsigtede og spekulative forretninger for egen regning med indtil flere køb og salg af samme aktie inden for en dag.

K har i sin replik af 13. februar 2013 henvist til en erklæring fra selskabets statsautoriserede revisor Q. Af denne fremgår, at det er revisors vurdering, at det er indiskutabelt, at selskabet har handlet i strid med tilladelsen. Revisor finder imidlertid, at mange handler ikke er ensbetydende med stor risiko og henviser til en gennemsnitlig pengebinding på 571.000 kr. der er investeret i værdipapirer for egne midler i perioden fra

juni 2011 til maj 2012, idet det konkluderes, at selskabet ofte køber og sælger samme dag og ofte inden for få timer.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at revisor ikke forholder sig til risiciene ved de enkelte handler, herunder at selskabet har udnyttet en kreditramme på bundthandlsdepotet stillet til rådighed for selskabet af B AB, hvormed selskabet fik mulighed for intra-dag at foretage køb og salg af værdipapirer til egenbeholdningen for større beløb med henblik på kort-sigtede gevinster. Selskabet havde en kredit på 3 mio. kr. tilknyttet bundthandlsdepotet, som selskabet alene hæftede for. Dette indebar betydelige risici for selskabet og var endvidere i strid med bestyrelsens retningslinjer til direktionen, der var videredelegeret til selskabets investeringsdirektør I, der tillige som medlem af bestyrelsen var bekendt hermed. Eksempelvis har investeringsdirektør I, som anført i Finanstilsynets svarskrift af 14. januar 2013, den 9. januar 2012 på bundthandlsdepotet foretaget køb af 4.000 B-aktier i C A/S kl. 9.06 svarende til en investering på ca. 1,7 mio. kr. Herudover har investeringsdirektør I samme dag foretaget køb af 3.500 B-aktier i D A/S kl. 11.54 svarende til en investering på ca. 2,4 mio. kr. Sidstnævnte blev solgt samme dag i tidsrummet fra kl. 15.27 til kl. 15.34 med en avance på 12.250 kr. Herefter blev der først kl. 16.48 sendt instruks til B AB om fordeling heraf til selskabets egenbeholdning samt instruks om fordeling af de købte B-aktier i C A/S til selskabets kunder. Finanstilsynet konstaterede, at kursen for B-aktier i C A/S var faldet den pågældende dag. Endvidere kan det konstateres, at selskabets investering for egen regning den pågældende dag væsentligt overstiger den af revisor anførte gennemsnitlige pengebinding.

Endvidere bekræfter revisors erklæring, at selskabet har foretaget kort-sigtede og spekulative forretninger for egen regning med indtil flere køb og salg af samme aktie inden for en dag. Finanstilsynet finder således ikke, at revisors erklæring bidrager med nye relevante oplysninger i sagen.

Herudover er det – som anført i Finanstilsynets svarskrift af 14. januar 2013 – Finanstilsynets vurdering, at den foretagne afvikling af kundeordrer over selskabets bundthandlsdepot i sig selv kræver tilladelse til forretninger for egen regning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed. Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet, ved ordreadgivelsen i bundthandlsdepotet og frem til ordren blev allokeret til kunden, påtog sig en modpartsrisiko for egen regning i forbindelse med afviklingen af kundehandlerne, idet selskabet i denne periode løb en risiko for, at handlerne ikke efterfølgende kunne afvikles over for kunden.

K har i sin replik af 13. februar 2013 anført, at ovenstående vurdering er forkert, idet det altid først i Client Manager Systemet blev kontrolleret hvilke kunder, der kunne foretages indkøb for, hvilke aktier der kunne købes til kunder i henhold til risikoprofil, og for hvilke beløb der kunne købes.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at selskabet ved at afvikle handler over bundthandlsdepotet, der var selskabets eget depot, reelt blev indehaver af værdipapirerne, indtil de blev afviklet over for kunderne. Som anført i Finanstilsynets afgørelse af 19. november 2012 har selskabet i

mange tilfælde først efter børstid og flere timer efter ordreafgivelse afsendt instruks til B AB om fordeling af værdipapirerne i bundthandelsdepotet til kunderne. Såfremt der ved afvikling af handelen ikke skulle være plads på kundens depot eller konto, f.eks. som følge af at kunden har lukket kontoen, vil selskabet løbe risikoen for, at handelen ikke kan gennemføres. Af ovenstående fremgår det, at selskabet samlede investering på bundthandelsdepotet og heraf følgende risici den 9. januar 2012 beløb sig til ca. 4,1 mio. kr. fra om formiddagen frem til salg og fordeling om eftermiddagen. Selskabets basiskapital udgjorde pr. 31. december 2011 2,566 mio. kr. Det bemærkes, at et fondsmæglerselskab skal have en aktiekapital der mindst udgør 1 mio. euro svarende til ca. 7,45 mio. kr., såfremt selskabet ønsker tilladelse til at foretage forretninger for egen regning.

Idet selskabet ikke havde tilladelse til forretninger for egen regning, er det på baggrund af ovenstående Finanstilsynets vurdering, at selskabet såvel ved afviklingen på bundthandelsdepotet som ved selskabets omfattende handler for egen regning i groft omfang har overtrådt sin tilladelse, jf. § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Hermed har selskabet påtaget sig risici, der ikke er taget højde for i selskabets tilladelse og dermed minimumskapitalkrav. Endvidere er selskabet påført et tab som følge af den foretagne handel på eget depot. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at selskabet opererede med svigtende indtjening og i perioden havde foretaget kapitalforhøjelser, hvilke Finanstilsynet finder er relevant i lyset af selskabets spekulative handler og heraf påførte tab.

For så vidt angår det retlige grundlag samt Finanstilsynets fortolkning af § 157 i lov om finansiel virksomhed henvises til Finanstilsynets svarskrift af 14. januar 2013, hvoraf det bl.a. fremgår, at det var muligt for selskabet, der ikke havde tilladelse til forretninger for egen regning, at placere selskabets basiskapital i værdipapirer omfattet af § 157 i lov om finansiel virksomhed. I forbindelse hermed måtte selskabet foretage de nødvendige handler for at gennemføre placeringen samt foretage de nødvendige omplaceringer. Selskabets placeringer skulle i henhold til Finanstilsynets fortolkning være langsigtede og have ikke-spekulativ karakter. Dette indebar, at selskabet som udgangspunkt kun kunne foretage relativt få handler om året, og der skulle være relativt længe mellem køb og salg af værdipapirerne. Såfremt der foretages hyppige handler, vil der være tale om forretninger for egen regning, jf. bilag 4, Afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed. Ved selskabets omfattende handel for egen regning er der således tale om en grov overtrædelse af selskabets tilladelse og dermed § 9, stk.1, i lov om finansiel virksomhed.

3. Supplerende bemærkninger vedrørende sammenblanding af selskabets egne og kunders forretninger

K's ordrer på bundthandelsdepotet har både indeholdt ordrer foretaget for selskabet og ordrer foretaget for kunder, og der er som tidligere anført ikke samtidig med afgivelse af ordrer fremsendt instruks til B AB om fordeling af ordrene i bundthandelsdepotet til henholdsvis kunder og selskabets eget depot. Endvidere blev flere af instrukserne først fremsendt til B AB efter børstid. Selskabet har ikke kunnet dokumentere, at selskabet inden en given handel på bundthandelsdepotet blev gennem-

ført, havde taget stilling til, om handlen var til egenbeholdningen eller blev foretaget på vegne af kunder eller hvilke kunder, de var foretaget på vegne af. Hertil kommer, at der ikke blev foretaget nogen kontrol eller anden godkendelse af investeringsdirektør Is disponeringer for selskabets kunder eller selskabets egenbeholdning inden ordreudførelsen.

På baggrund heraf er det Finanstilsynets vurdering, at det ikke på det foreliggende grundlag med sikkerhed kan verificeres, at de foretagne handler, der er allokeret til egenbeholdningen, og i januar 2012 har medført en for selskabet betydelig avance, ikke retteligt skulle være allokeret til kunderne. Ligeledes kan det ikke verificeres om handler, der er allokeret til kunderne, retteligt skulle være allokeret til selskabets egenbeholdning. Finanstilsynet finder således, at det ikke kan udelukkes, at selskabet har påført kunderne risici uden, at kunderne har fået tildelt den opnåede avance herved. Det tillægges i denne henseende betydning, at samtlige af selskabets egne handler på bundthandlsdepotet har medført en avance for selskabet i modsætning til de foretagne handler på selskabets eget depot, der har ført til flere tab. Det bemærkes endvidere, at det ved handel på eget depot ikke var muligt at allokere handler, der ikke udviklede sig positivt over dagen, til kunderne i stedet for til selskabet selv.

K har i sin replik af 13. februar 2013 henvist til en erklæring fra selskabets statsautoriserede revisor Q. Af denne fremgår, at det er revisors vurdering, at Finanstilsynets vurdering, ifølge hvilken selskabet potentielt har udsat sine kunder for tab ved at handle egne papirer over bundthandlsdepotet og ved ikke at fordele handlerne til kunderne straks efter handlerne, må bero på en misforståelse. Revisor anfører, at handlen på bundthandlsdepotet er foregået ved, at der afgives en samlet købsordre, der afvikles for regning og risiko af K. Senere på dagen instruerer K, hvordan B skal fordele ordren mellem kunderne og K, hvilket revisor anfører er i strid med såvel interne regler som regler udstedt af Finanstilsynet. Idet handlen foregår på regning og risiko af K, og kunderne først trækkes for penge, når de pågældende værdipapirer er tilgået kundens depot, kan revisor ikke anerkende, at kunderne potentielt udsættes for tab.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at Finanstilsynet – som anført i Finanstilsynets svarskrift af 14. januar 2013 – har konstateret, at selskabet ikke har foretaget tilstrækkelig registrering af ordrene til kundernes porteføljer og endvidere ikke har sikret, at en kundes finansielle instrumenter omgående blev instrueret til den pågældende kundes depot. På baggrund heraf er det som anført ovenfor Finanstilsynets vurdering, at der er en risiko for, at K ville have foretaget en anden allokering af ordrene, hvis kurserne havde udviklet sig anderledes, idet ordrene først fordeles efter dagens handler er foretaget, og avancen herved er kendt af selskabet. Finanstilsynet finder således, at det ikke kan udelukkes, at selskabet har påført kunderne risici uden, at kunderne har fået tildelt den opnåede avance herved, hvormed der er risiko for, at sammenblandingen af selskabets egne og kunders handler har skadet kundernes interesser. Endvidere er der ikke foretaget den nødvendige interne kontrol, der skulle hindre, at det kunne ske. Finanstilsynet finder ikke, at revisor i sin erklæring

forholder sig hertil og finder endvidere ikke, at erklæringen fra revisor bidrager med nye relevante oplysninger i sagen.

Endvidere har K i sin replik af 13. februar 2013 samt i klage af 19. december 2012 over Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012 om inddragelse af selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, henvist til Finanstilsynets afgørelse af 15. november 2012 vedrørende O A/S.

Hertil har Finanstilsynet i svarskrift af 14. januar 2013 bemærket, at der i den pågældende sag ikke var tale om sammenblanding af selskabets egne og kunders forretninger på en måde, hvormed det ikke kunne udelukkes, at sparekassen ville have foretaget anden fordeling af ordrene mellem eget depot og kundedepoter afhængig af kursudviklingen i værdipapirerne samt bemærket, at det endvidere ikke var korrekt som anført i selskabets klage, at sagen vedrørte en overtrædelse for først at indsende en fordelingsnøgle efter afgivelse af handelsordrer. I den pågældende sag havde sparekassen i sit ordrehåndteringssystem ikke haft procedurer og foranstaltninger, der i tilstrækkeligt omfang sikrede, at kundernes handelsordrer blev registreret og eksekveret omgående og nøjagtigt, hvorfor Finanstilsynet påtalte, at selskabet ikke havde haft de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at kundernes ordrer blev afregnet til den kurs, der var gældende på det tidspunkt, hvor sparekassen modtog ordren fra kunden. I K var der tale om ordredudførelse i forbindelse med porteføljepleje for kunderne. Dette indebærer, at det var investeringsdirektør I, der efter mandat fra kunderne forvaltede kundernes porteføljer og således handlede på vegne af kunderne uden behov for forudgående godkendelse fra kunderne af de enkelte handler. Finanstilsynet har ikke anført, at der i K ikke er blevet afregnet til rette kurs. Finanstilsynet finder imidlertid, at der som følge af K's manglende registrering og eksekvering af ordrene til kundernes porteføljer i forbindelse med selskabets disponeringer for kunderne og sammenblandingen med selskabets handler for egen regning på samme bundthandlsdepot er risiko for, at K ville have foretaget en anden fordeling af handlerne foretaget på depotet mellem kunderne og selskabet, hvis kurserne havde udviklet sig anderledes. Det bemærkes således som tidligere nævnt, at samtlige handler, der er fordelt til selskabet fra bundthandlsdepotet, har resulteret i en avance for selskabet, og det kan ikke udelukkes, at flere af disse handler og den opnåede avance rettelig skulle være tildelt kunderne, eller at handlerne ville være tildelt kunderne, såfremt kursen havde udviklet sig negativt.

På baggrund heraf er det som nævnt ovenfor Finanstilsynets vurdering, at det ikke kan udelukkes, at selskabet har påført kunderne risici uden, at kunderne har fået tildelt den opnåede avance herved, hvormed der er risiko for, at sammenblandingen af selskabets egne og kunders handler på bundthandlsdepotet har skadet kundernes interesser.

4. Supplerende bemærkninger vedrørende mangelfulde interne kontroller

Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har foretaget den nødvendige kontrol af alle væsentlige risikohæftede opgaver, jf. § 25 i bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. Der er sket et

meget stort antal handler, og det var muligt for direktør H at foretage kontroller af såvel de mange handler for selskabets egen regning som af handler med selskabets egne værdipapirer over det depot, der anvendes til kundehandler. Det er desuden Finanstilsynets vurdering, at det af den rapportering, der tilgik bestyrelsen, har kunnet udledes, at der blev foretaget et stort antal handler i strid med selskabets tilladelse. Bestyrelsen og direktionen reagerede ikke herpå, og bestyrelsen og direktionen overlod i høj grad disponeringerne i selskabet til bestyrelsesmedlem og storaktionær I, der ikke alene handlede i strid med selskabets interne retningslinjer, men tillige i strid med den finansielle lovgivning.

Hertil har K i klage af 19. december 2012 anført, at K's direktør H har udført kontroller i K såvel ugentligt, månedligt og kvartalsvis, og at direktøren tillige varetog compliancefunktionen. Hertil har Finanstilsynet i svarskrift af 14. januar 2013 bemærket, at direktør Hs kontrol i selskabet har fokuseret på overholdelse af kunders mandater og ikke på, om selskabets tilladelse blev overholdt, eller om kundernes handler blev gennemført på en korrekt måde.

K har i sin replik af 13. februar 2013 anført, at direktøren fuldt ud var bekendt med selskabets handler for egen regning under henvisning til underskrevet erklæring af 8. marts 2012, hvoraf det fremgår, at handelsrammen udvides betydeligt. Endvidere henvises til notat til revisor fra H, hvoraf det fremgår, at H foretager kontrol af egenbeholdningen op mod beføjelserne i fondspolitikken og direktionsinstruksen, og at der dagligt tages et print af egenbeholdningen ved dagens afslutning.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at direktør H overfor Finanstilsynet har oplyst, at han ikke var bekendt med den omfattende handel, der var foretaget af investeringsdirektøren, herunder at der dagligt var foretaget flere køb og salg af samme aktie, og at han ikke har foretaget nogen kontrol eller godkendelse inden ordreudførelse, men kontrollerede efterfølgende at mandaterne i kundeaftalerne var overholdt. Finanstilsynet finder imidlertid som nævnt ovenfor, at det alene af den rapportering, der tilgik bestyrelsen fra H, har kunnet udledes, at der blev foretaget et stort antal handler i strid med selskabets tilladelse. Endvidere fremgår det af notat til revisor fra H, at der ikke foretages nogen kontrol af kundernes handler inden ordreudførelsen. På baggrund heraf har Finanstilsynet konkluderet, at selskabets interne kontroller var yderst mangelfulde, idet overtrædelserne udført af investeringsdirektør I enten ikke blev opdaget af ledelsen, eller at ledelsen ikke reagerede på informationer om, at overtrædelserne fandt sted.

...”

Advokat A har ved skrivelse af 8. april 2013 heroverfor bemærket:

”...

Indledningsvis skal det særligt bemærkes, at Finanstilsynet ikke i brevet af 11. marts 2013 har opfyldt de fremsatte opfordringer 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 i K's brev af 13. februar 2013, men at Finanstilsynet i det væ-

sentligste blot gentager det tidligere anførte i Finanstilsynets brev af 14. januar 2013.

Finanstilsynets manglende opfyldelse af de fremsatte opfordringer kan derfor ikke tages som udtryk for andet end, at Finanstilsynet derfor er enig i K betragtninger, og at en opfyldelse af opfordringerne ikke taler til gunst for Finanstilsynets vurdering af sagen.

Finanstilsynets svar dokumenterer på ingen måde, at sagen var alvorlig og af hastende karakter. Handel på bundtdepotet og handel på egenbeholdningen var ophørt på K's egen foranledning før Finanstilsynet overhovedet kom ind i billedet. Handel på bunddepotet var ophørt helt tilbage i februar 2012, og foregik kun i en kort periode. Ingen kunder led tab og handlen skete efter anvisning fra B.

Da Finanstilsynet kom ind i billedet tog K til efterretning, at de interne kontroller ikke var tilstrækkelige med det resultat, at K havde allokeret nye og andre ressourcer til forbedring af de interne kontrollere til erstatning for K's opsagte direktør H, der hidtil havde haft ansvaret for de interne kontroller, men som ikke havde opfyldt sine forpligtigelser.

Finanstilsynet anfører på side 5, afsnit 3, at det er Finanstilsynets vurdering, at K "ved ordreafgivelsen i bundthandelsdepotet og frem til ordren blev allokeret til kunden, påtog sig en modparts risiko for egen regning i forbindelse med kundehandlerne, idet K i denne periode løb en risiko for, at handlerne ikke efterfølgende kunne afvikles over for kunden" og det anføres videre på side 5 i afsnit 5 "Såfremt der ved afvikling af handelen ikke skulle være plads på kundens depot eller konto, f.eks. som følge af at kunden havde lukket kontoen, vil K løbe risikoen for, at handlen ikke kan gennemføres".

Finanstilsynets vurdering efterlader ikke indtryk af, at Finanstilsynet har undersøgt sagen. En kundes depot kan selvsagt ikke forsvinde eller lukkes over dagen.

Det fremgår således af punkt 8 ... i K's betingelser for skønsmæssig porteføljepleje ... at aftalen kan af Investor opsiges med et varsel på 8 dage. Når K har modtaget opsigelsen vil porteføljeplejen ophøre øjeblikkeligt, men allerede indgående aftaler om køb og/eller salg af værdipapirer vil blive gennemført. Aftalen kan af K opsiges med 1 måneds varsel til udgangen af en måned. Opsigelsen skal være skriftlig. I tilfælde af samarbejdsophør med en kunde, skal K selv aktivt bidrage til at kundeforholdet ophører i forhold til depotbanken B.

Hertil kommer, som det også fremgik af K's svar af 13. februar 2013, at det altid kontrolleres i Client manager systemet (kundehåndteringssystemet med online adgang til depotbanken B), hvilke kunder der kunne foretages indkøb for, hvilke aktier der kunne købes til kunder i henhold til risikoprofil og for hvilke beløb der kunne købes.

Finanstilsynet anfører på ... at K ”opererede med svigtende indtjening og i perioder havde foretaget kapitaludvidelser, hvilke Finanstilsynet finder er relevant i lyset af selskabets spekulative handler og påførte tab”.

Finanstilsynet opfordres (Opfordring 13) til, at dokumentere grundlaget for dette udsagn, herunder den påståede årsagssammenhæng.

Kapitaludvidelserne skyldtes udelukkende det forhold, at det krævede kapital at etablere og udvikle en virksomhed, og de således intet som helst at gøre med de forhold, som Finanstilsynet anfører. K havde heller ikke svigtende indtjening, da K netop havde demonstreret overskud i sidste kvartal hver måned. Hertil kommer at indtjeningsgrundlaget var voldsomt stigende med en depottilgangen pr. måned på 150 stk.

K havde i perioden 1.1.2012-31.10.2012 kun haft et beskedent tab på egenbeholdning på kr. 116.000. Samtidig havde K en voksende forretning, som gav overskud i august og september. K økonomiske udvikling var meget positiv og bedre end budgetteret. K havde en egenkapital på kr. 2.700.000 og var således langt fra minimumskapitalkravet på kr. 2.235.000.

Finanstilsynet har på side 8 kommenteret Finanstilsynets afgørelse af 15. november 2012 vedr. O A/S. Finanstilsynet anfører herved, at ”der i den pågældende sag ikke var tale om sammenblanding af selskabets egne og kundernes forretninger på en måde, hvormed det ikke kunne udelukkes, at sparekassen ville have foretaget anden fordeling af ordrene mellem eget depot og kundedepoter afhængig af kursudviklingen i værdipapirerne samt bemærket, at det endvidere ikke var korrekt som anført i selskabets klage, at sagen vedrørte overtrædelser for først at indsende en fordelingsnøgle efter afgivelse af handelsordre”.

Sagerne om O og K tager begge afsæt i § 27 i Bekendtgørelse nr. 768 af 27. juni 2011 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel, der har til formål at sikre, at en ordre udføres på en kundes vegne, registreres og allokteres omgående og nøjagtigt.

Finanstilsynet anfører ... i deres tidligere svar af 14. januar 2013, at der i sagen om O ikke var tale om ”en sammenblanding af selskabets og kundernes forretninger på en måde, hvormed det ikke kunne udelukkes, at sparekassen ville have foretaget en anden fordeling af ordrene mellem eget depot og kundedepoter afhængig af kursudviklingen i værdipapirerne”.

Det kan herefter konkluderes, at det ikke kan afvises, at Os manglende straksregistrering og straksordreallokering kan have skadet kundernes interesser.

Finanstilsynet anfører ... at det er Finanstilsynets vurdering, at K ”ikke har foretaget den nødvendige kontrol af alle væsentlige risikohæftede opgaver, jf. § 25 i Bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. Der er sket et meget stort antal handler, og det var muligt for direktør H at foretage kontroller af de såvel mange handler for selskabets

egen regning som af handler med selskabets egne værdipapirer over det depot, der anvendes til kundehandler. Det er desuden Finanstilsynets vurdering, at det af den rapportering der tilgik bestyrelsen, har kunnet udledes, at der blev foretaget et stort antal handler i strid med selskabets tilladelse.

I tilknytning hertil har K i klagen af 19. december 2012 anført, at K's direktør H har udført kontroller i K såvel ugentligt, månedligt og kvartalsvis, og at han som direktør tillige varetog compliance funktionen.

Hertil har Finanstilsynet i svarskrift af 14. januar 2013 anført, at direktør Hs kontrol i selskabet har "fokuseret på overholdelse af kundernes mandater og ikke på om selskabets tilladelse bliver overholdt, eller om kundernes handler blev gennemført på korrekt måde".

Foranstående afsnit er simpelthen ikke korrekt og savner dokumentation og står i kontrast til Finanstilsynets vurdering ... "at det er Finanstilsynets vurdering, at det af den rapportering der tilgik bestyrelsen, har kunnet udledes, at der blev foretaget et stort antal handler i strid med selskabets tilladelse".

Finanstilsynet har baseret sagen mod K på et tvivlsomt grundlag i form af bl.a. udtalelser fra K's opsagte direktør, H, der ikke havde opfyldt sine forpligtigelser som direktør for K.

Det fremgår af vedlagte bilag ...; "I det store hele forløber egenbeholdningens investeringer godt indenfor de rammer, der er aftalt mellem bestyrelse og direktionen" og "Hvis de foreslåede ændringer vedtages, så vil det betyde mere risiko på udfaldet af investeringerne på egenbeholdningen. Kontrollen af at ovennævnte overholdes ligger hos direktionen". "Da ændringerne er forbundet med et øget risiko, vil den daglige log af kontrollen medtages på bestyrelsesmøderne" underskrevet d. 8. marts 2012 af direktør H.

Videre fremgår det af vedlagte bilag ...: "Compliance udført af direktionen" og i særdeleshed afsnit omhandlende "Hvad skal compliance kontrollere". Direktør H har kontrolleret antallet af handler, hvilket kan dokumenteres i form af hans initialer på daglige udskrifter af beholdningsoversigter, og han har kontrolleret bogføringen herunder registrering af handelsnotaer. Direktør H udarbejdede endvidere månedsregnskab til bestyrelsen, hvori der indgik det finansielle resultat for investeringer på selskabets egenbeholdning.

Investeringsdirektøren I opererede indenfor de rammer, som direktør H havde fastsat, hvilket er underbygget af bilag ... Samme bilag underbygger ligeledes, at det er usandt når direktør H påstår, at han ikke har kendt til de mange handler og handler på bundthandlsdepotet. Så direktør Hs troværdighed og udtalelser burde ikke kunne være grundlag for inddragelse af K's tilladelse til at drive fonds-mæglerselskab.

K har fremlagt skriftlig dokumentation blandt andet i form af redegørelse fra selskabets revisor og dokument underskrevet af direktøren H til I vedr. øget handelsramme indenfor dagen ... der cementerer, at direktøren H var fuldt vidende om alle forhold herunder den store handelsaktivitet og alligevel vælger Finanstilsynet at ignorere denne kendsgerning og fortsat vurdere, at direktøren ikke har været vidende om de mange handler og handel på bundthandlsdepotet. Ultimativt og uanset foranstående så er det direktøren Hs ansvar, hvilket Finanstilsynet ikke kan ignorere.

Finanstilsynet vælger, at inddrage K's tilladelse på et så spinkelt grundlag som "at det ikke på det foreliggende grundlag kan verificeres, at de foretagne handler, der er allokeret til egenbeholdningen ikke rettelig skulle have været allokeret til kunderne" dette sammenholdt med at fejlen lå mere end ½ år tilbage i tid og stod på i mindre end 1 måned samt K på daværende tidspunkt kun havde 12 kunder.

Dette skal sammenholdes med at O [pengeinstitut] i en periode (på 3 år) ligeledes ikke havde foretaget tilstrækkelig registrering af kundernes ordre og ikke havde sikret, at kundens finansielle instrumenter omgående blev instrueret til den pågældende kundes depot og konsekvensen ved det var blot en påtale.

O fik mulighed for at afhjælpe forholdet indenfor en vis tid og det endte uden yderligere sanktioner. Finanstilsynet vurderede således ikke i den konkrete sag med O, at omfanget var så stort, uagtet det havde stået på i 3 år og mindre end 4 % af kundehandler var håndteret korrekt, at O skulle lukkes.

Finanstilsynets konklusioner og dermed inddragelse af K's tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed er baseret på "at det ikke på det foreliggende grundlag kan verificeres" og "Det kan ikke udelukkes", hvilket forekommer tvivlsomt og at konsekvenserne er helt ude af proportion.

Endvidere har Finanstilsynets baseret deres konklusion på et ufuldstændigt grundlag i form af en opsagt direktør H og udtrådt bestyrelsesformand G, idet ansvaret for det passerede ultimativt var deres.

Finanstilsynets sanktion med inddragelse af K's tilladelse er en overreaktion. Finanstilsynet kunne – som også K anførte – havde valgt en mindre vidtgående reaktion ved fastsættelse af en frist for afhjælpning til, at K kunne finde en ny bestyrelsesformand og direktør samt etablering af kontrolsystemer i samarbejde med K's revisor.

Opsummering:

K har dokumenteret, at der i tilsvarende situationer med for mange handler på egenbeholdningen og manglende straksregistrering af kundernes ordre kun tidligere er givet påbud, en praksis som Finanstilsynet helt uberettiget afviger fra i denne sag.

De forhold, som K er blevet kritiseret for i forhold til handel og frekvens, var løst før Finanstilsynet kom ind i sagen, da al handel på egenbeholdningen og handel på bundtdepot var ophørt og faciliteten lukket.

Sidste kritikpunkt vedr. utilstrækkelige interne kontroller var af K forstået løst ved udskiftning af direktør H og den samlede bestyrelse og ved allokering af de nødvendige ressourcer til opgaven. Der var ved inddragelsen af K's tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed lagt op til en aftale med et statsautoriseret revisionselskab der skulle forestå kontrolmiljøet i K.

Finanstilsynet lukkede K på ensidige indhentede og usande oplysninger fra en opsagt direktør H og afgang bestyrelsesformand G. Finanstilsynet konkluderer også ... ”Finanstilsynet finder imidlertid som nævnt ovenfor, at det alene af den rapportering, der tilgik bestyrelsen fra direktør H, har kunnet udledes, at der blev foretaget et stort antal handler i strid med selskabets tilladelse”.

K har trods de alvorlige konsekvenser for selskabet ved inddragelsen af selskabets tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed og til trods for skriftlig anmodning til Finanstilsynet, ikke fået mulighed for at få et møde med Finanstilsynet for redegørelse over det passerede og for præsentation af løsning.

K har skriftligt dokumenteret, at de fremførte påstande fra både bestyrelsesformand G og direktør H vedr. handler og frekvens som værende usande og mener derfor ikke, at grundlaget for inddragelsen af K tilladelse var til stede, men at det i højere grad burde være et spørgsmål om, at de to anførte personer burde have fået inddraget deres fit & prober, så de ikke kunne operere i en Finansiell virksomhed som direktør og bestyrelsesformand længere.

Investeringsdirektøren I opererede åbenlyst indenfor de rammer der var udstukket for ham fra direktøren H, hvilket er underbygget af bilag ...

Finanstilsynets indstilling til det Finansielle Virksomhedsråd indeholdt ikke en retvisende beskrivelse af såvel de faktiske som juridiske forhold med det resultat, at afgørelsen også blev truffet på et ikke retvisende grundlag. Særligt skal bemærkes at Finanstilsynet ikke har refereret erklæringen fra selskabets statsautoriserede revisor, der var helt uenig i Finanstilsynets vurdering af sagen.

Finanstilsynet har i sagsbehandlingen ikke overholdt tidsfrister, idet de tilsidesatte §9, stk. 3 i Det Finansielle Virksomhedsråds forretningsorden.

I øvrige skal jeg fastholde det anførte i den indsendte klage.
...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 1. maj 2013 yderligere bemærket:

” ...

1. Yderligere supplerende bemærkninger

Det skal indledningsvist bemærkes, at K i sit processkrift af 8. april 2013 har anført, at Finanstilsynet ikke har opfyldt de fremsatte opfordringer i K's replik af 13. februar 2013. Hertil bemærkes, at Finanstilsynet i duplik af 11. marts 2013 er fremkommet med sine bemærkninger til K's replik af 13. februar 2013, herunder de fremsatte opfordringer. Idet K's opfordringer og bemærkninger i det væsentlige gentog K's tidligere bemærkninger, har Finanstilsynet måtte gentage en række bemærkninger fra Finanstilsynets svarskrift af 14. januar 2013. For så vidt angår K's opfordringer i replik af 13. februar 2013, henvises der dermed i det hele til Finanstilsynets duplik af 11. marts 2013.

Det fremgår af Finanstilsynets duplik af 11. marts 2013, at selskabet er påført et tab som følge af de foretagne handler på eget depot, og at det i denne forbindelse bemærkes, at selskabet opererede med svigtende indtjening og i perioden havde foretaget kapitalforhøjelser, hvilke Finanstilsynet finder relevant i lyset af selskabets spekulative handler og heraf påførte tab. I forlængelse heraf har K i processkrift af 8. april 2013 på ny opfordret Finanstilsynet til at dokumentere grundlaget for dette udsagn og videre anført, at kapitaludvidelserne udelukkende skyldtes det forhold, at det krævede kapital at etablere og udvikle en virksomhed. K anfører endvidere, at selskabet ikke havde svigtende indtjening, og at forretningen gav overskud i august og september.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at Finanstilsynet finder det relevant, at selskabet uden behørig tilladelse hertil i væsentlig grad og gentagne gange foretog kortsigtede og spekulative forretninger for egen regning og dermed påtog sig risici, der resulterede i et for selskabet væsentligt tab, samtidig med, at der gennemføres kapitalforhøjelser ifølge selskabet for at etablere og udvikle selskabet. Ifølge selskabets hørings svar af 16. november 2012 på vegne af selskabets bestyrelse bestående af N og I havde selskabet i perioden fra den 1. juni 2011 til den 30. september 2012 et tab på egenbeholdningen på ca. 179.000 kr. Ifølge selskabets månedsrapportering havde selskabet i perioden fra juli 2011 til august 2012 et tab på egenbeholdningen på ca. 270.000 kr., idet det dog ikke fremgår præcist af månedsrapporten for henholdsvis februar og august 2012, om der var realiseret et tab eller avance på egenbeholdningen i disse måneder.

Selskabet havde i 2011 et negativt resultat på -1,818 mio.kr. og på trods af kapitalforhøjelse i september 2011 kun en overdækning på 329 t.kr. pr. 31. december 2011. Samtidig fremgår det af bestyrelsens forhandlingsprotokol vedrørende bestyrelsesmøde afholdt den 10. august 2011, at indtjeningen i juni og juli 2011 var -44.000 kr. mod en forventet indtjening på 445.000 kr., og at bestyrelsen udtrykte stor bekymring over dette ... Videre konkluderede bestyrelsen på samme møde, at der skulle være stor fokus på indtjening, og at den manglende indtjening ville føre til drøftelser om kapitalforhøjelse i den nærmeste fremtid. Videre fremgår det af referat af bestyrelsesmøde afholdt den 4. januar 2012, at bestyrelsen konkluderede, at det forretningsmæssige grundlag for selskabets forretningsplan ikke længere var til stede, idet der ikke blev genereret afsætning gennem den påtænkte afsætningskanal. Der blev budgetteret

med et månedligt underskud på ca. 60.000 kr. for første kvartal 2012 og på baggrund heraf var der behov for at foretage en ny kapitalforhøjelse medio marts 2012 ... Af referat af bestyrelsesmøde afholdt den 18. juni 2012 fremgår det, at der i marts, april og maj 2012 havde været et underskud, der var lidt større end budgetteret, og at der i samme periode havde været et tab på egenbeholdningen på 271.500 kr. ... Resultatet for halvåret 2012 var ligeledes negativt med et resultat på -442 t.kr. Selskabet overdækning steg dog til 630 t.kr. som følge af kapitalforhøjelse i marts 2012. Det fremgår imidlertid af referat af bestyrelsesmøde afholdt den 23. august 2012, at bestyrelsen pointerede, at en yderligere kapitalforhøjelse var påkrævet, hvis indtjeningen ikke blev forbedret ...

Finanstilsynet finder det på baggrund af ovenstående godtgjort, at selskabet er påført et tab som følge af de foretagne handler på eget depot og havde svigtende indtjening i perioden, hvor der blev foretaget handler for egen regning samt afviklet over bundthandlsdepotet. Det bemærkes i den forbindelse, at der i januar 2012, hvor selskabet foretog omfattende handler for selskabets egen regning på bundthandlsdepotet, blev opnået en betydelig avance på selskabets egenbeholdning på 167.000 kr. I øvrige måneder, hvor selskabets handler for egen regning ikke er sammenblandet med kundehandlerne, er der opnået mere beskedne avancer eller realiseret tab. Ligeledes har samtlige af selskabets egne handler på bundthandlsdepotet medført en avance for selskabet i modsætning til de foretagne handler på selskabets eget depot, der har ført til flere tab.

K har i sit processkrift af 8. april 2013 anført, at *"Handel på bundtdepotet og handel på egenbeholdningen var ophørt på K egen foranledning før Finanstilsynet overhovedet kom ind i billedet."* Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at tilsynet ved brev af 15. august 2012 meddelte K, at tilsynet ville foretage en ordinær undersøgelse i selskabet den 5. november 2012. I forbindelse hermed blev selskabet anmodet om senest den 12. oktober 2012 at indsende materiale til brug for undersøgelsen, herunder oversigt over selskabets eget depot samt månedsrapportering til bestyrelsen. Først herefter bliver det på bestyrelsesmøder i slutningen af oktober 2012 og forud for den forestående undersøgelse besluttet, at selskabet skulle ophøre med at udføre forretninger for egen regning, og at selskabets avance ved handel på bundthandlsdepotet, der primært fandt sted i januar og februar 2012, skulle fordeles til kunderne.

Det fremgår herudover af K's processkrift af 8. april 2013, at selskabet ikke er enig i Finanstilsynets vurdering af, at K, ved ordreafgivelse i bundthandlsdepotet og frem til ordren blev allokeret til kunden, påtog sig en modparts risiko for egen regning, idet kunden havde et opsigelsesvarsel på 8 dage, jf. K's betingelser for skønmæssig porteføljepleje. Endvidere anføres det, at porteføljeplejen ville ophøre øjeblikkeligt, når K modtog opsigelsen, men at allerede indgåede aftaler om køb og/eller salg af værdipapirer ville blive gennemført.

Hertil skal i det hele henvises til Finanstilsynets duplik af 11. marts 2013, herunder at selskabet i mange tilfælde først efter børstid og flere timer efter ordreafgivelse afsendte instruks til B AB om fordeling af værdipapirerne i bundthandlsdepotet til kunderne, og at K indtil da reelt

var indehaver af værdipairerne. Uanset ovenstående opsigelsesvarsel i K's betingelser for skønsmæssig porteføljepleje er det Finanstilsynets vurdering, at der er risiko for, at kundens konto evt. ufrivilligt blev lukket f.eks. i forbindelse med kundens konkurs.

K anfører derudover i processkrift af 8. april 2013, at investeringsdirektør I opererede indenfor de rammer, som direktør H havde fastsat. Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at det er bestyrelsen, der skal fastlægge selskabets risikoprofil, og at I som bestyrelsesmedlem ikke alene var med til at fastsætte risikoprofilen og dermed instruksen til direktøren, men også var bekendt hermed når han foretog de pågældende handler. I kan således ikke påberåbe sig, at han blot handlede på instruks fra direktøren. Endelig anføres det, at Finanstilsynet har baseret afgørelsen på *"et ufuldstændigt grundlag i form af en opsagt direktør H og udtrådt bestyrelsesformand G, idet ansvaret for det passede ultimativt var deres."* Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at Finanstilsynets afgørelse, som anført i Finanstilsynets duplik af 11. marts 2013, udover møder med selskabets bestyrelsesformand og direktør tillige er baseret på materiale modtaget fra selskabet, herunder gennemgang af depotoversigter, kopier af e-mails med instruks til B AB fra selskabets investeringsdirektør I om fordeling af de afviklede ordrer i bundthandelsdepotet, uddrag af bestyrelsesprotokollen, månedsrapportering til selskabets bestyrelse fra selskabets direktør H samt selskabets høringssvar af 16. november 2012 afgivet på vegne af selskabets bestyrelse bestående af N og I.

Finanstilsynet finder ikke, at K er fremkommet med nye oplysninger i sagen. Det er således fortsat Finanstilsynets vurdering, at overtrædelserne i K var af en sådan alvorlig karakter, at der ikke var grundlag for at opretholde selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab, og at eneste relevante reaktion var inddragelse af selskabets tilladelse.
..."

Advokat A har ved skrivelse af 23. maj 2013 heroverfor bemærket:

"Indledningsvist skal det særligt bemærkes, at Finanstilsynet fortsat ikke har opfyldt de fremsatte opfordringer 1,3,5,6,7,8,9,10,11,12 i K's brev af 13. februar 2013, men at Finanstilsynet endnu en gang blot i det væsentligste gentager det anførte i Finanstilsynets tidligere breve.

Finanstilsynets fortsat manglende opfyldelse af de fremsatte opfordringer kan derfor nu kun tages som endelig udtryk for, at Finanstilsynet er enig i K's betragtninger, og at en opfyldelse af opfordringerne ikke taler til gunst for Finanstilsynets vurdering af sagen.

Finanstilsynet seneste svar viser med al ønskelig tydelighed, at Finanstilsynet fortsat ikke kan dokumentere sin påstand om, at sagen var alvorlig og af hastende karakter. Finanstilsynet inddrager nu tal helt tilbage for juni og juli 2011 og en egenkapital baseret for regnskabet 2011, som dokumentation for selskabets svigtende indtjening og sagens alvorlige og

hastende karakter. Dette er selvsagt helt uden relevans for Finanstilsynets påstand.

Finanstilsynet har desuden modtaget kvartalsvise indberetninger med angivelse af K's egenkapital og overdækningen i forhold til minimumskapitalkravet på kr. 2.235.000.

K har ikke på noget tidspunkt modtaget bemærkninger fra Finanstilsynet til disse indberetninger, hvorfor det forekommer helt besynderligt, at Finanstilsynet benytter tal af ældre dato som begrundelse for at sagen var af hastende karakter.

Finansielle virksomheder, der har en lille overdækning i forhold til minimumskapitalkravet på kr. 2.235.000, bliver mødt af krav fra Finanstilsynet om skærpet tilsyn og månedlige indberetninger til Finanstilsynet. K er ikke blevet mødt af et sådant krav fra Finanstilsynet. Finanstilsynet opfordres (Opfordring 14) til, at bekræfte, at Finanstilsynet ikke har stillet krav om skærpet tilsyn og månedlige indberetninger fra K.

K har altid selv og på egen foranledning været på forkant og foretaget kapitalrejsning i god tid i forhold til minimumskapitalkravet på kr. 2.235.000.

K havde en egenkapital på ca. kr. 3.000.000 d. 30. september 2012, svarende til en overdækning på kr. 765.000 i forhold til minimumskapitalkravet på kr. 2.235.000, og K havde i september måned 2012 et overskud på kr. 47.000, hvilket var kr. 19.000 bedre end budgetteret. Ved udgangen af september 2012 havde K 608 depoter under administration, og adskillige nye depoter var på vej, hvis ikke Finanstilsynet havde inddraget tilladelsen.

I Finanstilsynets brev af 1. Maj 2013 på side 3 afsnit 4 anføres følgende; ”uanset ovenstående opsigelsesvarsel i K's betingelser for skønsømmæssig porteføljepleje er det Finanstilsynets vurdering, at der er risiko for, at kundens konto evt. ufrivilligt blev lukket f.eks. i forbindelse med kundens konkurs”.

Imidlertid ses der ikke, at være noget som helst grundlag for Finanstilsynets vurdering. Som anført i K's brev af 8. april 2013 på side 2, afsnit 3, blev der altid foretaget kontrol i Client manager systemet (kundehåndteringssystemet med online adgang til banken) af, hvilke kunder der kunne foretages indkøb for, hvilke aktier der kunne købes i henhold til risiko-profil og for hvilke beløb der kunne købes. Endvidere er pensionsmidler undtaget af konkursloven, hvorfor de heller ikke indgår i kundens eventuelle personlige konkursbo. En kundens konto kan selvsagt ikke pludselig forsvinde, og dermed har K heller ikke en modpartsrisiko, som anført af Finanstilsynet.

I Finanstilsynets brev af 1. maj 2012 ... anføres følgende; ” K anfører derudover i processkrift af 8. april 2013, at investeringsdirektør I opererede indenfor de rammer, som direktør H havde fastsat. Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at det er bestyrelsen som skal fastlægge selskabets

risikoprofil, og at I som bestyrelsesmedlem ikke alene var med til at fastsætte risikoprofilen og dermed instruksen til direktøren, men også var bekendt hermed når han foretog de pågældende handler. I kan således ikke påberåbe sig at han blot handlede på instruks for direktøren”.

Dette udsagn efterlader indtryk af, at Finanstilsynet helt overser, at Bilag I er et bilag til et bestyrelsesmøde d. 8. marts 2012 under dagsordenens punkt 7 Eventuelt. Dette bilag blev udfærdiget af direktør H og herefter gennemgået og besluttet af en samlet bestyrelse på bestyrelsesmødet d. 8. marts 2012. Det skal derfor præciseres, at investeringsdirektør I opererede indenfor de rammer, som den samlede bestyrelse og direktøren havde fastsat.

Finanstilsynets brev giver ikke anledning til ændring af det anførte i den indsendte klage, der derfor fastholdes.”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 10. juni 2013 bemærket:

”...

Det skal indledningsvist bemærkes, at baggrunden for det af Finanstilsynet i processkrift af 1. maj 2013 anførte omkring K's kapitalforhøjelser i september 2011 og marts 2012 og selskabets negative resultater i den pågældende periode er, at K ved processkrift af 8. april 2013 (opfordring 13) ønskede dokumentation for grundlaget for det af Finanstilsynet anførte om, at K opererede med svigtende indtjening i perioden, hvor selskabet havde foretaget kapitalforhøjelser samtidig med, at selskabet blev påført et tab som følge af de foretagne handler på eget depot.

I forhold til K's nye opfordring (opfordring 14) skal Finanstilsynet oplyse, at Finanstilsynet ikke stillede krav om skærpet tilsyn og månedlige indberetninger i perioden op til, at tilladelsen blev trukket, fordi selskabet overholdt de kapitalkrav, som lovgivningen krævede i forhold til den tilladelse, som selskabet havde fået. Imidlertid udførte selskabet – som allerede oplyst – forretninger for egen regning, hvilket K ikke havde tilladelse til, og for at kunne få en sådan tilladelse, stiller lovgivningen blandt andet krav om, at K skulle have haft en minimumskapital på ikke bare 0,3 mio. euro men på 1 mio. euro. Lovgiver forudsatte således af hensyn til kunderne mv., at minimumskapitalkravet skulle være mere end tre gange større end det minimumskapitalkrav, som K med sin tilladelse opererede under.

For at Finanstilsynet kan trække tilladelsen efter § 224, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, er det ikke et krav, at selskabet først skal være under skærpet tilsyn. Efter § 224, stk. 1, nr. 1, er det alene et krav, at selskabet skal have gjort sig skyldig i grove eller gentagne overtrædelser af denne lov, lov om værdipapirhandel mv. eller lov om realkreditlån og realkreditobligationer mv. eller regler udstedt i medfør af disse love. Som allerede oplyst og redegjort for overtrådte K groft flere af førnævnte regelsæt, og bestemmelsen stiller ikke krav om en forudgående øget tilsynsaktivitet, herunder krav om månedlige indberetninger. Det forhold at Finanstilsynet i sin afgørelse har valgt at bemærke forhold om K økono-

mi, finder Finanstilsynet har relevans i forhold til den underkapitalisering, der har været i forhold til de ulovligt udførte aktiviteter.

...”

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

Ankenævnet udtaler:

Ad formaliteten

Det fremgår af sagen blandt andet, at Finanstilsynet den 8. november 2012 sendte udkast til afgørelse om inddragelse af tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab i høring hos det klagende selskab, idet høringsfristen blev forkortet til den 13. november 2012. Det fremgår endvidere, at selskabets nuværende advokat den 14. november 2012 anmodede om udskydelse af høringsfristen til den 16. november 2012, hvilken anmodning blev imødekommet. Finanstilsynet havde mulighed for at indarbejde eventuelle nye oplysninger i advokatens høringssvar af 16. november 2012 i det endelige udkast til afgørelse, som - i overensstemmelse med det over for parterne tidligere meddelte tidspunkt - blev forelagt for Det Finansielle Virksomhedsråd på rådets møde den 19. november 2012. Den 21. november 2012 tiltrådte Det Finansielle Virksomhedsråd Finanstilsynets indstilling. Selskabets advokat modtog ligeledes den 21. november 2012 meddelelse om, at hans henvendelse af samme dato til rådets formand og næstformand ikke gav rådet anledning til en ændret vurdering af sagen.

På denne baggrund - og da der efter det oplyste om sagens karakter ikke findes at være grundlag for at tilsidesætte, at partshøringsfristen på 3 uger, jf. bekendtgørelse nr. 1380 af 10. december 2010 om forretningsorden for Det Finansielle Virksomhedsråd § 9, er fraveget som sket - findes Finanstilsynet ikke have begået sagsbehandlingsfejl, der kan medføre afgørelsens ugyldighed eller hjemvisning af sagen.

Ad realiteten

K A/S har siden den 12. maj 2011 haft tilladelse til at drive virksomhed som fondsmægler, jf. lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 1 og 2. Tilladelsen omfatter investeringservice i form af modtagelse og formidling for investorers regning af ordrer vedrørende et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. lovens bilag 4, afsnit A, nr. 1, samt skønsmæssig porteføljepleje af de enkelte investorers værdipapirbeholdninger efter instruks fra investorerne, såfremt beholdningerne omfatter et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 4. Tilladelsen omfatter derimod ikke forretninger for egen regning med ethvert af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3. Bilag 5, nr. 1, litra a, omhandler blandt andet aktier i selskaber.

Finanstilsynet indledte den 15. august 2012 en undersøgelse af det klagende selskab.

Erhvervsankenævnet lægger efter oplysningerne om resultatet af denne undersøgelse til grund, dels at selskabet har foretaget et omfattende antal handler af værdipapirer for egen regning på såvel eget depot som på et bundthandsdepot, hvorunder der er sket en betydelig sammenblanding af egne og kunders forretninger, dels at dette har påført selskabet væsentlige risici. Det lægges således i overensstemmelse med blandt andet selskabets egen skrivelse af 16. november 2012 (bilag 5) i et høringssvar til grund, at der i perioden fra maj 2011 til oktober 2012 blev gennemført omkring 2.100 handler for selskabets egen regning. Det lægges i den forbindelse endvidere til grund, at der gentagne gange er foretaget flere køb og salg af samme aktie inden for en dag, at selskabet har udnyttet en kreditramme på bundthandsdepotet stillet til rådighed af B, hvorved selskabet intra-dag havde mulighed for at foretage køb for et større beløb, og at dette har medført en forøget risiko for selskabet. Det lægges herudover til grund, at selskabets interne kontroller var mangelfulde, idet overtrædelserne udført af investeringsdirektøren enten ikke blev opdaget af ledelsen eller ikke blev imødegået af ledelsen på adækvat måde.

Erhvervsankenævnet tiltræder på denne baggrund og af de grunde, der er anført i Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012 samt i tilsynets redegørelse af 14. januar 2013, at der er tale om grove overtrædelser af lov om finansiel virksomhed og regler udstedt i medfør heraf, jf. herved bekendtgørelse nr. 1325 af 1. decem-

ber 2010 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. Ankenævnet bemærker herved, at selskabet fortsat ikke har tilladelse til at foretage forretninger for egen regning, ligesom selskabet ikke besidder den i loven krævede minimumskapital på 1 mio. euro for at opnå tilladelse hertil, jf. lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 8, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3. Det bemærkes endvidere, at de foretagne handler heller ikke kan anses hjemlet ved lov om finansiel virksomhed § 157.

Ankenævnet tiltræder herefter, at selskabets tilladelse til at drive fondsmægler-virksomhed inddrages, jf. § 224, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, idet mindre indgribende foranstaltninger efter de beskrevne overtrædelser af den fi-nansielle lovgivning ikke findes at burde tages i anvendelse.

Ankenævnet stadfæster således Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012.

8) Kendelse af 2. oktober 2013 (J.nr. 2013-0033906)

Inddragelse af selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. Lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 1, 2 og 8 samt § 224, stk. 1, nr. 1. (Cato Baldvinsson, Preben Lund Hansen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 4. marts 2013 har advokat A på vegne af K A/S klaget over Fi-nanstilsynets afgørelse af 4. marts 2013 om inddragelse af selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 4. marts 2013 hedder det:

” ...

K A/S - inddragelse af tilladelse til at drive virksomhed som fonds-mæglerselskab

1. Afgørelse

I henhold til § 224, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. lovbe-kendtgørelse nr. 705 af 25. juni 2012 med de ændringer som følger af lov nr. 1287 af 19. december 2012 inddrager Finanstilsynet K A/S' tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab.

Afgørelsen er truffet efter forelæggelse for Det Finansielle Råd, jf. § 345, stk. 2, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, og vil blive offentliggjort i henhold til § 354 a i lov om finansiel virksomhed.

2. Sagsfremstilling

K A/S har den 1. august 1997 fået tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab. Tilladelsen er afgrænset til investeringsservice i form af:

- Modtagelse og formidling for investorers regning af ordrer vedrørende et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 1, til lov om finansiel virksomhed samt
- Skønsmæssig porteføljepleje af de enkelte investorers værdipapirbeholdninger efter instruks fra investorerne, såfremt beholdningerne omfatter et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 4, til lov om finansiel virksomhed.
- Investeringsrådgivning

Selskabets tilladelse omfatter ikke tilladelse til forretninger for egen regning med ethvert af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed.

Selskabets forretningsmodel

Selskabets forretningsmodel består primært af følgende forretningsområder:

- Skønsmæssig porteføljepleje til pensionskunder med depot i B [pengeinstitut] AB. Selskabet havde pr. den 25. januar 2013 154 kunder, som alle er tidligere kunder i A A/S (nu benævnt D A/S). Selskabet anvender tre modelporteføljer (høj, medium og lav risiko), og kunderne er således opdelt i forhold til de tre risikoklasser. Kunder i samme kategori vil som udgangspunkt have samme procentvise andel af de enkelte aktier i porteføljen.
- Modtagelse og formidling af gevinstrettigheder vedrørende svenske præmieobligationer.
- Modtagelse og formidling af unoterede aktier på OTC-listen. Selskabet påbegyndte denne aktivitet primo 2012.

Selskabet har tidligere haft flere andre forretningsområder, som selskabet i 2012 har valgt at indstille eller stille i bero. Selskabet har tidligere haft et forretningsområde, hvor selskabet formidlede unoterede aktier samt noterede aktier uden om et reguleret marked. Derudover har selskabet haft en enkelt kunde, som fik udført skønsmæssig porteføljepleje i henhold til investeringsanalyser fra ... [hjemmeside]. Denne kunde har dog valgt at opsigte aftalen med selskabet pga. dårlig performance. Selskabet har ligeledes tidligere formidlet og rådgivet om lån og kreditter til gearede investeringer til kunder, som fik lån i E [pengeinstitut] i ... [et andet land]. Selskabet har således igennem en årrække haft en diversificeret portefølje af forretningsområder, om end aktiviteterne på hvert område har været beskedne med hensyn til såvel omfang som indtjening.

Selskabets økonomi

Selskabet har i en årrække haft svært ved at generere et overskud på driften af virksomheden, og selskabet har primært haft indtjening på forretningsområdet modtagelse og formidling af gevinstrettigheder vedrørende svenske præmieobligationer.

Som følge heraf har selskabet været på skærpet tilsyn af Finanstilsynet, hvor tilsynet blandt andet har overvåget selskabets økonomiske udvikling gennem månedlige indberetninger fra selskabet. Siden 2006 har selskabet haft underskud alle år på nær i 2009 og 2010, hvor selskabet havde et lille overskud (på hhv. 8 t.kr. og 30 t.kr.). I 2011 havde selskabet et underskud på 383 t.kr., og selskabet havde desuden et underskud i 2012 på 179 t.kr.

I starten af februar 2011 oplyste selskabet til Finanstilsynet, at selskabet ikke opfyldte minimumskapitalkravet på 0,3 mio. euro, jf. § 125, stk. 2, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed, idet selskabet havde lidt tab i forbindelse med F [pengeinstitut] A/S' konkurs. Selskabet havde således både haft et større indestående samt en beholdning af aktier i banken, hvilket medførte at selskabets basiskapital var ca. 500 t.kr. lavere end minimumskapitalkravet.

Den 11. februar 2011 fastsatte Finanstilsynet derfor en frist for selskabet til på ny at opfylde kravet til selskabets minimumskapital, og selskabets aktionærer foretog inden for fristen en kontant kapitalforhøjelse på 600 t.kr., hvorfor selskabets overdækning ultimo februar 2011 var på 74 t.kr.

Hvis man ser bort fra solvensproblemerne i februar 2011, har selskabets overdækning i perioden 2011-2012 været i intervallet 69 t.kr. til 407 t.kr. Overdækningen var højest ultimo september 2011, og dette var en følge af, at selskabet i september 2011 havde modtaget 309 t.kr. i dividende fra boet efter F A/S.

Selskabets overdækning var pr. ultimo januar 2013 på 124 t.kr.

Det fremgår af selskabets budget for 2013, at forretningsområdet med skønsmæssig porteføljepleje til pensionskunder udgør en væsentlig del af de forventede indtægter i selskabet, idet selskabet forventer, at ca. 78 pct. af selskabets indtægter hidrører fra disse kunder, jf. bilag 1.

Undersøgelser af selskabet

Finanstilsynet foretog den 1. december 2010 en ordinær undersøgelse i selskabet. Selskabet fik en række påbud m.v. i rapport af 21. december 2010, jf. bilag 2, og selskabet oplyste til Finanstilsynet i brev af 28. februar 2011, jf. bilag 3, at direktionen i samarbejde med bestyrelsen havde taget de enkelte påbud til efterretning og bragt forholdene i overensstemmelse med gældende lovgivning og tilsynets rapport.

I brev af 21. december 2012 meddelte Finanstilsynet selskabet, at tilsynet ville foretage endnu en ordinær undersøgelse i selskabet. I forbindelse hermed blev selskabet anmodet om at indsende materiale til brug for undersøgelsen. Materialet blev modtaget den 28. januar 2013.

Finanstilsynet gennemførte den 8. februar 2013 en undersøgelse af selskabet, og tilsynet konstaterede, at selskabet på en lang række områder overtræder den finansielle lovgivning, herunder bestemmelser om selskabets aktiviteter, investorbekyttelsesbestemmelser samt en række organisatoriske krav.

2.1 Forretninger for egen regning

Undersøgelsen i 2013

I forbindelse med undersøgelsen af selskabet i februar 2013 har Finanstilsynet anmodet selskabet om at sende en liste over foretagne handler på selskabets egenbeholdning i perioden 1. januar 2011 til 31. januar 2013.

Det fremgår af de indsendte lister, jf. bilag 4, at selskabet har solgt fire aktieposter i perioden 5. januar 2011 til 17. februar 2011, men selskabet har ikke købt aktier for egen regning i perioden 1. januar 2011 til 5. oktober 2011.

I perioden 6. oktober 2011 til 27. december 2011 har selskabet handlet aktivt i aktier i G, H, I og J. Selskabet har således i denne periode haft 30 handler, hvor der er købt og solgt den samme mængde aktier i løbet af kort tid. Eksempelvis har selskabet den 3. november 2011 købt 5 H aktier for en samlet værdi på 169.854 kr., og har senere samme dag solgt de pågældende 5 aktier for 175.037 kr. Tilsvarende har selskabet den 1. november 2011 købt 3.000 J aktier for en samlet værdi på 141.212 kr., og har to dage senere, den 3. november 2011, solgt de pågældende 3.000 aktier for 151.340 kr. Selskabet har i gennemsnit beholdt aktieposter, som er købt i perioden 6. oktober 2011 til 27. december 2011, i 6,6 dage.

Selskabet har ligeledes foretaget en del handler vedrørende aktier i 2012, idet selskabet har foretaget 31 handler i denne periode. Selskabet har købt aktier i selskaberne G, J, K og I, og i en række tilfælde solgt aktierne kort tid efter erhvervelsen. Selskabet har eksempelvis købt 2.000 I aktier for en samlet værdi på 148.723 kr. den 2. januar 2012, og har senere samme dag solgt de pågældende 2.000 aktier for 152.271 kr. Der er desuden syv andre eksempler på, at selskabet har købt og solgt den samme aktiepost i løbet af 1-3 dage.

I andre tilfælde har selskabet beholdt en aktiepost i 2-4 måneder, og her har selskabet typisk haft store tab på aktierne. Eksempelvis købte selskabet den 4. september 2012 4.000 G aktier for en samlet værdi på 195.092 kr., og solgte de pågældende 4.000 aktier for 134.598 kr. den 27. december 2012, dvs. 3 måneder og 23 dage senere.

Det fremgår af bestyrelsens forhandlingsprotokol, jf. bilag 5, at direktionen den 25. januar 2013, har oplyst til bestyrelsen, at der i 2012 har været negative kursreguleringer på aktier på ca. 100 t.kr. Det fremgår desuden af compliancerapporten for 2012, at der i 2. kvartal var et ikke realiseret tab på værdipapirer på 136 t.kr. Bestyrelsen har været løbende orienteret om selskabets værdipapirbeholdning, og bestyrelsen bad desuden direktionen om på bestyrelsesmødet den 30. august 2012 at ”neddrose” aktiviteten med placering af egne midler hen mod slutningen af 2012.

Finanstilsynet har i forbindelse med undersøgelsen i februar 2013 fået oplyst, at selskabet har solgt hele beholdningen af aktier inden udgangen af 2012 på nær en aktiepost i K, som blev solgt i januar 2013.

Finanstilsynet har endvidere fået oplyst, at det var modtagelsen af dividende fra boet efter F A/S, der medførte, at selskabet igen begyndte at handle aktier for egen regning i starten af oktober 2011.

Undersøgelsen i 2010

På undersøgelsen af selskabet i december 2010 kunne Finanstilsynet konstatere, at selskabet handlede for egen regning, hvilket var i strid med selskabets tilladelse, jf. § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Selskabet havde handlet aktivt med ca. en fjerdedel af selskabets basiskapital. Det var desuden Finanstilsynets vurdering, at nogle af handlerne havde en spekulativ karakter, idet de bl.a. var foretaget på markeder uden for Europa i selskaber, hvis aktier var illikvide. Handelsaktiviteterne havde endvidere en sådan karakter, at de ikke kunne betragtes som langsigtede.

Det var derfor Finanstilsynets vurdering, at de udførte handler krævede tilladelse til at udføre forretninger for egen regning i henhold til bilag 4, afsnit A, nr. 3, i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet gav derfor selskabet et påbud om at sikre, at selskabets placering af basiskapital skete i overensstemmelse med selskabets tilladelse, jf. § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

2.2 Investorbeskyttelse

I forbindelse med selskabets nye forretningsområde med skønsmæssig porteføljepleje til pensionskunder fra A A/S, blev der den 11. december 2012 afholdt et møde mellem selskabet og Finanstilsynet. På mødet oplyste Finanstilsynet blandt andet, at selskabet skulle foretage egnethedstest på baggrund af de indhentede oplysninger fra kunderne. Selskabet oplyste, at det ville kontakte samtlige kunder telefonisk og på baggrund heraf foretage egnethedstest af kunderne. Finanstilsynet fik på undersøgelsen i februar 2013 oplyst, at selskabet ikke havde været i kontakt med samtlige kunder endnu.

Finanstilsynet har konstateret, at selskabet i dets forretningsgange vedrørende udførelse af skønsmæssig porteføljepleje for pensionskunder anfører, at kunderne inddeles i tre risikoklasser. Således fremgår det, at kunden i forbindelse med egnethedstesten angiver den ønskede risikoprofil. Endvidere fremgår det af forretningsgangen samt skema til foretagelse af egnethedstest, at kundernes risikoprofil fastsættes ud fra deres alder.

Finanstilsynet vurderede på baggrund i ovenstående at der var en risiko for, at selskabet ikke har været tilstrækkeligt opmærksomt på bestemmelserne vedrørende investorbeskyttelse i forbindelse med skønsmæssig porteføljepleje for pensionskunder, herunder at selskabet ikke har udført egnethedstest af selskabets kunder i overensstemmelse med kravene i

bekendtgørelse nr. 768 af 27. juni 2011 om investorbekendtgørelse ved værdipapirhandel (investorbekendtgørelsesbekendtgørelsen).

Finanstilsynet har derfor på undersøgelsen i februar 2013 foretaget en stikprøvekontrol af i alt fire kundemapper vedrørende kunder, der har indgået en aftale om skønsmæssig porteføljepleje med selskabet.

Finanstilsynet konstaterede i den forbindelse, at kunderne i to tilfælde havde oplyst overfor selskabet, at de ønskede en blanding af aktier og obligationer. Derudover havde kunderne oplyst, at de både på kort og lang sigt ønskede en medium risiko for så vidt angår udsving i værdien af porteføljen.

Selskabet havde dog klassificeret begge kunder til at skulle have høj risiko, hvilket indebærer, at kundernes porteføljer vil bestå af 100 pct. aktier og 0 pct. obligationer.

Finanstilsynet kunne således konstatere, at begge kunders porteføljer udelukkende bestod af aktier, og den ene kunde havde kun to aktier i porteføljen, herunder en aktie i M Inc., som selskabet på undersøgelsen selv betegnede som volatil. Denne kunde havde til selskabet oplyst, at han ikke selv havde kendskab og erfaring med aktier, obligationer m.v.

I den tredje stikprøve kunne Finanstilsynet konstatere, at en kunde var klassificeret til at skulle have lav risiko på porteføljen, hvilket ifølge aftalen betyder, at kunden skal have maksimalt 25 pct. aktier og mindst 75 pct. obligationer. Den pågældende kunde havde lige under 25 pct. aktier i overensstemmelse med mandatet, men kunden havde imidlertid ingen obligationer. Hovedparten af kundens midler var derimod kontant indestående i banken. Selskabet oplyste på undersøgelsen, at årsagen hertil var, at det p.t. ikke kan betale sig at købe obligationer grundet den lave rente.

2.3 Compliance

Finanstilsynet konstaterede på undersøgelsen, at compliancefunktionen er bemandet med studentermedhjælper N og bestyrelsesformand O. Det blev oplyst, at N varetager de daglige opgaver i compliance, og at O er den øverst ansvarlige for compliancefunktionen. Det blev oplyst på undersøgelsen, at N ikke tidligere har arbejdet med finansiell regulering. Det blev endvidere oplyst på undersøgelsen, at O ikke er ansat i selskabet.

Det fremgår af selskabets forretningsgange for compliance, jf. bilag 6, at arbejdsopgaverne i denne funktion omfatter indberetninger til Finanstilsynet, kontrol af bogføring vedrørende selskabets værdipapirbeholdning, løn, husleje m.v., kontrol af handler via B AB samt kontrol af status på overførsel af kundemidler.

2.4 Bestyrelsens retningslinjer til direktionen

Undersøgelsen i 2013

Finanstilsynet konstaterede på undersøgelsen, at rammerne i bestyrelsens retningslinjer til direktionen, jf. bilag 7, ikke på alle områder er i over-

ensstemmelse med den risikoprofil, som bestyrelsen har fastlagt for selskabet. Det fremgår således på side 8 i retningslinjerne, at *”der kun må handles for beløb tilnærmelsesvis over minimumskapitalkravet”*.

Som nævnt ovenfor bad bestyrelsen imidlertid direktionen om på bestyrelsesmødet den 30. august 2012 at neddrøse aktiviteten med placering af egne midler i aktier hen imod slutningen af 2012 med henblik på at egenbeholdningen af aktier skulle afvikles.

Finanstilsynet har i forbindelse med undersøgelsen konstateret, at der ikke er fastsat grænser for eksponering i enkeltaktier, hvorfor direktionen er bemyndiget til at placere alle midler *”tilnærmelsesvis over minimumskapitalkravet”* i én enkelt aktie.

Finanstilsynet har endvidere konstateret, at det ikke fremgår af retningslinjerne til direktionen, hvilke pengeinstitutter udover P A/S, som selskabet må have engagementer med samt rammer for, hvor store eksponeringer, selskabet maksimalt må have med de enkelte pengeinstitutter.

Finanstilsynet har desuden konstateret, at der ikke er fastsat nærmere rammer for placering i stats- og realkreditobligationer, herunder en grænse for renterisiko. Selskabet har imidlertid placeret 49.026 kr. af selskabets midler i realkreditobligationer.

Videre har Finanstilsynet konstateret, at bestyrelsen ikke i retningslinjerne har fastsat en ramme for hvor stor valutakursrisiko, selskabet må være eksponeret overfor.

Undersøgelsen i 2010

På undersøgelsen af selskabet i december 2010 kunne Finanstilsynet konstatere, at bestyrelsens retningslinjer til direktionen ikke fremgik klart og tydeligt med angivelse af instrumenter og målbare grænser for selskabets risici og ikke på en sådan måde, at direktionen ikke kunne handle uden for selskabets tilladelse. Finanstilsynet gav derfor selskabet et påbud herom.

2.5 Nye forretningsområder

Selskabet indgik i november 2012 en aftale med C A/S om, at dette selskab skulle anbefale dets kunder at overgå til K A/S i forbindelse med inddragelsen af A A/S tilladelse. K A/S indgik herefter aftaler om skønsmæssig porteføljepleje med de af A A/S kunder, der ønskede dette. I forbindelse hermed har selskabet i december 2012 indgået en aftale med kundernes depotbank B AB om kurtagedeling. Endelig har selskabet i november 2012 indgået en aftale med C A/S om, at C A/S fremover skal levere tre modelporteføljer samt løbende købs- og salgssignaler til selskabet.

Finanstilsynet konstaterede i forbindelse med undersøgelsen, at der ikke har været afholdt bestyrelsesmøde i forbindelse med, at selskabet har ændret forretningsmodellen til også at omfatte skønsmæssig porteføljepleje for pensionskunder fra C A/S samt indgåelse af de ovenfor nævnte

samarbejdsaftaler. Finanstilsynet har fået oplyst, at bestyrelsesformanden i processen vedrørende ovenstående har deltaget i løbende drøftelse med direktionen, og at den øvrige bestyrelse løbende har været orienteret pr. e-mail.

2.6 Øvrige forhold

Derudover konstaterede Finanstilsynet følgende forhold i forbindelse med undersøgelsen i februar 2013:

Overskridelser af retningslinjer og selskabets tilladelse

- Direktionen har ikke placeret selskabets midler i overensstemmelse med de af bestyrelsen afgivne retningslinjer, idet direktionen i flere omgange og i en længere periode har placeret flere af selskabets midler i Q P/F [pengeinstitut] end angivet i retningslinjerne. Det er Finanstilsynets vurdering, at dette er ikke i overensstemmelse med § 9, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1325 af 1. december 2010 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (ledelsesbekendtgørelsen), hvoraf det blandt andet følger, at direktionen skal forestå den daglige ledelse af virksomheden i overensstemmelse med de af bestyrelsen givne retningslinjer.
- Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet i forbindelse med samarbejdet med E [pengeinstitut] har formidlet og rådgivet om lån til gearede investeringer til kunder, hvilket er en aktivitet i bilag 4, afsnit B, i lov om finansiel virksomhed. Tilladelse til at udøve aktiviteter i afsnit B kan kun meddeles i tilknytning til de i bilag 4, afsnit A, nævnte aktiviteter, jf. § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Selskabet har imidlertid ikke tilladelse i henhold til bilag 4, afsnit B, nr. 8, til lov om finansiel virksomhed, hvorfor en sådan formidling og rådgivning er i strid med selskabets tilladelse i henhold til § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.
- Selskabet har gennem en årrække haft en beholdning af unoterede aktier i selskabet R Ltd. Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet derfor har placeret basiskapitalen i strid med § 157 i lov om finansiel virksomhed, hvoraf det fremgår, at fondsmæglerselskaber, der ikke har tilladelse til at udføre handler for egen regning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, kun kan placere selskabets basiskapital i aktier, såfremt aktierne er optaget til handel på et reguleret marked.

Det individuelle solvensbehov

- Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har opgjort det individuelle solvensbehov, jf. § 125, stk. 7, i lov om finansiel virksomhed, i overensstemmelse med alle bestemmelserne i bilag 1 til bekendtgørelse nr. 1399 af 16. december 2011 om kapitaldækning (kapitaldækningsbekendtgørelsen), jf. § 5, stk. 1, i kapitaldækningsbekendtgørelsen. Selskabet har således ikke kvantificeret de afsatte beløb, ikke anvendt stresstests, ligesom bestyrelsens drøftelser vedrørende det solvensbehov ikke er afspejlet i forhandlingsprotokollen, jf.

pkt. 26 og 98 i bilag 1 til kapitaldækningsbekendtgørelsen. Selskabet har endvidere ikke afsat midler til indtjeningsrisiko med begrundelse om, at denne ikke er kvantificérbar, ligesom der ikke er afsat midler til at dække operationelle risici med begrundelse om at, dette imødegås ved øget kontrol eller udførlige forretningsgange.

Selskabet fik et påbud om, at bestyrelsen og direktionen skulle tage stilling til alle de forhold, der er beskrevet i bilag 1 til kapitaldækningsbekendtgørelsen, jf. bekendtgørelsens § 5, stk. 1, ved opgørelse af det individuelle solvensbehov på undersøgelsen i december 2010.

Investorbeskyttelse

- Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har udført hensigtsmæssighedstest af detailkunder i forbindelse med modtagelse og formidling af gevinstrettigheder til svenske præmieobligationer, hvilket er et krav i henhold til § 17, stk. 1, investorbeskyttelsesbekendtgørelsen.
- Selskabet modtager præmiering i forbindelse med udførelsen af skønsmæssig porteføljepleje til pensionskunder, idet selskabet har en aftale om kurtagesplit med B AB. Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har dokumenteret, at betingelserne for at modtage præmiering er til stede, jf. § 7, stk. 1, i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen.

Finanstilsynet henledte i forbindelse med mødet med selskabet den 11. december 2012 selskabets opmærksomhed på, at betingelserne i § 7 i bekendtgørelse om investorbeskyttelse skal være opfyldt, førend selskabet må modtage præmiering.

- Selskabets kunder modtager ikke periodiske oversigter fra selskabet om porteføljeplejen, men har givet samtykke til, at de selv skal logge på netbanken og downloade en rapport for at kunne se værdien af porteføljen m.v. Oplysninger om gebyrernes samlede størrelse i perioden fremgår imidlertid ikke i rapporten fra netbanken. Selskabet har oplyst, at der ikke er planer om øvrig rapportering til kunderne. Det er Finanstilsynets vurdering, at dette ikke er i overensstemmelse med § 22, stk. 2, nr. 4, i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen.

Rapportering

- Direktionen foretager ikke rapportering til bestyrelsen på de områder, hvor bestyrelsen har fastsat grænser for direktionen, herunder grænserne for direktionens placering af selskabets basiskapital, ligesom der ikke rapporteres på relevante grænser i lovgivningen. Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet dermed overtræder § 26, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1325 af 1. december 2010 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (ledelsesbekendtgørelsen), hvorefter der skal ske rapportering på alle de områder, hvor bestyrelsen har fastsat grænser for direktionen samt på relevante grænser i lovgivningen.

- Det er Finanstilsynets vurdering, at compliancerapporteringen til ledelsen ikke er i overensstemmelse med § 6 i bekendtgørelse nr. 428 af 9. maj 2007 om de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af virksomhed som værdipapirhandler (§ 72-bekendtgørelsen), da de udførte opgaver har karakter af kontroller, som skal foretages som en del af den daglige drift, og ikke er egentlige complianceopgaver. Derudover fremgår det ikke, om der er truffet passende foranstaltninger i tilfælde af, at compliancefunktionen konstaterer manglende overholdelse af reglerne.
- Finanstilsynet har konstateret, at ledelsen ikke modtager rapportering vedrørende selskabets risikostyringsregler og -procedurer. Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke er i overensstemmelse med § 6 i § 72-bekendtgørelsen, hvoraf det fremgår, at ledelsen regelmæssigt og mindst én gang årligt skal modtage en skriftlig rapportering vedrørende selskabets risikostyringsregler og -procedurer.

Finanstilsynet konstaterede også på undersøgelsen i december 2010, at selskabets ledelse ikke havde modtaget skriftlig rapportering vedrørende selskabets risikostyringsregler og -procedurer.

Kontrolprocedurer

- Finanstilsynet har konstateret, at bestyrelsesformanden foretager kontrol af foretagne handler på stikprøvebasis. Det er Finanstilsynets vurdering, at dette ikke er fyldestgørende interne kontrolprocedurer, da der hermed ikke foretages kontrol af alle væsentlige risikobehæftede opgaver, herunder dispositioner, som selskabets direktør og en studentermedhjælper foretager i forbindelse med udøvelse af skønsmæssig porteføljepleje, hvilket ikke er i overensstemmelse med § 71, stk. 1, nr. 7, i lov om finansiel virksomhed.

Videregivelse af fortrolige oplysninger

- Selskabet udlejer skriveborde til to lejere, som sidder fysisk i samme lokale som selskabet, men som ikke har noget med selskabet at gøre. Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet derved ikke har iværksat tilstrækkelige foranstaltninger til beskyttelse af fortrolige kundeoplysninger, jf. § 117, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Politikker, forretningsgange m.v.

- Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabets forretningsgange er for summariske. Forretningsgangene opfylder dermed ikke kravene i § 18 i ledelsesbekendtgørelsen.
- Det er Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsen ikke har vedtaget relevante politikker, herunder en markedsrisikopolitik eller en politik for håndtering af operationelle risici, hvilket fremgår af § 5, stk. 1, nr. 2 og 3, i ledelsesbekendtgørelsen.

- Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har vedtaget retningslinjer for udvikling og godkendelse af nye tjenesteydelser og produkter i overensstemmelse med § 28 i ledelsesbekendtgørelsen

Outsourcing

- Finanstilsynet har konstateret, at selskabet outsourcer udarbejdelse af modelporteføljer samt løbende investeringsanalyser til D A/S (det tidligere A A/S). Derudover har selskabet outsourcet it-drift på allokering af gevinstrettigheder til S A/S. Selskabet har oplyst til Finanstilsynet, at det ikke har vedtaget retningslinjer for outsourcing. Det er dermed Finanstilsynets vurdering, at selskabet overtræder § 4, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1304 af 25. november 2010 om outsourcing af væsentlige aktivitetsområder, hvoraf det fremgår, at selskaber, som outsourcer væsentlige opgaver, skal udarbejde interne retningslinjer, som skal sikre, at opgavevaretagelsen ved outsourcing foregår betryggende.
- Det er Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsen ikke modtager rapportering, om hvorvidt outsourcete opgaver bliver løst tilfredsstillende. Det fremgår af § 2, stk. 2, i bekendtgørelse om outsourcing af væsentlige aktivitetsområder, at der løbende skal ske rapportering til bestyrelsen, så det kan sikres, at bekendtgørelsen overholdes, herunder at retningslinjerne i følges, ligesom bestyrelsen løbende skal vurdere, om opgaveløsningerne er tilfredsstillende.

Interessekonflikter og ordreudførelsespolitik

- Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke i overensstemmelse med § 16, stk. 2, i § 72-bekendtgørelsen har identificeret samtlige potentielle interessekonflikter, der kan opstå i forbindelse med skønsmæssig porteføljepleje, samt at de fastsatte procedurer og foranstaltninger til håndtering af de interessekonflikter, der er identificeret, alle efterleves i praksis. Eksempelvis har selskabet ikke identificeret den interessekonflikt, som fremkommer ved at selskabet modtager en del af kurtagen til B AB i forbindelse med transaktioner på vegne af pensionskunder.
- Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabets ordreudførelsespolitik ikke indeholder en liste over de handelssteder, som kan benyttes, hvilket den skal i henhold til § 4, stk. 3, nr. 2, i bekendtgørelse nr. 811 af 30. juni 2011 om værdipapirhandleres udførelse af ordrer.

Bestyrelsens selvevaluering

- Det er Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsen ikke har vurderet, om dens medlemmer tilsammen besidder den fornødne viden og erfaring om virksomhedens risici til at sikre en forsvarlig drift af virksomheden, jf. § 3, stk. 1, 1. pkt., i ledelsesbekendtgørelsen.

3. Høring

Finanstilsynet har den 19. februar 2013 sendt udkast til afgørelse, hvor visse oplysninger er udeladt med henblik på offentliggørelse, i høring hos K A/S. Høringsbrev samt de to udkast til afgørelser er vedlagt som bilag 8.

Selskabets advokat har på vegne af selskabet i høringssvar af den 26. februar 2013 vedlagt som bilag 9 oplyst til Finanstilsynet, at selskabet finder, at inddragelsen af selskabets fondsmæglertilladelse er en disproportional og for vidtgående reaktion henset til de øvrige sanktionsmuligheder, der er til rådighed for Finanstilsynet med henblik på at sikre hensynene til såvel investorerne som samfundet i øvrigt.

Videre oplyses det i høringssvaret, at selskabet i stedet for en inddragelse af tilladelsen har foreslået en række konkrete tiltag, der ifølge selskabet skulle sikre, at selskabets kunder vil blive behandlet ordentligt og i overensstemmelse med reglerne om investorbeskyttelse. Det foreslås blandt andet, at ejerkredsen, bestyrelsen og direktionen udskiftes helt eller delvist.

Selskabet oplyser endvidere i høringssvaret, at samtlige af selskabets detailkunder er overtaget fra C A/S, der pr. 21. november 2012 fik inddraget sin fondsmæglertilladelse. Videre oplyses det, at det forhold, at en inddragelse af selskabets tilladelse vil medføre, at disse kunder igen vil blive udsat for, at deres fondsmæglerselskab får inddraget tilladelsen, bør indgå med betydelig vægt i Finanstilsynets vurdering.

Derudover er det i høringssvaret oplyst, at selskabet er uenig i Finanstilsynets vurdering i relation til investorbeskyttelse. Selskabet mener således ikke, at de to kunder, som ønskede en blanding af aktier og obligationer, og som havde angivet i porteføljeplejeaftalen, at de alene ønskede *"udsving i værdien af min portefølje i perioder i forventning om at opnå et lidt højere afkast"* samt, at de *"lægger stor vægt på en middel vækst i min pensionsformue, men jeg kan ikke acceptere alt for store negative afvigelser i forhold til det ventede"*, havde tilkendegivet, at de ønskede en medium risiko.

Det oplyses endvidere, at selskabet er uenig i den rejste kritik af, at den pågældende kunde alene havde to aktier i sin portefølje, idet man ved mindre depoter typisk ligger med et færre antal aktier (mindre spredning) af hensyn til kurtageomkostninger m.v. Ydermere oplyses det, at kundens midler har været investeret i de aktier, der generelt er mindre følsomme overfor markedsudsving.

Selskabet oplyser endvidere i høringssvaret, at det i porteføljeplejeaftalen er angivet, at selskabet kan rebalancere kundernes pensionsopsparing i aktier, obligationer eller kontant indestående, såfremt det skønnes at være hensigtsmæssigt.

Videre oplyses det, at dette indebærer, at såfremt obligationskurserne er ekstraordinært høje samt, at renten er ekstraordinært lav, og at det ud fra

et investeringsmæssigt synspunkt ikke er hensigtsmæssigt at investere i obligationer, vil selskabet afstå fra investering i obligationer og i stedet allokere kundens midler til kontantindestående i stedet.

4. Retligt grundlag

4.1 Forretninger for egen regning

I henhold til § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, kan et fondsmæglerselskab få tilladelse af Finanstilsynet til at udøve de aktiviteter, som fremgår af lovens bilag 4, afsnit A. Omfattet af lovens bilag 4, afsnit A, er aktiviteten ”Forretninger for egen regning med ethvert af de i bilag 5 nævnte instrumenter”, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed. Et fondsmæglerselskabs tilladelse skal angive de aktiviteter i bilag 4, som tilladelsen omfatter, jf. § 9, stk. 1, 4 pkt., i lov om finansiel virksomhed. Således fremgår det af lovbemærkningerne, at virksomheder med tilladelse efter § 9, stk. 1, kun kan udføre den eller de aktiviteter, som de har søgt om og fået tilladelse til.

Selskaber, der alene har tilladelse til modtagelse og formidling for investorers regning af ordrer vedrørende et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 1, til lov om finansiel virksomhed, skønsmæssig porteføljepleje af de enkelte investorers værdipapirbeholdninger efter instruks fra investorerne, såfremt beholdningerne omfatter et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 4, til lov om finansiel virksomhed samt investeringsrådgivning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 5, til lov om finansiel virksomhed, skal have en basiskapital på minimum 0,3 mio. kr., jf. § 125, stk. 2, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed.

Fondsmæglerselskaber, der har tilladelse til forretninger for egen regning, skal have en basiskapital på minimum 1 mio. euro., jf. § 125, stk. 2, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed. Det højere minimumskapitalkrav skal tage højde for de risici, der er forbundet med aktiviteter, som forretninger for egen regning medfører, herunder øgede markedsrisici.

Det fremgår af § 157 i lov om finansiel virksomhed, at fondsmæglerselskaber, der ikke har tilladelse til at udføre handel for egen regning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, kan placere selskabets basiskapital i aktier og obligationer, som er optaget til handel på et reguleret marked, samt i andele i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger og professionelle foreninger samt investeringsinstitutter, der er UCITS.

Formålet med bestemmelsen i § 157 er at give fondsmæglerselskaber et alternativ til placering på indskud i pengeinstitutter, uden at fondsmæglerselskaberne dog kan påtage sig de risici, som fondsmæglerselskaber, der har tilladelse til forretninger for egen regning, kan påtage sig. Det fremgår således af bemærkningerne til § 157, at besiddelse af positioner i finansielle instrumenter med henblik på at investere selskabets egenkapital ikke betragtes som handel for egen regning. Hyppige handel med de nævnte finansielle instrumenter falder således udenfor bestemmelsens område.

I henhold til Finanstilsynets praksis vedrørende § 157 i lov om finansiel virksomhed skal fondsmæglerselskaber uden tilladelse til forretninger for egen regning placere basiskapitalen langsigtet, ikke-spekulativt og i likvide aktiver.

4.2 Investorbeskyttelse

I henhold til § 16, stk. 1, i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen skal en værdipapirhandler, som udøver investeringsrådgivning eller porteføljepleje, indhente de nødvendige oplysninger om en kundes kendskab til og erfaring på det investeringsområde, som er relevant for den specifikke type produkt eller tjenesteydelse samt for kundens finansielle situation og investeringsformål, så værdipapirhandleren kan anbefale kunden den værdipapirhandel og de finansielle instrumenter, der egner sig for vedkommende.

Videre fremgår det af 16, stk. 2, i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen, at værdipapirhandleren ved udøvelse af porteføljepleje og investeringsrådgivning på baggrund af de i stk. 1 indhentede oplysninger og under hensyntagen til den leverede tjenesteydelses art og omfang skal sørge for, at den specifikke transaktion, der anbefales eller udføres, opfylder følgende kriterier:

- 1) Den opfylder kundens investeringsformål.
- 2) Kunden er finansielt i stand til at bære de med handlen forbundne investeringsrisici, der er i overensstemmelse med den pågældendes investeringsformål.
- 3) Kunden har den nødvendige erfaring og det nødvendige kendskab til at kunne forstå risiciene ved transaktionen eller porteføljeplejen.

4.3 Compliance

Det fremgår af § 4, stk. 1, i § 72-bekendtgørelsen, at selskabet skal have metoder og procedurer, der er egnet til at opdage og minimere enhver risiko for, at selskabet ikke opfylder sine forpligtelser som værdipapirhandler i henhold til lov om finansiel virksomhed m.v.

Det fremgår endvidere af § 4, stk. 2, i § 72-bekendtgørelsen, at værdipapirhandlere skal have en compliancefunktion, der fungerer uafhængigt, og som har følgende ansvarsområder:

- 1) Kontrol og vurdering af, om metoderne og procedurerne efter stk. 1, 1. pkt., og de foranstaltninger, der træffes for at afhjælpe eventuelle mangler, er effektive.
- 2) Rådgivning af og bistand til de personer, der har ansvaret for at yde investeringservice og udføre investeringsaktiviteter, for at sikre, at værdipapirhandleren overholder sine forpligtelser efter stk. 1.

Derudover fremgår det af bestemmelsens § 4, stk. 3, i § 72-bekendtgørelsen at for sikre, at compliancefunktionen kan varetage sine

ansvarsområder korrekt og uafhængigt, skal selskabet sørge for, at følgende betingelser opfyldes:

- 1) Compliancefunktionen skal have de nødvendige ressourcer, den nødvendige kompetence og sagkundskab samt adgang til alle relevante oplysninger.
- 2) En medarbejder skal være ansvarlig for compliancefunktionen og al rapportering, jf. § 6.
- 3) De relevante personer, der er involveret i compliancefunktionen, må ikke deltage i leveringen af de tjenesteydelser eller udførelsen af de aktiviteter, de kontrollerer.
- 4) Metoden til at fastsætte vederlaget til de relevante personer, der er involveret i compliancefunktionen, må ikke bringe deres uafhængighed i fare.

4.4 Bestyrelsens retningslinjer til direktionen

I henhold til § 7, stk. 1, nr. 1, i ledelsesbekendtgørelsen skal retningslinjerne til direktionen være i overensstemmelse med de af bestyrelsen vedtagne politikker og risikoprofilen på de enkelte risikoområder. Videre følger det af § 7, stk. 1, nr. 3, i ledelsesbekendtgørelsen, at retningslinjerne skal indeholde kontrollerbare grænser for størrelsen af de risici, som direktionen er bemyndiget til at tage på virksomhedens vegne. Endvidere følger det af § 7, stk. 6, i ledelsesbekendtgørelsen, at det skal fremgå af retningslinjerne, at rapportering til bestyrelsen skal ske på alle de områder, hvor bestyrelsen har fastsat grænser for direktionen, eller hvor der er fastsat grænser i lovgivningen.

Det følger af § 9, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen, at direktionen skal forestå den daglige ledelse af virksomheden i overensstemmelse med lovgivningens bestemmelser, herunder selskabsloven og lov om finansiel virksomhed, de af bestyrelsen vedtagne politikker, jf. § 5 i ledelsesbekendtgørelsen og de af bestyrelsen givne retningslinjer, jf. §§ 6 og 7 i ledelsesbekendtgørelsen, og eventuelle mundtlige eller skriftlige anvisninger fra bestyrelsen.

4.5 Nye forretningsområder

I henhold til § 71, stk. 1, nr. 4, skal selskabet have effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, selskabet har eller kan blive udsat for.

Ovennævnte bestemmelse er udmøntet i ledelsesbekendtgørelsen. Herunder fremgår det af § 4, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen, at bestyrelsen, når virksomhedens forhold, markedsforhold eller andre relevante forhold tilsiger dette, dog mindst en gang om året, skal foretage en vurdering af virksomhedens risici.

Videre fremgår det af § 2, nr. 1, i ledelsesbekendtgørelsen, at bestyrelsen som led i varetagelsen af den overordnede og strategiske ledelse af virksomheden skal træffe beslutning om virksomhedens forretningsmodel.

Det fremgår endvidere af § 74, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, at bestyrelsesformanden skal sørge for, at bestyrelsen holder møde, når dette er nødvendigt, og skal påse, at samtlige medlemmer indkaldes. Ligesom det af pkt. 5 i bilag 6 til ledelsesbekendtgørelsen fremgår, at bestyrelsen skal mødes, når der skal træffes beslutning om forhold, der ikke er omfattet af de beføjelser, bestyrelsen har givet til direktionen, jf. § 70 i lov om finansiel virksomhed.

4.6 Inddragelse af tilladelse som fondsmæglerselskab

I henhold til § 224, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, kan Finanstilsynet inddrage tilladelsen til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab

- 1) hvis den finansielle virksomhed gør sig skyldig i grove eller gentagne overtrædelser af denne lov, lov om værdipapirhandel m.v. eller lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. eller regler udstedt i medfør af disse love,
- 2) hvis den finansielle virksomhed ikke opfylder kravene i kapitel 3, jf. dog § 124, stk. 2, nr. 2, og stk. 3, samt § 125, stk. 2, nr. 2-4,
- 3) hvis virksomhed som finansiel virksomhed ikke påbegyndes senest 12 måneder efter, at Finanstilsynet har meddelt virksomheden tilladelse, eller
- 4) hvis der ikke udøves finansiel virksomhed i en periode på over 6 måneder.

Af bemærkningerne til lov om finansiel virksomhed fremgår det, at inddragelse af tilladelse kan blive aktuel, når blot én af ovenfor nævnte situationer indtræder. Endvidere fremgår det, at da en afgørelse om inddragelse af tilladelse er af indgribende karakter for virksomheden og investorer vil inddragelse af tilladelse typisk kun blive aktuel efter, at selskabet har haft en frist til at afhjælpe eller påbegyndelse af virksomhed, og at dette ikke er sket.

5. Vurdering

5.1 Forretninger for egen regning

Selskabet har i perioden 6. oktober 2011 til den 28. december 2012 foretaget 61 handler for egen regning. Handlerne er foretaget i aktier i J, G, K og I, som kan betragtes som volatile. Selskabet har desuden købt og solgt den samme mængde aktier i løbet af kort tid. Flere aktieposter er købt og solgt i løbet af den samme dag, og der er mange eksempler, hvor selskabet har købt og solgt en aktiepost indenfor en uge.

Selskabet havde i 2012 negative kursreguleringer på aktier på ca. 100 t.kr., mens der alene i 2. kvartal 2012 var et ikke realiseret tab på aktier på 136 t.kr.

Det er således Finanstilsynets vurdering, at selskabet gentagne gange har foretaget kortsigtede og spekulative forretninger for egen regning.

I henhold til selskabets tilladelse kan selskabet alene placere basiskapitalen i noterede værdipapirer og placeringer skal være langsigtede med lav omsætningshastighed samt ikke-spekulative. Selskabet må alene foretage de nødvendige handler for at gennemføre placeringen af basiskapitalen. Såfremt der foretages kortsigtede, hyppige og spekulative handler, vil der være tale om forretninger for egen regning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed.

Minimumskapitalkravet for fondsmæglerselskaber, som har tilladelse til forretninger for egen regning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3, i lov om finansiel virksomhed er på 1 mio. euro. Ved at handle for egen regning har selskabet påtaget sig risici, der ikke er taget højde for i selskabets minimumskapitalkrav på 0,3 mio. euro. Endvidere er selskabet påført et tab som følge af de foretagne handler for egen regning.

Idet selskabet ikke har tilladelse til forretninger for egen regning, er det Finanstilsynets vurdering på baggrund af ovenstående, at selskabet i væsentlig grad har overtrådt sin tilladelse, jf. § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet finder det desuden særligt uansvarligt, at selskabet har foretaget sådanne spekulative handler for egen regning, når selskabet i en årrække har haft svært ved at generere et overskud på driften af virksomheden. Siden 2006 har selskabet således haft underskud alle år på nær i 2009 og 2010, hvor selskabet havde meget små overskud. Samtidig har selskabet ikke haft en overdækning, der kunne modsvare tab som følge af øget risikotagning.

Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at selskabet gør sig skyldig i gentagne overtrædelser af lov om finansiel virksomhed hvad angår handel for egen regning, idet Finanstilsynet også i forbindelse med undersøgelsen i december 2010 kunne konstatere, at selskabet handlede for egen regning, idet handlerne i strid med § 157 i lov om finansiel virksomhed var både spekulative, kortsigtede og vedrørte illikvide aktier. Finanstilsynet gav derfor i december 2010 selskabet et påbud om at sikre, at selskabets placering af basiskapital skete i overensstemmelse med selskabets tilladelse, jf. § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Som det fremgår under sagsfremstillingen, oplyste selskabet til Finanstilsynet i brev af 28. februar 2011, at påbuddet herom var efterlevet. Alligevel begyndte selskabet fra og med den 6. oktober 2011 igen at handle aktivt for egen regning.

Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet, herunder bestyrelsen, ikke i tilstrækkelig grad har sikret og fulgt op på, at selskabet overholder § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

5.2 Investorbeskyttelse

Som det fremgår under sagsfremstillingen foretog Finanstilsynet på undersøgelsen i februar 2013 stikprøvekontrol af fire detailkunder, der har indgået en aftale om skønsmæssig porteføljepleje af pensionsmidler med selskabet med henblik på at vurdere, om selskabet udfører egnethedstest i overensstemmelse med § 16 i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen.

To af disse fire kunder havde oplyst til selskabet, at de ønskede en blanding af aktier og obligationer. Derudover havde de to kunder oplyst, at de både på kort og lang sigt ønskede en medium risiko for så vidt angår udsving i værdien af porteføljen samt forventninger til investeringerne. Selskabet havde alligevel klassificeret begge kunder til at skulle have en portefølje med høj risiko, hvilket indebærer, at kundernes porteføljer består af 100 pct. aktier og 0 pct. obligationer.

I henhold til § 16, stk. 1, i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen skal selskabet på baggrund af de indhentede kundeoplysninger om investeringsformål m.v. fastlægge kundens investeringsstrategi/profil, således at selskabet ved hver specifik transaktion udelukkende foretager handler på vegne af kunden, der egner sig for den pågældende kunde.

Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke i tilstrækkelig grad har sikret, at de transaktioner, som selskabet har udført på vegne af de to kunder i forbindelse med skønsmæssig porteføljepleje, opfylder kundernes investeringsformål, idet de to kunder ikke har fået en portefølje med medium risiko med en blanding af både aktier og obligationer som ønsket. I stedet har de to kunder fået en portefølje bestående af aktier med høj risiko, herunder aktier i M Inc.

Selskabet har således i flere af de tilfælde, som Finanstilsynet kontrollerede, ikke sikret, at den udførte skønsmæssige porteføljepleje var egnet for kunden. Stikprøverne har således understøttet Finanstilsynets indtryk af, at selskabet ikke har procedurer, der sikrer, at selskabets udførelse af skønsmæssig porteføljepleje i alle tilfælde er egnet for kunderne. Det er Finanstilsynets vurdering, at dette er en grov overtrædelse af investorbeskyttelsesbekendtgørelsen, som er udstedt i medfør af § 43, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed.

Det er i høringssvaret af 26. februar 2013 oplyst, at selskabet er uenig i, at de to kunder, som ønskede en blanding af aktier og obligationer, og som havde angivet i porteføljeplejeaftalen, at de kunne acceptere udsving i værdien i deres porteføljer i perioder i forventning om at opnå et lidt højere afkast samt, at de lagde stor vægt på en middel vækst i pensionsformuen, ønskede en medium risiko.

I aftalen kan kunder i relation til ”kortsigtet risikoattitude” udover ”udsving i værdien i deres porteføljer i perioder” vælge mellem to andre scenarier, idet der kan vælges mellem om de kan ”acceptere risiko for store udsving i porteføljen i perioder i forventning om, at maksimere afkastet på langt sigt” eller at ”minimere risikoen for udsving i porteføljen

samt at kunden accepterer at afkastet liver lavt". I relation til "Langsigtet risikoattitude" kan kunder vælge mellem lav, middel og stor vækst.

Det er fortsat Finanstilsynets vurdering, at kunder som ikke kan acceptere store udsving i værdien af porteføljen, men alene kan acceptere udsving i værdien af porteføljen i perioder, samt som samtidig lægger stor vægt på en middel vækst i pensionsformuen, og ikke kan acceptere alt for store negative afvigelser i forhold til det ventede, ikke kan betegnes som høj-risiko-kunder. I stedet er det Finanstilsynets vurdering, at sådanne kunder ønsker en medium risiko, og at selskabets konklusion om, at kunderne er høj-risiko-kunder er forkert. På den baggrund er det fortsat Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke i tilstrækkelig grad har sikret, at de transaktioner, som selskabet har udført på vegne af de to kunder i forbindelse med skønsommæssig porteføljepleje, opfylder kundernes investeringsformål.

Som det er nævnt ovenfor, oplyser selskabet i høringsvaret af 26. februar 2013, at selskabet er uenig i den rejste kritik af, at en kunde alene havde to aktier i sin portefølje. Dertil skal Finanstilsynet oplyse, at tilsynet ikke har rejst kritik af det forhold, at kunden kun havde to forskellige aktier i porteføljen, men af det forhold, at kunden havde anmodet om at få en blanding af både aktier og obligationer.

Af høringsvaret fremgår desuden, at kunders midler har været investeret i de aktier, der generelt er mindre følsomme overfor markedsudsving. En af stikprøverne viste imidlertid, at en kunde, som ikke ønskede store udsving i værdien af porteføljen og som alene ønskede middel vækst havde en beholdning af M Inc. aktier, som selskabet som nævnt ovenfor selv på undersøgelsen betegnede som volatile. Det kan ydermere oplyses, at den pågældende kunde pr. den 8. februar 2013 havde haft et negativt afkast på 34,44 pct. på investeringen i M Inc.

I den tredje stikprøve, hvor kunden var klassificeret til at skulle have lav risiko på porteføljen (maksimalt 25 pct. aktier, og mindst 75 pct. obligationer), kunne Finanstilsynet ligeledes konstatere, at kunden ikke havde nogen beholdning af obligationer, men i stedet var hovedparten af kundens midler kontant indestående i banken. Finanstilsynet skal ikke vurdere, om strategien med ikke at købe obligationer grundet den lave rente er god, men Finanstilsynet kan konstatere, at selskabet ved ikke at investere minimum 75 pct. af kundens midler i obligationer har overtrådt den indgåede aftale. Såfremt selskabet ikke mener, at lavrisikokunder skal investere i obligationer, skal selskabet oplyse dette til kunderne, hvorefter der efterfølgende kan ske en ændring af aftalerne for så vidt angår mandaterne.

Ved ikke at overholde de med kunden aftalte investeringsrammer og købe mindst 75 pct. obligationer til lavrisikokunder opfylder selskabet ikke disse kunders investeringsønsker. Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet dermed ikke i overensstemmelse med § 16, stk. 1, i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen sikrer, at den udførte porteføljepleje er egnet for de pågældende kunder. Ved at handle uden for det aftalte mandat påtager selskabet sig endvidere en risiko for sagsanlæg fra kunder.

Det er oplyst i selskabets hørings svar, at det fremgår af porteføljeplejeaftalen, at selskabet, hvis det skønnes hensigtsmæssigt for kunden, kan rebalancere pensionsopsparingen i aktier, obligationer eller kontant indestående. Dette indebærer ifølge selskabet, at selskabet kan se bort fra kundens ønske om en blanding af både aktier og obligationer, såfremt selskabet skønner, at det ikke er hensigtsmæssigt at investere i obligationer på grund af en stor kursrisiko m.v.

Det er imidlertid Finanstilsynets vurdering, at selskabets mulighed for at rebalancere pensionsopsparingen ikke kan anvendes til fuldstændigt at se bort fra kundens ønsker til hvilke finansielle instrumenter, som porteføljen skal bestå af. Ydermere er det Finanstilsynets vurdering, at det ikke kan udledes af aftalen, at selskabet har mandat til at placere over 75 pct. af en kundes midler i kontant indestående. Finanstilsynet skal desuden bemærke, at kunderne blandt andet betaler et fast honorar, som beregnes på basis af kundernes depotværdi inkl. de kontante midler. Kunderne vil således skulle betale honorar til selskabet til trods for, at hovedparten af kundernes midler er placeret i kontant indestående.

Det er på den baggrund fortsat Finanstilsynets vurdering, at i tilfælde hvor det skønnes hensigtsmæssigt at have hovedparten af en kundes midler stående kontant, bør det fremgå klart af aftalen eller en allonge hertil, at dette er i overensstemmelse med mandatet og kundens ønsker.

5.3 Compliance

Som det fremgår af nærværende afgørelse, herunder forholdene beskrevet i afsnit 2.6, har Finanstilsynet konstateret en meget lang række af forhold, hvor selskabet efter Finanstilsynets vurdering overtræder den finansielle lovgivning.

Selskabet har ikke haft egentlige forretningsgange for compliance, dvs. forretningsgange, der beskriver hvorledes compliancefunktionen kan opdage og minimere enhver risiko for, at selskabet ikke opfylder sine forpligtelser som værdipapirhandler. Selskabets forretningsgange for compliance omfatter indberetninger til Finanstilsynet, kontrol af bogføring vedrørende selskabets værdipapirbeholdning, løn, husleje m.v., kontrol af handler via B AB samt kontrol af status på overførsel af kundemidler, hvilket efter Finanstilsynets vurdering ikke kan betegnes som complianceopgaver, jf. § 4 i § 72-bekendtgørelsen.

Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet derfor ikke har haft metoder og procedurer, der er egnet til at opdage og minimere enhver risiko for, at selskabet ikke opfylder sine forpligtelser som værdipapirhandler i henhold til lov om finansiel virksomhed, og det er dermed Finanstilsynet, at selskabet ikke har haft en egentlig compliancefunktion, jf. § 4, stk. 2, i § 72-bekendtgørelsen.

Endvidere vurderer Finanstilsynet, at personerne, som har været ansvarlige for complianceopgaver ikke har den nødvendige kompetence og sagkundskab i henhold til 4, stk. 3, nr. 1, i § 72-bekendtgørelsen. Endelig

kan Finanstilsynet konstatere, at selskabets complianceansvarlige ikke er ansat i selskabet, som foreskrevet i § 4, stk. 3, nr. 2, i § 72-bekendtgørelsen.

Finanstilsynet har i forbindelse med undersøgelsen af selskabet i december 2010 henledt selskabets opmærksomhed på, at selskabets diversificerede portefølje af forretningsområder stiller store krav til compliancefunktionen samt at selskabet burde overveje, hvorvidt compliancefunktionen skulle styrkes i tilfælde af, at selskabet øgede kundebasen eller forfulgte yderligere forretningsområder. Det er Finanstilsynets vurdering, at dette netop var situationen ved overtagelsen af kunder fra C A/S.

Det er Finanstilsynets vurdering, at det forhold, at selskabet ikke har en egentlig compliancefunktion er en grov overtrædelse af § 4, stk. 1, i § 72-bekendtgørelsen.

5.4 Bestyrelsens retningslinjer til direktionen

Det er Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsens retningslinjer til direktionen ikke er tilpasset den af bestyrelsen fastlagte risikoprofil for selskabet, jf. § 7, stk. 1, nr. 1, i ledelsesbekendtgørelsen. Dette skyldes, at bestyrelsen på et bestyrelsesmøde den 30. august 2012 bad direktionen om at neddrole aktiviteten med placering af egne midler hen imod slutningen af 2012 med henblik på, at egenbeholdningen skulle afvikles. Bestyrelsen har imidlertid ikke ændret i de skriftlige retningslinjer til direktionen, hvor det fortsat fremgik, at direktionen kan placere hele selskabets overdækning i aktier.

Endvidere er det tilsynets vurdering, at retningslinjerne ikke indeholder kontrollerbare grænser for størrelsen af de risici, som direktionen er bemyndiget til at tage på selskabets vegne, jf. § 7, stk. 1, nr. 3, i ledelsesbekendtgørelsen, idet retningslinjerne blandt andet ikke indeholder grænser for enkeltaktier, renterisiko og valutakursrisiko. Derudover fremgår det ikke af retningslinjerne, hvilke pengeinstitutter (udover P A/S), som direktionen må placere kontante midler i. Direktionen har placeret selskabets basiskapital som kontant indeståender i både P A/S og Q P/F.

Finanstilsynet har i forbindelse med forrige undersøgelse af selskabet i december 2010 påbudt selskabet, at bestyrelsens instruks til direktionen skal være udformet således, at placeringen af selskabets basiskapital fremgår klart og tydeligt med angivelse af instrumenter og målbare grænser for selskabets risici og under alle omstændigheder på en sådan måde, at direktionen ikke kan handle uden for selskabets tilladelse.

Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har efterlevet dette påbud, idet bestyrelsens retningslinjer til direktionen om placering af selskabets basiskapital fortsat ikke er klare og tydelige med angivelse af målbare grænser for selskabets risici.

5.5 Nye forretningsområder

Selskabets bestyrelse har ikke på et bestyrelsesmøde truffet beslutning om at ændre forretningsmodellen ved at påbegynde forretningsområdet vedrørende skønsmæssig porteføljepleje for pensionskunder fra C A/S eller indgåelsen af de samarbejdsaftaler med C A/S og B AB. Dette nye forretningsområde udgør imidlertid en væsentlig del af de forventede indtægter i selskabet, idet selskabet forventer, at ca. 78 pct. af selskabets indtægter i 2013 hidrører herfra.

Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at selskabets beslutning om opstart af det nye forretningsområde med skønsmæssig porteføljepleje for pensionskunder, herunder at indgå aftaler med samarbejdspartnere som B AB og C A/S er en væsentlig ændring af selskabets forretningsmodel, jf. § 2, nr. 1, i ledelsesbekendtgørelsen.

Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsen ikke har identificeret og drøftet, hvilke risici, der knytter sig til det nye forretningsområde vedrørende skønsmæssig porteføljepleje for pensionskunder, jf. 4, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen.

Det er Finanstilsynets vurdering, at sådanne væsentlige beslutninger skal træffes, samt at drøftelser vedrørende risici forbundet hermed skal foretages, på et bestyrelsesmøde, jf. § 74, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed samt pkt. 5 i bilag 6 til ledelsesbekendtgørelsen.

Ved den seneste ordinære undersøgelse af selskabet i december 2010 gav Finanstilsynet selskabet et påbud om, at selskabet skulle sikre, at risici ved selskabets nye aktivitetsområder bliver identificeret og håndteret i overensstemmelse med § 71, stk. 1, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed samt at drøftelserne skal fremgå af forhandlingsprotokollen. Siden sidste undersøgelse er ledelsesbekendtgørelsen, der blandt andet udmønter § 71, stk. 1, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed, trådt i kraft. Finanstilsynet vurderer således, at selskabet har overtrådt bestemmelser i ledelsesbekendtgørelsen, der er en udmøntning af § 71, stk. 1, nr. 4, i lov om finansiel, og dermed igen overtræder bestemmelsen. Finanstilsynet vurderer således, at selskabet ikke har efterlevet påbuddet fra undersøgelsen i december 2010.

5.6 Øvrige forhold

Som det fremgår af afsnit 2.6 har selskabet efter Finanstilsynets vurdering overtrådt den finansielle lovgivning for fondsmæglerselskaber på en lang række områder.

Det er Finanstilsynets vurdering, at de væsentligste overtrædelser er direktionens overskridelse af de beføjelser, som bestyrelsen har fastsat i retningslinjerne til direktionen, overtrædelse af selskabets tilladelse ved at have formidlet og rådgivet om lån til gearede investeringer til kunder uden tilladelse hertil samt ved at have investeret basiskapitalen i unoterede aktier.

Det er efter Finanstilsynets vurdering også en væsentlig overtrædelse af den finansielle lovgivning, at selskabet ikke har fastsat det individuelle

solvensbehov korrekt, til trods for at selskabet også på undersøgelsen i december 2010 fik et påbud herom. Finanstilsynet har dog ikke vurderet, om den afsatte kapital er tilstrækkelig.

6. Konklusion

Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet har overtrådt sin tilladelse ved at handle for egen regning, og at denne handel har påført selskabet væsentlige risici i et selskab, der har haft vanskeligt ved at generere overskud igennem en årrække, og hvor selskabet har haft lav overdækning. Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at selskabet har overtrådt tilladelsen i groft omfang, idet selskabet har købt meget volatile aktier samt det forhold, at formålet med købene af aktier ikke har været langsigtet placering af basiskapitalen. Endeligt er det Finanstilsynets vurdering, at selskabet har gjort sig skyldig i gentagne overtrædelser af § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, idet Finanstilsynet også i forbindelse med undersøgelsen i december 2010 gav selskabet et påbud om at sikre, at selskabets placering af basiskapital skete i overensstemmelse med selskabets tilladelse.

Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har ydet kunderne den nødvendige investorbekyttelse, idet Finanstilsynet ved stikprøver har konstateret, at flere kunder ikke er klassificeret korrekt i relation til kundernes ønskede risikoprofil samt valg af finansielle instrumenter. Dermed har selskabet ikke sikret, at den udførte porteføljepleje er egnet for de pågældende kunder. Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet dermed har gjort sig skyldig i grove overtrædelser af regler udstedt i medfør af lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet har i forbindelse med undersøgelsen af selskabet i december 2010 henledt selskabets opmærksomhed på, at selskabets diversificerede portefølje af forretningsområder stiller store krav til compliancefunktionen, samt at selskabet burde overveje, hvorvidt compliancefunktionen skulle styrkes i tilfælde af, at selskabet øgede kundebasen eller forfulgte yderligere forretningsområder.

Det er imidlertid Finanstilsynets vurdering, at selskabets compliancefunktion ikke har den nødvendige kompetence og sagkundskab i henhold til 4, stk. 3, nr. 1, i § 72-bekendtgørelsen.

Som det fremgår af nærværende afgørelse, har Finanstilsynet konstateret en lang række af forhold, hvor selskabet efter Finanstilsynets vurdering overtræder den finansielle lovgivning. Tillige kan de opgaver, som fremgår af forretningsgangen for compliance ikke betegnes som compliance, jf. § 4 i § 72-bekendtgørelsen. Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har haft metoder og procedurer, der er egnet til at opdage og minimere enhver risiko for, at selskabet ikke opfylder sine forpligtelser som værdipapirhandler i henhold til lov om finansiel virksomhed, og dermed ikke har haft en egentlig compliancefunktion. Det er Finanstilsynets vurdering, at dette forhold, er en grov overtrædelse af § 4, stk. 1, i § 72-bekendtgørelsen.

Finanstilsynet gav i forbindelse med undersøgelsen i december 2010 selskabet et påbud om at udforme bestyrelsens retningslinjer til direktionen således, at placeringen af selskabets basiskapital fremgik klart og tydeligt med angivelse af instrumenter og målbare grænser for selskabets risici. Retningslinjerne indeholder dog fortsat ikke kontrollerbare grænser for størrelsen af de risici, som direktionen er bemyndiget til at tage på selskabets vegne, jf. § 7, stk. 1, nr. 3, i ledelsesbekendtgørelsen. Selskabet har således ikke efterlevet Finanstilsynets påbud fra december 2010.

Selskabets beslutning om at få det nye forretningsområde med skønmæssig porteføljepleje til pensionskunder, samt at indgå aftaler med samarbejdspartnere som B AB og C A/S, skulle efter Finanstilsynets vurdering være truffet på et bestyrelsesmøde, jf. § 74, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed samt pkt. 5 i bilag 6 til ledelsesbekendtgørelsen.

Ved den seneste ordinære undersøgelse af selskabet i december 2010 gav Finanstilsynet selskabet et påbud om, at selskabet skulle sikre, at risici ved selskabets nye aktivitetsområder bliver identificeret og håndteret i overensstemmelse med § 71, stk. 1, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed samt at drøftelserne skal fremgå af forhandlingsprotokollen. Selskabet har således igen overtrådt § 71, stk. 1, nr. 4, i lov om finansiel, og dermed ikke efterlevet påbuddet fra undersøgelsen i december 2010.

Selskabet har således gjort sig skyldig i gentagne overtrædelser af lov om finansiel virksomhed, idet selskabet trods påbud fra Finanstilsynet i december 2010 om at sikre overholdelsen af de oven for nævnte bestemmelser i den finansielle lovgivning, og trods at selskabet har oplyst til Finanstilsynet, at de pågældende påbud var efterlevet, fortsat har overtrådt en række af de pågældende bestemmelser. Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at selskabet har gjort sig skyldig i flere grove overtrædelser af lov om finansiel virksomhed samt regler udstedt i medfør af lov om finansiel virksomhed.

Endelig er det Finanstilsynets vurdering, at selskabet med baggrund i tidligere påbud og dialog med tilsynet har haft mulighed for at afhjælpe overtrædelser af lov om finansiel virksomhed, og at dette ikke er sket. Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at en inddragelse af selskabets tilladelse ikke er disproportional og en for vidtgående reaktion, som det er anført i selskabets høringssvar af den 26. februar 2013. Ydermere er det Finanstilsynets vurdering, at det forhold at selskabets pensionskunder for nyligt har oplevet, at deres tidligere fondsmæglerselskab fik inddraget tilladelsen af Finanstilsynet, ikke kan anvendes som argument for ikke at inddrage selskabets tilladelse.

På baggrund heraf er det Finanstilsynets vurdering, at selskabets tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab skal inddrages, jf. § 224, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed. Dette som følge af, at selskabet både har gjort sig skyldig i grove og gentagne overtrædelser af lov om finansiel virksomhed samt regler udstedt i medfør af lov om finansiel virksomhed.

...”

Advokat A klagede ved skrivelse af 4. marts 2013 over afgørelsen og anmodede i samme forbindelse om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Af klageskrivelsen fremgår blandt andet følgende:

” ...

2. Anmodning om opsættende virkning

Iht. § 9 i Bekendtgørelse nr. 1154/1994 om Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn anmodes Erhvervsankenævnet om at tillægge anken(klagen) opsættende virkning sådan, at Afgørelsen om inddragelse af K's tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab ikke tillægges retsvirkning (effektueres), førend Erhvervsankenævnet måtte træffe en tilsvarende afgørelse herom.

Begrundelsen herfor er, (i) at såfremt anken (klagen) ikke tillægges opsættende virkning, vil K's virksomhed iht. Afgørelsen være afviklet og dermed umulig at reetablere, da Afgørelsen indebærer, at selskabet inden den 7. marts 2013, kl. 12.00 skal stoppe sin virksomhed som fondsmæglerselskab samt, (ii) at en offentliggørelse af Afgørelsen førend Erhvervsankenævnet har truffet endelig afgørelse i sagen både de facto og de jure vil fratage selskabet den retsbeskyttelse, der ligger i, at Finanstilsynets afgørelse kan indbringes for og efterprøves af Erhvervsankenævnet.

3. Overordnede anbringender

At Finanstilsynet vælger at indstille til en inddragelse af K's fondsmæglertilladelse er en disproportional og for vidtgående reaktion henset til de øvrige sanktionsmuligheder, der er til rådighed for Finanstilsynet med henblik på at sikre hensynene til såvel investorerne som samfundet i øvrigt.

I overensstemmelse med almindelige retsprincipper og forvaltningsretlige grundsætninger må Finanstilsynet foretage en konkret vurdering af, om en inddragelse af tilladelsen er den bedste og/eller eneste relevante reaktion, eller om Finanstilsynet på anden vis bedre vil kunne sikre, at de beskyttelsesværdige hensyn bag reglerne iagttages.

K har anført et konkret alternativt løsningsforslag for Finanstilsynet, der imødekommer samtlige af Finanstilsynets bekymringer, og som særligt indebærer en sikring af, at kunderne i K bliver behandlet ordentligt og i overensstemmelse med reglerne om investorbeskyttelse. Finanstilsynet har dette til trods ikke ønsket at ændre sin indstilling. Nedenfor gengives løsningsforslagets elementer:

- i. En hel eller delvis udskiftning i ejerkredsen,
- ii. En hel eller delvis udskiftning af bestyrelsen,
- iii. En afsætning af direktionen,

- iv. Ansættelse af en særlig compliance-ressource,
- v. En fuld compliance-gennemgang af virksomhedens politikker, retningslinjer, forretningsgange, arbejdsbeskrivelser iht. særligt ledelsesbekendtgørelsen og investorbekendtgørelsen,
- vi. En gennemgang af samtlige porteføljemanagement aftaler med detailkunder mhp. en revurdering af, om der er udarbejdet en tilstrækkelig investeringsprofil samt foretaget en korrekt egnethedstest,
- vii. At ovenstående gennemføres indenfor en frist på 3 uger, og at der herefter indsendes en rapport herom til Finanstilsynet,
- viii. At de nuværende og nye aktiviteter sættes i bero indtil ovenstående tiltag er gennemført.

I forlængelse af ovenstående skal det bemærkes, at samtlige detailkunder i K med Finanstilsynets forudgående vidende er overtaget fra C A/S, der pr. 21. november 2012 fik inddraget sin fondsmæglertilladelse.

Sikringen af, at disse kunder ikke igen og unødvendigt udsættes for, at deres fondsmæglerselskab fratages tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab bør derfor indgå med betydelig vægt i Erhvervsankenævnets vurdering af, om ikke ovenstående løsningsforslag indeholder en såvel bedre som mindre indgribende reaktionsmulighed end fratagelsen af K's tilladelse til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab.

K vil afgive en fuldstændig anke inden for 4 uger, der vil indeholde uddybende anbringender samt supplerende kommentarer til den i Afgørelsen indeholdte sagsfremstilling samt yderligere relevant dokumentationsmateriale.
...”

Ved skrivelse af 26. marts 2013 har ankenævnet meddelt, at klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Advokat A har den 26. marts 2013 meddelt, at han ikke ønsker at fremkomme med uddybende bemærkninger.

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 18. april 2013 udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet har den 4. marts 2013 efter forelæggelse for Det Finansielle Råd inddraget K A/S' tilladelse som fondsmæglerselskab, jf. § 224, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. lovekendtgørelse nr. 705 af 25. juni 2012 som senest ændret ved lov nr. 1287 af 19. december 2012. Afgørelsen vedlægges som bilag ...

Baggrunden for Finanstilsynets inddragelse af selskabets tilladelse var, at tilsynet efter en undersøgelse i selskabet den 8. februar 2013 vurderede, at selskabet havde gjort sig skyldig i både grove og gentagne overtrædel-

ser af lov om finansiel virksomhed samt regler udstedt i medfør af lov om finansiel virksomhed. Blandt andet var det Finanstilsynets vurdering, at selskabet i groft omfang havde handlet for egen regning, uden at have tilladelse hertil, idet selskabet havde købt meget volatile aktier og, at formålet med købene af aktier ikke havde været langsigtet placering af basiskapitalen.

Det var endvidere Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke har ydet kunderne den nødvendige investorbeskyttelse, idet flere kunder blandt andet ikke var klassificeret korrekt i relation til kundernes ønskede risikoprofil, hvilket efter Finanstilsynets vurdering er en grov overtrædelse af bekendtgørelse nr. 768 af 27. juni 2011 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel.

Baggrunden for inddragelsen af selskabets tilladelse var endvidere, at det var Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke havde en egentlig compliancefunktion, hvilket efter Finanstilsynets vurdering ligeledes er en grov overtrædelse af § 4, stk. 1, i § bekendtgørelse nr. 428 af 9. maj 2007 om de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af virksomhed som værdipapirhandler.

Finanstilsynet kunne derudover konstatere, at selskabet overtrådte den finansielle lovgivning på en lang række områder.

Det Finansielle Råd fik den 4. marts 2013 forelagt sagen, og rådet besluttede at følge Finanstilsynets indstilling om at inddrage selskabets tilladelse pr. den 4. marts 2013. Det Finansielle Råd tilsluttede sig samtidig Finanstilsynets indstilling om, at selskabets anmodning om udsættelse af offentliggørelse af afgørelsen ikke skulle følges.

Som følge af afgørelsen om inddragelse oplyste Finanstilsynet i brev af 4. marts 2013 til selskabet, at selskabet skulle opsige samtlige kunder senest den 7. marts 2013 kl. 12.

Selskabets advokat A har ved e-mail af 4. marts 2013 indbragt Finanstilsynets afgørelse for Erhvervsankenævnet ... og i e-mailen anmodes der om, at Erhvervsankenævnet tillagde klagen opsættende virkning, således at afgørelsen om inddragelse af selskabets tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed ikke blev tillagt retsvirkning, førend Erhvervsankenævnet måtte træffe en tilsvarende afgørelse herom.

I e-mail til Erhvervsankenævnet af 4. marts 2013 anførte advokat A som overordnet anbringende, at Finanstilsynets inddragelse af tilladelsen er en disproportional og for vidtgående reaktion henset til de øvrige sanktionsmuligheder, som Finanstilsynet har til rådighed med henblik på at sikre hensynene til såvel investorerne og samfundet i øvrigt.

Videre oplyses det i klagen, at selskabet i dets hørings svar til udkast til afgørelsen, at selskabet i stedet for en inddragelse af tilladelsen har foreslået en række konkrete tiltag, der ifølge selskabet skulle sikre, at selskabets kunder vil blive behandlet ordentligt og i overensstemmelse med

reglerne om investorbekyttelse. Det foreslås blandt andet, at ejerkredsen, bestyrelsen og direktionen udskiftes helt eller delvist.

Selskabet oplyser endvidere i klagen, at samtlige af selskabets detailkunder er overtaget fra C A/S, der pr. 21. november 2012 fik inddraget sin fondsmæglertilladelse. Videre oplyses det, at det forhold, at en inddragelse af selskabets tilladelse vil medføre, at disse kunder igen vil blive udsat for, at deres fondsmæglerselskab får inddraget tilladelsen, bør indgå med betydelig vægt i Finanstilsynets vurdering.

Finanstilsynet har den 7. marts 2013 offentliggjort afgørelsen i en udgave, hvor visse oplysninger (herunder om identiteten på samarbejdspartnere) er udeladt. Det fremgår af Finanstilsynets hjemmeside, at sagen er anket til Erhvervsankenævnet. Den offentliggjorte afgørelse vedlægges som bilag ...

Selskabet har i e-mail af 7. marts 2013 erklæret til Finanstilsynet, at selskabet har opsagt samtlige kunder m.v. Erklæringen vedlægges som bilag ...

...

2. Afgørelsens retlige grundlag

I henhold til § 224, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, kan Finanstilsynet inddrage tilladelsen til at drive virksomhed som fondsmæglerselskab

- 1) hvis den finansielle virksomhed gør sig skyldig i grove eller gentagne overtrædelser af denne lov, lov om værdipapirhandel m.v. eller lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v. eller regler udstedt i medfør af disse love,
- 2) hvis den finansielle virksomhed ikke opfylder kravene i kapitel 3, jf. dog § 124, stk. 2, nr. 2, og stk. 3, samt § 125, stk. 2, nr. 2-4,
- 3) hvis virksomhed som finansiel virksomhed ikke påbegyndes senest 12 måneder efter, at Finanstilsynet har meddelt virksomheden tilladelse, eller
- 4) hvis der ikke udøves finansiel virksomhed i en periode på over 6 måneder.

Af bemærkningerne til lov om finansiel virksomhed fremgår det, at inddragelse af tilladelse kan blive aktuel, når blot én af ovenfor nævnte situationer indtræder. Endvidere fremgår det, at da en afgørelse om inddragelse af tilladelse er af indgribende karakter for virksomheden og investorer vil inddragelse af tilladelse typisk kun blive aktuel efter, at selskabet har haft en frist til at afhjælpe eller påbegyndelse af virksomhed, og at dette ikke er sket.

3. Finanstilsynets vurdering

Som det fremgår af afgørelse af 4. marts 2013, vedlagt som bilag 1, har selskabet efter Finanstilsynets vurdering både gjort sig skyldig i grove og

gentagne overtrædelser af lov om finansiel virksomhed samt regler udstedt i medfør af lov om finansiel virksomhed.

Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet blandt andet har tilsidesat sin tilladelse i groft omfang, idet selskabet har udført forretninger for egen regning uden at have tilladelse hertil, hvilket har påført selskabet risici, som ikke er dækket af det kapitalkrav, som selskabet var omfattet af. Forretningerne for egen regning er foretaget i en periode, hvor selskabet har haft en forholdsvis lav overdækning, idet selskabet igennem en årrække har haft vanskeligt ved at generere overskud på driften. Det er Finanstilsynets vurdering, at overtrædelserne af tilladelsen er en grov overtrædelse af lov om finansiel virksomhed.

Det er desuden Finanstilsynets vurdering, at overtrædelserne er gentagne, idet selskabet også i forbindelse med Finanstilsynets undersøgelse af selskabet i december 2010 fik et påbud om at sikre, at selskabets placering af basiskapital skete i overensstemmelse med selskabets tilladelse, jf. § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, idet Finanstilsynet kunne konstatere, at selskabet også dengang handlede for egen regning, idet handlingerne i strid med § 157 i lov om finansiel virksomhed var både spekulative, kortsigtede og vedrørte illikvide aktier.

Ydermere er det Finanstilsynets vurdering, at det er en grov overtrædelse af bekendtgørelse om de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af virksomhed som værdipapirhandler, at selskabet har undladt at etablere en egentlig compliancefunktion, dvs. undladt at have procedurer og metoder, der er egnede til at opdage og minimere enhver risiko for, at selskabet ikke opfylder sine forpligtelser som værdipapirhandler i henhold til lov om finansiel virksomhed m.v.

Endvidere har selskabet foretaget flere gentagne overtrædelser af den finansielle lovgivning selv efter, at Finanstilsynet har påbudt selskabet at ophøre hermed. Finanstilsynet kunne således på undersøgelsen i februar 2013 konstatere, at selskabet på flere af de områder, hvor tilsynet gav påbud til selskabet i forbindelse med undersøgelsen af selskabet i december 2010, fortsat overtrådte den finansielle lovgivning.

Finanstilsynet gav blandt andet selskabet et påbud i forbindelse med undersøgelsen i december 2010 om, at selskabet skulle opføre det individuelle solvensbehov i henhold til bilag 1 i bekendtgørelse nr. 1399 af 16. december 2011 om kapitaldækning. I forbindelse med undersøgelsen i februar 2013 kunne Finanstilsynet imidlertid konstatere, at selskabets opførelse af basiskapital fortsat ikke opfyldte kravene i bilag 1 til bekendtgørelse om kapitaldækning.

Desuden kunne Finanstilsynet på undersøgelsen i februar 2013 konstatere, at bestyrelsens retningslinjer til direktionen ikke var tilpasset den af bestyrelsen fastlagte risikoprofil for selskabet, jf. § 7, stk. 1, nr. 1, i bekendtgørelse nr. 1325 af 1. december 2010 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. Finanstilsynet konstaterede endvidere, at retningslinjerne ikke indeholdt kontrollerbare grænser for størrelsen af de risici, som direktionen var bemyndiget til at tage på selskabets vegne, jf. § 7,

stk. 1, nr. 3, i bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl., idet retningslinjerne blandt andet ikke indeholder grænser for enkeltaktier, renterisiko og valutakursrisiko. Finanstilsynet påbød i forbindelse med forrige undersøgelse af selskabet i december 2010, at bestyrelsens instruks til direktionen skulle være udformet således, at placeringen af selskabets basiskapital fremgik klart og tydeligt med angivelse af instrumenter og målbare grænser for selskabets risici.

Selskabet har således efter undersøgelsen i december 2010 haft mulighed for at afhjælpe situationen ved at bringe forholdene i overensstemmelse med den finansielle lovgivning og de givne påbud, men selskabet har valgt ikke at gøre dette.

Selskabet har ikke i forbindelse med høringen af selskabet givet udtryk for, at selskabet var uenigt i Finanstilsynets vurdering af, at selskabet har overtrådt den finansielle lovgivning på en lang række områder. Ligeledes har selskabet ikke givet udtryk for, at selskabet var uenigt i, at der på en række områder var tale om gentagne overtrædelser af lovgivningen.

Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet udover ovennævnte overtrædelser har overtrådt centrale regler vedrørende investorbeskyttelse, idet selskabet ikke i alle tilfælde har udført skønsmæssig porteføljepleje (kapitalforvaltning), som er egnet for selskabets detailkunder og som er i overensstemmelse med disse kunders ønsker. Det er således Finanstilsynets vurdering, at selskabet har påtaget sig større risici på vegne af disse kunder end, hvad der er egnet for de pågældende kunder. Finanstilsynet kunne eksempelvis konstatere, at flere kunder, som havde et ønske om at have en blanding af obligationer og aktier udelukkende havde aktier i porteføljen. Finanstilsynet skal i den forbindelse bemærke, at kunderne primært er almindelige lønmodtagere, og at de forvaltede midler er kundernes pensionsmidler. Disse forhold er efter Finanstilsynets vurdering en grov overtrædelse af bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel.

I øvrigt om baggrunden for inddragelsen af selskabets tilladelse henvises i det hele til den som bilag 1 vedlagte afgørelse.

Som det fremgår af selskabets klage af 4. marts 2013, har advokat A på vegne af selskabet foreslået en række konkrete tiltag, der ifølge selskabet skulle sikre, at selskabets kunder ville blive behandlet ordentligt og i overensstemmelse med reglerne om investorbeskyttelse. Det er blandt andet foreslået, at ejerkredsen, bestyrelsen og direktionen skulle udskiftes helt eller delvist. Finanstilsynet finder det således ikke bestridt, at de forhold, der lå til grund for tilsynets reaktion i form af inddragelsen, var til stede.

Årsagen til, at Finanstilsynet ikke valgte at acceptere de foreslåede tiltag, og i stedet inddrog selskabets tilladelse, var, at det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet med baggrund i tidligere påbud og dialog med tilsynet, allerede havde haft mulighed for at afhjælpe overtrædelser af den finansielle regulering, men at dette ikke var sket. Det var endvidere Finanstilsynets vurdering, at hensynet til selskabets daværende og potenti-

elle kunder vejede tungere, end at selskabet skulle have endnu en mulighed for at afhjælpe overtrædelser af den finansielle lovgivning.

Da selskabet efter Finanstilsynets opfattelse har gjort sig skyldig i både grove og gentagne overtrædelser af den finansielle lovgivning samt regler udstedt i medfør heraf, er det fortsat Finanstilsynets vurdering, at en inddragelse af selskabets tilladelse er en proportional og en passende reaktion herpå.

Ydermere er det Finanstilsynets vurdering, at det forhold at de pensionskunder, som selskabet har opsagt den 7. marts 2013, har oplevet, at også deres tidligere fondsmæglerselskab fik inddraget tilladelsen af Finanstilsynet, ikke kan anvendes som argument for ikke at inddrage selskabets tilladelse.

...”

Advokat A har den 19. april 2013 meddelt, at klager ikke ønsker at fremkomme med bemærkninger til redegørelsen.

Ankenævnet udtaler:

K A/S har siden 1. august 1997 haft tilladelse til at drive virksomhed som fondsmægler, jf. lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 1 og 2. Tilladelsen omfatter investeringservice i form af modtagelse og formidling for investorers regning af ordrer vedrørende et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. lovens bilag 4, afsnit A, nr. 1, skønsmæssig porteføljepleje af de enkelte investorers værdipapirbeholdninger efter instruks fra investorerne, såfremt beholdningerne omfatter et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 4, samt investeringsrådgivning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 5. Tilladelsen omfatter derimod ikke forretninger for egen regning med ethvert af de i bilag 5 nævnte instrumenter, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3. Bilag 5, nr. 1, litra a, omhandler blandt andet aktier i selskaber.

Det fremgår af sagen, at Finanstilsynet i december 2010 foretog en ordinær undersøgelse af det klagende selskab, og at der herefter i en rapport af 21. december 2010 blev udstedt en række påbud til selskabet. Finanstilsynet gav således blandt andet selskabet påbud om at sikre, at selskabets placering af basiskapital skete i overensstemmelse med selskabets tilladelse. Påbuddet blev givet som følge af, at tilsynet konstaterede, at selskabet - i strid med selskabets tilladelse, jf. § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed - havde handlet aktivt for egen regning med om-

kring en fjerdedel af selskabets basiskapital, i hvilken forbindelse tilsynet i øvrigt vurderede, at nogle af handlerne havde en spekulativ karakter, og at handelsaktiviteterne ikke kunne betragtes som langsigtede. Finanstilsynet gav endvidere påbud om at udforme bestyrelsens retningslinjer til direktionen således, at placeringen af selskabets basiskapital fremgik klart og tydeligt med angivelse af instrumenter og målbare grænser for selskabets risici. Dette påbud blev givet som følge af, at retningslinjerne ikke fandtes at opfylde disse krav, jf. bekendtgørelse nr. 1325 af 10. januar 2010 §§ 7 og 9, og dermed ikke var udformet på en sådan måde, at direktionen ikke kunne handle uden for selskabets tilladelse.

Det fremgår endvidere af sagen, at klager ved brev af 28. februar 2011 over for Finanstilsynet oplyste, at direktionen i samarbejde med bestyrelsen havde taget de udstedte påbud til efterretning og bragt forholdene i overensstemmelse med lovgivningen og Finanstilsynets rapport.

Finanstilsynet har på ny foretaget en undersøgelse af selskabet den 8. februar 2013.

Erhvervsankenævnet lægger efter oplysningerne om resultatet af denne undersøgelse til grund, at selskabet i perioden fra den 6. oktober til den 27. december 2011 har indgået 30 handler med aktier, hvor den samme mængde aktier i løbet af kort tid er blevet købt og solgt, idet selskabet i gennemsnit har beholdt aktieposter købt i denne periode i 6,6 dage. Det lægges endvidere til grund, at selskabet i 2012 har indgået 31 handler med aktier, hvor den samme mængde aktier i løbet af kort tid er blevet købt og solgt, i nogle tilfælde i løbet af samme dag. Det lægges tillige til grund, at bestyrelsens retningslinjer til direktionen fortsat ikke er udformet således, at placeringen af selskabets basiskapital fremgår klart og tydeligt med angivelse af instrumenter og målbare grænser for selskabets risici.

Ankenævnet lægger efter oplysningerne om resultatet af undersøgelsen herudover til grund, at selskabet har overtrådt en række bestemmelser i den finansielle lovgivning, herunder bestemmelser om selskabets aktiviteter, investorbeskyttelse og organisatoriske krav, som anført i Finanstilsynets afgørelse af 4. marts 2013.

Erhvervsankenævnet tiltræder på denne baggrund og af de grunde, der er anført i Finanstilsynets afgørelse af 4. marts 2013 samt i tilsynets redegørelse af 18. april 2013, at der er tale om såvel grove som gentagne overtrædelser af lov om finansiel virksomhed og regler udstedt i medfør heraf, jf. således navnlig bekendtgørelse nr. 428 af 5. september 2007 om de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af virksomhed som værdipapirhandler, bekendtgørelse nr. 768 af 27. juni 2011 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel og bekendtgørelse nr. 1325 af 1. december 2010 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. Ankenævnet bemærker herved, at selskabet fortsat ikke har tilladelse til at foretage forretninger for egen regning, ligesom selskabet ikke besidder den i loven krævede minimumskapital på 1 mio. euro for at opnå tilladelse hertil, jf. lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 8, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 3. Det bemærkes endvidere, at de foretagne handler heller ikke kan anses hjemlet ved lov om finansiel virksomhed § 157.

Ankenævnet tiltræder herefter, at selskabets tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed inddrages, jf. § 224, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, idet mindre indgribende foranstaltninger efter de beskrevne overtrædelser af den finansielle lovgivning ikke findes at burde tages i anvendelse.

Ankenævnet stadfæster således Finanstilsynets afgørelse af 4. marts 2013.

9) Kendelse af 15. oktober 2013 (J.nr. 2013-0034267)

Påtænkte produkt indebar at virksomheden ville være omfattet af kravet om tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed.

Lov om finansiel virksomhed, § 11, stk. 1.

(Lone Møller, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer deltaget)

Ved skrivelse af 12. april 2013 har K A/S klaget over Finanstilsynets afgørelse af 12. marts 2013, hvorved tilsynet fastslog, at K A/S ved at udbyde det påtænkte produkt ... vil drive forsikringsvirksomhed, hvilket selskabet skal have tilladelse til efter § 11, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Sagens omstændigheder:

I mail af 1. februar 2013 henvendte K A/S sig til Finanstilsynet under overskriften: "Udbydelse af garanti for dækning af hændelige uheld omfattet af Lov om Finansiell Virksomhed?". Af mailen fremgår videre:

"Vi sælger [produkt] til forbrugere i Danmark og påtænker i den forbindelse at give forbrugere i Danmark en udvidet garanti, som skal dække, såfremt forbrugeren beskadiger eller mister sit [produkt] ved et hændeligt uheld. Udkastet til garantibetingelser er vedhæftet her.

Vi er i den forbindelse blevet i tvivl om en sådan garanti vil gøre, at vi vil blive anset som omfattet af Lov om Finansiell Virksomhed som "Forsikringselskaber" jf. lovens § 5 stk. 1.

Loven giver ikke selv en nærmere forklaring af, hvad der skal forstås ved "Forsikringselskaber" og fortolkningsbidrag til dette har vist sig yderst vanskeligt at få overblik over (både for os og vores eksterne advokat). Derfor skal vi venligst anmode om jeres hjælp og beder jer oplyse, om dette konkrete forhold vil gøre, at I vil anse os for omfattet af Lov om Finansiell Virksomhed?

Det bemærkes, at vi udelukkende driver virksomhed ved produktion og salg af egne [produkt] og tilbehør hertil (og altså ikke udbyder forsikringer). Vi sælger vore [produkter] over hele verden og omsætter ved dette for ca. DKK 3 mia. om året.
..."

Af det vedhæftede udkast til garantibetingelser fremgår blandt andet:

"[produktnavn]

Udover K's almindelige 4 årige produktgaranti for mangler ved Deres [produkt] (fx hvis de som følge af produktionsfejl ikke virker korrekt) yder K en [garanti].

Dækning

[Garantien] dækker alle hændelige uheld, såsom hvis De er uheldig, at tabe Deres [produkt] så det går i stykker, ved vandskade eller ved tyveri. [Produktet] gælder dog naturligvis ikke forsætligt påførte skader.

[Produktet] dækker uheld i hele verden.

[Produktet] gælder fra De har fået udleveret [produktet] første gang og i 4 år derefter.

Udnyttelse af [produktet]

Såfremt de er ude for et hændeligt uheld, skal de for at udnytte [produktet] meddele K om dette indenfor 2 måneder. Såfremt [produktet] kan repareres, vil K gøre dette og ellers give Dem et nyt tilsvarende [produkt].

[Produktet] kan dog maksimalt anvendes to gange fra De har fået udleveret [produktet] første gang.

Dobbeltdækning

Hvis samme uheld er dækket af en af Deres forsikringer, dækker [produktet] ikke.

Egenbetaling ved udnyttelse af [produktet]

Der gælder en egenbetaling på kr. 495 for hver udnyttelse af [produktet].
...”

Finanstilsynet besvarede henvendelsen den 12. marts 2013. I Finanstilsynets afgørelse hedder det:

” ...

1. Afgørelse

Finanstilsynet finder, at udbud af produktet er at betragte som forsikringsvirksomhed.

2. Baggrund

I mail af 1. februar 2013 forespurgte De om produktet ..., som er nærmere beskrevet, har et sådant indhold, at der i lov om finansiel virksomheds forstand udøves forsikringsvirksomhed ved udbud af produktet.

Det fremgår af de foreliggende oplysninger, at formålet med produktet er at ”dække alle hændelige uheld, såsom hvis De er uheldig, at tabe Deres [produkt] så det går i stykker, ved vandskade eller ved tyveri.”

Produktet ønskes udbudt af K, som ifølge det oplyste sælger [produkter] til forbrugere i Danmark.

2.1 Om produktet ...

Følgende er oplyst til Finanstilsynet:

2.1.1. K's [produkt] dækker:

- alle hændelige uheld, f.eks. hvis forbrugeren taber sit [produkt] så det går i stykker,
- ved vandskade eller ved tyveri
- uheld opstået i hele verden

- fra [produktet] er udleveret første gang og i 4 år derefter

2.1.2. Begrænsninger i dækningen

- gælder ikke forsætligt påførte skader
- [produktet] kan maksimalt anvendes to gange fra [produktet] er udleveret første gang
- hvis skaden er dækket af en af forbrugers forsikringer, dækker [produktet] ikke

2.1.3. Udnyttelse af [produktet]

For at udnytte [produktet] skal forbrugeren meddele K om dette indenfor 2 måneder. Såfremt [produktet] kan repareres, vil K gøre dette og ellers give forbrugeren et nyt tilsvarende [produkt].

2.1.4. Egenbetaling ved udnyttelse af [produktet]

Der gælder en egenbetaling på kr. 495 for hver udnyttelse af [produktet].

3. Vurdering

Begrebet forsikringsvirksomhed i § 11, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed defineres traditionelt som den virksomhed, der består i at indgå aftaler om overtagelse af den økonomiske risiko for uvisse begivenheders indtræden mod vederlag, der kan beregnes statistisk.

Ifølge § 11, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, skal virksomheder, der udøver forsikringsvirksomhed, have tilladelse hertil.

Garantiordninger, der kan købes i forbindelse med køb af et forbrugsgode, benævnes ofte tillægfsforsikringer. Tillægfsforsikringer er bl.a. karakteriseret ved at køberen derved opnår en ”udvidet reklamationsret”, i hvert fald tidsmæssigt.

Finanstilsynet finder, at produktet ... er at betragte som forsikringsvirksomhed.

Ved vurderingen har Finanstilsynet lagt vægt på,

- at garantien omfatter skader opstået for uvisse begivenheders indtræden
 - tab af [produkt] så det går i stykker
 - vandskade
 - tyveri
- at K overtager den økonomiske risiko ved indtræden af skaderne
- at forbrugerne betaler et vederlag (som kan beregnes statistisk) for overtagelse af risikoen

Finanstilsynet har derfor vurderet, at der er tale om forsikringsvirksomhed.

4. Klagevejledning

Finanstilsynets afgørelse kan, senest 4 uger efter afgørelsen er modtaget, indbringes for Erhvervsankenævnet...”

K A/S klagede ved skrivelse af 12. april 2013 over afgørelsen. Af klageskrivelsen fremgår følgende:

”...

Denne fortolkning af lov om Finansiell Virksomhed er K ikke enig i af grundene beskrevet nedenfor.

Faktum

K sælger [produkter] til forbrugere i Danmark og påtænker i den forbindelse at give forbrugerne en udvidet garanti, som skal dække, såfremt forbrugeren beskadiger eller mister sit høreapparat ved et hændeligt uheld i 4 år fra købsdatoen. Udkastet til garantibetingelser er vedlagt.

K driver udelukkende virksomhed ved produktion og salg af [produkter] og tilbehør hertil.

K vil ikke opkræve betaling fra forbrugeren for den påtænkte udvidede garanti.

Såfremt K ved at tilbyde garantien måtte blive omfattet af lov om Finansiell Virksomhed, ville K blive tvunget til at forsikre sig mod forbrugernes udnyttelse af garantien. Præmien for en sådan forsikring vil blive enorm, særligt fordi forsikringsselskaberne ikke vil have nogen data at beregne præmien (vederlaget) for risikoen for udnyttelse af garantien af (den statistiske beregning af risikoen for en uvis begivenheds indtræden). Ingen ved hvor ofte garantien vil blive udnyttet, da det er en ny garanti K vil knytte til sine høreapparater, og ingen sådanne data på K' kundegruppe og produkter foreligger.

JUS

Det afgørende spørgsmål er, om K ved at tilbyde garantien vil blive omfattet af lov om Finansiell Virksomheds definition af ”Forsikringsselskaber”.

Finanstilsynet oplister i sin afgørelse følgende momenter, som Finanstilsynet har lagt vægt på:

- *at garantien omfatter skader opstået for uvisse begivenheders indtræden*
- *at K overtager den økonomiske risiko ved indtræden af skaderne*

- *at forbrugerne betaler et vederlag (som kan beregnes statistisk) for overtagelsen af risikoen*

Det sidste moment er faktisk forkert, idet forbrugerne ikke skal betale for garantien. Ej heller vil K' priser ændre sig som følge af, at garantien tilbydes forbrugerne. Dette fremgår også af K's henvendelse til Finanstilsynet.

Som følge af fejlen i det faktuelle grundlag, hvorpå Finanstilsynets afgørelse beror, rettede K henvendelse til Finanstilsynet, for at undersøge om Finanstilsynet ville ændre sin afgørelse, såfremt det rette faktum blev lagt til grund.

Finanstilsynet oplyste i den forbindelse, at selvom den sidste bullet ovenfor blev slettet, og man således kun lagde vægt på følgende to forhold:

- *at garantien omfatter skader opstået for uvisse begivenheders indtræden*
- *at K overtager den økonomiske risiko ved indtræden af skaderne*

ville Finanstilsynet anse K for omfattet af begrebet "*Forsikringssselskaber*" i lov om Finansiell Virksomheds forstand.

K anser ikke denne fortolkning for korrekt.

I øvrigt er Finanstilsynets henvisning til hjemmelsgrundlaget forkert. Finanstilsynet har henvist til lov om Finansiell Virksomhed § 11, stk. 1, men § 1 jf. § 5, nr. 1, e) bestemmer, hvem der er omfattet af loven:

§ 1: "*Denne lov finder anvendelse på finansielle virksomheder jf. § 5, stk. 1, nr. 1...*"

§ 5, nr. 1, e): "*I denne lov forstås ved: 1) Finansielle virksomheder: e) Forsikringssselskaber.*"

Hvad der skal forstås ved "*Forsikringssselskaber*" fremgår ikke af loven. Lovgiver har i stedet overladt det til den forsikringsretlige teori og praksis nærmere at fastlægge begrebets indhold. Ved fastlæggelse af begrebets indhold har man anvendt teori og praksis vedrørende den ældre og mere gennemprøvede Forsikringsaftalelovs § 1, der er sålydende:

"Denne lov finder anvendelse på forsikringsaftaler, der indgås med forsikringsaktieselskaber, gensidige forsikringssselskaber eller andre selskaber og institutioner, der driver forsikringsvirksomhed."

Efter forarbejderne til Forsikringsaftaleloven var det overladt til retsvidenskaben at udvikle begrebet "*forsikringsaftaler*" og til retsmyndigheden at afgøre, om loven efter dens reale grunde og den naturlige sprogbrug bør bringes i anvendelse eller ej.

Den forsikringsretlige teori har herefter bestemt en forsikringsaftale som en aftale, hvis væsentligste indhold går ud på overtagelse af risiko for en uvis begivenheds indtræden mod et vederlag, der kan beregnes statistisk, jf. Ussing: Enkelte Kontrakter, 2. udg., 1946, s 213-214, Lyngsø: Dansk Forsikringsret, 4. udg., 1981, s 29-31 og Lyngsø: Forsikringsaftaleloven, 2. udg., 1983, s 57-58. Dette er i øvrigt bekræftet i flere domstolsafgørelser jf. herom U.1985B.203.

Det er formentlig også dette Finanstilsynet henviser til i sin afgørelse s 2, pkt. 3, afs. 1.

Det er således en klar betingelse, at der opkræves et vederlag - i almindeligt forsikringsprog benævnt ”præmie”.

Finanstilsynets afgørelse er således forkert, allerede fordi Finanstilsynet ikke anser det for en afgørende betingelse, at der opkræves et vederlag for garantien (hvilket K ikke gør eller vil). Dette til trods for at Finanstilsynet selv i sit skriftlige svar specifikt anførte netop dette moment som afgørende for Finanstilsynets afgørelse.

Der er dog yderligere grunde til, at afgørelsen er forkert, bl.a. er det en betingelse for, at Forsikringsaftaleloven finder anvendelse (og dermed at lov om Finansiell Virksomhed finder anvendelse), at forsikringsaftalen indgås med nogen ”*der driver forsikringsvirksomhed*”.

For at man kan sige, at nogen ”*driver forsikringsvirksomhed*”, må det kræves, at virksomheden grunder sig på planmæssig stordrift af forsikring, dvs. en statistisk over indtrufne skadestilfælde og en sandsynlighedsberegning over kommende skadestilfælde, jf. Dansk Forsikringsret 8. udg., 2003, s 24-27 (kopi vedlagt her for nemheds skyld), Ussing: Enkelte Kontrakter, 2. udg., 1946, s 214, Hult: Föreläsningar över försäkringsavtalslagen, 1936, s 16, Eklund: Lagen om försäkringsavtal, 1957, s 14, Lyngsø: Færdselsansvar, 3. udg., 1996, s 34 og Meedom i U.1985B.298ff.

K driver ikke tilnærmelsesvis sådan virksomhed og påtænker ej heller at påbegynde sådan virksomhed.
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 21. maj 2013 udtalt:

”
...”

2. Retligt grundlag

Det følger af lov om finansiell virksomhed § 11, stk. 1, at virksomheder, der udøver forsikringsvirksomhed, skal have tilladelse hertil.

Overtrædelse heraf straffes med bøde eller fængsel indtil 4 måneder, medmindre højere straf er forskyldt efter den øvrige lovgivning, jf. lov om finansiell virksomhed § 373, stk. 1.

Lov om finansiel virksomhed indeholder ingen definition af forsikringsvirksomhed.

3. Finanstilsynets vurdering og bemærkninger til klagers anbringender

I Henning Jønsson & Lisbeth Kjærgaard: Dansk Forsikringsret, 8. udg., s. 24, anføres:

"Selv om der næppe kan gives nogen udtømmende definition på en forsikringsaftale, kan der dog vist nok opnås enighed om, at en forsikringsaftale kan bestemmes som en aftale om overtagelse af en økonomiske risiko for en vis begivenheds indtræden mod et vederlag, der kan beregnes statistisk"

I Børge Dahl og Peter Møgelvang-Hansen: Garantier, forbrugerbeskyttelse og forbrugerproblemer i de nordiske lande (1985), s. 113, anføres:

"Selv om de fleste standardiserede vare- og tjenestegarantier, der forekommer i praksis, har forsikringslignende træk, og der efter omstændighederne kan være behov for at sikre, at garantigiver er i stand til at opfylde sine forpligtelser, ligger det fast, at der normalt ikke er tale om forsikringsvirksomhed i forsikringslovgivningens forstand. Garantiordninger, hvorefter (også) udefra kommende (pludselige) skader som f.eks. trafikulykker og tyveri kan udløse garantikrav, synes dog i almindelighed at udgøre forsikringsvirksomhed, når (denne del af) ordningen ikke har underordnet økonomisk betydning. Det er herved ikke afgørende, om ordningen er fritstående eller accessorisk set i forhold til hovedydelsen, eller om præmien er indregnet i dennes pris eller betales særskilt"

Da [produktet] dækker alle hændelige uheld, f.eks. hvis forbrugeren taber sit høreapparat, så det går i stykker, vandskade eller tyveri, finder Finanstilsynet, at K herved påtager sig en økonomisk risiko for en uvis begivenheds indtræden, der i princippet må betragtes som forsikringsvirksomhed. Finanstilsynet finder det i overensstemmelse med ovenstående litteratur uden betydning, at vederlaget for overtagelsen af denne økonomiske risiko er indregnet i hovedydelsens pris og ikke betales særskilt. ..."

K A/S har ved skrivelse af 4. juni 2013 heroverfor bemærket:

” ...

Med henvisning til Finanstilsynets udtalelse af 21. maj 2013 skal bemærkes følgende:

1. Den eneste litteratur Finanstilsynet henviser til i sin udtalelse støtter K' synspunkt.
2. Finanstilsynet lægger (igen) vægt på fejlagtigt faktum.
3. Finanstilsynet har (igen) ikke oplyst korrekt hjemmelsgrundlag.

Ad 1

Finanstilsynets første citat er behandlet i K' klageskrivelse.

Finanstilsynets andet citat støtter ligeledes K' synspunkt.

For det første fordi forfatterne som hovedregel ikke anser standardiserede vare- og tjenestegarantier for forsikringsvirksomhed i forsikringslovgivningens forstand, og for det andet fordi forfatterne anser det for en betingelse, at såfremt der skal gøres undtagelse til hovedreglen, skal garantiordningen ikke have underordnet økonomisk betydning.

I K' tilfælde har garantiordningen underordnet økonomisk betydning, idet der som tidligere oplyst ikke betales for garantiordningen. I øvrigt motiveres forbrugerne primært af pris og kvalitet af [produkterne] samt den lyd [produktet] frembringer (lyden er forskellig fra producent til producent, da lyden i et [produkt] aldrig er perfekt, og producenterne indgår forskellige kompromisser i deres [produkter] ud fra en forskellig opfattelse af, hvilket resultat der er så tæt på perfekt som muligt).

Ad 2

Finanstilsynet udtaler nu, *"..at vederlaget for overtagelsen af denne økonomiske risiko er indregnet i hovedydelsens pris.."*

Dette har aldrig tidligere været nævnt - hverken af K eller Finanstilsynet – og det er ikke korrekt.

Efter K' opfattelse er det ikke Finanstilsynets opgave, at beslutte sig for et resultat og derefter opfinde faktum til lejligheden.

Ad 3

Finanstilsynet undlader at tage stilling til, hvem der er omfattet af lov om Finansiell Virksomhed men springer direkte til lovens bestemmelse om tilladelse til forsikringsvirksomhed.

Efter K' opfattelse må lovens anvendelsesområde først fastlægges, dernæst må det afgøres om de regulerende bestemmelser finder anvendelse i den konkrete situation.

”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 12. juli 2013 fastholdt tilsynets afgørelse.

Ankenævnet udtaler:

1. Klageadgang

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov. I henhold til § 372, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed kan afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven indbringes for Erhvervsankenævnet.

Finanstilsynet har på baggrund af K A/S' forespørgsel herom ved skrivelse af 12. marts 2013 meddelt, at det påtænkte produkt ... efter tilsynets opfattelse har et sådant indhold, at der i lov om finansiel virksomheds forstand vil udøves forsikringsvirksomhed ved udbud heraf, og at der kræves tilladelse hertil i henhold til lovens § 11, stk. 1.

Erklæringer fra Finanstilsynet om, hvad tilsynet anser som gældende ret, er ikke i sig selv afgørelser, som kan påklages til Erhvervsankenævnet. Da den foreliggende udtalelse angår spørgsmålet om, hvorvidt udbuddet af et påtænkt produkt udgør en aktivitet, som kræver tilladelse efter lov om finansiel virksomhed, har klageren imidlertid en sådan retlig interesse i at få ankenævnets prøvelse af Finanstilsynets vurdering, at Erhvervsankenævnet realitetsbehandler klagen.

2. [Produkt navn]

Ankenævnet lægger efter klagers oplysninger til grund, at "[produkt navn]" påtænkes at gives til alle forbrugere i Danmark, og at garantien efter sit indhold dækker alle hændelige uheld, herunder tab af høreapparatet, vandskade på dette eller tyveri.

På denne baggrund tiltræder nævnet, at K A/S ved udbydelsen af tryghedsgarantien må anses for at udøve forsikringsvirksomhed, og at det således kræver tilladelse som forsikringsvirksomhed efter lov om finansiel virksomhed § 11, stk. 1, at udbyde "K's Udvidede Tryghedsgaranti" med det indhold som K A/S' ved henvendelsen til Finanstilsynet har forelagt tilsynet.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 12. marts 2013.

10) Kendelse af 28. november 2013 (J.nr. 2013-0034465)

Udlån skulle konsolideres og frist meddelt til at få nedbragt eller afdækket engagementet.

Lov om finansiel virksomhed, § 5, stk. 1, nr. 16 og § 145, stk. 1.
(Lone Møller, Preben Lund Hansen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 8. maj 2013 har advokat A på vegne af K1 [andelskasse] klaget over Finanstilsynets afgørelse af 15. april 2013, hvor tilsynet vurderede, at 6 ud-

lån skulle konsolideres i henhold til § 5, stk. 1, nr. 16, i lov om finansiel virksomhed, og som følge heraf påtalte, at der var tale om en overskridelse af lov om finansiel virksomhed § 145, stk. 1, og meddelte K1 en frist til den 1. juli 2013 til at få nedbragt eller afdækket engagementet, således at § 145, stk. 1, overholdes.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 15. april 2013 hedder det:

” ...

Afgørelse – lån med kaution fra B [NGO]

Finanstilsynet konstaterede i forbindelse med Finanstilsynets inspektion i december 2012, at K1 har ydet 6 udlån til udviklingsformål. B kautionerer for alle 6 udlån.

Finanstilsynet finder, at disse 6 udlån skal konsolideres i henhold til § 5, stk. 1, nr. 16, i lov om finansiel virksomhed (FIL), da alle 6 udlån er ydet med kaution fra B, og dermed bliver der tale om indbyrdes forbundne kunder.

Det samlede engagement overstiger herefter grænsen i § 145, stk. 1, i FIL, hvorefter et engagement, jf. § 5, stk. 1, nr. 16, med en kunde eller indbyrdes forbundne kunder efter fradrag for henholdsvis særlig dele og modtagne sikkerheder, garantier m.v. ikke må overstige 25 pct. af basiskapitalen, jf. § 128 i FIL.

Finanstilsynet skal derfor påtale overskridelsen af § 145, stk. 1, i FIL.

K1 gives samtidig dispensation til og med 1. juli 2013, hvorefter engagementet skal være nedbragt eller afdækket, således at § 145, stk. 1, i FIL overholdes.

Retligt grundlag

Det følger af § 5, stk. 1, nr. 16, i FIL, at et engagement består af summen af alle mellemværender med en kunde eller en gruppe af indbyrdes forbundne kunder.

Det fremgår af § 145, stk. 1, i FIL, at et engagement med en kunde eller gruppe af indbyrdes forbundne kunder ikke efter fradrag for henholdsvis særlig sikre dele og modtagne sikkerheder, garantier m.v. må overstige 25 pct. af basiskapitalen.

Indbyrdes forbundne kunder er nærmere defineret i bilag 1 til bekendtgørelse om store engagementer (BSE). Af bilag 1, nr. 2, libra b) fremgår, at indbyrdes forbundne kunder forstås som ”to eller flere fysiske eller juridiske personer, hvoraf ingen udøver kontrol med den anden eller de andre, men hvor der er sådanne indbyrdes forbindelser, at der er sandsyn-

lighed for, at hvis den ene kommer i økonomiske vanskeligheder, vil den anden eller andre også få økonomiske vanskeligheder.

BSE, bilag 1 nr. 7, angiver, at økonomisk forbundenhed omfatter indbyrdes forbundenhed mellem kunder som følge af en kundes afhængighed af en anden kundes betalingsevne eller som følge af, at kunder er udsat for samme specifikke risikofaktorer, for eksempel afhængighed af samme hovedleverandør, samme hovedaftager eller samme finansieringskilde.

BSE, bilag 1 nr. 10, angiver, at økonomisk forbundenhed som følge af samme finansieringskilde opstår, hvis to eller flere kunder modtager al- eller hovedparten af – deres finansiering fra en fælles kilde, der ikke – eller kun vanskeligt – kan erstattes, og hvor finansieringskildens ophør vil medføre stor sandsynlighed for misligholdelse.

Fakta

K1 har til Finanstilsynet oplyst, at K1 foretager en selvstændig kreditvurdering af den enkelte debitor og det enkelte projekt. Debitorerne kreditvurderes individuelt ud fra deres regnskab m.v. Der er dog tale om forskellige godgørende organisationer i forskellige bl.a. C [kontinent] lande, hvorfor der er tale om udenlandske regnskaber aflagt efter principper, som K1 ikke vurderes at have særlig ekspertise i at læse.

K1 vurderes endvidere ikke at have ekspertise i eller praktisk/økonomisk mulighed for at tvangsinddrive deres fordringer i de pågældende lande.

K1 bekræftede på undersøgelsen, at K1 ikke ville have bevilget lånene uden kaution fra B (eller alternativ en bankgaranti).

Finanstilsynet har derfor i sin vurdering lagt til grund, at K1 alene har ydet disse lån, fordi B har kautioneret for dem.

Vurdering

Økonomisk forbundenhed, jf. § 5, stk. 1, nr. 1, omfatter kunder udsat for samme specifikke risikofaktorer, fx afhængighed af samme finansieringskilde.

Det er Finanstilsynets vurdering, at projekterne ikke ville have opnået finansiering i K1, hvis ikke B stillede kaution til rådighed. K1's kreditgivning er dermed baseret på kautionen.

B må således være at sidestille med en finansieringskilde jf. BSE bilag 1, nr. 7, idet projekterne alle er afhængig af kaution fra B for at opnå finansieringen hos K1.

På den baggrund og under hensyn til, at K1 lægger afgørende vægt på kautionerne, er det Finanstilsynets vurdering, at projekterne har en sådan indbyrdes forbundenhed qua B's kautioner, at engagementerne skal ses som ét engagement i henhold til § 5, stk. 1, nr. 16, i FIL.

...”

I klageskrivelse af 8. maj 2013 har advokat A anført:

” ...

Vedr.: Klage over Finanstilsynets afgørelse af den 15. april 2013

På vegne af min klient K1 påklages herved ovennævnte afgørelse om konsolidering af 6 udlån, som er ydet til 6 forskellige kunder, men alle mod kaution fra B.

Finanstilsynet har i nævnte afgørelse fundet at den af B stillede kaution overfor K1's 6 forskellige kunder bevirker, at de nævnte kunder bliver indbyrdes forbundne.

I afsnittet vedrørende det retlige grundlag henviser Finanstilsynet til Bekendtgørelse om store engagementer (BSE), bilag 1, nr. 7 og nr. 10. Begge punkter vedrører kundeforhold og ikke kreditgiver.

I sidstnævnte punkt anføres direkte, at ”Det forhold, at to kunder har samme bankforbindelse, indebærer ikke økonomisk forbundenhed, da bankforbindelserne normalt vil kunne erstattes uden at true kundens solvens”.

I sin vurdering vedrørende den økonomiske forbundenhed anfører Finanstilsynet at de af K1 ydede udlån til de nævnte 6 kunder er afhængig af samme finansieringskilde, og at projekterne ikke ville have opnået finansiering K1, hvis ikke B stillede kaution til rådighed.

Den af Finanstilsynet foretagne vurdering er ikke korrekt og synes endvidere at sammenblende begreberne ”finansiering” og ”sikkerhedsstillelse”.

De af K1 ydede lån kommer i stand via samarbejdspartnere i de forskellige tredjeverdenslande, og fra et projekts begyndelse til den endelige etablering af lån forløber der typisk mellem 6-12 måneder med henblik på tilvejebringelse af de nødvendige formalia i form af projektbeskrivelser og tilhørende budgetter og regnskaber. De pågældende lån er typisk lavet med afdragsfrihed i en periode indtil de pågældende projekter er vel i vej, hvorefter tilbagebetaling af de pågældende lån påbegyndes.

Der er således fra K1's side foretaget en sædvanlig og omhyggelig kreditvurdering på et område, hvor K1 siden sin etablering i 1993 har opnået en ikke ubetydelig erfaring.

I forlængelse af sædvanlig kreditvurdering – og under iagttagelse af bestemmelserne herom – påser K1 naturligvis også behovet for en nødvendig sikkerhedsstillelse, som naturligt indgår i forbindelse med en bevilling og fastsættelse af de nærmere betingelser herfor i form af tilbagebetalingsforløb, rentestørrelser mv.

Der foreligger således ikke en ”finansieringskilde” som anført af Finanstilsynet, ligesom der naturligvis ikke er tale om at der er stillet en ”kaution til rådighed”, hvilket i sig selv synes at være et selvmodsigende begreb.

K1's kerneområde er at forestå udlån til projekter i tredjeverdenslande og herunder særligt til de fattige i disse lande, og alle udlandslån kreditvurderes naturligvis som ovenfor anført og en del af disse ydes naturligvis med kaution af forskellige kautionister.

Mellem de nævnte 6 kunder foreligger der ikke nogen økonomisk indbyrdes afhængighed, ligesom der heller ikke udøves nogen form for indbyrdes kontrol imellem de pågældende projekter.

Det er min opfattelse, at der således ikke foreligger nogen form for indbyrdes økonomisk afhængighed, hvor een kundes misligholdelse vil være af betydning for nogen af de øvrige kunders opfyldelse af deres betalingsforpligtelser. Jeg henviser til ”Guidelines on the implementation of the revised large exposures regime” udsendt den 11. september 2009 af CEBS, side 14 f.

For god ordens skyld gør jeg opmærksom på at K1 ikke har lån ydet til B.

Det bemærkes endvidere at K1 ikke medtager de stillede sikkerheder som eet engagement i relation til opgørelse af store engagementer, hvilket er tilladt efter BSE § 7. Dette understøtter at kautionerne ikke kan betragtes som et samlet engagement.

Der er i den foreliggende sag ikke nogen form for økonomisk eller ledelsesmæssig sammenhæng mellem de pågældende kunder, som kan føre til at disse skal vurderes som værende indbyrdes forbundne. Jeg henviser til Finanstilsynets afgørelse af 4. juli 2007 vedrørende konsolidering af engagementer med selskaber ejet af den Danske Stat eller af en regional myndighed.

Der er i nærværende sag heller ikke tale om en økonomisk afhængighed mellem kautionisten og den der kautioneres overfor, som kan medføre en betragtning vedrørende indbyrdes forbundenhed. Jeg henviser til Finanstilsynets afgørelse af 27. maj 2010 vedrørende konsolidering af engagementer - Amagerbanken A/S.

Afslutningsvist gør jeg endvidere opmærksom på at ovennævnte forretningsmodel har været benyttet gennem 20 år, og at der ikke under nogen tidligere inspektioner har været nævnt krav om konsolidering. Tidligere inspektioner har således godkendt de bestående forhold, hvor kautionerne ikke skulle ses samlet, og der er ikke sket ændring i lovgivningen herom.

Den seneste bekendtgørelse strammer reelt ikke op på kravene, men tydeliggør alene forholdet om ”indbyrdes forbundne kunder” I den tidligere bekendtgørelse var forholdet omkring kautioner anført i daværende bilag 1, punkt 23, hvilken bestemmelse ikke gav anledning til bemærkning fra tidligere inspektioner.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 28. juni 2013 udtalt:

”
...

1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet var i december 2012 på inspektion i K1. Finanstilsynet blev i den forbindelse opmærksom på, at K1 har bevilget i alt 6 udlån til udviklingsprojekter med kaution fra B. Finanstilsynet gennemgik i forbindelse med inspektionen i K1 4 af disse udlån. Kopi af materiale vedrørende de 4 udlån modtaget i forbindelse med inspektionen vedlægges ...

Under inspektionen meddelte Finanstilsynet, at det var Finanstilsynets umiddelbare vurdering, at engagementerne skulle ses som ét engagement i henhold til § 5, stk. 1, nr. 16, i lov om finansiel virksomhed (FIL), hvilket vil indebære en betydelig overskridelse af 25 pct. grænsen i § 145 i FIL. K1 meddelte på det afsluttende møde den 17. december 2012, at K1 ikke var enig i denne vurdering. K1 søgte dog den 21. december 2012 for en god ordens skyld om dispensation i 2 måneder for overtrædelse af § 145. Finanstilsynet imødekom ansøgningen samme dag, og gav K1 en frist på 2 måneder til at overholde grænsen i § 145.

Efter inspektionen fremsendte Finanstilsynet den 1. februar 2013 en rapport til K1 med de væsentligste konklusioner fra undersøgelsen. På s. 9 i rapporten gjorde Finanstilsynet opmærksom på, at det fortsat var Finanstilsynets umiddelbare vurdering, at engagementerne med kaution fra B skulle ses som ét sammenhængende engagement i henhold til § 145 i FIL. Kopi af rapporten er vedlagt ... Finanstilsynets endelige afgørelse afventede yderligere kommentarer fra K1.

K1's advokat fremsendte den 8. februar 2013 yderligere kommentarer til Finanstilsynets umiddelbare vurdering. Brevet vedlægges ...

Finanstilsynet traf herefter den 15. april endelig afgørelse i sagen. Afgørelsen er vedlagt ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

Lov om finansiel virksomhed

Det fremgår af § 145, stk. 1, i FIL, at et engagement med en kunde eller gruppe af indbyrdes forbundne kunder efter fradrag for henholdsvis særlig sikre dele og modtagne sikkerheder, garantier m.v. ikke må overstige 25 pct. af basiskapitalen.

Formålet med bestemmelsen er at sikre, at pengeinstitutterne ikke påtager sig for store risici i form af store engagementer med en enkelt kunde eller gruppe af indbyrdes forbundne kunder.

Det følger af § 5, stk. 1, nr. 16, i FIL, at et engagement består af summen af mellemværender med en kunde eller en gruppe af indbyrdes forbundne kunder, der indebærer en kreditrisiko for virksomheden.

Bekendtgørelsen om store engagementer (BSE)

Kreditrisiko defineres i BSE § 2, stk. 1, nr. 2, som risikoen for at lide et finansielt tab som følge af modpartens misligholdelse af deres betalingsforpligtelser.

Kunde defineres i BSE § 2, stk. 1, nr. 3, som enhver fysisk eller juridisk person, som virksomheden har et engagement med.

Af BSE § 7 fremgår, at når et engagement er garanteret af tredjemand eller sikret ved pant i finansiel sikkerhedsstillelse udstedt af tredjemand, kan virksomheden ved opgørelsen af engagementsgrænserne behandle den del af engagementet, der er garanteret, eller hvor der er stillet sikkerhed, som værende indgået med garantistilleren/sikkerhedsstilleren frem for med kunden.

Lovbemærkninger

Af lovbemærkningerne til § 145, stk. 1 [Jf. bemærkningerne til § 144 i lovforslag L 176 fra 2002], fremgår det, at Finanstilsynet i sin hidtidige praksis foruden ”kontrolkriteriet” (bilag 1, pkt. 2, litra a) og kriteriet om økonomisk afhængighed (bilag 1, pkt. 2, litra b) har tillagt andre momenter som f.eks. fælles ledelse vægt ved afgørelse af, om der forelå indbyrdes forbundenhed. Med lovteksten i § 145, stk. 1, og de tilhørende bemærkninger gives der dermed mulighed for, at det også fremadrettet vil være muligt for Finanstilsynet at lægge vægt på andre momenter end de momenter, som er beskrevet i bekendtgørelsens bilag 1.

3. Finanstilsynets vurdering

Som det fremgår af § 145 i FIL med tilhørende bemærkninger har bestemmelsen til formål at sikre tilstrækkelig risikospredning i pengeinstitutters engagementer. Finanstilsynet anser bestemmelsen som en af lovens mest centrale bestemmelser for pengeinstitutter, da det erfaringsmæssigt har vist sig, at store engagementer med en enkelt kunde indebærer en særlig risiko.

K1 har til Finanstilsynet oplyst, at K1 foretog en selvstændig kreditvurdering af hvert enkelt projekt blandt andet på baggrund af låntagernes regnskaber.

På baggrund af det materiale Finanstilsynet modtog i forbindelse med inspektionen, fandt Finanstilsynet det på ingen måde godtgjort, at K1 havde den nødvendige dokumentation til brug for en forsvarlig kreditvurdering baseret på de enkelte velgørehedsprojekter i C lande m.v.

Pengeinstitutters bestyrelser har pligt til at drøfte og godkende store udlån. Det fremgår af bestyrelsesreferaterne med bilag, at de pågældende udlån har været forelagt bestyrelsen. Som bilag ... vedlægges kopi af referater fra bestyrelsens møder i perioden juni 2011 til oktober 2012. Referaterne er kortfattede, og det fremgår derfor ikke i detaljer, hvilke forudsætninger der ligger til grund for bevilling af de enkelte K1-udlån.

Ved inspektionen stod det klart for Finanstilsynet, at K1 havde ydet kreditterne på baggrund af kautionerne fra B. Kreditvurdering af engagementerne var således baseret på en vurdering af, hvorvidt B forventedes

at kunne opfylde kautionsforpligtelserne i tilfælde af debitorernes misligholdelse af fordringerne.

Det forhold, at udlånene er ydet ved mellemkomst af en nødhjælpsorganisation og på yderst favorable lånevilkår, er efter Finanstilsynets opfattelse også en klar indikation af, at der ikke er tale om enkeltstående engagementer baseret på en sædvanlig forretningsmæssig vurdering, men derimod at K1 har baseret hele mellemværendet på, at B står bag.

Finanstilsynet vurderer ikke, at K1 har den særlige ekspertise eller kapacitet, det ville kræve at inddrive fordringer direkte fra debitorerne i C m.v., såfremt de skulle blive nødlidende.

Således havde også kreditstyringen i K1 påkaldt sig tilsynsreaktioner, såfremt kautionerne ikke havde været til stede. K1's medarbejderstab består af få fuldtidsmedarbejdere, hvoraf den ene er direktøren, samt et par medarbejdere på deltid/freelance.

Uden kautionerne fra B, vurderer tilsynet i øvrigt også, at kreditrisikoen ville være betydelig for K1. De samlede mellemværender baseret på kaution fra B beløber sig til ca. halvdelen af K1's kapitalgrundlag.

Finanstilsynet har derfor lagt til grund, at K1 har bevilget kreditterne på baggrund af kautionistens, B bonitet. Dette bekræftede K1 i forbindelse med Finanstilsynets inspektion i december 2012. K1 oplyste, at den ikke ville have bevilget udlånene uden garanti fra B eller alternativt en bankgaranti eller lignende sikkerhedsstillelse.

At B vurderes som værende en kautionist med god bonitet er uden betydning ved vurdering af, hvorvidt der er en konkret risiko for, at de pågældende projekter eller B kommer i økonomiske vanskeligheder.

Det er Finanstilsynets vurdering, at det ikke er afgørende for, hvorvidt der skal statueres sammenhæng mellem kunderne, om B har et selvstændigt lån/en kredit i K1 eller ej. Idet K1 efter Finanstilsynets opfattelse lægger afgørende vægt på kautionerne, må disse også siges at indebære en selvstændig kreditrisiko for K1, og kautionerne må derfor anses som ét samlet engagement med B.

Erhvervsankenævnet har også i kendelse af 2. august 2010 udtalt, at en række datterselskaber under en fond må anses som indbyrdes forbundne kunder, uanset fonden ikke selv havde et engagement med pengeinstituttet [Kendelse af 2. august 2010 (J.nr. 2009-0020875)]. I den konkrete sag var der ikke tale om en kautionist, men et moderselskab. Ikke desto mindre underbygger sagen, at det ikke er afgørende ved vurderingen efter § 145 i FIL, hvorvidt K1 har et selvstændigt engagement med B.

K1 henviser desuden til Finanstilsynets afgørelser af 4. juli 2007 og 27. maj 2010. Finanstilsynet finder ikke, at disse afgørelser kan benyttes i den konkrete sag til fordel for K1, idet der ikke kan sluttes modsætningsvis fra de to afgørelser, således som K1 synes at gøre.

Tværtimod udtaler Finanstilsynet i sidstnævnte afgørelse, at ”det forhold, at der ikke er krav om, at engagementet skal medregnes til kautionistens engagement efter pkt. 23 i bilag 1 til BSE, udelukker ikke, at der ikke som følge af kautionsafgivelsen konkret kan være tale om, at der er en økonomisk afhængighed mellem kautionisten og den der kautioneres overfor.”

Afslutningsvist anfører K1, at Finanstilsynet ved tidligere inspektioner har godkendt de bestående forhold, hvor kautionerne ikke skulle ses samlet, og at der ikke er sket ændringer i lovgivningen herom.

At Finanstilsynet ikke tidligere har taget problemstillingen op, kan ikke ses som en godkendelse, og det fritager ikke K1 for dens selvstændige ansvar for overholdelse af § 145 i FIL.

4. Konklusion

Finanstilsynet vurderer, at de pågældende mellemværender skal anses som indbydes forbundne og således er ét engagement i henhold til § 145 i FIL.

Finanstilsynet lægger særlig vægt på, at K1 ikke ville have bevilget de pågældende mellemværender, hvis ikke B havde været kautionist.

§ 145 i FIL fortolkes efter mangeårig praksis således, at modtagne garantier medregnes med garantistillelser, hvis lånet udelukkende er bevilget på baggrund af garantien. Det samme gør sig gældende for så vidt angår kautioner. Det er ikke afgørende, hvorvidt K1 i øvrigt har mellemværender med B.

Finanstilsynet fastholder derfor sin afgørelse af 15. april 2013.
...”

Ved skrivelse af 12. juli 2013 har advokat A yderligere anført:

”... jeg [skal] hermed fremkomme med mine bemærkninger til Finanstilsynets udtalelse, som fastholder den trufne afgørelse af 15. april 2013, men nu med ændrede henvisninger til afgørelsens retlige grundlag og med mere end 4 gange så mange bemærkninger til underbygning af den tidligere foretagne vurdering.

Ad det retlige grundlag

I afgørelse af den 15. april 2013 henviser Finanstilsynet i afsnittet vedrørende det retlige grundlag til bekendtgørelse om store engagementer (BSE), bilag 1, nr. 7 og nr. 10 vedrørende økonomisk forbundenhed. I min skrivelse af 8. maj 2013 bemærkede jeg, at disse punkter vedrører kundeforhold og ikke kreditgiver. I Finanstilsynets udtalelse af den 28. juni 2013 foretages der ikke en henvisning til de nævnte punkter, og mine betragtninger vedrørende kundeforhold står uimodsagt. Det retlige grundlag for afgørelsen den 15. april 2013 forekommer herefter forladt.

I Finanstilsynets udtalelse af den 28. juni 2013 henvises der til § 145, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed, som citeres i sin nuværende ordlyd.

Til underbygning af den nævnte lovtekst henvises der imidlertid til lov-bemærkninger fra lovforslag L 176 fra 2002, som havde en enklere lovtekst end den nugældende, og blandt andet ikke indeholdt teksten ”og modtagne sikkerheder, garantier m.v.”.

Desuagtet anvender Finanstilsynet i sin udtalelse af den 28. juni 2013 bemærkningerne fra den oprindelige lovtekst i 2002 til at underbygge et synspunkt om, at ”det også fremadrettet vil være muligt for Finanstilsynet at lægge vægt på andre momenter end de momenter, som er beskrevet i bekendtgørelsens bilag 1”.

Jeg må skarpt tage afstand fra, at den nuværende lovtekst fortolkes med henvisning til bemærkninger til et tidligere fremsat lovforslag, og at Finanstilsynet giver det udseende af, at de tidligere fremsatte bemærkninger hører til den nugældende lovtekst.

Bemærkningerne til lovforslag L 176 fra 2002 omtaler ganske rigtigt som anført af Finanstilsynet dels ”kontrolkriteriet” og dels kriteriet om økonomisk afhængighed, hvilke begge kriterier fremgår af bilag 1 til bekendtgørelse om store engagementer. Den eneste yderligere tilføjelse i lovforslagets bemærkninger lyder som følger: ”Finanstilsynet har i sin hidtidige praksis dog også tillagt andre momenter som for eksempel fælles ledelse vægt ved afgørelse af, om der forelå samhørighed”. Den af Finanstilsynet derudaf trufne konklusion i sine bemærkninger af den 28. juni 2013, hvorefter ”gives der dermed mulighed for, at det også fremadrettet vil være muligt for Finanstilsynet at lægge vægt på andre momenter ...”, synes at udgøre en så vidtgående fortolkning, at den reelt er uden hjemmel.

I denne forbindelse tillader jeg mig at bemærke, at mine betragtninger i min skrivelse af den 8. maj 2013, side 2 foruden, vedrørende manglende økonomisk eller ledelsesmæssig sammenhæng mellem de pågældende kunder tillige med manglende økonomisk afhængighed mellem kautionisten og den der kautioneres overfor, ikke er kommenteret af Finanstilsynet i udtalelsen af den 28. juni 2013, og derved står uimodsagt. Jeg tillader mig at konkludere, at dette må tages som udtryk for, at Finanstilsynet er enig i de af mig anførte betragtninger.

For god ordens skyld bemærkes, at den senere lovændring til § 145 vedrørende ”modtagne sikkerheder, garantier m.v.” ifølge lovbemærkningerne (lovforslag nr. 175 fra 2009) er indført som følge af en ændring i kravene for indberetning af store engagementer (forslagets § 145, stk. 4). Der er således heller ikke i bemærkningerne til den senere ordlyd af den nugældende § 145, stk. 1 hjemmel for Finanstilsynets udvidede fortolkning.

Vedrørende Finanstilsynets bemærkninger til det retlige grundlag kan jeg notere mig, at Finanstilsynet i sine bemærkninger af den 28. juni 2013 citerer BSE § 7, hvorefter der ved opgørelsen af engagementgrænserne kan

medtages sikkerhed fra 3.mand. I min skrivelse af den 8. maj 2013 anførte jeg, at min klient netop ikke medtager de stillede sikkerheder som ét engagement i relation til opgørelse af store engagementer, hvilket understøtter, at kautionerne ikke kan betragtes som et samlet engagement. Finanstilsynet har i sine bemærkninger af den 28. juni 2013 ikke fremsat bemærkninger hertil, hvorfor mine betragtninger fremstår uimodsagt. Jeg tillader mig på den baggrund at konkludere, at Finanstilsynet er enig i, at denne mulighed ikke er benyttet af min klient, og at dette understøtter, at kautionerne ikke kan betragtes som et samlet engagement.

Ad Finanstilsynets vurdering

I sin afgørelse af den 15. april 2013 anfører Finanstilsynet, at ”økonomisk forbundenhed” omfatter kunder udsat for samme specifikke risikofaktorer, ”f.eks. afhængighed af samme finansieringskilde”.

I min skrivelse af 8. maj 2013 fremførte jeg, at Finanstilsynet synes at sammenblende begreberne ”finansiering” og ”sikkerhedsstillelse”. I over to sider i Finanstilsynets bemærkninger af den 28. juni 2013 anfører Finanstilsynet intet nærmere herom, og mine betragtninger synes således at stå uimodsagt.

Jeg gentager den i min skrivelse af 8. maj 2013 fremsatte redegørelse vedrørende min klients kreditvurdering af låneansøgninger og gentager, at der i forlængelse af sædvanlig kreditvurdering påses behovet for en nødvendig sikkerhedsstillelse. Vurderingen af en nødvendig sikkerhedsstillelse foretages som i alle andre pengeinstitutter i forbindelse med lånebehandlingen, og denne sikkerhedsstillelse kan hverken sprogligt eller reelt sidestilles med en ”finansieringskilde”.

Det forekommer overraskende, at dette er Finanstilsynets vurdering, ligesom Finanstilsynets omtale af, at der er stillet en ”kaution til rådighed” synes tankevækkende. Det forekommer mig, at de omhandlede lån slet ikke lovmedholdeligt vil kunne behandles som selvstændige låneforhold, såfremt den af Finanstilsynets anvendte terminologi skulle lægges til grund.

Finanstilsynet anfører i sin udtalelse, side 3 nederst, at de omhandlede udlån er ydet ”på yderst favorable lånevilkår”, og at det er ”også en klar indikation af, at der ikke er tale om enkeltstående engagementer baseret på en sædvanlig forretningsmæssig vurdering...”.

Til dette bemærkes at der ikke foreligger ”yderst favorable lånevilkår”, men en anelse mere favorable lånevilkår på 4 - 5 % i udlånsrente i forhold til de laveste rentesatser til almindelige bankkunder på 4,75% - 6,50%.

De lidt mere favorable lånesatser relaterer sig ikke til den omhandlede sikkerhedsstillelse, men er begrundet i det forretningsgrundlag, som K1 er bygget op omkring, og hvor mikrolån er udviklet som et kendemærke for K1 og samtidig udgør en del af K1's mission og vision i forhold til at drive en etisk bank.

K1 har således siden sin start haft udlån til den 3. verden som førsteprioritet, og lånene er baseret på de beløb som kunderne har indbetalt på deres konti, og som står uforrentede til fordel for den 3. verden.

Jeg bemærker endvidere, at der i Finanstilsynets udtalelse, side 4, 3. afsnit, forekommer en form for "efterrationalisering" vedrørende K1's kreditstyring, "såfremt kautionerne ikke havde været til stede". Jeg bemærker, at dette ikke tidligere har været fremført overfor min klient, og at udtalelsen endvidere synes at indeholde en uacceptabel hypotetisk vurdering af min klients ansatte.

I min skrivelse af 8. maj 2013, side 2, anførte jeg endvidere, at der mellem de nævnte 6 kunder ikke foreligger nogen økonomisk indbyrdes afhængighed, ligesom der heller ikke udøves nogen form for indbyrdes kontrol imellem de pågældende projekter. Jeg tillod mig endvidere at henvise til "Guidelines on the Implementation of the revised large exposures regime" udsendt den 11. september 2009 af CEBS, side 14 f. Også disse mine betragtninger står uimodsagt i Finanstilsynets bemærkninger af den 28. juni 2013, hvorfor jeg antager, at Finanstilsynet er enig i de af mig fremførte synspunkter.

Finanstilsynet henviser i sin udtalelse til Erhvervsankenævnets kendelse af 2. august 2010 om en række datterselskaber under en fond, som måtte anses som indbyrdes forbundne kunder, uanset fonden ikke selv havde et engagement med pengeinstituttet. Det er min opfattelse, at denne afgørelse overhovedet ikke vedrører, om fonden havde engagement eller ej med pengeinstituttet, men derimod relaterer sig til de ledelsesmæssige beføjelser i en koncern, hvilket er noget helt andet.

Jeg kan oplyse, at min klient aldrig har været i tvivl om, at ledelsesmæssig kontrol over andre selskaber betyder et samlet engagement.

Afslutningsvis bemærkes, at en række af Finanstilsynets fremsatte bemærkninger i skrivelse af 28. juni 2013 synes at indeholde en særdeles subjektiv vurdering af min klients forretningsførelse og endvidere vurderinger af min klients forretningsførelse, som rettelig tilkommer bestyrelsen og K1's statsautoriserede revisor.

Vedrørende Finanstilsynets tidligere manglende påtale om krav om konsolidering har jeg noteret mig, at Finanstilsynet i sine bemærkninger af den 28. juni 2013 anfører, at der herved ikke har været tale om en "godkendelse" af de bestående forhold. Jeg tillader mig at bemærke, at der dog i det mindste har været tale om en "accept" af den anvendte forretningsmodel, og jeg formoder, at der i alt fald ikke har været tale om et ulovligt forhold, som kunne have været i strid med gældende lovgivning.
..."

Finanstilsynet har ved skrivelse af 16. august 2013 bemærket:

"...

K1's advokat henviser i sin replik til Finanstilsynets svarskrift af 28. juni 2013 og udlægger det forhold, at Finanstilsynet ikke har vurderet det påkrævet at kommentere alle K1's bemærkninger og udsagn som udtryk for, at Finanstilsynet er enig i alle ikke kommenterede bemærkninger og udsagn. Indledningsvis skal Finanstilsynet for god ordens skyld bemærke, at der ikke er grundlag for en sådan udlægning. Bemærkninger og udsagn, som måtte stå uimodsiget, er således ikke et udtryk for, at Finanstilsynet er enig i det af K1's advokat anførte.

Der er punkter i replikken, som giver Finanstilsynet anledning til en uddybning af redegørelsen i brev til Erhvervsankenævnet af 28. juni 2013, jf. nedenfor.

Det retlige grundlag - supplerende

Bekendtgørelse om store engagementer (BSE), bilag 1 nr. 7, angiver, at økonomisk forbundenhed omfatter indbyrdes forbundenhed mellem kunder som følge af en kundes afhængighed af en anden kundes betalings-ejne eller som følge af, at kunder er udsat for samme specifikke risikofaktorer, for eksempel afhængighed af samme hovedleverandør, samme hovedaftager eller samme finansieringskilde.

BSE, bilag 1 nr. 10, angiver, at økonomisk forbundenhed som følge af samme finansieringskilde opstår, hvis to eller flere modtager al – eller hovedparten af – deres finansiering fra en fælles kilde, der ikke – eller kun vanskeligt – kan erstattes, og hvor finansieringskildens ophør vil medføre stor sandsynlighed for misligholdelse.

Finanstilsynets vurdering

K1's advokat henviser til at der i det retlige grundlag for afgørelsen af 15. april 2013, foruden § 5, stk. 1, nr. 16 i lov om finansiel virksomhed (FIL) og § 145, stk. 1, i FIL, bl.a. var en henvisning til bekendtgørelse om store engagementer (BSE), bilag 1, nr. 7 og nr. 10. K1's advokat henviser herefter Finanstilsynets svarskrift, der ikke indeholder henvisninger til BSE, bilag 1, nr. 7 og nr. 10, og tilkendegiver på den baggrund, at det retlige grundlag for afgørelsen af 15. april 2013 herefter forekommer forladt.

Denne udlægning er Finanstilsynet ikke enig i.

Finanstilsynet har i sit svarskrift nærmere uddybet og redegjort for de overvejelser og hjemmelsgrundlag, som ligger til grund for Finanstilsynets afgørelse af 15. april 2013.

Den centrale bestemmelse i forhold til den foreliggende sag er § 145, stk. 1, i FIL, der som anført i svarskriftet har til formål at sikre tilstrækkelig risikospredning i pengeinstitutters engagementer. Det bemærkes for god ordens skyld, at der er henvist til denne bestemmelse i afgørelsen af 15. april 2013.

Engagementsbegrebet er defineret i § 5, stk. 1, nr. 16, i FIL, der i forhold til vurderingen af, hvorvidt der er tale om indbyrdes forbundne kunder

suppleres af BSE, bilag 1. Også disse bestemmelser er der henvist til i den trufne afgørelse.

K1's advokat gør i replikken – med henblik på at tilbagevise Finanstilsynets opfattelse at, at der i sagen er tale om indbyrdes forbundne kunder omfattet af § 5, stk. 1, nr. 16, i FIL – gældende, at der ikke består økonomisk eller ledelsesmæssig afhængighed imellem de under sagen omhandlede projekter/engagementer.

K1's advokat henviser i denne forbindelse yderligere til den trufne afgørelse af 15. april 2013, og bemærker, at der i den henvistes til, at "økonomisk forbundenhed", jf. § 5, stk. 1, nr. 16, omfatter kunder udsat for samme specifikke risikofaktorer, fx afhængighed af samme finansieringskilde.

K1's advokat tilkendegiver, jf. herom også klagen, i denne forbindelse at sammenhængen mellem de omhandlede projekter er "sikkerhedsstillelsen" ydet af B, og at der dermed, i K1's optik, ikke er tale om, at B skal vurderes som værende "finansieringskilde" for de under sagen omhandlede projekter/engagementer.

Herudover bemærker K1's advokat, at K1 ikke selv har opgjort de omhandlede projekter/engagementer som værende ét engagement, hvorfor K1's advokat konkluderer, at der også af denne årsag ikke er tale om ét samlet engagement.

Til disse bemærkninger skal Finanstilsynet bemærke følgende:

Problemstillingen i denne sag er ikke, om det enkelte C nødhjælpsprojekt har økonomisk eller ledelsesmæssig indvirkning på andre tilsvarende projekter.

Dels er økonomisk og ledelsesmæssig sammenhæng efter Finanstilsynets opfattelse eksempler på forhold, der bidrager til at statuere engagements-sammenhæng, ikke absolutte betingelser. Dels ændrer det ikke ved, at det er B's forhold, som konkret må vurderes at være afgørende for K1's risiko.

I denne forbindelse ses K1's egen opgørelse af store engagementer at være uden relevans for reglernes fortolkning.

Som anført i Finanstilsynets afgørelse af 15. april 2013 bekræftede K1 i forbindelse med Finanstilsynets inspektion, at K1 ikke ville have bevilget lånene uden kaution fra B (eller alternativt en bankgaranti). Konkret foreligger der kautionserklæringer fra B, og de omhandlede projekters finansiering har dermed de facto været betinget af B.

Henset til de særlige forhold hos låntagerne, de C projekter m.v., jf. i øvrigt Finanstilsynets vurdering heraf i det afgivne svarskrift, må der i en misligholdelsessituation anses at være en betydelig risiko for at K1 må henholde sig til de af B afgivne kautionserklæringer. Dermed er der etableret en situation, hvor vurderingen af K1's risiko på de ydede lån reelt er

afhængig af B's bonitet, og det er på den baggrund at Finanstilsynet vurderer, at de omhandlede lån skal kumuleres og betragtes som et samlet engagement.

At det er B's forhold som har været afgørende for den af projekterne opnåede finansiering bekræftes som anført i svarskriftet af, at de fastsatte lånevilkår efter Finanstilsynets opfattelse er yderst favorable.

K1's advokat anfører i replikken, at der ikke er tale om yderst favorable lånevilkår. Advokaten henviser til, at lånene er ydet med 4 – 5 pct. pr. år i udlånsrente, og de laveste udlånsrentesatser til almindelige bankkunder er 4,75 – 6,50 pct. pr. år

Finanstilsynet må fastholde, at udlånsrenter i niveauet 4 – 5 pct. pr. år i de konkrete engagementer må anses for meget favorable. Det forekommer ikke relevant at sammenligne med rentevilkår til almindelige bankkunder, idet de konkrete lån er ydet lån til projekter i C m.v. Hvis ikke disse lån havde været baseret på kautionserklæringerne fra B, ville der som tidligere anført være tale om lån med meget høj risiko.

At der er tale om usædvanlige engagementer synes også at følge af B årsregnskab 2011, der var vedlagt bilag 1, se note 12 på side 21, hvorefter K1 er det eneste pengeinstitut, som B anvender til sådanne forretninger.

Videre ses det af K1's sagsmateriale, at der er tale om lån uden afvikling typisk i 3-5 år efter etableringstidspunktet og med en tilbagebetalingstid på 5-10 år. Det er committede faciliteter, således at kreditor er afskåret fra med sædvanligt varsel at ændre vilkår. K1 kan således ikke kræve yderligere afvikling bortset fra under helt særlige omstændigheder, såsom ved låntagers misligholdelse. Det er efter Finanstilsynets opfattelse ikke sandsynligt, at sådanne lempelige vilkår ville blive ydet, medmindre det var under hensyn til B's bonitet.

Hertil bemærker Finanstilsynet, at det normalt vil være således, at vilkår for erhvervsudlån ydet med en høj risiko ikke alene fordrer en særlig høj lånerente, som modsvarer risikoen, men også en række særlige lånevilkår og pantsætninger for at sikre pengeinstituttet en vis løbende kontrol. Sådanne vilkår, f.eks. om løbende periodisk økonomirapportering og visse minima for økonomiske nøgletal, vil give pengeinstituttet mulighed for at gribe ind, hvis låntagers forhold ikke udvikler sig som forventet. Vilkår f.eks. om låntagers aktiviteter, ejerskab og ledelse vil på tilsvarende vis give pengeinstituttet muligheder for indgriben, hvis låntager disponerer på en måde, som er i strid med pengeinstituttets interesser som kreditgiver.

Heroverfor er det i de konkrete lånesager efter Finanstilsynets opfattelse i al væsentlighed kun B's kautionserklæringer, som kan sikre K1.

...

Når K1's advokat i brev af 12. juli 2013 bruger udtryk som "efterrationalisering" og "uacceptabel hypotetisk vurdering af min klients ansatte", må det grunde på manglende kendskab til Finanstilsynets virke. Som eksempel på rækkevidden af lovgivers opdrag til Finanstilsynet kan henvi-

ses til nedenstående uddrag fra indledningen til de almindelige bemærkninger i lovbemærkningerne til lov nr. 579 af 1. juni 2010 (gældende), hvorved der blandt andet blev foretaget en ændring af reglerne om Finanstilsynets tilrettelæggelse af sin virksomhed, jf. den nugældende FIL § 344, stk. 3:

”Med forslaget skal Finanstilsynet ikke alene se på, om den finansielle virksomhed overholder den finansielle lovgivning. Finanstilsynet skal også i højere grad foretage en vurdering af holdbarheden af den enkelte finansielle virksomheds forretningsmodel. At en forretningsmodel er holdbar betyder, at forretningsmodellen medvirker til virksomhedens levedygtighed og at gældende lovgivning overholdes. Der er tale om virksomhedens faktiske forretningsmodel, hvilket ikke nødvendigvis svarer til den forretningsmodel, der er beskrevet i virksomhedens strategidokumenter eller lignende. Det foreslås endvidere præciseret, at det risikobaserede tilsyn skal tilrettelægges ud fra et væsentlighedshensyn. Fokus skal således i mindre grad være på enkelte detaljer, hvor skadevirkningen ved en overtrædelse er mindre, og i højere grad på, om den finansielle virksomhed drives efter en fornuftig forretningsmodel, der ikke modvirker den finansielle stabilitet og tilliden til de finansielle virksomheder og markeder.”

Der er således krav til, at Finanstilsynet foretager ret vidtgående vurderinger af finansielle virksomheders forretningsmodel, strategier, aktiviteter, ressourcer, finansielle grundlag og ledelsesmæssige kompetencer.

I den konkrete sag er der imidlertid efter Finanstilsynets opfattelse ikke tale om, at Finanstilsynet med sit svarskrift har foretaget vidtgående vurderinger af K1's forhold. Derimod konstaterer Finanstilsynet, at det ville være uansvarligt, hvis en andelskasse med begrænsede ressourcer ydede kredit alene baseret på lokale projekter i C m.v. Og hvis Finanstilsynet f.eks. i forbindelse med inspektioner konstaterede en sådan risikoadfærd, som var egnet til at påføre pengeinstituttet væsentlige tab, ville Finanstilsynet være forpligtet til at gribe ind.

Eftersom K1 i disse sager har baseret sin kreditgivning på B's forhold, har Finanstilsynet ikke fundet det påkrævet at gribe ind overfor det kreditstyringsmæssige forhold, men overfor det forhold, at engagementerne med de omhandlede projekter, reelt indebærer, at K1 har engagementer, der efter reglerne samlet set er for stort.

...

K1's advokat bemærker i øvrigt følgende i replikken: ”Jeg må skarpt tage afstand fra, at den nuværende lovtekst fortolkes med henvisning til et tidligere fremsat lovforslag....”.

Det er korrekt, at der i svarskriftet blev henvist til forarbejderne til det lovforslag, der lå til grund for den oprindelige FIL. Det derfra fremhævede er imidlertid efter Finanstilsynets opfattelse fortsat udtryk for gældende fortolkning i forhold til vurderingen af, hvorvidt der foreligger indbyrdes forbundenhed i FIL § 145, stk. 1.

Om retsgrundlaget i øvrigt henviser K1s advokat både i klagen og i replikken til ”CEBS guidelines on the revised large exposures regime”. Finanstilsynet er uenig i, at disse retningslinjer støtter klagers anbringender.

Tværtimod er det Finanstilsynets opfattelse at eksemplet angivet på retningslinjernes side 14, pkt. 47, støtter Finanstilsynets opfattelse af, at de under sagen omhandlede projekter/engagementer skal betragtes som ét engagement, jf. følgende uddrag:

“Synchronic risk can emerge from, for example:

(...)
iv) reliance on commitments from one source (such as guarantees
(...))”

Retningslinjerne vedlægges ...

...

K1’s advokat omtaler i replikken yderligere Finanstilsynets henvisning til Erhvervsankenævnets kendelse af 2. august 2010, som, K1’s advokat mener, er uden betydning for den foreliggende sag.

Som anført i Finanstilsynets brev af 28. juni 2013 er henvisningen til Erhvervsankenævnets kendelse af 2. august 2010 relevant for den konkrete sag, blandt andet fordi kendelsen tydeliggør, at det ikke er en betingelse for, at der er tale om et engagement, at K1 skal have ydet kredit direkte til B. Det er tilstrækkeligt, at der er ydet kredit til de projekter, B garanterer – dvs. en mere indirekte kreditgivning.

...”

Advokat A har ved skrivelse af 16. september 2013 heroverfor bemærket:

”...

Finanstilsynet citerer lovbemærkningerne til den gældende lov, hvorefter Finanstilsynet ”ikke alene (skal) se på, om den finansielle virksomhed overholder den finansielle lovgivning. Finanstilsynet skal også i højere grad foretage en vurdering af holdbarheden af den enkelte finansielle virksomheds forretningsmodel”.

Finanstilsynet udlægger de anførte lovbemærkninger således, at der stilles ”krav til, at Finanstilsynet foretager ret vidtgående vurderinger af finansielle virksomheders forretningsmodel, strategier, aktiviteter, resourcer, finansielle grundlag og ledelsesmæssige kompetencer”.

Ovennævnte to citeringer sætter på udmærket fokus på det centrale i nærværende sag, nemlig hvorvidt der er fornøden hjemmel i lovgivningen til Finanstilsynets afgørelse, og på grænsedragningen mellem det ledelsesmæssige ansvar for et pengeinstitut og Finanstilsynets tilsynsbeføjelser.

Som anført i tidligere skrivelser, vedrører den angivne hjemmel i bekendtgørelse om store engagementer alene kundeforhold og ikke kreditgiver. Dette synes også at være Finanstilsynets opfattelse i den afgivne udtalelse af den 16. august 2013. Om § 145, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed anfører Finanstilsynet i bemærkningerne af 16. august 2013, at nævnte paragraf er *"den centrale bestemmelse i forhold til den foreliggende sag"*. Finanstilsynet bemærker, at *"problemstillingen i denne sag"* er ikke den økonomiske eller ledelsesmæssige indvirkning på andre tilsvarende projekter, men derimod *"at det er B's forhold, som konkret må vurderes at være afgørende for K1's risiko"*.

Sidstnævnte udtalelse kan meget vel være Finanstilsynets opfattelse, men der ses ikke hjemmel til denne hverken i lovteksten eller bemærkningerne dertil, jf. mine henvisninger i min skrivelse af 12. juli 2013 til lovforslagets bemærkninger.

Det er tillige uden hjemmel at henvføre afgivne kautionserklæringer til at udgøre en del af "finansieringen", hvorved denne kommer til at indgå som en del af kreditgivningen. En kautionserklæring udgør en del af en sikkerhedsstillelse for den ydede kredit, og er således ikke i sig selv en del af kreditten.

Min klient bemærker, at der naturligvis ikke gives lån til 3. verden, uden at der er styr på sikkerhederne, såsom kaution, bankgarantier m.v.

Det bemærkes endvidere, at de af min klient ydede lån med garanti B er sammenlignelige med pengeinstitutters ydelse af lån med vækstkaution fra Statens Vækstfond. Også disse lån er givet med en sikkerhedsstillelse, som må antages at have været en afgørende forudsætning for ydelsen af de pågældende lån. Så vidt vides er der ikke krav om, at flere engagementer med vækstkautioner skal opgøres som ét samlet engagement med kautionsgiver.

Min klient har da også oplyst, at Tilsynets medarbejdere under inspektionen og diskussionerne om overskridelse af § 145 flere gange sagde "det står ikke direkte i loven, men vi vurderer ...".

Vedrørende min klients forretningsmodel og de af K1 ydede lånesatser til udvalgte kunder i overensstemmelse med K1's forretningsgrundlag må beslutninger herom henvføre under K1's ledelseskompetence, således som denne er bemyndiget af K1's anpartshavere.

I hvilket omfang særlige kundegrupper skal favoriseres, er et forretningsanliggende, som heller ikke er ukendt i andre pengeinstitutter. Fastlæggelse af renteniveauet for udlån til sådanne favoriserede kunder er på tilsvarende måde et forretningsanliggende, som det ikke tilkommer Finanstilsynet at ændre på.

Min klient oplyser, at der aldrig har været nedskrivninger eller tab på disse lånetyper i K1's ...årige historie. Der kan have foreligget få ændringer af afviklingsvilkår i form af forlængelse på et år eller lignende, men lånene er altid blevet afviklet og indfriet.

Afslutningsvis bemærkes, at Finanstilsynets opfattelse af at skulle foretage ”vidtgående vurderinger” i overensstemmelse med de citerede lov-bemærkninger tillige skal tage højde for, at ”den finansielle virksomhed drives efter en fornuftig forretningsmodel, der ikke modvirker den finansielle stabilitet og tilliden til de finansielle virksomheder og markeder”.

Det forekommer nærliggende at konkludere, at K1 har en fornuftig forretningsmodel, hvor blandt andet udlån til udlandet sikres med gode kautioner.

...”

Ankenævnet udtaler:

Steen Mejer og Lone Møller udtaler:

Det fremgår af 145, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at et engagement, jf. § 5, stk. 1, nr. 16, med en kunde eller en gruppe af indbyrdes forbundne kunder efter fradrag for særlig sikre dele og modtagne sikkerheder, garantier m.v. ikke må overstige 25 pct. af basiskapitalen, jf. § 128.

Ifølge § 3, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 766 af 7. februar 2012 om store engagementer skal en gruppe af indbyrdes forbundne kunder afgrænses og identificeres i overensstemmelse med bekendtgørelsens bilag 1.

Ved en gruppe af indbyrdes forbundne kunder forstås ifølge nævnte bekendtgørelses bilag 1, pkt. 2, enten (a) to eller flere fysiske eller juridiske personer, der udgør en samlet risiko, fordi en af dem udøver direkte eller indirekte kontrol med den anden eller de andre, eller (b) to eller flere fysiske eller juridiske personer, hvoraf ingen udøver kontrol med den anden eller de andre, men hvor der er sådanne indbyrdes forbindelser, at der er sandsynlighed for, at hvis den ene kommer i økonomiske vanskeligheder, vil den anden eller de andre også få økonomiske vanskeligheder.

Økonomisk forbundenhed i bekendtgørelsens pkt. 2, litra (b), omfatter ifølge pkt. 7 indbyrdes forbundenhed mellem kunder som følge af en kundes afhængighed af en anden kundes betalingsevne eller som følge af, at kunder er udsat for samme specifikke risikofaktorer som for eksempel afhængighed af samme hovedleverandør, samme hovedaftager eller samme finansieringskilde. Økonomisk forbunden-

hed som følge af samme finansieringskilde opstår ifølge pkt. 10, hvis to eller flere kunder modtager al - eller hovedparten af - deres finansiering fra en fælles kilde, som ikke - eller kun vanskeligt - kan erstattes, og hvor finansieringskildens ophør vil medføre stor sandsynlighed for misligholdelse.

Vi finder herefter, at den omstændighed, at B har ydet kaution i forbindelse med alle lånene til de i sagen omhandlede seks låntagere - uanset hvilken betydning denne kautionists kreditværdighed måtte være tillagt ved långivningen - ikke i sig selv kan føre til, at låntagerne må anses som indbyrdes forbundne kunder, jf. § 145, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Der foreligger således ikke i kraft af lånene til de seks låntagere en overskridelse af nævnte lovs § 145, stk. 1, og der har dermed ikke været grundlag for at påtale overskridelse af § 145, stk. 1, eller for at meddele frist for nedbringelse eller afdækning af engagementet.

Vi stemmer således for at ophæve Finanstilsynets afgørelse af 15. april 2013.

Preben Lund Hansen udtaler:

Intentionen med at konsolidere indbyrdes forbundne kunder i § 145 i lov om finansiel virksomhed er at styre kreditrisikoen i finansielle virksomheder. Det fremgår, at K1's kreditvurdering i de i sagen omhandlede seks låneengagementer alene er baseret på kautionerne fra B.

Da lånene således reelt er bevilget på grundlag af kautionerne, skal låneengagementerne betragtes som indgået med B ved opgørelse af engagementsgrænserne i § 145 i lov om finansiel virksomhed.

Med den begrundelse stemmer jeg for at stadfæste Finanstilsynets afgørelse af 15. april 2013.

---000---

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, således at Finanstilsynets afgørelse af 15. april 2013 ophæves.

4.2. VÆRDIPAPIRHANDELSLOVEN

11) Kendelse af 30. april 2013 (J.nr. 2012-0032825)

Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.
Værdipapirhandelslovens §§ 25, stk. 3, og 84a og 84b samt forvaltningslovens § 9
og offentlighedslovens § 14.
(Elisabeth Stamer, Piya Mukherjee og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 7. oktober 2012 har advokat K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 24. september 2012 ikke fuldt ud imødekom hans anmodning om aktindsigt i to sager i Finanstilsynet, 1) journalnummer 6375-0025 ”klage over afnotering af A A/S – indsendt af K” og 2) journalnummer 6375-0001 ”mulig overtrædelse af § 25, stk. 3 – A A/S – afgørelse truffet af [FONDS-BØRS]”.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 24. september 2012 hedder det:

”Afgørelse om aktindsigt

Finanstilsynet har modtaget Deres mundtlige anmodning om aktindsigt af 14. september 2012. Anmodningen er tillige modtaget ved post af den 17. september 2012.

De har i anmodet om aktindsigt i den fulde sag.

Sagen har hos Finanstilsynet to journalnumre: 1) 6375-0025 (”Klage over afnotering af A A/S – indsendt af K”) og 2) 6375-0001 (”Mulig overtrædelse af § 25, stk. 3 - A A/S - Afgørelse truffet af [FONDS-BØRS]”).

1. Ad j.nr. 6375-0025

1.1. Afgørelse

Finanstilsynet har givet aktindsigt i de anmodede dokumenter med hjemmel i offentlighedslovens § 4, stk. 1. Dokumenterne fremsendes med denne afgørelse.

Da der i afgørelsen er givet fuld aktindsigt i materiale, der er anmodet om, ledsages afgørelsen ikke af en begrundelse og en klagevejledning, jf. forvaltningslovens § 22, stk. 1, og § 25, stk. 1, sidste pkt.

Vedlagt er følgende dokumenter:

1. Klage af den 25. august 2012 til Finanstilsynet over [Fonds-børs]’ afgørelse om at imødekomme afnoteringen af A A/S;

2. Mail fra [Fondsbørs] af den 7. september 2012. Følgende dokumenter vedlægges, idet de var vedlagt mailen:

- a. Oversendelsesbrev fra [Fondsbørs],
 - b. Deres klage af den 23. august 2012 som sendt til [Fondsbørs],
 - c. [Fondsbørs]' brev til Dem af den 7. september 2012;
3. Finanstilsynets svar til Dem af den 10. september 2012.

2. Ad j.nr. 6375-0001

2.1. Afgørelse

Finanstilsynet kan i den pågældende sag ikke imødekomme Deres anmodning om aktindsigt.

2.2. Begrundelse

Det fremgår af § 4, stk. 1, i offentlighedsloven, at enhver, med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v.

Ifølge § 14, 1. pkt., i offentlighedsloven er forholdet til tavshedspligt følgende:

"Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv."

Efter § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 855 af 17. august 2012, er Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt forpligtigede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver vidende om.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn. Det overordnede hensyn er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med virksomhederne. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendige.

Finanstilsynets tavshedspligt er en særlig vidtgående tavshedspligt, og adgangen til aktindsigt er således begrænset i forhold til almindelige regler, jf. offentlighedslovens § 14. Tavshedspligten indebærer også, at Finanstilsynet ikke kan give aktindsigt i videre omfang efter § 4, stk. 1, 2. pkt., i offentlighedsloven, idet denne adgang til meroffentlighed begrænses af tavshedspligten.

Udgangspunktet er således, at alle oplysninger om forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn, er undergivet tavshedspligt og dermed undtaget fra den almindelige adgang til aktindsigt. Kun i det omfang, den pågældende kan anses for at være part i tilsynssagen, vil der efter forvaltningslovens regler være adgang til aktindsigt.

Det fremgår af § 84 b i lov om værdipapirhandel m.v., at selskaber omfattet af § 7, stk. 1, i samme lov, et registreret betalingssystem, en godkendt udenlandsk clearingcentral, værdipapirhandleren, det kontoførende institut eller udstederen af værdipapirer, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, anses som part i forhold til Finanstilsynet. Dette modificeres i stk. 2 og 3, der indeholder en udtømmende liste over hvem, der derudover kan anses som part. Opregningen i § 84 b nævner ikke aktionærer.

Det følger herefter af § 4, stk. 1, 1. pkt., jf. § 14, stk. 1, i offentlighedsloven, sammenholdt med § 84 a, stk. 1, 1. pkt., i lov om værdipapirhandel m.v., at De ikke har mulighed for at få aktindsigt som anmodet.
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 6. november 2012 udtalt:

”...

Denne sag vedrører advokat Ks klage af 7. oktober 2012 over Finanstilsynets afgørelse af 24. september 2012 vedrørende afslag på anmodning om aktindsigt.

K har i samme brev af 7. oktober 2012 tillige klaget over Finanstilsynets afgørelse af 24. september 2012 vedrørende Ks mulighed for at indbringe en afgørelse truffet af [Fondsbørs] om afnotering af A A/S fra handel. Denne del af klagen er blevet behandlet særskilt af Erhvervsankenævnet under j.nr. 2012-0032824.

1. Sagsfremstilling

[Fondsbørs] (”[FONDSBØRS]”) har den 7. september 2012 truffet afgørelse om at afnotere A A/S (”A”) fra handel og officiel notering med virkning fra den 22. oktober 2012 (med sidste handelsdag den 19. oktober 2012). Afnoteringen sker efter ansøgning fra A.

K har ved brev af den 25. august rettet henvendelse til Finanstilsynet. I brevet har K anmodet Finanstilsynet om at ”gribe ind, så noteringen opretholdes”.

Nedenfor redegøres først for det generelle forløb omkring og baggrunden for [FONDSBØRS]’ beslutning af 7. september 2012 om afnotering af A. Derefter redegøres for Ks henvendelse af 25. august og behandlingen af denne.

1.1. [FONDSBØRS]’ beslutning om accept af anmodning om afnotering

Forløbet op til [FONDSBØRS]’ beslutning om accept af anmodningen om afnotering af A strækker sig over en længere periode.

B fremsatte således den 21. november 2011 et frivilligt overtagelsestilbud til aktionærene i A. B besad forud for det frivillige overtagelsestilbud 40,01 % af aktierne og stemmerettighederne i A.

Overtagelsestilbuddet var betinget af, at B, ved tilbudsperiodens udløb, havde opnået et ejerskab på mere end 90 % af aktierne og stemmerettighederne. Tilbudskursen var fastsat til 0,22 kr. pr. aktie, hvilket var lig lukkekursen for børsdagen før købstilbuddets fremsættelse.

Overtagelsestilbuddet blev ikke gennemført, idet B ved udløbet af tilbudsperioden kun havde modtaget accepter fra aktionærer svarende til 31,5 % af aktierne og stemmerettighederne, hvilket sammen med Bs ejerandel på 40,01 % ikke var tilstrækkeligt for at opfylde betingelsen.

B fremsatte herefter den 28. februar 2012 et nyt frivilligt overtagelsestilbud til aktionærene i A.

Der var til dette overtagelsestilbud ikke knyttet betingelser om opnåelse af en bestemt ejerandel.

Tilbudskursen var fastsat til 0,20 kr. pr. aktie. Lukkekursen børsdagen før købstilbuddets fremsættelse var 0,12 kr. Lukkekursen 1 måned forud for fremsættelsen af tilbuddet var 0,15 kr. pr. aktie.

Ved udløbet af tilbudsperioden havde B modtaget accepter fra aktionærer svarende til 31,3 % af aktierne og stemmerettighederne i A. Efter gennemførelsen af overtagelsestilbuddet ejede B 71,31 % af aktierne og stemmerettighederne i A.

Af begge købstilbud fremgik, at B agtede at bruge sin indflydelse til at omstrukturere A, så kun essentielle forskningsaktiviteter blev bevaret og om muligt at søge A afnoteret. Af det sidste købstilbud fremgik endvidere, at B ville iværksætte en tvangsindløsning i medfør af selskabslovens § 70, såfremt den fornødne aktiekapital blev opnået.

Som følge af gennemførelsen af overtagelsestilbuddet, stillede bestyrelsen for A forslag om at ansøge [FONDSBØRS] om afnotering på den ordinære generalforsamling den 27. april 2012.

Det fremgår af As selskabsmeddelelse af 27. april 2012, at det på generalforsamlingen blev besluttet at ansøge [FONDSBØRS] om afnotering. Af generalforsamlingsprotokollatet fremgår, at ”i alt 24 aktionærer var til stede eller repræsenteret på generalforsamlingen, herunder to ved fuldmagt og to ved brevstemme. 85,20 % af selskabets aktiekapital var til stede på generalforsamlingen eller repræsenteret ved fuldmagt, svarende til 414.933.967 stemmer og nominelt DKK 207.466.983,50 af selskabets kapital”.

Det fremgår endvidere af generalforsamlingsprotokollatet, at forslaget om anmodning om afnotering blev vedtaget med følgende fordeling:

for: 412.845.697 stemmer, svarende til 99,50 % af den frem-mødte kapital;

imod: 1.880.877 stemmer, svarende til 0,45 % af den fremmødte kapital;
undladt: 0 stemmer, svarende til 0 % af den fremmødte kapital.

Selskabsmeddelelsen af 27. april 2012 er vedlagt ... Generalforsamlingsprotokollatet (side 5 og 25-27) er vedlagt ...

Det fremgår af As selskabsmeddelelse af den 31. maj 2012, at A, i overensstemmelse med generalforsamlingsbeslutningen den 27. april 2012, ansøgte [FONDSBØRS] om afnotering. Selskabsmeddelelsen af 31. maj 2012 er vedlagt ...

[FONDSBØRS] traf den 5. juli 2012 afgørelse om As anmodning om afnotering. I afgørelsen accepterede [FONDSBØRS] As anmodning, men på betingelse af bl.a.;

- at B fremsatte et nyt overtagelsestilbud til aktionærene i A;
- at det nye overtagelsestilbud blev fremsat på vilkår svarende til vilkårene for en tvangsindløsning ved et overtagelsestilbud, hvilket betyder, at tilbudsprisen mindst skulle svare til den højeste pris betalt af B for køb (direkte eller indirekte) af A aktier gennem de seneste seks måneder før købstilbuddet, og;
- at aktionærene blev gjort opmærksom på konsekvenserne ved afnoteringen – herunder at aktionærene ikke vil modtage samme grad af informationer, og at der ikke vil være noget officielt marked for As aktier.

B fremsatte som følge heraf den 17. juli 2012 et nyt frivilligt overtagelsestilbud til aktionærene i A. Tilbudskursen var fastsat til 0,20 kr. pr. aktie. Den gennemsnitlige aktiekurs gennem de sidste tre måneder før den 17. juli 2012 var 0,15 kr. Den 16. juli 2012 var lukkekursen 0,16 kr. pr. aktie. Købstilbuddet er vedlagt som bilag 4.

Ved udløbet af tilbudsperioden den 28. august 2012 havde B modtaget accepter fra aktionærer svarende til 5,14 % af aktierne og stemmerettighederne i A. B besidder herefter 76,45 % af aktierne og stemmerettighederne i A.

[FONDSBØRS] har den 7. september 2012 offentliggjort en meddelelse, hvori det fremgår, at A vil blive slettet fra handel og officiel notering på [FONDSBØRS] med virkning fra den 22. oktober 2012 (sidste handelsdag er den 19. oktober 2012). [FONDSBØRS]s meddelelse af 7. september 2012 er vedlagt ...

1.2. Finanstilsynets undersøgelse af, om [FONDSBØRS], ved at imødekomme anmodningen fra A, havde overtrådt § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet har foretaget en undersøgelse af, om [FONDSBØRS], ved at imødekomme As anmodning om afnotering, har overtrådt § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet har den 23. oktober 2012 offentliggjort et resume af undersøgelsen.

Finanstilsynet har undersøgt [FONDSBØRS]s forretningsgange og generelle håndtering af anmodninger om afnotering. Endvidere har Finanstilsynet undersøgt de hensyn, som [FONDSBØRS] i den konkrete sag har lagt til grund for imødekommelsen As anmodning om afnotering.

Det er Finanstilsynets vurdering, at det under de givne omstændigheder ikke kan antages, at en afnotering af A vil være til væsentlig skade for investorenes interesse eller markedets ordentlige funktion, jf. § 25, stk. 3, 2. pkt.

Finanstilsynet finder på denne baggrund ikke, at [FONDSBØRS]s afgørelse om at imødekomme As anmodning om afnotering, udgør en overtrædelse af § 25, stk. 3 i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet har i vurderingen bl.a. lagt vægt på 1) fremmødet på selskabets generalforsamling, samt tilslutningen til forslaget om afnotering, 2) at aktionærene i A i tre omgange, via købstilbud fremsat af selskabets største aktionær, har haft mulighed for at afhænde deres aktier til markedskurs eller over, samt 3) selskabets økonomiske situation.

Sagen har været forelagt Fondsrådet.

1.3. Ks henvendelser til Finanstilsynet

K har ved brev af 25. august 2012 rettet henvendelse til Finanstilsynet. I brevet har K oplyst, at "[FONDSBØRS] har iflg. flere banker meddelt, at de vil stryge noteringen af A A/S. Det vil være til stor skade for selskabets småaktionærer jfr. mit vedlagte brev til [FONDSBØRS] af 23. august 2012 med bilag. Jeg beder Dem derfor gribe ind, så noteringen opretholdes".

K har vedlagt kopi af et brev til [FONDSBØRS] af 23. august 2012. Som bilag hertil har K vedlagt en udskift fra D, hvori konsekvenserne ved afnoteringen beskrives. Beskrivelsen er refereret fra tilbuds dokumentet af 17. juli 2012.

Det fremgår af Ks brev til [FONDSBØRS], at "ifølge vedlagte brev fra D af 18. juli 2012 vil afnoteringen medføre en lang række skadevirkninger for selskabets aktionærer. Tilsvarende har andre pengeinstitutter skrevet. Sletning vil derfor være ulovlig efter værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, 2. pkt. idet sletning ikke er tilladt, når der er sandsynlighed for, at sletning vil være til "væsentlig skade for aktionærernes interesser" – og det er den jfr. Ds brev."

Ks brev af 25. august 2012 er vedlagt ...

Ved brev af 14. september 2012 har K mundtligt anmodet Finanstilsynet om aktindsigt. Anmodningen er tillige modtaget med post den 17. september 2012 (brevdato den 12. september 2012).

Notat af telefonsamtalen mellem K og Finanstilsynet er vedlagt som bilag 7. Ks brev af 12. september 2012 er vedlagt ...

Finanstilsynet har ved breve af 24. september 2012 svaret på Ks henvendelse.

...

1.3.2. Finanstilsynets afgørelse om anmodning om aktindsigt

I det andet brev af 24. september 2012 har Finanstilsynet svaret på Ks anmodning om aktindsigt. I brevet har Finanstilsynet oplyst, at sagen hos Finanstilsynet har to journalnumre: 1) 6375-0025 ("Klage over afnotering af A A/S – indsendt af K") og 2) 6375-0001 ("Mulig overtrædelse af § 25, stk. 3 - A A/S - Afgørelse truffet af [FONDSBØRS]").

Ad 6375-0025

Finanstilsynet har i brevet af 24. september 2012 givet K fuld aktindsigt i denne sag.

Ad 6375-0001

Finanstilsynet har i brevet af 24. september 2012 oplyst, at det fremgår af § 84 b i lov om værdipapirhandel m.v., at selskaber omfattet af § 7, stk. 1, i samme lov, et registreret betalingssystem, en godkendt udenlandsk clearingcentral, værdipapirhandleren, det kontoførende institut eller udstederen af værdipapirer, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, anses som part i forhold til Finanstilsynet. Dette modificeres i stk. 2 og 3, der indeholder en udtømmende liste over hvem, der derudover kan anses som part. Opregningen i § 84 b nævner ikke aktionærer.

Finanstilsynet har videre oplyst, at det herefter følger af § 4, stk. 1, 1. pkt., jf. § 14, stk. 1, i offentlighedsloven, sammenholdt med § 84 a, stk. 1, 1. pkt., i lov om værdipapirhandel m.v., at K ikke har mulighed for at få aktindsigt som anmodet.

Finanstilsynet har på denne baggrund afvist Ks anmodning om aktindsigt.

Denne afgørelse har K ved brev af 7. oktober indbragt for Erhvervsankenævnet.

Nærværende redegørelse omhandler denne afgørelse.

2. Det retlige grundlag

Offentlighedslovens § 4, stk. 1, har følgende ordlyd:

"§ 4, stk. 1. Enhver kan med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvalt-

ningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v.”

Af offentlighedslovens § 5, stk. 1, fremgår, at retten til aktindsigt omfatter

*”1) alle dokumenter, der vedrører sagen, herunder genpart af de skrivelser, der er udgået fra myndigheden, når skrivelserne må antages at være kommet frem til adressaten, og
2) indførelser i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter.”*

Af offentlighedslovens § 14 fremgår følgende:

”§ 14. Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv. Det gælder ikke, for så vidt angår den almindelige tavshedspligt efter straffeloven, forvaltningsloven og tjenestemandsløvgivningen.”

En ”særlig bestemmelse om tavshedspligt”, jf. offentlighedslovens § 14, stk. 1, 1. pkt., er indeholdt i lov om værdipapirhandel m.v. § 84 a, hvoraf følgende fremgår om tavshedspligten for ansatte i Finanstilsynet:

”§ 84 a. Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Det samme gælder personer, der udfører serviceopgaver som led i Finanstilsynets drift, samt eksperter, der handler på tilsynets vegne. Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets opmærksomhed...”

Bestemmelserne i lov om værdipapirhandel m.v. § 84 a, stk. 2-12, præciserer og modificerer tavshedspligten fastsat i § 84 a, stk. 1.

Efter forvaltningslovens § 9 gælder en udvidet adgang til at opnå aktindsigt i forhold til offentlighedslovens regler. Aktindsigt i henhold til § 9 i forvaltningsloven er efter bestemmelsens stk. 1 begrænset til parter. Hvem der i en sag omfattes af lov om værdipapirhandel m.v. anses for part i forholdet til Finanstilsynet er fastlagt i lov om værdipapirhandel § 84 a.

Lov om værdipapirhandel m.v. § 84 b har følgende ordlyd:

Som part i forhold til Finanstilsynet anses alene selskaber omfattet af § 7, stk. 1, et registreret betalingssystem, en godkendt udenlandsk clearingcentral, værdipapirhandleren, det kontoførende institut eller udstederen af værdipapirer, som en afgørelse, der er eller vil blive truffet af Finanstilsynet, retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3.

Stk. 2. I nedennævnte tilfælde anses en anden end en virksomhed omfattet af stk. 1 tillige som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende:

7) Den, der for Finanstilsynet indbringer en af en operatør af et reguleret marked, et selskab, der driver en alternativ markedsplads, en clearingcentral eller en værdipapircentral truffet beslutning, jf. § 88, stk. 3, og som Finanstilsynet anser for part i sagen, samt øvrige, som Finanstilsynet anser som part i sagen.

8) En erhverver som nævnt i § 31, stk. 1, og § 32, stk. 1 og 2, samt øvrige, som Finanstilsynet i særlige tilfælde anser for part i sagen.

I forbindelse med vedtagelsen af lov om finansiel virksomhed i 2003, blev § 84 b, stk. 2, nr. 8-9 (som i dag er nr. 7-8) i lov om værdipapirhandel m.v. også ændret. Til ændringen af § 84 b, stk. 2, nr. 8 (som i dag er nr. 7) i lov om værdipapirhandel m.v., fremgår det af bemærkningerne til lovforslaget (L 176 som fremsat den 12. marts 2003), at ”der gives nu mulighed for, at Fondsrådet kan tillægge andre end de, der indbringer sagen for rådet, partsstatus”.

Det fremgår videre af bemærkningerne til L 176 (2003) i relation til et forslag om udvidelse af partsbegrebet i relation til §§ 31 og 32 i lov om værdipapirhandel m.v., at ”derimod er det ikke tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed”.

3. Finanstilsynets vurdering

3.1. Aktindsigt

Det fremgår af § 4, stk. 1, i offentlighedsloven, at enhver, med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v.

Ifølge § 14, 1. pkt., i offentlighedsloven er forholdet til tavshedspligt følgende:

"Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv."

Efter § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v. er Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt forpligtigede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver vidende om.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn. Det overordnede hensyn er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med virksomhederne. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendige.

Finanstilsynets tavshedspligt er en særlig vidtgående tavshedspligt, og adgangen til aktindsigt er således begrænset i forhold til almindelige regler, jf. offentlighedslovens § 14. Tavshedspligten indebærer også, at Finanstilsynet ikke kan give aktindsigt i videre omfang efter § 4, stk. 1, 2. pkt., i offentlighedsloven, idet denne adgang til meroffentlighed begrænses af tavshedspligten.

Udgangspunktet er således, at alle oplysninger om forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn, er undergivet tavshedspligt og dermed undtaget fra den almindelige adgang til aktindsigt. Kun i det omfang, den pågældende kan anses for at være part i tilsynssagen, vil der efter forvaltningslovens regler være adgang til aktindsigt.

Nedenfor redegøres nærmere for, hvorvidt K kan anses for part eller ej, og dermed hvorvidt han kan meddeles aktindsigt i de ønskede dokumenter.

3.2. Partsstatus efter lov om værdipapirhandel m.v. § 84 b, stk. 2, nr. 7

Som det fremgår oven for, er det udgangspunktet, at alene selskaber omfattet af lov om værdipapirhandel m.v. § 7, stk. 1, et registreret betalingssystem, en godkendt udenlandsk clearingcentral, værdipapirhandleren, det kontoførende institut eller udstederen af værdipapirer, som en afgørelse, der er eller vil blive truffet af Finanstilsynet, retter sig mod, er at anse for part i forhold til Finanstilsynet, jf. § 84 b, stk. 1, jf. dog stk. 2 og 3.

Ifølge undtagelsesbestemmelsen i stk. 2 anses i visse tilfælde en anden end en virksomhed omfattet af § 84 b, stk. 1, som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Efter § 84 b, stk. 2. nr. 7, er den, der for Finanstilsynet indbringer en af en operatør af et reguleret marked truffet beslutning, jf. § 88, stk. 3, og som Finanstilsynet anser herfor, part i sagen, samt øvrige, som Finanstilsynet anser som part i sagen.

Som det fremgår af L 176 (2003), er det ikke tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus, med de beskyttelseshensyn der følger heraf, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed. Selvom den konkrete lovbemærkning er knyttet til partsbegrebet i relation til sager om overtagelsestilbud, jf. § 84 b, stk. 2, nr. 8 (hvor det endvidere er et krav for opnåelse af partsstatus, at der er tale om et særligt tilfælde), er det Finanstilsynets vurdering, at princippet skal anvendes generelt, jf. formuleringen ”det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed”.

Det skal hertil bemærkes, at i Erhvervsankenævnets afgørelse af 22. juni 2006 (j.nr. 2005-0002562), stadfæstede Erhvervsankenævnet Finanstilsynets afgørelse om partsstatus i en sag vedrørende eventuel tilbudspligt. Finanstilsynet havde i den konkrete sag anlagt en sontring mellem for-

skellige aktionærer, alt efter formålet med deres ejerskab. Det fremgår af afgørelsen:

”De fleste aktionærer køber mindre aktieposter med det formål at forrente deres kapital men uden at have en forventning om at kunne udøve andet end en begrænset indflydelse på driften af selskabet på generalforsamlingen. Enkelte aktionærer køber store aktieposter med en klar forventning om at kunne få stor indflydelse på driften af selskabet. Disse aktionærer kan siges at lide et særligt tab ved at andre aktionærer erhverver en bestemmende indflydelse over selskabet, idet de mister muligheden for at øve indflydelse, ligesom deres aktiepost grundet størrelsen normalt vil være sværere at afhænde end en mindre aktiepost”.

I den konkrete sag besad den pågældende aktionær 31,6 % af aktiekapitalen i selskabet. Erhvervsankenævnet tiltrådte, at den pågældende aktionær, på baggrund af de foreliggende oplysninger, havde en sådan særegen, væsentlig og individuel interesse i afgørelsen af den konkrete sag, at der forelå et særligt tilfælde i relation til § 84 b, stk. 2, nr. 7, i lov om værdipapirhandel m.v. (nu § 84 b, stk. 2, nr. 8).

Selvom ovenstående sag drejede sig om en aktionærs partsstatus i relation til mulig tilbudspligt, er det Finanstilsynets vurdering, at de anlagte hensyn i sagen tillige kan finde anvendelse for vurderingen af, om K skal have partsstatus i denne sag. Dette støttes igen af lovbemærkningerne til L176 (2003).

Det er på denne baggrund Finanstilsynets vurdering, at det forhold, at man er (minoritets)aktionær i et selskab, som har anmodet operatøren af det regulerede marked om afnotering af selskabets aktier fra handel, og hvor operatøren af det regulerede marked har truffet afgørelse overfor selskabet, er ikke i sig selv et kriterium, der kan begrunde partsstatus i medfør af § 84 b, stk. 2, nr. 7.

Selvom partsstatus efter § 84 b, stk. 2, nr. 7, ikke kræver, at der er tale om et særligt tilfælde, fordrer opnåelse af partsstatus dog, at vedkommende har en væsentlig individuel interesse i sagen.

Ved vurderingen af, om partsstatus kan anses for opnået, skal der indgå et generelt hensyn til markedet, herunder til både aktuelle og potentielle investorer.

Adgangen for en aktionær i et selskab til at gøre sin individuelle indflydelse gældende, sker på selskabets generalforsamlinger i henhold til reglerne herom i selskabsloven. Aktionærens indflydelse afhænger af aktionærens andel af aktierne og stemmerettigheder i selskabet på den pågældende generalforsamling.

Som beskrevet i afsnit 1.1. var der på generalforsamlingen den 27. april 2012, hvor forslaget om afnotering blev vedtaget, fremmødt 85,2 % af selskabets aktiekapital og stemmerettigheder. Forslaget om afnotering

blev vedtaget med 99,5 % af den fremmødte kapital og stemmerettighederne.

Som det fremgår af bilag 2, tog K ordet på generalforsamlingen den 27. april 2012, hvor K udtrykte modstand mod forslaget om afnotering. Finanstilsynet er af [FONDSBØRS] blevet gjort opmærksom på, at K, på generalforsamlingen, besad ca. 0,124 % af stemmerettighederne i A.

Det er Finanstilsynets vurdering, at den omtalte ejerandel ikke findes at udgøre et omfang, hvormed det må antages, at K har en så væsentlig individuel interesse i sagen, at det bør medføre partsstatus.

Det er ligeledes Finanstilsynets vurdering, at hensynet til de øvrige aktionærers interesser i at afnotere A ligeledes taler imod at tildele K partsstatus. Tilsvarende taler hensynet til eventuelle fremtidige investorer, som i det konkrete tilfælde må antages ikke at have en interesse i, at investere i et selskab, som ikke ønsker at være optaget til handel.

3.3. Finanstilsynets samlede vurdering

Det er herefter Finanstilsynets samlede vurdering, at K ikke kan anses for part efter § 84 b, stk. 2, nr. 7, i lov om værdipapirhandel m.v.

Det følger herefter af § 4, stk. 1, 1. pkt., jf. § 14, stk. 1, i offentlighedsloven, sammenholdt med § 84 a, stk. 1, 1. pkt., i lov om værdipapirhandel m.v., at K ikke har mulighed for at få aktindsigt som anmodet.

...”

I skrivelse af 11. november 2012 har advokat K anført:

” ...

Vedr. manglende aktindsigt omkring afnoteringen af A A/S og [Fondsbørs].

Fra Finanstilsynet har jeg modtaget skrivelse af 6. november 2012.

Finanstilsynet lægger ved rigtigheden af værdien af købstilbuddene udelukkende børskursen til grund.

Hvis den udgør et sandhedsbevis på værdien af et selskab – og det synes jo at være tilfældet i Finanstilsynets optik – har samtlige lukninger af børsnoterede danske banker været grundløse, eftersom børskursen var positiv før lukningen, og de var således ikke konkurstruede.

Når Finanstilsynet ... skriver: at det ” ... ikke kan antages, at en afnotering af A vil være til væsentlig for investorernes interesse ...” er det i strid med Ds skrivelse af 18. juli 2012, som jeg sendte ind ... og oplysningerne i A eget tilbudsdokument af 17. juli 2012 ... om vigtig information.

Det anføres ..., at ”Sagen har været forelagt Fondsrådet”.

Det er eksternt og ikke er undergivet den påståede tavshedspligt. Afgørelsen derfra skulle være sendt klageren under alle omstændigheder.

Ad. ... ”Ad 6375-0025”

Det påstås, at K har fået fuld aktindsigt.

Det er ikke rigtigt.

Mange andre aktionærer har klaget. Næppe alle klager er sendt K i kopi eller Finanstilsynets konkrete behandling af hver enkelt.

K ved fra aktindsigt i Justitsministeriets sag, at rigtig mange andre aktionærer har klaget dertil og en hel del af dem må formodes også at have klaget til Finanstilsynet.

... Finanstilsynet [anfører], at minoritetsaktionærer ikke generelt tillægges partsstatus.

Dermed fmt. På, at man ikke skal partskommunikere med 10.000 aktionærer i et børsnoteret selskab; men ikke på, at den normalt lille del af mindre aktionærer, der protesterer, ikke skulle få partsstatus.

Med protesten opnår de partsstatus.

Minoritetsaktionærer afskæres efter Finanstilsynets vurdering fra beskyttelse ved tilsynsmyndighederne, og i stedet henvises de til den langt tungere, mere tidskrævende og dyrere vej ved domstolene.

Det er i strid med princippet om lighed for loven, at kun de store får partsstatus og mulighed for klage til myndighederne.

Holdningen og handlingen synes at udtrykke, at småaktionærer er retsløse.

De, der ikke har solgt til hovedaktionæren, så denne ikke kunne tvangsindløse, har dermed støttet K.

Mange andre klager har direkte henvist til hans klage og dermed vist, at hans klage ikke er enkeltstående utilfredshed med dispositionerne i A.

Finanstilsynet har som aktionær-årsag overset, hvor mange af A (A)-aktionærerne, der også skød penge i selskabet for at bekæmpe kræft.

Jeg kan ikke indhente erklæringer fra alle dem, jeg kender til, for kræften vandt, og flere af dem er døde.

[Fondsboers] har oplyst om klagerens stemmer.

Den skrivelse er ikke fremlagt uanset aktindsigtsbegæringen.

Oplysningen kan ikke anvendes, når klageren ikke kan se, hvordan den fremkommer, i hvilken kontekst, den er afgivet og hvilke beholdninger andre aktionærer, der støttede, ville støtte eller ikke støttede ham, havde.

... Finanstilsynet [henviser] til hensynet til de andre aktionærer.

Det er hovedaktionæren, som vil kunne købe småaktionærernes aktier billigt og ikke alle andre, som jfr. As egne prospekter vil tabe penge ved afnotering, som Finanstilsynet beskytter.

Finanstilsynet har ganske misforstået sin opgave og loven.

...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 14. december 2012 heroverfor bemærket:

” ...

Advokat K har ved brev af den 11. november 2012 med over-skriften ”Vedr. manglende aktindsigt omkring afnoteringen af A A/S og [Fondsbørs]” [Ikke til forveksling med Ks brev af 11. november 2012 med overskriften ”Vedr. noteringen af A A/S og [Fondsbørs]”], ... rettet henvendelse til Erhvervsankenævnet. I brevet har K vedlagt Finanstilsynets brev af den 5. november 2012, ... hvori Finanstilsynet har udsat behandlingen af Ks fornyede anmodning om aktindsigt af 26. oktober 2012, ... indtil behandlingen af hans oprindelige aktindsigtsanmodning er behandlet af Erhvervsankenævnet. K har tillige vedlagt en skrivelse fra [Fondsbørs] (”[FONDSBØRS]”) af den 6. november 2012, ...

K fremhæver følgende forhold i sit brev af 11. november 2012 til Erhvervsankenævnet:

- 1) Børskurs
- 2) Ds skrivelse af den 18. juli 2012
- 3) Finanstilsynets undersøgelse af [FONDSBØRS], som forelagt Fondsrådet
- 4) Aktindsigt
- 5) Hensynet til minoritetsaktionærene

Det er Ks opfattelse, at Finanstilsynet ”*har ganske misforstået sin opgave og loven*”.

Finanstilsynet skal hermed fremkomme med Finanstilsynets bemærkninger til Ks henvendelse til Erhvervsankenævnet.

1. Finanstilsynets bemærkninger til Ks henvendelse

Ad 1 – Børskurs

Det er Ks opfattelse, at Finanstilsynet i dets vurdering af købstilbuddene alene lægger børskursen til grund.

Finanstilsynet skal gøre opmærksom på, at Finanstilsynet ikke har godkendt de af B offentliggjorte tilbudsdokumenter. Dette skyldes, at B forud for fremsættelsen af købstilbuddene, havde den faktisk bestemmende indflydelse. Købstilbuddet blev derfor ikke fremsat med henblik på at erhverve en kontrollerende aktiepost, jf. § 32, stk. 2 i lov om værdipapirhandel m.v., hvorfor tilbudsgiver ikke havde pligt til at udarbejde et tilbudsdokument, som skulle godkendes af Finanstilsynet.

Finanstilsynet har derfor ikke vurderet børskursen i forbindelse med de af B fremsatte overtagelsestilbud. [FONDSBØRS] har dog, i forbindelse med anmodningen om afnoteringen, fremsat krav til B om, at tilbudskursen skulle udgøre mindst 0,20 kr. pr. aktie.

Ad 2 – Ds skrivelse af 18. juli 2012

Det er Ks opfattelse, at det på side 4 anførte i Finanstilsynets fornyede afgørelse af 6. november 2012, hvor Finanstilsynet konkluderer, ”... at det under de givne omstændigheder ikke kan antages, at en afnotering af A vil være til væsentlig skade for investorernes interesser...” er i strid med Ds skrivelse af 18. juli 2012, samt oplysningerne i Bs tilbudsdokument af 17. juli 2012.

Finanstilsynet skal gøre opmærksom på, at Ds skrivelse af 18. juli 2012 er en gengivelse af tilbudsdokumentet. Skrivelsen er derfor ikke et udtryk for Ds vurdering, men i stedet en gengivelse af de oplysningskrav til tilbudsdokumentet, som [FONDSBØRS] fremsatte over for tilbudsgiver. Oplysningerne i tilbudsdokumentet skulle gøre aktionærerne i A opmærksomme på, hvilke konsekvenser de kunne imødesee, såfremt de ønskede at forblive aktionærer i A efter en afnotering.

Tilbudsgivers oplysninger om de mulige konsekvenser ved at forblive aktionærer i selskabet, må antages at være i investorernes og markedets interesse.

Finanstilsynet bemærker i denne sammenhæng, at det følger af § 5, stk. 1, nr. 18, i bekendtgørelse om overtagelsestilbud, at tilbudsgiver skal oplyse om tilbudsgivers intentioner med målselskabet, herunder om selskabets aktier fortsat skal være optaget til handel på et reguleret marked. Købstilbuddet af den 17. juli 2012 adskiller sig ved, at selskabet på forhånd havde modtaget [FONDSBØRS]s forhåndstilkendegivelse om afnoteringen.

Ad 3 – Finanstilsynets undersøgelse af [FONDSBØRS], som forelagt Fondsrådet

K henviser til ... Finanstilsynets fornyede afgørelse, hvoraf det fremgår at ”sagen har været forelagt Fondsrådet”. Det er Ks opfattelse, at Fondsrådet er eksternt og ikke undergivet tavshedspligt. Det er på denne baggrund Ks opfattelse, at ”afgørelsen derfra skulle være sendt til klageren under alle omstændigheder”.

Finanstilsynet understreger, at Finanstilsynet har foretaget en tilsynsundersøgelse af [FONDSBØRS], og at denne undersøgelse er foretaget som led i Finanstilsynets generelle tilsynsvirksomhed. Afsnit 1.2 i Finanstilsynets fornyede afgørelse er et resume af denne undersøgelse.

Undersøgelsen er således initieret af Finanstilsynet, som bl.a. har undersøgt [FONDSBØRS]s generelle håndtering af anmodninger om afnotering, samt om [FONDSBØRS] i det konkrete tilfælde har overholdt § 25, stk. 3 i lov om værdipapirhandel m.v. Undersøgelsen vedrører således alene den tilsynsbelagte virksomhed – dvs. [FONDSBØRS].

Det er denne tilsynssag, der har været forelagt Fondsrådet.

K har derfor ikke været part i Finanstilsynets undersøgelse af [FONDSBØRS], uanset at K har indsendt en klage til Finanstilsynet den 25. august 2012.

Ad 4 – Aktindsigt

Ks har anmodet om aktindsigt ved brev af 17. september 2012 ...

Finanstilsynet oplyste ved brev af 24. september 2012, at sagen hos Finanstilsynet har to journalnumre: 1) 6375-0025 ("Klage over afnotering af A A/S – indsendt af K") og 2) 6375-0001 ("Mulig overtrædelse af § 25, stk. 3 – A A/S – afgørelse truffet af [FONDSBØRS]").

Samtidigt hermed gav Finanstilsynet K fuld aktindsigt i sag 6375-0025 og afslog at give aktindsigt i sag 6375-0001.

Det er Ks opfattelse, at K ikke har fået fuld aktindsigt i sag 6375-0025. K oplyser, at mange andre aktionærer har klaget, og at K fra aktindsigt i Justitsministeriets sag er blevet gjort bekendt med, at "rigtig mange andre aktionærer har klaget dertil, og en hel del af dem må formodes også at have klaget til Finanstilsynet".

Finanstilsynet skal indledningsvis gøre opmærksom på, at K har indbragt Finanstilsynets afgørelse af den 24. september 2012 om aktindsigt for Erhvervsankenævnet, og at denne sag fortsat pågår.

Hvorvidt Finanstilsynet har modtaget andre klager end Ks, kan Finanstilsynet ikke oplyse. Dette skyldes Finanstilsynets særlige tavshedspligt, jf. § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v.

K har ved brev af den 29. oktober 2012 anmodet om fornyet aktindsigt i sagen. Finanstilsynet har ved brev af den 5. november 2012 meddelt K, at Finanstilsynet har udsat behandlingen af Ks anmodning indtil Erhvervsankenævnets afgørelse om aktindsigt foreligger.

Ad 5 – Hensynet til minoritetsaktionærerne

Det er Ks opfattelse, at en aktionær vil opnå partsstatus i det øjeblik, at den pågældende aktionær protesterer.

Det er endvidere Ks påstand, at det er i strid med princippet om lighed for loven, at minoritetsaktionærer "afskæres fra beskyttelse ved tilsynsmyndighederne" og i stedet henvises til domstolene.

Det er samtidig Ks påstand, at "de, der ikke har solgt til hovedaktionæren, så denne ikke kunne tvangsindløse, har dermed støttet K".

Det er Finanstilsynets vurdering, at en aktionær ikke automatisk opnår partsstatus i det øjeblik, at den pågældende aktionær protesterer. Vurderingen af, hvorvidt en aktionær kan opnå partsstatus, skal foretages ud fra reglerne herom i forvaltningsloven, med mindre der gælder særlige regler herom i anden lovgivning, herunder § 84 b i lov om værdipapirhandel m.v.

Opnåelse af partsstatus i sagen skal derfor vurderes ud fra de lovbemærkninger, som er knyttet til § 84 b i lov om værdipapirhandel m.v., herunder L 176 (2003). Det fremgår heraf, at ”derimod er det ikke til tænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed”. Selvom den konkrete lovbemærkning er knyttet til partsbegrebet i relation til sager om overtagelsestilbud, jf. § 84 b, stk. 2, nr. 8 (hvor det endvidere er et krav for opnåelse af partsstatus, at der er tale om et særligt tilfælde), er det Finanstilsynets vurdering, at princippet skal anvendes generelt, jf. formuleringen ”det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed”.

Det kan ikke automatisk lægges til grund, at de aktionærer i A A/S, der ikke accepterede et af de tre fremsatte overtagelsestilbud, støtter K. Et stiltiende afslag kan skyldes flere forhold, som kun er den pågældende aktionær bekendt. Et afslag kan eksempelvis skyldes, at den pågældende aktionær fortsat ønsker at forblive aktionær, uanset at selskabets aktier ikke længere er optaget til handel, eller at den pågældende aktionær har opgivet sin investering.

...”

Advokat K har ved skrivelse af 13. januar 2013 yderligere anført:

”Vedr. manglende aktindsigt omkring afnoteringen af A A/S og [Fondsbørs], Deres j.nr. 2012-0032825.

Tak for Deres brev af 19. december 2012.

Deraf ses, at Finanstilsynet ikke har godkendt eller vurderet købs- eller børskursen.

Ad afnoterings-konsekvenserne og Ds brev.

Efter Finanstilsynets 14. december 2012-brev har det kun oplyst om konsekvenserne af afnotering.

Afgørelsen går imidlertid langt videre og fremtræder som vurdering af afnoterings-konsekvensen og IKKE oplysningen om den.

... Finanstilsynet [skrev] således, at det ” ... ikke kan antages, at en afnotering af A vil være til væsentlig skade for investorerne interesse ...”.

Det er noget helt andet end det, Finanstilsynet nu angiver.

[Fondsbørs] så det også som en prøvelse af afnoterings-konsekvenserne - ovenikøbet prøvet af Fondsrådet (... brev af 6/11 2012).

Når D uden anførselstegn udtrykkeligt gengiver oplysningen i tilbudsdocumentet er det udtryk for bankens selvstændige vurdering af farerne ved afnoteringen.

Hvor ved Finanstilsynet i øvrigt fra, at Nordens største bank ikke skulle have vurderet selvstændigt i sin skriftlige kunderådgivning, men kun være kopist?

Hvis Finanstilsynet virkelig mente det, ville det kræve Finanstilsynets omgående indgriben overfor D.

Det var helt klart i markedets interesse at vide, hvor farlig afnoteringen var, men bestemt ikke i Finanstilsynets beroligelse.

Ad Fondsrådet

Det anføres ... i det tidligere brev, at ”Sagen har været forelagt Fondsrådet”.

Nu anføres det, at det kun er en generel undersøgelse, men at det også skete konkret.

Det kan ikke være begge dele, og det er groft misvisende, at man legitimerer en konkret afgørelse via henvisning til en specialinstans konkrete vurdering, hvis det kun er sket generelt.

Finanstilsynet har vildført [FONDSBØRS], for denne læser i skrivelse af 6. november 2012 ..., at der er sket en konkret prøvelse ved Fondsrådet og ikke en generel undersøgelse.

Denne form for sagsbehandling er helt uacceptabel.

Jeg skulle have fået aktindsigt i Fondsrådets afgørelse.

Ad aktindsigt.

Det fastholdes, at K ikke har fået fuld aktindsigt. Der er heller ikke hjemmel i offentlighedsloven til at udsætte opfyldelsen af den.

Ad minoritetsaktionærer.

Det fastholdes, at Finanstilsynets indskrænkede partsbegreb savner både hjemmel i loven og i borgernes demokratiske adgang til de beslutninger, der vedkommer dem.

De der ikke solgte til hovedaktionæren, så denne kunne tvangsindløse, støttede Ks protest mod As handlinger.

Hensynet til de andre aktionærer, og at Finanstilsynet har misforstået sin opgave og loven.

Det er ukommenteret og må dermed anses for accepteret.

Nu har A i øvrigt erklæret tvangsindløsning – uden at opfylde art. 3 og art. 6 stk. 3, d i Europaparlamentets og Rådets direktiv af 21/4 2004 om overtagelsestilbud.

Markedskursen pressedes kunstigt ned af afnotering og dens følger.

Jeg vedlægger kopi af tvangsindløsningsbrev af 21. december 2012 og protest af d.d. til A og C.”

Ankenævnet udtaler:

1. Aktindsigt efter forvaltningsloven

I henhold til forvaltningslovens § 9, stk. 1, kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. Det anføres i § 9, stk. 2, at bestemmelser om tavshedspligt for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv, ikke begrænser den anførte pligt til at give aktindsigt.

Det fremgår af værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 1, at som part i forhold til Finanstilsynet anses alene en række opregnede virksomheder, som en afgørelse, der er eller vil blive truffet af Finanstilsynet, retter sig imod. Det anføres imidlertid i stk. 2, nr. 7, at den, der indbringer en afgørelse truffet af en operatør af et reguleret marked, og som Finanstilsynet anser som part i sagen, kan opnå status som part.

Det fremgår af bemærkningerne til § 84 b, stk. 2, nr. 7 (dengang nr. 8) i lovforslaget (L 176 fremsat den 12. marts 2003), at ”der gives nu mulighed for, at Fondsrådet kan tillægge andre end de, der indbringer sagen for rådet, partsstatus”. Det fremgår videre af bemærkningerne til L 176 i tilknytning til et forslag om udvidelse af partsbegrebet i relation til §§ 31 og 32 i lov om værdipapirhandel m.v., at ”derimod er det ikke tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed”.

Aktionærer med mindre aktieposter i et selskab må efter Erhvervsankenævnets opfattelse i almindelighed forventes at have købt aktierne med et formål om at få forrentet deres kapital, men uden en forventning om at kunne udøve andet end en begrænset indflydelse på ledelsen af selskabet på generalforsamlingen.

K besad ifølge det oplyste omkring 0,124 % af stemmerettighederne i A A/S på tidspunktet for generalforsamlingen den 27. april 2012, hvor forslaget om afnotering af selskabet blev vedtaget med 99,5 % af den fremmødte kapital og stemmerettighederne.

På den anførte baggrund tiltræder Erhvervsankenævnet, at Finanstilsynet ikke har anset K som part i sagen under journalnummer 6375-0001 ”mulig overtrædelse af § 25, stk. 3 – A A/S – afgørelse truffet af [FONDSBØRS]”, og at han derfor ikke er meddelt aktindsigt efter forvaltningsloven.

2. Aktindsigt efter offentlighedsloven

I henhold til offentlighedslovens § 4 kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Pligten til at meddele oplysninger er, jf. lovens § 14, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

I henhold til § 84 a i lov om værdipapirhandel har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Forarbejderne til den nyaffattede § 84 a, stk. 1, (L 91 FT 2008/2009) og til den oprindelige § 84 a, stk. 1, (L 64 FT 2004/2005) henviser til bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354 i lov om finansiel virksomhed, hvoraf fremgår blandt andet:

”Det foreslås, at bestemmelsens ordlyd præciseres, således at det udtrykkeligt fremgår, at den udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed.

Formålet hermed er at gøre det tydeligere, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin reguleringsvirksomhed og sin informationsvirksomhed ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Ændringen indebærer, at det tydeliggøres, at fortrolighed i relation til disse dele af Finanstilsynets virksomhed alene skal vurderes i forhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

Stk. 1 indeholder hovedreglen om Finanstilsynets tavshedspligt. Efter bestemmelsen i stk. 1 må Finanstilsynets ansatte, personale, som udfører serviceopgaver for Finanstilsynet samt eksperter ansat af Finanstilsynet ikke videregive de fortrolige oplysninger, som modtages i forbindelse med tilsynsvirksomheden. Tavshedspligten omfatter også oplysninger, som Finanstilsynet modtager fra udenlandske myndigheder. De finansielle direktiver indeholder også regler om tavshedspligt.

Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervs-kunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold. Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

...

Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiel virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige. Oplysninger, som efter deres karakter er offentlige, f.eks. regnskaber og fondsbørsmeddelelser, er ikke omfattet af tavshedspligten. Tilsvarende gælder oprindeligt fortrolige oplysninger, som uden om tilsynet er blevet offentliggjort af andre kanaler i en grad, at det er blevet almindeligt kendt.

Ved oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige, forstås oplysninger, der ikke direkte relaterer sig til enkelte kunders eller virksomheders forhold. Det drejer sig bl.a. om oplysninger om økonomiske eller forretningsmæssige forhold for personer og selskaber, som ikke er kunder i egentlig forstand, men som f.eks. kationerer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheds kunder eller på anden vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.

Begrebet »tilsynsvirksomhed« skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 21 om tilsyn i lov om finansiel virksomhed. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 344, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, samt undersøgelser efter § 346 er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed ikke omfattet. Udstedelse af bekendtgørelser med hjemmel i loven er ikke omfattet af tilsynsvirksomheden, ligesom udarbejdelse af årsberetningen er en del af informationsvirksomheden til trods for, at det følger af § 353 i tilsynskapitlet, at Finanstilsynet skal afgive en årlig beretning.”

Erhvervsankenævnet bemærker, at oplysningerne om mulig overtrædelse af værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, er modtaget i forbindelse med Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, og at oplysningerne ikke er offentligt tilgængelige.

Erhvervsankenævnet finder på denne baggrund, at de af K ønskede oplysninger i sagen under journalnummer 6375-0001 ”mulig overtrædelse af § 25, stk. 3 – A A/S – afgørelse truffet af [FONDSBØRS]” er fortrolige og dermed omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. værdipapirhandelslovens § 84 a. Det tiltrædes så-

ledes, at K heller ikke efter reglerne i offentlighedsloven har krav på aktindsigt i sagen.

Ankenævnet tiltræder således, at klager ikke meddeles aktindsigt i videre omfang end sket ved Finanstilsynets afgørelse af 24. september 2012, hvilken afgørelse derfor stadfæstes.

12) Kendelse af 30. april 2013 (J.nr. 2012-0033089)

Klager ikke part i sagen og kunne derfor ikke indbringe den af en fondsbørs truffe afgørelse om afnotering af aktieselskab for Finanstilsynet.

Værdipapirhandelslovens § 84b, stk. 2, nr. 7 og § 88, stk. 3.

(Elisabeth Stamer, Piya Mukherjee og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 7. oktober 2012 klagede advokat K over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 24. september 2012 meddelte ham, at han ikke er klageberettiget i forhold til [Fondsbørs] A/S' afgørelse om at imødekomme en anmodning fremsat af A A/S om afnotering. Ved kendelse af 18. oktober 2012 ophævede Erhvervsankenævnet Finanstilsynets afgørelse og hjemviste sagen til tilsynets fornyede behandling af spørgsmålet om klagers klageadgang. Finanstilsynet har ved skrivelse af 6. november 2012 meddelt K, at han ikke kan anses som part efter § 84 b, stk. 2, nr. 7, i lov om værdipapirhandel mv., og at han derfor ikke har mulighed for at indbringe den af [FONDSBØRS] truffe afgørelse om afnotering af A for Finanstilsynet. K har indbragt denne afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 6. november 2012 hedder det:

”Afnotering af A A/S

Finanstilsynet har ved brev af 24. september 2012 truffet afgørelse vedrørende Deres henvendelse af 25. august 2012 om Deres mulighed for at klage over [Fondsbørs] A/S' (”[FONDSBØRS]”) afgørelse om imødekommelse af en anmodning fra A A/S' (”A”) om afnotering

I brevet har Finanstilsynet truffet afgørelse om, at De ikke er berettiget til at indbringe den af [FONDSBØRS] truffe afgørelse for Finanstilsynet

De har ved brev af 7. oktober 2012 indbragt Finanstilsynets afgørelse for Erhvervsankenævnet. Erhvervsankenævnet har ved kendelse af 18. oktober 2012 truffet afgørelse i Deres sag. I kendelsen har Erhvervsankenævnet ophævet Finanstilsynets afgørelse af 24. september 2012, og har samtidig hjemvist Finanstilsynets afgørelse til fornyet behandling.

Finanstilsynet skal på denne baggrund hermed vende tilbage med en fornyet afgørelse i sagen.

1. Sagsfremstilling

De har ved brev af den 25. august rettet henvendelse til Finanstilsynet. I brevet har De oplyst, at "[FONDSBØRS] har iflg. flere banker meddelt, at de vil stryge noteringen af A A/S. Det vil være til stor skade for selskabets småaktionærer jfr. mit vedlagte brev til [FONDSBØRS] af 23. august 2012 med bilag. Jeg beder Dem derfor gribe ind, så noteringen opretholdes".

De har vedlagt kopi af Deres brev til [FONDSBØRS] af 23. august 2012. Som bilag hertil har De vedlagt en udskift fra D, hvori konsekvenserne ved afnoteringen beskrives. Beskrivelsen er refereret fra tilbudsdokumentet af 17. juli 2012.

Det fremgår af Deres brev til [FONDSBØRS], at "*ifølge vedlagte brev fra D af 18. juli 2012 vil afnoteringen medføre en lang række skadevirkninger for selskabets aktionærer. Tilsvarende har andre pengeinstitutter skrevet. Sletning vil derfor være ulovlig efter værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, 2. pkt. idet sletning ikke er tilladt, når der er sandsynlighed for, at sletning vil være til væsentlig skade for aktionærernes interesser*" – og det er den jfr. Ds brev."

Deres brev af 25. august 2012 er vedlagt ...

[FONDSBØRS] har den 7. september 2012 truffet afgørelse om at afnotere A fra handel og officiel notering med virkning fra den 22. oktober 2012 (sidste handelsdag er den 19. oktober 2012). Afnoteringen sker efter ansøgning fra A.

1.1. [FONDSBØRS]' beslutning om accept af anmodning om afnotering

Forløbet op til [FONDSBØRS]' beslutning om accept af anmodningen om afnotering af A strækker sig over en længere periode.

B fremsatte således den 21. november 2011 et frivilligt overtagelsestilbud til aktionærerne i A. B besad forud for det frivillige overtagelsestilbud 40,01 % af aktierne og stemmerettighederne i A.

Overtagelsestilbuddet var betinget af, at B, ved tilbudsperiodens udløb, havde opnået et ejerskab på mere end 90 % af aktierne og stemmerettighederne. Tilbudskursen var fastsat til 0,22 kr. pr. aktie, hvilket var lig lukkekursen for børsdagen før købstilbuddets fremsættelse.

Overtagelsestilbuddet blev ikke gennemført, idet B ved udløbet af tilbudsperioden kun havde modtaget accepter fra aktionærer svarende til 31,5 % af aktierne og stemmerettighederne, hvilket sammen med Bs ejerandel på 40,01 % ikke var tilstrækkeligt for at opfylde betingelsen.

B fremsatte herefter den 28. februar 2012 et nyt frivilligt overtagelsestilbud til aktionærerne i A.

Der var til dette overtagelsestilbud ikke knyttet betingelser om opnåelse af en bestemt ejerandel.

Tilbudskursen var fastsat til 0,20 kr. pr. aktie. Lukkekursen børsdagen før købstilbuddets fremsættelse var 0,12 kr. Lukkekursen 1 måned forud for fremsættelsen af tilbuddet var 0,15 kr. pr. aktie.

Ved udløbet af tilbudsperioden havde B modtaget accepter fra aktionærer svarende til 31,3 % af aktierne og stemmerettighederne i A. Efter gennemførelsen af overtagelsestilbuddet ejede B 71,31 % af aktierne og stemmerettighederne i A.

Af begge købstilbud fremgik, at B agtede at bruge sin indflydelse til at omstrukturere A, så kun essentielle forskningsaktiviteter blev bevaret og om muligt at søge A afnoteret. Af det sidste købstilbud fremgik endvidere, at B ville iværksætte en tvangsindløsning i medfør af selskabslovens § 70, såfremt den fornødne aktiekapital blev opnået.

Som følge af gennemførelsen af overtagelsestilbuddet, stillede bestyrelsen for A forslag om at ansøge [FONDSBØRS] om afnotering på den ordinære generalforsamling den 27. april 2012.

Det fremgår af As selskabsmeddelelse af den 27. april 2012, at det på generalforsamlingen blev besluttet at ansøge [FONDSBØRS] om afnotering. Af generalforsamlingsprotokollatet fremgår, at *"i alt 24 aktionærer var til stede eller repræsenteret på generalforsamlingen, herunder to ved fuldmagt og to ved brevstemme. 85,20 % af selskabets aktiekapital var til stede på generalforsamlingen eller repræsenteret ved fuldmagt, svarende til 414.933.967 stemmer og nominelt DKK 207.466.983,50 af selskabets kapital"*.

Det fremgår endvidere af generalforsamlingsprotokollatet, at forslaget om anmodning om afnotering blev vedtaget med følgende fordeling:

for: 412.845.697 stemmer, svarende til 99,50 % af den fremmødte kapital;

imod: 1.880.877 stemmer, svarende til 0,45 % af den fremmødte kapital;

undladt: 0 stemmer, svarende til 0 % af den fremmødte kapital.

Selskabsmeddelelsen af den 27. april 2012 er vedlagt ... Generalforsamlingsprotokollatet ... er vedlagt ...

Det fremgår af As selskabsmeddelelse af den 31. maj 2012, at A, i overensstemmelse med generalforsamlingsbeslutningen den 27. april 2012,

ansøgte [FONDSBØRS] om afnotering. Selskabsmeddelelsen af den 31. maj 2012 er vedlagt ...

[FONDSBØRS] traf den 5. juli 2012 afgørelse om As anmodning om afnotering. I afgørelsen accepterede [FONDSBØRS] As anmodning, men på betingelse af bl.a.;

- at B fremsatte et nyt overtagelsestilbud til aktionærene i A;
- at det nye overtagelsestilbud blev fremsat på vilkår svarende til vilkårene for en tvangsindløsning ved et overtagelsestilbud, hvilket betyder, at tilbudsprisen mindst skulle svare til den højeste pris betalt af B for køb (direkte eller indirekte) af A aktier gennem de seneste seks måneder før købstilbuddet, og;
- at aktionærene blev gjort opmærksom på konsekvenserne ved afnoteringen – herunder at aktionærene ikke vil modtage samme grad af informationer, og at der ikke vil være noget officielt marked for As aktier.

B fremsatte som følge heraf den 17. juli 2012 et nyt frivilligt overtagelsestilbud til aktionærene i A. Tilbudskursen var fastsat til 0,20 kr. pr. aktie. Den gennemsnitlige aktiekurs gennem de sidste tre måneder før den 17. juli 2012 var 0,15 kr. Den 16. juli 2012 var lukkekursen 0,16 kr. pr. aktie. Købstilbuddet er vedlagt ...

Ved udløbet af tilbudsperioden den 28. august 2012 havde B modtaget accepter fra aktionærer svarende til 5,14 % af aktierne og stemmerettighederne i A. B besidder herefter 76,45 % af aktierne og stemmerettighederne i A.

[FONDSBØRS] har den 7. september 2012 offentliggjort en meddelelse, hvori det fremgår, at A vil blive slettet fra handel og officiel notering på [FONDSBØRS] med virkning fra den 22. oktober 2012 (sidste handelsdag er den 19. oktober 2012). [FONDSBØRS]' meddelelse af den 7. september 2012 er vedlagt ...

1.2 Finanstilsynets undersøgelse af, om [FONDSBØRS], ved at imødekomme anmodningen fra A, havde overtrådt § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet har foretaget en undersøgelse af, om [FONDSBØRS], ved at imødekomme As anmodning om afnotering, har overtrådt § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet har den 23. oktober 2012 offentliggjort et resume af undersøgelsen.

Finanstilsynet har undersøgt [FONDSBØRS]s forretningsgange og generelle håndtering af anmodninger om afnotering. Endvidere har Finanstilsynet undersøgt de hensyn, som [FONDSBØRS] i den konkrete sag har lagt til grund for imødekommelsen af As anmodning om afnotering.

Det er Finanstilsynets vurdering, at det under de givne omstændigheder ikke kan antages, at en afnotering af A vil være til væsentlig skade for investorernes interesse eller markedets ordentlige funktion, jf. § 25, stk. 3, 2. pkt.

Finanstilsynet finder på denne baggrund ikke, at [FONDSBØRS]s afgørelse om at imødekomme As anmodning om afnotering, udgør en overtrædelse af § 25, stk. 3 i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet har i vurderingen bl.a. lagt vægt på 1) fremmødet på selskabets generalforsamling, samt tilslutningen til forslaget om afnotering, 2) at aktionærene i A i tre omgange, via købstilbud fremsat af selskabets største aktionær, har haft mulighed for at afhænde deres aktier til markedskurs eller over, samt 3) selskabets økonomiske situation.

Sagen har været forelagt Fondsrådet.

2. Det retlige grundlag

Lov om værdipapirhandel m.v. § 84 b har følgende ordlyd:

Som part i forhold til Finanstilsynet anses alene selskaber omfattet af § 7, stk. 1, et registreret betalingssystem, en godkendt udenlandsk clearingcentral, værdipapirhandleren, det kontoførende institut eller udstederen af værdipapirer, som en afgørelse, der er eller vil blive truffet af Finanstilsynet, retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3.

Stk. 2. I nedennævnte tilfælde anses en anden end en virksomhed omfattet af stk. 1 tillige som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende:

- 7) Den, der for Finanstilsynet indbringer en af en operatør af et reguleret marked, et selskab, der driver en alternativ markedsplads, en clearingcentral eller en værdipapircentral truffet beslutning, jf. § 88, stk. 3, og som Finanstilsynet anser for part i sagen, samt øvrige, som Finanstilsynet anser som part i sagen.*
- 8) En erhverver som nævnt i § 31, stk. 1, og § 32, stk. 1 og 2, samt øvrige, som Finanstilsynet i særlige tilfælde anser for part i sagen.*

I forbindelse med vedtagelsen af lov om finansiel virksomhed i 2003, blev § 84 b, stk. 2, nr. 8-9 (som i dag er nr. 7-8) i lov om værdipapirhandel m.v. ændret. Til ændringen af § 84 b, stk. 2, nr. 8 (som i dag er nr. 7) i lov om værdipapirhandel m.v., fremgår det af bemærkningerne til lovforslaget (L 176 som fremsat den 12. marts 2003), at ”der gives nu mulighed for, at Fondsrådet kan tillægge andre end de, der indbringer sagen for rådet, partsstatus”.

Det fremgår videre af bemærkningerne til L 176 (2003) i relation til et forslag om udvidelse af partsbegrebet i relation til §§ 31 og 32 i lov om værdipapirhandel m.v., at ”derimod er det ikke tiltænkt, at minoritetsak-

tionærer generelt skal tillægges partsstatus, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed”.

3. Finanstilsynets vurdering

3.1 Partsstatus efter § 84 b, stk. 2, nr. 7

Finanstilsynet har efter § 84 b, stk. 2, i lov om værdipapirhandel m.v. mulighed for at udvide partsbegrebet i Finanstilsynets afgørelse, til at omfatte en anden end en virksomhed omfattet af stk. 1 i samme bestemmelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Efter § 84 b, stk. 2, nr. 7, i lov om værdipapirhandel m.v. kan dette være den, der for Finanstilsynet indbringer en af en operatør af et reguleret marked truffet beslutning, jf. § 88, stk. 3, og som Finanstilsynet anser for part i sagen, samt øvrige, som Finanstilsynet anser som part i sagen.

Som det fremgår af L 176 (2003), er det ikke tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus, med de beskyttelseshensyn der følger heraf, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed. Selvom den konkrete lovbemærkning er knyttet til partsbegrebet i relation til sager om overtagelsestilbud, jf. § 84 b, stk. 2, nr. 8 (hvor det endvidere er et krav for opnåelse af partsstatus, at der er tale om et særligt tilfælde), er det Finanstilsynets vurdering, at princippet skal anvendes generelt, jf. formuleringen *”det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed”*.

Det skal hertil bemærkes, at i Erhvervsankenævnets afgørelse af 22. juni 2006 (j.nr. 2005-0002562), stadfæstede Erhvervsankenævnet Finanstilsynets afgørelse om partsstatus i en sag vedrørende eventuel tilbudspligt. Finanstilsynet havde i den konkrete sag anlagt en sondring mellem forskellige aktionærer, alt efter formålet med deres ejerskab. Det fremgår af afgørelsen:

”De fleste aktionærer køber mindre aktieposter med det formål at forrente deres kapital men uden at have en forventning om at kunne udøve andet end en begrænset indflydelse på driften af selskabet på generalforsamlingen. Enkelte aktionærer køber store aktieposter med en klar forventning om at kunne få stor indflydelse på driften af selskabet. Disse aktionærer kan siges at lide et særligt tab ved at andre aktionærer erhverver en bestemmende indflydelse over selskabet, idet de mister muligheden for at øve indflydelse, ligesom deres aktiepost grundet størrelsen normalt vil være sværere at afhænde end en mindre aktiepost”.

I den konkrete sag besad den pågældende aktionær 31,6 % af aktiekapitalen i selskabet. Erhvervsankenævnet tiltrådte, at den pågældende aktionær, på baggrund af de foreliggende oplysninger, havde en sådan særegen, væsentlig og individuel interesse i afgørelsen af den konkrete sag, at der forelå et særligt tilfælde i relation til § 84 b, stk. 2, nr. 7, i lov om værdipapirhandel m.v. (nu § 84 b, stk. 2, nr. 8).

Selvom ovenstående sag drejede sig om en aktionærs partsstatus i relation til mulig tilbudspligt, er det Finanstilsynets vurdering, at de anlagte

hensyn i sagen tillige kan finde anvendelse for vurderingen af, om De skal have partsstatus i denne sag. Dette støttes igen af lovbemærkningerne til L176 (2003).

Det er på denne baggrund Finanstilsynets vurdering, at det forhold, at man er (minoritets)aktionær i et selskab, som har anmodet operatøren af det regulerede marked om afnotering af selskabets aktier fra handel, og hvor operatøren af det regulerede marked har truffet afgørelse overfor selskabet, er ikke i sig selv et kriterium, der kan begrunde partsstatus i medfør af § 84 b, stk. 2, nr. 7.

Selvom partsstatus efter § 84 b, stk. 2, nr. 7, ikke kræver, at der er tale om et særligt tilfælde, fordrer opnåelse af partsstatus dog, at vedkommende har en væsentlig individuel interesse i sagen.

Ved vurderingen af, om partsstatus kan anses for opnået, skal der indgå et generelt hensyn til markedet, herunder til både aktuelle og potentielle investorer.

Adgangen for en aktionær i et selskab til at gøre sin individuelle indflydelse gældende, sker på selskabets generalforsamlinger i henhold til reglerne herom i selskabsloven. Aktionærens indflydelse afhænger af aktionærens andel af aktierne og stemmerettigheder i selskabet på den pågældende generalforsamling.

Som beskrevet i afsnit 1.1. var der på generalforsamlingen den 27. april 2012, hvor forslaget om afnotering blev vedtaget, fremmødt 85,2 % af selskabets aktiekapital og stemmerettigheder. Forslaget om afnotering blev vedtaget med 99,5 % af den fremmødte kapital og stemmerettighederne.

Som det fremgår af bilag 2, tog De ordet på generalforsamlingen den 27. april 2012, hvor De udtrykte modstand mod forslaget om afnotering. Finanstilsynet er af [FONDSBØRS] blevet gjort opmærksom på, at De, på generalforsamlingen, besad ca. 0,124 % af stemmerettighederne i A.

Det er Finanstilsynets vurdering, at den omtalte ejerandel ikke findes at udgøre et omfang, hvormed det må antages, at De har en så væsentlig individuel interesse i sagen, at det bør medføre partsstatus.

Det er ligeledes Finanstilsynets vurdering, at hensynet til de øvrige aktionærers interesser i at afnotere A ligeledes taler imod at tildele Dem partsstatus. Tilsvarende taler hensynet til eventuelle fremtidige investorer, som i det konkrete tilfælde må antages ikke at have en interesse i, at investere i et selskab, som ikke ønsker at være optaget til handel.
...”

I klageskrivelse af 11. november 2012 har advokat K anført:

”Vedr. noteringen af A A/s og [Fondsbørs]

Tak for tilsendt kendelse.

Den har Finanstilsynet valgt at ignorere jfr. dets vedlagte skrivelse af 6. november 2012, som jeg hermed indbringer for Dem.

I hvert fald er den forkert på tre forskellige felter:

1. Den til sidesætter Deres kendelse af 18. oktober 2012, idet De f.eks. i Deres ikke-afgørelse om opsættende virkning lægger en forudsætning ind om, at afnotering ikke kan ske før finanstilsynets nye afgørelse.

Det er ikke overholdt.

Finanstilsynet har ifølge [Fondsbørs]s brev af 6. november 2012 (vedlagt) først orienteret [Fondsbørs] den 22. oktober 2012 - og da kun tif. og summarisk.

Alligevel hævder Finanstilsynet i brev af 5. november 2012 (vedlagt) til adv. Willadsen, at [Fondsbørs] er orienteret om Erhvervsankenævnets kendelse.

Det er så misvisende, at det udgør en alvorlig fejl ved Finanstilsynets ageren, der må ophæve dens afgørelser.

2. Der er formelle fejl ved afgørelsen, dels ovennævnte og dels fremgår det ..., at sagen har været forelagt Fondsrådet. Det lægger f.eks. [Fondsbørs] megen vægt på.

Den pågældende forelæggelse for eller afgørelse fra Fondsrådet er hverken før afgørelsen eller i forbindelse med fremsendelsen kommunikeret klageren udover de korte bemærkninger i Finanstilsynets og Nasdags breve af 6. november 2012.

Det i strid med forvaltningsloven, der ifølge § 1 stk. 1 gælder alle dele af den offentlige forvaltning.

Jeg antager, at Finanstilsynet formelt set er en del af den.

Afgørelsen er dermed truffet i strid med forvaltningslovens § 19 om partshøring om nye oplysninger.

Afgørelsen er også materielt forkert som selvmodsigende.

Det anføres i den ..., at det " ... ikke kan antages, at en afnotering af A vil være til væsentlig skade for investorernes interesser ...".

Det er i strid med Ds skrivelse af 18. juli 2012, som jeg sendte ind ... og oplysningerne i As tilbudsdokument af 17. juli 2012 ... om vigtig information.

Endvidere er det forkert, at der kun er set på børskurser og ikke underliggende aktiver.

Der kan som her i et biotekselskab være enorm forskel på bogførte og faktiske immaterielle aktiver.

Trods spørgsmål fra aktionærernes side er der ikke givet aktionærerne oplysning om, hvilke immaterielle aktiver selskabet totalt set ejer.

Dette ville Finanstilsynet vide, hvis det har set – og læst – As generalforsamlingsreferater for de seneste fire år – men undladelsen af aktindsigt gør, at jeg skulle skyde fuldstændig i blinde, hvis jeg skulle supplere, hvilket intet ville gavne.

Børskursen bygger derfor i væsentlig grad ikke på viden, men på gæt.

Et reelt købstilbud skulle selvfølgelig have rummet oplysning om aktiverne, herunder de immaterielle, og ikke kun kursoplysninger.

Skulle der kun ses på børskurs, viser kursfaldet fra 9 til 5 øre pr. stk. på sidste noteringsdag uden udsendelse af nye dårlige selskabsmeddelelser – udover noteringsfjernelsen – at selskabets værdi er næsten halveret af noterings-fjernelsen.

Finanstilsynets skyder skylden for afnoteringen på [Fondsbørs] (5. november 2012-brevet) – og [Fondsbørs] på Finanstilsynet (6. november 2012-brevet).

Når begge angiver, at det er ”den andens skyld”, indicerer det kraftigt en erkendelse af en forkert afgørelse, hvor de som næste punkt frygter ansvarets placering og følger.

Det skal ikke hindre en ophævelse af Finanstilsynets afgørelse !

...”

I skrivelse af 15. november 2012 har advokat K uddybende anført:

”...

I fortsættelse af min skrivelse af den 11. november 2012 fremsendes kopi af Fs skrivelse af den 3. august 2012.

Det fremgår af denne:

”Unoterede aktier kan ikke opbevares i pensionsdepoter.”

Jeg og mange andre danskere har en stor del af vores pensionsopsparring i værdipapirdepoter.

Mange af dem – herunder jeg – har placeret dem i aktier, og mine pensionsdepoter rummer en væsentlig del af mine A-aktier.

Når selskabet uanset det med Finanstilsynets velsignelse kan slette børsnotereringen, er det ødelæggende for aktiekulturen og folks mulighed for at søge mere erhvervs-udviklings-venlige investeringer end obligationer, der stort set ikke er rentegivende.

Udsagnet ..., at det ” ... ikke kan antages, at en afnotering af A vil være til væsentlig skade for investorernes interesser ...”. er således positivt urigtigt – specielt for os med mange A-aktier i vore pensionsdepoter, hvor det både er værdiforringende og ødelæggende.”

Finanstilsynet har i en redegørelse af 14. december 2012 udtalt:

” ...

3. Finanstilsynets vurdering

3.1. Finanstilsynets bemærkninger til Ks brev af den 11. november 2012 til Erhvervsankenævnet

Som beskrevet i afsnit 1.4 har K, i forbindelse med indbringelse af Finanstilsynets fornyede afgørelse for Erhvervsankenævnet, fremhævet tre forhold, som efter Ks opfattelse gør, at Finanstilsynets afgørelse af den 6. november 2012 er forkert:

- 1) Tilsidesættelse af kendelse og orientering af [FONDSBØRS]
- 2) Formelle fejl
- 3) Materielle fejl

Nedenfor følger Finanstilsynets bemærkninger hertil.

Ad 1 - Tilsidesættelse af kendelse og orientering af [FONDSBØRS]

Erhvervsankenævnets kendelse af den 18. oktober 2012 betød, at Finanstilsynet skulle træffe fornyet afgørelse om, hvorvidt K var berettiget til at indbringe den af [FONDSBØRS] trufne afgørelse for Finanstilsynet.

Det er Finanstilsynets vurdering, at kendelsen ikke udelukker, at afnoteringen af A kunne finde sted. Afgørelsen herom påhvilede [FONDSBØRS], jf. § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

K har herudover påstået, at Finanstilsynets orientering af [FONDSBØRS] om Erhvervsankenævnets kendelse er en alvorlig fejl, der ”*må ophæve dens afgørelser*”.

Dette er efter Finanstilsynets vurdering ikke korrekt, idet Erhvervsankenævnets kendelse alene var rettet mod Finanstilsynet, og ikke [FONDSBØRS].

At Erhvervsankenævnet traf afgørelse i sagen den 18. oktober 2012, medførte ikke en pligt for Finanstilsynet til at orientere [FONDSBØRS] herom. Finanstilsynet valgte dog at orientere [FONDSBØRS] omkring kendelsen, idet det var Finanstilsynets vurdering, at det måtte anses for relevant for [FONDSBØRS] at vide, at Finanstilsynet skulle træffe fornyet afgørelse om, hvorvidt Ks henvendelse til Finanstilsynet kunne anses for en indbringelse af [FONDSBØRS]s afgørelse.

Ad 2 – Formelle fejl

Det er Ks påstand, at Finanstilsynets fornyede afgørelse af 6. november 2012 er truffet i strid med § 19 i forvaltningsloven, og at afgørelsen derfor er forkert.

K har bl.a. henvist til side 5 i Finanstilsynets fornyede afgørelse, hvor der oplyses om Finanstilsynets undersøgelse af [FONDSBØRS].

Finanstilsynet finder det vigtigt at understrege, at Finanstilsynet har foretaget en tilsynsundersøgelse af [FONDSBØRS], og at denne undersøgelse er foretaget som led i Finanstilsynets generelle tilsynsvirksomhed. Afsnit 1.2 i Finanstilsynets fornyede afgørelse er et resume af denne undersøgelse.

Undersøgelsen er således initieret af Finanstilsynet, som bl.a. har undersøgt [FONDSBØRS]s generelle håndtering af anmodninger om afnotering, samt om [FONDSBØRS] i det konkrete tilfælde har overholdt § 25, stk. 3 i lov om værdipapirhandel m.v. Undersøgelsen vedrører således alene den tilsynsbelagte virksomhed ([FONDSBØRS]), hvorfor K aldrig har været part i undersøgelsen. Finanstilsynet har således ikke været forpligtet til at partshøre K, jf. § 19 i forvaltningsloven.

Ad 3 – Materielle fejl

Det er Ks påstand, at Finanstilsynets fornyede afgørelse er forkert og selvmodsigende. K har henvist til side 4 i Finanstilsynets fornyede afgørelse, som omhandler Finanstilsynets undersøgelse af [FONDSBØRS].

Det er Ks opfattelse, at det på side 4 anførte i Finanstilsynets fornyede afgørelse er i strid med Ds skrivelse af 18. juli 2012, samt oplysningerne i Bs tilbudsdokument af 17. juli 2012 ...

Finanstilsynet skal gøre opmærksom på, at Ds skrivelse af 18. juli 2012 er en gengivelse af tilbudsdokumentet. Skrivelsen er derfor ikke et udtryk for Ds vurdering, men i stedet en gengivelse af de oplysningskrav til tilbudsdokumentet, som [FONDSBØRS] fremsatte overfor tilbudsgiver. Oplysningerne i tilbudsdokumentet skulle gøre aktionærerne i A opmærksomme på, hvilke konsekvenser de kunne imødesee, såfremt de ønskede at forblive aktionærer i A efter en afnotering.

At tilbudsgiver har oplyst om de mulige konsekvenser ved at forblive aktionærer i selskabet, må antages at være i investorernes og markedets interesse.

Finanstilsynet bemærker i denne sammenhæng, at det følger af § 5, stk. 1, nr. 18 i bekendtgørelse om overtagelsestilbud, at tilbudsgiver skal oplyse om tilbudsgivers intentioner med målselskabet, herunder fortsat optagelse til handel af selskabets aktier på et reguleret marked. Købstilbudet af den 17. juli 2012 adskiller sig ved, at selskabet på forhånd havde modtaget [FONDSBØRS]s forhåndstilkendegivelse om afnoteringen.

Det er Ks opfattelse, at Finanstilsynet i dets vurdering af købstilbuddene alene lægger børskursen til grund.

Finanstilsynet skal gøre opmærksom på, at Finanstilsynet ikke har godkendt de af B offentliggjorte tilbudsdokumenter. Dette skyldes, at B forud for fremsættelsen af købstilbuddene, havde den faktiske bestemmende indflydelse. Købstilbuddet blev derfor ikke fremsat med henblik på at erhverve en kontrollerende aktiepost, jf. § 32, stk. 2 i lov om værdipapirhandel m.v., hvorfor tilbudsgiver ikke havde pligt til at udarbejde et tilbudsdokument, som skulle godkendes af Finanstilsynet.

Finanstilsynet har derfor ikke vurderet børskursen i forbindelse med de af B fremsatte overtagelsestilbud. [FONDSBØRS] har dog, i forbindelse med anmodningen om afnoteringen, fremsat krav til B om, at tilbudskursen skulle udgøre mindst 0,20 kr. pr. aktie.

3.2. Finanstilsynets bemærkninger til Ks brev af den 15. november 2012 til Erhvervsankenævnet

Det er Ks påstand, at det er til væsentlig ulempe for investorernes interesse, at unoterede aktier ikke kan opbevares i pensionsdepoter.

Det er derfor Ks påstand, at indholdet af Finanstilsynets fornyede afgørelse er "*positivt urigtigt*".

Finanstilsynet bemærker indledningsvis, at en investors eventuelle placering af en aktiebeholdning i et pensionsdepot, ikke er et spørgsmål relateret til de rettigheder og interesser, der er knyttet til at være investor i et selskab, herunder eks. retten til at møde på selskabets generalforsamlinger, retten til at udøve sine stemmerettigheder, m.v.

Reglerne om placering af pensionsmidler findes i bekendtgørelse nr. 1359 af 22. december 2011 om puljepension og andre skattebegunstigede opsparingsformer m.v. ("puljepensionsbekendtgørelsen").

Finanstilsynets kan oplyse, at puljepensionsbekendtgørelsen ikke udelukker placeringen af pensionsmidler i unoterede aktier. Dette følger således af bekendtgørelsens § 12, stk. 2. Dette beror dog på omfanget af den konkrete investering. Beløbsgrænserne i § 12, stk. 2, nr. 2-4 og stk. 14 i puljepensionsbekendtgørelsen skal altid iagttages på det tidspunkt, hvor investeringen foretages, jf. § 27, stk. 2 [Finanstilsynet skal i denne forbindelse bemærke, at henvisningen i § 27, stk. 2 til § 12, stk. 13, beror på en fejl og rettelig skal forstås som en henvisning til § 12, stk. 14.] uanset om der er tale om noterede eller ikke noterede aktier.

Uanset ovenstående er det dog Finanstilsynets vurdering, at selvom det kan være en praktisk ulempe for K, at de nu unoterede A-aktier muligvis ikke kan opbevares i et pensionsdepot, kan dette ikke antages at være "*til væsentlig ulempe for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion*", jf. § 25, stk. 3 i lov om værdipapirhandel m.v.

Ved vurderingen af, om afnoteringen af A har været til væsentlig ulempe for investorernes interesser eller markedet ordentlige funktion, har Finanstilsynet således lagt vægt på bl.a. 1) fremmødet på selskabets generalforsamling, samt tilslutningen til forslaget om afnotering, 2) at aktio-

næruerne i A A/S i tre omgange, via købstilbud fremsat af selskabets største aktionær, har haft mulighed for at afhænde deres aktier til markedskurs eller over, samt 3) selskabets økonomiske situation.

Ks brev af den 15. november 2012 til Erhvervsankenævnet er vedlagt ...

3.3 Partsstatus efter § 84 b, stk. 2, nr. 7

Muligheden for at indbringe en af en operatør af et reguleret marked truffet afgørelse for Finanstilsynet findes i § 88, stk. 3 i lov om værdipapirhandel m.v. Indbringelsen skal ske senest 4 uger efter at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Det er Finanstilsynets vurdering, at Erhvervsankenævnets kendelse af den 18. oktober 2012 betyder, at muligheden for at indbringe en afgørelse, jf. § 88, stk. 3 i lov om værdipapirhandel m.v., tilkommer den pågældende, der efter § 84 b, stk. 2, nr. 7 i lov om værdipapirhandel m.v. tillægges partsstatus.

Nedenfor redegøres derfor for, hvorvidt K kan anses for part i forhold til den af [FONDSBØRS] truffet afgørelse overfor A, og dermed hvorvidt K har mulighed for at indbringe afgørelsen for Finanstilsynet.

Finanstilsynet har efter § 84 b, stk. 2, i lov om værdipapirhandel m.v. mulighed for at udvide partsbegrebet i Finanstilsynets afgørelse, til at omfatte en anden end en virksomhed omfattet af stk. 1 i samme bestemmelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Efter § 84 b, stk. 2, nr. 7, i lov om værdipapirhandel m.v. kan dette være den, der for Finanstilsynet indbringer en af en operatør af et reguleret marked truffet beslutning, jf. § 88, stk. 3, og som Finanstilsynet anser for part i sagen, samt øvrige, som Finanstilsynet anser som part i sagen.

Som det fremgår af L 176 (2003), er det ikke tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus, med de beskyttelseshensyn der følger heraf, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed. Selvom den konkrete lovbemærkning er knyttet til partsbegrebet i relation til sager om overtagelsestilbud, jf. § 84 b, stk. 2, nr. 8 (hvor det endvidere er et krav for opnåelse af partsstatus, at der er tale om et særligt tilfælde), er det Finanstilsynets vurdering, at princippet skal anvendes generelt, jf. formuleringen "*det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed*".

Det skal hertil bemærkes, at i Erhvervsankenævnets afgørelse af 22. juni 2006 (j.nr. 2005-0002562), stadfæstede Erhvervsankenævnet Finanstilsynets afgørelse om partsstatus i en sag vedrørende eventuel tilbudspligt. Finanstilsynet havde i den konkrete sag anlagt en sondring mellem forskellige aktionærer, alt efter formålet med deres ejerskab. Det fremgår af afgørelsen:

"De fleste aktionærer køber mindre aktieposter med det formål at forrente deres kapital men uden at have en forventning om at kunne udøve andet end en begrænset indflydelse på driften af selskabet

på generalforsamlingen. Enkelte aktionærer køber store aktieposter med en klar forventning om at kunne få stor indflydelse på driften af selskabet. Disse aktionærer kan siges at lide et særligt tab ved at andre aktionærer erhverver en bestemmende indflydelse over selskabet, idet de mister muligheden for at øve indflydelse, ligesom deres aktiepost grundet størrelsen normalt vil være sværere at afhænde end en mindre aktiepost”.

I den konkrete sag besad den pågældende aktionær 31,6 % af aktiekapitalen i selskabet. Erhvervsankenævnet tiltrådte, at den pågældende aktionær, på baggrund af de foreliggende oplysninger, havde en sådan særegen, væsentlig og individuel interesse i afgørelsen af den konkrete sag, at der forelå et særligt tilfælde i relation til § 84 b, stk. 2, nr. 7, i lov om værdipapirhandel m.v. (nu § 84 b, stk. 2, nr. 8).

Selvom ovenstående sag drejede sig om en aktionærs partsstatus i relation til mulig tilbudspligt, er det Finanstilsynets vurdering, at de anlagte hensyn i sagen tillige kan finde anvendelse for vurderingen af, om K skal have partsstatus i denne sag. Dette støttes igen af lovbemærkningerne til L176 (2003).

Det er på denne baggrund Finanstilsynets vurdering, at en (minoritets)aktionær i et selskab, som har anmodet operatøren af det regulerede marked om afnotering af selskabets aktier fra handel, og hvor operatøren af det regulerede marked har truffet afgørelse overfor selskabet, som udgangspunkt ikke har partsstatus i medfør af § 84 b, stk. 2, nr. 7.

Selvom partsstatus efter § 84 b, stk. 2, nr. 7, ikke kræver, at der er tale om et særligt tilfælde, fordrer opnåelse af partsstatus dog, at vedkommende har en væsentlig individuel interesse i sagen.

Ved vurderingen af om partsstatus kan anses for opnået, skal der indgå et generelt hensyn til markedet, herunder til både aktuelle og potentielle investorer.

Adgangen for en aktionær i et selskab til at gøre sin individuelle indflydelse gældende, sker på selskabets generalforsamlinger i henhold til reglerne herom i selskabsloven. Aktionærens indflydelse afhænger af aktionærens andel af aktierne og stemmerettigheder i selskabet på den pågældende generalforsamling.

Som beskrevet i afsnit 1.1. var der på generalforsamlingen den 27. april 2012, hvor forslaget om afnotering blev vedtaget, fremmødt 85,2 % af selskabets aktiekapital og stemmerettigheder. Forslaget om afnotering blev vedtaget med 99,5 % af den fremmødte kapital og stemmerettighederne.

Som det fremgår af bilag ... tog K ordet på generalforsamlingen den 27. april 2012, hvor K udtrykte modstand mod forslaget om afnotering. Finanstilsynet er af [FONDSBØRS] blevet gjort opmærksom på, at K på generalforsamlingen besad ca. 0,124 % af stemmerettighederne i A.

Det er Finanstilsynets vurdering, at den omtalte ejerandel ikke findes at udgøre et omfang, hvormed det må antages, at K har en så væsentlig individuel interesse i sagen, at det bør medføre partsstatus.

Det er ligeledes Finanstilsynets vurdering, at hensynet til de øvrige aktionærers interesser i at afnotere A ligeledes taler imod at tildele K partsstatus. Tilsvarende taler hensynet til eventuelle fremtidige investorer, som i det konkrete tilfælde må antages ikke at have en interesse i, at investere i et selskab, som ikke ønsker at være optaget til handel.
...”

Advokat K har ved skrivelse af 13. januar 2013 yderligere anført:

”...

Det fremgår af Finanstilsynets skrivelse ..., at Finanstilsynet kun lægger børskurs og ikke selskabets værdier til grund.

Det er en misforståelse, for børskursen er ikke et sandhedsudtryk, men et handelsudtryk – og strider med s. 12, 2, afsnit, hvor der under “3) “ henvises til “selskabets økonomiske situation”.

Derfor kan en bank dagen efter en positiv børskurs blive lukket af Finanstilsynet som insolvent - helt i modstrid med børskursens værdiansættelse.

... [Der] henvises til selskabets økonomiske situation.

Det er der ingen oplysninger om, at det er undersøgt.

Der henvises til højeste kurs betalt af B – nemlig indløseren, men ikke til evt. højere kurs betalt af andre på børsen.

Det viser, at der ikke tilbydes markedets bedste kurs, men kun køberens bedste kurs.

Påstanden om markedskurs er således en fiktion

Der har aldrig været tilbudt mere end det, indløseren havde lyst til at betale, ikke en uafhængig prisdannelse gjort af andre.

... Finanstilsynet [vurderer], at [FONDSBØRS] traf afgørelsen.

Denne troede omvendt, at Finanstilsynet med Fondsrådets godkendelse traf beslutningen.

Finanstilsynet trak ikke [Fondsbørs] ud af denne vildfarelse, men bestyrkede den tværtimod jfr. [Fondsbørs]s brev af 6. november 2012.

...

Finanstilsynet skulle have orienteret [Fondsbørs] og gjort børsen opmærksom på, at en afnotering var [FONDSBØRS]s beslutning og ansvar og ikke godkendt af Finanstilsynet og Fondsrådet.

...

Fondsrådets undersøgelse var ekstern, men ikke det [Fondsbørs] troede, og K skulle være partshørt.

...

Når D uden anførelstegn udtrykkeligt gengiver oplysningen i tilbudsdocumentet er det udtryk for bankens selvstændige vurdering af farerne ved afnoteringen.

Hvor ved Finanstilsynet i øvrigt fra, at Nordens største bank ikke skulle have vurderet selvstændigt i sin skriftlige kunderådgivning, men kun være kopist ?

Hvis Finanstilsynet virkelig mente det, ville det kræve Finanstilsynets omgående indgriben overfor D,

Afnoteringen var bestemt ikke i markedets interesse eller minoritetsaktionærenes.

...

Når Finanstilsynet hverken har undersøgt eller vurderet børskursen, har den ikke nogen bevisbetydning for, om et tilbud på børskursen er rimeligt eller ikke.

...

Finanstilsynet taler kun om puljepensioner, ikke om om Ks eller de andre aktionærens individuelle pensionsdepoter.

Det er et frontalangreb på hele aktieopsparingskulturen i forbindelse med pensionopsparinger.

...

Der har Finanstilsynet lagt vægt på "3) selskabets økonomiske situation" uden at der er nogen som helst oplysninger om hvordan ?

Det fremgår i hvert fald ikke af et eneste af de fremkomne tilbud til aktionærene eller af Finanstilsynets øvrige skrivelser, og det strider mod oplysningen s. 4, hvorefter et tilbud kun skal forholde sig til højeste fra B betalte børskurs (men ikke selskabets værdier) eller højere kurs betalt af andre investorer.

...

Der er forskel på partsstatus til alle aktionærer (også de passive) eller kun de aktive.

Det snævre begreb forudsætter, at de aktive aktionærer får partsstatus - og det har K ikke fået i denne sag.

...

Finanstilsynet synes at foragte små mennesker og deres for dem store investeringer, men små i det store spil og overser fuldstændig aktionæremokratiets hovedrationale:

Puljen af mange småbeløb til en stor å, så også almindelige mennesker og ikke kun de rige gives adgang til erhvervsinvesteringer og afkast - og indflydelse,

En lille mand kan tage ordet og overbevise med ordets magt, mens den store her kun har pengenes magt.

...

Finanstilsynet har overset, at dets opgave er at sikre borgernes indflydelse og deres værdier og ikke fratagelsen af dem.

K er part og Finanstilsynets afgørelse skal omgøres.

A har 21. december 2012 skrevet om tvangsindløsning. Der er ingen oplysninger om selskabets værdier med patenter og kontrakter, herunder et skatteunderskud på over 1 mia DKR eller de handler, der er foretaget EFTER fjernelsen fra noteringen på fondsbørsen.

Nogle må der have været, eftersom der ikke inden afnoteringen blev udsendt meddelelse om, at diverse ejergrænser var passeret.

Skal man kræve skønsmand kan det komme til at koste penge og måske mange penge og blot afventen af indløsning vil kunne sluge mange aktionæres fulde indløsningsbeløb.

Det viser, hvor alvorlig konsekvensen af Finanstilsynets afgørelser er for aktionærene.

Jeg vedlægger Tvangsindløsningsbrev fra C af 21. december 2012, brev fra E af 28. december 2012 om indløsningen og min protest af d.d. til A og C.

Tvangsindløsningsbrevet opfylder ikke det i art. 3 og art. 6, herunder art. 6 stk. 3, b anførte i Europaparlamentets og Rådets direktiv af 21/4 2004 om overtagelsestilbud.

Gælder direktivets beskyttelse ikke på grund af afnoteringen, viser det igen, hvor skadelig afnoteringen er for aktionærene.

...”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af § 88, stk. 3, i lov om værdipapirhandel, at afgørelser truffet af operatører af regulerede markeder i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven samt afgørelser i sager af vidtrækkende eller principiel betydning truffet i henhold til egne regelsæt kan indbringes for Finanstilsynet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Som part i forhold til Finanstilsynet anses ifølge lov om værdipapirhandel § 84 b, stk. 1, som hovedregel visse i bestemmelsen nærmere angivne virksomheder, som Finanstilsynets afgørelse retter sig imod, jf. dog stk. 2 og 3.

I henhold til undtagelsesbestemmelsen i § 84 b, stk. 2, anses i visse tilfælde en anden end en virksomhed omfattet af stk. 1 som part i Finanstilsynets afgørelse,

for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende. I henhold til § 84 b, stk. 2, nr. 7, anses som part i sagen blandt andet den, der for Finanstilsynet indbringer en af en fondsbørs truffet beslutning, jf. lovens § 88, stk. 3, og som Finanstilsynet anser som part i sagen, samt øvrige, som Finanstilsynet anser som part i sagen.

§ 84 b, stk. 2, nr. 7, i lov om værdipapirhandel m.v. blev i 2003 i forbindelse med vedtagelsen af lov om finansiel virksomhed ændret. Det fremgår af lovbemærkningerne til § 84 b, stk. 2, nr. 7 (dengang nr. 8) i lovforslaget (L 176 fremsat den 12. marts 2003):

”...

En række konkrete sager har indikeret, at de gældende regler om partsbegreb ikke er hensigtsmæssigt udformet.

Som et eksempel kan nævnes, at en erhverver i en sag, hvor denne har erhvervet aktier i et børsnoteret selskab og derved opnået over 33 pct. af stemmerne, og derfor skal afgive pligtmæssigt tilbud til de øvrige aktionærer i henhold til § 31, stk. 1, nr. 5, ikke vil være part i sagen. Dette skyldes, at § 84 b ikke tager stilling til erhververens partsstatus.

Modsat følger det af § 84 b, stk. 2, nr. 9, at vedkommende erhverver vil være part i en eventuel sag om dispensation fra pligten til at afgive tilbud, jf. § 31, stk. 2.

Hovedparten af forvaltningslovens regler finder kun anvendelse for sagens parter. Det betyder eksempelvis, at en person, der ikke er part, kun kan få aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven. Da offentlighedsloven er begrænset af den særlige tavshedspligt, der gælder for såvel Finanstilsynet, Fondsrådet som markedsvirksomhederne inden for de delegerede områder, medfører dette, at den pågældende i særlige tilfælde ikke vil kunne få aktindsigt i den afgørelse, der retter sig mod vedkommende.

Som udgangspunkt kan en afgørelse ankes til Erhvervsankenævnet, jf. § 88, stk. 2. Denne adgang er imidlertid også begrænset til parter. Manglende partsstatus medfører således, at personen må gå til domstolene, hvis vedkommende er uenig i afgørelsen.

På denne baggrund foreslås en udvidelse af de situationer, hvor der, jf. § 84 b, stk. 2, automatisk er tale om partsstatus eller via en konkret vurdering tillægges partsstatus.

Det drejer sig om følgende situationer:

I *nr. 8*, der bliver *nr. 6*, udvides hjemlen til konkret at tillægge partsstatus i sager af vidtrækkende eller principiel betydning hvor afgørelser truffet af en fondsbørs, en autoriseret markedsplads, en clearingcentral eller en værdipapircentral er ind-

bragt for Fondsrådet. Der gives nu mulighed for, at Fondsrådet kan tillægge andre end de, der indbringer sagen for rådet, partsstatus.

I *nr. 9*, der bliver *nr. 7*, udvides partsbegrebet, således at en erhverver som nævnt i §§ 31 og 32 nu automatisk vil blive betragtet som part i sager om overtagelses-tilbud generelt og ikke, som efter de gældende regler, kun i de sager, hvor erhververen ansøger om dispensation fra reglerne om tilbudspligt. Det bemærkes, at dette gælder i relation til såvel frivillige som pligtmæssige tilbud. I henhold til den gældende bestemmelse har Fondsrådet mulighed for at anse øvrige som parter - men alene i sager vedrørende ansøgninger om dispensation fra reglerne om tilbudspligt. Den foreslåede formulering giver Fondsrådet mulighed for at tillægge specielt målselskabet partsstatus også i »almindelige« sager om tilbudspligt, dvs. også i sager, hvor Fondsrådet træffer afgørelse om, hvorvidt der foreligger tilbudspligt. Derimod er det ikke tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed.

...»

Aktionærer med mindre aktieposter i et selskab må i almindelighed forventes at have købt aktierne med et formål om at få forrentet deres kapital, men uden en forventning om at kunne udøve andet end en begrænset indflydelse på ledelsen af selskabet på generalforsamlingen.

K besad ifølge det oplyste omkring 0,124 % af stemmerettighederne i A A/S på tidspunktet for generalforsamlingen den 27. april 2012, hvor forslaget om afnotering af selskabet blev vedtaget med 99,5 % af den fremmødte kapital og stemmerettighederne.

På den anførte baggrund tiltræder Erhvervsankenævnet, at Finanstilsynet ikke har anset K som part i sagen, jf. § 84 b, stk. 2, nr. 7, i lov om værdipapirhandel, og han kan derfor ikke indbringe den af [FONDSBØRS] truffne afgørelse om afnotering af A A/S for Finanstilsynet.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 6. november 2012.

4.3. LOV OM BETALINGSTJENESTER OG ELEKTRONISKE PENGE

13) Kendelse af 8. januar 2013 (J.nr. 2011-0026121)

Ikke godkendt som personligt ansvarlig for virksomhed med udbud af betalingstjenester.

Lov om betalingstjenester og elektro-niske penge, § 37, stk. 1, nr. 3, 2. pkt., jf. § 18. (Niels Walther-Rasmussen, Piya Mukherjee og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 22. november 2011 har K og A klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 26. oktober 2011 har meddelt, at K ikke har den fornødne erfaring med at drive virksomhed med udbud af betalingstjenester til at kunne godkendes som personligt ansvarlig for virksomheden B. Finanstilsynet har under ankenævnsagens behandling genoptaget sagen og ved skrivelse af 11. april 2012 truffet en ny afgørelse, hvorved det fastholdes, at K ikke kan godkendes som personligt ansvarlig for virksomheden B.

Sagens omstændigheder:

Af en af Erhvervsankenævnet fra Finanstilsynet indhentet redegørelse af 2. februar 2012 om sagens faktiske omstændigheder fremgår blandt andet:

” ...

1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet modtog den 10. juni 2011 en mail fra advokat C på vegne af blandt andre K. I mailen forespurgte advokat C, hvorvidt de aktiviteter, som K udførte på daværende tidspunkt i form af formidling af pengeoverførsler til Burma på vegne af herboende burmesere, krævede en tilladelse fra Finanstilsynet ...

Den 30. juni 2011 stillede Finanstilsynet K en række spørgsmål til de pengeoverførsler, som han forestod ... Finanstilsynet modtog K's svar den 15. august 2011 ...

På baggrund af besvarelsen samt oplysningerne i ovennævnte mail af 10. juni 2011 vurderede tilsynet, at K udøvede pengeoverførselsvirksomhed i henhold til lov om betalingstjenester og elektroniske penge, hvilket kræver en tilladelse ...

Den 31. august 2011 indsendte K et ansøgningskema, hvori han søgte om en begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester i form af pengeoverførsler ... En sådan tilladelse forudsætter, jf. § 2, stk. 2, at man driver den/de pågældende aktivitet(er) i virksomhedsform.

K havde imidlertid ikke anført et CVR-nr. i sin ansøgning, ligesom han ikke havde medsendt de relevante bilag, jf. ansøgningsskemaets punkt F. K manglede blandt andet at udfylde et fit and proper-skema til brug for tilsynets vurdering af K's egnethed i relation til at drive pengeoverførselsvirksomhed.

Finanstilsynet anførte disse forhold i et brev af 1. september 2011 ...

Den 14. oktober 2011 ansøgte K på ny om en begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester i form af pengeoverførselsvirksomhed. K havde i ansøgningen anført et CVR-nr. på en enkeltmandsvirksomhed, ligesom der var vedlagt en forretningsplan samt et fit & proper-skema ...

Finanstilsynet anmodede den 20. oktober 2011 K om at indsende et CV som supplement til det indsendte fit and proper-skema ...

Finanstilsynet modtog de anmodede oplysninger den 24. oktober 2011 ... og anmodede derefter yderligere om en budgetprognose. En sådan blev fremsendt til tilsynet senere samme dag ...

Den 26. oktober 2011 meddelte Finanstilsynet K afslag på dennes ansøgning. I afgørelsen hedder det:

” ...

1. Afgørelse

Finanstilsynet finder, at K på baggrund af sit tidligere virke ikke har den fornødne erfaring, jf. lov om betalingstjenester § 37, stk. 1, nr. 3, jf. 18, stk. 1, som er påkrævet for at drive virksomhed med udbud af betalingstjenester. K kan derfor ikke godkendes som personligt ansvarlig for virksomheden B.

...

3. Retligt grundlag

Det følger af lov om betalingstjenester § 18, stk. 1, at et medlem af bestyrelsen og direktionen i et betalingsinstitut skal have fyldestgørende erfaring til at udøve hvervet eller stillingen. Dette gælder tillige for de personligt ansvarlige for enkeltmandsvirksomheder, jf. § 37, stk. 1, nr. 3, jf. § 18, stk. 1. Bestemmelsen svarer til § 64, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed og er udtryk for et generelt krav til ledelsen i finansielle virksomheder.

Selvom der ikke kan opstilles generelle kriterier for hvilke teoretiske eller praktiske krav et medlem af ledelsen i en betalingstjenestevirksomhed skal opfylde, så afhænger kravene af om der er tale om bestyrelses- eller direktionsarbejde, og der vil i praksis stilles større krav til direktørers erfaring end til bestyrelsesmedlemmers erfaring, da det er direktøren, der er ansvarlig for den daglige drift og der vil altid være krav om indsigt i finansielle virksomheders forhold.

Det afgørende for, om en person kan anses for at opfylde kravene til egnethed er således om den pågældendes uddannelse og praktiske erfaring har bibragt den pågældende en tilstrækkelig viden om udbud af betalingstjenester til, at denne kan være ansvarlig for den daglige drift af en virksomhed med dette forretningsområde.

4. Vurdering

Det er Finanstilsynets opfattelse, at K's erfaring som Slagteriarbejder i 7 til 8 år, ikke har givet ham en erfaring og viden om pengeoverførelse, der medfører, at han kan anses som værende egnet til at varetage stillingen som personlig ansvarlig for en pengeoverførelsesvirksomhed.

...”

I klageskrivelsen af 22. november 2011 har K og A anført blandt andet:

”K har fra starten af ansøgningen lagt til grund at hans eneste formål med at overføre penge til Burma via mellemmand i Singapore var at hjælpe landsmænd bosiddende i Danmark til på en rationel, sikker og omkostnings-llettere måde at sende penge til at hjælpe familie og venner i Chin-provinsen i Burma. Alternativt ville hver enkelt herboende burmeser selv skulle sende penge direkte, med de omkostninger, der er forbundet hermed.

Han har på intet tidspunkt forestillet sig at dette krævede oprettelse af et firma med tilhørende juridiske forpligtelser, erfaring og uddannelse. Han har, indtil hans bankforbindelse gjorde ham opmærksom på at det muligvis var i strid med lovgivningen, udført disse tjenester for landsmænd. Han har således erhvervet en del erfaring på området og det har fungeret uden problemer. Imidlertid bliver han via vejledning fra Finanstilsynet bedt om at oprette det firma som han nu ifl. afgørelsen ikke kan bestride.

Vi beder nu om at Erhvervsankenævnet ser på denne sag, der i al sin enkelthed drejer sig om at hjælpe familie og venner i hjemlandet til lægebehandling, sygehusindlæggelse mv. Vi beder derfor også Erhvervsankenævnet tage stilling til om det kræver oprettelse af firma at udføre denne form for hjælp.”

Af Finanstilsynets redegørelse af 2. februar 2012 fremgår yderligere:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

Pengeoverførselsvirksomhed kvalificeres i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, bilag 1, nr. 6, som en udgørende en betalingstjeneste.

En pengeoverførsel er i § 6, nr. 10, defineret som ”en betalingstjeneste, hvor der modtages midler fra en betaler, uden at der oprettes en betalingskonto i betalernes navn, alene med det formål at overføre et tilsvarende beløb til en betalingsmodtager eller en anden udbyder på beta-

lingsmodtagerens vegne, og hvor sådanne midler modtages på betalingsmodtagerens vegne og stilles til rådighed for denne.”

Det fremgår endvidere af § 2, stk. 2, jf. stk. 1, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, at betalingstjenester kun må udbydes af virksomheder, der har tilladelse til at drive denne form for virksomhed, herunder en begrænset tilladelse i henhold til § 38, nr. 1 eller 2.

Det følger af § 37, stk. 1, nr. 3, jf. § 18, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, at et medlem af bestyrelsen eller direktionen i en betalingstjenestevirksomhed skal have fyldestgørende erfaring til at udøve sit hverv eller varetage sin stilling. Dette gælder, jf. § 37, stk. 2, nr. 3, 2. pkt., tillige for enkeltmandsvirksomheder, for så vidt angår de personligt ansvarlige enkeltpersoner.

§ 18 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge svarer til § 64, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, og er udtryk for et generelt krav til ledelsen.

3. Finanstilsynets vurdering

Ad Finanstilsynets vurdering af at der er tale om pengeoverførselsvirksomhed:

Finanstilsynet har ved afgørelsen af om de pengeoverførsler, K har forestået, udgør egentlig pengeoverførselsvirksomhed, lagt vægt på at klager om aktiviteterne har oplyst, at pengene indsættes på en fælleskonto med det formål at overføre et tilsvarende beløb til en mellemmand i Singapore. Mellemmanden forestår herefter den videre overførsel af pengene til Burma ... Sådant aktivitet er omfattet af definitionen af en pengeoverførsel i § 6, nr. 10, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge.

Hertil kommer, at K ved advokat C over for Finanstilsynet har oplyst, at han opnåede en fortjeneste ved at forestå pengeoverførslerne, ligesom de pågældende beløb, der blev overført til Singapore sammenlagt udgjorde ”flere millioner” ...

Det er samlet set Finanstilsynets vurdering, at de af klager udførte pengeoverførsler er omfattet af begrebet pengeoverførselsvirksomhed i bilag 1, nr. 6, jf. definitionen i § 6, nr. 10, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge. Som beskrevet ovenfor under afsnit 2 følger det af § 2 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, at muligheden for at udbyde betalingstjenester er betinget af en tilladelse.

Ad Finanstilsynets fit & proper-vurdering af K:

Finanstilsynet lagde i sin fit & proper vurdering af K vægt på oplysningerne i dennes brev af 24. oktober 2011 ...

Af brevet fremgik, at K ikke har nogen videre uddannelse, og at han i de 7-8 år, hvor han har boet i Danmark, har arbejdet som slagteriarbejder.

Finanstilsynet fandt herefter ikke, at klager havde den fornødne erfaring, der kræves for at kunne blive fit & proper godkendt som ledelsesansvarlig i en pengeoverførselsvirksomhed.

Som følge af nærværende Erhvervsankenævns sag og tilsynets deraf afledte fornyede gennemgang af sagen, vurderer tilsynet imidlertid, at ovennævnte brev ..., hvoraf fremgår, at K gennem flere år foranledigede pengeoverførsler (i form af bankoverførsler) til Burma, burde have givet anledning til, at tilsynet havde indhentet yderligere oplysninger til belysning af arten og omfanget af den erfaring, K havde tilegnet sig.

Da sagens faktuelle omstændigheder således ikke er blevet belyst i tilstrækkeligt omfang, har Finanstilsynet besluttet at tage spørgsmålet om K's egnethed op til fornyet vurdering.

Tilsynet vil snarest kontakte K med henblik på at denne indsender supplerende dokumentation for, at han siden sin ankomst til Danmark har udført pengeoverførselsaktiviteter i et sådant omfang, at han har tilegnet sig den fornødne erfaring til at kunne blive godkendt som ledelsesansvarlig i en virksomhed, der udfører pengeoverførsler.

Tilsynet går herefter ud fra, at K tilbagekalder sagen.

4. Konklusion

Det er Finanstilsynets opfattelse, at den aktivitet, K har udført, er pengeoverførselsvirksomhed og dermed omfattet af lov om betalingstjenester og elektroniske penge. Finanstilsynet vil dog genoptage behandlingen af spørgsmålet om K's egnethed som ledelsesansvarlig i en pengeoverførselsvirksomhed.

...”

Den 11. april 2012 traf Finanstilsynet yderligere en afgørelse. I afgørelsen hedder det:

”Vurdering af K's egnethed som personligt ansvarlig for enkeltmandsvirksomheden B

1. Afgørelse

K har på baggrund af sit tidligere virke ikke den fornødne erfaring, jf. lov om betalingstjenester § 37, stk. 1, nr. 3, jf. 18, stk. 1, som er påkrævet for at drive virksomhed med udbud af betalingstjenester. K kan derfor ikke godkendes som personligt ansvarlig for virksomheden B.

2. Sagsfremstilling

...

Den 24. februar 2012 blev sagen tilbagevist til Finanstilsynet til fornyet behandling med henblik på vurdering af din egnethed som ledelsesansvarlig for en pengeoverførselsvirksomhed.

Finanstilsynet har den 29. februar 2012 modtaget en beskrivelse af dine pengeoverførelsesaktiviteter og den 16. marts 2012 anmodede tilsynet om dokumentation for de anførte aktiviteter, herunder for eksempel regnskaber.

Den 22. marts 2012 oplyste du, at du ikke kunne dokumentere dine pengeoverførelsesaktiviteter, da du ikke har udarbejdet regnskaber i forbindelse med aktiviteterne. Du oplyste endvidere, at kontoudtogene fra den anvendte konto gjort det ud for et regnskab, men da kontoen nu er lukket har det ikke været muligt at fremskaffe disse udtog.

3. Retligt grundlag

Det følger af § 37, stk. 1, nr. 3, jf. § 18, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, at et medlem af bestyrelsen eller direktionen i en betalingstjenestevirksomhed skal have fyldestgørende erfaring til at udøve sit hverv eller varetage sin stilling. Dette gælder, jf. § 37, stk. 2, nr. 3, 2. pkt., tillige for enkeltmandsvirksomheder, for så vidt angår de personligt ansvarlige enkeltpersoner.

§ 18 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge svarer til § 64, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed og er udtryk for et generelt krav til ledelsen.

4. Vurdering

Som anført i Finanstilsynets afgørelse af den 26. oktober 2011 er det Finanstilsynets opfattelse, at din erfaring som slagteriarbejder i 7 til 8 år, ikke har givet dig en erfaring eller viden om pengeoverførelse, der kan medføre, at du anses som værende egnet til at varetage stillingen som personlig ansvarlig for en pengeoverførelsesvirksomhed.

Du har anført, at du ved siden af sit arbejde som slagteriarbejder har udført pengeoverførelsesaktiviteter via en konto som kun var oprettet med det formål at overføre penge. Aktiviteterne er foregået ved at en burmeser kontakter dig med henblik på at overføre penge til Burma. Du fik overført pengene til din konto og derefter overførte du pengene til en kontakt i Singapore, der herefter sendte pengene videre til en bank i Burma.

Du har ikke kunne dokumenter disse aktiviteter eller omfanget heraf. Der er ikke udarbejdet regnskaber og kontoudtog er ikke blevet gemt.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at tilsynet ikke kan inddrage udokumenteret anbringender i egnethedsvurderingen af en ledelsesansvarlig for en pengeoverførelsesvirksomhed.

Finanstilsynet har i den forbindelse lagt vægt på, at du alene har anført at du igennem en periode har foretaget pengeoverførelser, men har ikke fremlagt kvitteringer, arbejdsgange, kontoudtog eller regnskaber for disse aktiviteter.

Finanstilsynet bemærker i den forbindelse, at pengeoverførelsesvirksomheder er underlagt en række lovkrav, herunder

krav til information og aftalernes overholdelse af reglerne om hvidvask samt dokumentation for overførelserne. Du har ikke overfor tilsynet sandsynliggjort kendskab til eller erfaring med pengeoverførelsesvirksomhed.

Finanstilsynet finder derfor, at dine anbringender om at du har tilegnet dig erfaring med pengeoverførelsesvirksomhed ved at udføre pengeoverførelsesaktiviteter, ikke kan tillægges vægt i Finanstilsynets egnethedsvurdering.

...”

K og A er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ankenævnet tiltræder, at de pengeoverførsler, som K har forestået, er omfattet af definitionen af en pengeoverførsel i § 6, nr. 10, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge.

Denne aktivitet kræver derfor tilladelse efter nævnte lov.

Det følger af § 37, stk. 1, nr. 3, 2. pkt., jf. § 18 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, at et de personligt ansvarlige enkeltpersoner i en enkeltmandsvirksomhed, som driver betalingstjenestevirksomhed skal have fyldestgørende erfaring til at udøve sit hverv og drive virksomheden.

K ses ud fra det oplyste ikke at have den fornødne erfaring til at drive betalingstjenestevirksomhed. Ankenævnet tiltræder derfor med den af Finanstilsynet anførte begrundelse, at K ikke kan godkendes som personligt ansvarlig for virksomheden B.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelser af 26. oktober 2011 og 12. april 2012.

14) Kendelse af 13. november 2013 (J.nr. 2013-0034464)

Ej fornøden erfaring med at drive virksomhed med betalingstjenester til at kunne godkendes som bestyrelsesmedlem.

Lov om betalingstjenester, § 37, stk. 1, nr. 3, jf. § 18, stk. 1.
(Lone Møller, Ingrid Henriksen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 1. maj 2013 har advokat A på vegne af K1 klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 9. april 2013 har meddelt, at han ikke har den fornødne erfaring med at drive virksomhed med betalingstjenester til at kunne godkendes som bestyrelsesmedlem i B [forening].

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 9. april 2013 hedder det:

”Vurdering af K1 egnethed som bestyrelsesmedlem i B

1. Afgørelse

Finanstilsynet finder ikke, at K1 på baggrund af sit tidligere virke har den fornødne erfaring, jf. lov om betalingstjenester og elektroniske penge § 37, stk. 1, nr. 3, jf. § 18, stk. 1, som er påkrævet for at drive pengeoverførselsvirksomhed. K1 kan derfor ikke godkendes som bestyrelsesmedlem for B.

2. Sagsfremstilling

Finanstilsynet modtog den 24. september 2012 oplysningsskema for vurdering af fit & proper fra K1, som var valgt ind i som bestyrelsesmedlem i bestyrelsen for foreningen B1.

Finanstilsynet anmodede den 11. oktober 2012 om yderligere oplysninger om K1's erhvervs erfaring. Finanstilsynet modtog den 31. oktober 2012 et CV fra K1.

Den 22. november 2012 anmodede Finanstilsynet igen om mere uddybning af CV'et med særlig fokus på erfaring med pengeoverførselsvirksomhed.

Den 22. november 2012 modtog Finanstilsynet en e-mail fra K1, hvoraf det fremgik, at K1 havde været i praktik hos C i to måneder fra juli 2012 til september 2012, hvor han blandt andet arbejdede med at gennemføre pengeoverførelser gennem D [finansielt transaktionsselskab].

K1 har derudover oplyst, at han har følgende erfaring:

1973-1982: E [Afrikansk nation/nationalitet] folkeskole

1982-1983: E seminar skole

1995-1997: F sprogskole

1998-1999: EDB kursus

1999-2007: Støttelærer for E børn i folkeskolen

2000-2001: AMU, pædagogisk Grundkursus

2007-2010: Rengøringsassistent hos G kommune

K1 har ikke i CV'et givet en nærmere beskrivelse af arbejdsopgaver i de forskellige ansættelser og tilknytninger.

3. Retligt grundlag

Det følger af lov om betalingstjenester og elektroniske penge § 18, stk. 1, at et medlem af bestyrelsen og direktionen i en betalingstjenestevirksomhed skal have fyldestgørende erfaring til at udøve hvervet eller stillingen. Bestemmelsen svarer til § 64, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed og er udtryk for et generelt krav til ledelsen i finansielle virksomheder.

Det afgørende for, om en person kan anses for at opfylde kravene til egnethed er om den pågældendes uddannelse og praktiske erfaring har bragt den pågældende en tilstrækkelig viden om udbud af betalingstjenester/pengeoverførselsvirksomhed til, at denne kan være en del af bestyrelsen i en forening, der overfører penge.

5. Vurdering

Finanstilsynet anser at udføre pengeoverførselsvirksomhed i foreningsregi for værende erhvervmæssig pengeoverførselsvirksomhed, idet foreningen regelmæssigt overfører penge på vegne af andre, og da den erhvervmæssige aktivitet består i at modtage betalingsinstruktioner med henblik på overførsel af penge til nærmere angivne betalingsmodtagere.

Udførsel af erhvervmæssig pengeoverførselsvirksomhed kræver praktisk erfaring med indretning og drift af en erhvervmæssig virksomhed, herunder de krav til forretningsgange og dokumentationskrav, der er en del af det at drive virksomhed med pengeoverførsel.

B er omfattet af hvidvaskloven og lov om betalingstjenester og elektroniske penge. Foreningen skal leve op til lovgivningskravene i hvidvaskloven og har eksempelvis pligt til at holde sig orienteret om relevant nye bestemmelser heri.

At være støttelærer og rengøringsassistent giver ikke erfaring med løbende at orientere sig i hvidvasklovgivningen, ej heller er der samme krav til systematik og styring af virksomhedens arbejdsgange, som er nødvendige, hvis man udfører pengeoverførselsvirksomhed.

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets opfattelse, at ingen af de uddannelser eller stillinger, som K1 har bestridt i perioden 1973-2013, kan have bragt ham viden om drift af en forening, der overfører penge og forretningsgange i forbindelse med overførsel af penge til andre lande.

For så vidt angår K1 praktikperiode på to måneder hos C, er det Finanstilsynets opfattelse at denne korte praktikperiode ikke er tilstrækkelig dokumentation for erfaring med pengeoverførselsvirksomhed.

Finanstilsynet finder det således påfaldende, at K1 har udført frivilligt arbejde i en virksomhed, som et af de andre bestyrelsesmedlemmer ejer, og at alene oplysningen om at have været i praktik uden yderligere dokumentation ikke kan anses for at være tilstrækkelig dokumentation for,

at K1 har opnået de kompetencer, som er påkrævet for at drive en forening med pengeoverførsler.

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets opfattelse, at K1's ansættelser som henholdsvis støttelærer og rengøringsassistent, ikke har givet ham kompetencer, der er nødvendige for at drive en forening, der har tilladelse til pengeoverførelsesvirksomhed.

6. Konklusion

Finanstilsynet finder ikke, at K1 på baggrund af sit tidligere virke har den fornødne erfaring, jf. lov om betalingstjenester og elektroniske penge § 37, stk. 1, nr. 3, jf. 18, stk. 1, som er påkrævet for at drive virksomhed med betalingstjenester. K1 kan derfor ikke godkendes som bestyrelsesmedlem for B.

...”

I klageskrivelsen af 1. maj 2013 har advokat A anført:

”Som advokat for K1, som er bestyrelsesmedlem i B skal jeg hermed påklage Finanstilsynets afgørelse af den 9. april 2013.

...

Finanstilsynet har afslået at godkende K1 som bestyrelsesmedlem for B, idet han ikke opfylder betingelserne, jfr. Lov om betalingstjenester og elektroniske penge § 37, stk. 1, nr. 3 jf. 18, stk. 1.

B har i 2 måneder været ansat hos D beliggende H [forretning] på I [vejnavn, København], og hans opgave hos D har bestået i pengeoverførsel.

Ansættelsen hos D sammenholdt med min klients CV i øvrigt skal jeg gøre gældende, at min klient opfylder betingelserne for at blive godkendt som bestyrelsesmedlem i B.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 12. juli 2013 udtalt:

”...

1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet modtog den 24. september 2012 et oplysningsskema til brug for en vurdering af egnethed og hæderlighed (fit & proper-vurdering) for K1, der er valgt ind som bestyrelsesformand for foreningen B. Foreningen har en begrænset tilladelse hos Finanstilsynet til at drive pengeoverførselsvirksomhed. Oplysningsskemaet er vedlagt ...

Finanstilsynet anmodede den 11. oktober 2012 om yderligere oplysninger om K1 erhvervs erfaring. Finanstilsynets brev er vedlagt ... Finanstilsynet modtog den 31. oktober 2012 et cv fra K1, hvilket er vedlagt ...

Det fremgår af cv'et, at K1 har følgende uddannelse:

1973-1982: E [Afrikansk nation/nationalitet] folkeskole

1982-1983: E seminarskole

1995-1997: F sprogskole
1998-1999: EDB kursus
2000-2001: AMU, pædagogisk Grundkursus

Det fremgår endvidere, at K1 har følgende erhvervserfaring:

1999-2007: Støttelærer for E børn i folkeskolen, G kommune
2007-2010: Rengøringsassistent, G kommune
Juli 2012 – september 2012: Praktikant, H [forretning], D [finansielt transaktionsselskab].

Det fremgår endvidere af cv'et at K1 har været formand for J [Afrikansk forening] i perioden 2000-2007.

Cv'et indeholder ikke en nærmere beskrivelse af de arbejdsopgaver, som K1 har beskæftiget sig med i forbindelse med sine ansættelser.

Den 22. november 2012 anmodede Finanstilsynet K1 om en uddybning af det tidligere fremsendte cv med fokus på erfaringer og kompetencer af relevans i forhold til at drive en pengeoverførselsvirksomhed. Finanstilsynets e-mail er vedlagt ...

Den 22. november 2012 modtog Finanstilsynet en e-mail fra K1 som svar på Finanstilsynets e-mail af samme dato. Af e-mailen fremgår, at K1 har været i praktik hos H i to måneder fra juli 2012 til september 2012, hvor han har arbejdet med at udføre pengeoverførsler via D. E-mailen er vedlagt ...

Finanstilsynet traf herefter den 5. april 2013 afgørelse om, at K1, jf. § 37, stk. 1, nr. 3, jf. § 18, stk. 1, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge ikke har den fornødne erfaring til at udøve et hverv som bestyrelsesmedlem i B. Finanstilsynets afgørelse af vedlagt ...

Advokat A har som advokat for K1 den 1. maj 2013 påklaget Finanstilsynets afgørelse til Erhvervsankenævnet.

2. Afgørelsens retlige grundlag

Det følger af § 37, stk. 1, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, at Finanstilsynet kan give en begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester her i landet til en virksomhed, når bestemmelsens nr. 1-4 er opfyldt. Det er efter § 37, stk. 1, nr. 3, en betingelse, at medlemmerne af virksomhedens bestyrelse og direktion og, hvor det er relevant, ledelsesansvarlige for virksomhedens betalingstjenesteaktiviteter opfylder kravene i lovens § 18.

Efter § 18, stk. 1, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge skal et medlem af bestyrelsen eller direktionen i et betalingsinstitut og, hvor det er relevant, ledelsesansvarlige for virksomhedens betalingstjenesteaktiviteter have fyldestgørende erfaring til at udøve sit hverv eller varetage sin stilling i den pågældende virksomhed.

Følgende fremgår af forarbejderne [Forslag nr. L 175 til lov om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v., lov om Danmarks Nationalbank og forskellige andre love (Styrkelse af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, præcisering af krav til styring og indretning af finansielle virksomheder m.v. og ændring af regler om egnethed og hæderlighed m.v.) af 26. marts 2010] til § 18 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge:

...

3. Finanstilsynets vurdering

K1 har efter det oplyste i en periode på to måneder fra juli 2012 til september 2012 været i praktik hos H, hvor han var beskæftiget med at udføre pengeoverførsler gennem D.

K1 har efter det oplyste ikke anden erfaring, som er relevant i forhold til at drive virksomhed med pengeoverførsel. Han har hverken særlig indsigt i de forhold, der gør sig gældende for pengeoverførselsvirksomheder, ej heller særlig indsigt i en anden branche eller lokale forhold, som er relevante for B.

K1 har efter det oplyste heller ikke erfaring med indretning og drift af en erhvervsmæssig virksomhed, erfaring med ledelse af en virksomhed eller anden erfaring, som ville kunne anses for relevant i forbindelse med udførsel af pengeoverførselsvirksomhed.

K1 har endvidere ikke en relevant uddannelsesmæssig baggrund.

4. Konklusion

Det er Finanstilsynets vurdering, at K1, jf. § 37, stk. 1, nr. 3, jf. § 18, stk. 1, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, ikke har tilstrækkelig erfaring til at udøve et hverv som bestyrelsesmedlem i B.

Finanstilsynet fastholder på denne baggrund afgørelsen af 5. april 2013, hvorefter K1 ikke kan godkendes som bestyrelsesmedlem for B.”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

I henhold til § 18, stk. 1, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge skal et medlem af bestyrelsen i et betalingsinstitut have fyldestgørende erfaring til at udøve sit hverv eller varetage sin stilling i den pågældende virksomhed.

Af lovbemærkningerne til § 18, stk. 1, (LFF nr. 175 af 26. marts 2010) fremgår blandt andet:

” ...

Et medlem af bestyrelsen og direktionen i et betalingsinstitut skal, jf. stk. 1, have fyldestgørende erfaring til at udøve hvervet eller stillingen. Dette påses, når bestyrelsesmedlemmet eller direktøren tiltræder hvervet eller stillingen. Der stilles som hidtil ikke generelle kriterier for, hvilke teoretiske eller praktiske krav, personen skal opfylde. Disse varierer afhængig af, om der er tale om en direktørpost eller et medlemskab af bestyrelsen, samt af virksomhed, der er tale om. I vurderingen kan bl.a. indgå, om personen har en relevant teoretisk uddannelse, om vedkommende har haft ansættelse inden for den finansielle sektor, og om vedkommende har ledelseserfaring.

Der stilles i praksis mindre krav til et bestyrelsesmedlem end til en direktør, ligesom kravene skærpes, hvis der er tale om en stor og kompleks virksomhed.

Som hidtil kan der ikke stilles et ubetinget krav om, at et bestyrelsesmedlem har særlig indsigt i betalingsinstitutters forhold. Her vil en særlig indsigt i anden branche eller i lokale forhold, som er relevante for instituttet, kunne være tilstrækkeligt.

Egnet- og hæderlighedsvurderingen er knyttet til en stilling i den konkrete virksomhed. Det er således muligt, at en person på baggrund af dennes uddannelsesmæssige baggrund og hidtidige ledelseserfaring, opfylder kravet om fyldestgørende erfaring til at lede et mindre betalingsinstitut, men at det ikke gør sig gældende i forhold til en direktørpost i et stort landsdækkende institut. Derfor kan man som udgangspunkt ikke tage sin vurdering med sig fra en virksomhed til en anden. Hidtil har Finanstilsynet fulgt en praksis, hvor man som udgangspunkt kun blev vurderet en gang. Tilsynet har imidlertid ændret denne praksis, således at der skal ske en fornyet vurdering i forbindelse med en direktørs jobskifte.

...”

K1 findes efter en samlet vurdering ikke at have fyldestgørende erfaring til at udøve sit hverv som bestyrelsesmedlem i B, jf. § 18, stk. 1, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge. Der er herved navnlig lagt vægt på, at han efter det oplyste er uden relevant teoretisk baggrund, og at hans eneste relevante praktiske baggrund er et ganske kortvarigt praktikophold af to måneders varighed fra juli 2012 til september 2012 hos H, hvor han var beskæftiget med at udføre pengeoverførsler gennem D.

Ankenævnet tiltræder derfor, at K1 ikke kan godkendes som bestyrelsesmedlem for B, jf. § 37, stk. 1, nr. 3, jf. § 18, stk. 1, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 9. april 2013.

15) Kendelse af 26. november 2013 (J.nr. 2013-0035054)

Afslag på ansøgning om begrænset tilladelse til at udføre pengeoverførelsesvirksomhed i Danmark.

Lov om betalingstjenester og elektroniske penge, § 37, stk. 1, nr. 2 samt hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 7, § 25 og § 90, stk. 1, nr. 5.

(Lone Møller, Cato Baldvinsson og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 10. juli 2013 har advokat A på vegne af K1 I/S klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 1. juli 2013 har afslået en ansøgning om begrænset tilladelse til at udføre pengeoverførelsesvirksomhed i Danmark.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 1. juli 2013 hedder det:

”Afslag på ansøgning om tilladelse til at udøve pengeoverførselsvirksomhed

Sagsfremstilling

Den 7. marts 2012 modtog Finanstilsynet en ansøgning om begrænset tilladelse til at udføre pengeoverførselsvirksomhed fra virksomheden K1 I/S.

Da der manglede en række oplysninger og bilag i ansøgningen, herunder hvem der er ansvarlig for tjenesten, CV og dokumentation for relevant erfaring, samt en budgetprognose, havde Finanstilsynet en længere korrespondance med virksomheden.

Den 7. februar 2013 modtog Finanstilsynet virksomhedens hvidvaskforretningsgang, hvilket var det sidste der manglede i ansøgningen. Efter en gennemgang af forretningsgangene kunne Finanstilsynet konstatere følgende mangler:

- *Beskrivelse af hvilken form for legitimation som virksomheden accepterer*
- *Hvem er hvidvaskansvarlig*
- *Hvordan sker underretning til SØK*
- *Hvornår og hvordan undersøges mistænkelige transaktioner*
- *Kravene i forordning 1781/2006 skal uddybes*
- *Generel opmærksomhedspligt skal uddybes*
- *Hvordan foregår screeningen af EU's terrorlister?*
- *Hvad med opmærksomheden ifht. FATF's lister?*
- *Overvågning af transaktioner*
- *Transaktioner for tredjemand*

- *PEPs*
- *Skærpede krav til legitimation*
- *Undervisning*
- *Vil virksomheden kun operere med faste kunder eller vil det være muligt at være lejlighedskunde?*

Derudover henvises der i forretningsgangen til forældet lovgivning.

På denne baggrund kunne forretningsgangene ikke godkendes og derfor anmodede Finanstilsynet den 8. marts 2013 virksomheden om at indsende nye hvidvaskforretningsgange.

Den 1. maj 2013 modtog Finanstilsynet virksomhedens nye forretningsgange. Forretningsgangene havde fortsat følgende mangler:

- Forretningsgangen beskriver at virksomheden har både faste kunder og lejlighedskunder, men beskriver ikke forskellen.
- Skærpede krav til legitimation i højrisikotilfælde.
- PEPS

Og følgende afsnit var ikke tilstrækkeligt beskrevet:

- Screeningen af EU's terrorlister.
- Kravene i forordning 1781/2006.
- Generel opmærksomhedspligt.
- Transaktioner for tredjemand.
- Opmærksomheden og kravene ifht. FATF's lister.
- Underretningen til SØK.

Retligt grundlag

Lov om betalingstjenester og elektroniske penge

§ 37, stk. 1. Finanstilsynet kan give en begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester her i landet til en virksomhed, når

- 1) virksomheden har hovedkontor og hjemsted i Danmark. Finanstilsynet kan endvidere give en begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester omfattet af § 38, nr. 1, til virksomheder, der har hovedkontor og hjemsted i et andet land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Unionen har indgået aftale med på det finansielle område, jf. dog stk. 5,
- 2) virksomheden har forretningsgange på alle væsentlige aktivitetsområder,
- 3) medlemmerne af virksomhedens bestyrelse og direktion og, hvor det er relevant, ledelsesansvarlige for virksomhedens betalingstjenesteaktiviteter opfylder kravene i § 18. Hvis virksomheden drives som interessentskab eller enkeltmandsvirksomhed, finder § 18 tilsvarende anvendelse på den eller de for virksomheden personligt ansvarlige enkeltpersoner, og

4) betingelserne i § 38 er opfyldt.

Afgørelse

Som det fremgår af § 37, stk. 1, nr. 2, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge (herefter BETL), skal en virksomhed have forretningsgange på alle væsentlige aktivitetsområder, herunder på hvidvaskområdet, for at kunne få en begrænset tilladelse til at udføre pengeoverførselsvirksomhed i Danmark.

K1 I/S har 2 gange indsendt hvidvaskforretningsgange som var mangelfulde og derfor ikke i overensstemmelse med hvidvaskreglerne.

Finanstilsynet finder på denne baggrund, at K1 I/S ikke har hvidvaskforretningsgange, som er i overensstemmelse med hvidvasklovens regler og dermed heller ikke forretningsgange på alle væsentlige områder. Virksomheden kan derfor ikke få en begrænset tilladelse til at udføre pengeoverførselsvirksomhed.

...”

I klageskrivelsen af 10. juli 2013 har advokat A anført:

”Vedr. K1 I/S, afslag på ansøgning om tilladelse til at udbyde pengeoverførselsvirksomhed

Som advokat for K1 I/S indbringer jeg hermed Finanstilsynets afgørelse af 1. juli 2013 for Erhvervsankenævnet med påstand om, min klient meddeles begrænset tilladelse til at udføre pengeoverførselsvirksomhed.

Subsidiært nedlægges påstand om, at sagen hjemvises til fornyet behandling i Finanstilsynet.

Jeg henviser til sagen og dennes bilag og vedlægger tillige kopi af mail af 1. maj 2013 fra undertegnede til Finanstilsynet ved B samt dennes svarskrivelse af 1. maj 2013.

Jeg bemærker til det heri anførte, at der ud over en efterfølgende erindringsmeddelelse ikke har været korrespondance af relevans med Finanstilsynet og at Finanstilsynet således har undladt at vejlede min klient i udformningen af retningslinjer for forebyggelse af hvidvask og terrorfinansiering.

Det fremgår af forvaltningslovens § 7, stk. 1, at en forvaltningsmyndighed i fornødent omfang skal yde vejledning og bistand til personer, der retter henvendelse om spørgsmål inden for myndighedens sagsområde.

En sådan vejledning er udtrykkeligt efterspurgt i min mailskrivelse af 1. maj 2013, men er på intet tidspunkt modtaget.

Det fremgår af vejledning om lov om forebyggende foranstaltning med hvidvask af udbytte og finansiering til terrorisme kap. 4. pkt. 4.1.2 at det

for mindre virksomheder er muligt at lempe kravene til forretningsgang og procedurer ud fra en risikovurdering.

Der er ikke i vejledningen angivet nærmere om på hvilke områder lempelserne kan ske eller i øvrigt hvilke minimumskrav, der skal være opfyldt, og det er ikke umiddelbart muligt via Finanstilsynets hjemmeside at indhente oplysningerne herom.

På min klients vegne gør jeg gældende, at de udarbejdede retningslinjer opfylder lovens og vejledningens krav og at tilladelse således burde være meddelt på dette grundlag.

Finder Finanstilsynet ikke at virksomhedens retningslinjer er tilstrækkelige, tilstrækkeligt klare eller fyldestgørende, anmoder jeg Erhvervsankenævnet om at hjemvise sagen til fortsat behandling i Finanstilsynet med pålæg til Finanstilsynet om at yde den fornødne vejledning.
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 13. september 2013 udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet modtog den 7. marts 2012 en ansøgning om begrænset tilladelse til at udføre betalingstjenester (pengeoverførselsvirksomhed) fra K1 I/S (herefter virksomheden), jf. bilag 1, nr. 6. Ansøgningen manglende en række oplysninger og bilag, og virksomheden og Finanstilsynet havde en længere korrespondance herom frem til 11. januar 2013, hvor Finanstilsynet anmodede om virksomhedens hvidvaskforretningsgang, som var det sidste der manglede i ansøgningen, jf. bilag 2. Virksomheden fik inkl. en fristforlængelse frist til den 1. februar 2013 til at aflevere forretningsgangen, jf. bilag

Den 7. februar 2013 modtog Finanstilsynet virksomhedens hvidvaskforretningsgang, jf. bilag Finanstilsynet gennemgik hvidvaskforretningsgangen, som var mangelfuld:

”Forretningsgangen henvender sig ikke til medarbejderne i virksomheden, og er meget overordnet. Forretningsgangen er på ingen måde tilstrækkelig. Jeg anbefaler, at virksomheden ser på Finanstilsynets vejledning til hvidvaskloven.

Forretningsgangen mangler:

- *Beskrivelse af hvilken form for legitimation som virksomheden accepterer*
- *Hvem er hvidvaskansvarlig*
- *Hvordan sker underretning til SØK, (der står bl.a. at virksomheden har pligt til at undlade og gennemføre transaktion, hvilket ikke giver mening)*

- *Hvornår og hvordan undersøges mistænkelige transaktioner*
- *Kravene i forordning 1781/2006 skal uddybes*
- *Generel opmærksomhedspligt skal uddybes*
- *Hvordan foregår screeningen af EU's terrorlister?*
- *Hvad med opmærksomheden ifht. FATF's lister?*
- *Overvågning af transaktioner*
- *Transaktioner for tredjemand*
- *PEPs*
- *Skærpede krav til legitimation*
- *Undervisning*
- *Vil virksomheden kun opererer med faste kunder eller vil det være muligt at være lejlighedskunde?*

Generelt skal forretningsgangen beskrive, hvordan alle de krav der står i hvidvaskloven opfyldes i denne virksomhed. Der henvises i øvrigt til en forældet lovbekendtgørelse.”

Finanstilsynet sendte pr. e-mail den 8. marts 2013 ovennævnte bemærkninger til virksomheden, og gav virksomheden en frist til den 22. marts 2013 til at indsende en ny forretningsgang. Finanstilsynet gjorde i e-mailen opmærksom på, at såfremt den næste forretningsgang ikke opfyldte hvidvaskreglerne, ville ansøgningssagen blive henlagt ...

Finanstilsynet rykkede den 19. april 2013 virksomheden, da Finanstilsynet endnu ikke havde modtaget den anmodede forretningsgang ...

Den 16. april 2013 henvendte virksomhedens advokat sig til Finanstilsynet og forespurgte til status på den første indsendte forretningsgang. Finanstilsynet svarede samme dato med henvisning til e-mailen sendt den 8. marts 2013 ...

Den 1. maj 2013 modtog Finanstilsynet det andet udkast til hvidvaskforretningsgang ... I fremsendelsesmailen var fremført:

”Jeg vedlægger omarbejdede retningslinjer vedrørende hvidvask og terrorfinansiering og bemærker, at retningslinjerne er udarbejdet i medfør af Vejledningens kapitel 4, pkt. 2, da virksomheden kun beskæftiger få medarbejdere.

Det bemærkes med henvisning til din mail af 8. marts 2013 at såfremt der er forhold i Vejledningen som ikke findes opfyldt i retningslinjerne, er min klient indstillet på at tilpasse disse, men at det vil være uacceptabelt, såfremt ansøgningen henlægges. Det bemærkes i den forbindelse tillige, at der ikke ses at være udgivet nærmere retningslinjer for kapitel 4, 2. pkt. situationer, og at min klient ikke har modtaget nogen vejledning herom.”

Finanstilsynet gav den 1. juli 2013 afslag på ansøgning om begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester, da virksomhedens anden hvidvaskforretningsgang stadigvæk var mangelfuld og ikke levede op til hvidvasklovens krav. Bilag er fremlagt af virksomheden.

2. Afgørelsens retlige grundlag

Lov om betalingstjenester og elektroniske penge fastsætter i § 37, stk. 1, nr. 2, at Finanstilsynet kan give en begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester her i landet til en virksomhed, når virksomheden har forretningsgange på alle væsentlige aktivitetsområder.

Lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven) fastsætter i § 1, stk. 1, nr. 7, at udbydere af betalingstjenester er omfattet af hvidvaskloven.

Af hvidvasklovens § 25, stk. 1, fremgår følgende:

”De af loven omfattede virksomheder og personer skal udarbejde tilstrækkelige skriftlige interne regler om kundelegitimation, opmærksomheds-, undersøgelses- samt noteringspligt, indberetning, opbevaring af registreringer, intern kontrol, risikovurdering, risikostyring, ledelseskontrol og kommunikation samt uddannelses- og instruktionsprogrammer for medarbejdere for at forbygge og forhindre hvidvask og terrorfinansiering. Der skal endvidere udarbejdes tilstrækkelige skriftlige interne regler om overholdelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordninger om oplysninger, der skal medsendes om betalinger ved pengeoverførsler, hvor dette er relevant, og forordninger indeholdende regler om finansielle sanktioner mod lande, personer, grupper, juridiske enheder eller organer.”

Af hvidvaskvejlednings kapitel 8.2.0 fremgår følgende:

”Virksomheden skal udarbejde tilstrækkelige skriftlige interne regler på hvidvaskområdet på de i punkt 7 (§ 25) nævnte områder. De interne regler bør tage udgangspunkt i virksomhedens egne forhold, dvs. risikoanalysen af virksomhedens forretningsmodel, kundetyper og produkter m.v. og beskrive, hvad der forstås ved hvidvask og terrorfinansiering, hvordan dette kan tænkes at forekomme netop i denne virksomhed og de krav, som gælder i henhold til hvidvaskloven. De interne regler kan bestå af en samling af dokumenter, der tilsammen udgør de interne regler. Der stilles ikke krav om, at der skal forelægges et samlet dokument, selvom dette ofte vil være anbefalelsesværdigt. Om ”tilstrækkelige” forretningsgange henvises til kapitel 8.5. om risikostyring.

Af hvidvaskvejlednings kapitel 8.5 fremgår følgende:

*”Hvidvasklovens § 25, stk. 1, stiller krav om, at virksomheden har tilstrækkelige skriftlige interne regler bl.a. om ”interne kontrol, risikovurdering, risikostyring, ledelseskontrol og kommunikation”, Risikostyring (”risk management”) er et passende samlet udtryk for disse aktiviteter.
[...]*

Virksomhedens risikostyring på hvidvaskområdet må tage udgangspunkt i virksomhedens forretningsmodel og de risici, som der vurderes at være for, at virksomheden kan blive misbrugt til hvidvask eller finansiering af terrorisme.

Virksomheden bør starte "ovenfra" med at foretage en kvalificeret analyse af, i hvor høj grad dens forretningsmodel og forretningsomfang indebærer en risiko for, at virksomheden kan blive udsat for misbrug i form af hvidvask af midler, der hidrører fra kriminalitet, eller terrorfinansiering.

Risikoanalysen bør baseres på en risikovurdering af virksomhedens kundetyper, produkter, leveringssystemer, dvs. den måde, som virksomheden stiller sine produkter til rådighed for kunderne på (fysisk fremmøde, internet osv.), forretnings- og transaktionsomfang og geografiske risici.

Det er Finanstilsynets vurdering, at følgende faktorer indebærer en højere risiko for hvidvask og terrorfinansiering (eksemplerne er ikke udtømmende), medmindre der er tale om mere ubetydelige transaktioner:

1. Kundeforhold

- Kunder bosiddende i udlandet.*
- Komplicerede konstruktioner/arrangementer bag virksomhedskunder.*
- Generel usikkerhed om, hvorvidt de(n) person, virksomheden har kontakt med, handler på en andens (andres) vegne.*
- Nystiftede selskaber med begrænset ansvar, som hurtigt opnår en meget stor omsætning.*
- Særligt udsatte brancher, herunder pengeoverførselsvirksomheder og valutaveksling.*
- Korrespondentbanker uden for EU/EØS.*

2. Lande og geografiske forhold

- Lande, som ifølge FATF vurderes ikke at have tilstrækkelige foranstaltninger til bekæmpelse af hvidvask og terrorfinansiering.*
- Lande, som er udsat for sanktioner, embargoer eller lignende foranstaltninger vedtaget af f.eks. FN.*
- Lande, som ifølge pålidelige kilder, herunder Transparency International, er vurderet at have højt korruptionsniveau eller anden kriminel aktivitet.*

3. Forhold vedrørende produkter, transaktioner og leveringskanaler

- Private Banking.*
- Distancekunde.*
- Pengeoverførsel og valutavekslingsvirksomhed.*
- Betaling modtaget fra ukendte eller ikke forbundne tredjeparter.*
- Virksomhedens samlede antal transaktioner og/eller transaktionsstørrelser er betydeligt set i forhold til virksomhedens resurser, hvilket vanskeliggør overvågning.*
- Produktet indebærer, at kunden har mulighed for at foretage betydelige indbetalinger, enkeltvis og/eller i alt.*
- Produktet indebærer muligheder for indbetalinger fra tredjemand.*
- Grænseoverskridende transaktioner."*

Lov om betalingstjenester og elektroniske penge fastsætter i § 90, stk. 1, nr. 5, at finanstilsynet kan inddrage en virksomheds tilladelse, hvis virksomheden ikke overholder lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme.

Af hvidvaskvejledningen kapitel 8.1.4 fremgår det:

”For mindre virksomheder med kun en enkelt eller få ansatte, bl.a. udbydere af betalingstjenester og rådgivere (advokater, revisorer, udbydere af tjenesteydelser til virksomheder, skatterådgivere m.fl.), vil det efter omstændighederne være muligt at lempe kravene til forretningsgange og procedurer ud fra en risikovurdering. Se herom i kapitel 8.3.”

Af hvidvaskvejledningen kapitel 8.3 fremgår det:

”Mange af de virksomheder, der er omfattet af kravene i hvidvaskloven, er mindre virksomheder med kun en enkelt eller få ansatte, typisk udbydere af betalingstjenester og rådgivere (advokater, revisorer, udbydere af tjenesteydelser til virksomheder, skatterådgivere m.fl.), hvis kundekreds og produkttyper generelt ikke indebærer høj risiko for hvidvask eller finansiering af terrorisme.

De skriftlige interne regler vil i sagens natur ikke være nær så omfattende i en virksomhed med få ansatte som i en virksomhed med mange ansatte, hvor ansvaret for de risikobegrænsende foranstaltninger er fordelt mellem flere. Uanset at der kun er en enkelt eller få ansatte, skal virksomhedens procedurer på området dog være skrevet ned, og disse procedurer skal være tilstrækkelige til at sikre, at de krav, som gælder for virksomheden og dens ansatte på hvidvaskområdet, overholdes. Virksomhedens risikoanalyse kan være kortfattet og indarbejdes i forretningsgangen.”

Af forvaltningslovens § 7, stk. 1, fremgår følgende:

”En forvaltningsmyndighed skal i fornødent omfang yde vejledning og bistand til personer, der retter henvendelse om spørgsmål inden for myndighedens sagsområde.”

3. Finanstilsynets vurdering

Det fremgår af § 37, stk. 1, nr. 2, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, at Finanstilsynet kan give en begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester, hvis virksomheden har forretningsgange på alle væsentlige områder. Virksomheder som ansøger om en begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester skal i ansøgningsskemaet anføre, hvorvidt virksomheden har forretningsgange på alle væsentlige områder. Dette var ikke udfyldt i virksomhedens ansøgningsskema.

En forretningsgang for overholdelse af hvidvaskloven anses for væsentlig, da udbydere af betalingstjenester kan få inddraget deres tilladelse, hvis de ikke overholder hvidvaskloven, jf. lov om betalingstjenester og elektroniske penge § 90, stk. 1, nr. 5. Pengeoverførselsvirksomhed anses for at indebære en højere risiko for hvidvask og terrorfinansiering, og derfor skal virksomheder som udfører pengeoverførselsvirksomhed have procedurer på plads som sikrer, at virksomheden ikke kan misbruges til hvidvaskning af udbytte eller finansiering af terrorisme.

Da Finanstilsynet den 11. januar 2013 anmoder om at se forretningsgangen for overholdelse af hvidvaskloven, er det ud fra korrespondancen med virksomhedens advokat klart, at en sådan forretningsgang enten ikke er udarbejdet på dette tidspunkt eller er meget utilstrækkelig. Der

spørges i denne forbindelse ikke ind til udformningen af en forretningsgang.

Finanstilsynet anbefaler i sin e-mail af 8. marts 2013, at virksomheden bør se på Finanstilsynets vejledning til hvidvaskloven samt lister op, hvilke mangler der er i forretningsgangen. Finanstilsynet gør endvidere opmærksom på, at forretningsgangen ikke henvender sig til medarbejderne i virksomheden, og er meget overordnet. Finanstilsynet giver således en vejledning i, hvad forretningsgangen har af mangler og henviser til, hvor virksomheden kan finde vejledning til hvidvaskreglerne. Finanstilsynets vejledning til hvidvaskloven er på 131 sider og indeholder en grundig gennemgang af hvidvasklovens regler, herunder et afsnit om skriftlige interne regler (forretningsgange).

Virksomhedens advokat anfører, at Finanstilsynet ikke har ydet vejledning i at udarbejde forretningsgange i virksomheder med få ansatte.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at hvidvaskvejledningen indeholder et afsnit som vedrører generelle krav til mindre virksomheder i kapitel 8.3, hvilket fremgår af indholdsfortegnelsen til vejledningen. Finanstilsynet anser i øvrigt ikke det i mailen af 1. maj 2013 anførte som en efterspørgsel efter en vejledning. Desuden har Finanstilsynet som nævnt gjort opmærksom på, at ansøgningssagen ville blive henlagt, hvis den anden forretningsgang ikke opfyldte kravene i hvidvaskloven. Ved fremsendelse af den anden forretningsgang, vil en sådan efterspørgsel under alle omstændigheder være for sen.

Da virksomheden først afleverer den anden forretningsgang 5 ½ uge efter den oprindelige frist, har virksomheden haft rig mulighed for at stille spørgsmål til Finanstilsynets hvidvaskvejledning inden den anden forretningsgang blev fremsendt.

Finanstilsynet har ikke på noget tidspunkt i forløbet om hvidvaskforretningsgangen modtaget spørgsmål fra virksomheden om, hvordan forretningsgangen skulle udarbejdes.

Afslutningsvis bemærkes, at hvidvaskvejledningens kapitel 4 er en oversigt over reglerne i hvidvaskloven, og at kapitel 8.1.4 omhandler muligheden for at lempe kravene til forretningsgange og procedure ud fra en risikovurdering, hvis virksomheden har få ansatte. En risikovurdering kan dog aldrig føre til, at forretningsgangen ikke indeholder beskrivelse af virksomhedens opfyldelse af kravene i hvidvaskloven. Dertil skal tilføjes, at virksomheden ved udarbejdelse af forretningsgange skal forholde sig til, hvordan hvidvaskreglerne skal efterleves i den pågældende virksomhed. Det fremgår ikke af den anden forretningsgang, at der er foretaget en risikovurdering. Der er emner som er listet op som mangler ved den første forretningsgang, som stadigvæk ikke er behandlet i den anden forretningsgang. Endvidere mangler en del emner at blive uddybet, som også anført i forbindelse med den første forretningsgang.

4. Konklusion

Det er Finanstilsynets opfattelse, at virksomheden har modtaget vejledning i hvad en hvidvaskforretningsgang skal indeholde samt modtaget specifik vejledning i, hvor den første forretningsgang var mangelfuld.

Finanstilsynet oplyste virksomheden i mail af 8. marts 2013, at ansøgning ville blive henlagt, såfremt den anden hvidvaskforretningsgang ikke levede op til hvidvasklovens krav. Finanstilsynet har i perioden frem til fremsendelse af den anden hvidvaskforretning ikke modtaget nogen henvendelse fra virksomheden om hvorledes en forretningsgang skal udarbejdes eller om hvordan hvidvaskvejledning skal forstås.

Finanstilsynet fastholder på denne baggrund afgørelsen af 1. juli 2013.”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af § 37, stk. 1, nr. 2, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, at Finanstilsynet kan give en begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester her i landet til en virksomhed, når virksomheden har forretningsgange på alle væsentlige aktivitetsområder.

Det fremgår af hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 7, at udbydere af betalingstjenester er omfattet af hvidvaskloven. Af § 90, stk. 1, nr. 5, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge fremgår endvidere, at Finanstilsynet kan inddrage en virksomheds tilladelse, hvis virksomheden ikke overholder hvidvaskloven. Ankenævnet tiltræder herefter, at virksomhedens overholdelse af hvidvaskloven er et væsentligt aktivitetsområde.

Erhvervsankenævnet tiltræder tillige, at de forretningsgange, som klager henholdsvis den 7. februar og den 1. maj 2013 indsendte i forbindelse med ansøgningen om begrænset tilladelse til at udbyde betalingstjenester, ikke var i overensstemmelse med de i hvidvasklovens § 25 omhandlede krav til virksomhedens skriftlige interne regler. Ankenævnet har herved lagt vægt på, at heller ikke den senest fremsendte forretningsgang indeholder en sådan risikovurdering, som må anses at kræves i henhold til hvidvasklovens § 25.

Det fremgår af sagen, at klager i marts 2012 indgav en ufyldstgørende ansøgning om begrænset tilladelse til at udføre pengeoverførselsvirksomhed, og at virksom-

heden herefter korresponderede med Finanstilsynet, der den 11. januar 2013 fastsatte frist til den 25. januar 2013 til udfærdigelse af en forretningsgang vedrørende hvidvask. Fristen blev på anmodning fra klagers advokat forlænget til den 1. februar 2013. Efter at klagers advokat den 7. februar 2013 havde fremsendt udkast til forretningsgang, meddelte Finanstilsynet den 8. marts 2013 advokaten, at forretningsgangen var mangelfuld med nøje specifikation heraf og med en anbefaling om, at klager benyttede sig af Finanstilsynets vejledning til hvidvaskloven. Fristen for fremsendelse af ny forretningsgang blev fastsat til den 22. marts 2013. Klagers advokat blev rykket den 11. april 2013 og meddelt fristforlængelse til den 19. april 2013 med oplysning om, at sagen i tilfælde af fristoverskridelse ville blive henlagt. Efter at klagers advokat den 16. april 2013 havde forespurgt, hvorpå sagen beroede, svarede Finanstilsynet med henvisning til den tidligere fremsendte meddelelse af 8. marts 2013. Klagers advokat fremsendte den 1. maj 2013 omarbejdet forretningsgang med oplysning om, at klager var indstillet på at tilpasse forretningsgangen, hvis Finanstilsynets vejledning ikke var opfyldt.

Navnlig under hensyn til, at Finanstilsynet oprindelig meddelte frist for fremsendelse af forretningsgang til den 25. januar 2013, og til, at Finanstilsynet den 8. marts 2013 over for klagers advokat nøje beskrev manglerne i den først fremsendte forretningsgang og henviste til sin vejledning, finder ankenævnet, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Finanstilsynets afgørelse som følge af, at tilsynet ikke har opfyldt sin vejledningspligt.

Ankenævnet tiltræder herefter, at Finanstilsynet har afslået at meddele klager begrænset tilladelse til at udføre pengeoverførselsvirksomhed.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 1. juli 2013.

4.4. FORSIKRINGSFORMIDLINGSLOVEN

16) Kendelse af 4. oktober 2013 (J.nr. 2013-0033525)

Tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling meddelt efter forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.

Forsikringsformidlingslovens § 7, stk. 1, § 9, stk. 2 og § 9, stk. 4.

(Anders Hjulmand, Ingrid Henriksen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 30. januar 2013 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 16. januar 2013 har afslået en ansøgning om tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling efter forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 16. januar 2013 hedder det:

” ...

[Det er] ikke tilstrækkeligt til en dispensation, at du har diverse moduler fra F [forsikringsuddannelsesinstitution] – der skal en afsluttet eksamen til som enten exam assurandør eller anden teoretisk eksamen, som kan sidestilles med en forsikringsmæglereksamen.

Praktisk erfaring erstatter ikke den teoretiske uddannelse.

Alternativt kan du tilmelde dig og bestå mæglermetode og den endelige eksamen som livsforsikringsmægler, og derefter kan du få tilladelse som forsikringsmægler.

...”

I klageskrivelsen af 30. januar 2013 har K anført:

”Anke over Finanstilsynets afslag på dispensationsansøgning som forsikringsmægler (liv)

Sagens baggrund:

Undertegnede har 28.12.2012 søgt Finanstilsynet om godkendelse som forsikringsmægler (liv) ud fra de gældende dispensationsregler i Lov om forsikringsformidling.

Finanstilsynet har 16.1. 2013 givet afslag begrundet med, at det ifølge Finanstilsynet ikke er tilstrækkeligt, at ”du har diverse kurser fra F – der skal en afsluttet eksamen til som enten exam assurandør eller anden teoretisk eksamen, som kan sidestilles med en mæglereksamen. Praktisk erfaring erstatter ikke den teoretiske uddannelse. Alternativt kan du tilmelde dig og bestå mæglermetode og den endelige eksamen som livsforsikringsmægler, og derefter kan du få tilladelse som forsikringsmægler”.

Til brug for Erhvervsankenævnets behandling af sagen vedlægger jeg følgende bilag:

- Ansøgning af 28.12. 2012, som endvidere indeholder mit CV mv.
- Finanstilsynets "fit & proper" godkendelse af undertegnede som direktør for A A/S
- Mail fra F, som giver mig merit for alle de krævede teoretiske kurser
- Finanstilsynets afslag af 16.1. 2013

Anbringender:

I afslaget henviser Finanstilsynet alene til de formelle regler, som er fastsat i henhold til lovens § 9 stk. 1 og 2.

Jeg anker Finanstilsynets afgørelse, idet der efter min opfattelse ikke er foretaget en konkret vurdering af mine samlede forhold til den dispensationsmulighed, der forligger i henhold til Lov om Forsikringsformidling § 9 stk. 4.

Af bemærkningerne til stk. 4 fremgår blandt andet følgende – citat fra Erhvervsankenævnskendelsen af 27. marts 2009 (J. nr. 2008-0016957):

"Stk. 4 viderefører endvidere den gældende mulighed for, at Finanstilsynet kan undtage fra de fastsatte krav til uddannelse. En person kan få tilladelse, såfremt den pågældende har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, der bedømmes at kunne ligestilles med de krav, der i medfør af stk. 2 er fastsat. Finanstilsynets mulighed for at give tilladelse til personer skal ske efter en konkret bedømmelse af personens samlede forhold. Ved afgørelsen vil Finanstilsynet bl.a. lægge vægt på, om ansøgeren ved langvarig ansættelse i flere forskellige forsikringsselskaber og forsikringsmæglervirksomheder eller i andre virksomheder, hvor ansøgeren har arbejdet med forsikring, har haft arbejdsopgaver, som ligger tæt på de arbejdsopgaver, som en forsikringsmægler varetager. Ansøgeren skal således have beskæftiget sig med direkte kundebetjening. Der vil desuden blive lagt vægt på, om ansøgeren har en uddannelsesmæssig baggrund, som har givet denne en tilstrækkelig forsikringsmæssig viden og indsigt".

Jeg har fra F fået merit for de 5 krævede teoretiske kurser: 4.14 mæglerjura, modul 4.15 Personforsikring etablering, 4.22 Personforsikring – ændring og udbetaling, 4.23 Firmapension og 4.27 Den optimerede pensionsløsning.

Jeg mangler derfor kun modulet 4.86 arbejdsmetode specielt for livsforsikringsmægleren samt eksamen. Her mener jeg, at Finanstilsynet ikke har foretaget en samlet vurdering baseret på mit tidligere virke og udelukkende fokuserer på, om jeg har taget det manglende kursus/eksamen.

I bekendtgørelsen om forsikringsformidlers uddannelse fremgår det af bilag 2 (Livsforsikringsmægleruddannelsen), at arbejdsmetode skal indeholde følgende videnelementer:

- Pensionspolitik
- Udbud
- Tilbudssammenligning og indstilling om valg af løsning
- Implementering og service
- Behovsanalyse

Jeg vil her henvide til mit CV, hvor jeg har en afsluttet økonomisk uddannelse som HA fra CBS og dermed en økonomisk baggrund, der gør mig i stand til at vurdere de økonomiske parametre, der indgår i eksempelvis en tilbudssammenligning.

Jeg har siden 1984 udelukkende virket indenfor livsforsikring, herunder også mange år på direktionsniveau og øverst ansvarlig for selskabets rådgivning overfor kunderne.

Jeg har, som det fremgår af mit CV, endvidere selv i længere perioder arbejdet med direkte rådgivning og salg af både privatpension og firmapension. Jeg har været ansvarlig for afdelinger inden for kunderådgivning og direkte salg i B, C og D [pensionsselskaber], og har også stået for implementeringen af ”God Skik” reglerne i salgsorganisationen i C/D. Jeg har ligeledes i flere år været klageansvarlig og dermed vant til at skulle kende de gældende regelsæt, som har betydning for kunderådgivningen.

Herudover har jeg nu siden 3. september 2009 været ”fit og proper” godkendt som direktør for A A/S og har frem til nu deltaget/medvirket i de opgaver selskabet har løst i forbindelse med blandt andet udbud og pensionspolitikker for virksomheder.

Jeg har endvidere i datterselskabet E Aps løst opgaver for ledelsen/direktioner i såvel Pensionsselskaber, Pensionskasser og Pengeinstitutter (f.eks. benchmark af selskabernes produkter og strategisk rådgivning om sammensætning af produktsortiment mv.).

Jeg skal derfor indstille til Erhvervsankenævnet, at Finanstilsynets afgørelse ændres, jf. i øvrigt også Erhvervsankenævnets kendelse af 27. marts 2009 (J. nr. 2008-0016957), og at jeg ud fra en samlet vurdering meddeles tilladelse i medfør Lov om Forsikringsformidling § 9, stk. 4.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 28. februar 2013 udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

Klager søgte ved mail af 28. december 2012 Finanstilsynet om tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling i henhold til lov om forsikringsformidling [jf. lovbekendtgørelse nr. 930 af 18. september 2008.] § 4, stk. 2, som ansat i A A/S. Mailen var tillige vedhæftet en mægleransøg-

ning fra F. Klager anførte i sin mail af 28. december 2012 (bilag A) bl.a. følgende:

"... Vi har nu begge haft omkring 4 års virke med forsikringsmægleropgaver, som vi sammen med vores tidligere virke (se de vedhæftede CV'er) håber berettiger til en godkendelse efter dispensationsreglerne."

Da klager ikke dokumenterede at have bestået livsforsikringsmægleruddannelsen fra F, opfyldte klager efter Finanstilsynets vurdering ikke det krav om teoretisk uddannelse, der udover kravet om praktisk kunnen, følger af lov om forsikringsformidling § 7, stk. 1, nr. 2 og § 9, stk. 2, og som er nærmere udmøntet i bekendtgørelse om forsikringsformidlers uddannelse.

Finanstilsynet fandt desuden ikke, at der var grundlag for at meddele klager tilladelse efter den dispensationsadgang, der følger af lov om forsikringsformidling § 9, stk. 4, hvorefter Finanstilsynet kan meddele dispensation fra kravet om en bestået forsikringsmægleruddannelse.

Finanstilsynet redegjorde i en opklarende telefonsamtale af 14. januar 2013 med klager for betingelserne for at opnå dispensation fra kravet om en bestået forsikringsmæglereksamen.

Finanstilsynet oplyste herunder klager om, at tilsynet havde kontaktet F i mail af 14. januar 2013 for oplysninger om klagers eventuelle forsikringsmæssige uddannelser på F (bilag B).

F oplyste i mail af 14. januar 2013 (bilag C), at

"klager har taget moduler, som ikke svarer til en assurandøreksamen - eller en af de 2 øvrige eksaminer, som vi sidestiller, nemlig FA og FS eksamen."

Kopi af denne mailkorrespondance blev sendt til klager med mail af 14. januar 2013 (bilag D).

Finanstilsynet meddelte samtidig i telefonsamtalen den 14. januar 2013 sin vurdering af, at klagers dispensationsansøgning ikke kunne imødekommes på grund af manglende dokumentation for teoretisk uddannelse som enten livsforsikringsmægler eller anden teoretisk uddannelse, som kunne sidestilles med en forsikringsmægleruddannelse.

Klager oplyste, at han ville kontakte F for nærmere vejledning om supplerende uddannelse, der kunne færdiggøre klagers ikke afsluttede uddannelse som forsikringsmægler. Finanstilsynet skulle afvente klagers undersøgelse.

Klager havde herefter den 15. januar 2013 en mailkorrespondance med F om sagen.

Ved mail af 16. januar 2013 til tilsynet anførte klager bl.a. følgende:

”... Som aftalt har jeg nu vendt dispensationsansøgningen med F, som har meddelt, at han trækker sin ansøgning... For mit eget vedkommende har jeg i går taget kontakt til F – G, som jf. nedenstående to mails nu har givet mig merit for alle krævede faglige kurser – modulerne på mægleruddannelsen: 4.14 mæglerjura, modul 4.15 Pensionsforsikring etablering, 4.22 Personforsikring – ændring og udbetaling, 4.23 Firmapension og 4.27 Den optimerede pensionsløsning.

Det betyder, at jeg opfylder de teoretiske krav i uddannelsesbekendtgørelsen og nu kun mangler et modul 4.86 arbejdsmetode specielt for livsforsikringsmægleren samt eksamen.

Med de nye meritoplysninger mener jeg derfor, jeg opfylder kravet for at blive omfattet af dispensationsmulighederne (§9 stk. 4, se endvidere erhvervsankenævnskendelse af 27. marts 2009 J.nr. 2008-0016975), idet jeg med hensyn til kravene om praktisk erfaring og arbejdsmetode kan henvise til mit tidligere fremsendte CV, hvor jeg selv i en årrække i B/H har arbejdet direkte med både salg og rådgivning af privatpension og firmapension. Jeg har tilsvarende været ansvarlig for kunderådgivning og direkte salg i C og stået for implementering af God Skik reglerne i salgsorganisationen i C/D.

Herudover har jeg nu haft knap 4 års virke som direktør for A A/S, hvor jeg løbende har fulgt og deltaget i selskabets mæglerarbejdsopgaver...”

Tilsynet anførte ved mail af samme dato til klager bl.a.:

”... Som vi talte om den 14. 1 2013, så er det ikke tilstrækkeligt til en dispensation, at du har diverse moduler fra F – der skal en afsluttet eksamen til som enten exam assurandør eller anden teoretisk eksamen, som kan sidestilles med en forsikringsmæglereksamen.

Praktisk erfaring erstatter ikke den teoretiske uddannelse.

Alternativt kan du tilmelde dig og bestå mæglermetode og den endelige eksamen som livsforsikringsmægler, og derefter kan du få tilladelse som forsikringsmægler.”

Klager oplyste følgende i mail af 21. januar 2013 (bilag E) til Finanstilsynet:

”... På baggrund af Finanstilsynets afslag af 16. januar 2013 på min dispensationsansøgning som livmægler, har jeg jf. nedenstående nu tilmeldt mig det sidste af de kurser, jeg mangler udover eksamen.

Jeg forventer dog samtidig at indbringe Finanstilsynets afslag for Erhvervsankenævnet.”

...

2. Retligt grundlag

Det følger af § 4 i lov om forsikringsformidling, at virksomheder og ansatte, der udøver forsikringsmæglervirksomhed, skal have tilladelse her til af Finanstilsynet.

Af lov om forsikringsformidling §§ 7-9 fremgår, hvilke krav der skal være opfyldt, for at man kan opnå tilladelse til at udøve forsikringsmægling, herunder krav om uddannelse. Kravene om uddannelse gælder også for personer, der som klager er partner i en forsikringsmæglervirksomhed, når partneren skal udøve aktivitet som forsikringsmægler.

Finanstilsynet har, jf. ovenfor, med hjemmel i lov om forsikringsformidling § 9, stk. 1 og 2, udstedt bekendtgørelse om forsikringsformidlers uddannelse (uddannelsesbekendtgørelsen), der nærmere definerer, hvilke krav der stilles til forsikringsmæglers teoretiske uddannelse og praktiske kunnen.

Af lov om forsikringsformidling § 9, stk. 4, følger en dispensationsadgang, hvorefter Finanstilsynet kan meddele en ansøger tilladelse som forsikringsmægler, uagtet at personen ikke opfylder de uddannelsesmæssige krav, der er fastsat i medfør af § 9, stk. 1 og 2.

Af bemærkningerne til § 9, stk. 4, fremgår blandt andet følgende:

Stk. 4 viderefører endvidere den gældende mulighed for, at Finanstilsynet kan undtage fra de fastsatte krav til uddannelse. En person kan få tilladelse, såfremt den pågældende har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, der bedømmes at kunne ligestilles med de krav, der i medfør af stk. 2 er fastsat. Finanstilsynets mulighed for at give tilladelse til personer skal ske efter en konkret bedømmelse af personens samlede forhold.

Ved afgørelsen vil Finanstilsynet bl.a. lægge vægt på, om personen vil kunne varetage sit hverv over for kunden på betryggende vis. I vurderingen vil blandt andet indgå, om ansøgeren ved langvarig ansættelse i flere forskellige forsikringselskaber og forsikringsmæglervirksomheder eller i andre virksomheder, hvor ansøgeren har arbejdet med forsikring, har haft arbejdsopgaver, som ligger tæt op ad de arbejdsopgaver, som en forsikringsmægler varetager. Ansøgeren skal således have beskæftiget sig med direkte kundebehandling.

Der vil desuden blive lagt vægt på, om ansøgeren har en uddannelsesmæssig baggrund, som har givet denne en tilstrækkelig forsikringsmæssig viden og indsigt. I uddannelsen som eksamineret erhvervsassurandør ligger eksempelvis en del moduler, som er fælles med modulerne på en egentlig uddannelse som forsikringsmægler, og denne uddannelse kan derfor i det konkrete tilfælde give

grundlag for dispensation, hvis de øvrige forudsætninger er opfyldt.

Der kan også være blive tale om dispensation, hvis personen har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, som modsvarer de krav, der stilles til forsikringsmæglers uddannelse. Det kunne være en advokat eller revisor, som ønsker tilladelse til at udøve forsikringsmæglervirksomhed, og som kan dokumentere, at den pågældende gennem praktisk erfaring og relevant efteruddannelse må antages at være på et uddannelsesniveau, der kan sidestilles med det, der kræves efter forsikringsmægleruddannelsen.

3. Erhvervsankenævnets kendelser af 27. marts 2009 og 7. november 2012

Erhvervsankenævnet afsagde i 2009 kendelser i to sager [Der henvises til Erhvervsankenævnets journalnumre 2009-0016956 og 2009-0016957.], hvor klagerne af Finanstilsynet var blevet meddelt afslag på deres ansøgninger om tilladelser som forsikringsmæglere. Finanstilsynet vurderede i begge tilfælde, at ansøgerne ikke opfyldte kravene til at kunne blive meddelt dispensation i henhold til § 9, stk. 4, i lov om forsikringsformidling.

I de to sager fandt Erhvervsankenævnet:

”efter en konkret bedømmelse af klagernes samlede forhold, at disse kan ligestilles med de krav, der er fastsat i medfør af lovens § 9, stk. 2, og at klagerne derfor bør gives tilladelse til at være forsikringsmægler, jf. forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4”.

Finanstilsynet har som konsekvens af de afsagte kendelser fra Erhvervsankenævnet efterfølgende revurderet den hidtidige dispensationspraksis, og fulgt de retningslinjer, der kan udledes af ovennævnte ankenævnsafgørelser.

Det fremgår af ankenævnets to kendelser ovenfor, at der skal foreligge en situation, hvor ansøgers ”anden relevante” teoretiske uddannelse f. eks. i form af en cand. jur. eksamen eller assurandøreksamen er suppleret med en langvarig ansættelse i forsikrings – og forsikringsmæglerbranchen, hvor de specifikke forsikringstekniske kompetencer og forsikringsmægling i praksis, erhverves.

I en ny afgørelse fra 7. november 2012, hvor klager af Finanstilsynet var blevet meddelt afslag på ansøgning om tilladelse som forsikringsmægler, lagde ankenævnet til grund, at klager ”har endog betydelige praktiske færdigheder som forsikringsmægler”. Ankenævnet fandt, at klager uanset dette imidlertid ikke kan ”anses for at have sådanne uddannelsesmæssige færdigheder med deraf tilstrækkelig forsikringsmæssig viden og indsigt, at hun efter en konkret bedømmelse af hendes samlede forhold kan meddeles tilladelse til at være forsikringsmægler i medfør af forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.”

Det fremgår af den seneste kendelse, at ankenævnet stadfæster Finanstilsynets afslag på dispensation, når ansøger ikke har en anden relevant uddannelse, der kan sidestilles med en teoretisk forsikringsmægleruddannelse, og at ankenævnet er enig med Finanstilsynet i, at selv langvarig praktisk erfaring inden for forsikringsmægling ikke erstatter den krævede teoretiske uddannelse.

4. Finanstilsynets vurdering og bemærkninger til klagers anbringender

I relation til klagers anbringende i relation til lov om forsikringsformidling § 9, stk. 2, bemærkes:

Vedrørende klagers ansøgning af 28. december 2012 indhentede Finanstilsynet også i denne sag en udtalelse fra F. Forespørgslen angik, hvilke kurser og moduler klager måtte have gennemgået og bestået i relation til uddannelsen som forsikringsmægler/assurandør.

F oplyste i mail af 14. januar 2013, at ”klager har taget moduler, som ikke svarer til en assurandøreksamen - eller en af de 2 øvrige eksaminer, som vi sidestiller, nemlig FA og FS eksamen”. Kopi af denne mailkorrespondance blev som ovenfor nævnt sendt til klager.

I relation til lov om forsikringsformidling § 9, stk. 4, bemærkes:

Klager har bl.a. oplyst, at han siden 3. september 2009 har været administrerende direktør for A A/S og har deltaget i den daglige løbende rådgivning af såvel privatkunder som firmapensionskunder nu på 4. år.

En langvarig ansættelse i en forsikringsmæglervirksomhed, herunder som direktør, kan ikke erstatte klagers manglende teoretiske uddannelse, jf. de ovenfor citerede bemærkninger til § 9, stk. 4, i lov om forsikringsformidling.

...”

I skrivelse af 27. marts 2013 har K yderligere anført:

” ...

Praktisk erfaring

Af Finanstilsynets svar af 28. februar 2013 anfægtes min praktiske erfaring ikke på noget sted, snarere tvært imod.

Som det fremgår flere steder i Finanstilsynets sagsfremstilling af 28. februar til Erhvervsankenævnet, fx side 7 første afsnit og den efterfølgende konklusion, er det udelukkende kravene til forsikringsmægleres uddannelsesmæssige baggrund, som man ikke mener, jeg lever op til. Der er derimod ikke rejst tvivl om min praktiske erfaring.

Jeg tillader mig derfor at slutte, at Finanstilsynet ikke anfægter min praktiske erfaring men udelukkende min teoretiske uddannelse og færdigheder.

Teoretisk Uddannelse

Finanstilsynet henholder sig i sit svar af 28. februar 2013 til Finanstilsynets egen indledende henvendelse til F jf. Finanstilsynets svar side 6, punkt 4, 2. afsnit.

Finanstilsynet konstaterer, at jeg ikke har taget Fs forsikringsmægleruddannelse – eller moduler på Fs uddannelser, der svarer til forsikringsmægleruddannelsen.

Denne konstatering turde vel siges at være overflødig, idet jeg i min henvendelse til Finanstilsynet har søgt dispensation for den manglende uddannelse som forsikringsmægler.

Som anført selv af Finanstilsynets andragende af 28. februar side 5 afsnit 2 om lovgrundlaget, tilsigter dispensationsreglerne IKKE en bedømmelse af, om man har bestået de krævede kurser på F.

Derimod anføres det, at anden teoretisk eller praktisk uddannelse kan danne baggrund for en dispensation. Som eksempler anføres revisor eller advokat med tilhørende relevant efteruddannelse og praktisk erfaring.

I mit tilfælde er min teoretiske baggrund min uddannelse og eksamen i økonomi på CBS, hvor jeg har taget en HA, og hvor jeg bortset fra hovedopgaven ligeledes har taget en Cand. Merc. uddannelse.

Finanstilsynet har på intet tidspunkt bestridt (eller forholdt sig til) denne uddannelsesmæssige baggrund, som modsvarer advokat/revisor baggrund.

På baggrund af min teoretiske, økonomiske uddannelse, har jeg opnået ansættelse i livsforsikringsselskaber, og der i praksis beskæftiget mig med det fagområde, der undervises i på F (se endvidere mit CV bilagt sagen).

Som det formuleres i det af Finanstilsynet angivne lovgrundlag om dispensationsmuligheder: "hvor ansøger har arbejdet med forsikring, har haft arbejdsopgaver, som ligger tæt op af de arbejdsopgaver, som en forsikringsmægler varetager. Ansøger skal således have beskæftiget sig med direkte kundebetjening".

Som nævnt ovenfor bestrider Finanstilsynet på intet tidspunkt min praktiske erfaring, herunder at den lever op til de krav, der stilles i lovgrundlaget, for at give dispensation.

Udover en anden uddannelsesmæssig baggrund (min er økonom), arbejde med forsikring, nævner lovgrundlaget 'relevant efteruddannelse' som en baggrund for at give dispensation fra Fs forsikringsmægleruddannelse.

I mit tilfælde andrager min efteruddannelse, som blev betalt af min arbejdsgiver, en række moduler på F, som stort set (men ikke helt) svarer til forsikringsmægleruddannelsen. **Alene min efteruddannelse svarer altså næsten til en forsikringsmægleruddannelse.** F har, som det fremgår af sagens bilag, efter Finanstilsynets første henvendelse efterfølgende givet mig fuld

merit for alle de krævede kurser i forsikringsmægleruddannelsen, bortset fra et enkelt arbejdsmetode modul.

Jeg må derfor slutte, at jeg ifølge F opfylder alle de nødvendige og krævede teoretiske færdigheder i mægleruddannelsen.

Afsluttende bemærkninger

Som ovenfor dokumenteret, har jeg som nævnt en anden relevant videregående uddannelse, som anført i lovgrundlaget (eksemplificeret ved advokat/revisor), på hvilken baggrund jeg har haft mit livslange virke indenfor livsforsikring.

I denne forbindelse har jeg, som nævnt i lovgrundlaget, også haft arbejdsopgaver, som kan sidestilles med forsikringsmægling – ikke mindst de sidste 4 år som direktør for et forsikringsmæglerfirma. Som relevant efteruddannelse har jeg langt de fleste moduler, som på F kræves til eksamen som forsikringsmægler.

Finanstilsynet har i sin sagsfremstilling fremhævet, at min efteruddannelse IKKE er identisk med forsikringsmægleruddannelsen, hvilket må siges at være irrelevant, eftersom jeg har søgt dispensation for min manglende eksamen som forsikringsmægler.

Finanstilsynet har ikke vurderet, om min samlede anden videregående uddannelse, praktiske erfaring samt relevante efteruddannelse i sin helhed kan siges at danne baggrund for en dispensation, idet man udelukkende har konstateret, at min efteruddannelse formelt set alene ikke svarer til uddannelsen som forsikringsmægler.

Finanstilsynet anfører i sit materiale en afgørelse fra ankenævnet af 7. november 2012, af uddraget fremgår dog alene, at ansøgeren har 'praktisk erfaring', ikke at den pågældende har en akademisk uddannelse, eller en passende efteruddannelse. Det må derfor formodes, at sagen af 7. november 2012 ikke er relevant for min sag.

Kendelserne af 27. marts 2009 har ført til en dispensation ud fra ansøgenes samlede forhold, og jeg vil anføre denne kendelse som værende mere relevant, idet Finanstilsynet i mit tilfælde udelukkende har forholdt sig til elementet efteruddannelse, der naturligvis ikke svarer til en eksamen, idet jeg i dette tilfælde ikke ville have behov for en dispensation.

Jeg skal derfor på den baggrund indstille til Erhvervsankenævnet, at Finanstilsynets afgørelse ændres.”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til forsikringsformidlingslovens § 7, stk. 1, nr. 2, er Finanstilsynets tilladelse til at udøve forsikringsmæglervirksomhed betinget af, at ansøger opfylder de fastsatte krav til teoretisk uddannelse og praktisk kunnen vedrørende forsik-

ringsmæglervirksomhed, jf. lovens § 9, stk. 2. Af samme lovs § 9, stk. 4, fremgår imidlertid, at Finanstilsynet kan give tilladelse til at være forsikringsmægler til personer, uanset at disse ikke opfylder betingelserne i lovens § 9, stk. 2.

Af bemærkningerne til § 9, stk. 4, (lovforslag L 141 2003/2004) fremgår blandt andet:

”Stk. 4 viderefører endvidere den gældende mulighed for, at Finanstilsynet kan undtage fra de fastsatte krav til uddannelse. En person kan få tilladelse, såfremt den pågældende har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, der bedømmes at kunne ligestilles med de krav, der i medfør af stk. 2 er fastsat. Finanstilsynets mulighed for at give tilladelse til personer skal ske efter en konkret bedømmelse af personens samlede forhold. Ved afgørelsen vil Finanstilsynet bl.a. lægge vægt på, om personen vil kunne varetage sit hverv over for kunden på betryggende vis. I vurderingen vil blandt andet indgå, om ansøgeren ved langvarig ansættelse i flere forskellige forsikringssselskaber og forsikringsmæglervirksomheder eller i andre virksomheder, hvor ansøgeren har arbejdet med forsikring, har haft arbejdsopgaver, som ligger tæt op ad de arbejdsopgaver, som en forsikringsmægler varetager. Ansøgeren skal således have beskæftiget sig med direkte kundebetjening. Der vil desuden blive lagt vægt på, om ansøgeren har en uddannelsesmæssig baggrund, som har givet denne en tilstrækkelig forsikringsmæssig viden og indsigt. I uddannelsen som eksamineret erhvervsassurandør ligger eksempelvis en del moduler, som er fælles med modulerne på en egentlig uddannelse som forsikringsmægler, og denne uddannelse kan derfor i det konkrete tilfælde give grundlag for dispensation, hvis de øvrige forudsætninger er opfyldt.

Der kan også blive tale om dispensation, hvis personen har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, som modsvarer de krav, der stilles til forsikringsmægleres uddannelse. Det kunne være en advokat eller revisor, som ønsker tilladelse til at udøve forsikringsmæglervirksomhed, og som kan dokumentere, at den pågældende gennem praktisk erfaring og relevant efteruddannelse må antages at være på et uddannelsesniveau, der kan sidestilles med det, der kræves efter forsikringsmægleruddannelsen.”

Det er om Ks teoretiske og praktiske baggrund blandt andet oplyst, at han siden 1984 har været ansat i forsikringsbranchen, herunder fra 1994 til 2001 som administrerende direktør i A, fra 2001 til 2008 som underdirektør i C/D Pension og siden 2009 som administrerende direktør i A A/S. Han har - bortset fra hovedopgaven - gennemført en uddannelse til cand.merc., og han er meddelt merit for den største del af de moduler, der udgør forsikringsmægleruddannelsen. Erhvervsankenævnet finder efter en konkret bedømmelse af Ks samlede forhold, at disse kan ligestilles med de krav, der er fastsat i medfør af forsikringsformidlingslovens §

9, stk. 2, og at han herefter bør gives tilladelse til at være forsikringsmægler, jf. lovens § 9, stk. 4.

Ankenævnet ændrer derfor Finanstilsynets afgørelse af 16. januar 2013.

4.5. LOV OM TILSYN MED FIRMAPENSIONSKASSER

17) Kendelse af 16. april 2013 (J.nr. 2012-0032924).

Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Lov om tilsyn med firmapensionskasser §§ 54 og 66 a samt offentlighedslovens §§ 4 og 14.

(Niels Bolt Jørgensen, Elisabeth Stamer og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 17. oktober 2012 har K1 og K2 på vegne af medlemmerne i Pensionskassen for A og Pensionsafviklingskassen for funktionærer i B klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 21. september 2012 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets behandling af den påtænkte overdragelse af samtlige aktiver og passiver, herunder pensionstilsagn, i pensionskasserne til en udenlandsk livsforsikringsvirksomhed samt Finanstilsynets tilsyn med og eventuelle godkendelse af ændringer i pensionskassernes vedtægter og pensionsregulativ.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 21. september 2012 hedder det:

” ...

Afgørelse

Finanstilsynet finder, at De hverken i henhold til forvaltningsloven eller offentlighedsloven er berettiget til aktindsigt i det anførte materiale.

Begrundelse

Det fremgår af § 66 b i lov om tilsyn med firmapensionskasser, at som part i forholdet til Finanstilsynet anses som udgangspunkt alene den pensionskasse, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet vedrører.

Da De ikke er part i sagen, har De ikke krav på aktindsigt i henhold til forvaltningsloven.

Ifølge § 14, 1. pkt., i offentlighedsloven er forholdet til tavshedspligt følgende:

"Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv."

Efter § 66 a, stk. 1, 1. pkt., i lov om tilsyn med firmapensionskasser, er Finanstilsynets ansatte forpligtigede til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

§ 66 a, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser svarer til § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Det fremgår af bemærkningerne til § 354 i lov om finansiel virksomhed, at "Som følge af den særlige tavshedspligt, der pålægges Finanstilsynet i bestemmelsen, er adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager begrænset i henhold til § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen."

Finanstilsynet er således pålagt en skærpet tavshedspligt i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed.

Finanstilsynet finder derfor, at De heller ikke har ret til aktindsigt efter offentlighedsloven, jf. § 14 i denne lov.

Det bemærkes endeligt, at Finanstilsynet som udgangspunkt ikke fører kontrol med og godkender eventuelle ændringer i en firmapensionskasses vedtægter og pensionsregulativ.
...”

I klagen af 17. oktober 2012 har K1 og K2 anført:

”Klage over finanstilsynets afslag på Aktindsigt, jf. bilag

Begrundelse for ønsket om aktindsigt

- Vi er måske ikke part i juridisk forstand, men det er vores (medlemmernes) interesser der er på spil
- Afgørelse om eksternalisering har således indflydelse på vores pensionssituation
- Den kommende ”forringelseserklæring” til Finanstilsynet giver ikke mening idet den tager afsæt i helt nye vedtægter, der stemmes hjem samtidig med afstemningen om eksternalisering
- Tavshedspligten vedrører kun fortrolige oplysninger. Vi ønsker ikke oplysninger om de enkelte medlemmer eller Bs økonomi, men alene om vilkårene hvorunder eksternaliseringen skal ske.
- Reglerne om tavshedspligt i offentlighedsloven begrænser kun retten til aktindsigt i det omfang det er nødvendigt, og medfører derfor ikke – efter vor opfattelse – totalt udelukkelse af retten til aktindsigt.

Vi håber vores klage tages til efterretning
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 22. november 2012 udtalt:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

Offentlighedslovens § 4, stk. 1, har følgende ordlyd:

”§ 4, stk. 1. Enhver kan med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v.”

Af offentlighedslovens § 14, stk. 1, fremgår følgende:

”§ 14, stk. 1. Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv. Det gælder ikke, for så vidt angår den almindelige tavshedspligt efter straffeloven, forvaltningsloven og tjenestemandslvgivningen.”

En ”særlig bestemmelse om tavshedspligt”, jf. offentlighedsloven § 14, stk. 1, 1. pkt., er indeholdt i lov om tilsyn med firmapensionskasser § 66 a, hvoraf følgende fremgår om tavshedspligten for ansatte i Finanstilsynet:

”§ 66 a, stk. 1. Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Det samme gælder personer, der udfører serviceopgaver som led i Finanstilsynets drift, og eksperter, der handler på tilsynets vegne. Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets ophør.”

Bestemmelserne i lov om tilsyn med firmapensionskasser § 66 a, stk. 2-12, præciserer og modificerer tavshedspligten fastsat i § 66 a, stk. 1.

§ 66 a, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser er sammenfaldende med § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

I bemærkningerne til lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 7, nr. 3) til ændring af § 66 a i lov om tilsyn med firmapensionskasser henvises til bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Heraf fremgår blandt andet:

...

Efter forvaltningslovens § 9 gælder en udvidet adgang til at opnå aktindsigt i forhold til offentlighedslovens regler. Aktindsigt i henhold til § 9 i forvaltningsloven er efter bestemmelsens stk. 1 begrænset til parter. Hvem der i en sag omfattes af lov om tilsyn med firmapensionskasser an-

ses for part i forholdet til Finanstilsynet er fastlagt i lov om tilsyn med firmapensionskasser § 66 b. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”§ 66 b, stk. 1. Som part i forholdet til Finanstilsynet anses alene den pensionskasse, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet vedrører, jf. dog stk. 2 og 3.

Stk.2. I nedenstående tilfælde anses en anden end pensionskassen tillige som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende:

1) Den, der overtræder lovens påbud om, at løfter om pensionstilsagn skal afdækkes enten i et forsikringselskab eller en pensionskasse, jf. § 1, § 2, stk. 1, og § 4.

2) En virksomhed, som ansøger om tilladelse til at drive pensionskasevirksomhed, jf. § 10, stk. 1.

3) Revisor i en pensionskasse, når Finanstilsynet afskediger eller påbyder denne at give oplysninger om pensionskassens forhold, samt i sager vedrørende forbuddet mod, at en revisor har lån mv. i den pensionskasse, som revisor reviderer, jf. § 52, stk. 1, samt i sager, hvor de valgte revisorer eller den ansvarshavende aktuar ikke har opfyldt deres oplysningsforpligtelse over for Finanstilsynet, jf. § 52, stk. 1, samt § 26, stk. 4, 1. pkt.

Stk.3. Som part anses i øvrigt et bestyrelsesmedlem, en revisor, en direktør, den ansvarshavende aktuar, en likvidator eller andre ledende medarbejdere i en pensionskasse, hvis Finanstilsynets påtale eller påbud i medfør af loven eller dennes forskrifter er rettet direkte mod pågældende.”

Finanstilsynets tilsyn med overdragelse af pensionstilsagn følger af § 54 i lov om tilsyn med firmapensionskasser, der lyder:

”Stk. 1. En pensionskasse må ikke uden Finanstilsynets tilladelse overdrage alle eller en del af pensionstilsagnene til et forsikringselskab eller til en anden pensionskasse. Tilsvarende gælder, hvis pensionstilsagn overdrages sammen med pensionskassens øvrige aktiver og passiver eller en del heraf. § 35, stk. 1, finder tilsvarende anvendelse.

Stk.2. I forbindelse med en overdragelse må der i pensionskassens pensionsvilkår kun foretages sådanne ændringer, herunder forandring af bonusregler, som af Finanstilsynet skønnes at være en nødvendig følge af overdragelsen.

Stk.3. Forinden Finanstilsynet giver tilladelse til en overdragelse, skal pensionskassen til hvert enkelt medlem og andre pensionsberettigede, der omfattes af overdragelsen, fremsende en af tilsynet godkendt redegørelse for den påtænkte overdragelse. Redegørelsen skal beskrive overdragelsen og dens konsekvenser for med-

lemmerne og skal opfordre medlemmerne til skriftligt at meddele tilsynet indsigelser imod overdragelsen inden for en af Finanstilsynet fastsat frist.

Stk.4. Efter udløbet af den i stk. 3 nævnte frist træffer Finanstilsynet under hensyntagen til de fremsatte indsigelser beslutning om, hvorvidt pensionstilsagnene kan overdrages i overensstemmelse med det fremsatte forslag. Overdragelsen kan ikke påberåbes som grundlag for at hæve pensionsaftalen.

Stk.5. Såfremt samtlige pensionskassens aktiver og passiver overdrages til et forsikringsselskab eller til en anden pensionskasse, foretager Finanstilsynet af egen drift anmeldelse til Erhvervs- og Sel-skabsstyrelsen om pensionskassens opløsning.”

3. Finanstilsynets vurdering

Udover Bilag 1 og Bilag 2 indgår også K1s klage til Erhvervsankenævnet af 17. oktober 2012 (Bilag 3) i Finanstilsynets vurdering af sagen.

Det følger af § 66 b, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser, at som part i forholdet til Finanstilsynet anses alene den pensionskasse, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet vedrører, medmindre en af undtagelserne i § 66 b, stk. 2 eller 3, finder anvendelse.

Det er ubestridt, at K1 repræsenterer medlemmerne i Pensionskassen for A og Pensionsafviklingskassen for funktionærer i B.

Finanstilsynet finder derfor, at K1s anmodning om aktindsigt efter § 9 i forvaltningsloven ikke kan imødekommes, da hverken han eller medlemmerne af pensionskasserne har partsstatus efter hoved-reglen i § 66 b, stk. 1, eller undtagelserne i § 66 b, stk. 2 og 3, i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Det er Finanstilsynets vurdering, at § 66 a efter sin ordlyd og i medfør af lovforarbejderne, hvorefter bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 7, nr. 3) til ændring af § 66 a i lov om tilsyn med firmapensionskasser henviser til bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, skal fortolkes i overensstemmelse med § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Følgelig er offentlighedens adgang i medfør af § 4 i offentlighedsloven til indsigt i Finanstilsynets virksomhed begrænset af Finanstilsynets forpligtelse til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, tilsynet har modtaget som led i dets tilsynsvirksomhed, herunder tilsyn med firmapensionskasser i medfør af lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Oplysninger om vilkårene for de påtænkte overdragelser af samtlige aktiver og passiver, herunder pensionstilsagn, i firmapensionskasserne, som Finanstilsynet har modtaget fra firmapensionskasserne, er modtaget i

forbindelse med Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, jf. § 54 i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

De modtagne oplysninger er efter Finanstilsynets vurdering endvidere fortlørlige, da de vedrører de kommercielle vilkår for overdragelsen og ikke er offentligt tilgængelige.

Finanstilsynet finder derfor, at K1s anmodning om aktindsigt efter § 4, stk. 1 i offentlighedsloven ikke kan imødekommes, da Finanstilsynet er forpligtet til at hemmeligholde oplysningerne, jf. § 14, stk. 1, 1.pkt., i offentlighedsloven sammenholdt med § 66 a, stk. 1, 1.pkt., i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Det bemærkes, at hvert enkelt medlem og andre pensionsberettigede i pensionskasserne vil modtage en af Finanstilsynet godkendt redegørelse om den påtænkte overdragelse fra pensionskasserne i overensstemmelse med § 54, stk. 3, i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Redegørelsen vil beskrive overdragelsen og dens konsekvenser for medlemmerne og vil give medlemmerne mulighed for at meddele Finanstilsynet indsigelser imod overdragelsen. Det er under hensyntagen til disse indsigelser, at Finanstilsynet træffer afgørelse om godkendelse eller afvisning af de påtænkte overdragelser.

...”

Ved skrivelse af 21. december 2012 er klagerne fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

1. Aktindsigt efter forvaltningsloven

I henhold til forvaltningslovens § 9, stk. 1, kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. Det anføres i § 9, stk. 2, at bestemmelser om tavshedspligt for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv, ikke begrænser den anførte pligt til at give aktindsigt.

Det fremgår af § 66 b, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser, at som part i forhold til Finanstilsynet anses alene den pensionskasse, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet vedrører, jf. dog stk. 2 og 3, hvorefter andre end pensionskassen i visse tilfælde tillige anses som part i Finanstilsynets afgørelse for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Da medlemmerne af pensionskasserne er ikke omfattet af undtagelsesbestemmelserne i lovens § 66 b, stk. 2 og 3, og således ikke er part i forhold til Finanstilsynet, har disse ikke aktindsigt i medfør af forvaltningsloven.

2. Aktindsigt efter offentlighedsloven

Ifølge offentlighedslovens § 4 kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Pligten til at meddele oplysninger er, jf. lovens § 14, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

I henhold til § 66 a i lov om tilsyn med firmapensionskasser har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. I bemærkningerne til lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 7, nr. 3) til ændring af § 66 a i lov om tilsyn med firmapensionskasser henvises til bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, hvoraf fremgår blandt andet:

”Det foreslås, at bestemmelsens ordlyd præciseres, således at det udtrykkeligt fremgår, at den udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed.

Formålet hermed er at gøre det tydeligere, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin reguleringsvirksomhed og sin informationsvirksomhed ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Ændringen indebærer, at det tydeliggøres, at fortrolighed i relation til disse dele af Finanstilsynets virksomhed alene skal vurderes i forhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

Stk. 1 indeholder hovedreglen om Finanstilsynets tavshedspligt. Efter bestemmelsen i stk. 1 må Finanstilsynets ansatte, personale, som udfører serviceopgaver for Finanstilsynet samt eksperter ansat af Finanstilsynet ikke videregive de fortrolige oplysninger, som modtages i forbindelse med tilsynsvirksomheden. Tavshedspligten omfatter også oplysninger, som Finanstilsynet modtager fra udenlandske myndigheder. De finansielle direktiver indeholder også regler om tavshedspligt.

Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervs-kunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold. Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

...

Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiell virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige. Oplysninger, som efter deres karakter er offentlige, f.eks. regnskaber og fondsbørsmeddelelser, er ikke omfattet af tavshedspligten. Tilsvarende gælder oprindeligt fortrolige oplysninger, som uden om tilsynet er blevet offentliggjort af andre kanaler i en grad, at det er blevet almindeligt kendt.

Ved oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige, forstås oplysninger, der ikke direkte relaterer sig til enkelte kunders eller virksomheders forhold. Det drejer sig bl.a. om oplysninger om økonomiske eller forretningsmæssige forhold for personer og selskaber, som ikke er kunder i egentlig forstand, men som f.eks. kautionerer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheds kunder eller på anden vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.

Begrebet »tilsynsvirksomhed« skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 21 om tilsyn i lov om finansiell virksomhed. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 344, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, samt undersøgelser efter § 346 er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed ikke omfattet. Udstedelse af bekendtgørelser med hjemmel i loven er ikke omfattet af tilsynsvirksomheden, ligesom udarbejdelse af årsberetningen er en del af informationsvirksomheden til trods for, at det følger af § 353 i tilsynskapitlet, at Finanstilsynet skal afgive en årlig beretning.

Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænses af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen. Det er dog udelukkende adgangen til aktindsigt efter offentlighedsloven, der er begrænset. Parters rettigheder herunder adgang til aktindsigt skal afgøres efter forvaltningsloven. Afgørelse af hvem der er part i forhold til Finanstilsynet, træffes efter lov om finansiell virksomhed § 355.

...”

Erhvervsankenævnet lægger til grund, at oplysningerne om vilkårene for de påtænkte overdragelser af samtlige aktiver og passiver, herunder pensionstilsagn, i firmapensionskasserne, som Finanstilsynet har modtaget fra firmapensionskasserne, er modtaget i forbindelse med Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, jf. § 54 i lov

om tilsyn med firmapensionskasser. Det lægges endvidere til grund, at oplysningerne vedrører de kommercielle vilkår for overdragelserne og ikke er offentligt tilgængelige.

Erhvervsankenævnet finder på denne baggrund, at de af klagerne ønskede oplysninger er fortrolige og dermed omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. lov om tilsyn med firmapensionskasser § 66 a. Det tiltrædes herefter, at klagerne heller ikke efter reglerne i offentlighedsloven har krav på aktindsigt som begæret.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 21. september 2012.

4.6. SELSKABSLOVEN

18) Kendelse af 8. januar 2013 (J.nr. 2012-0031985)

Vurderingsberetning ikke fremlagt for anpartshavere, hvorfor anmeldelse om registrering af omdannelse af anpartsselskab til aktieselskab afslået.

Selskabslovens §§ 36-38 samt § 319.

(Lise Høgh, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 25. maj 2012 har advokat A klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 2. maj 2012 har afslået at registrere en anmeldelse om omdannelse af K ApS til B A/S.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 11. juli 2012 udtalt:

”...

Den 4. april 2012 modtog Erhvervsstyrelsen anmeldelse, generalforsamlingsreferat vedrørende selskabets ordinære generalforsamling den 26. marts, vedtægter samt årsrapport for 2011.

Af anmeldelsen fremgår bl.a., at K ApS omdannes til B A/S, samt at selskabskapitalen forhøjes med kr. 375.000 ved udstedelse af fondsandele.

Med anmeldelsen fulgte ikke den i selskabsloven krævede vurderingsberetning, ligesom generalforsamlingsreferatet ikke indeholdt oplysningen om, at vurderingsberetningen var fremlagt til godkendelse af kapitalejerne, jf. selskabslovens § 319, jf. §§ 36 – 38.

På denne baggrund nægtede styrelsen efter fast administrativ praksis, at registrere omdannelsen af anpartsselskabet til aktieselskab, da manglende iagttagelse af selskabslovens krav om udarbejdelse af vurderingsberetning anses for så væsentlig en mangel, at registrering nægtes.

Til støtte for klagen anfører A, at det følger af selskabslovens § 156, stk. 2, modsætningsvist, at der i det omhandlede tilfælde ikke er krav om vurderingsberetning.

Styrelsen er ikke enig i dette, idet § 156, stk. 2 vedrører kravet om fremlæggelse af de i bestemmelsen nævnte dokumenter i forbindelse med forslag om kapitalforhøjelse på en ekstraordinær generalforsamling, dvs. fremlæggelse af den senest godkendte årsrapport, en beretning fra selskabets centrale ledelsesorgan samt revisorerklæring om ledelsens beretning.

Hvis der er tale om forslag om kapitalforhøjelse på en ordinær generalforsamling, skal de i § 156 stk. 2, nævnte dokumenter ikke fremlægges.

Det fremgår tillige af § 156, stk. 3, at stk. 1 og 2 i enighed kan fraviges af aktionærene.

Selskabslovens § 156 vedrører således ikke kravet om udarbejdelsen af vurderingsberetning i forbindelse med et anpartsselskabs omdannelse til aktieselskab.

Sagens retlige omstændigheder

Kravet om udarbejdelse af vurderingsberetning i forbindelse et anparts-selskabs omdannelse til aktieselskab fremgår af selskabslovens § 319, jf. §§ 36-38, hvor kravene til vurderingsberetning fremgår. Det fremgår således udtrykkeligt af § 319, stk. 1, 2 pkt., at anpartshaverne skal, inden der træffes beslutning om omdannelsen, gøres bekendt med en vurderingsberetning. Der er i den forbindelse henvist til selskabslovens § 156, der som nævnt ovenfor efter styrelsens opfattelse endvidere intet har at gøre med kravet om udarbejdelse af vurderingsberetning som led i en omdannelse.

Hvis kravene i selskabslovens § 38 er opfyldt, kan udarbejdelse af vurderingsberetning konkret undlades. Til gengæld skal der indsendes ledelseserklæring, som opfylder kravet i selskabslovens § 38, stk. 2. Der skal endvidere udarbejdes og indsendes en omdannelsesbalance, og dette gælder, uanset om der er udarbejdet en vurderingsberetning, eller om denne med hjemmel i § 38 er erstattet med en ledelsesredegørelse. § 38 indeholder således alene en undtagelse til § 36, stk.1, og denne bestemmelses stk. 2 og 3 finder således anvendelse i disse tilfælde.

Som anført oven for nægtes registreringen efter fast administrativ praksis, når vurderingsberetning ikke er indsendt, og det heller ikke fremgår af generalforsamlingsreferatet, at denne var fremlagt på generalforsamlingen for kapitalejerne.

Til støtte herfor henvises til Selskabsloven med kommentarer af Lars Bunch og Ida Rosenberg til selskabslovens § 319, p 997.

Hvis erklæring i henhold til selskabslovens § 38, stk. 2, og omdannelsesbalance havde været fremsendt i stedet for vurderingsberetning, havde styrelsen i forbindelse med sagsbehandlingen foretaget en vurdering af, om kravene i § 38, stk. 2 var opfyldt.

På denne baggrund fastholder styrelsen den i brev herfra af 2. maj 2012 skete registreringsnægtelse.

...”

I skrivelse af 31. juli 2012 har advokat A anført:

”... [Jeg har] ved opgavens udførelse støttet mig til materiale, som findes på et elektronisk oversigts- og opslagsværk, der markedsføres af Karnov

Group Denmark A/S. Jeg vedlægger udskrifter af det relevante materiale som følger:

- Lynguide
- Tjekliste
- Formularer til generalforsamlings referat
- Formular til brev til Erhvervsstyrelsen
- Kildehenvisninger

Som det fremgår, forudsætter materialet, at der ikke skal tilvejebringes en (særskilt) vurderingsberetning, når omdannelsen sker på den ordinære generalforsamling, efter at årsrapporten er godkendt og en nødvendig kapitalforhøjelse sker ved udstedelse af fondsandele.

...

Det fremgår af selskabslovens § 319, at anpartshavere inden der træffes beslutning om omdannelsen, skal gøres bekendt med en vurderingsberetning, der udarbejdes efter §§ 36 – 38.

Ifølge selskabslovens § 38, stk. 1 gælder kravet om udarbejdelse af en vurderingsberetning ikke ved indskud af aktiver, som individuelt målt og præsenteret i et regnskab for det forudgående regnskabsår.

Det som ”indskydes” ved den omhandlende omdannelse er kr. 375.000 af de frie reserver (overført overskud) på i alt kr. 403.741,-

Jeg gør gældende, at dette aktiv er at anses for individuelt målt og præsenteret i årsrapporten for 2011, og at det således følger af § 38, at der ikke i dette tilfælde er krav om fremlæggelse af en særlig udarbejdet vurderingsberetning.

Jeg gør endvidere gældende, at den fremlagte, og kort forinden godkendte årsrapport i øvrigt (og i sagens natur) opfylder kravene i Selskabslovens § 36.

Årsrapporten indeholder ikke en ”angivelse af det vederlag, som er fastsat for overtagelsen og en erklæring om, at den ansatte økonomiske værdi mindst svarer til det aftalte vederlag, herunder den eventuelle pålydende værdi af de kapitalandele, der skal udstedes, med tillæg af en eventuel overkurs.”

§ 36 omhandler situationer, hvor der *i forbindelse med stiftelsen* af et selskab indskydes andre værdier end kontanter.

Jeg gør gældende, at § 319, i overensstemmelse med hvad der ofte udtrykkeligt er angivet i tilsvarende henvisningsbestemmelser, skal forstås således, at §§ 36 – 38 finder anvendelse i det omfang, det er meningsfuldt.

Da kapitalforhøjelsen sker ved udstedelsen af fondsandele, og der således ikke erlægges noget vederlag i den forstand, som der sigtes til i § 36, er § 36, stk. 1, nr. 3) og nr. 4.) uanvendelige.

Men i øvrigt tilgodeser årsrapporten kravene til en vurderingsberetning, hvorved bemærkes, at omdannelsen sker pr. 1. januar 2012. Balancen pr. 31. december 2011 er således lig åbningsbalancen i det omdannede selskab.

...

Efter min opfattelse fremgår det fuldstændig klart af min korrespondance med professor Werlauff, at der i min klients tilfælde ikke skal fremlægges en vurderingsberetning.

...”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 22. august 2012 heroverfor bemærket:

”... Det [er] ifølge selskabsloven § 319, jf. §§ 36 – 38, ... et krav ved omdannelse af et anpartsselskab til aktieselskab, at der skal udarbejdes en vurderingsberetning med omdannelsesbalance. Hvis kravene i selskabslovens § 38 er opfyldt, kan der som erstatning indsendes en ledelseserklæring, som opfylder kravene i selskabslovens § 38, stk. 2, og der skal endvidere udarbejdes og indsendes en omdannelsesbalance.

Den senest godkendte årsrapport kan således hverken erstatte eller vurderingsberetningen eller ledelsesredegørelsen med tilhørende omdannelsesbalance.

Betingelserne for at undlade at udarbejde vurderingsberetning i henhold til selskabslovens § 38, stk. 1, ses i øvrigt ikke at være opfyldt, idet det er et krav, at aktiverne er individuelt målt og præsenteres i et årsregnskab eller koncernregnskab til dagsværdi, hvilket i øvrigt også gælder forpligtelserne.

Det fremgår ikke af lovteksten, at aktiverne skal være optaget til dagsværdi, men dette må indfortolkes i overensstemmelse med bemærkningerne til selskabslovens § 38, stk. 1, og bestemmelsen i 2. selskabsdirektiv som bestemmelsen bygger på.

Der henvises til selskabets årsrapport for 2011, hvoraf fremgår, at selskabets revisor under anvendt regnskabspraksis anfører, at aktiver og forpligtelser er målt til kostpris og ikke til dagsværdi, hvorfor betingelsen for at anvende selskabslovens § 38, stk. 1 ikke er opfyldt.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

I forbindelse med omdannelse af et anpartsselskab til et aktieselskab skal anpartshaverne, inden der træffes beslutning om omdannelsen, ifølge selskabslovens §

319 gøres bekendt med en vurderingsberetning, der udarbejdes efter lovens §§ 36-38.

Med anmeldelsen om omdannelse af K ApS til B A/S fulgte ikke en vurderingsberetning, og referatet vedrørende generalforsamlingen den 26. marts 2012, hvor beslutningen om omdannelsen blev truffet, indeholdt ikke oplysning om, at vurderingsberetningen var fremlagt til godkendelse af kapitalejerne.

Herefter, og idet undtagelsesbestemmelsen i selskabslovens § 38 ikke kan anses at finde anvendelse i den foreliggende situation, ligesom den senest godkendte årsrapport for anpartsselskabet ikke kan træde i stedet for en vurderingsberetning i henhold til selskabslovens § 36, tiltræder ankenævnet Erhvervsstyrelsens nægtelse af at registrere omdannelsen.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 2. maj 2012.

19) Kendelse af 11. januar 2013 (J.nr. 2012-0026414)

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

Selskabslovens § 210, stk. 1.

(Carsten Møllekilde, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 23. december 2011 har statsautoriseret revisor A på vegne af K ApS klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 28. november 2011 har påbudt selskabet at søge et lån ydet i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, inddrevet straks og dokumentere dette over for styrelsen.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 28. november 2011 hedder det:

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

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 24. juni 2011 modtaget selskabets årsrapport for 2010. Årsrapporten er udtaget til kontrol, jf. årsregnskabslovens § 159.

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

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

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

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

Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010

Det fremgår ikke af årsrapporten, hvornår lånet er ydet.

Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010, finder de dagældende regler om ulovlige udlån til anpartshaverer/ledelsesmedlemmer i anpartsselskabslovens § 49 anvendelse for perioden indtil den 1. marts 2010. Disse regler svarer indholdsmæssigt til de nye regler i selskabslovens § 210, stk. 1, og § 215, stk. 1 og 2.

Anmodning om dokumentation

Senest 6 uger fra dags dato bedes du indsende:

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

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

Hvis styrelsen ikke modtager ovennævnte dokumentation, vil du som medlem af selskabets ledelse blive pålagt tvangsbøder, indtil dokumenta-

tionen er modtaget i styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 162, stk. 1, og selskabslovens § 366, stk. 2.

Fristen på de 6 uger kan ikke forlænges yderligere.

...

Afslutning

Henset til beløbets størrelse oversendes sagen til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet med henblik på, om der bør rejses tiltale mod selskabets ledelse for overtrædelse af selskabslovens § 210, stk. 1, jf. samme lovs § 367, stk. 1, og eventuelt anpartsselskabslovens § 49, stk. 1, jf. samme lovs § 80, stk. 1 og 2.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal oplyse, at kontrollen af årsrapporten ikke kan anses for at være udtømmende.”

I klageskrivelsen af 23. december 2011 har statsautoriseret revisor A anført:

” ...

Vi kan ... oplyse, at hovedanpartshaveren har solgt sin private ejendom til selskabet. På baggrund af en forsinkelse i byggeriet på sin nye bolig, blev overtagelsen udskudt. I årsrapporten for 2010 har vi som revisorer valgt et forsigtighedshensyn og angive, at mellemregningen var i strid med Selskabslovens § 210.

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 25. april 2012 udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der pr. 1. januar 2012 er blevet til en del af Erhvervsstyrelsen, modtog den 23. juni 2011 årsrapporten for 2010 for selskabet K ApS – CVR-nr. ...

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

Ved en gennemgang af årsrapporten konstaterede styrelsen, at der var ydet et lån på kr. 7.716 t.kr., i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, til selskabets kapitalejere, hvilket også fremgår af revisors påtegning, jf. erklæringsbekendtgørelsens § 7.

I brev af 28. november 2011 pålagde styrelsen selskabets ledelse at få bragt det ulovlige forhold til ophør og søge lånet inklusiv lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette overfor styrelsen indenfor 6 uger. I brevet orienteredes selskabets ledelse om, at sagen, henset til beløbets størrelse, ville blive oversendt til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet med henblik på, om der bør rejses tiltale mod sel-

skabets ledelse for overtrædelse af selskabslovens § 210, stk. 1, jf. samme lovs § 367, stk. 1.

Da styrelsen ikke den 7. februar 2012 havde modtaget dokumentation for tilbagebetaling af lånet, pålagde styrelsen ledelsen tvangsbøder for de følgende 4 uger på kr. 2.000,- for hver påbegyndt uge, indtil dokumentationen modtages.

Den 19. marts 2012 pålagde styrelsen ledelsen yderligere tvangsbøder, da der fortsat ikke var modtaget dokumentation for tilbagebetaling af lånet. Samtidig blev ledelsen informeret om, at såfremt der ikke var modtaget dokumentation indenfor de følgende 4 uger, ville der blive pålagt yderligere tvangsbøder på kr. 5.000 pr. ledelsesmedlem pr. uge.

Ledelsen blev ligeledes informeret om, at såfremt tvangsbøderne ikke blev betalt, vil styrelsen uden yderligere varsel anmode SKAT Inddrivelsescenter om at inddrive disse.

Styrelsen har dags dato endnu ikke modtaget dokumentation for tilbagebetaling af lånet.

Sagens retlige omstændigheder

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

Det fremgår af selskabslovens § 215, stk. 1, at udbetalinger fra selskabet, der er foretaget i forbindelse med dispositioner i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, skal tilbageføres tillige med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., med mindre højere rente er aftalt.

I henhold til selskabslovens § 215, stk. 2, indestår de, der har truffet eller opretholdt dispositionerne i strid selskabslovens § 210, stk. 1, for sel-

skabets tab, såfremt tilbagebetaling eller ophør af sikkerhedsstillelse ikke kan finde sted.

Styrelsens udtalelse

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

Det fremgår af de supplerende oplysninger i revisionspåtegningen i årsrapporten for 2010, at selskabet i strid med selskabsloven har ydet lån til direktøren.

Styrelsen anmodede derfor i brev af 28. november 2011 om erklæring fra selskabets ledelse og revisor om, at lånet med tillæg af lovpligtige renter var tilbagebetalt. Da erklæringen ikke var modtaget indenfor den fastsatte frist, pålagde styrelsen ledelsen tvangsbøder i breve af 7. februar 2012 og 19. marts 2012.

Det forhold, at det ulovlige kapitalejrlån er opstået i forbindelse med hovedanpartshaverens salg af privat ejendom til selskabet, ændrer ikke ved styrelsens opfattelse af, at der er tale om et lån i strid med selskabslovens § 210.

...”

I skrivelse af 13. juni 2012 har statsautoriseret revisor A anført:

” ...

På baggrund af sagens udvikling, er det vores opfattelse, at alle sagens forhold bør belyses.

Det skal bemærkes, at der af ejeren af selskabet er foretaget en a’conto udlodning efter reglerne om ekstraordinær udlodning i alt kr. 5.000.000 i regnskabsåret for 2010.

I forbindelse med aflæggelsen af årsrapporten for 2010, bliver vi opmærksomme på, at denne udlodning ikke er rapporteret til SKAT. Derfor aftales det, at vi skal se bort fra denne udlodning på kr. 5.000.000. Derimod skal udlodningen forøges til kr. 7.720.000, som et ordinært udbytte.

Såfremt det vedtagne ekstraordinære udbytte på kr. 5.000.000 anses for gennemført trods den manglende indberetning til SKAT, er det alene overdragelsen af ejendommen ..., der skal overvejes.

Det skal bemærkes, at forholdet omkring det ekstraordinære udbytte blev beskrevet i ledelsesberetningen side 5 i årsrapporten for 2010.

Den samlede mellemregning pr. 31. december 2010 kan inkl. overdragelsen af ... [ejendom] opgøres således:

Årets hævnings m.m.	- 7.283.193
Renter i år 2010	- 433.438
	<hr/>
	- 7.716.631

A'conto udbytte for regnskabsåret 2010 (ej medtaget i årsrapporten)	<u>5.000.000</u>
Hævninger efter udbytte	- 2.716.631
Overdragelse af ejendom i år 2010	<u>9.500.000</u>
	<u>6.783.369</u>

Vi kan oplyse, at ejendommen er tinglyst til selskabet efter regnskabs-
årets afslutning.

Vi kan derudover oplyse, at det ekstraordinære udbytte på kr. 5.000.000 blandt andet skulle dække indfrielsen af realkreditlånet i ... [ejendom], som blev indfriet den 31. marts 2010 med kr. 3.123.975.

I forbindelse med aflæggelsen af årsrapporten for 2010, som blev underskrevet af os den 25. maj 2011, havde vi bedt om en bekræftelse fra en ejendomsmægler af værdiansættelsen. Denne vurdering forelå først den 1. juni 2011.

Efter vor opfattelse, var der to praktiske problemstillinger ved overdragelsen:

1. Tinglysningen var ikke gennemført den 31. december 2010.
2. Der forelå ingen vurdering fra mægler, eller anden ekstern vurdering af ejendommen.

Efter vores opfattelse, ville den mest praktiske løsning være, at betragte ejendomshandlen som værende en forudbetaling, indtil tinglysningen var gennemført og vi havde en ekstern bekræftelse på værdisætningen af ejendommen.

Der er vedlagt kopi af overdragelsesaftalen af 1. august 2010.

Det skal i øvrigt bemærkes, at ejendommen på overdragelsestidspunktet ikke er behæftet med nogen gæld i ejendommen. Da gælden i ejendommen, som en del af handlen blev indfriet den 31. marts 2010.

I forbindelse med aflæggelsen af årsrapporten for 2010, var vi usikre på, om investeringen skulle betragtes som værende et ulovligt anpartshaverlån, eller en lovlig forudbetaling, idet der ikke var sket en tinglysning. På baggrund af vores usikkerhed, har vi valgt at afgive en supplerende oplysning.

Baggrunden for vore overvejelser var, om transaktionen mellem B og selskabet havde karakter af en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Det skal bemærkes, at K ApS fungerer som investeringsselskab. Vi kan oplyse, at selskabet har følgende investeringer (t.kr.):

Dattervirksomheder, herunder ejendomsselskab	5.700
Mellemregning, tilknyttede virksomheder	12.271
Udlån til tredje- mand/ejendomsselskab	10.763
Ejendommen ... (forudbetaling)	7.716
Børsnoterede værdipapirer	13.027
Likvide beholdninger	<u>45.411</u>
Samlede aktiver i alt	<u>94.888</u>

Efter vores opfattelse var forudbetalingen foretaget i selskabets interesse, som et afkast af en investering.

I forbindelse med vore overvejelser om dispositionen er legitim og ikke strider imod anpartshaverlånsforbuddet, indgik nedenstående overvejelser:

- 1) Har selskabet en selvstændig forretningsmæssig interesse i, at der bliver ydet lån eller garanti til det pågældende formål, eller har anpartshaveren og selskabet en fælles interesse deri?
- 2) Er vilkårene for dispositionen fastsat ud fra almindelige markedsvilkår, og ligger det fast, at dispositionen ikke krænker andre anpartshavere eller selskabets kreditorer?
- 3) Er vilkårene fastsat efter sædvanlige forretningsmæssige principper, og er dispositionen et led i selskabets forretninger?
- 4) Må dispositionen forventes at indebære klare fordele for selskabet, eller er den nødvendig for at opretholde status quo?
- 5) Ville selskabet også have foretaget dispositionerne, hvis det ikke havde været under disse anpartshaveres indflydelse?
- 6) Tages der fornødent hensyn til selskabets interesser i tilfælde af lånets misligholdelse, herunder en forsvarlig afvikling af selskabets mellemværende med anpartshaveren, og bliver lånet afviklet på sædvanlig måde, så selskabets risiko ikke forlænges unødvendigt?

Konklusion på ovennævnte områder:

- 1) Har selskabet haft en selvstændig forretningsmæssig interesse i, at der bliver betalt forud for selve tinglysningen.

Vi kan oplyse, at selskabet i år 2010 havde kontant omkring 40 mio. kr., hvilket gav en rente i størrelsen t.kr. 233.

Selskabet havde i realiteten udbetalt kr. 2.283.193 efter udlodning af ekstraordinært udbytte på kr. 5.000.000.

Årets hævnings m.m. i år 2010	7.283.193
Ekstraordinært udbytte	<u>5.000.000</u>
	<u>2.283.193</u>
Rente	<u>433.438</u>

Ovennævnte rente oversteg langt, hvad 40 mio. kr. i banken havde givet af afkast. Derfor må det antages, at selskabet havde en interesse i forudbetalingen vedrørende ejendomshandlen.

Såfremt det ekstraordinære udbytte ikke anses for gennemført, er det fortsat en væsentlig rente i forhold til alternativet.

2) Almindelige markedsmæssige vilkår

Efter vores opfattelse, udtrykker ejendomsmæglerens vurdering, at der er tale om en korrekt prisfastsættelse. Der er vedlagt kopi af ejendomsmæglerens vurdering.

Det særlige er forudbetalingen, hvor anpartshaverens formue er af en størrelsesorden, således at lånet kunne opnås i banken. I dette tilfælde, vil selskabet fortsætte med en væsentlig lavere rente end i det tilfælde, at selskabet foretog en forudbetaling i ejendomshandlen.

Indfrielsen af forudbetalingen på ejendomshandlen vil blive foretaget ved tinglysning.

Det skal bemærkes, at såfremt man anser forudbetalingen på ejendomshandlen som et ulovligt aktionærlån, skal man efter vores opfattelse anerkende a'conto udlodningen på kr. 5.000.000.

3) Sædvanlige forretningsmæssige principper

De har overdraget en ejendom til markedsværdi med en forudbetaling i stedet for sikkerhedsstillelse i banken, som vil have de samme omkostninger for selskabet.

Selskabet har i 2010 og 2011 deltaget i finansieringen af 18 ejendomme i København, som alle er finansieret af K ApS. Den ene ejendom er i 2011 solgt, hvorfor der netto med udgangen af 2011 er finansieret 18 ejendomme.

Endvidere har K ApS i 2012 overtaget en ejendom i Storkøbenhavn samt industriejendom i Jylland.

4) Fordele for selskabet

I en ejendomshandel, skal købet normalt stille sikkerhed for overdragelsessummen. Dette vil normalt være en bank, der stiller denne garanti, hvilket vil andrage 1% af købesummen, som K ApS skulle betale til banken.

I denne sag, har selskabet allerede på aftaletidspunktet stillet midlerne til rådighed mod en rente.

5) Dispositionen

K ApS har et samlet udlån i den købte ejendom ... på følgende:

Mellemregning, tilknyttede virksomheder

12.271

Udlån til tredje- mand/ejendomsselskab	<u>10.763</u>
	<u>23.034</u>

Som det fremgår af ovennævnte, har selskabet andre investeringer af lignende karakter.

6) Afvikling/misligholdelse

Det kan oplyses, at selskabet alene skulle foretage en tinglysning af en ejendom uden gæld. På baggrund af forsinkelse i byggeprojekt på deres private ejendom flyttede de først den 1. oktober 2011. Vi vedlægger kopi af vores skrivelse af 13. september 2011 til SKAT, hvor vi beder om fritagelse for ejendomsværdiskat.

Det kan oplyses, at ... [ejendommen] fortsat er i selskabets besiddelse og udlejes til tredjemand.

Der er vores påstand:

1. At man skal anerkende det vedtagne ekstraordinære udbytte på kr. 5.000.000 trods manglende indberetning til SKAT.

2. At man skal anerkende forudbetalingen på ejendomshandlen.

...”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 6. juli 2012 bemærket:

”...

Klager anfører, at styrelsen skal:

- 1) anerkende det i 2010 vedtagne ekstraordinære udbytte på kr. 5.000.000 trods manglende indberetning til SKAT
- 2) anerkende forudbetalingen på ejendomshandlen

Ad 1) Ekstraordinært udbytte

Det fremgår af klagers bemærkninger, at der i 2010 er foretaget et ekstraordinært udbytte på kr. 5.000.000. Da udlodningen ikke blev rapporteret til SKAT, blev det aftalt, at der skulle ses bort fra denne udlodning, og udlodningen fremgår derfor ikke af årsregnskabet for 2010.

Forholdet vedrørende det ekstraordinære udbytte er beskrevet i ledelsesberetningen i årsrapporten for 2010, som et lån med anpartshaver, og statsautoriseret revisor A har i sin påtegning afgivet en supplerende oplysning om, at der er ydet lån til direktøren i strid med selskabsloven.

Styrelsen bemærker, at selskabets ledelse ved aflæggelsen af årsrapporten for 2010 ikke har opfattet udbetalingen til selskabets direktør (anpartshaver) som et ekstraordinært udbytte, men derimod som et lån til direktøren. Denne opfattelse deles af revisor, jf. revisors erklæring i års-

rapporten. Denne opfattelse er bekræftet af anpartshaver ved generalforsamlingens vedtagelse af årsrapporten.

Det fremgår endvidere af årsrapporten for 2011, at der ved udgangen af 2010 var et tilgodehavende hos selskabets direktør på i alt ca. 7,7 mio. kr. Selskabets ledelse, revisor og anpartshaver har således igen bekræftet, at der var tale om et udlån.

For at der kunne være tale om et lovligt ekstraordinært udbytte, skulle selskabslovgivningens krav hertil være opfyldt, ligesom udbetalingen naturligvis skulle præsenteres som en udbyttebetaling i årsrapporten. Når selskabets ledelse, revisor og anpartshaver gennem årsrapporten bekræfter, at der er tale om et udlån, må regnskabsbrugerne kunne lægge dette til grund og antage, at dette er en beskrivelse af faktum, og at anpartshaveren er enig i de oplysninger, der fremgår heraf.

Styrelsen har ikke vurderet, om tilbageførselen af udbyttet er udtryk for en annullering eller et tilskud fra anpartshaver til selskabet, da dette efter vores opfattelse er uden betydning for vurderingen af sagen. Det væsentlige er, at selskabets direktør og anpartshaver ved udarbejdelsen af årsrapporten har lagt til grund, at den udbetaling han har modtaget, ikke er en udbetaling af udbytte, men et lån, og at det ekstraordinære udbytte er tilbageført.

Det er således styrelsens opfattelse, at udbetalingen ikke er udtryk for et ekstraordinært udbytte, men et lån til anpartshaver. Udlånet er i strid med selskabslovens § 210.

Ad 2) Ejendomshandel

Vedrørende ejendomshandlen har klager anført, at transaktionen skulle anses som en forudbetaling, og at den i øvrigt havde karakter af sædvanlig forretningsmæssig disposition, og at den derfor ikke er i strid med selskabslovens § 210, jf. samme lovs § 212.

Styrelsen bemærker i den forbindelse, at købesummen ifølge overdragelsesaftalen betales på aftaletidspunktet, den 1. august 2010, mens ejendommen først overdrages på en ikke fastsat dato i fremtiden, nemlig når ejendommen på ... [adresse] er færdigrenoveret. Det er nu oplyst, at ejendommen blev færdigrenoveret den 1. oktober 2011.

Styrelsen bemærker, at transaktionen vedrørende ejendomshandlen ikke fremgår som en forudbetaling for ejendomme ifølge årsregnskabet for 2010 eller årsregnskabet for 2011. Hvis der var tale om en forudbetaling, skulle dette have fremgået af balancen i årsregnskabet. Beløbet skulle have været præsenteret under materielle anlægsaktiver i balancen, jf. årsregnskabslovens § 23 og bilag 2 til årsregnskabsloven.

Det forhold, at beløbet i årsrapporten er beskrevet som et lån til anpartshaver og ikke som en forudbetaling, betyder ikke i sig selv, at der er tale om et ulovligt forhold. Det indikerer dog, hvordan ledelse, revisor og anpartshavere har opfattet forholdet ved regnskabsaflæggelsen.

Det er desuden styrelsens opfattelse, at det ikke er godtgjort, at det er sædvanligt, at forudbetale en ejendom – helt eller delvist - med et usikkert overtagelsestidspunkt. Hvis klager kunne godtgøre, at ejendomme normalt handles på tilsvarende vilkår mellem uafhængige parter, ville situationen være anderledes.

Styrelsen har i denne forbindelse også noteret sig, at der er tale om forudbetaling og ikke den sædvanlige deponering hos advokat m.v. til sikkerhed. Ved deponering frigøres beløbet først til sælger ved handelens gennemførelse.

Det er således styrelsens opfattelse, at ”forudbetalingen” på ejendoms-handlen er et lån i strid med selskabslovens § 210.

...”

I skrivelse af 30. august 2012 har statsautoriseret revisor A bemærket:

” ...

Vedrørende udbytte havde man ikke indsendt oplysningerne til SKAT, hvorfor vores forslag af praktiske årsager var, at lave indberetningen i forbindelse med godkendelsen af årsrapporten for 2010. Derfor blev det indarbejdet i årsrapporten for 2010, hvor der blev afsat kr. 7.720.000 i forbindelse med aflæggelsen, hvoraf de kr. 5.000.000 vedrørte det ekstraordinære udbytte.

Angående selskabets ejendomshandel er det vores opfattelse, at man ville stille sikkerhed ved en ejendomshandel. Såfremt selskabet skulle stille en sikkerhed til B ville det koste en provision på 1,0 % for selskabet til banken. Da selskabet på indestående i ... [pengeinstitut] har fået 0,5 % i rente var denne transaktion en forbedring af selskabets indtjening. Det skal yderligere bemærkes, at en del af betalingen fra selskabet blev anvendt til indfrielse af prioritetslånet i ejendommen.

Dette betyder, at efter indfrielsen var der ingen gæld i ejendommen. Det skal endvidere bemærkes, at B ikke har nogen anden gæld. Derfor har selskabet ikke haft nogen risiko.

Sikkerhedsstillelse i en ejendomshandel anvendes typisk til sikkerhed mod andre kreditorer hos sælger. Da B har et indgående kendskab til sin egen finansielle situation vil det ikke give nogen mening med en sikkerhedsstillelse, idet det ikke har nogen reel betydning. Da der ikke er nogen kreditorer hos B privat.

Det skal bemærkes, at situationen ikke er så unormal for selskabet. Dette skyldes, at selskabet allerede i dag har finansierede 12 mio. kr. til køb af ejendomme uden sikkerhed i ejendommene. Denne post er benævnt - Mellemregning, tilknyttede virksomheder kr. 12.271.406. Det kan oplyses, at der er tale om ejendomsselskab, hvor K ejer 50 % og står for finansieringen af alle ejendoms-køb.”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 6. september 2012 bemærket:

” ...

Styrelsen anser fortsat udbetalingen til anpartshaver, som et lån til anpartshaver, som det også fremgår af vores bemærkninger af 6. juli 2012. Dette er bekræftet af revisor, ledelse og anpartshaver ved godkendelse af årsrapporten. Hvis det, der er gengivet i regnskabet, er forkert og bevidst, kan der være tale om regnskabsmanipulation. Hvis revisor har tilskyndet til en sådan bevidst manipulation, finder lovgivningens straffebestemmelser anvendelse.

Styrelsen anser ikke oplysningerne om virksomhedens fordele ved handlen i forhold til sikkerhedsstillelse, som havende betydning for, hvorvidt der er tale om et ulovligt udlån. Styrelsen finder fortsat ikke, at selskabet har kunnet sandsynliggøre, at der er tale om normal fremgangsmåde ved handel med ejendomme mellem uafhængige parter.

Styrelsen mener ikke, at ejendomshandlen kan betragtes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition efter selskabslovens § 212. En sådan disposition er netop kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager samme type dispositioner med uafhængige parter. Det forhold, at selskabet har finansieret ejendomskøb for tilknyttede virksomheder, taler således ikke for, at der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition, da tilknyttede virksomheder ikke kan anses om værende uafhængige parter.”

I skrivelse af 5. oktober 2012 har statsautoriseret revisor A heroverfor bemærket:

” ...

Efter min opfattelse er bemærkningerne af ... [styrelsesmedarbejder] rammende for de overvejelser jeg havde som revisor.

Da vi skulle godkende regnskabet var jeg nervøs for, at en placering som forudbetaling med den daværende aftale kunne tolkes som regnskabsmanipulation. Derfor var det mit krav, at posten skulle placeres som anpartshaverlån, således at der ikke kunne opstå misforståelser eller kritik af vores arbejde i det tilfælde transaktionen blev vurderet anderledes. Derfor skulle regnskabet efter min opfattelse være en ”worst case”-situation, således at alle kunne se det særlige forhold.

Angående ejendomskøb har K ApS i år 2011 erhvervet en ejendom i Rødovre. Vi kan endvidere oplyse, at K ApS har erhvervet en industriejendom i Horsens af et konkursbo. I dette tilfælde blev aktierne i C ApS under konkurs overtaget for 1 kr., mens der er overført 6 mio. kr. til kurator til indfrielse af alle gældsposterne. Det skal bemærkes, at K ApS, lig sin egen handel, heller ikke har fået sikkerhed for betalingen. Såfremt der er behov for en bekræftelse, kan vi fremskaffe dette fra kurator i konkursboet.

Vedrørende det sidste afsnit omkring sædvanlige dispositioner og uafhængighed bygger denne antagen måske på en fejlfortolkning. Derfor har jeg nedenfor beskrevet transaktionerne vedrørende køb af ejendomme via underliggende ejendomsselskab.

Ejendomsselskabet køber en ejendom fra tredjemand eller på tvangsauktion. Da ejendomsselskabet ikke har nogen lånerammer finansieres købet 100 % af K ApS uden pant i de pågældende ejendomme. K ApS ejer alene ejendomsselskabet med 50 %, mens en D ejer de andre 50 %. D er den som i dagligdagen står for det praktiske, såsom udarbejdelse af lejekontrakter og istandsættelse af lejlighederne.

Efter min opfattelse er handlen med egen ejendom ikke særlig i forhold til, hvad K ApS gør i dag. Det kan oplyses, at de samlede investeringer K ApS har i dag direkte eller indirekte andrager 30 mio. kr.”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 1, må et kapitalselskab ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet. Undtagelse gøres i henhold til lovens § 212, hvor lån m.v. ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Videre fremgår det af selskabslovens § 215, stk. 1, at udbetalinger fra selskabet, der er foretaget i forbindelse med dispositioner i strid med 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, herunder navnlig revisors påtegning og ledelsens beretning i årsrapporten for 2010, at K ApS' mellemregning med anpartshaver på 7.716.637 kr. måtte anses som et lån fra selskabet til anpartshaver i strid med selskabslovens § 210.

Ankenævnet kan således ikke lægge til grund, at ejeren af selskabet har foretaget en a conto udlodning i 2010 efter reglerne om ekstraordinær udlodning på 5.000.000 kr. Nævnet har blandt andet lagt vægt på, at udlodningen ikke er indarbejdet i selskabets årsrapport for 2010, og at der ikke er modtaget dokumentation for den selskabsretlige gennemførelse af udlodningen men at det tværtimod angik-

ves i ledelsesberetningen, at de endelige dokumenter aldrig blev udarbejdet, hvorfor der i stedet gennemføres en ordinær udlodning for 2010.

Ankenævnet finder endvidere ikke, at mellemregningen kan anses som en forudbetaling fra selskabet til anpartshaver i forbindelse med handlen vedrørende den faste ejendom ... Nævnet har blandt andet lagt vægt på, at forudbetalingen ikke fremgår af selskabets årsrapport for 2010, herunder af balancen i årsregnskabet.

For så vidt angår spørgsmålet, om mellemregningen i forbindelse med ejendoms-handelen vedrørende ... [ejendom] er omfattet af selskabslovens § 212 og dermed alligevel er lovlig bemærkes, at mellemregningen ikke findes at være led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. § 212. Det findes således ikke godtgjort, at anpartshaver kunne have solgt den faste ejendom på de vilkår, som handlen indebar - herunder med betaling af købesummen på aftaletidspunktet og overdragelse af ejendommen på en i forhold hertil fremtidig ikke fastsat dato - til en uafhængig tredjemand.

Ankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 28. november 2011 har påbudt selskabet at søge lånet inklusiv lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette over for styrelsen.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 28. november 2011.

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

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

Selskabslovens § 210, stk. 1.

(Anders Hjulmand, Lise Høgh og Steen Mejer)

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

Sagens omstændigheder:

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

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

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

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

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

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

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

Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010

Det fremgår ikke af årsrapporten, hvornår lånet er ydet.

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

Anmodning om dokumentation

Senest 6 uger fra dags dato bedes du indsende:

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

klæringsbekendtgørelsens 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 debitors forhold vurderer, at beløbet ikke kan inddrives ved retslig inkasso.

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

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

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

” ...

Klage vedrørende pålæg om tilbagebetaling af lån

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

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

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

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

Idet A A/S' primære aktivitet var investering i og drift af udlejningsejendomme, er det vores opfattelse at ydelse af lån til koncernselskaber inden for samme branche er at anse som inden for A A/S' forretningsområde.

Vi skal derfor bestride, at der var tale om et ulovligt aktionærlån, idet der var tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition i henhold til SL § 212.

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

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

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

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

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

” ...

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

Omstrukturering af K-Gruppen

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

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

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

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

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

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

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

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

Ydelse af lån til K i løbet af 2008

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

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

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

I øvrigt bemærkes, at der i forbindelse med udarbejdelsen af fusionsplanerne er indhentet vurderingsmandserklæringer om kreditorernes stilling (disse vurderingsmandserklæringer blev offentliggjort sammen med fusionsplanerne), og disse konkluderer for alle de involverede fusioner, at kreditorerne i de enkelte deltagende selskaber må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen. Det er på baggrund heraf vores opfat-

telse, at hverken kreditorerne, A A/S, K eller øvrige selskaber i K-Gruppen har lidt et tab i forbindelse med ydelsen af lånet.

...”

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

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

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

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

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

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

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

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

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

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

Den 9. januar 2012 modtog styrelsen en redegørelse fra bestyrelsen i K1 A/S - CVR-nr. ... (nu K A/S), hvori der redegøres for ovenstående omstrukturering. Det fremgår af redegørelsen, at lånet ydet af A A/S til K v/B, som styrelsen i skrivelse af 28. november 2011 krævede inddrevet, ikke længere eksisterer efter gennemførslen af en omstrukturering i koncernen. Årsagen hertil er, at den oprindelige debitor og den oprindelige

kreditor efter omstruktureringen er én og samme juridiske person. Som følge heraf kan selskabets ledelse ikke efterkomme styrelsen krav om tilbagebetaling.

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

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

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

Sagens retlige omstændigheder

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

I henhold til erklæringsbekendtgørelsens § 7 skal revisor give supplerende oplysninger om eventuelle forhold i regnskabet, som revisor påpeger uden at tage forbehold. Der skal særskilt gives supplerende oplysninger om forhold, som revisor er blevet bekendt med under sit arbejde, og som giver en begrundet formodning om, at medlemmer af ledelsen kan ifalde erstatnings- eller strafansvar for handlinger eller undladelser, der berører virksomheden, tilknyttede virksomheder, virksomhedsdeltagere, kreditorer eller 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 § 162, stk. 1, nr. 2, kan medlemmerne af virksomhedens bestyrelse, direktion eller lignende ansvarligt organ, af Erhvervsstyrelsen, som tvangsmiddel pålægges daglige eller ugentlige tvangsbøder, hvis de undlader at efterkomme en anmodning om oplysninger i henhold til § 160.

Det fremgår af selskabslovens § 215, stk. 1 [Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010, finder de dagældende regler om ulovlige udlån til aktionærer og ledelsesmedlemmer i aktieselskabsloven § 115, stk. 4 anvendelse for perioden indtil den 1. marts 2010. Disse regler svarer indholdsmæssigt til de nye regler i selskabslovens § 215, stk. 1], at udbetalinger fra selska-

bet, der er foretaget i forbindelse med dispositioner i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, skal tilbageføres tillige med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., med mindre højere rente er aftalt.

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

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

Styrelsens udtalelse

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

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

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

For at en disposition kan betragtes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal der foretages en konkret vurdering af, om den enkelte disposition kan betragtes som sædvanlig både for selskabet og for branchen. En klar indikator for, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig, er, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Det er dog ikke kun transaktionen, der skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredje-

...”

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

” ...

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

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

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

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

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

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

- A A/S gennemfører i perioden en række betalinger til entreprenører m.v. på igangværende byggerier i K v/B af hensyn til at sikre byggeriernes fremdrift og færdiggørelse. A A/S og K v/B anvendte i denne periode samme entreprenører på forskellige byggesager. Som følge heraf ville manglende betalinger på projekter i K v/B give entreprenørerne økonomiske vanskeligheder og der-

ved have negativ afsmittende effekt på projekterne i A A/S pga. risiko for byggestop.

- A A/S betaler i 2008 en andel af terminerne for K v/B af hensyn til at sikre overholdelse af indgåede låneaftaler. Modsat betaler K v/B i 2. kvartal 2008 enkelte terminer for A A/S. A A/S og K v/B anvendte i stor udstrækning de samme finansieringskilder, hvorfor manglende overholdelse af låneaftaler i K v/B ville få negativ afsmittende effekt i A A/S.
- A A/S indfrier lån for K v/B's lån i F af hensyn til at sikre F's krav om låneindfrielse. Både A A/S og K v/B anvendte F som bankforbindelse.
- Diverse transaktioner mellem A A/S og K v/B som led i virksomhedernes forpligtelser og ordinære drift.

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

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

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

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

Vi vil desuden gerne henlede opmærksomheden på Bs personlige formueopgørelse ..., hvoraf det fremgår at han i 2008 tilførte 34 mio. kr. til

K v/ B. Der har ikke været tale om, at der er overført midler fra K v/ B til Bs private økonomi.

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

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

” ...

Ankenævns sag K A/S CVR-nr. ... mod Erhvervsstyrelsen

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

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

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

Overdragelsen består af følgende:

	t.kr.
Investeringsejendomme	3.101.002
Projektgrunde og ejendomme under opførelse	240.101
Andre anlæg, driftsmateriel og inventar	4.701
Varebeholdninger	672
Tilgodehavender	5.956
Likvide beholdninger	6.024
Aktiver i alt	3.358.456
med fradrag af	
Hensatte forpligtelser (primært udskudte skatteforpligtelser)	190.264
Langfristede gældsforpligtelser (primært prioritetsgæld og bankgæld)	2.684.276
Kortfristet del af langfristede gældsforpligtelser	46.414
Leverandørgæld	8.435
Andre gældsforpligtelser	16.498
Forpligtelser i alt	2.945.887
Nettoværdi	412.569

der vederlægges til B i form af

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

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

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

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

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

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 24. april 2012 bemærket:

” ...

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

- Ds klage til Erhvervsankenævnet af 21. december 2012
- Ds uddybende redegørelse til Erhvervsankenævnet af 9. januar 2012 samt bilag
- Ds bemærkninger til Erhvervsstyrelsens redegørelse, af 14. marts 2012
- Uddybende redegørelse fra selskabets revisor af 14. marts 2012

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

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

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

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

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

...”

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

”
...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ankenævnet udtaler:

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

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

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

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

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

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

21) Kendelse af 20. marts 2013 (J.nr. 2011-0025937)

Anmeldelse om fratreden som revisor kunne ikke registreres.

Selskabslovens § 233, stk. 4.

(Piya Mukherjee, Finn L. Meyer og Jan Uffe Rasmussen).

Ved skrivelse af 9. november 2011 har registreret revisor K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 11. oktober 2011 har afslået at registrere hans anmeldelse af fratreden som revisor for A ApS under konkurs.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse over sagens faktiske omstændigheder har styrelsen den 21. februar 2012 udtalt:

2. Sagens faktiske omstændigheder

2.1 Den 23. september 2011 registrerede Skifteretten i Hjørring i styrelsens it-system, at der den 19. september 2011 var afsagt konkursdekret.

2.2 K anmeldte i brev af 26. september 2011, at han var udtrådt som revisor i selskabet ...

2.3 Styrelsen afslog den 11. oktober 2011 at registrere denne fratreden, da der var afsagt konkursdekret vedrørende selskabet. Denne afgørelse af 11. oktober 2011 er indbragt for Erhvervsankenævnet.

2.4 Efter at have modtaget anmodningen 23. januar 2012 fra ankenævnet anmodede styrelsen i brev af 25. januar 2012[2] Skifteretten i Hjørring om at oplyse, om skifteretten har udpeget en anden revisor i selskabet.

2.5 Skifteretten meddelte i brev af 6. februar 2012, at skifteretten ikke har udpeget en anden revisor i selskabet”

I klageskrivelsen af 10. november 2011 har registreret revisor K anført:

” ...

Jeg vil gerne indbringe denne afgørelse for Erhvervsankenævnet idet jeg kan oplyse at jeg intet har haft med selskabet at gøre efter at jeg har afsluttet årsrapporten for året 2010.

Jeg kan oplyse at jeg tidligere har haft kontakt med statsaut. revisor B fra Revisionsanpartsselskabet C, idet han anmodede om nogle oplysninger til regnskabet. Jeg skrev til ham, den 25.08.2011 og ud af denne korrespondance spurgte jeg om der var sket et revisorskifte, jeg fik intet svar.

Jeg har ligeledes talt med D (anpartshaver), i forbindelse med at revisor B kontaktede mig og bad om oplysninger, jeg fik intet svar på om der var sket et revisorskifte.

Derfor afmeldte jeg mig i henhold til brev af 26.09.2011.”

I førnævnte redegørelse af 21. februar 2012 har Erhvervsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”3. Sagens retlige omstændigheder

I henhold til selskabslovens § 233, stk. 4, kan der ikke foretages registreringer vedrørende kapital-selskabet bortset fra ændringer vedrørende eventuelt valg af revisor, når der er indgivet konkursbegæring.

Af forarbejderne til selskabslovens §§ 233, stk. 4, og 228, stk. 1, fremgår det:

(§ 233, stk. 4) ”I forslagets **stk. 4** præciseres det, at selskaber, der er oversendt til konkursbehandling, ikke kan foretage registreringer i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system. Begrundelsen er, at der er et særligt hensyn at tage til selskabets kreditorer, således at eventuelle værdier i selskabet, som f.eks. navnerettigheder, ikke unddrages bobehandlingen eller, at der på anden vis foretages ændringer, som er med til at sløre forholdene til skade for kreditorerne. Det præciseres dog, at muligheden for at udskifte selskabets revisor fastholdes udfra samme forhold, som gør sig gældende ved tvangsopløsning, hvorfor der henvises til de specielle bemærkninger til § 228 stk. 1.”

(§ 288, stk. 1) ”Den foreslåede bestemmelse i **stk. 1** kodificerer Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis, hvorefter styrelsen ikke foretager vedtægtsændringer eller andre registreringsændringer i selskaber, der er under tvangsopløsning. Dette skyldes, at selskabet under tvangsopløsning som udgangspunkt er under afvikling og beføjelserne hermed videregivet til skifteretten og de af skifteretten beføjede.

Formålet er at skabe klarhed om de personer, der er ansvarlige for selskabet på tidspunktet for selskabets oversendelse til tvangsopløsning. I tilfælde af tvangsopløsning er der et hensyn at tage til kreditorerne, således at eventuelle værdier i selskabet, som f.eks. navnerettigheder, ikke unddrages bobehandlingen, eller der på anden vis foretages ændringer, som er med til at sløre forholdene til skade for kreditorerne.

Udvalget til Modernisering af Selskabsretten har fundet denne praksis hensigtsmæssig, men har vurderet, at det i selskaber under tvangsopløsning kan være hensigtsmæssigt for skifteretten at kunne indsætte en revisor, der ikke tidligere har haft tilknytning til selskabet.”

4. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

Det er styrelsens opfattelse, at bestemmelsens ordlyd sammenholdt med forarbejderne til selskabslovens § 233, stk. 4, kun giver styrelsen mulighed for at registrere valg af en ny revisor, når skifteretten anmelder dette, når der er indgivet konkursbegæring.

K har i klagen til ankenævnet oplyst, at han intet har haft med selskabet at gøre, efter at han afsluttede årsrapporten for året 2010. Som dokumentation har han vedlagt brev af 25. august 2011 til CC Statsautoriseret Revisionsanpartsselskab.

Bl.a. derfor anmodede styrelsen i brev af 25. januar 2011 Skifteretten i Hjørring om at oplyse, om skifteretten har udpeget en anden revisor i selskabet. Skifteretten meddelte i brev af 6. februar 2012, at dette ikke var tilfældet.

Når der er indgivet konkursbegæring, kan der, som selskabslovens § 223, stk. 4, er formuleret, imidlertid ikke anmeldes og registreres en fratræden af revisor, selv om revisor er fratrudd inden indgivelsen af konkursbegæringen.

Der kan endvidere henvises til ankenævnets kendelse af 28. november 1995, j.nr. 95-34.221, hvor ankenævnet udtalte: *"Da den rådighed over andelskassens formue, som tilkommer kassens ledende organer, generalforsamling, bestyrelse og direktion, efter bank- og sparekasselovens § 47 b, jf. konkurslovens § 29 og § 115 ved konkursen er overgået til kurator, er der ikke grundlag for at registrere ledende organer, herunder bestyrelsen, så længe konkursen pågår."*
..."

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 13. marts 2012 meddelt, at konkursboet er sluttet den 27. februar 2012, og har fremsendt dokumentation herfor fra Skifteretten i Hjørring.

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Jan Uffe Rasmussen og Finn L. Meyer udtaler:

Det fremgår af selskabslovens § 233, stk. 4, at når der er indgivet konkursbegæring, kan der ikke foretages registreringer vedrørende selskabet bortset fra ændringer vedrørende eventuelt valg af revisor.

Der er den 19. september 2011 afsagt konkursdekret over A ApS, og konkursboet er nu afsluttet. Skifteretten i Hjørring har ved skrivelse af 6. februar 2012 meddelt, at skifteretten ikke har udpeget en anden revisor i selskabet.

Det tiltrædes på denne baggrund, at anmeldelse om Ks fratræden som revisor i selskabet, uanset fratrædelsen er sket forud for konkursbegæringens indgivelse, ikke kan registreres.

Piya Mukherjee udtaler:

Det fremgår af selskabslovens § 220, stk. 3, som omhandler likvidationer:

”Når der i et kapitalselskab er truffet beslutning om at træde i likvidation, kan der ikke foretages registreringer vedrørende kapitalselskabet bortset fra ændringer vedrørende eventuel revisor valgt af skifteretten til revision af årsrapporten samt kapitalforhøjelser.”

Videre fremgår af selskabslovens § 228, stk. 1, som omhandler tvangsopløsninger:

”Når der af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er truffet beslutning om, at et kapitalselskab skal tvangsopløses, kan der ikke foretages registreringer vedrørende kapitalselskabet bortset fra ændringer vedrørende eventuel revisor valgt af skifteretten til revision af årsrapporten.”

Af selskabslovens § 233, stk. 4, fremgår:

”Når der er indgivet konkursbegæring, kan der ikke foretages registreringer vedrørende kapitalselskabet bortset fra ændringer vedrørende eventuelt valg af revisor.”

I sidstnævnte bestemmelse er der i modsætning til de to foregående ikke anført, at det alene er ændringer vedrørende eventuel revisor valgt af skifteretten, der kan registreres.

Endelig fremgår af selskabslovens § 233, stk. 5, som omhandler rekonstruktioner:

”I et selskab, hvori rekonstruktøren har overtaget ledelsen, kan der ikke foretages registreringer vedrørende selskabet bortset fra ændringer vedrørende eventuel revisor udpeget af rekonstruktøren eller ændringer, som er besluttet af generalforsamlingen med rekonstruktørens samtykke.”

I forarbejderne til § 233, stk. 4 anføres, at muligheden for at udskifte selskabets revisor fastholdes ud fra samme forhold, som gør sig gældende ved tvangsopløsning, hvorfor der henvises til de specielle bemærkninger til § 228, stk. 1. Af disse fremgår, at man har vurderet, at det i selskaber under tvangsopløsning kan være

hensigtsmæssigt for skifteretten at kunne indsætte en revisor, der ikke tidligere har haft tilknytning til selskabet. Skifteretten ses dog ikke at have hjemmel til at udpege en anden revisor for et selskab, som der måtte være indgivet konkursbehandling mod, eller et selskab under konkursbehandling. Henvisningen til § 228, stk. 1 kan derfor alene være en henvisning til, at udskiftning af revisor kan være hensigtsmæssig, hvorfor dette skal kunne registreres, selv når der måtte være indgivet konkursbegæring mod et selskab. I lyset af § 233, stk. 5, hvor muligheden for at registrere ændringer vedrørende revisor er begrænset til revisor udpeget af rekonstruktøren eller besluttet af generalforsamling med rekonstruktørens samtykke, må § 233, stk. 4 også forstås således, at det alene er revisor udpeget af kurator, der kan registreres.

Af disse grunde tiltræder jeg også, at Ks anmeldelse af 26. september 2011 om sin fratreden som revisor for I.F.Con ApS ikke kan registreres.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 11. oktober 2011.

22) Kendelse af 26. juni 2013 (J.nr. 2012-0032269)

Omgørelse af styrelsens registreringsnægtelse. Anmeldte vedtægtsændringer skulle registreres.

Selskabsloven § 95, stk. 3 og stk. 4 samt § 109. Direktiv om udøvelse af aktionærrettigheder i børsnoterede selskaber, artikel 5, stk. 2.

(Carsten Møllekilde, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 26. juni 2012 har advokat A klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 31. maj 2012 har afslået at registrere de af K anmeldte vedtægtsændringer.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 22. august 2012 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Den 7. maj 2012 modtog Erhvervsstyrelsen en mail med vedhæftede dokumenter herunder en anmeldelse og selskabets nye vedtægter fra K...

Den 14. maj anmodedes banken telefonisk om tillige at fremsende dokumentation for de anmeldte vedtægtsændringer, hvilket styrelsen modtog med mail den 15. maj 2012 ... Det fremgik imidlertid af de fremsendte dokumenter, at kun en del af referat af den ordinære generalforsamling den 21. marts 2012 var vedlagt sammen med hele referatet af den ekstraordinære generalforsamling, den 24. april 2012.

Den 15. maj anmodedes banken i mails om dels at fremsende de manglende sider af det ordinære generalforsamlingsreferat og dels – pga. formuleringen i det tidligere fremsendte generalforsamlingsreferat af 24. april – en redegørelse for, hvorfor selskabets vedtægter ikke var overholdt i forbindelse med indkaldelsen af den ekstraordinære generalforsamling ...

Banken fremsendte den 21. maj 2012 en forespørgsel vedrørende udformning af en redegørelse ... Denne mail besvarede styrelsen ved mail af 25. maj 2012, hvori styrelsen beskrev de årsager, der var til dels at anmode om hele referatet for den ordinære generalforsamling og dels baggrunden for at anmode om en redegørelse og dennes indhold ...

Vedhæftet mail af 25. maj 2012 fremsendte banken det fuldstændige referat af den ordinære generalforsamling den 21. marts 2012 ... Det fremgik endvidere af mailen, at en redegørelse ville blive fremsendt senere.

Advokat As redegørelse af 31. maj 2012 modtog styrelse samme dag som bilag til mail fra advokatkontoret ... Vedhæftet mailen var endvidere advokatens brev af 18. april 2012 til K ved direktør B.

Den 31. maj 2012 registreringsnægtede styrelsen sagen under henvisning til, at den ekstraordinære generalforsamling ikke var indkaldt i overensstemmelse med selskabets vedtægter ... og sendte samme dag brev herom til K.
...”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 31. maj 2012 hedder det blandt andet:

”Det fremgår af vedtægtens § 5, at indkaldelse til generalforsamling bl.a. skal ske via Erhverv- og Selskabsstyrelsens (nu Erhvervsstyrelsens) IT-systemer.

Af udskriften fra den ekstraordinære generalforsamling den 24. april 2012 fremgår, at indkaldelsen via styrelsens IT-system først er sket den 11. april 2012 og derfor ikke overholder indkaldelsesvarslet i selskabslovens § 95, stk. 2 og vedtægternes § 5. I sin redegørelse skriver advokat A, at det var en fejl i banken, der medførte at indkaldelsen via styrelsens IT-system ikke skete rettidigt.

Da generalforsamlingen således ikke er indkaldt i overensstemmelse med § 5 i bankens vedtægter, kan der ikke ske registrering af de anmeldte ændringer, jf. selskabslovens § 95, stk. 1.

...”

I klageskrivelsen af 26. juni 2012 har advokat A anført:

” ...

For Erhvervsankenævnet nedlægger jeg påstand om, at selskabets anmeldte vedtægtsændring registreres i overensstemmelse med anmeldelsen.

I Ks vedtægter, § 5, er angivet, hvorledes og med hvilke frister generalforsamlinger skal indkaldes.

Undertegnede blev ved selskabets ordinære generalforsamling den 21. marts 2012 valgt som dirigent.

Ved generalforsamlingens indledning konstaterede jeg, at generalforsamlingen var lovlig indvarslet på den i vedtægterne og selskabsloven angivne måde, hvorfor jeg konstaterede, at generalforsamlingen var lovlig indvarslet og derfor beslutningsdygtig.

Selskabets bestyrelse havde foreslået vedtægtsændringer om bemyndigelse til bestyrelsen til tiden indtil næste års ordinære generalforsamling,

- at banken kunne erhverve egne aktier op til 10 % af bankens aktiekapital til de på erhvervelsestidspunktet gældende børskurser med en afværgelse, jf. NASDAQ OMX, København, på indtil 10 %
- at generalforsamlinger ikke fremtidigt også skulle indkaldes via et landsdækkende dagblad, samt
- at ingen aktionær kan afgive stemmer for mere end, hvad der svarer til 0,5 % af den til enhver tid gældende aktiekapital.

Som dirigent konstaterede jeg, at forslagene havde været fremlagt på den ifølge selskabets vedtægter og selskabsloven foreskrevne måde indenfor den angivne tidsfrist og derfor, at forslaget var lovligt fremsat. Alle forslag blev enstemmigt vedtaget.

Henset til antallet af fremmødte aktionærer og den repræsenterede aktiekapital måtte jeg konstatere, at forslagene ikke var endeligt vedtagne som vedtægtsændringer, men skulle vedtages på en ekstraordinær generalforsamling i overensstemmelse med vedtægterne for K, § 6.

K indkaldte herefter til ekstraordinær generalforsamling til afholdelse den 24. april 2012.

Ved en beklagelig fejl blev indkaldelse ikke rettidigt foretaget via Erhvervsstyrelsen it-system, idet denne indkaldelse skete mindre end 3 uger før den ekstraordinære generalforsamling.

Jeg blev valgt til dirigent på den ekstraordinære generalforsamling den 24. april 2012. Ved indledningen til generalforsamlingen konstaterede

jeg, at indkaldelse var sket rettidigt og i overensstemmelse med selskabets vedtægters § 5, bortset fra indkaldelse via Erhvervsstyrelsens it-system, der var foretaget senere end 3 uger før afholdelse af den ekstraordinære generalforsamling, nemlig den 11.april 2012.

På den ekstraordinære generalforsamling redegjorde jeg for selskabslovens § 95 stk. 3 og anførte, at selskabslovens § 95 stk. 4 er indført i et ønske om, at der skal bruges medier, som med rimelighed kan forventes at forsikre, at oplysningerne rent faktisk når ud til offentligheden i hele EU og EØS og på en måde, der sikrer en hurtig adgang hertil på et ikke diskriminerende grundlag.

Jeg noterede også, at i bemærkninger til lovforslaget var desuden anført, at såfremt driftsforstyrrelser i Erhvervsstyrelsens it-system skulle bevirke, at indkaldelse ikke er blevet offentliggjort, så kan det antages på trods heraf, at kapitalejere er oplyst om generalforsamlingens afholdelse, såfremt indkaldelsen til generalforsamlingen har været omfattende omtalt eller annonceret m.v. i dagspressen.

Jeg konkluderede herefter, at efter min opfattelse var den ifølge vedtægterne for sent foretagne indkaldelse via Erhvervsstyrelsens it-system ikke en væsentlig formmangel, der kunne medføre den ekstraordinære generalforsamlings ugyldighed. Ingen aktionær på den ekstraordinære generalforsamling havde bemærkninger eller indsigelser hertil. Herefter konstaterede jeg generalforsamlingens lovlighed og deraf følgende beslutningsdygtighed.

Efterfølgende er bankens anmeldelse af vedtægtsændringer nægtet registrering.

For nævnet gør jeg gældende, at Erhvervsstyrelsen er pligtig at foretage registrering, fordi de vedtagne vedtægtsændringer er foretaget på generalforsamlinger, der af dirigenten er besluttet lovlige og derfor, at generalforsamlingerne har været beslutningsdygtige.

Jeg anfører, at den formelle mangel med for sen indkaldelse i Erhvervsstyrelsens it-system ikke kan anses væsentlig. Baggrunden herfor er,

- at den ekstraordinære generalforsamling rettidigt er annonceret i Dagbladet Børsen,
- at den ekstraordinære generalforsamling rettidigt er annonceret i de i Stege udgående lokale dagblade,
- at den ekstraordinære generalforsamling er særskilt meddelt til de kapitalejere, der har fremsat begæring herom,
- at den ekstraordinære generalforsamling er annonceret på bankens hjemmeside den 27.marts 2012,
- at den ekstraordinære generalforsamling er meddelt ved særlig fondsboersmeddelelse.

For Nævnet kan jeg supplerende oplyse, at banken har noteret 6 aktionærer bosiddende i USA. De repræsenterer i alt 0,11 % af alle aktionærer

og 0,26 % af det samlede antal stemmer. Øvrige noterede aktionærer er bosiddende i Danmark, principielt i lokalområdet.

For Nævnet gør jeg gældende, at Erhvervsstyrelsen er pligtig at foretage registrering, da det konstaterede er en uvæsentlig mangel, men særligt fordi at ingen aktionær har rejst sag i medfør af selskabslovens § 109.

Det anføres, at Erhvervsstyrelsen er pligtig at foretage registrering, der alene kan nægtes efter en domstols afgørelse.

Jeg bemærker for en ordens skyld, at ingen aktionær aktuelt har anlagt sag.
...”

I førnævnte redegørelse af 22. august 2012 har Erhvervsstyrelsen i øvrigt udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Da styrelsen ved en materiel gennemgang af de modtagne dokumenter blev opmærksom på, at selskabets vedtægter ikke var overholdt i forbindelse med indkaldelsen af den ekstraordinære generalforsamling den 24. april 2012, anmodede styrelsen om en redegørelse for den manglende overholdelse af vedtægtens bestemmelser om indkaldelse til generalforsamling.

At det er fornødent at indkalde til en ekstraordinære generalforsamling er begrundet i § 6 i vedtægterne, hvoraf fremgår, at der er et skærpet quorumkrav til ændring af bankens vedtægter. I den konkrete sag er det således fornødent, at mindst ½ af den stemmeberettigede kapital er tilstede på generalforsamlingen, samt at mindst 2/3 af såvel de afgivne stemmer som af den på generalforsamlingen repræsenterede stemmeberettigede kapital stemmer for, da forslaget er fremsat af bestyrelsen.

Da den ordinære generalforsamlingen ikke opfyldte quorumkravet men dog majoritetskravet, fremgår det af vedtægtsbestemmelsen, at der skal indkaldes til en ny generalforsamling, der kan vedtage forslaget med 2/3 af de angivne stemmer, uden at der er et yderligere quorumkrav.

Der er i forbindelse med indkaldelsen til denne ekstraordinære generalforsamling, at vedtægternes krav til indkaldelse ikke overholdes. Følgende fremgår af § 5 i bankens gældende vedtægter, der senest er ændret på generalforsamling den 27. april 2011:

”Generalforsamlingen indkaldes af bestyrelsen ved bekendtgørelse på bankens hjemmeside, via Erhvervs- og Selskabsstyrelsens IT-system, i et landsdækkende dagblad samt i alle de i Stege udgående lokale dagblade og ved meddelelse til alle aktionærer, der har fremsat begæring herom.

Indkaldelsen, der skal indeholde tid og sted for generalforsamlingen samt dagsorden, hvoraf det fremgår, hvilke anliggender, der

skal behandles, skal foretages højst 5 uger og mindst 3 uger forud for denne. Hvis der er fremsat forslag, til hvis vedtagelse, der kræves kvalificeret flertal, skal tillige forslaget væsentligste indhold angives i indkaldelsen. I tilfælde, hvor lovgivningen stiller krav herom, skal indkaldelsen indeholde den fulde ordlyd af forslaget.”

Af advokat As redegørelse til styrelsen af 31. maj og af generalforsamlingsreferatet af 24. april 2012 fremgår, at indkaldelse til generalforsamlingen er sket for sent. Det fremgår tillige af generalforsamlingsreferatet, at indkaldelsen er sket den 11. april i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens IT-system, hvilket er 13 dage før generalforsamlinger og derfor ikke i overensstemmelse med vedtægtens § 5.

Styrelsen har ikke bestridt, at der er sket korrekt indkaldelsen for så vidt angår i de øvrige krav til indkaldelse i vedtægtens § 5.

Styrelsen er ikke enig i advokat As betragtninger om, at den manglende indkaldelse i Erhvervsstyrelsens (tidligere Erhvervs- og Selskabsstyrelsen) IT-system ikke kan anses for væsentlig.

Efter styrelsens opfattelse skal indkaldelse ske i overensstemmelse med lovgivningens og de eventuelle skærpede vedtægtskrav. Det er efter styrelsens opfattelse uden betydning, om der måtte være tale om mindre formelle overtrædelser, eller om der er rejst krav fra en aktionær i medfør af selskabslovens § 109. Skulle der endelig være tale, om at det var muligt at indregne en væsentlighedsbetragtning, anser styrelsen det for en skærpende omstændighed, at der ikke er tale om en pludselig på generalforsamlingen opstået mangel ved generalforsamlingens afholdelse, men et forhold, der blev opdaget i tide før generalforsamlingen, således at fejlen kunne være håndteret ved at udsætte generalforsamlingen.

Advokat A henviser til, at der i forarbejderne til selskabslovens § 95 er redegjort for, hvilke tiltag der måtte anses for tilstrækkelige i forbindelse med indkaldelse af generalforsamling i en situation, hvor der er driftsstyrelse i Erhvervsstyrelsens IT-systemer.

Hertil skal styrelsen bemærke, at der ikke efter det oplyste var tale om, at styrelsens IT-systemer var under nedbrud. Det fremgår af den fremsendte mail fra banken af 21. maj, at den manglende opfyldelse af vedtægtens bestemmelser beroede på en intern kommunikationsbrist i banken. Det er styrelsens opfattelse, at forarbejder, der er udformet med henblik på en helt ekstraordinær situation, ikke direkte kan overføres på forglemmelser.

Derudover vedrører de af advokat A refererede bemærkninger til selskabslovens § 95 den indkaldelse, der skal ske i henhold til lovens § 95, stk. 3, som banken ikke er omfattet af. Der er uvist, om forarbejderne til en lovbestemt procedure direkte kan overføres til den konkrete situation, som ikke er omfattet af § 95, stk. 3. Som følge af at bankens kapital ikke er ihændehaveraktier, men navnaktier, jf. vedtægtens § 3, er banken ikke forpligtet til at opfylde selskabslovens krav om indkaldelse ved brug af styrelsens IT-system, jf. selskabslovens § 95, stk. 3. Det må derfor anta-

ges, at der været særlige grunde til at indføre disse bestemmelser i selskabets vedtægter, og det er derfor styrelsens opfattelse, at de på lige fod med øvrige skærpede vedtægtsbestemmelser skal iagttages, herunder vedtægternes § 6 om vedtagelse af vedtægtsændringer.

Advokat A gør endvidere gældende, at Erhvervsstyrelsen er pligtig at foretage registrering, der alene kan nægtes efter en domstols afgørelse. Styrelsens forstår dette udsagn således, at styrelsen kun kan nægte registrering efter en domstols afgørelse. Styrelsen er uenig med advokat A heri.

I medfør af selskabslovens § 15, må registrering ikke finde sted, hvis det forhold, der ønskes registreret, ikke opfylder bestemmelser i denne lov eller selskabets vedtægter. Det samme er tilfældet, hvis en beslutning, der lægges til grund for registreringen, ikke er blevet til i overensstemmelse med forskrifterne i loven eller selskabets vedtægter.

Indkaldelse til generalforsamlingen er ikke sket i overensstemmelse med selskabets vedtægter, jf. selskabslovens § 95, stk. 1, uanset om dirigenten anser generalforsamlingen for lovlig og beslutningsdygtig.

Øvrige bemærkninger

Styrelsen skal på baggrund af advokat As brev til Erhvervsankenævnet af 28. juni 2012 præcisere, at lovligheden af den ordinære generalforsamling af den 21. marts 2012 ikke er anfægtet af styrelsen.

Det bemærkes, at vedtægternes § 6 efter styrelsens opfattelse ikke er i overensstemmelse med selskabslovens § 106, og styrelsen derfor vil anmode banken om at ændre bestemmelsen på førstkommende generalforsamling, således at det fremgår, at beslutningerne på begge generalforsamlinger skal vedtages med mindst 2/3 af såvel de afgivne stemmer som af den på generalforsamlingen repræsenterede stemmeberettigede kapital. Endvidere må vedtægternes § 16 udgå, da der ikke kan gives en generel bemyndigelse til bestyrelsen til at ændre vedtægterne uden om bankens generalforsamling, ligesom vedtægternes § 7, stk. 3, må ændres således, at der ikke er begrænsninger i en aktionærs mulighed for at møde ved fuldmægtig.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Indkaldelse til generalforsamlingen foretages af det centrale ledelsesorgan, jf. selskabslovens § 93, stk. 1. Indkaldelsen foretages i overensstemmelse med vedtægternes bestemmelser, jf. § 95, stk. 1, og skal ske tidligst 4 uger og, medmindre vedtægterne foreskriver en længere frist, senest 2 uger før generalforsamlingen, jf. § 94, stk. 1.

Af § 5 i Ks vedtægter fremgår:

”Generalforsamlingen indkaldes af bestyrelsen ved bekendtgørelse på bankens hjemmeside, via Erhvervs- og Selskabsstyrelsens IT-system, i et landsdækkende dagblad samt i alle de i ... udgående lokale dagblade og ved meddelelse til alle aktionærer, der har fremsat begæring herom.

Indkaldelsen ... skal foretages højst 5 uger og mindst 3 uger forud for denne. ...”

Af referatet af den ekstraordinære generalforsamling afholdt den 24. april 2012 fremgår blandt andet:

” Ad 1 Valg af dirigent

...

Herefter blev konstateret, at den ekstraordinære generalforsamling var indvarslet jf. vedtægternes paragraf 6, hvorefter indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling skal foretages inden 14 dage efter ordinær generalforsamling og § 5, der kræver mindst 3 ugers og højst 5 ugers varsel.

Det var sket via annoncer i C [avis] den 28/3-2012, i D [avis] den 28/3-2012, på bankens hjemmeside fra 28. marts 2012 samt i ”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen” den 11/4-2012. Der var således ikke sket rettidig indkaldelse i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor der først var annonceret d. 11. april 2012.

Dirigenten oplyste, at formkrav til indkaldelse tillige fremgår af selskabslovens § 95, hvor det i stk. 3 angives, at dersom bankens aktier kan lyde på ihændeleveren, skal indkaldelsen ske via Erhvervsstyrelsens IT-system, ligesom det fremgår af selskabslovens § 95, stk. 4, idet banken er børsnoteret. Dirigenten nævnte tillige, at det i bemærkningerne til lovforslaget er anført, at såfremt driftsforstyrrelser i Erhvervsstyrelsens IT-system bevirker, at indkaldelsen ikke er blevet offentliggjort, så kan det antages på trods heraf, at kapitalejere er oplyst om generalforsamlingens afholdelse, såfremt indkaldelsen til generalforsamlingen har været omfattende omtalt og annonceret m.v. i dagspressen.

Dirigenten tilkendegav, at han lagde vægt på, at hensynet bag bemærkningerne til lovforslaget omkring selskabslovens § 95, stk. 4 er en sikring for ihændeleveren af en kapital andel, at en offentliggørelse finder sted, og det er dirigentens vurdering, at offentliggørelsen via bankens hjemmeside opfylder de samme kriterier, som angivet bag lovforslaget.

Dirigenten udtrykte tillige, at han ud fra en samlet vurdering af de forudsætninger, der forelå samt herudover at de på den ordinære generalforsamling fremførte vedtægtsændringsforslag var enstemmigt vedtaget, havde vurderet, at generalforsamlingen var beslutningsdygtig.

Dirigenten spurgte om der var indsigelser hertil, hvilket ikke var tilfældet.”

Indkaldelsen til den ekstraordinære generalforsamling den 24. april 2012 i K er, bortset fra den forsinkede bekendtgørelse via Erhvervsstyrelsens IT system, foretaget rettidigt i overensstemmelse med bankens vedtægter og således offentliggjort på selskabets hjemmeside, jf. også selskabslovens § 95, stk. 4 og via annoncer i både de lokale og i et landsdækkende dagblad. Endvidere er indkaldelsen efter det oplyste sendt til de navnenoterede aktionærer, der har fremsat begæring herom. Der er ikke på den ekstraordinære generalforsamling eller senere gjort indsigelser mod den ekstraordinære generalforsamling beslutningsdygtighed, herunder anlagt sag efter selskabslovens § 109.

Erhvervsstyrelsen har påpeget, at banken ikke ville have været forpligtet til at opfylde selskabslovens krav om indkaldelse ved brug af styrelsens IT-system, jf. selskabslovens § 95, stk. 3, idet bankens kapital ikke er ihændehaveraktier men navneaktier, jf. vedtægtens § 3. Erhvervsankenævnet bemærker i den forbindelse, at der ikke foreligger oplysninger om, at der skulle have været særlige grunde til at indføre det pågældende krav i vedtægten. Offentliggørelse via selskabets hjemmeside opfylder herunder kravet i forhold til aktionærer uden for bankens nationalområde om, at der bruges medier, som med rimelighed kan forventes at sikre, at oplysningerne rent faktisk når ud til offentligheden og på en måde, der sikrer hurtig adgang hertil på et ikke diskriminerende grundlag, jf. selskabslovens § 95, stk. 4 og artikel 5, stk. 2, i direktiv om udøvelse af visse aktionærrettigheder i børsnoterede selskaber ([EP/Rdir 2007/36](#)).

Under disse omstændigheder finder ankenævnet, at den ikke rettidige indkaldelse via Erhvervsstyrelsens IT-system ikke kan tillægges konkret afgørende betydning, og at vedtægtsændringen derfor bør registreres.

Ankenævnet ophæver derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 31. maj 2012.

23) Kendelse af 5. august 2013 (J.nr. 2012-0032331)

Pengeinstituts brug af navnet "B" kræver, at pengeinstituttet har registreret navnet som binavn.

Selskabslovens § 2, jf. § 3.

(Anders Hjulmand, Piya Mukherjee og Jan Uffe Rasmussen).

Ved skrivelse af 29. juni 2012 har K A/S nu under konkurs klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 8. juni 2012 har meddelt, at sparekassens brug af navnet "B" kræver, at sparekassen har registreret navnet som binavn. Klagen har været tillagt opsættende virkning.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet i anledning af klagen hos Erhvervsstyrelsen indhentet udtalelse af 22. august 2012 fremgår om sagens faktiske omstændigheder blandt andet:

"Sagens faktiske omstændigheder

I mail fra Finanstilsynet af 13. februar 2012 gjorde tilsynet Erhvervsstyrelsen opmærksom på, at sparekassen anvendte et ikke registreret binavn, samt anmodede styrelsen om at overtage sagen...

I forbindelse med fremsendelse af dokumentation for registrering af en indgivet anmeldelse den 30. marts 2012, anmodede styrelsen i samme brev om en redegørelse på baggrund af Finanstilsynets henvendelse...

...

Erhvervsstyrelsen modtog den 25. maj 2012 en redegørelse fra sparekassen af 24. maj 2012, hvoraf det fremgik, at navnet ikke var registreringspligtigt efter sparekassens opfattelse...

..."

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 8. juni 2012 hedder det:

"K A/S, CVR-NR. ...

...

Konklusion

Det er Erhvervsstyrelsen opfattelse, at sparekassens brug af navnet "B" kræver, at sparekassen har registreret navnet som binavn med tilføjelsen "aktieselskab" eller "A/S".

Fortsat brug af navnet, uden at det er registreret, vil efter styrelsens opfattelse være en overtrædelse af Selskabslovens § 2, jf. § 3

...

Erhvervsstyrelsens vurdering

Det er styrelsens opfattelse, at navnet anvendes på en sådan måde, at det fremtræder som navn på en del af den virksomhed, der udøves.

Det fremgår af sparekassens hjemmeside under ”B” selskabsoplysninger, at B er en del af K A/S, men at banken i modsætning til sparekassen ikke har adresse i [by], men derimod ... Det betyder efter styrelsens opfattelse, at der er tale om et navn, der anvendes for en del af den virksomhed, sparekassen udøver som internetbank.

Det understøttes endvidere af de oplysninger, der fremgår af hjemmesiden vedrørende det historiske forløb for brugen af navnet B. Det beskrives således, at navnet B opstod i forbindelse med, at C [pengeinstitut] blev overtaget af K, idet:

”... C fortsatte i K A/S under navnet B som en selvstændig forretningsenhed med fortsat fokus på internetbaserede bankydelse.

K A/S har dermed i dag en klar opdeling af internetbank og filialbank under henholdsvis navnene B og A.”

På sparekassens netbankside fremgår endvidere, at der kan korresponderes med B via en kontaktformular. Det fremgår tillige af denne side, at B er beliggende i [by].

På baggrund af ovenstående er det derfor styrelsens opfattelse, at sparekassen udøver virksomhed under det pågældende navn, og at navnet derfor skal registreres som binavn.

Opmærksomheden henledes i øvrigt på, at kaldenavne kan optages som binavne for selskaber. Den refererede passage i den kommenterede selskabslov side 66 forbyder således ikke, at kaldenavne optages som binavne. I overensstemmelse med styrelsens praksis fremgår det derimod, at kaldenavne, der ikke tillige er registrerede som binavne, ikke kan anvende betegnelser som f.eks. A/S. Hvis et kaldenavn anvendes på en sådan måde, at det optræder som navn for en del af en virksomhed, vil det ikke være muligt at undlade registrering af binavnet alene fordi, navnet ikke indeholder en selskabsbetegnelse.”

I klageskrivelsen af 29. juni 2012 har K A/S anført:

” ...

1. Sagens omstændigheder

...

2. K A/S’ klage

K A/S fastholder, at navnet ”B” anvendes som et kaldenavn for et forretningsområde og ikke som et binavn i selskabsretlig forstand. Der henvises i det hele til K A/S’ redegørelse af 24. maj 2012.

Det forhold, at B’s hjemmeside angiver, at B har adresse i [by] og ikke i [anden by] ikke kan tillægges betydning. B fungerer som filial af K A/S

på linje med K A/S' øvrige filialer, der er beliggende andre steder end K A/S' hovedsæde i [anden by].

Det bemærkes, at det i forbindelse med en ændring af B's internetplatform er blevet præciseret, at adressen i ... [by], er filialens besøgs- og postadresse.

K A/S er enige med Erhvervsstyrelsen i, at Selskabsloven ikke forbyder optagelse af kaldenavne som binavne. Det er derimod K A/S' opfattelse, at der efter Selskabsloven omvendt ikke er pligt til at optage kaldenavne som binavn med deraf følgende registreringspligt i henhold til Selskabslovens § 3.

...”

Af fornævnte redegørelse af 24. maj 2012 fremgår blandt andet:

”K A/S købte i 2005 D A/S. D A/S blev med virkning fra den 1. januar 2010 fusioneret ind i K A/S. Navnet ”D A/S” blev i forbindelse med fusionen optaget som et binavn. ”D blev fortsat anvendt som et kaldenavn (brand) for den nye filial, der tidligere omfattede D A/S' aktivitet, idet navnet vurderedes at have en højere genkendelsesgrad i [by]-området, hvor filialen er beliggende. Aftaler med kunder og tredjemænd efter fusionens gennemførelse er dog indgået i K A/S' navn.

I december 2010 indgik K A/S aftale med E A/S om erhvervelse af F A/S. Erhvervelsen blev gennemført den 28. februar 2011 ved overtagelse af hele aktiekapitalen i F A/S. Erhvervelsen omfattede bl.a. den internetbaserede bank, som F A/S havde overtaget fra G A/S, og som var et selvstændigt forretningsområde i G.

F A/S blev fusioneret ind i K A/S ved udgangen af 1. kvartal 2011. Aktiviteterne baseret på internetbanken fungerer som et selvstændigt forretningsområde i K A/S. Efter fusionen mellem F A/S og K A/S besluttede K A/S at anvende kaldenavnet (brandet) ”B” som internetbankens forretningsområde at signalere, at aktiviteten i dette forretningsområde er en internetbaseret bankvirksomhed til forskel fra K A/S' traditionelle bankvirksomhed.

Navnet ”B” anvendes således af K A/S som et kaldebnavn (brand) for forretningsområdet på linje med K A/S' mangeårige anvendelse af kaldenavnet ”A” for K A/S' øvrige virksomhed.

Det er K A/S' opfattelse, at ”B” ikke anvendes som et binavn i selskabsretlig forstand.

Det fremgår af Selskabsloven med Kommentarer (Lars Bunch og Ida Rosenberg, 1. udgave, 2010 på side 66, 1. spalte (note 2 til § 2), at:

”Pligten til at bruge selskabsbetegnelsen angår selskabets hoved og binavne(e). Betegnelsen kan ikke benyttes i selskabets uregistrerede kaldenavn m.v.” (vores fremhævnings).

Det fremgår videre af samme, side 78, 1. spalte (note 2 til § 3), at:

”Et binavn er et ekstra navn, hvorunder selskabet tillige kan drive virksomhed og forpligtes.

...

Da et binavn tegningsmæssigt er sidestillet med hovednavnet, skal dette have vedtægtsmæssig hjemmel, jf. § 28 nr. 1, og skal registreres i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen”

K A/S anvender kaldenavnet (brandet) uden anvendelse af selskabsbetegnelsen for K A/S. Dette fremgår tydeligt af hjemmesiden www.D.dk, bl.a. i bunden af forsiden og under punktet ”Om B – Selskabsoplysninger”.

Navnet er endvidere ikke tegningsmæssigt sidestillet med hovednavnet K A/S og anvendes ikke i denne egenskab, idet aftaler indgås med angivelse af K A/S som aftalepart.

Navnet ”B” anvendes således alene som et uregistreret kaldenavn (brand).

Det bemærkes, at K A/S’ brug af forskellige kaldenavne (brands) ikke adskiller sig fra andre virksomheders brug af kaldenavne (brands) for enkelte forretningsområder, uden at disse er registreret som binavn. Som eksempel kan nævnes H A/S’ [pengeinstitut] brug af brandet ”I” (se hjemmesiden www.I.com), der er en del af H A/S. I er ikke registreret som binavn til H A/S.”

I førnævnte redegørelse af 22. august 2012 har Erhvervsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

...

Erhvervsstyrelsen er enig i sparekassens betragtninger om, at der ikke er pligt til at registrere såkaldte kaldenavne, som i øvrigt ikke er omtalt i lovtæksten i selskabsloven.

Som det fremgår af ... [afgørelsen] deler styrelsen imidlertid ikke sparekassens opfattelse af, at brugen af navnet ”B” er at betragte som et kaldenavn. Efter styrelsens opfattelse udøver sparekassen en del af sin virksomhed under det pågældende navn. Som dokumentation herfor [henvises til] ... en udskrift fra internettet, hvoraf det fremgår, at der ved oprettelse af likvidationskonto for virksomheder og foreninger er krav om,

skal der indsendes dokumenter til B, ... Hertil kommer en hjemmeside under navnet www.B.dk.

Hvis et kaldenavn anvendes som et binavn, således som styrelsen anser navnet "B" for, vil det være i strid med selskabsloven at undlade registrering af navnet som binavn alene fordi, der ikke indgår en lovlig selskabsbetegnelse.

Øvrige bemærkninger

K har både i klageskrivelsen til ankenævnet og i redegørelsen til Erhvervsstyrelsen af 24. maj 2012 henvist til, at H A/S's brug af et uregistreret binavn "I".

For god ordens skyld skal Erhvervsstyrelsen gøre opmærksom på, at navnet "I A/S" er registreret som binavn for selskabet J A/S, CVR-NR. ..., der har hjemsted ... Styrelsen skal endvidere principielt bemærke, at I øvrigt skal styrelsen henlede opmærksomheden på, uanset om der i styrelsens registre vil kunne findes virksomheder, der måtte overtræde selskabslovgivningen, vil dette ikke kunne berettige alle andre virksomheder til at foretage tilsvarende overtrædelser.
..."

I skrivelse af 25. september 2012 har K A/S yderligere anført:

" ...

Der er efter K A/S ikke fremkommet oplysninger ved Erhvervsstyrelsens udtalelse, der ændrer K A/S' opfattelse, og K A/S fastholder derfor, at navnet "B" anvendes som et kaldenavn og ikke som et binavn i selskabsretlig forstand.

...

K A/S skal... uddybende bemærke, at der ikke er tale om, at registrering "undlades" alene fordi, der ikke indgår en selskabsbetegnelse i navnet.

Det er K A/S' opfattelse, at et binavn i selskabsretlig forstand er karakteriseret ved at give en virksomhed mulighed for - i tillæg til hovednavnet - at kunne drive virksomhed og blive forpligtet under dette ekstra navn.

Efter K A/S' opfattelse indtræder der derfor alene pligt til at vedtage og registrere et navn som et binavn efter selskabslovens § 3, såfremt virksomheden tillige skal kunne forpligtes under dette navn.

Som anført i K A/S' redegørelse til Erhvervsstyrelsen af 24. maj 2012 indgås alle aftaler med K A/S og ikke under navnet "B", og K A/S har intet ønske om at skulle kunne blive forpligtet under navnet "B". Der er efter K A/S' følgelig ikke pligt til at vedtage og registrere navnet som binavn."

Advokat L v/advokat M har ved e-mail af 18. marts 2013 på Erhvervsankenævnets forespørgsel vedrørende konsekvensen for klagesagen af, at K A/S er taget under konkursbehandling oplyst blandt andet:

”K A/S’ aktiviteter blev overdraget til N A/S pr. den 26. januar 2013, herunder aktiviteterne i B.

N A/S driver indtil videre B videre i samme form, dvs. som selvstændig forretningsenhed, og under samme navn, som i K A/S’ regi. Integrationen af de tilkøbte aktiviteter er ikke endeligt på plads endnu, og der er herunder ikke taget endelig stilling til, hvordan og i hvilken form, B skal videreføres på sigt.

N A/S har bedt mig meddele, at hvis Erhvervsankenævnet træffer afgørelse i klagesagen over for K A/S under konkurs, som stadfæster Erhvervsstyrelsens oprindelige afgørelse, eller denne afgørelse kommer til at stå ved magt, fordi Erhvervsankenævnet ikke træffer afgørelse i klagesagen over for K A/S, er N A/S indstillet på at optage ”B” som binavn og registrere dette i Erhvervsstyrelsen, såfremt N A/S fortsat ønsker at anvende navnet ”B”.

I givet fald foreslås dette gjort ved at stille forslag herom ved indkaldelse af næste generalforsamling i N A/S.

Det bemærkes, at N A/S allerede har indkaldt til dette års ordinære generalforsamling, der afholdes den 20. marts 2013. Beslutning om binavn kan derfor ikke træffes på den ordinære generalforsamling i år. I henhold til N A/S’ vedtægter er der quorum-krav til beslutning om vedtægtsændringer, der erfaringsmæssigt medfører et behov for at afholde to generalforsamlinger. Som børsnoteret selskab med over 230.000 aktionærer vil det være en uforholdsmæssigt stor og ressourcekrævende opgave at skulle indkalde til to ekstraordinære generalforsamlinger, hvor eneste punkt på dagsordenen er beslutning om optagelse af binavn.

Forslag vil således blive stillet på førstkommende eventuelle ekstraordinære generalforsamling i 2013 og senest på den ordinære generalforsamling i 2014.”

Ankenævnet udtaler:

Ud fra de foreliggende oplysninger, herunder de fremlagte udskrifter fra internettet og i overensstemmelse med det af Erhvervsstyrelsen anførte er det ankenævnets opfattelse, at K A/S før konkursen har udøvet en del af sin virksomhed under navnet ”B”. ”B” skal således registreres som binavn med tilføjelsen ”aktieselskab” eller ”A/S”, og fortsat brug af navnet, uden at det er registreret vil være en overtrædelse af selskabslovens § 2, jf. § 3.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 8. juni 2012.

24) Kendelse af 5. august 2013 (J.nr. 2012-0033336)

Ikke grundlag for at ophæve registrering administrativt. Spørgsmålet om registreringens sletning henhører under domstolene.

Selskabslovens § 15, stk. 2 og § 20.

(Carsten Møllekilde, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 2. januar 2013 har advokat A klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 6. december 2012 har nægtet at slette en registrering af K som direktør i B ApS under tvangsopløsning (nu under konkurs).

Sagens omstændigheder:

Af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 6. december 2012 fremgår:

” ...

B ApS, CVR-nr. ... UNDER TVANGSOPLØSNING

Erhvervsstyrelsen har den 9. oktober 2012 modtaget en meddelelse fra dig vedrørende K's tilknytning til ovennævnte selskab.

Du skriver, at K's indtræden som direktør i selskabet B ApS, er sket uden hans viden og accept.

Du skriver ligeledes, at han ønskes slettet som direktør med tilbagevirkende kraft.

Erhvervsstyrelsen kan på det foreliggende grundlag ikke slette K som direktør, da selskabet er under tvangsopløsning, jf. selskabslovens § 228.

Opmærksomheden henledes på, at styrelsen registrerer visse oplysninger om kapital-selskaber på baggrund af de anmeldelser, som styrelsen modtager fra selskabet selv eller deres rådgivere.

Det er anmelderen, som indestår for rigtigheden af de anmeldte oplysninger, herunder at de anmeldte personer opfylder lovgivningens krav og er villige til at påtage sig hvervet/stillingen.

K indtrådte som direktør den 21. december 2011, hvilket blev registreret på webreg den 23. december 2012.

Anmelderen var C fra D ApS, ...

Hvis der efter K's opfattelse er sket noget strafbart, har han mulighed for at indgive politianmeldelse herom.

...”

I klageskrivelsen af 2. januar 2013 har advokat A anført:

” ...

Med henvisning til selskabslovens § 228 nægter Erhvervsstyrelsen at slette oplysningerne om min klient K som direktør i selskabet, under henvisning til, at selskabet er under tvangsopløsning.

Registreringen af K som direktør er sket uden hans accept og viden. Han har aldrig været direktør i selskabet.

Jeg har taget kontakt til anmelderen, Statsautoriseret revisor C fra D ApS. C har afvist, at anmeldelsen er sket på et forkert grundlag, men kan ikke dokumentere, at min klient har samtykket til registreringen. Kopi af korrespondance er vedlagt. Under henvisning til Erhvervsstyrelsens bemærkninger har jeg set mig nødsaget til at indgive politianmeldelse mod C. Kopi af politianmeldelse er vedlagt.

Selskabslovens § 228 har til formål at skabe klarhed om de personer, der er ansvarlige for selskabet på tidspunktet for oversendelse til tvangsopløsning. De oplysninger, der fremgår af selskabsregistret skal derfor være rigtige. Det strider mod bestemmelsens formål at opretholde urigtige oplysninger, der hviler på et retsstridigt grundlag. Derfor – og af hensynet til at afværge skuffede forventninger hos eventuelle kreditorer og andre tredjemænd, skal min klient straks slettes fra registret med tilbagevirkende kraft.

Det følger af lex specialis bestemmelsen i persondatalovens § 37, som implementerer persondatadirektivets artikel 6 (d), at den dataansvarlige skal berigtige, slette eller blokere oplysninger, der viser sig urigtige eller vildledende eller på lignende måde er behandlet i strid med lov eller bestemmelser udstedt i medfør af lov, hvis en registreret person fremsætter anmodning herom.

Anmodningen til Erhvervsstyrelsen om berigtigelse af misvisende oplysninger, der er retsstridigt registreret, har ikke karakter af en selskabsretlig anmeldelse, men derimod en anmodning om berigtigelse af persondata, hvorfor der pr. definition ikke er tale om en registrering i selskabslovens forstand.

Registreringen af K som direktør er sket uden hans accept og viden. Han har aldrig været direktør i selskabet. Oplysningerne i selskabsregistret er ukorrekte. Jeg skal anmode Erhvervsankenævnet om at pålægge Erhvervsstyrelsen straks og med tilbagevirkende kraft at slette alle oplysninger om min klient som tidligere direktør i B ApS.

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 22. februar 2013 oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Den 23. december 2011 anmeldte C, D ApS, ... via Erhvervsstyrelsen it-registreringssystem WEBREG, at K ..., indtrådte som direktør pr. 21. december 2011. Som dokumentation var vedhæftet forhandlingsprotokollat af 21. december 2011.

Den 9. oktober 2012 modtog Erhvervsstyrelsen pr. fax og e-mail anmodning fra advokat A ved advokatfuldmægtig E om at slette registrering af K som direktør i ovenstående selskab. Begrundelsen for anmodningen var, at registreringen af K som direktør var sket uden hans accept og vidende. Registrering ønskedes slettet med tilbagevirkende kraft.

Erhvervsstyrelsen behandlede anmodningen den 6. december 2012 og nægtede i den forbindelse registrering med henvisning til, at der er sket registrering i overensstemmelse med anmeldelsen, og at selskabet i øvrigt den 3. september 2012 var kommet under tvangsopløsning, hvorfor der ikke kan foretages registreringer vedrørende kapitalsselskabet bortset fra ændringer vedrørende eventuelt revisor valgt af skifteretten til revision af årsrapporten. (styrelsens journalnummer 12-371.773)

Sø- og Handelsrettens Skifteretsafdeling har den 5. december 2012 afsagt konkursdekret vedrørende selskabet. Dette blev registreret i Erhvervsstyrelsens system den 11. december 2012.

Sagens retlige omstændigheder

Advokat A ønsker, at Erhvervsstyrelsen foretager en sletning af K's tilknytning som direktør i selskabet B ApS UNDER KONKURS, CVR-nr. ..., herunder at sletningen sker med tilbagevirkende kraft.

Følgende fremgår af selskabslovens § 20, stk. 1:

Mener nogen bortset fra i tilfælde, der omfattes af § 109, at en registrering vedrørende en beslutning, som er truffet af generalforsamlingen eller selskabets ledelse, er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om sletning af registreringen under domstolene.

I lovbemærkningerne til § 20 fremgår følgende:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan alene administrativt ændre registreringer, hvis der er tale om en utilsigtet fejlskrift fra anmelders side i de tilfælde, hvor anmeldelse er registreret ved brug af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens tilbudte it-registreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektioner af registreringer. Der er foretaget i forbindelse med sagsbehandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvis fejlen beror på en sagsbehandlerfejl. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede åbenbart er en nullitet.

I Erhvervsankenævnets sag nr. 2006-0009492 af 21. november 2007 fremgår følgende under ”Ankenævnet udtaler”:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er registreringsmyndighed i forhold til oplysninger, der skal anmeldelse til registrering i henhold til aktieselskabsloven, jf. lovens kapital 19. En stedfunden registrering foretaget i overensstemmelse med anmeldelsen for hvilken anmelder, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 5, indestår for lovligheden af, kan efter ankenævnets opfattelse, hverken på styrelsens eget initiativ eller efter modtagen klage fra nogen, der mener sig krænket af en registrering, genoptages med henblik på genbehandling af anmeldelse og udslettelse af den allerede skete registrering, medmindre denne beror på en fejlskrift, eller af anden grund åbenbart er en nullitet.

Selskabslovens § 15 fastslår, at den, der registrerer forhold i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system, indestår for, at registrering er lovligt foretaget, og at dokumentationen i forbindelse med registreringen er gyldig.

Endvidere fremgår det af selskabslovens § 228, at der ikke kan foretages registreringer i et selskab under tvangsopløsning, udover ændringer af revisor valgt af skifteretten.

Selskabet er den 3. september 2012 sendt til Sø- og Handelsrettens Skifteafdeling med anmodning om opløsning. Den 5. december 2012 afsagde Skifteafdelingen konkursdekret.

Styrelsens vurdering

Blandt de bilag som advokat A har medsendt sin klage er en e-mail fra anmelderen af den oprindelige ledelsesændring C. I e-mail står følgende: *Vedhæftet grundlaget for registreringen. Jeg har ikke nogen grund til at tro, at dette er sket uberettiget.*

Endvidere er der vedhæftet et forhandlingsprotokollat underskrevet af F, der indholdsmæssigt er identisk med det bilag, som er vedlagt den oprindelige anmeldelse/registrering af ledelsesændring, samt paskopi for G. Styrelsen har ikke foretaget en vurdering af rigtigheden af den indsendte dokumentation – styrelsen har således blot konstateret, at dokumentation er indsendt.

Det er styrelsens vurdering, at selskabslovens § 20, finder anvendelse på det pågældende forhold.

I forlængelse heraf er det styrelsens vurdering, at ingen af de beskrevne undtagelser til registrerings sletning finder anvendelse på den pågældende sag. Derfor er det styrelsens vurdering, at kompetencen til beslutning om sletning af en foretaget registrering ligger hos domstolene, jf. selskabslovens § 20, stk. 1.

Da selskabet blev sendt til tvangsopløsning hos Skifteretten den 3. september 2012, fremgår det direkte af selskabslovens regler, at der ikke kan ske ændringer i selskabets registrerede forhold udover eventuel revisor valgt af skifteretten. Der indrømmes ikke i selskabsloven eller i bemærkningerne hertil undtagelsesmuligheder til denne bestemmelse.

Styrelsen vurderer på baggrund af ovenstående, at både selskabslovens § 20 og § 228 samt styrelsens administrative praksis er til hinder for, at der kan ske registrering i selskabet. Dermed kan sletning af en tidligere foretaget registrering ikke foretages, hvorfor styrelsen fastholder afgørelsen af 6. december 2012, styrelsens journalnummer 12-371.773.

Det af klageren anførte med hensyn til persondataloven kan efter styrelsens opfattelse ikke føre til et andet resultat.

...”

I skrivelse af 22. marts 2013 har advokat A yderligere anført:

”...

Jeg kan tiltræde, at selskabslovens § 20 finder anvendelse på det pågældende forhold. Jeg skal dog bestride, at ingen af de i lovbemærkningerne nævnte undtagelser finder anvendelse i nærværende sag.

Beslutningen truffet på den ekstraordinære generalforsamling den 21. december 2011 om at indsætte min klient som direktør i selskabet, er ugyldig. Min klient, K, har aldrig accepteret eller haft kendskab til indsættelsen af ham som direktør i selskabet. Det forelagte beslutningsreferat er ugyldigt.

Revisor har foretaget registreringen på baggrund af urigtige oplysninger, der hviler på et retsstridigt grundlag. Webregistreringen er ulovlig.

Erhvervsstyrelsen både kan og skal i dette konkrete tilfælde administrativt ændre registreringen af min klient som direktør i selskabet, da det registrerede er en åbenbar nullitet.

I relation til Erhvervsstyrelsens henvisning til ordlyden i selskabslovens § 228 skal jeg fastholde, at anmodningen til Erhvervsstyrelsen om berigtigelse af misvisende oplysninger, der er retsstridigt registreret, ikke har karakter af en selskabsretlig anmeldelse, men derimod en anmodning om berigtigelse af persondata, hvorfor der pr. definition ikke er tale om en registrering i selskabslovens forstand.

Som ligeledes fremhævet i min klage af 2. januar 2013 strider det desuden mod bestemmelsens formål at opretholde urigtige oplysninger, der hviler på et retsstridigt grundlag.

Af lovbemærkningerne til selskabslovens § 228 fremgår følgende:

”Formålet er at skabe klarhed om de personer, der er ansvarlige for selskabet på tidspunktet for selskabets oversendelse til tvangsopløsning.”

Jeg skal desuden fastholde min henvisning til lex specialis bestemmelsen i persondatalovens § 37 som implementerer persondatadirektivets artikel 6 (d).

Med henvisning til det af Erhvervsstyrelsens anførte om, at henvisningen til persondataloven ikke kan føre til et andet resultat og underforstået ik-

ke har karakter af *lex specialis*, skal jeg henvise til instruktionsreglen – ”*Har en administrativ myndighed en skønsmæssig beføjelse, og er den pågældende beføjelse helt eller delvist reguleret af international ret, skal myndigheden udnytte sine beføjelser på en sådan måde, at brud på international ret undgås.*” jf. Zahle ”Regering, forvaltning og dom” Ejlers forlag 1996, p. 273. Erhvervsstyrelsen har således pligt til at fortolke selskabslovens bestemmelser i lyset af persondatadirektivet.

Det skal sammenfattende bemærkes, at såfremt det ikke pålægges erhvervsstyrelsen at slette en registrering, der er en så åbenbar nullitet, vil dette være i modstrid med undtagelsesbestemmelserne til selskabslovens § 20, gå imod formålet med selskabslovens § 228 og samtidig være direkte stridende mod *lex specialis* persondatalovens § 37. Endelig må en fortolkning af selskabslovens § 20 under alle omstændigheder føre til, at oplysningerne skal berigtiges idet fortolkningen skal ske under hensyn til persondatadirektivet.”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til selskabslovens § 20 hører spørgsmålet om sletning af en registrering under domstolene, såfremt nogen mener, at en registrering vedrørende en beslutning, som er truffet af generalforsamlingen eller selskabets ledelse, er den pågældende til skade.

Af lovbemærkningerne (L 170 fremsat den 25. marts 2009) til § 20 fremgår:

”...

Med forslaget er der tale om en videreførelse af den gældende § 159 b, stk. 3, i aktieselskabsloven og § 78, stk. 3, i anpartsselskabsloven om, at kun domstolene kan afgøre spørgsmålet om en registrerings sletning. Der er ikke tilsigtet materielle ændringer i forhold til den gældende retstilstand, men alene foreslået mindre redaktionelle ændringer.

Bestemmelsen vedrører alene afgørelsen af spørgsmål om registreringer, der er udløst af beslutninger, som er truffet af kapitalsselskabets generalforsamling eller ledelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan alene administrativt ændre registreringer, hvis der er tale om en utilsigtet fejlskrift fra anmelders side i de tilfælde, hvor anmeldelse er registreret ved brug af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens tilbudte it-registreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektioner af registreringer, der er foretaget i forbindelse med sagsbehandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvis fejlen beror på en sagsbehandlerfejl. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede åbenbart er en nullitet.

...”

Det følger endvidere af selskabslovens § 15, stk. 2, at en anmelder, der registrerer et forhold i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system eller indsender anmeldelse herom til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system, indestår for, at registreringen eller anmeldelsen er lovligt foretaget, herunder at der foreligger behørig fuldmagt, og at dokumentationen i forbindelse med registreringen eller anmeldelsen er gyldig.

Det fremgår af sagen, at statsautoriseret revisor C den 23. december 2011 via Erhvervsstyrelsens it-registreringssystem, webreg, registrerede K som direktør i det omhandlede selskab. Det fremgår endvidere af mail af 16. december 2012 fra C til klagers advokat, at registreringen skete på grundlag af et generalforsamlingsprotokollat og kopi af K's pas. I mailen oplyste revisor, at han ikke havde grund til at tro, at registreringen var sket uberettiget. Ifølge generalforsamlingsprotokollatet, der er underskrevet af dirigenten, F, valgtes K som ny direktør på en ekstraordinær generalforsamling afholdt den 21. december 2011.

Da der således ikke er tale om en ”utilsigtet fejlskrift fra anmelders side”, og da der ikke øvrigt foreligger omstændigheder, der kan danne grundlag for at ophæve den skete registrering administrativt, tiltræder ankenævnet, at spørgsmålet om registreringens sletning henhører under domstolene.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 6. december 2012.

25) Kendelse af 5. august 2013 (J.nr. 2013-0033468)

Sag hjemvist til Erhvervsstyrelsens fornyede behandling af uberettigede registreringer, der ikke afspejler beslutninger truffet af det klagende selskabs generalforsamling eller ledelse.

Selskabslovens § 15, stk. 1 og § 20.

(Niels Walther-Rasmussen, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 17. januar 2013 har advokat A klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 20. december 2012 har nægtet at slette nogle registreringer vedrørende K ApS foretaget via webreg.dk af en i forhold til selskabet uvedkommende person, således at registreringerne ikke fremgår af selskabets registreringshistorik.

Sagens omstændigheder:

Af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. december 2012 fremgår:

” ...

Som følge af de registreringer som B har foretaget i K ApS, har du anmodet Erhvervsstyrelsen om, at der oprettes en kodespærre på selskabet, at B's registreringsadgang spærres, at de registreringer som B har foretaget i selskabet slettes, således at de ikke fremgår af registreringshistorikken og at du modtager aktindsigt i de af B's foretagne anmeldelser og registreringer.

Styrelsen kan oplyse at kodespærningen på selskabet er oprettet.

De anmodede dokumenter vedrørende B's registreringer blev fremsendt pr. mail den 11. december 2012. Samtidig skal styrelsen undskyldes, at du ikke tidligere har modtaget de anmodede dokumenter.

I forhold til din anmodning om at B's registreringsadgang spærres, skal styrelsen oplyse, at det ikke har mulighed for at spærre brugere af Webreg efter anmodning fra tredjemand.

Erhvervsstyrelsen vil på baggrund af sagen vurdere, om betingelserne for at lukke brugerens adgang er til stede i henhold til § 5, stk. 3 i bekendtgørelse nr. 675 af 26. juni 2012.

Endelig har du anmodet om, at de af B's foretagende registreringer slettes, således at de ikke fremgår af selskabets registreringshistorik.

Styrelsen beklager at måtte meddele, at styrelsen ikke kan imødekomme dette ønske, da styrelsen ikke her hjemmel hertil. Dette skyldes at udslettelse af en registrering henhører under domstolene jf. § 20 i selskabsloven.

Da styrelsen ikke har modtaget dokumentation fra B på, at han har været berettiget til at foretage de pågældende registreringer, og selskabets bestyrelse har erklæret, at registreringerne er sket uberettiget, vil styrelsen dog offentliggøre følgende tekst på selskabets registreringsblad:

”Vedrørende CVR-NR. ... NAVN: K ApS, der tillige driver virksomhed under binavnene C ApS, D ApS OG E ApS meddeles, at der i periode mellem den 22.10.2012 og den 06.11.2012 er registreret uberettigede ændringer i selskabets registrerede forhold.

Følgende registreringer er sket uberettiget:

22.10.2012 Cvr-nr.: ... D ApS

Direktion:

Indtrådt i direktionen: B, ..., den 10.10.2012.

23.10.2012 Cvr-nr.: ... K ApS

Ny adresse: c/o B, ...

Ny kommune: ...

23.10.2012 Cvr-nr.: ... K ApS

Direktion: Tiltrådt som adm. dir: B, den

12.10.2012, Fratrådt som adm. dir tiltrådt som Økonomidirektør:

F, den 12.10.2012.

06.11.2012 Cvr-nr.: ... K ApS

Direktion:

Udtrådt af direktionen: F, den 23.10.2012.

Indtrådt i direktionen: B, (adm. dir), ..., den 23.10.2012.”

...”

I klageskrivelsen af 17. januar 2013 har advokat A anført:

”Klage over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. december 2012, K ApS

På vegne af min klient, K ApS, skal jeg hermed indbringe Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. december 2012, som vedlægges i kopi, for Erhvervsankenævnet, med påstand om, at afgørelsen ophæves og sagen hjemvises til Erhvervsstyrelsen med henblik på berigtigelse (sletning af uberettigede registreringer) som anmodet.

...

Sagens omstændigheder er beskrevet i vedlagte anmeldelse med bilag af 6. november 2012 til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet. Som det fremgår heraf, vedrører sagen i relation til Erhvervsstyrelsen en række registreringer foretaget via webreg.dk i perioden 22. oktober 2012 til 6. november 2012 af en person ved navn B, som intet har at gøre med min klient, og som ikke havde nogen lovlig adgang til at foretage de anførte registreringer. Registreringerne blev foretaget som led i en et forsøgt svindelnummer mod min klient som nærmere beskrevet i politianmeldelsen.

Da de uberettigede ændringer og svindelforsøget over for min klient blev opdaget, rettede jeg straks, sideløbende med politianmeldelsen, henvendelse til Erhvervsstyrelsen med følgende anmodninger, jf. min e-mail af 6. november 2012, som vedlægges i kopi:

- 1) at der straks oprettes kodespærre på selskabet,
- 2) at B's registreringsadgang spærres,
- 3) at de foretagne svindelregistreringer slettes, således at de ikke fremgår af registreringshistorikken og
- 4) at jeg modtager aktindsigt i de af B foretagne anmeldelser og registreringer.

...

Nærværende klage vedrører Erhvervsstyrelsens afgørelse i forhold til ... [punkt 3], hvor det som nævnt er min påstand, at styrelsens afgørelse skal ophæves, og sagen hjemvises til styrelsen med henblik på at foretage den ønskede berigtigelse af selskabets.

Min klient har en indlysende interesse, i at disse åbenbart uberettigede og for selskabet helt uvedkommende registreringer foretaget af en for selskabet ubekendt person som led i et svindelforsøg slettes fuldstændigt fra selskabets registreringshistorik og således ikke fremgår af selskabsrapporter, som kan trækkes fra CVR.dk og typisk anvendes i en række for-

retningsmæssige sammenhænge i forbindelse med kontraktsindgåelser, kreditvurderinger m.v.

Til støtte for klagen skal jeg henvise til, at selskabslovens § 20 efter min opfattelse ikke finder anvendelse i den foreliggende situation.

Det fremgår udtrykkeligt af forarbejderne til § 20, at bestemmelsen alene vedrører afgørelse af spørgsmål om registreringer, der er udløst af beslutninger, som er truffet af kapital-selskabets generalforsamling eller ledelse.

I det foreliggende tilfælde er der ikke truffet nogen beslutning af kapital-selskabets ledelse. Der er derimod tale om, at en selskabet ubekendt person uden nogen bemyndigelse eller anden adkomst hertil har foretaget registreringer af ændringer i selskabets forhold, som aldrig har fundet sted.

Som det fremgår af den citerede del af den indbragte afgørelse, har Erhvervsstyrelsen i sin sagsbehandling lagt til grund, at de af B foretagne registreringsændringer var uberettigede.

Registreringerne er således sket i strid med selskabslovens § 15, stk. 1 og 2.

Af forarbejderne til selskabslovens § 20 fremgår endvidere (min understregning):

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan alene administrativt ændre registreringer, hvis der er tale om en utilsigtet fejlskrift fra anmelders side i de tilfælde, hvor anmeldelse er registreret ved brug af de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tilbudte it-registreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektioner af registreringer, der er foretaget i forbindelse med sagsbehandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvis fejlen beror på en sagsbehandlingsfejl. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede åbenbart er en nullitet.”

Af Erhvervsankenævnets kendelse af 22. november 2000 i sag 00-106.934 fremgår det, at Erhvervsstyrelsen (dengang Erhvervs- og Selskabsstyrelsen) omkring adgangen til at foretage administrative rettelser udtalte (min understregning):

Det er styrelsens opfattelse, at styrelsen som administrativ myndighed ikke har adgang til at ophæve eller ændre en allerede foretaget registrering. I teorien antages, at styrelsen dog kan slette en registrering, der er sket ved ekspeditionsfejl i styrelsen, og formentlig også en registrering, der må anses for en nullitet, idet den åbenbart er sket med urette.”

De registreringer, som B har foretaget, er netop nulliteter, da de som beskrevet ovenfor og som skriftligt bekræftet af selskabets bestyrelse åbenbart er sket med urette og vedrører ændringer, som aldrig er kommet til eksistens.

Med henvisning til den nævnte kendelse fra Erhvervsankenævnet skal jeg desuden understrege, at det ikke er afgørende, om det har været åbenbart for Erhvervsstyrelsen på tidspunktet for registreringernes foretagelse, at der var tale om nulliteter. I kendelsen kom nævnet således frem til, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skulle berigtige en tegningskurs, som ved en fejl fra registrantens side var blevet registreret som kurs 100, men rettelig i henhold til beslutningen om kapitalforhøjelse var kurs 952,88, selv om Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke havde haft anledning til at opdage fejlen.

Jeg gør på den baggrund gældende, at Erhvervsstyrelsen bør pålægges at foretage den anmodede administrative berigtigelse.”

Af den i klageskrivelsen omtalte henvendelse af 6. november 2012 til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet fremgår:

” ...

Jeg henvender mig som advokat for K ApS, CVR-nr. ... i forbindelse med konstateret svindel overfor min klient.

Ifølge selskabets registreringer hos webreg.dk, blev selskabets direktion den 22. oktober 2012 suppleret med en person ved navn B med adresse Dette er tillige adressen for bostedet ..., som er et botræningstilbud til unge med Aspergers Syndron (...). Jeg har i dag været i kontakt med bostedets souschef G, som bekræfter, at der her er anbragt en 18-årig person ved navn B.

Den 23. oktober 2012 blev der foretaget forskellige ændringer i direktionen og i selskabets hjemsted og virksomhedsadresse. Selskabet fik derved adresse hos B.

Min klient har **intet** haft med disse registreringer at gøre og kender intet til B. B har således ingen lovlig adgang til at foretage de anførte registreringer.

Min klient blev bekendt med svindlen, da det engelske selskab H Ltd. kontaktede min klient i forbindelse med, at B angiveligt under foregivende af at være direktør for min klient havde forsøgt at indgå et partnerskab med H Ltd. JEg vedlægger en mail fra min klient med oplysninger herom.

I dag har jeg strakt foretaget tilbageregistreringer med henblik på at få berigtiget de uautoriserede registreringer. Jeg har samtidig været i kontakt med ... fra Erhvervsstyrelsen med henblik på at få stoppet yderligere svindel med selskabets registreringer. Under vores samtaler kunne Erhvervsstyrelsen konstatere, at B i dag via sin digitale adgang genindsatte sig i direktionen i selskabet og fjernede den retmæssige direktør. Samtidig ændrede han adressen til c/o B.

Jeg har nu atter foretaget tilbageregistrering til rette forhold. For at forhindre at B fortsætter svindlen, skal jeg anmode om, at politiet straks agerer på denne anmeldelse og foretager sig det fornødne, herunder beslaglægger B's computer.

Jeg vedlægger kopi af sammenskrevet resume fra Erhvervsstyrelsen, som viser registreringshistorikken. Jeg vedlægger endvidere en erklæring underskrevet af selskabets bestyrelse.

Jeg står naturligvis til rådighed i enhver henseende i forhold til ovenstående og anmoder samtidig om, at sagen hastebehandles.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 25. februar 2013 udtalt:

” ...

Retligt grundlag

Det er Erhvervsstyrelsen opfattelse, at selskabslovens § 20 finder anvendelse på det pågældende forhold, også selvom den pågældende registrering er foretaget i strid med selskabslovens § 15.

Navnlig finder styrelsen, at § 20 er relevant i henhold til forarbejderne til bestemmelsen, som klager selv citerer i sin klage til Erhvervsankenævnet.

Endvidere skal styrelsen påpege, at domstolene ud over de i § 20 nævnte tilfælde, (hvor der foreligger en beslutning) i henhold til domstolens almindelige kompetence, er kompetente til at tage stilling til, om en registrering skal ændres.

Det er således Erhvervsstyrelsens opfattelse, at selskabslovens § 20 ikke indskrænker domstolens almindelige kompetence.

Erhvervsstyrelsens udtalelse

Erhvervsstyrelsen modtager den 6. november 2012 A's anmodning om, at de af B foretagne registreringer slettes, på en måde så de ikke længere fremgår af selskabets historik.

Dette har styrelsen afvist, da det er styrelsen opfattelse, at styrelsen ikke har hjemmel til at foretage den handling, som advokat A har anmodet om.

Som det fremgår, at bemærkningerne til selskabslovens § 20, som viderefører aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, og anpartsselskabslovens § 78, og Erhvervsstyrelsens administrative praksis, som er stadfæstet af Erhvervsankenævnet, er styrelsen i visse tilfælde berettiget til administrativt at ændre registreringer, uden at der foreligger en dom herom.

Det fremgår direkte af forarbejderne til bestemmelsen, at styrelsen kan gøre dette i følgende tilfælde:

”... hvis der er tale om en utilsigtet fejlskift fra anmeldes side i de tilfælde, hvor anmeldelse er registreret ved brug af de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tilbudte it-registreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektionen af registreringer, der er foretaget i forbindelse med sagsbehandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvis fejlen beror på en sagsbehandlerfejl. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede åbenbart er en nullitet.”

Kommer Erhvervsstyrelsen konkret frem til, at styrelsen er berettiget til at foretage en administrativ ændring af en foretaget registrering, sker en sådan ændring af de registrerede forhold i praksis ved, at styrelsen fortager en ny registrering. Den ny registrering bliver tilføjet en supplerende tekst, som begrundet og forklarer den ændring, som styrelsen administrativt har foretaget.

I sådanne tilfælde slettes den tidligere foretagne registrering således ikke men suppleres af den registrering, som styrelsen har foretaget.

I den konkrete sag havde selskabets advokat imidlertid allerede berigtiget registreringen ved at registrere B ud af selskabets direktion og indsætte den gamle direktør igen.

Styrelsen har derfor i den konkrete sag ikke haft anledning og mulighed for at ændre de registrerede forhold, idet de uberettigede registreringer allerede var berigtiget ved efterfølgende registreringer.

Styrelsen har dog af hensyn til selskabet samt tredjemand, der kan have støttet ret på de registrerede oplysninger, offentliggjort en oplysning på selskabets registreringsblad, om at selskabet har været udsat for uberettigede registreringer.

Dette er sket efter forudgående orientering af selskabets advokat.

Styrelsen finder på det ovenstående grundlag, at styrelsen har behandlet anmodningen om administrativ udsætning af de skete registreringer i overensstemmelse med selskabsloven og dennes forarbejder, styrelsens praksis samt Erhvervsankenævnets praksis, herunder den af klager citerede Erhvervsankenævns sag.

Særligt om hensynet til offentligheden

Erhvervsstyrelsen har som registrerings- og offentliggørelsesmyndighed et særligt hensyn at tage til offentligheden, herunder de virksomheder og personer, der i god tro erhverver og benytter de af Erhvervsstyrelsen offentliggjorte oplysninger.

Klager anfører, at personen, som har registreret sig ind i selskabets ledelse, har forsøgt at indgå aftale med én tredjemand på vegne af selskabet.

Det er uvist om, der er indgået aftaler med andre.

Det forhold, at tredjemand således kan have støttet ret på de oplysninger, som er registreret i Erhvervsstyrelsen, understøtter efter styrelsen opfattelse, at det i overensstemmelse med styrelsens praksis er uholdbart at slette de nu historiske oplysninger fra selskabets registreringsblad.

Tredjemand kan således have behov for at kunne dokumentere, at personen, som har udgivet sig for at være direktør for det pågældende selskab, har kunnet fremvise et officielt bevis herfor, i form af udskrift fra Erhvervsstyrelsen.

Det er styrelsens opfattelse, at offentligheden derfor har en legitim og berettiget interesse i, at registreringer ikke bare fjernes fra Erhvervsstyrelsens register.

Styrelsen finder det uholdbart at slette oplysningerne helt, da der således kan være officielle udskrifter fra Erhvervsstyrelsen, hvor B fremgår som en del af ledelsen, og andre senere udskrifter, hvor disse historiske oplysninger ikke fremgår.

Styrelsen finder, at hensynet til offentlighedens interesse må veje tungere end de eventuelle gener, som det kan påføre selskabet, at der fremgår nogle forskellige ledelsesændringer af selskabets historiske registrerede oplysninger. Erhvervsstyrelsen finder derudover, at styrelsen i fornødent omfang har imødegået de eventuelle gener, som de pågældende registreringer kan tænkes at medføre for selskabet, ved at styrelsen direkte har tilføjet til selskabets registrerede oplysninger, at de registreringer, som B har foretaget, er foretaget uberettiget.

Det er styrelsens vurdering, at hensynet til selskabet, samt offentlighedens interesser i korrekte historiske oplysninger om selskabet, herved er varetaget på den bedste måde.

...”

I skrivelse af 8. april 2013 har advokat A yderligere anført:

” ...

Ad selskabslovens § 20 og domstolenes kompetence:

Jeg fastholder, at selskabslovens § 20 ikke er anvendelig i den foreliggende situation, som ikke vedrører beslutninger truffet af selskabets ledelse, jf. direkte bestemmelsens ordlyd.

Jeg bestrider i øvrigt i sagens natur ikke, at domstolene vil være kompetente til at pålægge Erhvervsstyrelsen at foretage den ønskede ændring, hvis Erhvervsankenævnet ikke måtte give mig medhold i klagen. Det be-

tyder imidlertid ikke, at styrelsen ikke har hjemmel til at foretage den ønskede ændring.

Ad Erhvervsstyrelsens hjemmel til og praksis for administrative registreringsændringer:

Som anført i klagen falder det efter min opfattelse helt utvivlsomt inden for Erhvervsstyrelsens kompetence at foretage den anmodede sletning af B's uberettigede registreringer, som selskabsretligt åbenbart må betragtes som nulliteter. Jeg henviser igen til styrelsens egen udtalelse refereret i Erhvervsankenævnets kendelse af 22. november 2000 i sag 00-106.934 – som er helt i tråd med forarbejderne til selskabslovens § 20:

”Det er styrelsens opfattelse, at styrelsen som administrativ myndighed ikke har adgang til at ophæve eller ændre en allerede foretaget registrering. I teorien antages, at styrelsen dog kan slette en registrering, der er sket ved ekspeditionsfejl i styrelsen, og formentlig også en registrering, der må anses for en nullitet, idet den åbenbart er sket med urette.”

Som det fremgår, tales der her om at ophæve *eller* ændre en allerede foretaget registrering, ligesom det klart fremgår, at styrelsen anser sig som kompetent til at *slette* en registrering, som er en nullitet, fordi den åbenbart er sket med urette.

Uanset, at Erhvervsstyrelsen oplyser, at en administrativ ændring af en registrering efter styrelsens sædvanlige praksis sker ved, at styrelsen foretager en ny registrering, hvorved den historiske registrering bibeholdes, er det efter min opfattelse oplagt ikke ensbetydende med, at styrelsen ikke har hjemmel til administrativt at foretage en egentlig sletning af en registrering, hvis det måtte være nødvendigt ud fra den konkrete sags omstændigheder for at ophæve de skadevirkninger for det berørte selskab, som de uberettigede registreringer har medført.

I den foreliggende sag har min klient som anført i klagen en indlysende interesse i den anmodede sletning af de uberettigede registreringer. Således anvendes de offentligt tilgængelige CVR-udskrifter i vidt omfang i en lang række selskabsretlige og kommercielle sammenhænge, herunder i forbindelse med kreditvurderinger, kontraktsindgåelser, virksomhedsoverdragelser og lignende, hvor det er afgørende, at der ikke fremgår noget af CVR-oplysningerne, som kan give et negativt indtryk af selskabet.

I den sammenhæng medfører den berigtigelse, som Erhvervsstyrelsen har optaget på selskabets registreringsblad faktisk i sig selv en yderligere potentiel skadevirkning for selskabet, da den – uden at de nærmere omstændigheder er oplyst – kan give indtryk af et selskab med ”rod i ledelsesforholdene”, intern splid eller lignende.

De skadevirkninger, som min klient er blevet påført af en for dem helt ubekendt person, som intet har at gøre med selskabet, og som min klient er ganske uden skyld i, kan således kun imødegås ved at foretage den

administrative sletning af de uberettigede registreringer, som jeg har anmodet om.

Ad hensynet til offentligheden:

Erhvervsstyrelsen gør i sin udtalelse gældende, at hensynet til offentligheden, som det er styrelsens opgave at varetage, taler afgørende imod at foretage den anmodede registrering.

Det er jeg helt uenig i.

Hvis en tredjemand måtte have behov for at kunne dokumentere, at B i en periode var registreret som ledelsesmedlem i selskabet, kan denne dokumentation uden problemer fremskaffes ved at rette henvendelse til Erhvervsstyrelsen som kompetent myndighed på området og få indsigt i forløbet omkring de uberettigede registreringer og efterfølgende sletning heraf.

Eventuelle tredjeparter, som måtte have et sådant behov, vil i sagens natur være bekendt med, at B fremstod som eller angav sig som ledelsesmedlem i selskabet, og vil måske endda som anført af Erhvervsstyrelsen være i besiddelse af en CVR-udskrift, som udviser dette. Det vil derfor være helt naturligt for sådanne parter at rette henvendelse til Erhvervsstyrelsen for at få sagen belyst, hvis det efterfølgende konstateres, at den aktuelle CVR-registrering ikke stemmer overens hermed.

Det ligger naturligvis ikke i min begæring om aktindsigt, at de uberettigede registreringer også skal slettes fra Erhvervsstyrelsens interne systemer og journaler, ligesom selve den forvaltningsretlige sag om sletningsanmodningen, herunder den efterfølgende klagesag, vil være underlagt sædvanlig offentlighed gennem reglerne i offentlighedsloven.

At der kan være enkelte tredjeparter, som har en interesse i at få de nævnte oplysninger, der som nævnt uden problemer kan fremskaffes fra Erhvervsstyrelsen, kan efter min opfattelse helt utvivlsomt ikke veje tungere end hensynet til at fjerne den løbende skadevirkning, som en fastholdelse af de foretagne registreringer, herunder Erhvervsstyrelsens berigtigelse, medfører for min klient i forhold til alle eksisterende og fremtidige samhandelspartnere, investorer, långivere m.v. og offentligheden i øvrigt.

Den løsning, som Erhvervsstyrelsen ønsker at fastholde, er således helt uproportional i forhold til at sikre de legitime interesser, som offentligheden måtte have i at kunne få indsigt i de foretagne uberettigede registreringer, og den indebærer en yderligere og fortsat løbende krænkelse af min klient, som er helt unødvendig, da den relevante dokumentation nemt kan skaffes på anden måde, uden at fastholde krænkelsen af min klient.

Erhvervsstyrelsens løsning svarer efter min opfattelse til, at en person, som er blevet udsat for injurier publiceret på en hjemmeside, må tåle, at krænkelse bliver stående på hjemmesiden blot med en tilføjelse om,

at de er uberettigede – af hensyn til, at tredjeparter, som måtte have refereret injurierne kan have en interesse i at kunne dokumentere, at de stod på den pågældende hjemmeside – og selv om sådan dokumentation nemt kan fremskaffes på anden måde, som ikke indebærer en fortsat krænkelse af offeret.

Tilsvarende svarer det til, at et museum får mulighed for at få et stjålet maleri tilbage, men må tåle at det påføres et permanent stempel med oplysning om, at det i en bestemt periode har været stjålet – blot af hensyn til, at eventuelle mellemkommende købere af maleriet kan bevise, at de købte et stjålet maleri.

Jeg fastholder på den baggrund, at Erhvervsstyrelsen bør pålægges at foretage den anmodede administrative sletning.”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af selskabslovens § 15, stk. 1, at registrering ikke må finde sted, hvis det forhold, der ønskes registreret, ikke opfylder bestemmelser i loven, bestemmelser fastsat i henhold til loven eller selskabets vedtægter. Registrering må heller ikke finde sted, hvis den beslutning, der lægges til grund for registreringen, ikke er blevet til i overensstemmelse med de forskrifter, som er fastsat i loven, bestemmelser, der er fastsat i henhold til loven, eller som selskabets vedtægter fastlægger.

Det fremgår af sagen, at der i perioden fra 22. oktober til 6. november 2012 via webreg blev foretaget en række registreringer vedrørende det klagende selskabs forhold, blandt andet om ændringer i direktionen. Registreringerne blev foretaget af en person uden nogen form for tilknytning til klager og uden klagers samtykke, og uden at personen afgav dokumentation for sin ret til at foretage registreringerne.

I henhold til selskabslovens § 20 hører spørgsmålet om sletning af en registrering under domstolene, såfremt nogen mener, at en registrering vedrørende en beslutning, som er truffet af generalforsamlingen eller selskabets ledelse, er den pågældende til skade.

Af lovbemærkningerne (L 170 fremsat den 25. marts 2009) til § 20 fremgår:

” ...

Med forslaget er der tale om en videreførelse af den gældende § 159 b, stk. 3, i aktieselskabsloven og § 78, stk. 3, i anpartsselskabsloven om, at kun domstolene kan afgøre spørgsmålet om en registrerings sletning. Der er ikke tilsigtet materielle ændringer i forhold til den gældende retstilstand, men alene foreslået mindre redaktionelle ændringer.

Bestemmelsen vedrører alene afgørelsen af spørgsmål om registreringer, der er udløst af beslutninger, som er truffet af kapitalselskabets generalforsamling eller ledelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan alene administrativt ændre registreringer, hvis der er tale om en utilsigtet fejlskrift fra anmelders side i de tilfælde, hvor anmeldelse er registreret ved brug af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens tilbudte it-registreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektioner af registreringer, der er foretaget i forbindelse med sagsbehandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvis fejlen beror på en sagsbehandlerfejl. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede åbenbart er en nullitet.

...”

Efter karakteren af de skete, uberettigede registreringer, der ikke afspejler beslutninger, der er truffet af det klagende selskabs generalforsamling eller ledelse, findes sletning heraf ikke at henhøre under domstolene.

Ankenævnet ophæver derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. december 2012, og hjemviser sagen til fornyet behandling i styrelsen.

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

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

Selskabslovens § 210, stk. 1.

(Piya Mukherjee, Lone Møller og Jan Uffe Rasmussen)

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

Sagens omstændigheder:

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

”Sagens faktiske omstændigheder

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

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

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

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

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

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

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

Af ovenstående redegørelse kan styrelsen konstatere, at der er foretaget et udlån fra selskabet til virksomhedsdeltagere og at virksomhedsdeltagerne som sikkerhed for deres lån, har udstedt nogle pantebreve. Styrelsen finder ikke det er sandsynliggjort, at udlånene til virksomhedsdelta-

gerne kan karakteriseres som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212, og i brev af 7. februar 2013, påbyder styrelsen selskabets ledelse, at forestå en inddrivelse af det ulovlige udlån med tillæg af lovepligtige renter og indsende dokumentation for at det ulovlige forhold er bragt til ophør.”

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

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

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

...

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

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

Det fremgår af lovbemærkningerne til selskabslovens § 212, at en sædvanlig forretningsmæssig disposition som hovedregel er kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Der skal således foretages en konkret vurdering af, om dispositionen er sædvanlig både for selskabet, og inden for den givne branche. Det er ikke kun transaktionen der skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse m.v. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand. Endelig må dispositionen forventes at medføre klare fordele for selskabet således, at dispositionen er foretaget under hensyn til selskabets interesser.

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

...

Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010

Det fremgår ikke af årsrapporten, hvornår lånet er ydet.

Hvis lånet er ydet før den 1. marts 2010, finder de dagældende regler om ulovlige udlån til anpartshavere/ledelsesmedlemmer i anpartsselskabslovens § 49 anvendelse for perioden indtil den 1. marts 2010. Disse regler

svarer indholdsmæssigt til de nye regler i selskabslovens § 210, stk. 1, og § 215, stk. 1 og 2.”

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

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

C er eneste medlem i direktionen for Selskabet.

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

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

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

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

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

I dag eksisterer følgende udlån:

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

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

I forbindelse med de to pantebrevs udstedelse i 2006 erklærede anpartshaverne endnu engang den 1. juni 2006, at Selskabet altid skulle have en

gæld til anpartshaverne (d.v.s. til B), der var større end Selskabets udlån til nærtstående ("Erklæringen")

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

Dispositionerne falder derfor udenfor anvendelsen af selskabslovens § 210.

...

Endelig bemærkes, at Selskabets udlån mod pant i fast ejendom falder indenfor Selskabets vedtægtsmæssige formål og Selskabets almindelige forretningsområde. Selskabets udlån er desuden foretaget på sædvanlige pantebrevsvilkår.

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

...

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

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

"Sagens retlige omstændigheder

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 11, må et selskab ikke yde lån eller stille sikkerhed for anpartshavere, aktionærer, bestyrelsesmedlemmer eller direktører i selskabet eller et moderselskab til dette.

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

Det fremgår af selskabslovens § 215, stk. 12, at udbetalinger fra selskabet, der er foretaget i forbindelse med dispositioner i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, skal tilbageføres tillige med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., med mindre højere rente er aftalt.

I henhold til selskabslovens § 215, stk. 23, indestår de, der har truffet eller opretholdt dispositionerne i strid selskabslovens § 210, stk. 1, for selskabets tab, såfremt tilbagebetaling eller ophør af sikkerhedsstillelse ikke kan finde sted.

I henhold til selskabslovens § 2124 kan et kapitalselskab, uanset § 210, som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller sikkerhed for personkredsen nævnt i § 210.

Styrelsens udtalelse

Styrelsen fastholder sit krav om tilbagebetaling af det ulovlige udlån med tillæg af lovpligtige renter, jf. skrivelse af 7. februar 2013.

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

For at en disposition kan betragtes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal der foretages en konkret vurdering af, om den enkelte disposition kan betragtes som sædvanlig både for selskabet og for branchen. En klar indikator for, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig, er, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Det er dog ikke kun transaktionen, der skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredje-mand.

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

Det fremgår af den medsendte erklæring fra selskabets revisor ... at det ydede lån er tilbagebetalt til selskabet, men det fremgår ikke af denne erklæring, at lånene er tilbagebetalt til selskabet med tillæg af lovpligtige renter.

Det er derfor styrelsens opfattelse, at ledelsen ikke har efterkommet styrelsen påbud om, at bringe det ulovlige forhold til ophør og søge lånet inklusiv lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette over for styrelsen, jf. styrelsens brev af 7. februar 2013.

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

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

” ...

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

Sagen handler herefter alene om, hvorvidt de nu afviklede udlån skal forrentes efter selskabslovens § 215. Hertil kommer desuden spørgsmålet, om hvorvidt Erhvervsstyrelsen har hjemmel til at pålægge Selskabets ledelse tvangsbøder efter selskabslovens § 366, stk. 2.

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

...

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

- (a) Aftale om låneforholdenes indbyrdes relation (d.v.s. at anpartshavernes lån til Selskabet ikke kan kræves indfriet før tidligst samtidig med indfrielsen af Selskabets udlån til anpartshaverne, ...)

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

...

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

Såfremt Erhvervsankenævnet – på trods af det ovenfor anførte - måtte finde, at de af sagen omhandlede låneforhold har bestået i strid med selskabslovens § 210, gøres det endvidere gældende, at Selskabet og Selskabets ledelse og anpartshavere – navnlig henset til de anførte faktuelle forhold vedrørende de af sagen omhandlede låneforhold, herunder de indgåede aftaler mellem Selskabet og anpartshaverne, jf. pkt. (a) – (c)

ovenfor, som er ubestridt af Erhvervsstyrelsen - har befundet sig i en begrundet og undskyldelig retsvildfarelse, og at anpartshaverne har udvist en sådan grad af forsvarlighed og bonus pater adfærd med henblik på beskyttelse af Selskabets og dets kreditorers interesser, at Erhvervsankenævnet må fritage Selskabet og Selskabets ledelse fra sådanne sanktioner.

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

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 13. maj 2013 bemærket:

” ...

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

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

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

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

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

Forarbejderne til selskabsloven anfører følgende om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner:

”... Disse sædvanlige forretningsmæssige dispositioner har som hovedregel været kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit. Der må foretages en konkret vurdering af, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig for selskabet og inden for branchen. En klar indikator for, om transaktionen er sædvanlig, er, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Begrebet »sædvanlige forretningsmæssige dispositioner« er et fleksibelt og dynamisk begreb, der vil kunne ændre sig over tid.

Det er ikke kun transaktionen, som skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand.”

For at en disposition kan betragtes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal der således foretages en konkret vurdering af, om den enkelte disposition kan betragtes som sædvanlig både for selskabet og for den branche, som virksomheden opererer i. En klar indikator på om transaktionen kan betragtes som sædvanlig, er, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Det er dog ikke kun transaktionen, der skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand.

...

Erhvervsstyrelsen finder i denne forbindelse anledning til at nævne, at det er afgørende at huske på, at hovedreglen er låneforbuddet i selskabslovens § 210, og at undtagelserne fra låneforbuddet bl.a. i selskabslovens § 212 derfor skal fortolkes indskrænkende.

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

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

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

Ad 1)

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

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

Ad 2)

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

Ad 3)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

” ...

Den af sagen omhandlede lånekonstruktion, hvorefter:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En eventuel sanktionsfastsættelse bør tage særligt hensyn til dette.

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

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

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

Ankenævnet udtaler:

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

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

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

Erhvervsankenævnet finder - uanset klagers oplysninger om sammenhængen med selskabets tilgodehavende hos B - at lånene ikke er ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212. Erhvervsankenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at der efter det oplyste ikke er tale om, at K ApS har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige tredjemænd, og at det endvidere må lægges til grund, at selskabet ikke ville foretage tilsvarende transaktioner med uafhængige tredjemænd.

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

Ankenævnet stadfæster således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 7. februar 2013.

4.7. LOV OM VISSE ERHVERVSDRIVENDE VIRKSOMHEDER

27) Kendelse af 20. juni 2013 (J.nr. 2012-0032363)

Virksomhed anset som en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, og dermed registreringspligtig.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 1, § 3 og § 8.

(Niels Walther-Rasmussen, Anders Hjulmand og Steen Mejer).

Ved skrivelse af 5. juli 2012 har advokat A på vegne af K A.m.b.a klaget over, at Erhvervsstyrelsen i skrivelse af 11. juni 2012 har meddelt, at virksomheden er registreringspligtig efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV).

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens skrivelse af 11. juni 2012 hedder det:

” ...

Du har bedt Erhvervsstyrelsen om at tage stilling til følgende spørgsmål vedrørende K A.m.b.a., herefter benævnt K A.m.b.a.:

- 1) Er K A.m.b.a. omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (herefter LEV)
- 2) I bekræftende fald, er K A.m.b.a. registreringspligtig i henhold til LEV

Afgørelse

Ad. 1) Det er styrelsens vurdering, at K A.m.b.a. er omfattet af LEV.

Ad. 2) Ja, selskabet er registreringspligtigt i henhold til LEV § 9, stk. 1.

Begrundelse

Ad. 1)

Anvendelsesområdet for LEV er beskrevet i LEV § 1, hvoraf det fremgår, at loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Der er således to kriterier, der skal være opfyldt, for at en virksomhed er omfattet af lovens anvendelsesområde. Virksomheden skal være erhvervsdrivende, som dette er defineret i lovens § 1, stk. 3, og erhvervsdriften skal fremme deltagerens økonomiske interesser.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er erhvervsdrivende, har du anført, at i hvert fald den del af selskabets aktivitet, der vedrører fremskaffelsen af elektricitet til andelshavernes behov, ikke er erhvervsdrift i LEVs forstand. Du har som begrundelse herfor anført, at denne del af selskabets virksomhed udøves i henhold til bevilling efter elforsyningsloven, og at elforsyningslovens kapitel 10 indeholder en de-

taljeret regulering af priserne for ydelser fra kollektive elforsyningsvirksomheder.

Ifølge LEV § 1, stk. 3, nr. 3, anses en virksomhed for at udøve erhvervsdrift, hvis den er modervirksomhed for en virksomhed, der udøver erhvervsdrift som beskrevet i § 1, stk. 3, nr. 1 eller 2. K A.m.b.a. er efter det oplyste modervirksomhed for K2 A/S, som udøver netvirksomhed i henhold til bevilling efter elforsyningslovens § 19. Styrelsen finder, at denne netvirksomhed er erhvervsdrift som omhandlet i LEV § 1, stk. 3, nr. 1 (overdragelse af varer eller erlæggelse af tjenesteydelser). Da K A.m.b.a. således er modervirksomhed for i hvert fald én virksomhed, der ifølge det oplyste udøver erhvervsdrift, er K A.m.b.a. erhvervsdrivende i LEVs forstand, jf. § 1, stk. 3, nr. 3.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der ved selskabets erhvervsdrift sker fremme af deltageres økonomiske interesser, har du anført, at deltagerne i K A.m.b.a. ikke har nogen form for økonomiske rettigheder til selskabets formue. Andelshavernes økonomiske interesser fremmes heller ikke på anden vis gennem K-koncernens erhvervsdrift, idet der hverken udloddes udbytte til andelshaverne eller gives andelshaverne rabatter på selskabets/koncernens ydelser. Det er således ifølge det oplyste ikke forbundet med økonomiske fordele at være andelshaver i K A.m.b.a. Du har anført, at elsektoren historisk har haft et formål af mere ideel karakter, nemlig at sikre opretholdelse af elforsyningen. Derimod havde (og har) disse selskaber ikke som formål at varetage andelshavernes individuelle, økonomiske interesser.

Kravet om, at virksomhedens erhvervsdrift skal ske til fremme af deltageres økonomiske interesser, er indsat i LEV § 1, stk. 1, for at afgrænse lovens anvendelsesområde på en sådan måde, at ideelle foreninger, der ikke fremmer deltageres økonomiske interesser, men som udøver erhvervsdrift, ikke bliver omfattet af lovens anvendelsesområde. Se hertil bemærkningerne til lovforslaget (Folketingstidende A 1993 – 1994, side 1663). Som ideelle foreninger henvises i lovbemærkningerne til brancheforeninger, idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer osv.

Efter styrelsens vurdering bør spørgsmålet om, hvorvidt der gennem virksomhedens erhvervsdrift sker fremme af deltageres økonomiske interesser (som krævet efter LEV § 1, stk. 1) afgøres ud fra en helhedsvurdering. I denne vurdering bør efter styrelsens vurdering inddrages såvel økonomiske fordele, der hidrører direkte fra K A.m.b.a. samt økonomiske fordele, der hidrører fra andre virksomheder i K-koncernen, og som mere indirekte kommer deltagerne til gode. Det er styrelsens vurdering, at andelshaverne ved deres deltagelse i K A.m.b.a. får fremmet deres økonomiske interesser. Det må således forudsættes, at der med den valgte koncernstruktur opnås stordriftsfordele, der indirekte påvirker deltageres (andelshavernes) pris på den modtagne el, uanset om prisen i øvrigt reguleres af reglerne om prisfastsættelse i lov om elforsyning. Det afgørende er efter styrelsens vurdering ikke, om det er anført som et vedtægtsbestemt formål for selskabet, eller om det i øvrigt anses for et for-

mål for selskabet at fremme deltageres økonomiske interesser. Det afgørende er derimod, at deltagerne faktisk opnår økonomiske fordele.

På baggrund heraf og på baggrund af det ovenfor anførte om lovgivers intention med hensyn til lovens anvendelsesområde er det styrelsens vurdering, at selskabets deltagere får fremmet deres økonomiske interesser gennem virksomhedens/koncernens erhvervsdrift. K A.m.b.a. kan således efter styrelsens vurdering ikke betragtes som en ideel forening af den type, som det af lovgiver har været tilsigtet at undtage fra lovens anvendelsesområde, jf. det ovenfor anførte herom.

Da K A.m.b.a. således anses for erhvervsdrivende i LEV § 1, stk. 3's forstand, og da deltagerne anses for at få fremmet deres økonomiske interesser gennem selskabets/koncernens erhvervsdrift, er det styrelsens vurdering, at K A.m.b.a. er omfattet af LEV, jf. lovens § 1, stk. 1.

Ad. 2)

Ifølge LEV § 8, stk. 1, skal virksomheder med begrænset ansvar, jf. § 3 anmeldes til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (nu Erhvervsstyrelsen). Det følger af LEV § 9, stk. 1, at en virksomhed med begrænset ansvar, der ikke er registreret i styrelsen ikke har retsevne.

Du har dit brev anført, at det følger af definitionen på en virksomhed med begrænset ansvar i LEV § 3, at deltagerne i virksomheden har såvel forvaltningsmæssige som økonomiske rettigheder, og at disse rettigheder ikke må være baseret på deltagerens andel af kapitalen. Du gør gældende, at andelshaverne i K A.m.b.a. ikke har nogen økonomiske rettigheder overhovedet.

Som anført ovenfor ved besvarelsen af 1), er det styrelsens vurdering, at deltagerne i K A.m.b.a. må anses for at få fremmet deres økonomiske interesser gennem selskabets erhvervsdrift. Da K A.m.b.a. efter styrelsens vurdering således opfylder definitionen på en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, er K A.m.b.a. som udgangspunkt registreringspligtig i henhold til LEV § 8, stk. 1.

Såfremt K A. m.b.a. er omfattet af § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af den 11. oktober 2006 (bekendtgørelse om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder) er selskabet dog undtaget fra registreringspligt. Det følger af § 3 i bekendtgørelsen, at reglerne i LEV om blandt andet retsevne og registreringspligt ikke finder anvendelse på erhvervsdrivende virksomheder med begrænset ansvar, som er omfattet af lov om elforsyning, hvis virksomhedernes årsregnskaber og vedtægter er offentligt tilgængelige.

Du har i din henvendelse oplyst, at selskabets vedtægter og årsregnskaber er offentligt tilgængelige, men det fremgår ikke af din henvendelse, hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af lov om elforsyning. Du har telefonisk den 31.maj oplyst, at det ikke er klart, hvorvidt selskabet er omfattet af lov om elforsyning. Erhvervsstyrelsen må derfor lægge til grund, at K A.m.b.a. ikke er omfattet af lov om elforsyning, og at K A.m.b.a. som følge deraf ikke er omfattet af § 3 i undtagelsesbekendtgørelsen.

Det er derfor styrelsens vurdering, at K A.m.b.a. er registreringspligtig i medfør af § 8, stk. 1 sammenholdt med § 9, stk. 1.

...”

I klageskrivelse af 5. juli 2012 har advokat A anført:

” ...

Påstande:

Principalt:

Erhvervsstyrelsens afgørelse af 11. juni 2012 ændres således, at K A.m.b.a. vurderes ikke at være omfattet af LEV.

Subsidiært:

Såfremt Erhvervsankenævnet måtte finde, at K A.m.b.a. er omfattet af LEV, ændres afgørelsen således, at K A.m.b.a. ikke er registreringspligtig efter LEV.

Anbringender:

Til støtte for de nedlagte påstande gøres det gældende,

Ad den principale påstand:

at K A.m.b.a. ikke er omfattet af anvendelsesområdet for LEV, idet K A.m.b.a. ikke har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift,

Ad den subsidiære påstand:

at K A.m.b.a. ikke er omfattet af definitionen af en »virksomhed med begrænset ansvar« i LEV § 3 og derfor ikke er registreringspligtig i henhold til LEV § 8,

at K A.m.b.a. i øvrigt er undtaget fra registrering i henhold til § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Sagsfremstilling

For en nærmere beskrivelse af K A.m.b.a.'s selskabs- og koncernstruktur og den af K-koncernen udøvede virksomhed henvises i det hele til den som bilag ... vedlagte forespørgsel til Erhvervsstyrelsen.

I det følgende behandles således på baggrund af Erhvervsstyrelsens afgørelse ... alene de juridiske spørgsmål om,

- (1) Hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af LEV, og
- (2) i bekræftende fald, om K A.m.b.a. er registreringspligtig efter LEV, kapitel 3.

Ad spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af LEV

Anvendelsesområdet for LEV er defineret i LEV § 1, der har følgende ordlyd:

»§ 1. Loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser gennem erhvervsdrift«.

Som anført i Erhvervsstyrelsens afgørelse ... er der således to kriterier, som begge skal være opfyldt, for at en virksomhed er omfattet af lovens anvendelsesområde:

- i. virksomheden skal være erhvervsdrivende, og
- ii. virksomhedens erhvervsdrift skal have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser.

Af K A.m.b.a.'s forespørgsel til Erhvervsstyrelsen fremgår, at det er K A.m.b.a.'s opfattelse, at K A.m.b.a. *ikke* er omfattet af anvendelsesområdet for LEV, idet virksomheden ikke har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser og ikke i traditionel forstand kan anses for erhvervsdrivende. Denne opfattelse er – som det fremgår af forespørgslen – begrundet i følgende, faktuelle forhold:

- Det følger af vedtægterne for K A.m.b.a., at virksomhedsdeltagerne, dvs. andelshaverne, ikke har nogen form for økonomiske rettigheder til selskabets formue.
- For K A.m.b.a. – og for andre elselskaber generelt – gør der sig en række særlige forhold gældende, hvorved disse selskaber adskiller sig væsentligt fra traditionelle, erhvervsdrivende selskaber:
- Selskabsdeltagerne har ikke selv truffet beslutning om, endsige accepteret, at være selskabsdeltagere. Selskabsdeltagelsen, dvs. optagelsen som andelshaver, sker i stedet *pr. automatik* alene i kraft af det ”tilfældige” forhold, at den pågældende er bosiddende inden for det geografiske område, hvor K A.m.b.a. via datterselskabet K2 A/S har netbevilling og ejer eldistributionsnettet.
- Andelshaverne er ”påtvunget” aftagepligt til K selskabets netydelse som følge af den monopolstilling, som selskabet besidder qua ejerskabet til distributionsnettet i selskabets forsyningsområde (bevillingsområdet).
- Andelshaverne har i henhold til vedtægterne *ingen* økonomiske rettigheder overhovedet til selskabets formue, og andelshaverne opnår *ingen* individuelle, økonomiske fordele af selskabsdeltagelsen, idet der hverken udloddes udbytte til andelshaverne eller gives andelshaverne rabat på selskabets/koncernens ydelser i øvrigt, ligesom det ikke er muligt at indløse andelsbeviset til pålydende værdi.

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er »erhvervsdrivende«, anføres i Erhvervsstyrelsens afgørelse:

...

K-koncernens opbygning kan grafisk illustreres således, jf. K A.m.b.a.'s årsrapport for 2011, der vedlægges ...

[Figur med organisationsdiagram]

K A.m.b.a. er ikke uenig med Erhvervsstyrelsen i, at K A.m.b.a. er modervirksomhed for datterselskaber, som udøver erhvervsdrift. Det gøres imidlertid gældende, at LEV § 1, stk. 1 må fortolkes således, at det er en forudsætning for at være omfattet af lovens anvendelsesområde, at selskabsdeltagerne selv har truffet beslutning om at være selskabsdeltagere. Dette er som ovenfor anført ikke tilfældet for andelshaverne i K A.m.b.a., idet disse pr. automatik optages som andelshavere uden at være blevet spurgt eller på anden måde have accepteret selskabsdeltagelsen (»negativ selskabsdeltagelse«). Andelshaverne er som anført blevet selskabsdeltagere alene på grund af den omstændighed, at de på et tidspunkt har taget bopæl inden for K2 A/S' geografiske forsyningsområde.

På denne baggrund fastholdes det, at K A.m.b.a. ikke kan anses for »erhvervsdrivende« i LEV's forstand.

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. har til formål at fremme andelshavernes økonomiske interesser gennem den af datterselskaberne udøvede erhvervsdrift, anføres i Erhvervsstyrelsens afgørelse:

...

Det bemærkes, at såfremt et selskab ikke har til formål at varetage deltagerens økonomiske interesser, vil det ret beset være ulovligt, hvis selskabet alligevel varetog sådanne interesser. Det kan derfor ikke - som anført af Erhvervsstyrelsen - være uden betydning for vurderingen heraf, hvad der står i vedtægterne.

Som det udtrykkeligt fremgår af afgørelsen, er det en afgørende forudsætning for Erhvervsstyrelsens vurdering, at »... deltagerne faktisk opnår økonomiske fordele«, i hvilken forbindelse Erhvervsstyrelsen ud fra en »helhedsvurdering« har vurderet, at andelshaverne i K A.m.b.a. ved selskabsdeltagelsen opnår økonomiske fordele, idet det af Erhvervsstyrelsen »... forudsættes, at der med den valgte koncernstruktur opnås stordriftsfordele, der indirekte påvirker deltagerens (andelshavernes) pris på den modtagne el, uanset om prisen i øvrigt reguleres af reglerne om prisfastsættelse i lov om elforsyning«.

Stordriftsfordele defineres i økonomisk teori som de økonomiske fordele i en produktion, der opstår, når der er *omkostningsfordele* forbundet med *store produktioner*, jf. fx Henrik Kureer "International økonomi A2", kapitel 26.3. Med omkostningsfordele forstås i denne sammenhæng fordele, hvorved produktionen bliver mere rentabel pr. produceret enhed,

altså at fortjenesten pr. solgt enhed stiger. At udnytte eventuelle stordriftsfordele kræver endvidere ifølge teorien et *stort marked*.

Det må alt andet lige siges at være noget fortænkt, når Erhvervsstyrelsen lægger til grund, at K A.m.b.a. og K2 A/S' overhovedet har en størrelse, der kan indebære stordriftsfordele. Omvendt betyder stordriftsfordele ikke - som tilsyneladende antaget af Erhvervsstyrelsen - en økonomisk fordel for den enkelte selskabsdeltager, men derimod en mere rentabel drift af selve den udøvede virksomhed (produktion).

Den af Erhvervsstyrelsen anførte forudsætning er med andre ord ikke korrekt i relation til K A.m.b.a. Andelshaverne i K A.m.b.a. opnår således ingen stordriftsfordele, der indirekte påvirker andelshavernes pris på selskabets ydelser.

Som anført i K A.m.b.a.'s forespørgsel til Erhvervsstyrelsen ... udloddes der ikke udbytte til andelshaverne, og der gives heller ikke andelshaverne rabat på selskabets/koncernens ydelser.

For så vidt angår prissætningen af de ydelser, der er omfattet af elforsyningslovens regler om prifsastsættelse, er det K2 A/S – som er det selskab i K-koncernen, der i henhold til elforsyningsloven har bevilling til at drive netvirksomhed - der i overensstemmelse med prisreguleringsreglerne i elforsyningslovens kapitel 10 forestår prifsastsættelsen for den netydelse, som K2 A/S leverer til andelshaverne. Det kan i denne forbindelse oplyses, at K2 A/S over for andelshaverne opkræver de maksimale beløb, som kan opkræves inden for den indtægtsramme, som hvert år af Energistyrelsen fastsættes for kollektive elforsyningsvirksomheder.

Prisen for den netydelse, som andelshaverne er ”påtvunget” aftagepligt til qua K2 A/S' ejerskab af distributionsnettet i selskabets forsyningsområde – hvorved K2 A/S har en monopolstilling – er således ikke påvirket af resultatet af driften i de øvrige selskaber i K2-koncernen. Eventuelle »stordriftsfordele«, som måtte opnås ved den valgte koncernstruktur, kommer således *ikke* andelshaverne til gode i form af lavere priser på de netydelser, som andelshaverne aftager som følge af selskabets monopolstilling i det pågældende forsyningsområde. Resultatet af k2-koncernens erhvervsdrift har med andre ord ingen indflydelse overhovedet på prifsastsættelsen.

I relation til det i Erhvervsstyrelsens afgørelse vedrørende »lovgivers intention« anførte skal bemærkes, at afgørelsens gengivelse af forarbejderne er ufuldstændig. I bemærkningerne til § 1 i lovforslaget anføres således:

...

Som det fremgår, er det i forarbejderne eksplicit anført, at opremsningen af »ideelle foreninger« på ingen måde er udtømmende og alene er angivet som eksempler. Det gøres derfor gældende, at det ikke er i modstrid med forarbejderne at kvalificere K2 A.m.b.a. som en »... ideel forening, der udøver erhvervsdrift«; tværtimod. Der henvises i denne forbindelse til det i forespørgslen til Erhvervsstyrelsen ... anførte vedrørende elsektorens »ideelle« formål.

Det er tillige værd at bemærke de eksempler på fremme af selskabsdeltageres økonomiske interesser, som er nævnt i forarbejderne: »... overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v.«. Disse eksempler er ganske væsensforskellige fra det af Erhvervsstyrelse anførte om (påståede) stordriftsfordele. Som det fremgår af det ovenfor anførte, er andelshaverne i K2 A.m.b.a. ikke tillagt nogen økonomiske fordele overhovedet, heller ikke de i forarbejderne eksemplificerede fordele.

På denne baggrund – og idet der i øvrigt henvises til det i forespørgslen til Erhvervsstyrelsen ... anførte, gøres det derfor gældende, at K2 A.m.b.a. ikke har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Ad spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er registreringspligtig efter LEV, kapitel 3.

Såfremt Erhvervsankenævnet måtte finde, at k A.m.ba. er omfattet af LEV, gøres det som anført gældende, at K A.m.b.a. ikke er registreringspligtig efter LEV, kapitel 3. For god ordens skyld understreges det, at registreringspligten efter LEV følger af § 8, stk. 1, og ikke - som anført af Erhvervsstyrelsen - af § 9, stk. 1.

Som anført i forespørgslen til Erhvervsstyrelsen ... omfatter registreringspligten efter LEV § 8, stk. 1 alene »Virksomheder med begrænset ansvar«, jf. herved LEV § 3, hvor dette begreb er defineret således:

”Ved en virksomhed med begrænset ansvar forstås i denne lov en virksomhed, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Det er desuden en betingelse, at der er mulighed for vekslende deltagerantal, og at økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder ikke er baseret på deltagerens andel af kapitalen” (mine understregninger).

I Erhvervsstyrelsens afgørelse er i relation til spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, anført:

»Som anført ovenfor ved besvarelsen af 1), er det styrelsens vurdering, at deltagerne i K A.m.b.a. må anses for at få fremmet deres økonomiske interesser gennem selskabets erhvervsdrift. Da K A.m.b.a. efter styrelsens vurdering således opfylder definitionen på en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, er K A.m.b.a. som udgangspunkt registreringspligtig i henhold til LEV § 8, stk. 1«.

Det gøres i denne forbindelse gældende, at det ikke er tilstrækkeligt til at være omfattet af LEV § 3, at selskabsdeltagerne må anses for at få fremmet deres økonomiske interesser gennem selskabets erhvervsdrift.

Af ordlyden af § 3 fremgår, at det er en betingelse for at være omfattet af definitionen af en virksomhed med begrænset ansvar, (1) at der er mulighed for vekslende deltagerantal, og (2), at økonomiske og forvalt-

ningsmæssige rettigheder ikke er baseret på deltagernes andel af kapitalen.

Ad (1). Hvad angår den første betingelse, har K A.m.b.a. måske nok et »vekslende deltagerantal«, idet antallet af andelshavere varierer alt efter, hvor mange forbrugere, der har bopæl i selskabet geografiske forsyningsområde, om end antallet af forbrugere er temmelig stationært. Det gøres imidlertid gældende, at bestemmelsen må fortolkes således, at der ved udtrykket »... mulighed for vekslende deltagerantal...« skal forstås, at det er muligt for personer, der ønsker at blive selskabsdeltagere, at blive optaget som sådan i henhold til nærmere i vedtægterne fastsatte, objektive kriterier for optagelsen.

Som ovenfor anført er dette ikke tilfældet for K A.m.b.a., idet selskabsdeltagelsen alene beror på det »tilfældige« forhold, om forbrugeren har bopæl i selskabets geografiske forsyningsområde eller ej, og idet selskabsdeltagelsen sker »pr. automatik« i samme øjeblik en forbruger gennem bosættelse i selskabets forsyningsområde opnår rådighed over en el-installation, som direkte eller indirekte er tilknyttet selskabets distributionsnet, jf. vedtægternes § 3, stk. 1, 1. pkt.

Ad (2). Hvad angår den anden betingelse gøres det gældende, at det af ordlyden af LEV § 3 fremgår, at det er en betingelse, at selskabsdeltagerne *de facto* har såvel forvaltningsmæssige som økonomiske *rettigheder*. Det forhold, at selskabsdeltagerne må anses at få fremmet deres økonomiske interesser gennem selskabets erhvervsdrift er *ikke* det samme, som at selskabsdeltagerne har egentlige økonomiske *rettigheder*, idet sidstnævnte må forudsætte, at selskabsdeltagerne i vedtægterne eller i medfør af lovgivningen er tillagt (bindende) ret til udbytte, andel af selskabets overskud ved opløsning, bonus, rabat eller lign. økonomiske fordele. Som ovenfor anført er andelshaverne i K A.m.b.a. ikke tillagt nogen form for økonomiske rettigheder overhovedet. De forvaltningsmæssige rettigheder (stemmeret på generalforsamling) er derfor heller ikke baseret på »andel af kapitalen«, da der ikke tilkommer andelshaverne en sådan ret (andel).

Det gøres derfor gældende, at K A.m.b.a. ikke er en virksomhed med begrænset ansvar omfattet af LEV § 3 og derfor ikke registreringspligtig efter LEV § 8, stk. 1.

Såfremt Erhvervsankenævnet måtte finde, at K A.m.b.a. er omfattet af LEV § 3 og dermed som udgangspunkt registreringspligtig efter LEV § 8, stk. 1, gøres det gældende, at K A.m.b.a. er undtaget fra registrering i henhold til § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, idet det gøres gældende, at K A.m.b.a. må anses for omfattet af lov om elforsyning.

Af elforsyningslovens § 2 fremgår, at loven finder anvendelse på »...produktion, transport, handel og levering af elektricitet«.

K-koncernens aktiviteter omfattet af elforsyningsloven udøves i selvstændige datterselskaber, og K A.m.b.a. som moderselskab i koncernen udøver således ikke selv virksomhed med »...produktion, transport, handel og levering af elektricitet«.

I elforsyningsloven er imidlertid i forhold til virksomheder omfattet af loven fastsat en række krav, som medfører, at K A.m.b.a. indirekte – i hvert fald i et vist omfang – må anses for omfattet af loven.

Gennem det 100% ejede datterselskab K2 A/S driver K A.m.b.a. netvirksomhed omfattet af elforsyningsloven. Det er i elforsyningslovens § 19, stk. 1 fastsat, at bl.a. netvirksomhed kun må udøves efter bevilling, som kan gives til virksomheder, der opfylder de krav, som er fastsat i elforsyningslovens kapitel 7 og 8.

Elforsyningslovens kapitel 7 indeholder en række bestemmelser, som ikke kun berører det selskab, som udøver den bevillingskrævende netvirksomhed, men tillige selskabets moderselskab, i dette tilfælde K A.m.b.a. Udskrift af elforsyningslovens kapitel 7 og 8 vedlægges ...

Som det fremgår, gælder dette bl.a. udløsning af køberet for staten til transmissionsandele (elforsyningslovens § 35), krav om forbrugerrepræsentation i bestyrelsen for netselskaber (elforsyningslovens §§ 40-44) hvor loven giver mulighed for, at forbrugerindflydelseskravet opfyldes indirekte via moderselskabet, dvs. andelsselskabet, jf. elforsyningslovens §§ 40 smh. § 41 stk. 1 og 3, habilitetskrav (elforsyningslovens § 45), krav til aftalevilkår ved både koncernintern og ekstern samhandel (elforsyningslovens § 46).

Opfyldelse af de anførte krav er som anført en betingelse for opnåelse af bevilling til netvirksomhed, jf. elforsyningslovens § 19, stk. 1. Kravene berører ikke kun netvirksomheden, men også dennes moderselskab, hvorved sidstnævnte indirekte bliver (delvist) omfattet af elforsyningsloven. I forbindelse med udstedelse af bevilling efter elforsyningsloven påser Energistyrelsen således, at de i elforsyningslovens kapitel 7 fastsatte krav er opfyldt i moderselskabet. Det påses således bl.a. af Energistyrelsen, at der ikke er bestemmelser i moderselskabets vedtægter, som er i modstrid med elforsyningslovens regler.

Sammenfattende gøres det derfor på denne baggrund gældende, at K A.m.b.a. i relation til § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder skal anses for omfattet af lov om elforsyning og dermed er undtaget fra registreringspligt efter LEV § 8, stk. 1.

...”

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

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

K A.m.b.a. er moderselskab for de to 100 % ejede selskaber, K2 A/S og K3 A/S. Herudover ejer K A.m.b.a. såvel direkte som indirekte mindre andele i fem selskaber, der blandt andet driver net- og elforsyningsvirksomhed.

Ifølge ”Beretning 2011” ... for K A.m.b.a. omfatter selskabets hovedaktivitet primært udførelse af arbejdsopgaver for K2 A/S og K3 A/S i henhold til samarbejdsaftale om varetagelse af drifts- og administrationsopgaver samt opgaver vedrørende sideordnede aktiviteter. Hele koncernens personale er ansat i K A.m.b.a. og K2 A/S og K3 A/S betaler moderselskabet for udførte opgaver i henhold til samarbejdsaftalen. Ledelsen i datterselskaberne K2 A/S og K3 A/S udgøres af same personkreds som i K A.m.b.a.

§ 2 i vedtægterne ... for K A.m.b.a. er formuleret således:

”Selskabets overordnede formål er at sørge for fremskaffelse af elektricitet til andelshavernes behov. Selskabet kan sammen med sine datterselskaber udføre opgaver i henhold til bevilling og kan drive kommerciel virksomhed indenfor energisektoren. Selskabet vil fungere som moderselskab, og vil kunne udøve de administrative funktioner, der knytter sig til selskabets og dets datterselskabers virksomheder. Efter bestyrelsens nærmere bestemmelse kan selskabet drive anden virksomhed vedrørende fremskaffelse, transport og levering af andre former for energi. Selskabet kan herudover drive virksomhed med etablering, besiddelse, drift og udlejning af bredbånd, internetforbindelser og andre netværk”

Erhvervsstyrelsen har ved henvendelse til Energistyrelsen i den konkrete sag fået oplyst ... at et holdingselskab for en elproduktionsvirksomhed ikke direkte er omfattet af lov om elforsyning.

Sagens retlige omstændigheder

Spørgsmålet om hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af LEV

Ifølge LEV [Lovbekendtgørelse nr. 559 af den 19. maj 2010 med senere ændringer] § 1, stk. 1 finder loven anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Af bemærkningerne til § 1 i forarbejderne til loven (Folketingstidende A 1993-94, spalte 1670) følger det, at ”Stk. 1 indeholder 2 kriterier for, at en virksomhed omfattes af loven. En virksomhed, der omfattes af lovforslaget, er karakteriseret ved dels at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, dels at deltagernes økonomiske interesser fremmes gennem virksomhedens erhvervsdrift. Er kun ét af kriterierne opfyldt, er virksomheden ikke omfattet af loven”

En virksomhed anses efter LEV for at udøve erhvervsdrift, hvis den er omfattet af LEV § 1, stk. 3. Ifølge LEV § 1, stk. 3, nr. 1, anses en virksomhed for at udøve erhvervsdrift, hvis virksomheden overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende for

hvilke virksomheden normalt modtager vederlag. Ifølge § 1, stk. 3, nr. 3 anses en modervirksomhed til en virksomhed, der udøver erhvervsdrift som nævnt i nr. 1 eller 2, for erhvervsdrivende.

I medfør af LEV § 5, stk. 2 er der udstedt en bekendtgørelse om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder [Bekendtgørelse nr. 1022 af den 11. oktober 2006], da disse virksomheder som følge af særlovgivning skal følge andre regler om offentlighed, regnskab m.v. Ifølge bekendtgørelsens § 3 er erhvervsdrivende virksomheder med begrænset ansvar, som er omfattet af (blandt andet) lov om elforsyning undtaget fra en række regler i LEV, herunder kapitel 3 om registrering og retsevne.

For at en virksomhed er omfattet af LEV, skal den som nævnt ikke alene være erhvervsdrivende. Virksomheden skal endvidere have til formål gennem erhvervsdriften at fremme deltageres økonomiske interesser, jf. LEV § 1, stk. 1.

Loven indeholder ikke holdepunkter for en nærmere fortolkning af, hvorledes kravet om at virksomheden skal have til formål at fremme deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift kan anses for opfyldt.

...

Det fremgår således af bemærkninger til lovforslaget, at lovgiver ved udformningen af bestemmelsen har tilsigtet, at virksomheder med et ideelt formål ikke skulle omfattes af LEV, uanset om virksomhederne udøver erhvervsdrift, medmindre erhvervsdriften – eller en ikke underordnet del af denne – fremmer deltageres økonomiske interesser.

Af ”Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar”, af Jytte Heje Mikkelsen m.fl., 2. udgave 2007, side 41 fremgår følgende:

”Deltageres økonomiske interesser kan i henhold til lovens forarbejder fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v. Fordelene kan således være både af direkte eller indirekte karakter.”

Af ”Erhvervsdrivende virksomheder” af Erik Hørlyck, 1. udgave, 1994, side 27 fremgår følgende:

”Det er uden videre klart, at betingelsen opfyldes for så vidt angår virksomheder, der har til formål at indtjene overskud til fordeling blandt deltagerne (løbende eller ved likvidation), eller som har til formål at sikre deltagerne lønnet beskæftigelse, eller som har til formål at skaffe deltagerne andre økonomiske fordele. Endvidere opfyldes betingelsen af andelsvirksomheder, der enten aftager deltageres produktion eller forsyner deltagerne.”

Spørgsmålet om evt. registreringspligtig efter LEV, kapitel 3 Ifølge LEV § 8, stk. 1 skal ledelsen i en virksomhed med begrænset ansvar, jf. § 3,

anmelde virksomheden til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (nu Erhvervsstyrelsen). En virksomhed med begrænset ansvar, som ikke er registreret i Erhvervsstyrelsen har ingen retsevne, dvs. virksomheden kan ikke som sådan erhverve rettigheder og indgå forpligtelser, jf. herved LEV § 9, stk. 1.

LEV § 8, stk. 1 henviser til virksomheder med begrænset ansvar ifølge § 3. I henhold til § 3 forstås ved en virksomhed med begrænset ansvar, en virksomhed hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Herudover er det en betingelse, at deltagerne ikke kan stemme eller modtage udbytte i forhold til deres andel af kapitalen, og at der er mulighed for vekslende deltagerantal.

Ifølge bemærkningerne til L 180 (2010/11), hvorved § 3 blev ændret, er formålet med bestemmelsen at sikre, at virksomheder der ikke i væsentlig grad adskiller sig fra f.eks. kapitalselskaber, ikke registreres i henhold til LEV. Et karakteristisk kendetegn ved aktie- og anpartsselskaber er netop, at deltagerne har udbytte- og stemmeret i forhold til den af dem indskudte kapital

Ifølge § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 (om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder) finder reglerne om registrering i LEVs kapitel 3 ikke anvendelse på erhvervsdrivende virksomheder med begrænset ansvar, som er omfattet af (blandt andet) lov om elforsyning, hvis virksomhedens årsregnskaber og vedtægter er offentligt tilgængelige.

Styrelsens vurdering

Spørgsmålet om hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af LEV

Det er styrelsens vurdering, at det forhold at § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af den 11. oktober 2006 undtager virksomheder omfattet af (blandt andet) lov om elforsyning fra registreringspligten i LEV samtidig bidrager til vurderingen af, hvorvidt et selskab som K A.m.b.a. må anses for omfattet af LEV.

Baggrunden for virksomheder omfattet af elforsyningsloven blev undtaget fra registreringspligt i henhold til LEV var, at lov om elforsyning detaljeret regulerer forholdene for disse virksomheder og fastsætter regler om tilsyn med disse virksomheder. Ved bekendtgørelsen er der således taget stilling til, at virksomheder omfattet af lov om elforsyning, anses for erhvervsdrivende og omfattet af LEV. Kravet om at virksomheden skal have til formål at fremme sine deltagers økonomiske interesser anses således også for opfyldt for virksomheder omfattet af lov om elforsyning, uanset at de pågældende virksomheder også på tidspunktet for bekendtgørelsens udstedelse var omfattet af særlige regler om prisfastsættelse/prisregulering.

K A.m.b.a. er moderselskab for et elforsyningselskab. Ifølge det oplyste er K A.m.b.a. ikke omfattet af elforsyningsloven og dermed heller ikke omfattet af undtagelsesbekendtgørelsen. K A.m.b.a. udøver efter styrelsens vurdering erhvervsdrift, jf. nedenfor, og det forhold, at K A.m.b.a. i et vist omfang indirekte påvirkes af den særlige regulering

vedrørende prisfastsættelse/prisregulering på elområdet findes ikke at føre til, at selskabet ikke kan anses for at fremme sine deltageres økonomiske interesser. For virksomheder omfattet af lov om elforsyning, der direkte er berørt af den særlige regulering vedrørende prisfastsættelse er det således i bekendtgørelsen forudsat, at disse – på trods af den særlige regulering – fremmer deltagernes økonomiske interesser, idet de anses for omfattet af LEV. Den eneste begrundelse for i bekendtgørelsen at undtage virksomheder omfattet af elforsyningsloven fra LEVs registreringspligt var netop, at disse virksomheder er underlagt tilsyn. Holdingselskaberne er, i modsætning til virksomheder omfattet af lov om elforsyning, ikke underlagt tilsyn. Hvis holdingselskabet ikke skulle anses for registreringspligtigt i henhold til LEV, ville det medføre, at der ikke er offentlighed omkring disse selskabers forhold, bl.a. åbenhed om selskabernes vedtægter, ledelse og årsrapporter.

Idet virksomheder omfattet af lov om elforsyning som udgangspunkt anses for omfattet af LEV er det styrelsens vurdering, at holdingvirksomheder for virksomheder, der er omfattet af lov om elforsyning så meget desto mere må anses for omfattet af LEV. Holdingselskaber for virksomheder omfattet af elforsyningsloven vil generelt være erhvervsdrivende, jf. LEVs § 1, stk. 3, nr. 3 og samtidig må de anses for at fremme deltagernes økonomiske interesser. Det forhold at elforsyningslovens regler om prisfastsættelse indirekte har betydning for holdingselskabets prisfastsættelse og dermed muligheden for at fremme deltagernes økonomiske interesser kan ikke føre til at holdingselskaber ikke er omfattet af LEVs anvendelsesområde. Argumentet skulle i givet fald gøre sig stærkere gældende for virksomheder, der er omfattet af elforsyningsloven og dermed direkte underlagt denne lovs regulering vedrørende prisfastsættelse, men disse virksomheder er netop, som nævnt ovenfor, anset for som udgangspunkt at være omfattet af LEV.

På baggrund heraf er det styrelsens vurdering, at K A.m.b.a. er omfattet af LEV.

Såfremt Erhvervsankenævnet ikke finder, at K A.m.b.a. på baggrund af det ovenfor anførte kan anses for omfattet af LEV, anfører styrelsen følgende:

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at K A.m.b.a. er erhvervsdrivende som defineret i LEV § 1, stk. 3, idet K A.m.b.a. er modervirksomhed for K2 A/S, der ubestridt udøver erhvervsdrift, jf. LEV § 1, stk. 3, nr. 1 (overdragelse af varer og erlæggelse af tjenesteydelser).

Der er efter styrelsens vurdering ikke, som anført af klager, i LEV eller andetsteds holdepunkter for, at klassifikationen af K A.m.b.a. som erhvervsdrivende skulle påvirkes af, at selskabets deltagere ikke er frivillige deltagere, men derimod deltagere, hvis de har bopæl indenfor K2 A/S' geografiske forsyningsområde.

Styrelsen er af den opfattelse, at den grundlæggende sontring i forbindelse med afgørelsen af, om en virksomhed er omfattet af LEV er, om

virksomheden bedst kan klassificeres som erhvervsdrivende eller ideel. Alle erhvervsdrivende virksomheder, som ikke er omfattet af øvrige love, er som udgangspunkt omfattet af LEV. Med formuleringen af LEV § 1, stk. 1, har lovgiver imidlertid, jf. det i forarbejderne til loven anførte, ønsket at undtage virksomheder af ideel karakter, uanset om disse ligeledes udøver begrænset erhvervsdrift (f.eks. en idrætsforening, der driver et cafeteria). Kriteriet om fremme af deltagernes økonomiske interesser er således alene indsat i loven for at kvalificere en undtagelse fra lovens anvendelsesområde, for virksomheder der er af ideel karakter, men som dog udøver erhvervsdrift i begrænset omfang.

Efter styrelsens vurdering er K A.m.b.a. ikke en ideel virksomhed, men derimod en erhvervsdrivende virksomhed. Til brug for vurderingen af, om der er tale om en ideel eller en erhvervsdrivende virksomhed, må der efter styrelsens vurdering lægges vægt på såvel virksomhedens vedtægtsbestemte formål som på den af virksomheden faktisk udøvede aktivitet, jf. hertil Folketingstidende A 1993-94, sp. 1670 f.

Den første sætning i formålsbestemmelsen er sålydende: *"Selskabets overordnede formål er at sørge for fremskaffelse af elektricitet til andelshavernes behov."* Det er styrelsens vurdering, at det angivne formål, også set i sammenhæng med selskabets øvrige angivne aktiviteter, ikke er ideelt. Som eksempler på ideelle formål er i lovbemærkningerne anført sociale, politiske, kulturelle eller humanitære formål. Om end der kun er tale om en opremssning af eksempler på ideelle formål, så er det styrelsens vurdering, at eksemplerne i lovbemærkningerne typemæssigt kan sammenlignes. Det er styrelsens opfattelse, at K A.m.b.a.'s aktiviteter samt det vedtægtsbestemte formål om at sørge for fremskaffelse af elektricitet til andelshavernes behov, ikke kan rummes indenfor de typer af formål, som er opremset i lovforarbejderne som eksempler på ideelle formål. Der er ikke til sagen oplyst noget om, at virksomhedens faktiske aktiviteter adskiller sig fra det i formålsbestemmelsen anførte.

Samlet set er det på baggrund af ovenstående styrelsens vurdering, at K A.m.b.a. er en erhvervsdrivende virksomhed – ikke en ideel virksomhed.

Styrelsen vurderer ydermere, at virksomheden har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, om end dette sker indirekte. Kravet i LEV § 1, stk. 1 om at virksomheden skal have til formål af fremme deltagernes økonomiske interesser, kan opfyldes ved såvel direkte som indirekte økonomiske fordele, jf. hertil "Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar", af Jytte Heje Mikkelsen m.fl., 2. udgave 2007, side 41. Efter styrelsens vurdering følger det af den af K A.m.b.a. udøvede forsyningsaktivitet samt af det i selskabets vedtægtsbestemte formål anførte, at K A.m.b.a. har til formål at fremme selskabsdeltagernes økonomiske interesser.

Styrelsen fastholder således, at K A.m.b.a. er omfattet af LEV § 1, stk. 1, idet virksomheden fremmer deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Se også ”Erhvervsdrivende virksomheder” af Erik Hørlyck, 1. udgave, 1994, hvor der på side 27 er anført følgende:

...

Spørgsmålet om evt. registreringspligtig efter LEV, kapitel 3

Ifølge LEV § 8, stk. 1 skal virksomheder med begrænset ansvar, jf. § 3 anmeldes til registrering. Det er styrelsens vurdering, at K A.m.b.a. er omfattet af definitionen på en virksomhed med begrænset ansvar i medfør af LEV § 3. Efter styrelsens vurdering er der i K A.m.b.a. således mulighed for vekslende deltagerantal, som krævet i § 3. Det må således netop anses for et objektivi kriterium for optagelse, at andelshaverne skal være bosat i det pågældende, geografiske forsyningsområde. Om end det må anses for atypisk, at et selskabs deltagerkreds er lig med de personer, der er bosiddende i et nærmere bestemt geografisk område, så finder styrelsen ikke, at dette forhold fører til, at betingelsen i § 3 om mulighed for vekslende deltagerantal ikke anses for opfyldt.

Klager anfører, at betingelsen i § 3 om at deltageres økonomiske rettigheder ikke må være baseret på deres andel af kapitalen, indebærer en forudsætning om, at deltagerne ved lov eller i vedtægt er tillagt økonomiske rettigheder i selskabet. Styrelsen er ikke enig i denne fortolkning af § 3. Betingelsen i § 3 om at økonomiske rettigheder ikke må baseres på deltageres andel af kapitalen, forudsætter således, efter styrelsens opfattelse, ikke at der *kan* identificeres egentlige økonomiske rettigheder for deltagerne. Betingelsen forudsætter, efter styrelsens vurdering, alene, at sådanne rettigheder, *hvis* de kan identificeres, ikke må være baseret på deltageres andel af den indskudte kapital. Styrelsen vurderer på baggrund af de foreliggende oplysninger, at selskabsdeltagerne ikke har egentlige økonomiske rettigheder i selskabet. På den baggrund er betingelsen i § 3, om at økonomiske rettigheder ikke må være baseret på deltageres andel af kapitalen, ikke relevant.

K A.m.b.a. er således efter styrelsens vurdering omfattet af definitionen på en virksomhed med begrænset ansvar i LEV § 3 og dermed af registreringspligten i LEV § 8, stk. 1.

Styrelsen er ikke enig med klager i, at K A.m.b.a. er omfattet af § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006, idet bestemmelsen efter styrelsens vurdering alene finder anvendelse på virksomheder, der er direkte omfattet af (blandt andet) lov om elforsyning. Klager har gjort gældende, at K A.m.b.a. indirekte – i hvert fald i et vist omfang – må anses for omfattet af lov om elforsyning. I den forbindelse henviser klager til en række bestemmelser i lov om elforsyning, hvorefter der også stilles krav til moderselskaber til de af loven omfattede selskaber. Klager har, efter styrelsens vurdering, ikke godtgjort, at K A.m.b.a. er omfattet af lov om elforsyning. Styrelsen har ved henvendelse til Energistyrelsen fået oplyst, at et selskab som K A.m.b.a., der er holdingselskab for en elproduktionsvirksomhed, ikke direkte er omfattet af loven, men at loven indeholder bestemmelser, der retter sig til – eller kan rette sig til – sådanne holdingselskaber.

Styrelsen vurderer derfor samlet, at K A.m.b.a. ikke kan anses for omfattet af lov om elforsyning som krævet i § 3 i ovennævnte bekendtgørelse.

K A.m.b.a. er derfor efter styrelsens vurdering ikke undtaget fra registreringspligten i LEV § 8, stk. 1.

...”

I skrivelse af 4. oktober 2012 har advokat A yderligere anført:

” ...

Ad spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af LEV

Det fastholdes, at K A.m.b.a. *ikke* er omfattet af LEV, idet K A.m.b.a. ikke har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Styrelsens redegørelse giver i denne forbindelse anledning til følgende bemærkninger:

I redegørelsen, s. 5, anføres bl.a. følgende:

...

Det bestrides, at der med bekendtgørelse nr. 1022 af den 11. oktober 2006 »...er...taget stilling til, at virksomheder omfattet af lov om elforsyning, anses for erhvervsdrivende og omfattet af LEV«.

Vurderingen af, hvorvidt en virksomhed har til formål gennem erhvervsdrift at fremme deltagernes økonomiske interesser beror ifølge bemærkningerne til lovens § 1 (Folketingstidende A 1993-94, spalte 1670 f.) – som korrekt gengivet i styrelsens redegørelse, s. 3 f. – på en *konkret* vurdering af den enkelte virksomheds forhold:

»Om virksomhedens formål er fremme af deltageres økonomiske interesser kan udledes af såvel vedtægterne som af de reelle forhold i virksomheden. Deltagernes økonomiske interesser kan fremmes ved økonomiske fordele som overskudsfordeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus rabat m.v.« (min understregning).

Af bemærkningerne fremgår således klart, at der ikke er hjemmel til at foretage en *typevurdering*, hvorefter visse typer virksomheder *generelt* anses for at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser [Det af Erik Hørlyck: »Erhvervsdrivende virksomheder«, 1. udgave (1994), s. 27, vedrørende andelsvirksomheder anførte må derfor forstås med forbehold for, at en konkret vurdering kan føre til et andet resultat, jf. det i forarbejderne anførte. I øvrigt bemærkes, at der hverken foreligger administrativ praksis eller retspraksis, som fastslår, at andelsvirksomheder altid og generelt skal anses for at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, hvorfor Hørlycks bemærkninger alene kan tages som udtryk for denne forfatters egen opfattelse.]. En sådan typevurdering ville i øvrigt også være i strid med den forvaltningsretlige grundsætning vedrørende pligtmæssigt skøn i tilfælde, hvor der af lovgivningsmagten er overladt forvaltningen et skøn.

Også for så vidt angår virksomheder (direkte eller indirekte) omfattet af elforsyningsloven skal der derfor på baggrund af »...såvel vedtægterne som af de reelle forhold i virksomheden« foretages en *konkret* vurdering af, hvorvidt virksomhedens formål er fremme af deltagernes økonomiske interesser. Det bemærkes i denne forbindelse, at der for så vidt angår virksomheder (direkte eller indirekte) omfattet af elforsyningsloven sag- tens kan være forskelle i vedtægter og/eller de reelle forhold i virksom- heden, som bevirker, at visse af virksomhederne må anses at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, medens dette for andres vedkommende ikke er tilfældet.

Bestemmelsen i § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af den 11. oktober 2006 har derfor ikke anden betydning end at fastslå, at en virksomhed, som ef- ter en *konkret* vurdering må anses for omfattet af LEV, er undtaget fra registreringspligt, såfremt virksomheden er omfattet af elforsyningslo- ven.

Den af K A.m.b.a. indgivne klage vedrører derimod netop spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. - efter en *konkret* vurdering af såvel K A.m.b.a.'s vedtægter som af de reelle forhold i virksomheden - må anta- ges at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser. Det- te er – som anført i klagen – efter klagers opfattelse *ikke* tilfældet, idet klagers hovedanbringender i så henseende kan opsummeres således:

- Ifølge vedtægterne har virksomhedsdeltagerne, dvs. andelshaver- ne, *ingen økonomiske rettigheder* overhovedet til selskabets for- mue.
- Virksomhedsdeltagerne opnår *ingen individuelle økonomiske for- dele* af selskabsdeltagelsen, idet der hverken udloddes udbytte til andelshaverne eller gives andelshaverne rabat på selska- bets/koncernens ydelser i øvrigt. Endvidere er andelsbeviset uomsætteligt, ligesom det ikke er muligt at indløse andelsbeviset til pålydende værdi.
- Selskabsdeltagerne har heller *ingen indirekte, økonomiske fordele* ud af selskabsdeltagelsen i form af lavere priser på selskabets ydelser, idet K2 A/S - for så vidt angår prissætningen af de ydel- ser, der er omfattet af elforsyningslovens regler om prisfastsæt- telse – over for andelshaverene opkræver de maksimale beløb, som kan opkræves inden for den indtægtsramme, som hvert år af Energistyrelsen fastsættes for kollektive elforsyningsvirksomhe- der.

K A.m.b.a. har således efter en *konkret vurdering* af såvel vedtægter som af de reelle forhold i virksomheden *ikke* til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser.

Det fremgår eksplicit af forarbejderne til lovens § 1, at det anførte krite- rium »...har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde over for ideelle foreninger, der udøver erhvervsdrift«. Det følger således eksplicit af forarbejderne, at en virksomhed i LEV's forstand er at betragte som

ideel, selv om virksomheden udøver erhvervsdrift, såfremt formålet hermed ikke er at fremme deltagernes økonomiske interesser. Efter ordlyden af såvel forarbejderne som lovens § 1, stk. 1 gælder dette uanset omfanget af erhvervsdriften.

På denne baggrund gøres det gældende, at K A.m.b.a. i LEV's forstand er at betragte som en virksomhed af ideel karakter, der udøver erhvervsdrift, hvilket også – som anført i den oprindelige forespørgsel til Erhvervsstyrelsen (bilag 2, s. 4) – er helt i tråd med den historiske baggrund for etableringen af forbrugerejede eldistributionsselskaber. Klager er således ikke enig med styrelsen i, at K A.m.b.a.'s aktiviteter samt det vedtægtsbestemte formål om at sørge for fremskaffelse af elektricitet til andelshavernes behov, ikke kan rummes inden for de typer af ideelle formål, som er opremset i lovforarbejderne. Tværtimod må opretholdelse af en høj grad af forsyningsikkerhed – hvilket af eldistributionskoncernerne, herunder K-koncernen, bl.a. er opnået gennem anvendelse af betydelige midler til kabellægning af nettet - anses for en væsentlig samfundsmæssig opgave. Endvidere gøres gældende, at virksomhedens ideelle karakter netop kommer til udtryk ved, at selskabsdeltagelsen ikke er forbundet med økonomiske rettigheder eller fordele, men derimod udelukkende giver selskabsdeltagerne mulighed for – gennem den i vedtægterne og lovgivningen sikrede forbrugerindflydelse - at varetage ideelle forbrugerinteresser gennem beslutning i K A.m.b.a. om, hvorledes ejerskabet af de øvrige koncernselskaber (K2 A/S og K3 A/S) og direkte og indirekte ejede kapitalandele i andre selskaber (B A/S, C A/S, D A/S og E A/S) skal forvaltes. Selskabsdeltagernes interesser er således på ingen måde kvantitative, men derimod af rent kvalitativ karakter.

Ad spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er registreringspligtig efter LEV, kapitel 3

For det tilfælde, at Erhvervsankenævnet måtte finde, at K A.m.b.a. er omfattet af LEV, gøres det som anført i klagen gældende, at K A.m.b.a. ikke er registreringspligtig efter LEV, § 8, stk. 1.

Spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. i givet fald er registreringspligtig efter LEV, afhænger af to forhold:

- i. Hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af definitionen af »en virksomhed med begrænset ansvar« i jf. LEV § 3, idet registreringspligten efter LEV § 8, stk. 1, kun omfatter »virksomheder med begrænset ansvar«, således som dette begreb er defineret i LEV § 3..
- ii. Hvorvidt K A.m.b.a. er undtaget fra registreringspligt i henhold til § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006, såfremt Erhvervsankenævnet måtte finde, at K A.m.b.a. er omfattet af definitionen i LEV § 3.

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af definitionen i LEV § 3 af »en virksomhed med begrænset ansvar«, henvises i det hele til det i klagen, s. 7 f., anførte, idet klager har noteret sig, at Erhvervsstyrelsen anerkender, at »...det må anses for atypisk, at et selskabs

deltagerkreds er lig med de personer, der er bosiddende i et nærmere bestemt geografisk område...« Dette gælder så meget desto mere, idet K A.m.b.a. er *uden indflydelse* på, hvem der er andelshavere i selskabet, da dette alene beror på, hvem der bosætter sig inden for forsyningsområdet og på, om der sker opførelse af nye bolig- eller industrikvarterer. I sidstnævnte tilfælde er det af K A.m.b.a. ejede netselskab *forpligtet* til at etablere nettilslutning og optage tilflyttere som nye andelshavere i K A.m.b.a. Det gøres i denne forbindelse gældende, at der ved udtrykket »...mulighed for vekslende deltagerantal...« skal forstås, at *selskabet* har mulighed for at træffe beslutning om optagelse af nye selskabsdeltagere. Dette er som anført ikke tilfældet for så vidt angår K A.m.b.a., idet det ligger uden for K A.m.b.a.'s indflydelse at bestemme, hvem der »...har rådighed over en installation, som direkte eller indirekte er tilsluttet selskabets elnet...«, jf. vedtægternes § 3, og dermed uden for K A.m.b.a.'s indflydelse, hvem der kan være andelshavere.

Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er undtaget fra registreringspligt i henhold til § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006, fastholdes – for det tilfælde, at Erhvervsankenævnet måtte finde, at K A.m.b.a. er en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3 – at dette er tilfældet.

Dette synes efter klagers opfattelse bekræftet ved den af Erhvervsstyrelsen indhentede udtalelse fra Energistyrelsen (bilag 6 til Erhvervsstyrelsens redegørelse), hvori Energistyrelsen - på Erhvervsstyrelsens forespørgsel om, hvorvidt K A.m.b.a. som moderselskab for K2 A/S er omfattet af elforsyningsloven - bl.a. anfører:

»Så svaret er vel, at man kan sige, at holdingselskabet ikke er direkte omfattet af loven, men at elloven indeholder bestemmelser, der retter sig til – eller kan rette sig til – et holdingselskab«.

Energistyrelsen bekræfter således utvetydigt, at elforsyningsloven indeholder en række bestemmelser, som ikke kun berører det selskab, som udøver den bevillingskrævende netvirksomhed, men tillige selskabets moderselskab.

Det gøres i denne forbindelse gældende, at § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 må fortolkes således, at *enten* er en virksomhed (direkte eller indirekte) omfattet af elforsyningsloven med den virkning, at den pågældende virksomhed er undtaget fra registrering efter LEV § 8, stk. 1, *eller* også er virksomheden ikke omfattet af elforsyningsloven med den virkning, at den pågældende virksomhed er registreringspligtig efter LEV § 8, stk. 1.

Det er Energistyrelsens vurdering, at K A.m.b.a. indirekte er omfattet af elforsyningsloven, idet loven »...indeholder bestemmelser, der retter sig til – eller kan rette sig til – et holdingselskab« som K A.m.b.a. Det fastholdes derfor, at K A.m.b.a. er undtaget fra registrering.»

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 5. november 2012 heroverfor bemærket:

” ...

Ad spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af LEV

Erhvervsstyrelsen har i udtalelse af den 6. september anført, at der med udstedelse af bekendtgørelse nr. 1022 af den 11. oktober 2012 er taget stilling til, at virksomheder omfattet af lov om elforsyning som udgangspunkt anses for omfattet af LEV og dermed implicit, at virksomheder af denne type må anses for at fremme deltagernes økonomiske interesser.

Klager bestrider i sin skrivelse af den 4. oktober, at der med udstedelsen af bekendtgørelsen er taget stilling til, at virksomheder omfattet af lov om elforsyning anses for erhvervsdrivende og omfattet af LEV. Klager anfører, at vurderingen af, hvorvidt en virksomhed fremmer deltagernes økonomiske interesser, er en konkret vurdering, der skal foretages for den enkelte virksomhed. Klager henviser i denne forbindelse til bemærkningerne til LEV § 1, idet han anfører, at der ikke kan foretages typevurderinger, hvorefter visse typer af virksomheder generelt anses for at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser.

Erhvervsstyrelsen skal i den forbindelse henvise til LEV § 5, stk. 2, hvorefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (nu Erhvervsstyrelsen) kan bestemme, at en virksomhed eller særlige typer af virksomheder helt eller delvis undtages fra loven. Det er denne bemyndigelse, der er udnyttet ved udstedelse af ovennævnte bekendtgørelse, og som det fremgår af § 5, stk. 2, er der netop tale om, at typer af virksomheder kan undtages fra loven – helt eller delvist. Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at det ved undtagelsen af virksomheder omfattet af lov om elforsyning er taget stilling til, at denne type af virksomheder er omfattet af LEV, idet der ellers ikke var grund til at undtage disse herfra.

Ad spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er registreringspligtig efter LEV, kapitel 3

For at være registreringspligtig i henhold til LEV § 8, stk. 1, skal der være tale om en virksomhed med begrænset ansvar. Virksomheder med begrænset ansvar er defineret i LEV § 3. Klager hævder, at betingelsen i LEV § 3, 2. pkt., hvorefter der i en virksomhed med begrænset ansvar skal være mulighed for vekslende deltagerantal, ikke er opfyldt for så vidt angår K A.m.b.a., idet K A.m.b.a. ikke har mulighed for at træffe beslutning om optagelse af nye selskabsdeltagere. Selskabet er derimod forpligtet til at optage beboere i et bestemt geografisk område som andelshavere og til at levere virksomhedens ydelser til disse beboere.

Det er styrelsens vurdering, at betingelsen om mulighed for vekslende deltagerantal er indsat i LEV for at sikre, at selskaber, der reelt skal registreres som aktie- eller anpartsselskaber ikke bliver registreret i henhold til LEV [Se hertil bemærkningerne til lov nr. 616 af 14/06/2011 § 1, hvoraf det bl.a. følger, at ”... formålet med den gældende bestemmelse er at sikre, at virksomheder, der skal registreres efter selskabsloven, ikke registreres efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. En virksomhed, der skal registreres efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, skal derfor væsentligt adskille sig fra f.eks. et kapital-selskab (aktie- og anpartsselskab)..”]. Virksomheder med begrænset ansvar om-

fattet af LEV skal således adskille sig væsentligt fra kapitalselskaber omfattet af selskabsloven. I kapitalselskaber er det generalforsamlingen, der skal udstede nye aktier og derved beslutte, at der kan optages nye kapitalejere i selskabet. Ifølge Erhvervsstyrelsens praksis anses et selskab for at have mulighed for vekslende deltagerantal, hvis optagelsen af nye deltagere sker på baggrund af objektive kriterier i vedtægten og hvor det er virksomhedens ledelse, der på baggrund af kriterierne godkender nye deltagere – kriterierne vil typisk have sammenhæng med selskabets formål og aktivitet. Godkendelsen må ikke være overladt til ledelsens frie skøn.

Det er styrelsens vurdering, at betingelsen i LEV § 3 om mulighed for vekslende deltagelse er opfyldt for K A.m.b.a., da fremgangsmåden for optagelse af nye deltagere adskiller sig væsentligt fra fremgangsmåden herfor i et kapitalselskab. Det særegne forhold, at beboere i et bestemt geografisk område automatisk optages som andelshavere i K A.m.b.a. findes ikke at føre til et andet resultat.”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

1. Klageadgang

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov. I henhold til § 15 e, stk. 3, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder kan afgørelser truffet af Erhvervsstyrelsen i henhold til denne lov eller forskrifter udstedt i medfør af loven indbringes for Erhvervsankenævnet.

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 11. juni 2012 meddelt, at K A.m.b.a efter styrelsens vurdering er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, og at selskabet er registreringspligtigt i henhold til lovens § 8, stk. 1.

Erklæringer fra Erhvervsstyrelsen om, hvad styrelsen anser som gældende ret, er ikke i sig selv afgørelser, som kan påklages til Erhvervsankenævnet. Om end den foreliggende udtalelse fra Erhvervsstyrelsen ikke er afgivet som led i en anmeldelse om registrering, indebærer den efter sit indhold imidlertid i realiteten en pligt for klager til fortsat at lade sig være registreret.

I hvert fald under disse omstændigheder finder ankenævnet, at klageren har en retlig interesse i at få ankenævnets prøvelse af Erhvervsstyrelsens vurdering. Erhvervsankenævnet realitetsbehandler derfor klagen.

2. Klagers registreringspligt efter LEV

a. Erhvervsvirksomhedslovens (LEVs) anvendelse på klager.

Det anføres i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV) § 1, stk. 1, at loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. I henhold til lovens § 1, stk. 3, nr. 1, anses en virksomhed for at udøve erhvervsdrift, hvis den overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke virksomheden normalt modtager vederlag. I henhold til § 1, stk. 3, nr. 3, anses en modervirksomhed til en virksomhed, der udøver erhvervsdrift efter nr. 1, for erhvervsdrivende.

I de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. 84 af 24. marts 1993 om erhvervsdrivende virksomheder anføres:

”..

Foruden at være erhvervsdrivende skal virksomheden have til formål gennem erhvervsdriften at fremme deltagerens økonomiske interesser. Tilføjelsen af dette yderligere led har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde over for ideelle foreninger, der udøver erhvervsdrift. Efter lovforslagets afgræsning vil alene de foreninger, der har til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser gennem udøvelse af erhvervsdrift, være omfattet. Afgræsningen svarer i denne henseende til afgræsningen i den svenske lov om økonomiske foreninger, der dog alene omfatter kooperative foreninger. Som eksempel på ideelle foreninger, der ikke er omfattet af lovforslaget, kan nævnes brancheforeninger inden for landsbrug, industri, handel, service m.v., idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer m.v. De falder uden for lovens område, uanset om de måtte drive erhvervsvirksomhed, idet denne erhvervsdrift ikke sker for at fremme deltagerens økonomiske interesser.

...”

I bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser anføres endvidere:

”...

Stk. 1 indeholder 2 kriterier for, at en virksomhed omfattes af loven. En virksomhed, der omfattes af lovforslaget, er karakteriseret ved dels at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, dels at deltagernes økonomiske interesser fremmes gennem virksomhedens erhvervsdrift. Er kun et af kriterierne opfyldt, er virksomheden ikke omfattet af lovforslaget.

Erhvervsdriften kan følge af såvel virksomhedens formål efter vedtægterne som virksomhedens faktiske aktiviteter.

At virksomheden for at blive omfattet af loven ud over at være erhvervsdrivende skal have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, er en indsnævring af erhvervsbegrebet i forhold til selskabslove...

Tilføjelsen af dette yderligere kriterium har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde over for ideelle foreninger, der udøver erhvervsdrift.

Opfyldes en virksomheds ideelle formål gennem erhvervsdrift, vil virksomheden ikke være omfattet af lovforslaget, hvis udførelsen af erhvervsdriften ikke samtidig har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser.

Om virksomhedens formål er fremme af deltagernes økonomiske interesser kan udledes af såvel vedtægterne som af de reelle forhold i virksomheden.

Deltagernes økonomiske interesser kan fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v.

Som eksempler på ideelle foreninger, der ikke er omfattet af lovforslaget kan nævnes foreninger med et socialt, politisk, kulturelt eller humanitært formål såsom idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer, brancheforeninger inden for landbrug, industri, handel, service m.v., partiforeninger, spejderhytter, kunst- og teaterforeninger m.v. De falder uden for lovens område, uanset de måtte drive erhverv, blot deltagernes økonomiske interesser ikke fremmes ved denne erhvervsaktivitet.

...”

Ifølge ”Beretning 2011” for K A.m.b.a omfatter selskabets hovedaktivitet blandt andet udførelse af arbejdsopgaver for virksomhedens to 100 % ejede selskaber, K2 A/S og K3 A/S, i henhold til samarbejdsaftale om varetagelse af drifts- og administrationsopgaver.

Af § 2 i vedtægterne for K A.m.b.a fremgår:

”Selskabets overordnede formål er at sørge for fremskaffelse af elektricitet til andelshavernes behov. Selskabet kan sammen med sine datterselskaber udføre opgaver i henhold til bevilling og kan drive kommerciel virksomhed indenfor energisektoren. Selskabet vil fungere som moderselskab, og vil kunne udøve de administrative funktioner, der knytter sig til selskabets og dets datterselskabers virksomheder. Efter bestyrelsens nærmere bestemmelse kan selskabet drive anden virksomhed vedrørende fremskaffelse, transport og levering af andre former for energi. Selskabet kan herudover drive virksomhed med etablering, besiddelse, drift og udlejning af bredbånd, internetforbindelser og andre netværk”

Under hensyn til indholdet af klagers vedtægter og det oplyste om de reelle forhold i virksomheden findes K A.m.b.a. at udøve erhvervsdrift, jf. LEV § 1, stk. 3, nr. 3, jf. nr. 1.

Klager, der ikke kan anses som en ideel forening, findes endvidere at drive virksomhed, der har til formål at fremme deltageres økonomiske interesser, jf. LEV § 1, stk. 1.

Ankenævnet finder ligesom Energistyrelsen, at K A.m.b.a. ikke er omfattet af lov om elforsyning, selvom virksomheden er moderselskab til dattervirksomheder med bevillingspligtig aktivitet omfattet af lov om elforsyning. K A.m.b.a. er således heller ikke omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV) finder herefter anvendelse på klager.

b. Registreringspligten efter LEV

I henhold til LEV § 8, stk. 1, skal virksomheder med begrænset ansvar, jf. § 3, anmeldes til registrering i Erhvervsstyrelsen. I henhold til lovens § 3 forstås ved virksomheder med begrænset ansvar en virksomhed, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Det er desuden en betingelse, at der er mulighed for vekslende deltagerantal, og at økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder ikke er baseret på deltagerens andel af kapitalen.

I lovforslag nr. 180 af 30. marts 2011 anføres vedrørende ændring af § 3 under bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser:

” ...

I henhold til lovens § 3 forstås ved en virksomhed med begrænset ansvar en virksomhed, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Formålet med den gældende bestemmelse er at sikre, at virksomheder, der skal registreres efter selskabsloven, ikke registreres efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. En virksomhed, der skal registreres efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, skal derfor væsentligt adskille sig fra f.eks. et kapitalsselskab (aktie- og anpartsselskab). Hvis adskillelsen ikke er væsentlig, omfattes virksomheden af selskabsloven eller eventuelt anden lovgivning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen lægger i forbindelse med sin sagsbehandling bl.a. vægt på, at deltagerne i en virksomhed med begrænset ansvar ikke er tillagt økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder (udbytte og stemmeret) i forhold til den pågældende deltagers andel af kapitalen, idet disse karakteristika er kendetegnende for kapitalsselskaber.

...”

Da der er mulighed for vekslende deltagerantal i K A.m.b.a., og da virksomheden i væsentlig grad adskiller sig fra kapitalsselskaber, findes klager at være en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, og dermed registreringspligtig.

På denne baggrund stadfæster ankenævnet Erhvervsstyrelsens afgørelse af 11. juni 2012.

28) Kendelse af 20. juni 2013 (J.nr. 2012-0032365)

Virksomhed anset som en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, og dermed registreringspligtig.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 1, § 3 og § 8.

(Niels Walther-Rasmussen, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 2. juli 2012 har advokat A på vegne af K A.m.b.a. klaget over, at Erhvervsstyrelsen i skrivelse af 6. juni 2012 har meddelt, at virksomheden er registreringspligtig efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV).

Sagens omstændigheder:

Statsautoriseret revisor B rettede ved skrivelse af 20. februar 2012 på vegne af K A.m.b.a. henvendelse til Erhvervsstyrelsen, og anførte i den forbindelse:

” ...

Som repræsentant for K A.m.b.a. (herefter "K") skal vi hermed høfligt anmode Erhvervsstyrelsen om en udtalelse om, hvorvidt K er omfattet af § 3 i lov om erhvervsdrivende virksomheder ("LEV"), og (fortsat) skal være registreret hos Erhvervsstyrelsen, jfr. LEV §§ 8-9.

Baggrund

K er moderselskab for K-koncernen.

K's mission er (i overensstemmelse med elforsyningsloven) at sørge for, at alle i ... [region i Danmark] har adgang til en god, sikker og konkurrencedygtig elforsyning.

K har således ifølge sine vedtægter til formål at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed. K kan derudover drive virksomhed med forsyning, produktion, rådgivning, handel og finansiering særligt i relation til energi og energirelaterede produkter samt anden i forbindelse dermed stående virksomhed.

Denne virksomhed kan efter vedtægterne udøves i datterselskaber med begrænset hæftelse, og udøves faktisk i dag gennem K's datterselskaber mv., som blandt andet omfatter C A/S, D A/S, E A/S og F A/S.

K og K's datterselskaber har desuden ejerandele i G A/S, H A/S og I A.m.b.a.

C A/S har netbevilling til at drive elforsyningsvirksomhed i [region i Danmark] og er blandt andet beskæftiget med udbygning og drift af elforsyningsnettet og energimaling m.v.

D A/S udfører entreprisarbejde, inklusiv nybygning af anlæg, nedlægning af kabler, montage af udstyr og drift og vedligeholdelse af elanlæg eller beslægtede anlæg og løser opgaver for både netvirksomheder og andre virksomheder så som antenneforeninger, vandværker og televirksomheder over hele landet.

F A/S er i gang med at etablere fiber til ... byer i [region i Danmark].

E A/S er et handels-, operator- og forsyningselskab, der sælger el på det frie elmarked.

J A/S (tidligere L A/S) blev overtaget af K med virkning fra 1. januar 2011 og rummer el-kunder i [byområde i Danmark], som ikke har brugt det frie elmarked til at vælge anden el-leverandør.

Koncernen er organiseret som følger:

...

K selv er ansvarlig for koncernstrategi og forretningsudvikling, indkøb, IT samt sekretariats- og økonomifunktion for alle selskaber, der indgår i K-koncernen. K leverer ikke i øvrigt varer eller ydelser, da alle øvrige aktiviteter varetages af datterselskaberne.

Virksomheden er nærmere beskrevet på www.K.dk.

K er i dag registreret som et andelsselskab med begrænset ansvar (CVR-kode 140).

Enhver regningsmodtager, der er tilsluttet K's forsyningsanlæg, er - automatisk og gratis - andelshaver i K, jfr. vedtægternes § 3.1.

Selskabet ledes af et repræsentantskab, en bestyrelse og en direktion.

K's forsyningsområde er opdelt i valgdistrikter, og hvert andet år er der valg til repræsentantskabet i halvdelen af distrikterne.

Andelshaverne har en stemme pr. installation, jfr. vedtægternes § 7.4.

K's andelshavere hæfter ikke for selskabets forpligtelser, jfr. vedtægternes § 4.

Andelshaverne har ikke nogen "andelsret" og kan ikke modtage andel i K's formue hverken som udbytte (vedtægternes § 12.3), ved likvidation (vedtægternes § 15.3) eller ved en andelshavers udtræden (vedtægternes § 4.4).

K's vedtægter vedlægges i kopi ... Til orientering vedlægges desuden kopi af K's seneste årsrapport ...

Henset til udviklingen i K og K-koncernen samt i lovgivningen, er der nu opstået spørgsmål om, hvorvidt K fortsat må anses for omfattet af LEV § 3 og af registreringspligten efter LEV §§ 8-9, hvilket derfor ønskes afklaret gennem denne forespørgsel til Erhvervsstyrelsen.

Lov om erhvervsdrivende virksomheder

LEV § 3 indeholder en definition af virksomheder med begrænset ansvar og fastslår, at der herved forstås en virksomhed, hvor

- ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk,
- der som minimum er to deltagere,
- der er mulighed for vekslende deltagerantal, og
- de økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder ikke er baseret på deltagerens andel af kapitalen.

Imidlertid fremgår det af LEV § 1, at LEV (alene) finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Da K erlægger tjenesteydelser til sine datterselskaber m.v. mod vederlag og desuden har en bestemmende indflydelse i datterselskaberne, som ligeledes leverer varer og ydelser mod vederlag, må K anses for at udøve erhvervsdrift, jfr. herved LEV § 1, stk. 3.

Efter vores opfattelse er det imidlertid ikke ganske klart, om K gennem den omtalte erhvervsdrift kan anses at have til "formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser", jfr. LEV § 1, stk. 1.

I forarbejderne til LEV (bemærkningerne til § 1 i lovforslag nr. 84 af 24. november 1993, FT 1993-94, A, sp. 1663ff) er bestemmelsen i LEV § 1 beskrevet som følger:

...

Som bemærket ovenfor, har andelshaverne i K ingen andel i K's formue og kan ikke modtage udlodninger fra selskabet, hverken som udbytte/overskudsdeling eller i forbindelse med likvidation/opløsning eller udtræden.

Desuden har K ingen samhandel med sine andelshavere, der derfor heller ikke i kraft af en sådan samhandel kan opnå økonomiske fordele i form af bonus eller rabat mv.

Andelshaverne opnår heller ikke andel i K's overskud eller formue via deres samhandel med K's datterselskaber mv., eftersom virksomheden i disse datterselskaber ikke subsidieres af K men drives på almindelige markedsmæssige vilkår (inden for de indtægtsrammer og begrænsninger, der gælder efter elforsyningsloven), jfr. herved også elforsyningslovens § 46.

K anvender således ikke sit overskud til støtte af datterselskaberne (og dermed indirekte datterselskabernes kunder, andelshaverne), men anvender dette til konsolidering, investering i værdipapirer og i udvidelser af koncernen, som senest ved opkøbet af L A/S og elforsyningssystemet i [by i Danmark] samt ved etableringen af F A/S.

Hertil kommer at K's virksomhed i vidt omfang er styret af de ideelle hensyn, der ligger bag elforsyningsloven, hvilket også afspejles i K's mission, som er at sørge for, at alle i [region i Danmark] — og ikke kun selskabets andelshavere - har adgang til en god, sikker og konkurrence-dygtig elforsyning.

K har således ikke blot til formål at opnå størst mulig indtjening via erhvervsdriften i sine datterselskaber, men skal navnlig

- sikre at alle forbrugere kan opnå forsyning af elektricitet,
- sikre forsyningssikkerheden, herunder ved vedligeholdelse og udbygning af forsyningsnettet,
- fremme vedvarende energi og
- sikre forbrugerrepræsentation og -indflydelse.

Umiddelbart er det derfor vores vurdering, at K ikke kan anses for at være omfattet af LEV.

Dette understøttes efter vores opfattelse af, at elforsyningsvirksomheder efter bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder er undtaget fra registreringspligt efter LEV.

Endelig har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en udtalelse fra februar 1999 ... konkluderet at M – der er det største forsyningselskab i [område i Danmark], og hvis virksomhed svarer til K's — ikke kunne anses for omfattet af LEV.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen lagde i denne udtalelse navnlig vægt på (i) at M's overskud og formue ikke kan udloddes til stiftere eller andre men alene kan anvendes til M's og dets datterselskabers egne formål, og (ii) at M må anses for omfattet for energiforsyningslovgivningen, og derfor er undtaget fra LEV efter lovens § 5, stk. 2.

Disse forhold gør sig som beskrevet ovenfor tilsvarende gældende for K, hvilket ligeledes taler for, at K ikke anses for omfattet af LEV § 3, jfr. §§ 8-9.

For så vidt muligt at opnå en endelig afklaring af spørgsmålet også i forhold til K, skal vi dog med udgangspunkt i ovenstående anmode Erhvervsstyrelsen om en kort udtalelse i sagen.
...”

I Erhvervsstyrelsens skrivelse af 6. juni 2012 hedder det:

” ...

Registrering af K A.M.B.A., CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har modtaget Deres brev af 20. februar 2012, vedrørende hvorvidt K A.M.B.A. er registreringspligtig i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Indledningsvis skal styrelsen beklage den lange sagsbehandlingstid.

Afgørelse

På baggrund af de indsendte vedtægter, samt det til sagen oplyste, er det styrelsens vurdering, at K A.M.B.A. fortsat er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 1, hvilket medfører at andelsselskabet er omfattet af pligten til at lade sig registrere hos styrelsen, jf. lovens § 8, stk. 1.

...

Begrundelse

Det fremgår af lov om erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 1, at loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Følgende tre forhold skal således alle være opfyldt for, at en retsdannelse er omfattet af loven:

- 1) der skal være tale om en virksomhed, sådan som dette begreb er defineret i lovens § 1, stk. 2, og
- 2) virksomheden skal udøve erhvervsdrift, sådan som dette begreb er defineret i lovens § 1, stk. 3, og
- 3) erhvervsdriften skal have til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser.

ad1)

Af lov om erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 2, fremgår det, at virksomhedsbegrebet i loven blandt andet omfatter andelsselskaber med begrænset ansvar.

Ved vurdering af om en given retsdannelse kan karakteriseres som værende et andelsselskab, lægger styrelsen i sin praksis blandt andet vægt på, om deltagerkredsen er afgrænset, uden at være snævert rettet mod en bestemt personkreds, og om den kan antages reelt set at kunne være vekslende i størrelse. Endvidere vurderes deltagerens aktivitet med retsdannelsen, eksempelvis om der udføres lønnet arbejde, og om deltagerne løbende virker som aftagere eller leverandører. Yderligere vurderes også retsdannelsens formål.

Af vedtægten for K A.M.B.A, fremgår det af § 3, at som medlemmer kan optages:

1. *Enhver, der er registreret hos C A/S som regningsmodtager for en*
2. *installation og som sådan har rådighed over en installation, som er permanent tilsluttet K's forsyningsanlæg, er andelshaver.*
3. *En andelshaver kan også være en bestående transformerforening.*
4. *K kan levere elektricitet til forbrugere, der ikke er andelshavere.*
5. *En udtrædende andelshaver har ikke krav på nogen del af K's formue. Udtræden af andelsselskabet sker ved fraflytning, når forbrugerens installation skal frakobles K's net eller ved skriftlig meddelelse til K.*
6. *Vedtager en transformerforening at lade sine medlemmer overgå som direkte andelshavere ved K, betragtes det ikke som udtrædelse.*

Den potentielle medlemskreds er således klart afgrænset, men samtidig ganske bred indenfor de givne rammer.

Sammenfattende er det styrelsens opfattelse, at K A.M.B.A. som et andelsselskab.

For så vidt angår bestemmelsen i lov om erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 2, om at loven omfatter andelsselskaber med begrænset ansvar skal styrelsen anføre følgende:

I lovens § 3 defineres hvad der i loven forstås ved en virksomhed med begrænset ansvar. Det følger af bestemmelsen, at en virksomhed med begrænset ansvar er en virksomhed hvor ingen deltager hæfter både personligt og uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser.

Vedtægtens 4 har følgende ordlyd:

1. *Andelshavernes hæftelse for K's forpligtelser er begrænset til de enhver tid værende værdier i K. Herudover har andelshaverne intet ansvar for K's forpligtelser.*

Der er således efter styrelsens opfattelse ikke tale om ubegrænset og solidarisk hæftelse, men om begrænset hæftelse.

På baggrund af foranstående finder styrelsen, at K A.M.B.A. i forhold til lov om erhvervsdrivende virksomheder er en forening med begrænset ansvar.

ad 2)

I henhold til lov om erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 3, nr. 3, anses en virksomhed for at udøve erhvervsdrift, blandt andet hvis den har bestemmende indflydelse over et aktie- eller anpartsselskab.

Det fremgår af deres skrivelse, at K A.M.B.A. blandt andet er eneaktionær i fire aktieselskaber.

På baggrund af foranstående finder styrelsen, at K A.M.B.A. i forhold til lov om erhvervsdrivende virksomheder er erhvervsdrivende, da K A.M.B.A. har bestemmende indflydelse over fire aktieselskaber.

ad 3)

Af bemærkningerne i forslaget til lov om erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 1, fremgår det, at "deltagernes økonomiske interesse kan fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v.

Fordelene kan således være både af direkte eller indirekte karakter. Når det konstateres, at deltagerne får, eller burde få økonomiske fordele af virksomhedens aktiviteter, er det uden betydning, at der konkret bliver tale om et overskud til fordeling blandt deltagerne.

Indkøb salgs- og Produktionsforeninger eller -sammenslutninger m.v. vil således som hovedregel være omfattet af loven, uanset at der udelukkende handles med medlemmerne.

Foreninger eller sammenslutninger som gennem fælles indkøbscentraler eller administrationskontorer tager sigte på en økonomisk fordelagtig tilrettelæggelse af medlemmernes virksomhed vil ligeledes være omfattet, feks. taxa-bestillingskontorer, jf. UfR 1979.451 ØL.

Se endvidere erhvervsankenævnets kendelse af 14. november 2000, hvor ankenævnet tiltrådte Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse, hvorefter en sammen slutning af hyrevognsejere blev anset som en registreringspligtig forening, da foreningen ansås for at udøve erhvervsdrift og fremme de økonomiske interesser for deltagerne gennem stordrifts og rationaliseringsfordele.

Kravet om at virksomhedens erhvervsdrift skal ske til fremme af deltagerens økonomiske interesser er indsat i LEV § 1, stk. 1 for at afgrænse lovens anvendelsesområde på en sådan måde, at ideelle foreninger, der ikke fremmer deltagerens økonomiske interesser, men som udøver erhvervsdrift ikke bliver omfattet af lovens anvendelsesområde. Se hertil bemærkningerne til lovforslaget (Folketingstidende A 1993 – 1994, spalte 1663). Som ideelle foreninger henvises i lovbemærkningerne til brancheforeninger, idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer osv.

Efter styrelsens vurdering bør spørgsmålet om, hvorvidt der gennem virksomhedens erhvervsdrift sker fremme af deltagerens økonomiske interesser afgøres ud fra en helhedsvurdering. I denne vurdering bør efter styrelsens vurdering inddrages såvel økonomiske fordele, der hidrører direkte fra K A.M.B.A. samt økonomiske fordele, der hidrører fra andre virksomheder i K-koncernen, og som mere indirekte kommer deltagerne til gode.

Det fremgår af deres brev side 2, at:

K selv er ansvarlig for koncernstrategi og forretningsudvikling indkøb, IT samt sekretariats- og økonomifunktion for alle selskaber, der indgår i K koncernen. K leverer ikke i øvrigt varer eller ydelser, da alle øvrige aktiviteter varetages af datterselskaberne.

Det må således forudsættes, at der med den valgte koncernstruktur opnås stordriftsfordele, der indirekte påvirker deltagerens (andelshavernes) pris på den modtagne el, uanset om prisen i øvrigt reguleres af reglerne om prisfastsættelse i lov om elforsyning. Det afgørende er efter styrelsens vurdering ikke, om det er anført som et vedtægtsbestemt formål for selskabet, eller om det i øvrigt anses for et formål for selskabet at fremme deltagerens økonomiske interesser. Det afgørende er derimod, at deltagerne faktisk opnår økonomiske fordele.

Det er således styrelsens vurdering, at andelshaverne ved deres deltagelse i K A.M.B.A. får fremmet deres økonomiske interesser, da det enkelte medlem opnår således en indirekte besparelse ved at være medlem af K i forhold til selv at anskaffe disse ydelser.

Det anførte om, at K A.M.B.A. formentlig er omfattet af energiforsyningslovgivningen, kan ikke føre til en ændret vurdering, da Energistyrelsen den 17. april 2012 har oplyst, at K A.M.B.A. ikke er omfattet af lov om elforsyning, da det alene er de selskaber, som har opnået licens, der er omfattet af loven.

På baggrund af ovenstående forhold finder styrelsen, at K A.M.B.A. opfylder alle tre betingelser for at være omfattet af lov om erhvervsdrivende virksomheder, hvilket medfører at andelsselskabet fortsat er omfattet af pligten til at være registreret hos styrelsen, jf. lovens § 8, stk. 1.

...”

Ved skrivelse af 2. juli og 22. august 2012 har advokat A klaget over Erhvervsstyrelsens skrivelse. I uddybende klageskrivelse af 25. september 2012 anførte han:

” ...

PÅSTANDE:

Principalt: Erhvervsstyrelsens afgørelse af 6. juni 2012 ændres således, at K A.m.b.a. vurderes ikke at være omfattet af LEV.

Subsidiært: Såfremt Erhvervsankenævnet måtte finde, at K A.m.b.a. er omfattet af LEV, ændres afgørelsen således, at K A.m.b.a. ikke er registreringspligtig efter LEV.

ANBRINGENDER:

Ad den principale påstand:

at K A.m.b.a. ikke er omfattet af anvendelsesområdet for LEV, idet K A.m.b.a. ikke har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift,

Ad den subsidiære påstand:

at K A.m.b.a. ikke er omfattet af definitionen af en ”virksomhed med begrænset ansvar” i LEV § 3 og derfor ikke er registreringspligtig i henhold til LEV § 8,

at K A.m.b.a. i øvrigt er undtaget fra registrering i henhold til § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

SAGSFREMSTILLING:

Omkring den nærmere koncernopbygning i K henviser jeg til gennemgangen i N’s brev ...

Derudover vedlægger jeg som bilag ... de nugældende vedtægter for K A.m.b.a.

Tilsvarende vedlægger jeg som bilag ... K A.m.b.a.’s årsrapport for 2011, hvor koncernopbygningen vises på side 5.

Jeg har i mit brev af 22. august 2012 henvist til den sideløbende klagesag fra O A.m.b.a., der behandles under j.nr. 2012-0032363, idet såvel koncernopbygning som de juridiske problemstillinger i det væsentlige er ens for de to selskaber – og i øvrigt de øvrige elforsyningselskaber rundt omkring i landet.

Som følge heraf kan jeg i det hele henholde mig til den juridiske redegørelse, der er indeholdt i min kollega, advokat P's brev af 5. juli 2012.

Det er således også min klare opfattelse, at K A.m.b.a. ikke kan anses for ”erhvervsdrivende” i LEV's forstand, primært fordi ejerkredsen er den helt tilfældige og ofte uvidende skare af de til enhver tid værende beboere i netområdet, jfr. vedtægternes § 3.

Det er tilsvarende klart for mig, at formålet med driften i K A.m.b.a. ikke er at fremme deltagernes økonomiske interesser, men derimod, jfr. vedtægternes § 2.1., at ”fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed.”

Formålet er således ikke at skabe økonomisk profit for den tilfældige og dagligt udskiftede ejerkreds, der ifølge vedtægterne ingen økonomiske rettigheder har overhovedet, det være sig under ejerskabet som ved fraflytning. K's formue tilhører reelt kategorien ”herreløse penge”, idet ingen på noget tidspunkt kan gøre krav på sin forholdsmæssige andel.

K A.m.b.a. adskiller sig dog tilsyneladende på et enkelt punkt fra O A.m.b.a., nemlig i spørgsmålet om, hvorvidt prissætningen overfor andelshaverne er anderledes end overfor forbrugere, der ikke er andelshavere. Forskellen udmønter sig ved tarifieringen i Net-selskabet, hvor andelshaverne betaler en smule mindre for transmissionen end eksterne forbrugere. Prisforskellen skyldes imidlertid udelukkende det forhold, at K A.m.b.a. som moderselskab har opnået store indbetalinger fra frasalget af medejerskabet til Q. En del af gevinsten herfra er brugt til at nedsætte betalingen for de forbrugende andelshavere.

Det er imidlertid min opfattelse, at dette intet har med de ”stordriftsfordele” at gøre, som Erhvervsstyrelsen begrundet sin afgørelse med.

Tilsvarende vil det være helt urimeligt at hævde, at dette forhold i sig selv skulle konstituere en formålsbestemmelse om at fremme andelshavernes økonomiske interesser. Reelt er der blot tale om konvertering af anlægskapital til likvid kapital, der i beskedent omfang udbetales andelshaverne via en nedsættelse af den i øvrigt lovmæssige prissætning af netydelsen. Desuden er denne beskedne prisnedsættelse ifølge sagens natur et forbigående fænomen og dermed af ekstraordinær karakter, der ophører, når ”Q-gevinsten” er forbrugt.

Idet jeg i øvrigt kan henholde mig til det af advokat P anførte, fastholdes det således, at K A.m.b.a. ikke har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er registreringspligtig efter LEV kap.3 bestrides dette. Jeg kan herunder i det hele henholde mig til advokat P's juridiske redegørelse i brevet ...

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 28. september 2012 udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

K A.M.B.A. er moderselskab for fire 100 % ejede selskaber, C A/S, D A/S E A/S, F A/S og J A/S. Herudover ejer K A.M.B.A. såvel direkte som indirekte andele i seks selskaber driver blandt andet net- og forsyningsvirksomhed.

Det fremgår af bilag ... at:

”K selv er ansvarlig for koncernstrategi og forretningsudvikling, indkøb, IT samt sekretariats- og økonomifunktion for alle selskaber, der indgår i K-koncernen. K leverer ikke i øvrigt varer eller ydelser, da alle øvrige aktiviteter varetages af datterselskaberne.”

§ 2, nr. 1, i vedtægterne (bilag 4) for K A.M.B.A. er formuleret således:

”Det er K’s formål at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere de ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsynings-virksomhed. Indenfor elforsynings rammer kan K derudover, efter bestyrelsens godkendelse, drive anden Virksomhed, der har tilknytning til hovedaktiviteten eller anden dermed beslægtet virksomhed.”

Erhvervsstyrelsen har ved henvendelse til Energistyrelsen i den konkrete sag fået oplyst, at K A.M.B.A. ikke er omfattet af lov om elforsyning.

Sagens retlige omstændigheder

Spørgsmålet om hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af LEV

Ifølge LEV § 1, stk. 1, finder loven anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Af bemærkningerne til § 1 i forarbejderne til loven (Folketingstidende A 1993-94, spalte 1670) følger det, at ”Stk. 1 indeholder 2 kriterier for, at en virksomhed omfattes af loven. En virksomhed, der omfattes af lovforslaget, er karakteriseret ved dels at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, dels at deltagernes økonomiske interesser fremmes gennem virksomhedens erhvervsdrift. Er kun ét af kriterierne opfyldt, er virksomheden ikke omfattet af loven”

En virksomhed anses efter LEV at udøve erhvervsdrift, hvis den er omfattet af LEV § 1, stk. 3. Ifølge § 1, stk. 3, nr. 3 anses en moder-virksomhed til en virksomhed, der udøver erhvervsdrift som nævnt i nr. 1 eller 2, for erhvervsdrivende.

I medfør af LEV § 5, stk. 2, er der udstedt bekendtgørelse om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Ifølge bekendtgørelsens § 3 er erhvervsdrivende virksomheder med be-

grænset ansvar, som er omfattet af (blandt andet) lov om elforsyning, undtaget fra en række regler i LEV, herunder kapitel 3 om registrering og retsevne.

For at en virksomhed er omfattet af LEV, skal den ikke alene være erhvervsdrivende. Virksomheden skal endvidere have til formål gennem erhvervsdriften at fremme deltagernes økonomiske interesser, jf. LEV § 1, stk. 1.

Loven indeholder ikke holdepunkter for en nærmere fortolkning af, på hvilken måde eller i hvilket omfang deltagernes økonomiske interesser kan anses for fremmet gennem selskabets erhvervsdrift.

...

Det fremgår således af bemærkninger til lovforslaget, at lovgiver ved udformningen af bestemmelsen har tilsigtet, at virksomheder med et ideelt formål ikke skulle omfattes af LEV, uanset om virksomhederne udøver erhvervsdrift.

Af ”Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar”, af Jytte Heje Mikkelsen m.fl., 2. udgave 2007, side 41 fremgår følgende:

”Deltagernes økonomiske interesser kan i henhold til lovens forarbejder fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v. Fordelene kan således være både af direkte eller indirekte karakter.”

Af ”Erhvervsdrivende virksomheder” af Erik Hørlyck, 1. udgave, 1994, side 27 fremgår følgende:

”Det er uden videre klart, at betingelsen opfyldes for så vidt angår virksomheder, der har til formål at indtjene overskud til fordeling blandt deltagerne (løbende eller ved likvidation), eller som har til formål at sikre deltagerne lønnet beskæftigelse, eller som har til formål at skaffe deltagerne andre økonomiske fordele. Endvidere opfyldes betingelsen af andelsvirksomheder, der enten aftager deltagernes produktion eller forsyner deltagerne.”

Spørgsmålet om evt. registreringspligtig efter LEV, kapitel 3

Ifølge LEV § 8, stk. 1, skal ledelsen i en virksomhed med begrænset ansvar, jf. § 3, anmelde virksomheden til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (nu Erhvervsstyrelsen). En virksomhed med begrænset ansvar, som ikke er registreret i Erhvervsstyrelsen, har ingen retsevne, dvs. virksomheden kan ikke som sådan erhverve rettigheder og indgå forpligtelser, jf. herved LEV § 9, stk. 1.

LEV § 8, stk. 1, henviser til virksomheder med begrænset ansvar ifølge § 3. I henhold til § 3 forstås ved en virksomhed med begrænset ansvar, en virksomhed hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Herudover er det en betingelse, at deltagerne ikke kan

stemme eller modtage udbytte i forhold til deres andel af kapitalen, og at der er mulighed for vekslende deltagerantal.

Ifølge bemærkningerne til L 180 (2010/11), hvorved § 3 blev ændret, er formålet med bestemmelsen at sikre, at virksomheder der ikke i væsentlig grad adskiller sig fra f.eks. kapitalselskaber, ikke registreres i henhold til LEV. Et karakteristisk kendetegn ved aktie- og anpartsselskaber er netop, at deltagerne har udbytte- og stemmeret i forhold til den af dem indskudte kapital

Ifølge § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 (om undtagelse af visse virksomheder fra lov om visse erhvervsdrivende virksomheder) finder reglerne om registrering i LEVs kapitel 3 ikke anvendelse på erhvervsdrivende virksomheder med begrænset ansvar, som er omfattet af lov om elforsyning, hvis virksomhedens årsregnskaber og vedtægter er offentligt tilgængelige.

Styrelsens vurdering

Spørgsmålet om hvorvidt K A.M.B.A. er omfattet af LEV

I medfør af § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af den 11. oktober 2006, undtages erhvervsdrivende virksomheder med begrænset ansvar, som er omfattet af lov om elforsyning, fra en række bestemmelser i LEV, herunder kravet om registrering i LEV § 8, stk. 1. De pågældende virksomheder anses således som udgangspunkt for omfattet af LEV. Med udstedelsen af bekendtgørelsen er der taget stilling til, at virksomheder omfattet af lov om elforsyning, anses for erhvervsdrivende og omfattet af LEV og dermed også at kravet om, at virksomheden skal fremme sine deltageres økonomiske interesser generelt anses for opfyldt for virksomheder omfattet af lov om elforsyning, uanset at de pågældende virksomheder også på tidspunktet for bekendtgørelsens udstedelse var omfattet af særlige regler om prisfastsættelse/prisregulering.

Baggrunden for at disse virksomheder blev undtaget fra registreringspligt i henhold til LEV var, at lov om elforsyning detaljeret regulerede forholdene for disse virksomheder og fastsatte regler om tilsyn med disse virksomheder.

K A.M.B.A. udøver efter styrelsens vurdering erhvervsdrift, jf. nedenfor, og det forhold, at K A.M.B.A. i et vist omfang indirekte påvirkes af den særlige regulering vedrørende prisfastsættelse/prisregulering på elområdet findes ikke at føre til, at selskabet ikke kan anses for at fremme sine deltageres økonomiske interesser. For virksomheder omfattet af lov om elforsyning, der direkte er berørt af den særlige regulering vedrørende prisfastsættelse er det således forudsat, at disse – på trods af den særlige regulering – fremmer deltagernes økonomiske interesser. For holdingselskaberne er der ydermere tale om, at disse ikke er underlagt tilsyn efter lov om elforsyning i modsætning til virksomheder omfattet af lov om elforsyning.

Idet virksomheder omfattet af lov om elforsyning som udgangspunkt anses for omfattet af LEV er det styrelsens vurdering, at holdingvirksomheder for virksomheder, der er omfattet af lov om elforsyning, så meget

desto mere må anses for omfattet af LEV. Holdingselskaber for virksomheder omfattet af elforsyningsloven vil generelt være erhvervsdrivende, jf. LEVs § 1, stk. 3, nr. 3, og samtidig må de anses for at fremme deltagernes økonomiske interesser. Det forhold, at elforsyningslovens regler om prisfastsættelse indirekte har betydning for holdingselskabets prisfastsættelse og dermed muligheden for at fremme deltagernes økonomiske interesser, kan ikke føre til at holdingselskaber ikke er omfattet af LEVs anvendelsesområdet. Argumentet skulle i givet fald gøre sig stærkere gældende for virksomheder, der er omfattet af elforsyningsloven og dermed direkte underlagt denne lovs regulering vedrørende prisfastsættelse, men disse virksomheder er netop, som nævnt ovenfor, anset for som udgangspunkt at være omfattet af LEV. Den eneste begrundelse for i bekendtgørelsen at undtage virksomheder omfattet af elforsyningsloven fra LEVs registreringspligt var, at disse virksomheder er underlagt tilsyn. Et sådant tilsyn eksisterer ikke for så vidt angår holdingvirksomhederne.

På baggrund heraf er det styrelsens vurdering, at K A.M.B.A. er omfattet af LEV.

Såfremt Erhvervsankenævnet ikke finder, at K A.M.B.A. på baggrund af det ovenfor anførte kan anses for omfattet af LEV, anfører styrelsen følgende:

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at K A.M.B.A. er erhvervsdrivende som defineret i LEV § 1, stk. 3, idet K A.M.B.A. er modervirksomhed for fire 100 % ejede selskaber, C A/S, D A/S E A/S, F A/S og J A/S, der ubestridt udøver erhvervsdrift, jf. LEV § 1, stk. 3, nr. 1 (overdragelse af varer og erlæggelse af tjenesteydelser). Der er efter styrelsens vurdering ikke i LEV eller andetsteds holdepunkter for, at klassifikationen af K A.M.B.A. som erhvervsdrivende skulle påvirkes af, at selskabets deltagere ikke er frivillige deltagere, men alene er deltagere af den grund, at de er registreret hos C A/S som regningsmodtager for en installation og som sådan har rådighed over en installation, som er permanent tilsluttet K's forsyningsanlæg. Styrelsen bemærker i den forbindelse, at også bestående trans-formerforeninger kan være andelshavere.

Styrelsen er af den opfattelse, at den grundlæggende sontring i forbindelse med afgørelsen af, om en virksomhed er omfattet af LEV er, om virksomheden bedst kan klassificeres som erhvervsdrivende eller ideel. Alle erhvervsdrivende virksomheder, som ikke er omfattet af øvrige love, er som udgangspunkt omfattet af LEV, men med formuleringen af LEV § 1, stk. 1, har lovgiver, jf. det i forarbejderne til loven anførte, ønsket at undtage virksomheder af ideel karakter, uanset om disse ligeledes udøver erhvervsdrift (f.eks. en idrætsforening, der driver et cafeteria). Kriteriet om fremme af deltagernes økonomiske interesser er således alene indsat i loven for at kvalificere en undtagelse fra lovens anvendelsesområde, for virksomheder der er af ideel karakter, men som dog udøver erhvervsdrift i begrænset omfang.

Efter styrelsens vurdering er K A.M.B.A. ikke en ideel virksomhed, men derimod en erhvervsdrivende virksomhed. Til brug for vurderingen af,

om der er tale om en ideel eller en erhvervsdrivende virksomhed, må der efter styrelsens vurdering lægges vægt på såvel virksomhedens vedtægtsbestemte formål som på den af virksomheden faktisk udøvede aktivitet, jf. hertil Folketingstidende A 1993-94, sp. 1670 f.

Den første sætning i formålsbestemmelsen er sålydende: ”Det er K’s formål at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere de ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed.” Det er styrelsens vurdering, at det angivne formål, også set i sammenhæng med selskabets øvrige angivne aktiviteter, ikke er ideelt. Som eksempler på ideelle formål er i lovbemærkningerne anført sociale, politiske, kulturelle eller humanitære formål. Om end der kun er tale om en opremssning af eksempler på ideelle formål, så finder styrelsen, at eksemplerne i lovbemærkningerne typemæssigt kan sammenlignes. Det er styrelsens opfattelse, at K A.M.B.A.’s aktiviteter samt det vedtægtsbestemte formål om at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere de ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed, ikke kan rummes indenfor de typer af formål, som er opremset i lovforarbejderne som eksempler på ideelle formål. Der er ikke til sagen oplyst noget om, at virksomhedens faktiske aktiviteter adskiller sig fra det i formålsbestemmelsen anførte.

Samlet set er det på baggrund af ovenstående styrelsens vurdering, at K A.M.B.A. er erhvervsdrivende.

K A.M.B.A. kan således, efter styrelsens vurdering, ikke anses som en ideel virksomhed.

Styrelsen vurderer ydermere, at virksomheden fremmer deltageres økonomiske interesser, om end dette sker indirekte. Kravet i LEV § 1, stk. 1 om at deltageres økonomiske interesser skal fremmes, kan opfyldes ved såvel direkte som indirekte økonomiske fordele, jf. hertil ”Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar”, af Jytte Heje Mikkelsen m.fl., 2. udgave 2007, side 41. Styrelsen vurderer således, at deltageres økonomiske interesser fremmes allerede i kraft af virksomhedens vedtægtsbestemte formål om at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere de ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed.

Se hertil også ”Erhvervsdrivende virksomheder” af Erik Hørlyck, 1. udgave, 1994, hvor der på side 27 er anført følgende:

...

Selve K A.M.B.A.’s aktivitet som forsyningselskab indebærer efter styrelsens vurdering, at K A.M.B.A. fremmer selskabsdeltageres økonomiske interesser. Styrelsen fastholder således, at K A.M.B.A. er omfattet af LEV § 1, stk. 1, idet virksomheden fremmer deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Spørgsmålet om evt. registreringspligtig efter LEV, kapitel 3

Ifølge LEV § 8, stk. 1 skal virksomheder med begrænset ansvar, jf. § 3 anmeldes til registrering. Det er styrelsens vurdering, at K A.M.B.A. er omfattet af definitionen på en virksomhed med begrænset ansvar i med-

før af LEV § 3. Efter styrelsens vurdering er der i K A.M.B.A. således mulighed for vekslende deltagerantal, som krævet i § 3.

Af vedtægten for K A.M.B.A., fremgår det af § 3, at som medlemmer kan optages:

1. *"Enhver, der er registreret hos C A/S som regnings-modtager for en installation og som sådan har rådighed over en installation, som er permanent tilsluttet K's forsyningsanlæg, er andelshaver.*
2. *En andelshaver kan også være en bestående transformerforening.*
3. *K kan levere elektricitet til forbrugere, der ikke er andelshavere.*
4. *En udtrædende andelshaver har ikke krav på nogen del af K's formue. Udtræden af andelsselskabet sker ved fraflytning, når forbrugernes installation skal frakobles K's net eller ved skriftlig meddelelse til K.*
5. *Vedtager en transformer forening at lade sine medlemmer overgår som direkte andelshavere ved K, betragtes det ikke som udtrædelse."*

Styrelsen finder således, at den potentielle medlemskreds er klart afgrænset og vekslende.

Det må således netop anses for et objektive kriterium for optagelse, at andelshaverne skal være registreret hos C A/S som regnings-modtager for en installation, og som sådan har rådighed over en installation, som er permanent tilsluttet K's forsyningsanlæg, og dermed de facto være bosat i det pågældende geografiske forsyningsområde. Om end det må anses for atypisk, at et selskabs deltagerkreds er lig med de personer, der er bopisende i et nærmere bestemt geografisk område, så finder styrelsen ikke, at dette forhold fører til, at betingelsen i § 3 om mulighed for vekslende deltagerantal ikke anses for opfyldt.

K A.M.B.A. er således efter styrelsens vurdering omfattet af registreringspligten i LEV § 8, stk. 1.

Styrelsen vurderer ikke, at K A.M.B.A. er omfattet af § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006, idet bestemmelsen alene finder anvendelse på virksomheder, der er omfattet af lov om varmforsyning, lov om elforsyning eller lov om vandforsyning.

Klager har, efter styrelsens vurdering, ikke godtgjort, at K A.M.B.A. er omfattet af lov om elforsyning. Styrelsen har ved henvendelse til Energi-styrelsen fået oplyst, at et selskab som K A.M.B.A., der er holdingselskab for en elproduktionsvirksomhed, ikke er omfattet af loven, men at loven indeholder bestemmelser, der retter sig til – eller kan rette sig til – sådanne holdingselskaber. Styrelsen vurderer derfor samlet, at K A.M.B.A. ikke kan anses for omfattet af lov om elforsyning som krævet i § 3 i ovennævnte bekendtgørelse. K A.M.B.A. er derfor efter styrelsens vurdering ikke undtaget fra registreringspligten i LEV § 8, stk. 1.

...”

I skrivelse af 22. oktober 2012 har advokat A yderligere anført:

” ...

Indledningsvis bemærkes, at Erhvervsstyrelsens beskrivelse af koncernopbygningen i K er fejlagtig. I styrelsens brev ... er E A/S nævnt som et 100% ejet datterselskab. Dette er ikke tilfældet. Begge steder oplyses, at K A.m.b.a. er moderselskab for fire 100% ejede selskaber, men herefter nævnes fem selskaber inklusiv E. E A/S skal udgå dette sted og henhører i stedet blandt de - samme sted nævnte - delejede seks selskaber.

Angående spørgsmålet om, hvorvidt K A.m.b.a. er omfattet af ”LEV”, hviler Erhvervsstyrelsens indstilling i vidt omfang på samspillet mellem LEV og Elforsyningsloven. Det er således Erhvervsstyrelsens opfattelse, at Lovgiver med § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006 forudsætningsvis har bestemt, at de omhandlede virksomheder var omfattet af LEV, og derfor nu lovmæssigt blev fjernet med § 3 i bekendtgørelsen.

Klageren er ikke enig med Erhvervsstyrelsen i denne fortolkning, der hviler på en hypotese. Det må efter forarbejderne til LEV helt oplagt lægges til grund, at det vil afhænge af en helt konkret vurdering, hvorvidt en virksomhed er omfattet af loven eller ej. Når § 3 i bekendtgørelsen generelt undtager virksomheder, omfattet af blandt andet Elforsyningsloven, er der dermed intet behov for at foretage en sådan konkret vurdering. Der er således intet belæg for at træffe den eo ipso-beslutning, som Erhvervsstyrelsen gør. Derimod er man med § 3 ”befriet” for at skulle foretage den konkrete vurdering i relation til LEV.

Erhvervsstyrelsen nævner i sin redegørelse ... at man har rettet henvendelse til Energistyrelsen, der skulle have oplyst, at K A.m.b.a. ikke er omfattet af Lov om Elforsyning. Det havde vel været naturligt, at Erhvervsstyrelsen havde fremlagt denne udtalelse fra Energistyrelsen, og klageren er således usikker på, hvorvidt der er tale om den udtalelse af 11. juni 2012 fra chefkonsulent ..., der er fremlagt i O-sagen ...

Denne udtalelse er imidlertid særdeles svævende med konklusionen ”man kan sige, at holdingselskabet ikke er direkte omfattet af loven, men at Elloven indeholder bestemmelser, der retter sig – eller kan rette sig til – et holdingselskab”.

Baggrunden for at selskaber, omfattet af Elforsyningsloven med § 3 i nævnte bekendtgørelse, blev undtaget fra blandt andet registreringskravet i LEV var, at de pågældende virksomheder efter Elforsyningsloven er detaljeret regulerede inklusiv prissætning, ligesom disse virksomheder er underlagt offentligt tilsyn og gennemsigtighed gennem offentliggørelse af alle væsentlige forretningsdata.

Tilsvarende er disse virksomheder omfattet af Lov om Offentlighed i Forvaltningen, jfr. lovens § 1, stk. 2. Bestemmelsen har den afsmittende

effekt på K A.m.b.a. som moderselskab, at også dette selskab omfattes af Offentlighedslovens bestemmelser.

Kontrolbestemmelserne i Elforsyningsloven anvendes i varierende omfang på de forskellige selskaber i koncernen, herunder moderselskabet K A.m.b.a. Der er således intet behov for, at disse koncernselskaber tillige skulle være omfattet af LEV. Tværtimod forekommer det unaturligt, at enkelte koncernselskaber skulle være omfattet af begge regelsæt.

Som i de tidligere indlæg er det fortsat klagers opfattelse, at K A.m.b.a. ikke har til formål at fremme virksomhedens deltagers økonomiske interesser gennem erhvervsdrift, og således allerede af denne grund er undtaget LEVs anvendelsesområde. Den tilfældige ejerkreds i K A.m.b.a. har således ingen økonomiske rettigheder "what so ever", men udelukkende de mere ideelle interesser at have en lovmæssig forsyningsadgang og en ret til at deltage i den demokratiske beslutningskompetence.

Klageren har tilsvarende svært ved at forstå, hvorfor Erhvervsstyrelsen ikke er enig i at sidestille klageren med andre ideelle foreninger. Er man medlem af en idrætsklub, branche-/fagforening eller tilsvarende forening, der stiller diverse services inklusive rabatkuponer, bonusydelser etc. til rådighed, og gennem erhvervsmæssig virksomhed begrænser kontingentbetalingen, er man udenfor LEVs anvendelsesområde. Hvorfor skulle dette ikke være tilfældet, hvis man er medlem af en "forening", hvis formål er den samfundsmæssigt vigtige sikring og levering af medlemmernes elforbrug, jf. Elforsyningslovens § 1, hvorefter lovens formål er "at sikre at landets elforsyning tilrettelægges og gennemføres i overensstemmelse med hensynet til forsynings sikkerhed, samfundsøkonomi, miljø- og forbrugerbeskyttelse.

Loven skal indenfor denne målsætning sikre forbrugerne adgang til billig elektricitet, og fortsat give forbrugerne indflydelse på forvaltningen af elsektorens værdier". Det er i vidt omfang en samfundsmæssig opgave at drive elforsyning, og driften er i vidt omfang – udover den lovmæssige regulering – forbrugerbestemt.

Der er således efter klagerens opfattelse intet til hinder for at sidestille K A.m.b.a. med de øvrige ideelle foreninger, der er undtaget LEV, uanset om virksomheden udøver erhvervsdrift.

Sammenfattende er det således klagerens opfattelse, at K A.m.b.a. - af mange grunde – ikke er omfattet af LEV og den principale påstand herom fastholdes derfor.

Hvad angår den af klageren nedlagte subsidiære påstand skal jeg under hensyn til Erhvervsstyrelsens udlægning af begrebet "vekslende deltagerantal" i lovens § 3 medgive, at dette principielt er rigtigt. At deltagerantallet er vekslende skyldes imidlertid ingenlunde et ønske om medlemskab hos potentielle andelshavere, men udelukkende den geografisk betingede installationsadresse. Installationsadressen er krumtappen for deltagelsen i selskabet som andelshaver. Dette forhold fremgår klart af § 3 i

vedtægterne, og det vekslende deltagerantal er således på intet tidspunkt udslag af en personlig beslutning hos den pågældende forbruger. Det er tilsvarende ikke et udslag af en beslutning fra K A.m.b.a., der har en ubetinget pligt til at optage den til enhver tid værende installationsejer som andelshaver.

...”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 12. november 2012 bemærket:

” ...

Ad spørgsmålet om, hvorvidt K A. M. B. A. er omfattet af lov om elforsyning

Erhvervsstyrelsen fik den 29. maj 2012 oplyst telefonisk af Energistyrelsen, at det alene er de virksomheder, som har en bevillingspligtig aktivitet i henhold til lov om elforsyning, som er omfattet af lov om elforsyning, at holdingselskaber for elproduktionsvirksomheder ikke er omfattet af loven, og at K A.M.B.A. ikke var registreret hos Energistyrelsen, som en virksomhed der har bevillingspligtig aktivitet i henhold til lov om elforsyning, og dermed ikke er omfattet af lov om elforsyning. Energistyrelsen oplyste dog endvidere, at lov om elforsyning indeholder bestemmelser, der retter sig til holdingselskaber for elproduktionsvirksomheder

...

Det er således Erhvervsstyrelsen opfattelse, at K A.M.B.A. ikke kan anses for omfattet af lov om elforsyning, idet den kompetente myndighed på området ikke anser virksomheden som værende omfattet.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

3. Klageadgang

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov. I henhold til § 15 e, stk. 3, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder kan afgørelser truffet af Erhvervsstyrelsen i henhold til denne lov eller forskrifter udstedt i medfør af loven indbringes for Erhvervsankenævnet.

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 6. juni 2012 meddelt, at K A.m.b.a. efter styrelsens vurdering er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, og at selskabet er registreringspligtigt i henhold til lovens § 8, stk. 1.

Erklæringer fra Erhvervsstyrelsen om, hvad styrelsen anser som gældende ret, er ikke i sig selv afgørelser, som kan påklages til Erhvervsankenævnet. Om end den foreliggende udtalelse fra Erhvervsstyrelsen ikke er afgivet som led i en anmeldelse om registrering, indebærer den efter sit indhold imidlertid i realiteten en pligt for klager til fortsat at lade sig være registreret.

I hvert fald under disse omstændigheder finder ankenævnet, at klageren har en retlig interesse i at få ankenævnets prøvelse af Erhvervsstyrelsens vurdering. Erhvervsankenævnet realitetsbehandler derfor klagen.

4. Klagers registreringspligt efter LEV

c. Erhvervsvirksomhedslovens (LEVs) anvendelse på klager.

Det anføres i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV) § 1, stk. 1, at loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. I henhold til lovens § 1, stk. 3, nr. 1, anses en virksomhed for at udøve erhvervsdrift, hvis den overdrager varer eller immaterielle rettigheder, erlægger tjenesteydelser eller lignende, for hvilke virksomheden normalt modtager vederlag. I henhold til § 1, stk. 3, nr. 3, anses en modervirksomhed til en virksomhed, der udøver erhvervsdrift efter nr. 1, for erhvervsdrivende.

I de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. 84 af 24. marts 1993 om erhvervsdrivende virksomheder anføres:

”..

Foruden at være erhvervsdrivende skal virksomheden have til formål gennem erhvervsdriften at fremme deltagerens økonomiske interesser. Tilføjelsen af dette yderligere led har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde over for ideelle foreninger, der udøver erhvervsdrift. Efter lovforslagets afgræsning vil alene de foreninger, der har til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser gennem udøvelse af erhvervsdrift, være omfattet. Afgræsningen svarer i denne henseende til afgræsningen i den svenske lov om økonomiske foreninger, der dog alene omfatter kooperative foreninger. Som eksempel på ideelle foreninger, der ikke er omfattet af lovforslaget, kan nævnes brancheforeninger

inden for landsbrug, industri, handel, service m.v., idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer m.v. De falder uden for lovens område, uanset om de måtte drive erhvervsvirksomhed, idet denne erhvervsdrift ikke sker for at fremme deltagernes økonomiske interesser.
...”

I bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser anføres endvidere:

” ...

Stk. 1 indeholder 2 kriterier for, at en virksomhed omfattes af loven. En virksomhed, der omfattes af lovforslaget, er karakteriseret ved dels at have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, dels at deltagernes økonomiske interesser fremmes gennem virksomhedens erhvervsdrift. Er kun et af kriterierne opfyldt, er virksomheden ikke omfattet af lovforslaget.

Erhvervsdriften kan følge af såvel virksomhedens formål efter vedtægterne som virksomhedens faktiske aktiviteter.

At virksomheden for at blive omfattet af loven ud over at være erhvervsdrivende skal have til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, er en indsnævring af erhvervsbegrebet i forhold til selskabslove...

Tilføjelsen af dette yderligere kriterium har til formål at afgrænse lovens anvendelsesområde over for ideelle foreninger, der udøver erhvervsdrift.

Opfyldes en virksomheds ideelle formål gennem erhvervsdrift, vil virksomheden ikke være omfattet af lovforslaget, hvis udførelsen af erhvervsdriften ikke samtidig har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser.

Om virksomhedens formål er fremme af deltagernes økonomiske interesser kan udledes af såvel vedtægterne som af de reelle forhold i virksomheden.

Deltagernes økonomiske interesser kan fremmes ved økonomiske fordele som overskudsdeling, udlodning ved opløsning m.v., bonus, rabat m.v.

Som eksempler på ideelle foreninger, der ikke er omfattet af lovforslaget kan nævnes foreninger med et socialt, politisk, kulturelt eller humanitært formål såsom idrætsklubber, fagforeninger, humanitære organisationer, brancheforeninger inden for landbrug, industri, handel, service m.v., partiforeninger, spejderhytter, kunst- og teaterforeninger m.v. De falder uden for lovens område, uanset de måtte drive erhverv, blot deltagernes økonomiske interesser ikke fremmes ved denne erhvervsaktivitet.
...”

K A.m.b.a. er moderselskab for fire 100 procent ejede selskaber, C A/S, D A/S, F A/S og J A/S, og har ejerandele i en række yderligere selskaber, som driver net- og forsyningsvirksomhed. Klager er efter det oplyste ansvarlig for koncernstrategi og forretningsudvikling, indkøb, IT samt sekretariats- og økonomifunktion for alle selskaber, der indgår i koncernen. Selskabet leverer ikke i øvrigt varer eller ydelser. Datterselskaberne varetager alle de øvrige aktiviteter i koncernen.

I § 2 i vedtægterne for K A.m.b.a. anføres:

”1. Det er K’s formål at fremskaffe, distribuere og sælge elektricitet samt levere ydelser m.v., der er knyttet til opgaven som forsyningsvirksomhed.

K kan derudover drive virksomhed med forsyning, produktion, rådgivning, handel og finansiering – særligt i relation til energi og energirelaterede produkter samt anden i forbindelse dermed stående virksomhed.

2. De i pkt. 1 omtalte aktiviteter kan udøves i datterselskaber med begrænset hæftelse.”

Under hensyn til indholdet af klagers vedtægter og det oplyste om de reelle forhold i virksomheden findes K A.m.b.a. at udøve erhvervsdrift, jf. LEV § 1, stk. 3, nr. 3, jf. nr. 1.

Klager, der ikke kan anses som en ideel forening, findes endvidere at drive virksomhed, der har til formål at fremme deltagerens økonomiske interesser, jf. LEV § 1, stk. 1.

Ankenævnet finder ligesom Energistyrelsen, at K A.m.b.a. ikke er omfattet af lov om elforsyning, selvom virksomheden er moderselskab til dattervirksomheder med bevillingspligtig aktivitet omfattet af lov om elforsyning. K A.m.b.a. er således heller ikke omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 3 i bekendtgørelse nr. 1022 af 11. oktober 2006.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV) finder herefter anvendelse på klager.

d. Registreringspligten efter LEV

I henhold til LEV § 8, stk. 1, skal virksomheder med begrænset ansvar, jf. § 3, anmeldes til registrering i Erhvervsstyrelsen. I henhold til lovens § 3 forstås ved virksomheder med begrænset ansvar en virksomhed, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Det er desuden en betingelse, at der er mulighed for vekslende deltagerantal, og at økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder ikke er baseret på deltagernes andel af kapitalen.

I lovforslag nr. 180 af 30. marts 2011 anføres vedrørende ændring af § 3 under bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser:

” ...

I henhold til lovens § 3 forstås ved en virksomhed med begrænset ansvar en virksomhed, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Formålet med den gældende bestemmelse er at sikre, at virksomheder, der skal registreres efter selskabsloven, ikke registreres efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. En virksomhed, der skal registreres efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, skal derfor væsentligt adskille sig fra f.eks. et kapital-selskab (aktie- og anpartsselskab). Hvis adskillelsen ikke er væsentlig, omfattes virksomheden af selskabsloven eller eventuelt anden lovgivning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen lægger i forbindelse med sin sagsbehandling bl.a. vægt på, at deltagerne i en virksomhed med begrænset ansvar ikke er tillagt økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder (udbytte og stemmeret) i forhold til den pågældende deltagers andel af kapitalen, idet disse karakteristika er kendetegnende for kapital-selskaber.

...”

Da der er mulighed for vekslende deltagerantal i K A.m.b.a., og da virksomheden i væsentlig grad adskiller sig fra kapital-selskaber, findes klager at være en virksomhed med begrænset ansvar, jf. LEV § 3, og dermed registreringspligtig.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 6. juni 2012.

4.8. ÅRSREGNSKABSLOVEN

29) Kendelse af 11. januar 2013 (J.nr. 2012-0032408)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven, §§ 151 og 152.

(Carsten Møllekilde, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 14. juli 2012 har A, B og C klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 13. juli 2012 har pålagt dem som ledelsesmedlemmer i K A/S en afgift hver på 2.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. januar 2011 til 31. december 2011.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 14. september 2012 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har pålagt virksomhedens tre bestyrelsesmedlemmer, A, B og C en afgift på 2.000 kr. hver som følge af for sen indsendelse af årsrapporten for 2011.

Virksomhedens regnskabsår følger kalenderåret, og årsrapporten for 2011 skulle derfor have været indsendt til Erhvervsstyrelsen, så den var modtaget senest ved udgangen af maj måned 2012.

Da det ikke skete, anmode styrelsen den 21. juni 2012 virksomheden om at indsende årsrapporten, så den var modtaget i styrelsen på adressen Postboks 621, 0900 København C, senest den 3. juli 2012.

Skete dette ikke, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen, regnet fra den 1. juni 2012.

Årsrapporten blev modtaget i styrelsen den 4. juli 2012, og styrelsen pålagde derfor den 13. juli 2012 de tre bestyrelsesmedlemmer en afgift på 2.000 kr. hver, svarende til afgiften for anden påbegyndte måned efter indsendelsesfristens udløb.

...”

I klageskrivelsen af 14. juli 2012 har klagerne anført:

” ...

Klage over afgørelse!

Hermed vil jeg/vi på den samlede bestyrelses vegne klage over den ekstra afgift som er pålagt os på 3x2000,- til B / A / C på i alt 6.000,-

Den 02.07.12 blev der indsendt regnskaber til Erhvervsstyrelsen som A-post (frimærker for 35,-) som ifølge postloven skal leveres til jer dagen efter, hvis i checker poststemplet på konvolutten vil i kunne se at brevet er sendt den 02.07.2012 da jeg personligt har lagt det i brevkassen lang tid inden tømningensfristen denne dag.

Da i skriver i jeres rykker af den 21.06.2012 at brevet skal sendes til jeres postadresse:

Erhvervsstyrelsen

Postboks 621

0900 København C

Har vi ingen mulighed haft for at sikre os at Post Danmark har overholdt deres egne fastsatte tidsfrister for levering af breve. Hvis der havde været en adresse og ikke kun en postboks, kunne have sikret os at i modtog brevet pr. kurer, men da dette ikke var muligt stode vi på at post Danmark levede op til deres ansvar.

Jeg håber at i kan se at det der er sket har været uden for vores indflydelse.

Vedlagte indkøb af frimærker samt aflevering af brevet i postkassen sker kl. ca. 5 min efter indkøb af frimærker hos [butik] i Fredensborg postkasse altså ca. kl. 14,44.

Det kan nævnes indberetning til Skattevæsenet også er sket rettidigt.”

I førnævnte redegørelse af 14. september 2012 har Erhvervsstyrelsen yderligere udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Det følger af årsregnskabslovens § 138, at virksomhedens årsrapport (virksomheden er omfattet af regnskabsklasse B) skal være modtaget i styrelsen senest fem måneder efter regnskabsårets afslutning. Årsrapporten skulle således have været modtaget i styrelsen senest ved udgangen af maj måned 2012.

Det følger af årsregnskabslovens § 150, stk. 1 og 2, at såfremt en årsrapport ikke er rettidigt modtaget, sender styrelsen et brev med påkrav til

styrelsens øverste ledelse med anmodning om at indsende årsrapporten inden for en frist på otte hverdage.

Det følger af årsregnskabslovens § 151, stk. 1-3, at såfremt årsrapporten modtages efter udløbet af fristen på de otte hverdage, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 2, pålægger styrelsen hvert medlem af virksomhedens bøde en afgift. Afgiften udgør 2.000 kr. til hver for anden påbegyndte måned, regnet fra indsendelsesfristens udløb, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 1.

Det følger af årsregnskabslovens § 152, at styrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvist kan fritage et ledelsesmedlem for afgift efter § 151, såfremt den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har forsøgt at fremsende indsendelsen og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.

Det fremgår af forarbejderne til årsregnskabslovens § 152 bl.a. at [Jf. forslag L 138 til lov om erhvervsdrivende virksomheders aflæggelse af årsregnskaber m.v. (årsregnskabsloven), fremsat af erhvervsministeren den 10. januar 2001 af erhvervsministeren, side 146, 1. sp.]:

”Som eksempler på forhold, der ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ... at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. poststrejke)”.

Styrelsens udtalelse

Klagerne har påberåbt sig, at da årsrapporten skulle indsendes til styrelsens postboksadresse, kunne den ikke afleveres pr. kurer, og at virksomheden derfor måtte stole på, at Post Danmark kunne aflevere forsendelsen rettidigt.

Virksomheden har fremlagt en kvittering for køb af frimærker for 70 kr. i Super Brugsen i Fredensborg den 2. juli 2012 kl. 14.39, og i den forbindelse oplyst, at brevet med årsrapporterne er afleveret i postkassen ca. fem minutter senere, hvilket angiveligt skulle være i god tid inden tømningensfristen den dag.

Uanset om dette måtte være tilfældet, er det styrelsens vurdering, at det jf. de citerede forarbejder til årsregnskabslovens § 152, som hovedregel er virksomhedens ledelse, der bærer ansvaret for, at årsrapporten er modtaget rettidigt i styrelsen. Da virksomheden ikke med dokumentation fra Post Danmark har godtgjort, at forsinkelsen skyldes fejl hos Post Danmark, er det hovedreglen, der er gældende.

...”

Klagerne er ved skrivelse af 15. oktober 2012 fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

” ...

vi har følgende tilføjelser til vores klage af den 14.07.12 (se vedhæftede fil) som klart viser at vi ikke er de eneste som har været udsat for postvæsenets dårlige service.

Da vi indsendte vores regnskab, medsendte vi tillige 2 andre regnskaber i samme konvolut fra henholdsvis D og E begge ApSer (begge ejet af mig) da vi pr. den 02.07.12 endnu ikke havde fået bekræftelse fra Erhvervsstyrelsen at de havde modtaget disse regnskaber. Dette var for at være sikre på at hvis disse regnskaber var gået tabt i posten, så ville de stadig være indsendt rettidigt!

Modtagelsen bekræftes af Erhvervsstyrelsen den 28.06.12 (se vedhæftede fil) men brevet ankommer først til os den 03.07.12 så dette viser også en post leveringstid som langt overskrider tidsfristen som Post Danmark selv har fastsat, både sendt som A eller B-post.

Derfor mener jeg stadig at vi er uden skyld i den ene dags forsinkelse som regnskabet efter sigende blev modtaget i Erhvervsstyrelsen.

...”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 16. oktober 2012 bemærket:

” ...

Styrelsen har kun den bemærkning til A's mail, at lovgiver allerede – som det også fremgik af styrelsens udtalelse af 14. september 2012 – har taget stilling til betydningen af forsinkelser i posten, idet det fremgår af forarbejderne til årsregnskabslovens § 152, at

”Som eksempler på forhold, der ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ... at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. poststrejke)”.”

Ved skrivelse af 24. oktober 2012 har klagerne bemærket:

” ...

det kan godt være at der står i paragraffer at det er virksomhedens ansvar, men det må da være Erhvervsstyrelsens ansvar at give en adresse hvor man så kan aflevere regnskaberne personligt eller med kurer, ellers har man jo ikke andre muligheder end at sende til den postboks, med postvæsenet, som er nævnt i deres brev !

Udover dette er det eneste jeg kan sige at med en omsætning på ca. 126.000 og et underskud på 66.000,- er det ikke noget velhavende firma. Jeg har faktisk taget demo arbejde til 120,- i timen bare for at få en indtægt til at dække underskuddet.”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af årsregnskabslovens § 152, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Af bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 (L 138 af 10. januar 2001) fremgår blandt andet:

”Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ... at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsnet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. poststrejke) ...”.

Herefter, og da oplysningerne i klageskrivelsen af 14. juli 2012 og i skrivelsen af 15. oktober 2012 ikke kan anses som dokumentation for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, finder ankenævnet, at der ikke foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af de ved styrelsens skrivelser af 13. juli 2012 pålagte afgifter.

Ankenævnet tiltræder således de af Erhvervsstyrelsen pålagte afgifter.

30) Kendelse af 4. marts 2013 (J.nr. 2013-0032403)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven, §§ 151 og 152.

(Finn L. Meyer, Lars Holtug og Steen Mejer.)

Ved skrivelse af 19. juli 2012 har statsautoriseret revisor A klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 13. juli 2012 har pålagt bestyrelsesmedlemmerne i K ApS en afgift hver på 2.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 15. april 2011 til 31. december 2011.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 13. september 2012 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen pålagde den 13. juli 2012 hvert bestyrelsesmedlem i K ApS en afgift på 2.000 kr. som følge af, at årsrapporten var blevet indsendt for sent.

Årsrapporten for K ApS skulle være styrelsen i hænde senest den 31. maj 2012. Den 12. juni 2012 afsendte styrelsen et påkravsbrev til virksomhedens registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, så den var modtaget hos Erhvervsstyrelsen senest den 22. juni 2012. Det fremgik af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i styrelsen senest den 22. juni 2012, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen.

Styrelsen modtog årsrapporten for K ApS den 3. juli 2012.

På grund af, at årsrapporten blev modtaget efter fristens udløb i henhold til fristen i styrelsens påkravsbrev af 12. juni 2012 og efter påbegyndelsen af den 2. måned efter indsendelsesfristens udløb, blev hvert ledelsesmedlem i virksomheden pålagt en afgift på 2.000 kr.

A har i brev af 19. juli 2012 anmodet Erhvervsankenævnet om at fritage alle ledelsesmedlemmerne for de pålagte afgifter.

...”

I klageskrivelsen af 19. juli 2012 har statsautoriseret revisor A anført:

” ...

På vegne af bestyrelsen i ovennævnte selskab fremsendes nedenstående skrivelse til Erhvervsankenævnet, idet bestyrelsen har modtaget en afgiftopkrævning på DKK 2.000 pr. bestyrelsesmedlem i alt DKK 8.000 vedr. årsrapporten for 15. april – 31. december 2012 (kopi af delopkrævning vedlagt).

Sagsfremstilling:

Den 12. juni 2012 fremsender Erhvervsstyrelsen en skrivelse til selskabet, hvor selskabet bedes indsende årsrapporten for 15.04.2011-31.12.2011 inden den 22. juni 2012 (kopi af skrivelse vedlagt). Årsrapporten er fejlagtigt ikke blevet fremsendt til Erhvervsstyrelsen, hvorfor den ansvarlige revisor fremsender årsrapporten straks den 12. juni 2012 (kopi af følgebrev vedlagt). Vi modtager herefter en bekræftelse på, at Erhvervsstyrelsen den 13. juni 2012 har modtaget årsrapporten fremsendt den 12. juni 2012 (kopi af bekræftelse vedlagt). Bekræftelsen anfører dog Lindum Vindmøllepark ApS jf. første afsnit, hvorfor den ansvarlige revisor opdager, at årsrapporten, som blev fremsendt til Erhvervsstyrelsen den 12. juni 2012, ved en fejl er påført et forkert CVR nummer,

ligesom følgebrevet har det samme forkerte CVR nummer ... anført i emnefeltet. Årsrapport og følgebrev rettes med korrekt CVR og fremsendes på ny til Erhvervsstyrelsen for en god ordens skyld samme dag som fejlen opdages dvs. den 2. juli 2012 (kopi af følgebrev vedlagt).

Det forkerte CVR nummer – ... – tilhører B ApS, som Revisionsfirmaet A ligeledes er revisor for. Årsrapporten for dette selskab bekræftes modtaget af Erhvervsstyrelsen i et særskilt brev af den 21. juni 2012.

Vi beklager meget, at vi ved en fejl fik anført det forkerte CVR nummer, og at dette derfor medførte en journaliseringsfejl. Vi håber, at Erhvervsankenævnet vil tage hensyn til, at årsrapporten fremsendtes inden den aktuelle frist, og at Erhvervsankenævnet derfor vil annullere den pålagte afgift.

...”

I førnævnte redegørelse af 13. september 2012 har Erhvervsstyrelsen yderligere udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal en virksomheds årsrapport indsendes til Erhvervsstyrelsen, så den er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen og senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i årsregnskabslovens § 138, sender styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 150, et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse om at indsende årsrapporten.

I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage til indsendelse af årsrapporten. I påkravsbrevet angives desuden en frist på 4 uger, hvorefter styrelsen kan anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomheden, såfremt der ikke er blevet indsendt en årsrapport.

Årsregnskabslovens § 151, stk. 1, indeholder en bestemmelse om en adfærdsregulerende afgift, der pålægges de enkelte medlemmer af virksomhedens øverste ledelse, såfremt årsregnskabet er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage efter påkravsbrevets datering.

Af årsregnskabslovens § 151, stk. 3, fremgår det, at afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem for 1. påbegyndte måned, 2.000 kr. pr. ledelsesmedlem for 2. påbegyndte måned og 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem for 3. påbegyndte måned. Fristen beregnes fra udløbet af fristen i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., jf. årsregnskabslovens § 151, stk. 2.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af en allerede pålagt afgift, såfremt ganske særlige omstændigheder gør sig gældende. Frita-

gelsen er betinget af, at den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 2, fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for ansvar, hvis det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., at hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Det følger af § 23, stk. 1 og 2 i BEK nr. 837 om indsendelse og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervsstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed, at virksomhedens fulde navn og CVR-nr., tydeligt skal fremgå af årsrapportens forside.

Styrelsens udtalelse

Styrelsen fastholder afgørelsen om, at selskabet øverste ledelse skal pålægges en afgift på grund af for sen modtagelse af selskabets årsrapport.

Virksomhedens regnskabsår udløb den 31. december 2011. Som følge heraf skulle virksomhedens årsrapport for regnskabsåret 2011 være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest den 31. maj 2012. I henhold til påkravs-brevet af 12. juni 2012, skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 22. juni 2012, såfremt ledelsesmedlemmerne i virksomheden skulle undgå at blive pålagt en afgift.

Erhvervsstyrelsen modtog imidlertid først en årsrapport i overensstemmelse med årsregnskabsloven og indsendelsesbekendtgørelsen, fra virksomheden den 3. juli 2012, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravs-brev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

Når styrelsen modtager en årsrapport fra en virksomhed, vil modtagelsen af årsrapporten blive registeret på virksomhedens CVR-nr. Når en årsrapport bliver indsendt med et forkert CVR-nr. påført forsiden, vil styrelsen derfor registrere, at der er modtaget en årsrapport for den virksomhed, der har det pågældende CVR-nr. Det er ledelsens ansvar at den indsendte årsrapport er påført det korrekte CVR-nr.

Det skal bemærkes, at den først indsendte årsrapport, uanset at den er påført et forkert CVR-nr. og dermed er registreret modtaget på et andet selskab, er modtaget i styrelsen den 13. juni 2012. Dette er for sent i forhold til den oprindelige indsendelsesfrist, som for virksomhedens vedkommende er den 31. maj 2012.

Styrelsen finder således ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at bestyrelsesmedlemmerne i virksomheden skal fritages for de pålagte afgifter. Det ses således ikke godtgjort, at bestyrelses-

medlemmerne har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges disse til last.

Det forhold, at årsagen til forsinkelsen måtte skyldes virksomhedens revisor, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at fritage bestyrelsesmedlemmerne for afgifterne, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 2.
...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Det fremgår af den fremlagte korrespondance blandt andet, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 14. juni 2012 til revisor A under henvisning til det CVR-nummer, som revisor fejlagtigt havde påført det netop indsendte årsregnskab, bekræftede den 13. juni 2012 ”at have modtaget årsrapport... for perioden 08.02.2011-31.12.2011” for B ApS, hvorved revisor havde mulighed for at blive gjort bekendt med, at Erhvervsstyrelsen ikke havde registreret indsendelse af årsrapport for K ApS.

Den korrekte registrering hos Erhvervsstyrelsen af modtagelse af årsrapport for K ApS skete herefter først den 3. juli 2012, efter at revisor havde opdaget sin fejl.

Under disse omstændigheder og da årsrapporten ikke kan anses som rettidigt indsendt før den er fuldstændig og da det ikke i sig selv fritager bestyrelsesmedlemmerne for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens revisor, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 2, findes der ikke at foreligge sådanne ganske særlige omstændigheder, at der i medfør af årsregnskabslovens § 152 er grundlag for hel eller delvis fritagelse for afgift.

Ankenævnet tiltræder således de af Erhvervsstyrelsen ved skrivelserne af 13. juli 2012 pålagte afgifter.

31) Kendelse af 5. april 2013 (J.nr, 2012-0032638)

Offentliggørelse af ny årsrapport afslået.

Årsregnskabslovens § 138, stk. 6.

(Finn L. Meyer, Lars Holtug og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 29. august 2012 har Statsautoriseret revisor A på vegne af K A/S klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 14. august 2012 har afslået at offentliggøre en ny årsrapport for 2011.

Sagens omstændigheder:

Erhvervsstyrelsen har i en redegørelse af 10. oktober 2012 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Styrelsen modtog den 7. juni 2012 virksomhedens årsrapport for 2011. Af årsrapportens side 7 fremgik virksomhedens hoved- og nøgletal, hvor virksomhedens nettoomsætning for de seneste 5 år er oplyst. Det fremgår af anvendt regnskabspraksis på årsrapportens side 11, at omsætningen er sammendraget med omkostningerne i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 32. Omsætningen fremgår ikke af resultatopgørelsen.

Den 15. juni 2012 sendte virksomhedens revisor en skrivelse, hvoraf det fremgik, at der er sket en beklagelig fejl, hvorved der er indsendt regnskabsoplysninger, som er yderst skadelige for virksomheden. I den forbindelse anmodes styrelsen om at erstatte den tidligere indsendte årsrapport med den medsendte årsrapport.

Den 24. juli 2012 sendte styrelsen en skrivelse til revisor, hvori styrelsen anmodede om en redegørelse for hvilke ændringer, der var foretaget i den nye årsrapport i forhold til den oprindeligt indsendte.

Den 14. august 2012 fremsendte revisor en redegørelse om, at den eneste ændring i årsrapporten var, at oplysningen om nettoomsætningen var fjernet fra hoved- og nøgletalsoversigten på årsrapportens side 7. Det fremgik desuden af denne redegørelse, at virksomheden ikke ønskede nettoomsætningen offentliggjort, fordi det kan skade deres forretning og ødelægge deres indtægtsgrundlag. Det er således en fejl, at hovedtallet er blevet vist i den først indsendte årsrapport. Revisor oplyste desuden, at nettoomsætningen heller ikke har været oplyst i de tidligere år.

Den 14. august 2012 fremsendte styrelsen et afslag på anmodningen om omgørelse. Afslaget er begrundet i, at udeladelsen af nettoomsætningen

fra hoved- og nøgletaloversigten ikke er i regnskabsbrugernes interesse, idet regnskabsbrugeren får færre informationer i den årsrapport, som ønskes omgjort. Der er desuden ikke tale om en rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl, ligesom der heller ikke ligger et ulovligt forhold til grund for virksomhedens anmodning om omgørelse.

Klager har i sin skrivelse til erhvervsankenævnet af 29. august 2012 anført, at klager telefonisk har haft kontaktet Erhvervsstyrelsen før indsendelsen af skrivelser af 15. juni 2012. I den forbindelse fik klager positivt bekræftet, at der ville blive offentliggjort en ny årsrapport.
...”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 14. august 2012 hedder det:

”
...

Det fremgår, at der i den seneste indsendte årsrapport er fjernet oplysninger om nettoomsætningen fra nøgletaloversigten. Det følger videre, at nøgletallet ikke er oplyst i tidligere årsrapporter, og at en offentliggørelse af oplysningen vil kunne skade virksomhedens forretning.

Vi kan ikke imødekomme en omgørelse af den tidligere indsendte årsrapport.

Efter indsendelsesbekendtgørelsens § 6 kan en årsrapport kun undtagelsesvis omgøres, efter den er modtaget hos Erhvervsstyrelsen. En omgørelse kan ske, hvis det skønnes, at offentliggørelse af en ny årsrapport vil være i regnskabsbrugernes interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenlyse fejl, eller ved berigtigelse af ulovlige forhold.

Erhvervsstyrelsen kan ikke imødekomme en omgørelse af den indsendte årsrapport, idet det ikke er i regnskabsbrugernes interesse at omgøre årsrapporten.

Det skal bemærkes, at ved omgørelser af årsrapporter vil den oprindeligt modtagne årsrapport være tilgængelig sammen med den omgjorte årsrapport, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 6, stk. 3.
...”

I klageskrivelsen af 29. august 2012 har statsautoriseret revisor A anført:

”
...

Vi er ikke enige i dette afslag, hvilket vi baserer på følgende:

Selskabet ønsker en ny årsrapport offentliggjort, hvor nøgletallet for omsætningen i årsrapportens s. 7 er skjult. Visningen af dette nøgletal er yderst skadelig for virksomheden og det kan få katastrofale økonomiske konsekvenser for selskabet, som i værste fald kan medføre dennes lukning. Dette skyldes, at der er væsentlig risiko for at selskabets kunder uretmæssigt vil tolke tallene forkert og trække sig som kunder.

Afslaget er begrundet ved, at det ikke er i regnskabsbrugerens interesse. Nøgletallet har ikke i været oplyst i selskabets tidligere års årsrapporter og der er under anvendt regnskabspraksis henvist til Årsrapportens § 32 om undladelse heraf. Der er derfor i den offentliggjorte årsrapport en åbenlys fejl, da omsætningen fejlagtigt er vist i nøgletallene.

Vi har endvidere telefonisk kontaktet Erhvervsstyrelsen inden vi sendte vores brev d. 15. juni 2012 med henblik på jeres indstilling til sådanne forhold, hvor vi positivt fik bekræftet, at der ville blive offentliggjort en ny årsrapport. Det modtagne afslag er i direkte modstrid til dette svar.

Vi mener, at sagsbehandlingen har været under al kritik og finder det uforståeligt, at Erhvervsstyrelsen på denne måde vil være med til at give et ellers sundt selskab uoverskuelige økonomiske tab uden nogen saglig begrundelse og med så lang en svartid.
...”

I førnævnte redegørelse af 10. oktober 2012 har Erhvervsstyrelsen i øvrigt udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Følgende fremgår af årsregnskabslovens § 32:

”Virksomheden kan sammendrage følgende poster og i stedet indføre en post benævnt ”Bruttofortjeneste” eller ”Bruttotab”:

- 1) Posterne nr. 1-5 i bilag 2, skema 3 og*
- 2) posterne nr. 1-3 og 6 i bilag 2, skema 4.”*

Hvis virksomheden anvender den artsopdelte resultatopgørelse vil posterne ”nettoomsætning”, ”ændring i lagre af færdigvarer og varer under fremstilling”, ”arbejde udført for egen regning og opført under aktiver”, ”andre driftsindtægter” og ”eksterne omkostninger”, herunder ”omkostninger til råvarer og hjælpematerialer” samt ”andre eksterne omkostninger” kunne sammendrages til posten ”Bruttofortjeneste/bruttotab”.

Hvis virksomheden anvender den funktionsopdelte resultatopgørelse vil posterne ”nettoomsætning”, ”produktionsomkostninger”, ”bruttoresultat” og ”andre driftsindtægter” kunne sammendrages til posten ”Bruttofortjeneste/ bruttotab”.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 154, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen straks bekendtgør modtagelse af årsrapporter, undtagelseserklæringer m.v. Det fremgår yderligere af stk. 2, at dokumenterne er offentligt tilgængelige.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 138, stk. 6, at hvis styrelsen har bekendtgjort, at en årsrapport er offentligt tilgængelig efter § 154, kan den ikke omgøres ved en ny årsrapport, medmindre styrelsen tillader dette.

Begrundelsen for, at en offentliggjort årsrapport som udgangspunkt ikke skal kunne omgøres er, at regnskabsbrugerne som udgangspunkt ikke skal kunne risikere, at der offentliggøres nye udgaver af årsrapporten efter, at regnskabsbrugeren har truffet beslutning på grundlag af en tidligere offentliggjort årsrapport.

Det fremgår af indsendelsesbekendtgørelsens [Bekendtgørelse nr. 837 af 14. august 2012. En tilsvarende bestemmelse fremgår af § 6 i bekendtgørelse nr. 52 af 24. januar 2012 og af § 13 i bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007 med senere ændringer.] § 6, at når en årsrapport er offentliggjort, kan denne ikke omgøres ved en ny årsrapport, jf. dog stk. 2.

Af stk. 2 fremgår det, at hvis offentliggørelsen af den nye årsrapport skønnes at være i regnskabsbrugernes interesse som en nødvendig rettelser af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold, kan Erhvervsstyrelsen tillade, at en årsrapport omgøres.

Det fremgår af indsendelsesbekendtgørelsens § 6, stk. 3, at bliver en omgjort årsrapport offentliggjort, skal den oprindeligt offentliggjorte årsrapport være offentligt tilgængelig sammen med den omgjorte årsrapport.

Styrelsens udtalelse

Den først indsendte årsrapport modtog styrelsen den 7. juni 2012, og årsrapporten blev offentliggjort på cvr.dk den 10. juni 2012. Den 18. juni 2012 modtog styrelsen en ny årsrapport. Som følge af, at denne ikke var ledsaget af en forklaring om, hvorfor denne ønskedes omgjort, bad styrelsen om en forklaring herpå. Styrelsen fremsendte denne den 24. juli 2012. Da styrelsen den 14. august 2012 modtog et svar på anmodningen, tog styrelsen samme dag stilling til omgørelsen og fremsendte et afslag herpå til revisor.

Den først indsendte årsrapport, som styrelsen modtog den 7. juni 2012, var forsynet med dirigentens underskrift på forsiden, mens ledelsespåtegningen og revisionspåtegningen var underskrevet af henholdsvis bestyrelsen og direktion samt revisor. Det må derfor antages, at både direktionen, bestyrelsen og generalforsamlingen har godkendt den først indsendte årsrapport.

På denne baggrund finder styrelsen ikke, at en omgørelse på baggrund af de nye indsendte oplysninger kan ske som en nødvendig rettelser af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold. En omgørelse anses ligeledes ikke at være i regnskabsbrugernes interesse.

Regnskabsbrugerne vil være interesserede i så detaljerede oplysninger som muligt, og en reduktion af oplysningerne i årsrapporten anses ikke for at være i regnskabsbrugernes interesse.

Det er styrelsens opfattelse, at ovenstående synspunkt og praksis deles af Erhvervsankenævnet. I Erhvervsankenævnets kendelse af 31. august 2004, j-nr. 03-195.280, udtaler ankenævnet: "...udeladelse af oplysninger om nettoomsætningen, bruttoresultat og visse hertil relaterede nøgle-

tal i den i ledelsesberetningen indeholdte oversigt over hoved- og nøgletal, ikke kan anses som en rettelse af en væsentlig eller åbenbar fejl eller berigtigelse af et ulovligt forhold...”

Dette gør sig ligeledes gældende i Erhvervsankenævnets kendelse af 21. juli 2008, j-nr. 2007-0015098. Denne sag drejede sig om en årsrapport, hvor der var indsendt en side fra virksomhedens interne årsrapport, og hvor denne side ønskedes udskiftet ved en omgørelse af årsrapporten.

Ankenævnet udtaler ”...*Da reduktion af tidligere offentliggjorte oplysninger fra en intern årsrapport, uanset de af selskabet vurderes som følsomme, ikke kan anses som rettelser af en væsentlig eller åbenbar fejl eller berigtigelse af et ulovligt forhold... tiltræder ankenævnet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har afslået af offentliggøre rettelserne til årsrapporten.*”

Det fremgår af både årsregnskabslovens § 138, stk. 6, og indsendelsesbekendtgørelsens § 6, stk. 2, at det er styrelsen, der skal give tilladelse til en eventuel omgørelse af årsrapporten. Det er normal praksis i styrelsen, at årsrapporter ikke omgøres, såfremt nettoomsætningen er medtaget i den først indsendte årsrapport, men efterfølgende ønskes udeladt. Det forhold, at klager mener at have fået oplyst telefonisk, at årsrapporten kunne omgøres, må derfor, efter styrelsens opfattelse, bero på en misforståelse.

...”

Statsautoriseret revisor A har ved skrivelse af 8. november 2012 bemærket:

”...

Vi har følgende bemærkninger til styrelsens udtalelse:

- I beskrivelsen af sagens omstændigheder undlades på side et at gøre opmærksom på at styrelsen blev kontaktet telefonisk, før indsendelse af den nye årsrapport, for at sikre at der skete en hurtig og effektiv udskiftning af den indsendte årsrapport, som følge af de mulige skadesvirkninger som beskrevet i vor klage af 29. august. Styrelsen har således fået såvel en forklaring som blev accepteret telefonisk af medarbejderen hos styrelsen, som grundlag for denne ændring. Dette var en positiv melding og præcis den service som danske virksomheder skal have når de samarbejder med en myndighed omkring deres pligter og rettigheder. Det er derfor sørgeligt at opleve en dansk myndighed beskrive dette gode forløb som en misforståelse, der af en anden medarbejder obstrueres, og gøres til et langt og skadeligt sagsforløb som aldrig burde være startet. Der tales meget blandt politikere om reduktion af de administrative byrder, realiteterne i hverdagen viser med al tydelighed at det er tom snak.
- I redegørelsen omkring regler og praksis skal vi kun bemærke at den første medarbejder som vi talte med hos styrelsen pr. telefon har mulighed for at gøre præcis det vedkommende lovede os,

nemlig at udskifte den skadelige årsrapport med en ny. Og vedkommende fik en begrundelse for dette, hvorfor det ikke var nødvendigt at gentage dette i skrivelsen af 15. juni 2012.

- At man fastholder en praksis om at forkerte årsrapporter ikke må slettes, når en ny offentliggøres, kan vi ikke sige andet om end at det jo er en tåbelig og forvirrende praksis, som absolut ikke hjælper regnskabsbrugere til større indsigt, tværtimod. Der bør altid kun ligge en offentliggjort årsrapport pr. år for et selskab.
- At man henviser til en erhvervsankenævnsafgørelse fra 2004 omkring anvendelsen af ÅRL §32, synes vi er uheldigt da denne paragraf blev markant ændret i 2006, som en lettelse for virksomhederne og en tilpasning til EU's regler hvor danske virksomheder ikke skulle stilles ringere end deres konkurrenter i EU, mht. at give følsomme oplysninger. Loven er derfor væsentlig anderledes i dag hvor den netop skal imødekomme virksomhedernes behov for at beskytte sig, hvilket denne sag omkring NFP er et rigtig godt eksempel på. Så vi anbefaler at Erhvervsankenævnet ser bort fra denne henvisning til en gammel lov, og i stedet læser intentionerne omkring den nye ÅRL § 32 i lov nr. 245 af 27. marts 2006.

Vi vil også gøre opmærksom på, at regnskabslæser ikke er dårligere stillet, hvis et tilrettet regnskab offentliggøres. Dette skyldes, at selskabet følger reglerne i årsregnskabsloven, ogheller ikke tidligere har offentliggjort nettoomsætningen, iht. Årsregnskabslovens § 32. Så ved offentliggørelsen af et nyt regnskab, er regnskabslæser stillet nøjagtig ligesom tidligere.

Sammenfatning

Erhvervs- og selskabsstyrelsen oplyste til os telefonisk inden indsendelsen af det tilrettede regnskab, at der i sådanne tilfælde, som der var tale om her, ikke ville være nogen hindringer for offentliggørelse af et nyt regnskab. Derfor er det os uforstående, at enkelte personer i erhvervsstyrelsen, kan omgå en konkret aftale og derved være årsag til, at et selskab blev ekstraordinært dårligt stillet og bliver underlagt væsentlig risiko for at miste dele af deres forretningsgrundlag. Og vi håber også fortsat at man kan sætte lid til en aftale med Erhvervsstyrelsens medarbejdere, uanset at dette sker pr. telefon.

Danske selskaber oplever et i forvejen stort pres, hvorfor det er under al kritik, at danske myndigheder er med til at gøre deres dagligdag endnu vanskeligere, når de netop forsøger at efterleve love og regler.

...”

Erhvervsstyrelsen har i skrivelse af 26. november 2012 heroverfor bemærket:

” ...

Når en årsrapport indsendes til styrelsen bliver denne offentliggjort og solgt videre til regnskabsbrugerne. Det fremgår direkte af årsregnskabslovens § 138, stk. 6, at en allerede offentliggjort årsrapport alene kan omgøres, hvis styrelsen tillader dette. Der er derimod ikke hjemmel i

lovgivningen til at foretage udskiftning af årsrapporten, således at den oprindeligt offentliggjorte slettes.

Når en omgjort årsrapport i henhold til indsendelsesbekendtgørelsens [Bekendtgørelse om indsendelse til og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervsstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed. Bekendtgørelse nr. 837 af 14. august 2012. En tilsvarende bestemmelse fremgik ligeledes af de tidligere indsendelsesbekendtgørelser.] § 6, stk. 3, gøres offentligt tilgængelig sammen med den oprindeligt offentliggjorte årsrapport, skyldes det hensynet til regnskabsbrugerne. Disse kan blive forvirrede, såfremt der pludselig fremgår en ny årsrapport, som ikke er identisk med den som regnskabsbruger oprindeligt har købt og truffet beslutninger ud fra.

Muligheden for at udskifte sider i årsrapporten har været behandlet i Erhvervsankenævnets kendelse af 6. december 2010 (j.nr. 2010-0022510), hvori virksomheden havde medsendt skattemæssige specifikationer, som virksomheden ønskede fjernet fra de offentliggjorte årsrapporter. Erhvervsankenævnet gav i denne sag styrelsen medhold i, at der var givet afslag på at offentliggøre rettelserne.

I denne aktuelle sag er der ligeledes tale om, at klager ønsker at få fjernet visse oplysninger (om nettoomsætningen) i den offentliggjorte årsrapport.

I forhold til klagers henvisning til, at årsregnskabslovens § 32 er ændret i 2006, skal styrelsen bemærke, at styrelsen er opmærksom på, at bestemmelsen er ændret. Tidligere var det sådan, at nettoomsætningen alene måtte skjules af konkurrencemæssige hensyn, mens det i dag er alle små virksomheder, der har mulighed for at skjule nettoomsætningen, såfremt virksomheden ønsker dette. Dette ændrer efter styrelsens opfattelse ikke på, at Erhvervsankenævnets kendelse fra 2004 fortsat er relevant.”

Endelig har Statsautoriseret revisor A ved skrivelse af 12. december 2012 bemærket:

”...

Vi har ikke yderligere at tilføje til sagen, udover følgende to forhåbninger:

- At en telefonisk henvendelse til Erhvervsstyrelsen og den deraf følgende konsultation, har lige så høj værdi og troværdighed som en skriftlig.
- At danske erhvervsvirksomhedens vilkår for konkurrence, indtjening, administrative byrder og forhold til lovgivningens muligheder vejer lige så tungt som hensynet til regnskabsbrugerne.

...”

Ankenævnet udtaler:

Det følger af årsregnskabslovens § 138, stk. 6, at en offentliggjort årsrapport ikke kan omgøres ved en ny årsrapport, medmindre Erhvervsstyrelsen tillader dette.

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen (lovforslag nr. 138 af 10. januar 2001) fremgår:

”De indsendte årsrapporter offentliggøres efter § 154. Så snart offentliggørelse har fundet sted, kan årsrapporten ikke omgøres ved indsendelse af en ny årsrapport, medmindre styrelsen undtagelsesvist tillader dette, *jf. forslagens stk. 6*. Hovedreglen indeholder således et forbud imod omgørelse, da regnskabsbrugeren som udgangspunkt ikke skal kunne risikere, at der offentliggøres nye udgaver af årsrapporten efter, at regnskabsbrugeren har truffet beslutning på grundlag af en tidligere offentliggjort årsrapport. Der kan dog forekomme tilfælde, hvor omgørelse af årsrapporten må anses for at være i regnskabsbrugernes interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold. Styrelsen fastsætter nærmere regler herom ved bekendtgørelse, *jf. § 155, stk. 3*.”

Af indsendelsesbekendtgørelsens § 6, stk. 1, fremgår, at når en årsrapport er offentliggjort, kan denne ikke omgøres ved en ny årsrapport, *jf. dog stk. 2*. Af bekendtgørelsens § 6, stk. 2, fremgår, at Erhvervsstyrelsen kan tillade, at en årsrapport omgøres, hvis offentliggørelsen af den nye årsrapport skønnes at være i regnskabsbrugernes interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold.

Klagers anmodning om offentliggørelse af en ny årsrapport for 2011 er begrundet i ønsket om udeladelse af oplysninger om nettoomsætningen fra hoved- og nøgletals-oversigten. Da udeladelsen af disse oplysninger ikke kan anses for at være i regnskabsbrugernes interesse, og da der i øvrigt ikke findes at være tale om en nødvendig rettelse af en væsentlig eller åbenbar fejl eller berigtigelse af et ulovligt forhold, tiltræder ankenævnet, at Erhvervsstyrelsen har afslået at offentliggøre rettelsen til årsrapporten.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 14. august 2012.

32) Kendelse af 11. juni 2013 (J.nr. 2013-0034160)

Selskab påbudt at berigtige årsrapport og indsende ny godkendt årsrapport.

Årsregnskabslovens § 7, stk. 2, nr. 1, § 22 samt § 161, nr. 3.

(Finn L. Meyer, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 25. marts 2013 har A fra K ApS klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 26. februar 2013 har påbudt selskabet at berigtige årsrapporten for 2011 og indsende en ny godkendt årsrapport.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 26. februar 2013 hedder det:

”Vedrørende årsrapport for K ApS for 2011, CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har i forbindelse med en stikprøveundersøgelse i henhold til årsregnskabslovens § 159, gennemgået selskabets årsrapport for 2011, som blev modtaget den 13. juli 2012.

Gennemgangen har vist, at årsrapporten generelt ikke opfylder kravene i årsregnskabsloven.

Eksempelvis skal en virksomhed, der er omfattet af regnskabsklasse B, udarbejde en årsrapport, der i det mindste består af en ledespåtegning, balance, resultatopgørelse, noter, herunder redegørelse for anvendt regnskabspraksis og opgørelse over bevægelserne i egenkapitalen, samt en eventuel ledelsesberetning, jf. årsregnskabslovens § 22.

Det til styrelsen indsendte, indeholder ikke ovenstående forhold og opfylder derfor ikke årsregnskabslovens § 22.

Styrelsen påbyder derfor virksomhedens ledelse at berigtige forholdet jf. årsregnskabslovens § 161, således, at der indsendes en ny og godkendt årsrapport for 2011. Den nye, berigtigede årsrapport skal være modtaget i styrelsen senest den 26. marts 2013.

...”

I klageskrivelse af 25. marts 2013 har A anført:

”Jeg vil gerne påklage afgørelse truffet af Erhvervsstyrelsen den 26 februar 2013 vedr årsrapport. Min begrundelse for klagen er at selskabet har indleveret årsrapporter siden opstart og frem efter i sammen form og regnskabsmodel.”

Erhvervsstyrelsen har i en redegørelse af 2. maj 2013 udtalt:

...”

Sagens retlige omstændigheder

Det følger af årsregnskabslovens § 17, at årsrapporten skal indeholde de for hver regnskabsklasse foreskrevne bestanddele.

Virksomheder omfattet af regnskabsklasse B skal, i henhold til årsregnskabslovens § 22, udarbejde en årsrapport, der i det mindste består af en *ledelsespåtegning, balance, resultatopgørelse, noter*, herunder *redegørelse for anvendt regnskabspraksis, og opgørelse over bevægelserne i egenkapitalen*, samt en eventuel *ledelsesberetning*.

Erhvervsstyrelsen skal, i henhold til årsregnskabslovens § 159, stk. 1, stikprøvevis udtage og undersøge modtagne årsrapporter for at konstatere åbenbare overtrædelser af bl.a. årsregnskabsloven. I bestemmelsens stk. 2 fremgår, at styrelsen også kan anvende andre kriterier ved udvælgelsen af årsrapporter til undersøgelse.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 161, at Erhvervsstyrelsen, med henblik på at årsregnskabsloven overholdes, kan yde vejledning, påtale overtrædelser og påbyde, at fejl skal rettes, og at overtrædelser skal bringes til ophør.

Styrelsens udtalelse

Virksomhedens årsrapport for 2011 indeholder ikke de lovpligtige bestanddele, og årsrapporten opfylder af den grund ikke årsregnskabslovens § 22.

Erhvervsstyrelsen har derfor i afgørelse af 26. februar 2013 pålagt ledelsen i K ApS at rette fejlen og bringe årsrapporten i overensstemmelse med årsregnskabsloven.

Der er ikke i A's klage til Erhvervsankenævnet fremkommet oplysninger, der ændrer ved grundlaget for Erhvervsstyrelsens afgørelse af 26. februar 2013.

At virksomhedens årsrapporter for de foregående regnskabsår heller ikke er i overensstemmelse med årsregnskabsloven, ændrer ikke ved styrelsens afgørelse om at pålægge virksomheden at indsende en berigtiget årsrapport for 2011 med de lovpligtige bestanddele.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

K ApS skal aflægge årsrapport efter årsregnskabsloven, jf. årsregnskabslovens § 3, stk. 1, nr. 1. En årsrapport skal indeholde de for hver regnskabsklasse foreskrevne bestanddele, jf. lovens § 17. Små virksomheder, jf. nærmere § 7, stk.

2, nr. 1, som har pligt til at aflægge årsrapport efter § 3, stk. 1, skal i det mindste følge reglerne for regnskabsklasse B, jf. § 7, stk. 1, nr. 2.

I årsrapporten for 2011 for K ApS er udelukkende oplyst ”Omsætning 491.359, udgifter 154.492, overskud 332.867, ingen afskrivninger i dette år, likvid beholdning 01.01.2011 34.525 samt likvid beholdning 31.12.2011 3.294”.

I henhold til § 22 skal en årsrapport for en virksomhed omfattet af regnskabsklasse B i det mindste bestå af en ledelsespåtegning, balance, resultatopgørelse, noter, herunder redegørelse for anvendt regnskabspraksis og opgørelse over bevægelserne i egenkapitalen, samt en eventuel ledelsesberetning, jf. § 77.

Erhvervsankenævnet tiltræder herefter, at Erhvervsstyrelsen, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, har påbudt K ApS at indsende en berigtiget årsrapport for 2011 med de lovpligtige bestanddele. Det forhold, at Erhvervsstyrelsen ikke har givet påtale for tidligere årsrapporter kan ikke føre til et andet resultat.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 26. februar 2013.

33) Kendelse af 26. juni 2013 (J.nr. 2012-0033117)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven, §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 7. november 2012 har K1, K2 og K3 klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 2. november 2012 har pålagt dem som ledelsesmedlemmer i A ApS en afgift på 3.000 kr. hver for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. januar 2011 til 31. december 2011.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 17. januar 2013 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen pålagde den 2. november 2012 hvert bestyrelsesmedlem i A ApS en afgift på 3.000 kr. som følge af, at årsrapporten var blevet indsendt for sent.

Årsrapporten for A ApS skulle være styrelsen i hænde senest den 31. maj 2012. Den 14. juni 2012 afsendte styrelsen et påkravsbrev til virksomhedens registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, så den var modtaget hos Erhvervsstyrelsen senest den 26. juni 2012. Det fremgik af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i styrelsen senest den 26. juni 2012, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen. Af påkravsbrevet fremgik det endvidere, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i styrelsen senest den 12. juli 2012, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomheden.

Da styrelsen ikke havde modtaget virksomhedens årsrapport anmodede styrelsen den 20. august 2012, skifteretten i Nykøbing Falster om at opløse virksomheden. Styrelsen sendte brev herom til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse hvoraf det blandt andet fremgik, at såfremt virksomheden genoptages efter oversendelse til skifteretten på grund af manglende indsendelse af årsregnskab, vil virksomhedens øverste ledelse blive pålagt en afgift.

Styrelsen modtog en anmeldelse om genoptagelse af virksomheden og den 26. oktober 2012 tilbagekaldte styrelsen den til skifteretten fremsendte opløsningsanmodning.

Den 10. september 2012 modtog styrelsen virksomhedens årsrapport for 2011 i forbindelse med genoptagelsen af virksomheden.

På grund af, at årsrapporten blev modtaget efter fristens udløb i henhold til fristen i styrelsens påkravsbrev af 14. juni 2012 og efter påbegyndelsen af den 3. måned efter indsendelsesfristens udløb, blev hvert ledelsesmedlem i virksomheden pålagt en afgift på 3.000 kr.

K1 har på vegne af virksomhedens ledelse, i mail af 26. november 2012 anmodet Erhvervsstyrelsen om, at fritage alle ledelsesmedlemmerne for de pålagte afgifter.

I mail af 13. december 2012 meddelte styrelsen K1 et afslag på hans anmodning om afgiftsfritagelse.

...”

I klageskrivelsen af 7. november 2012 har de tre ledelsesmedlemmer anført:

” ...

Vi er blevet bekendt med, at ovennævnte årsrapport for 2011 er afleveret for sent. Selskabet er et datterselskab af A A/S, ... hvor årsrapporten – som vanligt – er indsendt rettidigt af selskabets revisor. Årsagen til, at årsrapporten for ovennævnte selskab ikke er indsendt rettidigt er ukendt og må alene skyldes en ekspeditionsfejl.

Af ovennævnte skrivelse fremgår det, at Erhvervsstyrelsen d. 14.6.2012 angiveligt har fremsendt brev til virksomhedens ledelse, hvor det skulle fremgå, at ledelsen ville blive pålagt en afgift, hvis årsrapporten ikke var modtaget senest den 26.6.2012. Dette brev er ikke registreret modtaget på virksomhedens adresse. Brevet er heller ikke modtaget på nogle af de 3 ledelsesmedlemmers adresse. Det er vores klare opfattelse, at såfremt brevet – i lighed med ovennævnte skrivelse – af 14.6.2012 var blevet sendt til de enkelte ledelsesmedlemmers adresser, var der blevet reageret, og årsrapporten – som i øvrigt var udarbejdet og revideret rettidigt – ville være blevet indsendt rettidigt til Erhvervsstyrelsen.

Vi skal med baggrund i ovennævnte hermed klage over Erhvervsstyrelsens afgørelse som at pålægge afgiften på kr. 3.000,00.”

I førnævnte redegørelse af 17. januar 2013 har Erhvervsstyrelsen yderligere udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal en virksomheds årsrapport indsendes til Erhvervsstyrelsen, så den er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen og senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i årsregnskabslovens § 138, sender styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 150, et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse om at indsende årsrapporten. I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage til indsendelse af årsrapporten. I påkravsbrevet angives desuden en frist på 4 uger, hvorefter styrelsen kan anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomheden, såfremt styrelsen ikke har modtaget en godkendt årsrapport fra virksomheden.

Årsregnskabslovens § 151, stk. 1, indeholder en bestemmelse om en adfærdsregulerende afgift, der pålægges de enkelte medlemmer af virksomhedens øverste ledelse, såfremt årsregnskabet er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage efter påkravsbrevets datering.

Af årsregnskabslovens § 151, stk. 3, fremgår det, at afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem for 1. påbegyndte måned, 2.000 kr. pr. ledelsesmedlem for 2. påbegyndte måned og 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem for 3. påbegyndte måned. Fristen beregnes fra udløbet af fristen i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., jf. årsregnskabslovens § 151, stk. 2.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af en allerede pålagt afgift, såfremt ganske særlige omstændigheder gør sig gældende. Fritagelsen er betinget af, at den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 2, fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for ansvar, hvis det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., at hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Styrelsens udtalelse

Styrelsen fastholder afgørelsen om, at virksomhedens øverste ledelse skal pålægges en afgift på grund af for sen modtagelse af virksomhedens årsrapport.

Virksomhedens regnskabsår udløb den 31. december 2011. Som følge heraf skulle virksomhedens årsrapport for regnskabsåret 2011 være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest den 31. maj 2012. I henhold til påkravsbrevet af 14. juni 2012, skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 26. juni 2012, såfremt ledelsesmedlemmerne i virksomheden skulle undgå at blive pålagt en afgift.

I overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150 blev styrelsens påkravsbrev alene sendt til virksomhedens øverste ledelse på virksomhedens adresse. Påkravsbrevet er ikke blevet returneret til styrelsen hvorfor styrelsen må gå ud fra, at brevet er modtaget på den adresse, som virksomheden har registreret i styrelsen. Påkravet sendes ikke til ledelsesmedlemmernes privatadresser, og en oplysning om hvordan virksomhedens ledelse ville have reageret, såfremt påkravsbrevet var sendt til deres privatadresse er hypotetisk, og tillægges således ingen betydning.

Erhvervsstyrelsen modtog imidlertid først en årsrapport i overensstemmelse med årsregnskabsloven og indsendelsesbekendtgørelsen, fra virksomheden den 10. september 2012, i forbindelse med virksomhedens genoptagelse. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor virksomhedens øverste ledelse en afgift.

Styrelsen finder således ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at bestyrelsesmedlemmerne i virksomheden skal fritages for de pålagte afgifter. Problemer med ekspedition og forsendelsen er efter loven ikke begrundelser, der kan medføre afgiftsfritagelse. Det ses således ikke godtgjort, at bestyrelsesmedlemmerne har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges disse til last.

Når en årsrapport er modtaget, sender styrelsen automatisk en elektronisk udskrevet kvittering for modtagelsen til indsenderen eller virksomheden, jf. indsendelsesbekendtgørelsen § 5, stk. 1. Der er i denne sag ikke udstedt sådanne kvitteringer for modtagelse inden for fristen. Indsender bør reagere, såfremt styrelsens kvittering for modtagelse af indsendte årsrapporter ikke modtages inden for en kort tid efter deres indsendelse. Dette kan ske ved telefonisk eller skriftligt at spørge styrelsen, om årsrapporten er modtaget. På www.cvr.dk kan man også se den senest offentliggjorte årsrapport.

Der foreligger i øvrigt ikke sådanne ganske særlige omstændigheder, der kan fritage for afgift.

...”

I skrivelse af 18. februar 2013 har klagerne anført:

” ...

Årsrapporten blev udarbejdet af B (REVISORFIRMA) inden fristen for indsendelse, og ved en ekspeditionsfejl blev dette regnskab ikke indsendt til Erhvervsstyrelsen.

Erhvervsstyrelsen har angiveligt fremsendt rykker til selskabet for ikke modtaget regnskab. Brevet er imidlertid ikke registreret modtaget på selskabets adresse. Det er ikke sendt til anbefalet og postvæsenet kan ikke garantere, at brevet er afleveret på selskabets adresse.

Det næste, vi hører er fra fogedretten i Nykøbing Falster, at selskabet er under opløsning. Dermed lammes selskabet, vigtige kontrakter kan ikke underskrives og bestyrelsesmedlemmer risikerer at ifalde erstatningsansvar.

Naturligvis skal regnskabet indsendes til tiden, men det er en fuldkommen overdreven reaktion på en ekspeditionsfejl, der voldsomt underminerer private borgeres retssikkerhed. Med disse voldsomme konsekvenser for selskabet og bestyrelsesmedlemmerne bør der være en direkte og sikker kommunikation til bestyrelsesmedlemmerne. Ledelsen kan være fraværende fra selskabets adresse.

Så snart det drejer sig om bøden til bestyrelsesmedlemmerne er Erhvervsstyrelsen i stand til at sende post til bestyrelsesmedlemmerne direkte og flere gange.

Vi anmoder om at denne bøde eftergives og opfordrer til, at Erhvervsstyrelsens procedurer ændres. En direkte kommunikation til bestyrelsesmedlemmerne gør ingen forskel i forhold til uvederhæftige bestyrelser, de indsender alligevel ikke regnskabet, men det gør en kæmpe forskel for hæderlige virksomheder, der forsøger at udvikle forretningen.

...”

Ankenævnet udtaler:

Af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., følger det, at hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Årsrapporten skulle ifølge årsregnskabslovens § 138, stk. 1, være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, altså den 31. maj 2012.

Da årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervsstyrelsen, sendte styrelsen den 14. juni 2012 en påkravsskrivelse til virksomhedens registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, jf. årsregnskabslovens § 150. Det fremgår af påkravsskrivelsen, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i styrelsen senest den 26. juni 2012, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget.

Klagerne anfører, at påkravsskrivelsen ikke er registreret modtaget på virksomhedens adresse. Endvidere anføres det, at såfremt påkravsskrivelsen var blevet sendt til de enkelte ledelsesmedlemmers adresser, ville der være blevet reageret, og årsrapporten ville være blevet indsendt rettidigt til Erhvervsstyrelsen.

Da påkravsskrivelsen skal sendes til virksomhedens øverste ledelse på virksomhedens adresse, jf. årsregnskabslovens § 150, og da der med det af klagerne anførte ikke foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af de pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport, tiltræder ankenævnet de af styrelsen ved skrivelser af 2. november 2012 pålagte afgifter.

34) Kendelse af 4. oktober 2013 (J.nr. 2012-0032639)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven, §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Carsten Møllekilde og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 3. september 2012 har K klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 31. august 2012 har pålagt ham som bestyrelsesmedlem i A ApS en afgift på 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. januar 2011 til 31. december 2011.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 22. november 2012 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen pålagde den 31. august 2012 hvert bestyrelsesmedlem i A ApS en afgift på 3.000 kr. som følge af, at årsrapporten for 2011 for virksomheden var blevet indsendt for sent.

Årsrapporten for A ApS skulle være styrelsen i hænde senest den 31. maj 2012. Den 14. juni 2012 afsendte styrelsen et påkravsbrev til virksomhedens registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, så den var modtaget hos Erhvervsstyrelsen senest den 26. juni 2012. Det fremgik af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i styrelsen senest den 26. juni 2012, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen.

Styrelsen modtog årsrapporten for 2011 for A ApS den 20. august 2012.

På grund af, at årsrapporten blev modtaget efter fristens udløb i henhold til fristen i styrelsens påkravsbrev af 14. juni 2012 og efter påbegyndelsen af den 3. måned efter indsendelsesfristens udløb, blev hvert ledelsesmedlem i virksomheden pålagt en afgift på 3.000 kr.

...”

I klageskrivelsen af 3. september 2012 har K anført:

” ...

I min egenskab af medlem af bestyrelsen i A ApS har jeg flere gange anmodet om at få klargjort regnskabet rettidigt. Således:

Tidligt i 2012 meddelte selskabets direktør B, at han agtede at trække sig som direktør. Her er der telefonsamtaler om de praktiske forhold, og ender ud med at bestyrelsesmedlem C har samtaler med B om overlevering

af bogholderimateriale mv. således at årsrapport kan færdiggøres rettidigt. De overordnede linjer bliver kommunikeret ud pr. 16. marts 2012 ...

I april 2012 vil jeg have afviklet generalforsamlingen og forespørger til bogholderi og årsrapport med høj prioritet ... Da jeg fortsat intet hører trods rykkere, rykker jeg på ny i starten af juni 2012 ...

Den 14. juni 2012 sender jeg med høj prioritet mail med forespørgsel på status ... Den 27. juli 2012 tilbyder jeg at lave regnskabet så at det kan blive indleveret ...

Den 2. august 2012 påtager direktør B sig det fulde ansvar for, at tingene ikke er blevet indleveret rettidigt ...

Til støtte for anmodningen om at blive fritaget for at betale afgift, skal jeg henlede Styrelsens opmærksomhed på, at jeg har fået forkerte informationer om, hvor bogholderiet var liggende og har i den anledning aktivt forsøgt at få oplyst hvor det var beroende og få det sent rettidigt til revisor, jeg erindrer om udarbejdelse af årsrapport, jeg rykker flere gange for det og endelig agter jeg at lave årsrapporten på vegne af selskabet.

Jeg mener således at jeg har forsøgt at fremme indsendelse af årsrapporten rettidigt eller med mindst mulige forsinkelse.”

I førnævnte redegørelse af 22. november 2012 har Erhvervsstyrelsen yderligere udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal en virksomheds årsrapport indsendes til Erhvervsstyrelsen, så den er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen og senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i årsregnskabslovens § 138, sender styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 150, et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse om at indsende årsrapporten. I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage til indsendelse af årsrapporten. I påkravsbrevet angives desuden en frist på 4 uger, hvorefter styrelsen kan anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomheden, såfremt der ikke er blevet indsendt en årsrapport.

Årsregnskabslovens § 151, stk. 1, indeholder en bestemmelse om en adfærdsregulerende afgift, der pålægges de enkelte medlemmer af virksomhedens øverste ledelse, såfremt årsrapporten er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage efter påkravsbrevets datering.

Af årsregnskabslovens § 151, stk. 3, fremgår det, at afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem for 1. påbegyndte måned, 2.000 kr. pr. ledelsesmedlem for 2. påbegyndte måned og 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem for 3. påbegyndte måned. Fristen beregnes fra udløbet af fristen i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., jf. årsregnskabslovens § 151, stk. 2.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af en allerede pålagt afgift, såfremt ganske særlige omstændigheder gør sig gældende. Fritagelsen er betinget af, at den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

...

Det fremgår af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., at hvert ledelsesmedlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Det fremgår af selskabslovens § 123, at formanden for bestyrelsen skal sikre, at det øverste ledelsesorgan holder møde, når dette er nødvendigt. Det skal påses, at samtlige medlemmer indkaldes. Et medlem af ledelsen eller virksomhedens revisor kan ligeledes forlange bestyrelsen indkaldt.

Bestyrelsesmøder kan afholdes skriftligt, i det omfang det er foreneligt med udførelsen af bestyrelsens hverv, jf. selskabslovens § 125. Det fremgår yderligere af § 125, at et medlem af ledelsen dog kan forlange, at der finder mundtlig drøftelse sted.

Det fremgår af selskabslovens § 121, stk. 1, 1. pkt., at et medlem af bestyrelsens til enhver tid kan udtræde heraf.

Styrelsens udtalelse

Godkendt årsrapport for A ApS for regnskabsåret 2011 skulle indsendes til Erhvervsstyrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen på generalforsamlingen eller ved tilsvarende lovlig beslutning. Årsrapporten skulle være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Virksomhedens regnskabsår udløb den 31. december 2011. Som følge heraf skulle virksomhedens årsrapport for regnskabsåret 2011 være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest den 31. maj 2012. I henhold til påkravsbrevet af 14. juni 2012, skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 26. juni 2012, såfremt ledelsesmedlemmerne i virksomheden ville undgå at blive pålagt en afgift.

Erhvervsstyrelsen modtog imidlertid først årsrapporten for virksomheden den 20. august 2012, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

Det faktum, at B tager det fulde ansvar ved mail af 2. august 2012 for, at årsrapporten indsendes for sent, berettiger ikke i sig selv til at fritage

klager for den pålagte afgift. Det enkelte ledelsesmedlem har således et selvstændigt ansvar for, at årsrapporten indsendes behørigt uden ugrundet ophold til Erhvervsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Klager har i sin skrivelse anført, at han aktivt har forsøgt at fremme indsendelsen af årsrapporten ved udsendelse af mails til medlemmer af virksomhedens ledelse. Han har forespurgt, hvor bogholderiet var beroende, erindret de øvrige medlemmer af ledelsen om afholdelse af generalforsamling og udarbejdelse af årsrapporten samt endeligt selv tilbudt af få udarbejdet årsrapporten.

Klager har i flere omgange forsøgt at få sat udarbejdelsen i gang. Det er imidlertid kun den ene af de afsendte mails, der er afsendt i perioden før indsendelsesfristens udløb den 31. maj 2012. Klager har således kun forsøgt foranlediget rettidig indsendelse af årsrapporten til styrelsen ved én enkelte afsendt mail med følgende ordlyd:

”Hvor er bogholderiet – og er det afleveret til revisor?”

Som eksempel på en situation, hvor særlige omstændigheder kunne være til stede, fremgår det af lovbemærkningerne af årsregnskabslovens § 152, at ledelsesmedlemmet kan forlange bestyrelsen indkaldt, og et af punkterne på dagsordenen er indsendelse af årsrapporten i behørig stand.

Ovenstående lovbemærkninger beskriver, hvilke handlinger bestyrelsesmedlemmet bør foretage for at forsøge at fremme indsendelsen af årsrapporten tilstrækkelig. Ifølge de formelle krav i aktieselskabslovens § 56, stk. 2 [Nugældende bestemmelse i selskabslovens § 123, stk. 1, 2. pkt.] indebærer dette således, at et bestyrelsesmedlem kan forlange indkaldelse til bestyrelsesmøde, hvor dagsordenen indeholder et punkt om indsendelse af årsrapporten m.v. Endvidere har et bestyrelsesmedlem ret til at få indført indsigelse i bestyrelsens protokol, såfremt der ikke opnås tilslutning til dette, som det følger af aktieselskabslovens § 56, stk. 3 [Nugældende bestemmelse i selskabslovens § 128, stk. 2.].

Klager har ikke indkaldt til et bestyrelsesmøde, hvor problemstillingen med udarbejdelse og indlevering af årsrapport kunne diskuteres. Der er ligeledes ikke foretaget en skriftlig afholdelse af bestyrelsesmødet, idet klager ifølge det oplyste, ikke har fået nogen respons eller andet på de fremsendte mails. Det kan derfor ikke betragtes som værende afholdelse af bestyrelsesmøde, idet de formelle krav hertil ikke er overholdt, jf. selskabslovens § 125.

Det forhold, at klager kontakter de øvrige medlemmer af virksomhedens ledelse ved udsendelse af mails, kan således ikke sidestilles med indkaldelse og afholdelse af bestyrelsesmøder.

Alternativt har klager til enhver tid ret til at udtræde af virksomhedens ledelse, jf. selskabslovens § 121, stk. 1, 1. pkt.

Klager har forsøgt at fremme indsendelsen af årsrapporten pr. mails, men det er styrelsens vurdering, at klager ikke i tilstrækkelig grad har forsøgt at fremme indsendelsen, idet denne burde have indkaldt bestyrelsen til et møde, hvorpå årsrapportens udarbejdelse, godkendelse og indsendelse måtte drøftes.

Styrelsen finder således ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at bestyrelsesmedlemmet i virksomheden skal fritages for den pålagte afgift.

...”

I skrivelse af 11. december 2012 har K yderligere anført blandt andet:

- ”Der er i vidt omfang enighed om retlige og faktiske forhold, således:
- at årsrapporten blev indleveret så sent, at det under normale omstændigheder medfører en afgift,
 - at ledelsen har ansvaret for, at årsrapporten indleveres rettidigt, og
 - at et ledelsesmedlems selverkendelse af skyld ikke nødvendigvis diskulperer i relation til de øvrige ledelsesmedlemmer.

Det Nævnet i realiteten skal tage stilling til er, hvorvidt de handlinger, som undertegnede udviste er tilstrækkelige til at lade det være omfattet af årsregnskabslovens § 152, og dermed fritage for betaling af afgift.

De to væsentligste anbringender, som Styrelsen fremfører for at fastholde gebyret, er manglende indkaldelser til bestyrelsesmøder og manglende reaktion i form af udtrædelse af bestyrelsen, jf. selskabslovens § 121.

Jeg mener at begge anbringender er irrelevante, idet det grundlæggende problem i sagen var direktørens manglende aflevering af regnskabsmaterialet til revisor.

Det skal således bemærkes, at der havde været bestyrelsesmøde 1. marts 2012, og som efterfølgende resulterede i direktør B besluttede sig for at stoppe som direktør. Referatet fra bestyrelsesmødet og som følge af Bs beslutning om at stoppe udmøntede sig i e-mail af 16. marts 2012 ... Næste bestyrelsesmøde skulle holdes samtidig med generalforsamling og hvori selskabets årsrapport skulle godkendes. Om det videre hændelsesforløb med rykkere og tilbud om selv at lave regnskabet, skal der henvises til klageskrivelsen, men samtidig erindre, at disse kun udgør det skriftlige materiale. Der har også været rykket via telefon og SMS.

Det retlige spørgsmål er, hvad man som bestyrelsesmedlem skal gøre, når der i midten af marts er styr på økonomi og organisation, således at eneste udestående i realiteten er aflevering af bogholderimaterialet til revisor, og denne aflevering efterfølgende ikke sker?

Der er ikke et svigt i bestyrelsen. Svigtet sker, fordi den person (direktøren), der organisatorisk havde pligten til at indlevere regnskabsmaterialet

til revisor for det første ikke får det gjort, og for det andet ikke reagere på forespørgsler og rykkere.

Hverken årsregnskabsloven eller selskabsloven indeholder noget katalog over, hvilken form for handlepligt, der i givet fald påhviler bestyrelsen. I kommentaren til årsregnskabslovens § 152 henvises der til aktieselskabslovens § 56, ...

Kommentaren giver således kun et eksempel på en mulighed, ikke en pligt, jf. ordlyden ”*kan f.eks.*”.

I nærværende sag ville indkaldelse til et bestyrelsesmøde, hvori der træffes en beslutning om at regnskabsmaterialet skal sendes til revisor, kun møde fuld opbakning. Den beslutning var for så vidt allerede taget. Derfor giver Styrelsens kommentar ingen mening, lige så lidt som en udtræden af bestyrelsen. Hverken et bestyrelsesmedlem eller udtræden af bestyrelsen ville have ændret direktørens adfærd.

Hvad så? Der foreligger ingen Nævnspraksis, der præcis siger, hvad bestyrelsen, hhv. de enkelte medlemmer skal gøre i den situation, at direktøren ’går i sort’ sammen med virksomhedens bogholderi.

Der foreligger praksis på, hvad der ikke diskulperer, f.eks. hvor revisor svigter. Her er der en vis parallelitet, men hvor det typisk er således, at virksomhedens daglige ledelse har mulighed for fysisk afhentning af regnskabsmaterialet hos revisor og få det bragt til anden revisor. Her taler vi om en ikke-arbejdende bestyrelse.

Årsregnskabslovens § 152 hjemler til fritagelse for at betale afgift efter § 151, *hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges eller hende til last.*

Spørgsmålet til Nævnet er, om:

- jeg har forsøgt at fremme indsendelsen, og
- det kan lægges mig til last, at det indsendelsen ikke sker rettidigt.

Min påstand er, at jeg opfylder disse kriterier, således at en fritagelse kan finde sted.

Styrelsens påstand er, jeg tilsyneladende ikke har forsøgt nok eller hårdt nok, men Styrelsen angiver kun et frugtesløst eksempel, hvad jeg kunne have gjort.

Min umiddelbare opfattelse af Styrelsens begrundelse er – hvis Styrelsen får medhold – at det vil føre til objektivt ansvar, hvis regnskabet ikke indleveres rettidigt. At der vil være legitimt at sætte skøn under regel. Jeg er fuldstændig på det rene med, at gebyropkrævningerne må – af hensyn til den administrative byrde – sket administrativt. Men prøvelsen i forhold til ÅRL § 152 må i så fald ske i forbindelse med klage.

Når jeg betaler en klageafgift, der er større end afgiften, der klages over,

beror det på, at jeg i min konkrete sag følger, at min retssikkerhed er sat ud på tynd is, da jeg er blevet pålagt en afgift alene på et datobaseret grundlag, samt betragtninger ift. de førnævnte bemærkninger om objektivt ansvar og skøn under regel.

Jeg skal derfor fastholde, at jeg bør fritages fra at betale afgift, jf. ÅRL § 152, da jeg reelt og aktivt har forsøgt at fremme indsendelse af årsrapporten.”

Ved skrivelse af 9. januar 2013 har Erhvervsstyrelsen yderligere bemærket:

”... klager fremfører det grundlæggende problem i sagen som værende direktørens manglende aflevering af regnskabsmaterialet til revisor, og det alene er direktøren som svigter, da han havde en organisatorisk pligt til indleveringen.

Styrelsen henviser imidlertid til vor tidligere udtalelse om det faktum, at direktøren påtager sig det fulde ansvar for, at årsrapporten indsendes for sent, hvilket ikke i sig selv berettiger til at fritage klager for den pålagte afgift. Hvert enkelt ledelsesmedlem har et selvstændigt ansvar for rettidig indsendelse af årsrapporten, jf. årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt.

Således kan virksomhedens ledelse ikke organisatorisk pålægge et enkelt ledelsesmedlem ansvar for rettidig indsendelse af årsrapporten. Hvorledes virksomhedens ledelse organisatorisk indretter sig er for styrelsen irrelevant, og hvis det bevirker, at årsrapporten ikke indsendes rettidigt, er det virksomhedens eget problem. Virksomhedens ledelse kan heller ikke pålægge virksomhedens ansatte eller revisor ansvar for sen indsendelse af årsrapport, jf. lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152, stk. 2.

Hvorledes direktøren agerer og for nærværendes sag skyld ikke agerer, er derfor irrelevant, da det påhviler bestyrelsen at få udarbejdet og indsendt årsrapporten rettidigt.

Med henvisning til vor tidligere udtalelse og nærværende bemærkninger mener styrelsen, at klagers fremførte forhold ikke er forhold, som efter lovgivningen kan medføre afgiftsfritagelse.”

Ved skrivelse af 24. januar 2013 samt 14. februar 2013 har klager henholdsvis Erhvervsstyrelsen fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt. fremgår det, at hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Som eksempel på en situation, hvor sådanne særlige omstændigheder kan være til stede, fremgår det af lovbemærkningerne til lov nr. 448 af 7. juni 2001 - årsregnskabslovens § 152, at:

”... Det foreslås, at retstilstanden efter den gældende årsregnskabslovs § 62, stk. 7, 2. pkt., videreføres således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor der foreligger ganske særlige omstændigheder, kan fritage det enkelte ledelsesmedlem eller filialbestyrer helt eller delvist for betaling af afgift efter § 151. Det er dog en forudsætning, at den pågældende konkret kan dokumentere over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Et bestyrelsesmedlem eller en direktør kan f.eks. ifølge aktieselskabslovens § 56, stk. 2 [Nugældende bestemmelse i selskabslovens § 123, stk. 1, 2. pkt.], forlange bestyrelsen indkaldt, og dagsordenen kan i givet fald indeholde et punkt om indsendelse af årsregnskab m.v. i behørig stand. Opnås der ikke tilslutning til dette, har bestyrelsesmedlemmet eller direktøren ret til at få indført indsigelser i bestyrelsens protokol, jf. aktieselskabslovens § 56, stk. 3 [Nugældende bestemmelse i selskabslovens § 128, stk. 2].”

Klager har ikke forlangt indkaldelse til bestyrelsesmøde med dagsordenspunkt om årsrapportens rettidige indsendelse i behørig stand. Klager har alene pr. mails til medlemmer af selskabets ledelse forsøgt at fremme indsendelse af årsrapporten, og ifølge det oplyste alene med én mail afsendt før indsendelsesfristens udløb den 31. maj 2012.

Af hensyn til regnskabsbrugerne generelt er det af afgørende betydning, at et selskabs årsrapporter indsendes og offentliggøres rettidigt.

Henset hertil og ud fra det i øvrigt anførte finder ankenævnet, at der ikke foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152

kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af den pålagte afgift for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport.

Ankenævnet tiltræder derfor den af styrelsen ved skrivelsen af 31. august 2012 pålagte afgift.

35) Kendelse af 15. oktober 2013 (J.nr. 2013-0033523)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven, §§ 151 og 152.

(Finn L. Meyer, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelser af 29. januar og 8. februar 2013 har K klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 25. januar 2013 i deres egenskab af ledelsesmedlemmer i A ApS har pålagt dem en afgift på 2.000 kr. hver for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. juli 2011 til 30. juni 2012.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 8. april 2013 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen pålagde den 25. januar 2013 hvert bestyrelsesmedlem i A ApS en afgift på kr. 2.000 som følge af, at virksomhedens årsrapport for 2011/12 var blevet indsendt for sent.

Årsrapporten for A ApS skulle have været styrelsen i hænde senest den 30. november 2012. Den 13. december 2012 sendte styrelsen et påkravsbrev til virksomhedens registrerede adresse med meddelelse om, at styrelsen uden yderligere varsel ville anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomheden, hvis ikke årsrapporten for 2011/12 var modtaget hos Erhvervsstyrelsen senest den 10. januar 2013.

Det fremgik af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget hos styrelsen senest den 28. december 2012, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen. Det fremgik også at påkravsbrevet, at virksomheder i regnskabsklasse B skal indberette årsrapporten digitalt gennem den digitale indberetningsløsning Regnskab 2.0 på www.virk.dk.

Styrelsen modtog en årsrapport på papir for 2011/12 for A ApS den 2. januar 2013.

Den 3. januar 2013 sendte styrelsen et returneringsbrev til virksomhedens registrerede adresse, hvoraf det fremgik, at virksomhedens årsrapport for 2011/12 var indsendt på papir og derfor ikke opfyldte kravet om digital indberetning. Årsrapporten ville derfor først blive anset for at være modtaget i styrelsen, når den var indberettet digitalt.

Virksomheden fik i returneringsbrevet oplyst, at årsrapporten for 2011/12 skulle være Erhvervsstyrelsen i hænde i fuldstændig og berigtiget stand senest den 30. januar 2013, og ledelsen blev samtidig orienteret om, at styrelsen ville pålægge hvert medlem af den øverste ledelse afgift ved modtagelsen af årsrapporten.

Årsrapporten for A ApS blev modtaget via styrelsens digitale indberetningsløsning den 11. januar 2013.

Fordi årsrapporten blev modtaget efter fristens udløb i henhold til fristen i styrelsens påkravsbrief af 13. december 2012 og efter påbegyndelsen af den anden måned efter indsendelsesfristens udløb, blev hvert ledelsesmedlem i virksomheden pålagt en afgift på kr. 2.000.

Bestyrelsen har i breve af henholdsvis 29. januar 2013 og 8. februar 2013 anmodet Erhvervsankenævnet om at fritage alle ledelsesmedlemmerne for de pålagte afgifter.

...”

Klageskrivelserne af 29. januar og 8. februar 2013 er i det væsentligste enslydende. I klageskrivelsen af 8. februar 2013 anføres det blandt andet:

”Selskabet A ApS, CVR nr. modtog i december en påmindelse fra Erhvervsstyrelsen om indsendelse af regnskabet inden 28.12.2012. Regnskabet blev herefter indsendt til styrelsen d. 23.12.2012 til den adresse, der fremgår af styrelsens hjemmeside, postboks 621. Det skal bemærkes, at hverken påmindelsen eller hjemmesiden oplyste noget om, at regnskabet skulle indsendes digitalt.

Ved skrivelse af 3. januar 2013 meddelte Erhvervsstyrelsen, at man havde modtaget det indsendte regnskab, men da det ikke var indsendt digitalt, betragtede man regnskabet for ikke afleveret. Selskabet indsendte herefter regnskabet digitalt hurtigst muligt, så snart de fornødne digitale signaturer var blevet oprettet. Regnskabet blev afleveret den 11. januar 2013, og samme dato modtog vi digitalt en kvittering fra styrelsen.

Jeg finder Erhvervsstyrelsens fremgangsmåde for urimelig. Selskabet kan ikke se at have modtaget nogen meddelelse om den ændrede måde for aflæggelse af regnskab. Efter indsendelse af regnskabet for 2010/2011 modtog selskabet d. 8. dec. 2011 kvittering for indsendelsen. I sidste afsnit anføres det, at selskabet ”kan vælge” at indsende regnskabet digitalt og i en fortrykt tekst anføres det, at folketinget har besluttet, at visse regnskaber skal begynde at aflevere regnskaber digitalt. Ingen af

meddelelserne omtaler, at regnskaber udelukkende skal afleveres digitalt. Det bemærkes yderligere, at Erhvervsstyrelsens erindringskrivelse ikke angiver, at indsendelse alene kan ske digitalt.

Efter årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan styrelsen fritage ledelsesmedlemmer for betaling af afgift under visse omstændigheder. Jeg er af den opfattelse, at selskabet har søgt at fremme indsendelsen mest muligt, og at Erhvervsstyrelsen ikke har informeret om de nye regler på en tilstrækkelig måde. Forsinkelsen kan derfor ikke udelukkende lægges selskabet til last.

Jeg skal ikke undlade at bemærke, at der tilsyneladende er forskel på, om ukendskab til reglerne foreligger hos en offentlig ansat eller hos private. I en i Odense meget omtalt sag foretog adskillige politiansatte aflytninger af telefoner. Statsadvokaten for Jylland og Fyn undlod at rejse tiltale mod de underordnede politibetjente med den begrundelse at de pågældende ikke kendte loven. Der blev heller ikke rejst tiltale mod ledelsen med den begrundelse, at ledelsen ikke vidste, at de underordnede ikke kendte reglerne

Endelig skal det anføres, at styrelsen modtog regnskabet i december måned, men først reagerede i januar måned. Såfremt styrelsen omgående havde meddelt os, at regnskabet skulle indsendes digitalt, kunne vi formentlig have overholdt fristen for afgivelse af regnskab.

Det er naturligvis ikke med forsæt, at selskabet i første omgang undlader at indsende årsrapporten digitalt. Vi forventer mere smidighed og rimelighed fra Erhvervsstyrelsens side samt en erkendelse af manglende informationsniveau ved en så væsentlig ændring af et etableret system, der har fungeret i en lang årrække.”

I førnævnte redegørelse af 8. april 2013 har Erhvervsstyrelsen i øvrigt udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Det følger af indsendelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 1, at virksomheder omfattende af regnskabsklasse B skal indberette årsrapport digitalt for årsrapporter med balancedato den 31. januar 2012 eller senere [Bek. nr. 837 af 14/08/2012 - Bekendtgørelse om indsendelse til og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervsstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed].

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal en virksomheds årsrapport indsendes til Erhvervsstyrelsen, så den er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen og senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i årsregnskabslovens § 138, sender styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 150, et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse om at indsende årsrapporten.

I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage til indsendelse af årsrapporten. I påkravsbrevet angives desuden en frist på 4 uger, hvorefter styrelsen kan anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomheden, såfremt der ikke er blevet indsendt en årsrapport.

Årsregnskabslovens § 151, stk. 1, indeholder en bestemmelse om en adfærdsregulerende afgift, der pålægges de enkelte medlemmer af virksomhedens øverste ledelse, såfremt årsregnskabet er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage efter påkravsbrevets datering.

Af årsregnskabslovens § 151, stk. 3, fremgår det, at afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem for 1. påbegyndte måned, 2.000 kr. pr. ledelsesmedlem for 2. påbegyndte måned og 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem for 3. påbegyndte måned. Fristen beregnes fra udløbet af fristen i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., jf. årsregnskabslovens § 151, stk. 2.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af en allerede pålagt afgift, såfremt ganske særlige omstændigheder gør sig gældende. Fritagelsen er betinget af, at den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Ifølge lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for afgift, at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten. I tilfælde hvor forsinkelsen skyldes postvæsnets fejl, fx poststrejke, og dette kan dokumenteres, kan styrelsen fritage ledelsen for afgifter.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., at hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Styrelsens udtalelse

Styrelsen fastholder afgørelse af, at virksomhedens øverste ledelse skal pålægges en afgift på grund af for sen modtagelse af virksomhedens årsrapport.

Virksomhedens regnskabsår udløb den 30. juni 2012. Som følge heraf skulle virksomhedens årsrapport for regnskabsåret 2011/12 være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest den 30. november 2012. I henhold til påkravsbrevet af 13. december 2012, skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 28. december 2012, såfremt ledelsesmedlemmerne i virksomheden skulle undgå at blive pålagt en afgift.

Erhvervsstyrelsen modtog imidlertid først en årsrapport i overensstemmelse med årsregnskabsloven og indsendelsesbekendtgørelsen fra virksomheden den 11. januar 2013, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravs brev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor virksomhedens øverste ledelse afgifter.

Det skal i øvrigt bemærkes, at ledelsen i virksomheden ville være blevet pålagt de samme afgifter, såfremt årsrapporten for 2011/12 blev anset som modtaget den 2. januar 2013, hvilket er den dato, hvor årsrapporten på papir blev modtaget hos styrelsen. Allerede af den grund er der ikke grundlag for at fritage den øverste ledelse for de pålagte afgifter.

Styrelsen er uenig i, at virksomheden ikke på en forståelig måde er blevet informeret om de nye regler for indsendelse af årsrapporter.

Af den kvittering som virksomheden modtog, som bekræftelse på at årsrapporten for 2010/11 var modtaget hos styrelsen, fremgik, at *"Folketinget har vedtaget, at små virksomheder i løbet af 2012 skal begynde at indsende deres årsrapport digitalt"*.

Af styrelsens påkravsbrev af 20. december 2012 fremgik, at *"virksomheder i regnskabsklasse B skal indberette årsrapporten digitalt gennem den digitale regnskabsløsning Regnskab 2.0 på www.virk.dk"*

Erhvervsstyrelsens hjemmeside har endvidere informeret om de ændrede regler for indsendelse af årsrapporter.

Virksomhedens ledelse burde derfor have været bekendt med, at virksomhedens årsrapport for 2011/12 udelukkende kunne indsendes digitalt til styrelsen.

Styrelsen finder desuden ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at bestyrelsesmedlemmerne i virksomheden skal fritages for de pålagte afgifter.

Det forhold, at ledelsen mener, at styrelsen ikke har informeret om de nye regler for indsendelse af årsrapporter på en forståelig måde, kan ikke i sig selv begrunde en afgiftsfritagelse. Styrelsen er, som nævnt ovenfor, af den opfattelse, at virksomhedens ledelse burde have været bekendt med de nye regler for indsendelse af årsrapport.

Styrelsen finder heller ikke, at der er grundlag for at fritage bestyrelsesmedlemmerne i virksomheden med den begrundelse, at styrelsen kunne have reageret hurtigere, efter at årsrapporten for 2011/12 blev modtaget på papir.

Årsrapporten blev modtaget den 2. januar 2013 hos styrelsen, og allerede den 3. januar 2013 sendte styrelsen returneringsbrevet til virksomheden.

Styrelsen har således reageret så hurtigt som muligt, efter at årsrapporten blev modtaget på papir.

Af klagers skrivelse fremgår, at årsrapporten for 2011/12 blev afsendt søndag den 23. december 2012. Som nævnt ovenfor, blev årsrapporten først modtaget hos styrelsen den 2. januar 2013. Dette tyder på, årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelsen med posten.

Ifølge lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for afgift, at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten.

Afslutningsvis skal styrelsen bemærke, at man ikke finder artiklen fra relevant i forhold til styrelsens afgørelse om at pålægge den øverste ledelse adfærdsregulerende afgifter.

...”

I skrivelse af 26. april 2013 har K yderligere anført:

”...

Erhvervsstyrelsens redegørelse over sagens faktiske omstændigheder er vi enig i, blot mangler den relevante oplysning, at erhvervsstyrelsen havde ferielukket fra den 23. december 2012 til den 2. januar 2013!!!

Styrelsen anfører i sit indlæg, at klagerne har indsendt klageskriftet direkte til Erhvervsankenævnet og ikke har givet Erhvervsstyrelsen mulighed for at vurdere, om der har foreligget ganske særlige omstændigheder, som konkret kunne begrunde en afgiftsfritagelse. Vi har klaget over afgørelsen, da det er den klageadgang, der foreskrives i vejledningen. Det er i afgørelsen ikke anført, at Erhvervsstyrelsen kan foretage en konkret vurdering. Det er efter vores opfattelse en dårlig og manglende vejledning styrelsen har udsat os for ved ikke at meddele os muligheden for at få en konkret bedømmelse af styrelsen.

Vi er fortsat af den opfattelse, at Erhvervsstyrelsen ikke har oplyst om de nye regler på en for brugerne forståelig måde.

Det fremgår af kvitteringsskrivelsen af 8.12.2011, at *”Virksomheder, der aflægger årsrapport efter regnskabsklasse B og C kan vælge at indsende årsrapporten digitalt i stedet for at indsende på papir til styrelsens adresse”*.

Det fremgår ikke af skrivelsen, at rapporten for det kommende regnskabsår skal indsendes digitalt. En naturlig forståelse af styrelsens udtryksform siger, at der er valgfrihed. Den på kvitteringsskrivelsen fortrykte meddelelse giver heller ikke udtryk for, at årsrapporter udelukkende skal indsendes digitalt. Meddelelsen giver indtryk af, at der alene er tale om en praktisk foranstaltning.

I påkravsskrivelsen af 13.12.2012 anmodes vi om at indsende årsrapporten til styrelsen senest den 28.12.2012. Tilføjelsen om at virksomheder i regnskabsklasse B skal indberette digitalt, har vi beklageligvis overset. Hvis styrelsen i sit påkravsbrev havde fremhævet dette krav, f. eks **ved kraftig eller fed skrift**, ville brugerne formentlig ikke kunne overse kravet om digitalt indberetning.

Styrelsen har endvidere givet udtryk for den opfattelse, at der på dens hjemmeside er informeret om ændrede regler for indsendelse af årsrap-

porter. Det er muligt, at styrelsen har informeret på sin hjemmeside, men ikke på en måde, der har gjort det klart for selskaber i klasse B, at digital indberetning var eneste måde at indsende rapporter. Da vi skulle indsende den skriftlige rapport, undersøgte vi styrelsens hjemmeside. Som 4. eller 5. punkt var der oplyst, at rapporter skulle indsendes til en postboks, men der var ikke oplyst noget om, at klasse B selskaber skulle indsende rapporten digitalt.

Hvis man i dag åbner styrelsens hjemmeside, er der et punkt ”**Hvad siger loven om indsendelse af årsrapport**”. Her anføres det: ”*Virksomheder skal efter udløbet af deres regnskabsår indsende deres årsrapport til Erhvervsstyrelsen*”

Årsrapporten skal indsendes – digitalt eller på papir, så den er modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets udløb
”[http://www.erhvervsstyrelsen.dk/lov om indsendelse af aarsrapport](http://www.erhvervsstyrelsen.dk/lov_om_indsendelse_af_aarsrapport)”

Der er intet anført om, at indsendelse for visse selskaber alene kan ske digitalt. Efter vores opfattelse er dette et klart bevis på, at styrelsen ikke har informeret tilstrækkeligt om de ændrede regler.

Styrelsen henviser ... i redegørelsen til, at bekendtgørelsen om indsendelse af årsrapporter er dateret 14.08.2012. Det havde været naturligt, om styrelsen havde orienteret de af bekendtgørelsen omfattede selskaber om, at der ikke længere kunne indsendes rapporter på papir.

Alt i alt må vi fastholde, at styrelsen ikke på behørig måde har orienteret om de ændrede regler.

Vi fastholder, at vi har søgt at fremme indsendelsen, men vi har ikke været bekendt med, at styrelsen har holdt juleferie fra d. 23. december til d. 2. januar. Meddelelse herom er ikke påført styrelsens rykkerskrivelse af 13. dec. 2012. På dette tidspunkt måtte styrelsen og de i styrelsen ansatte medarbejdere være klar over dette forhold, og man burde have gjort opmærksom på dette i sin udgående korrespondance. Vi finder det påfaldende og i strid med god forvaltningsskik, at styrelsen i sit indlæg hævder, at man først har modtaget den indsendte rapport d. 2. januar 2013. Det er efter vores opfattelse mod bedre vidende, når man anfører, at årsagen til at styrelsen først modtager rapporten d. 2. januar, skyldes forsinkelse hos postvæsnet.

Vi kunne have overholdt fristen for digital indsendelse, såfremt styrelsen ikke havde holdt ferielukket. Det er direkte forkert, når det ... i styrelsens redegørelse hævdes, at den på papir indsendte rapport først er modtaget d. 2. januar 2013.

Vi gør gældende, at de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at bestyrelsesmedlemmer fritages for pålagte afgifter, foreligger,

dels fordi det er en ny og ikke tidligere kendt indsendelsesmåde

dels at vi har søgt at fremsende rapporten så hurtigt som muligt efter modtagelsen af styrelsens påkravsskrivelse

dels at styrelsen ikke har informeret på en sådan måde, at det er klart, at indsendelse alene kan ske digitalt dels at det forhold at styrelsen har holdt ferielukket fra d. 23.12.2012 til 02.01.2013, har været medvirkende til, at fristen ikke blev overholdt.

Endelig gør vi gældende, at indførelsen af digitalt regnskab er en så væsentlig ændring af reglerne, at dette er en ganske særlig begrundelse for at undlade at pålægge afgift ved en førstegangsovertrædelse.

Vi gør endvidere gældende, at vores manglende kendskab til den ændrede indsendelsesmåde er undskyldelig, og at en overtrædelse af en adfærdsregulerende afgiftsregel må bedømmes væsentlig mildere en en overtrædelse af retsplejeloven. Vi finder derfor, at den i ... [avis] omtalte sag er relevant for nærværende sag. Vi mener, at en fastholdelse af bødekra- vet vil støde den almindelige danskers retsopfattelse, hvis offentlig ansatte (politifolk, såvel menige som overordnede) stilles anderledes og bedre end private, når de påberåber sig manglende kendskab til reglerne. ...”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 15. maj 2013 heroverfor bemærket:

” ...

Klager nævner, at det i styrelsens afgiftsbrev til de enkelte ledelsesmedlemmer ikke er anført, at Erhvervsstyrelsen har mulighed for at fritage ledelsen for de pålagte afgifter efter en konkret vurdering af, om ledelsen opfylder betingelserne herfor.

Til dette skal Erhvervsstyrelsen bemærke, at denne mulighed faktisk fremgår af afgiftsbrevene til de enkelte ledelsesmedlemmer i brevets femte afsnit:

”Foreligger der ganske særlige omstændigheder, der kan godtgøres overfor styrelsen, kan styrelsen fritage dig helt eller delvist for afgiften, jf. årsregnskabslovens § 152 stk. 1.”

Årsregnskabslovens § 152 er endvidere angivet på bagsiden af afgiftsbrevene. Virksomhedens ledelse er således blevet oplyst om muligheden for, at bede styrelsen forholde sig til, om betingelserne for fritagelse af de pålagte afgifter er opfyldt.

Erhvervsstyrelsen er fortsat uenig i, at virksomheden ikke på en klar måde, er blevet informeret om, at indsendelsen alene kunne ske digitalt.

Det er korrekt, at der af kvitteringskrivelsen af 8. december 2011 fremgik, at *”virksomheder, der aflægger årsrapport efter regnskabsklasse B og C kan vælge at indsende årsrapporten digitalt i stedet for at indsende den på papir til styrelsens adresse”*.

På samme kvittering fremgik dog også følgende fortrykte og fremhævede tekst i farve:

Indsend din årsrapport digitalt

Folketinget har vedtaget, at små virksomheder i løbet af 2012 skal begynde at indsende deres årsrapport digitalt. Det er både billigere og bedre end på papir.

Du kan allerede komme i gang i dag.
Gå ind på www.eogs.dk og se, hvordan du gør.

Styrelsen er uenig i, at denne meddelelse alene giver indtryk af, at der er tale om en praktisk foranstaltning.

For så vidt angår styrelsens påkravsskrivelse af 13. december 2013, er styrelsen af den overbevisning, at der i dette brev klart fremgår, at virksomhedens årsrapport skulle have været indsendt digitalt – også selvom dette ikke er markeret med fed skrift. Styrelsen bemærker, at klager erkender, at have overset denne tekst i påkravs brevet.

Det link på styrelsens hjemmeside, som klager henviser til, vedrører de generelle regler for indsendelse af årsrapport til styrelsen og omtaler således også reglerne for virksomheder i regnskabsklasse C og D.

I menupunktet ”Indsende din årsrapport med posten” fremgår følgende tekst: ”*Bemærk dog, at små virksomheder i regnskabsklasse B skal indberette årsrapporten digitalt.*” [www.erst.dk/aarsrapport_med_posten]

I menupunktet ”Digitale årsrapporter” fremgår følgende tekst: ”*Virksomheder omfattet af regnskabsklasse B skal allerede nu foretage digital indberetning af årsrapporten.*” [www.erst.dk/digitale_aarsrapporter]

Styrelsen har også publiceret flere nyheder om de ændrede regler for indsendelse af årsrapporter, bl.a. den 7. april 2012 og 28. juni 2012. [www.erst.dk/pressesoeg/420479/5 og www.erst.dk/pressesoeg/430840/5] Der er således også på Erhvervsstyrelsens hjemmeside blevet orienteret om de ændrede regler.

Klager anfører, at Erhvervsstyrelsen burde have orienteret de virksomheder, som ikke længere kunne indsende årsrapporten på papir. Dette har styrelsen netop gjort, i form af den ovenfor nævnte fortrykte tekst på den kvittering, som virksomheden modtog, som bekræftelse på, at årsrapporten for 2010/11 var modtaget hos styrelsen samt på styrelsens hjemmeside.

Erhvervsstyrelsen fastholder derfor, at Erhvervsstyrelsen på en behørig måde har orienteret om de ændrede regler. Virksomhedens ledelse bur-

de således have været bekendt med, at virksomhedens årsrapport for 2011/12 udelukkende kunne indsendes digitalt til styrelsen.

Klager er af den overbevisning, at såfremt styrelsen ikke havde holdt ferielukket, ville virksomheden kunne have overholdt fristen for digital indsendelse.

Det skal bemærkes, at datostemplet på forsiden af papirudgaven af årsrapporten dokumenterer, at årsrapporten først blev modtaget af styrelsen den 2. januar 2013. Det må bero på en misforståelse, hvis klager tror, at Erhvervsstyrelsens ferielukning i juleferien, har medført at virksomhedens årsrapport for 2011/12 først blev modtaget den 2. januar 2013.

Styrelsen skal oplyse, at årsrapporter indsendt med post til styrelsens postboksadresse, sendes direkte til den eksterne leverandør, der håndterer indscanningen af samtlige årsrapporter styrelsen modtager og offentliggør.

Den eksterne leverandør har også haft mulighed for at modtage årsrapporter på papir mellem jul og nytår i de dage, hvor postvæsnet har bragt post ud. Styrelsens ferielukning i juleferien kan således ikke have haft indvirkning på, hvornår virksomhedens årsrapport på papir blev modtaget og datostemplet.

Som nævnt i Erhvervsstyrelsens udtalelse af 8. april 2013 til Erhvervsankenævnet, finder styrelsen ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at bestyrelsesmedlemmerne i virksomheden skal fritages for de pålagte afgifter.

Der er ikke i klagers indlæg til Erhvervsankenævnet fremkommet nye oplysninger, der ændrer ved styrelsens vurdering af, at ledelsen i A ApS ikke opfylder betingelserne for at blive fritaget for de pålagte afgifter. Det forhold, at reglerne for indsendelse af årsrapporter til styrelsen er blevet ændret, kan i sig selv ikke begrunde en afgiftsfritagelse.

Som nævnt ovenfor, har styrelsen klart informeret om, at indsendelse af virksomhedens årsrapport for 2011/12 udelukkende kunne indsendes digitalt, og klagers påstand om at det modsatte er tilfældet, kan efter styrelsens vurdering derfor ikke begrunde en afgiftsfritagelse.

Styrelsen anfægter klagers påstande om, at virksomhedens ledelse har søgt at fremsende indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ledelsen til last. Årsrapporten for 2011/12 skulle have været modtaget hos styrelsen senest den 30. november 2012. Først da virksomheden modtager styrelsens påkravs brev af 13. december 2012, reagerer virksomhedens ledelse ved at godkende årsrapporten på den ordinære generalforsamling den 23. december 2012 og indsende den på papir til styrelsen samme dag, selvom ledelsen burde have vidst, at årsrapporten skulle have været indberettet digitalt.

Det skal igen bemærkes, at ledelsen i virksomheden ville være blevet pålagt afgifter af samme størrelse, såfremt årsrapporten for 2011/12 blev anset som modtaget den 2. januar 2013.

...”

I skrivelse af 28. maj 2013 har K bemærket:

” ...

I ... indlægget omtaler Erhvervsstyrelsen muligheden for fritagelse af afgiften, jfr. Årsregnskabslovens § 152 stk. 1. Det er ikke os, der har henvist til denne regel. Styrelsen har i sit indlæg af 8. april omtalt muligheden. Vi har i vort indlæg af 26. april kommenteret styrelsens bemærkninger. Styrelsens nye bemærkninger ændrer ikke vores opfattelse af, at Erhvervsstyrelsen i sin afgørelse ikke klart har anvist denne klagemulighed. Styrelsens efterfølgende bemærkninger viser efter vores opfattelse, at en evt. henvendelse efter § 152 stk. 1, ikke ville have ændret styrelsens afgiftspålæg.

Vi skal opfordre Erhvervsstyrelsen til at oplyse, om styrelsen i forbindelse med indførelsen af ny indberetningsmåde for klasse B selskaber, har anvendt § 152 stk. 1 og fritaget personer for afgift. Endvidere ønskes oplyst, efter hvilke retningslinier styrelsen anvender reglen.

Med hensyn til spørgsmålet om styrelsens informationsniveau, er vi fortsat af den opfattelse, at styrelsen ikke på en klar og entydig måde har informeret om de ændringer, er sket i indberetningsmåden.

Den af Erhvervsstyrelsen fortrykte meddelelse kan efter vores opfattelse alene læses som en oplysning om, at der i løbet af 2012 bliver mulighed for at indsende regnskaber digitalt. Meddelelsen omtaler ikke, at dette er den eneste mulighed for klasse B selskaber. Denne undladelse af at oplyse, at digital indberetning er eneste mulighed for disse selskaber, viser efter vores opfattelse Erhvervsstyrelsens manglende informationsevne.

Hvis Erhvervsstyrelsen i sin påkravsskrivelse havde fremhævet, at indberetning skulle ske digitalt ville kravet ikke kunne overses. En fremhævelse kunne ske ved **fed skrift**, *kursiv skrift* eller ved indramning af teksten. I de henvisninger til Erhvervsstyrelsen hjemmeside, som omtales i styrelsens seneste indlæg, er ordet **skal** netop fremhævet med **fed skrift**. Dette dokumenterer efter vores opfattelse, at styrelsen i såvel den fortrykte tekst som i teksten i påkravsskrivelsen burde have anvendt en eller anden måde til at påpege den nye indberetningsmåde.

Erhvervsstyrelsen henviser ... til styrelsens hjemmeside. En henvisning til hjemmesiden forudsætter, at brugeren er bekendt med den ændrede indberetningsmåde. Vi og andre brugere, der ikke var bekendt med de nye regler, har derfor ikke overvejet at undersøge om indberetningsmåden var ændret. Den eneste årsag til at vi brugte hjemmesiden var, at vi ville sikre os at indsendelsen skete til den rigtige adresse.

Styrelsen anfører ... at datostemplet på forsiden af papirudgaven bekræfter, at rapporten først er modtaget i styrelsen d. 2. januar 2013. Vi kan naturligvis ikke bestride, at rapporten er påstemplet modtagelsesdato d. 2. januar 2013. Vi kan ikke forstå styrelsens bemærkninger om modtagelsestidspunktet og bemærkningerne om den eksterne leverandør. Vi har indsendt årsrapporten med post umiddelbart efter generalforsamlingen d. 23. dec. 2012. Vi fastholder, at styrelsens juleferielukning er en medvirkende årsag til, at vi ikke har overholdt den givne frist. Såfremt styrelsen havde haft åbent mellem jul og nytår, kunne vi have overholdt fristen.

Det er ukorrekt, når erhvervsstyrelsen ... anfører: *"at virksomhedens ledelse har søgt at fremsende indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ledelsen til last"*. Det vi har gjort gældende er: *"at vi har søgt at fremsende rapporten så hurtigt som muligt efter modtagelsen af styrelsens påkravsskrivelse"* ...

Vi gør fortsat gældende, at de i årsregnskabslovens §152 stk. 2. omhandlede ganske særlige omstændigheder foreligger, og at den pålagte afgift bør bortfalde eller nedsættes.

Vi er endvidere af den opfattelse, at den i årsregnskabslovens § 152, stk 2 anvendte bestemmelse er en adfærdsregulerende regel, der må bedømmes væsentlig anderledes og mildere end en overtrædelse af en straffetretlig regel i retsplejeloven. Vi mener stadig, at den i (...Avis) refererede sag er relevant. Sagen er i øvrigt afgjort uden nogen påtale. Den eneste konsekvens den strafferetslige overtrædelse har medført, er en bemærkning i den ansvarlige embedsmands personaleblad."

Endelig har K den 17. juni 2013 yderligere bemærket:

"...

Vi kan konstatere at Erhvervsstyrelsen ikke ønsker at svare på vores opfordringer om praksis og retningslinier for anvendelsen af lempelsesreglen i årsregnskabslovens § 152, stk. 1.

Det er Erhvervsstyrelsen, der i sine indlæg har fremhævet muligheden for at styrelsen selv kan ændre afgørelser om afgifter pålagt efter § 152, stk. 1. Vi må forstå styrelsens undladelse af at svare på vores opfordringer som udtryk for, at man ikke anvender reglen, og at man ikke har udarbejdet retningslinier for anvendelse af lempelsesreglen. Vi må derfor betragte styrelsens mange bemærkninger om muligheden for ændring af en afgiftspålæggelse som useriøs og som et forsøg på at dække over et lavt informationsniveau."

Ankenævnet udtaler:

Det følger af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., at hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Årsrapporten skulle ifølge årsregnskabslovens § 138, stk. 1, være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, altså den 30. november 2012.

I følge bekendtgørelsen nr. 837 af 14/08/2012 om indsendelse til og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervsstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed, § 9, stk. 1, skal virksomheder omfattet af regnskabsklasse B indberette årsrapport digitalt for årsrapporter med balancedato den 31. januar 2012 eller senere.

Da årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervsstyrelsen indenfor fristen, sendte styrelsen den 13. december 2012 en påkravsskrivelse til virksomhedens registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten. Det fremgår af påkravsskrivelsen, at virksomheder i regnskabsklasse B skal indberette årsrapporten digitalt gennem den digitale indberetningsløsning Regnskab 2.0 på www.virk.dk. Endvidere fremgår det af skrivelsen, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i styrelsen senest den 28. december 2013, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget.

Erhvervsankenævnet lægger på baggrund af oplysningerne om datostemplingen på årsrapporten til grund, at denne i papirform blev modtaget i Erhvervsstyrelsen den 2. januar 2013. Det lægges videre til grund, at årsrapporter indsendt med post til styrelsens postboksadresse sendes direkte til den eksterne leverandør, der håndterer indscanningen af samtlige årsrapporter, styrelsen modtager, og at denne eksterne leverandør har haft mulighed for at modtage årsrapporter på papir i de dage, hvor postvæsenet har bragt post ud. Endelig lægger Erhvervsankenævnet til grund, at årsrapporten først den 11. januar 2013 blev indberettet digitalt.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre at have søgt at

fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Af de specielle bemærkninger til årsregnskabslovens § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

” ...

Som eksempler på forhold, som *ikke* i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ..., *at* årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsnet for, at forsinkelsen skyldes postvæsnets fejl, f.eks. poststrejke) ...”

Allerede fordi modtagelsen af årsrapporten i papirform er sket for sent, og da det er udokumenteret, at forsinkelsen skyldes fejl hos postvæsnet ses der ikke at være grundlag for hel eller delvis eftergivelse af de pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten efter årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 25. januar 2013 pålagte afgifter.

36) Kendelse af 19. november 2013 (J.nr. 2013-0033574)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven, §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Arne Nabe Poulsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 4. februar 2013 har direktør A fra B [offentlig tilsynsvirksomhed] på vegne af ledelsesmedlemmerne C, D og E i K1 klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 1. februar 2013 har pålagt dem en afgift på 3.000 kr. hver for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for 2011. C og D har af Erhvervsstyrelsen fået eftergivet afgifterne under sagens behandling i nævnet.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet hos Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse over sagens faktiske omstændigheder har styrelsen den 18. marts 2013 udtalt blandt andet:

”Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen pålagde den 1. februar 2013 hvert bestyrelsesmedlem i K1 A/S en afgift på 3.000 kr. som følge af, at årsrapporten for 2011 var blevet indsendt for sent.

Årsrapporten for K1 A/S skulle have været styrelsen i hænde senest den 31. maj 2012. Fordi selskabet var trådt i rekonstruktion den 22. december 2011, var pligten til at indsende årsrapport for 2011 imidlertid suspenderet.

Den 15. november 2012 udtrådte selskabet af rekonstruktionsbehandling. Årsrapporten for K1 A/S skulle herefter være styrelsen i hænde senest den 17. december 2012.

Den 20. december 2012 afsendte styrelsen et påkravsbrev til virksomhedens registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, så den var modtaget hos Erhvervsstyrelsen senest den 8. januar 2013. Det fremgik af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget hos styrelsen senest den 8. januar 2013, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen.

Styrelsen modtog årsrapporten for K1 A/S den 24. januar 2013.

Fordi årsrapporten blev modtaget efter fristens udløb i henhold til fristen i styrelsens påkravsbrev af 20. december 2012, blev hvert ledelsesmedlem i virksomheden pålagt en afgift på 3.000 kr.

A har i brev af 4. februar 2013 anmodet Erhvervsankenævnet om at fritage alle bestyrelsesmedlemmerne for de pålagte afgifter.”

I klageskrivelsen af 4. februar 2013 har A anført:

”...

Bestyrelsen har d.d. modtaget en opkrævning fra Erhvervsstyrelsen i forbindelse med af selskabets årsrapport for 2011 er indsendt for sent.

Vi tillader os hermed at anke afgørelsen, idet den manglende indsendelse skyldes at selskabet har været under rekonstruktion. Først på generalforsamlingen den 18. december 2012 trådte selskabet ud af rekonstruktion og samme dag indtrådte den nye direktion og bestyrelse i selskabet.

Siden den nye ledelses indtræden er der arbejdet hårdt for at retablere bogføringen for 2011 i samarbejde med ekstern ejendomsadministrator. Herudover skulle der indkaldes til ny generalforsamling med 14. dages varsel, hvor selskabets årsrapport for 2011 kunne godkendes. Det har derfor ikke været muligt at indsende årsrapporten før den 24. januar 2013 (ca. 1 måned efter at selskabet trådte ud af rekonstruktionen).

...”

I førnævnte redegørelse af 18. marts 2013 har Erhvervsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal en virksomheds årsrapport indsendes til Erhvervsstyrelsen, så den er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen og senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

I henhold til årsregnskabslovens § 140, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen tillade, at en virksomhed under rekonstruktionsbehandling efter konkursloven først indsender årsrapporten, så den modtages i styrelsen senest én måned efter rekonstruktionsbehandlingens ophør, uanset fristen i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt. Det er styrelsens faste praksis at suspendere pligten til at indsende årsrapport for virksomheder under rekonstruktionsbehandling.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i årsregnskabslovens § 140, stk. 1, sender styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 150, et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse om at indsende årsrapporten. I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage til indsendelse af årsrapporten. I påkravsbrevet angives desuden en frist på 4 uger, hvorefter styrelsen kan anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomheden, såfremt der ikke er blevet indsendt en årsrapport.

Årsregnskabslovens § 151, stk. 1, indeholder en bestemmelse om en adfærdsregulerende afgift, der pålægges de enkelte medlemmer af virksomhedens øverste ledelse, såfremt årsregnskabet er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage efter påkravsbrevets datering.

Af årsregnskabslovens § 151, stk. 3, fremgår det, at afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem for 1. påbegyndte måned, 2.000 kr. pr. ledelsesmedlem for 2. påbegyndte måned og 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem for 3. påbegyndte måned. Fristen beregnes fra udløbet af fristen i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., jf. årsregnskabslovens § 151, stk. 2.

For virksomheder, hvor indsendelsesfristen er suspenderet, fordi den pågældende virksomheder er under rekonstruktion, beregnes størrelsen på afgiften fra én måned efter rekonstruktionsbehandlingens ophør, jf. årsregnskabslovens § 140, stk. 1, 2. pkt.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af en allerede pålagt afgift, såfremt ganske særlige omstændigheder gør sig gældende. Fritagelsen er betinget af, at den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., at hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten ind-

sendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Styrelsens udtalelse

Styrelsen fastholder afgørelse af, at bestyrelsesmedlem E skal pålægges en afgift på grund af for sen modtagelse af selskabets årsrapport.

Virksomhedens regnskabsår udløb den 31. december 2011. Som følge heraf skulle virksomhedens årsrapport for regnskabsåret 2011 have været modtaget i Erhvervsstyrelsen senest den 31. maj 2012. Fordi selskab var under rekonstruktionsbehandling, blev indsendelsesfristen suspenderet i henhold til årsregnskabslovens § 140, stk. 1.

Af styrelsens registreringer fremgår det, at rekonstruktionsbehandlingen ophørte den 15. november 2012, hvorfor virksomhedens årsrapport for regnskabsåret 2011 herefter skulle være modtaget i Erhvervsstyrelsens senest den 17. december 2012.

I henhold til påkravsbrevet af 20. december 2012, skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 8. januar 2013, såfremt ledelsesmedlemmerne i virksomheden skulle undgå at blive pålagt afgifter.

Erhvervsstyrelsen modtog imidlertid først årsrapporten for 2011 den 24. januar 2013, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgifter i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor bestyrelsesmedlemmerne i virksomheden afgifter på kr. 3.000.

Fordi årsrapporten blev modtaget hos styrelsen i den anden påbegyndte måned efter indsendelsesfristens udløb, burde den afgift, E er blevet pålagt, have været på kr. 2.000, jf. årsregnskabslovens § 140, stk. 1, 2. pkt. og § 151, stk. 3. Styrelsen har derfor igangsat tilbagebetalingen af kr. 1.000 til E.

Af direktør A's brev fremgår, at den nye direktion og bestyrelse indtrådte den 18. december 2012. I henhold til styrelsens registreringer indtrådte E i bestyrelsen den 20. januar 2011. Styrelsen finder derfor, at ansvaret for, at årsrapporten for 2011 blev indsendt til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister, påhviler bestyrelsesmedlem E.

Styrelsen finder ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at bestyrelsesmedlem E skal fritages for den pålagte afgift.

Styrelsen finder heller ikke, at det forhold, at virksomheden var under rekonstruktionsbehandling, kan begrunde en afgiftsfritagelse for bestyrelsesmedlem E i medfør af årsregnskabslovens § 152, stk. 1.

Det kan udledes af direktør A's brev, at der foreligger en faktisk vildfarelse for datoen for rekonstruktionsbehandlingens ophør, da det af brevet fremgår, at selskabet trådte ud af rekonstruktion den 18. december 2012, mens det af styrelsens registreringer fremgår, at rekonstruktionsbehandlingen ophørte den 15. november 2012.

Styrelsen finder ikke, at denne faktiske vildfarelse om datoen for rekonstruktionsbehandlings ophør, kan betegnes som ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at bestyrelsesmedlem E skal fritages for den pålagte afgift.

...”

Klagerne er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det følger af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., at hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Årsrapporten skulle ifølge årsregnskabslovens § 138, stk. 1, som udgangspunkt være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, altså den 31. maj 2012. Da selskabet var under rekonstruktion var indsendelsesfristen suspenderet i henhold til årsregnskabslovens § 140, stk. 1, således at selskabet først skulle indsende årsrapporten 1 måned efter rekonstruktionsbehandlings ophør. Rekonstruktionsbehandlingen ophørte den 15. november 2012, hvorfor årsrapporten skulle være modtaget 1 måned senere i Erhvervsstyrelsen.

Da årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervsstyrelsen indenfor fristen, sendte styrelsen den 20. december 2012 en påkravsskrivelse til virksomhedens registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten. Det fremgik af påkravsskrivelsen, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i styrelsen senest den 8. januar 2013, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget.

Årsrapporten blev modtaget i Erhvervsstyrelsen den 24. januar 2013.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Klagers vildfarelse omkring tidspunktet for rekonstruktionsbehandlings ophør udgør ikke ganske særlige omstændigheder efter § 152, og da der ud fra det anførte i øvrigt ikke foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af den pålagte afgift for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport, tiltræder ankenævnet at styrelsen har pålagt ledelsesmedlemmet E en afgift.

Størrelsen på afgiften beregnes fra 1 måned efter rekonstruktionsbehandlings ophør, jf. årsregnskabslovens § 140, stk. 1, 2. pkt. Ankenævnet tiltræder derfor, at E pålægges en afgift på 2.000 kr.

Ankenævnet tiltræder herefter den af styrelsen pålagte afgift, således som den er ændret under sagens behandling i ankenævnet.

4.9. REVISORLOVEN

37) Kendelse af 22. maj 2013 (J.nr. 2012-0032589)

Revisor ikke meddelt en frist til gennemførelse af den manglende efteruddannelse.

Revisorlovens §§ 3 og 4, samt § 8, stk. 2, nr. 2, og § 8, stk. 3.
(Anders Hjulmand, Finn L. Meyer og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 28. august 2012 har registreret revisor K klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 1. august 2012 har afslået at meddele klager en frist til gennemførelse af manglende efteruddannelse, jf. bekendtgørelse om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 1. august 2012 hedder det:

”Ansøgning om dispensation for manglende uddannelse

Erhvervsstyrelsen har modtaget dit brev af 27. marts 2012, hvori du oplyser, at du har været gennem et sygdomsforløb, som har trukket ud over flere år, hvorfor du ansøger om, at få dispensation for de manglende efteruddannelses timer. Endvidere var medsendt en lægeerklæring, hvoraf fremgår, at du har været tilknyttet en psykiatrisk speciallægeklinik fra april måned 2011.

I brev af 16. april 2011 anmoder styrelsen om at få oplyst dels, hvor mange efteruddannelses timer du mangler at gennemføre dels, om du har været sygemeldt i en eller flere længere sammenhængende perioder.

I brev af 8. maj 2012 oplyser du, at der mangler i alt 74 efteruddannelses timer. Endvidere oplyser du, at du har været sygemeldt ca. 1 uge af gangen med jævne mellemrum i løbet af årene 2009 og 2010 samt at du i 2011 var sygemeldt i en sammenhængende periode på ca. 3 måneder. Du fremfører, at du via lovlæsning og nyhedsbreve har holdt dig opdateret på faglige områder.

Da du har haft en sammenhængende sygdomsperiode på ca. 3 måneder, er du berettiget til reduktion af efteruddannelsen efter § 15 i efteruddannelsesbekendtgørelsen [Bekendtgørelse nr. 1289 af 12. december 2008] på 7 timer, såfremt fraværet kan dokumenteres. Du mangler dermed at gennemføre 67 af 120 lovpligtige efteruddannelses timer.

I henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, jf. revisorlovens [Lov nr. 468 af 17. juni 2008] § 8, stk. 3, har Erhvervsstyrelsen mulighed

for at give frist, hvis en revisor mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer.

Da du således mangler mere end 40 timers efteruddannelse, kan styrelsen derfor ikke give dig frist til at gennemføre den manglende efteruddannelse.
...”

I klageskrivelse af 28. august 2012 har K anført:

” ...

Indledningsvis vil jeg anføre, at der er i afgørelsen ikke er taget hensyn til at jeg delvist (på halv tid) har måttet gå på arbejde (som eneste registrerede revisor i virksomheden, der kunne godkende og udarbejde de mange årsrapporter for 2010 for vore kunder). En frygtelig periode i mit liv hvor jeg af pligt overfor både kunder og ansatte var nødsaget at tage på arbejde, desuagtet at jeg ikke magtede det. Hvis ikke jeg havde haft den forpligtelse overfor mine kunder og ansatte, ville jeg have været sygemeldt på fuld tid frem til 1. januar 2012. Indirekte kan man omregne fraværperioden fra februar 2011 til januar 2012 samt det ”pletvise” fravær i 2009 og 2010 (se kopi af vores brev af 8/5-2012 til Erhvervsstyrelsen), svarende til at reduktionen vil medføre at de manglende timer kommer under de 40 timer som der kan dispenseres for. Til Deres orientering udtalte overlægen på Hamlet på et tidspunkt, at jeg slet ikke burde gå på arbejde mere.

Det var således også umuligt for mig at deltage i de kurser som blev afholdt i udlandet i slutningen af 2011 med store godskrevne timeantal til følge, som jeg er bekendt med at flere kolleger tog af sted på, for at nå at opfylde efteruddannelseskraevet.

Med afgørelsen om reduktionen af efteruddannelsestimerne på kun 7 timer føler jeg, at jeg (og A ApS) straffes unødvendigt hårdt for faktisk at udføre det arbejde diverse selskaber har valgt vores virksomhed til at udføre. Jeg har været i branchen i næsten 40 år, de sidste 30 år som registreret revisor. Siden 2002 har jeg videreført virksomheden som eneste registrerede revisor efter vores gamle chef afgik ved døden i 2001, og har holdt mig ajour med relevante love og kurser for vore mange små hovedaktionær-selskaber (udelukkende regnskabsklasse B).

Da jeg er eneste registrerede revisor i vores firma, har en fratagelse af min godkendelse næsten uoverskuelige konsekvenser. Ikke kun for mig personligt men i særdeleshed for virksomhedens videre drift, herunder det ansatte personale, idet op mod 1/4-del af vores omsætning relaterer sig til små hovedaktionær-selskaber.

På baggrund af tidligere indsendte redegørelse vedrørende mit sygdomsforløb og med baggrund i ovenstående samt vedlagte dokumentation for mit fravær, anmoder jeg om at der gives dispensation, og at der fastsættes en ny frist for opfyldelse af de manglende efteruddannelsestimer.

Til ankenævnets orientering har jeg indtil videre i år deltaget i kompetencegivende kurser som udgør 14,5 timers efteruddannelse og skal endvidere på kursus 6/9-2012 (7 timer) samt 5-8/11-2012 (40 timer).
...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 8. november 2012 udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog i brev af 27. marts 2012 registreret revisor Ks anmodning om dispensation for manglende efteruddannelse i perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011.

I brev af 16. april 2012 anmoder Erhvervsstyrelsen om at få oplyst, hvor mange efteruddannelses timer K mangler at gennemføre samt, om der har været tale om sygdom i flere længerevarende perioder.

I brev af 8. maj 2012 oplyses det, at registreret revisor K mangler at afholde 74 efteruddannelses timer. Dette antal reduceres til 67 efteruddannelses timer, idet registreret revisor K kan dokumentere, at have været syg i ca. 3 sammenhængende måneder, hvilket giver en reduktion på 7 timer, jf. efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15. Registreret revisor Ks dispensationsansøgning omfatter således manglende afholdelse af 67 efteruddannelses timer.

Registreret revisor K begrundet anmodningen med, at hun i anden halvdel af 2009 og stort set hele 2010 var sygemeldt ca. 1 uge af gangen med jævne mellemrum. I februar 2011 fik K konstateret en alvorlig sygdom, og var herefter sygemeldt i ca. 3 måneder. I resten af 2011 blev arbejdet genoptaget delvist, og pr. 1. januar 2012 raskmeldes hun på nedsat tid.

Registreret revisor K oplyser, at hun fra 2012 og fremover forventer at kunne opfylde kravene til efteruddannelse.

Erhvervsstyrelsens afslag på dispensation for afholdelse af manglende efteruddannelses timer i løbet af 2012

Erhvervsstyrelsen gav i brev af 1. august 2012 registreret revisor K afslag på dispensation for afholdelse af manglende efteruddannelses timer, efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, jf. revisorlovens [Lov nr. 468 af 17. juni 2008 om godkendte revisor og revisionsvirksomheder (revisorloven)] § 8, stk. 3. Registreret revisor K manglede således at afholde mere end 40 timer af de lovpligtige 120 timers efteruddannelse.

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af revisorlovens § 4, stk. 1, at en revisor, der er godkendt efter revisorlovens § 3, har pligt til at deltage i et passende efteruddannelsesprogram, der sikrer, at den pågældende til stadighed vedligeholder sin teoretiske viden, sine faglige kvalifikationer og sin viden om kravene til offentlighedens tillidsrepræsentant på et tilstrækkeligt højt niveau.

Det følger af lovbemærkningerne til revisorlovens § 4, at efteruddannelsen vil blive et væsentligt element til sikringen af, at godkendte revisorer igennem hele deres virke vedligeholder og eventuelt udbygger de kompetencer, som de har opnået gennem deres teoretiske og praktiske uddannelsesforløb. Formålet er at sikre, at den høje kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Det fremgår endvidere af lovbemærkningerne til revisorlovens § 4, at 8. direktiv endvidere stiller krav om, at der kan pålægges passende sanktioner for manglende overholdelse af kravet om efteruddannelse.

I henhold til 8. direktivs artikel 30, stk. 3, skal medlemsstaterne sørge for, at foranstaltninger og sanktioner over for revisorer og revisionsfirmaer offentliggøres på passende vis. Blandt sanktionerne skal der indgå mulighed for fratagelse af godkendelse.

Ifølge revisorlovens § 4, stk. 2, fastsætter Erhvervsstyrelsen nærmere regler om efteruddannelse og om kontrol heraf.

Det fremgår af revisorlovens § 8, stk. 2, nr. 2, at Erhvervsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis revisor ikke opfylder kravene i revisorlovens § 4 til efteruddannelse, jf. dog revisorlovens § 8, stk. 3.

Det fremgår af revisorlovens § 8, stk. 3, at Erhvervsstyrelsen, hvor revisor alene mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, kan fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde de krav til efteruddannelsen, der er fastsat i medfør af revisorlovens § 4, stk. 2.

Endvidere fremgår det af lovbemærkningerne til revisorlovens § 8, at det alene er revisorer, der mangler at opfylde en mindre del af efteruddannelseskravene, der vil kunne opnå en sådan frist. Som udgangspunkt vil der ved en mindre del skulle forstås 1/3 eller mindre af efteruddannelsen.

For at opfylde kravene til efteruddannelse skal revisor inden for en periode på 3 år deltage i mindst 120 timers efteruddannelse, jf. efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1. Den første 3-årige periode løber fra den 1. januar 2009.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 1, at er revisor fraværende fra sin stilling – og skyldes dette ikke deponering, bortfald, fratagelse eller frakendelse – i en periode på 2 mdr. eller derover, reduceres efteruddannelsens omfang på 120 timer i overensstemmelse med stk. 2. Revisor skal som betingelse for reduktionen kunne dokumentere lovligt forfald, f.eks. uarbejdsdygtighed fra den pågældende stilling på grund af sygdom eller barselsorlov.

Det følger af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 2, at kravet om 120 timers efteruddannelse i § 2, stk. 1, reduceres de i stk. 1 nævnte tilfælde med 7 timer pr. 2 måneders fravær fra stillingen.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, at mangler en revisor ved udgangen af den i efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2,

stk. 1, nævnte 3-årige periode at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer, kan Erhvervsstyrelsen fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal gennemføre den manglende efteruddannelse.

Endvidere fremgår det af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 3, at opfylder revisor ikke kravet for efteruddannelse inden for den i medfør af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, givne frist, kan Erhvervsstyrelsen fratage revisor godkendelsen, jf. revisorlovens § 8, stk. 2, nr. 2.

Styrelsens udtalelse

Erhvervsstyrelsen fastholder sit afslag på at give registreret revisor K en frist til at gennemføre sin resterende del af sin efteruddannelse.

Registreret revisor K mangler at gennemføre 67 timer for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011. I henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, jf. revisorlovens § 8, stk. 3, kan Erhvervsstyrelsen give en frist til at gennemføre den manglende efteruddannelse, hvis den godkendte revisor mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer.

Idet registreret revisor K mangler flere end 40 efteruddannelsestimer for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011, kan hun ikke få en dispensation med frist til at gennemføre den resterende del af efteruddannelsen.

Formålet med at pålægge godkendte revisorer et efteruddannelsesforløb på 120 timer over en 3-årig periode er at sikre, at en høj kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Formålet med at give den godkendte revisor 3 år til at gennemføre de 120 timers efteruddannelse er at sikre, at den godkendte revisor kan varetage sit hverv og arbejde samtidig med, at han gennemfører uddannelsesforløbet.

Da registreret revisor K mangler 67 timers efteruddannelse, er hun derfor ikke berettiget til at få frist i henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18.

Vedrørende muligheden for at få reduceret antallet af efteruddannelses-timer efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15

Registreret revisor K oplyser, at hun har haft en sammenhængende sygdomsperiode på ca. 3 måneder, hvilket har reduceret de manglende efteruddannelsestimer fra 74 til 67 timer, jf. efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 1, og styrelsens brev af 1. august 2012.”

I skrivelse af 12. december 2012 har K yderligere anført:

” ...

Jeg mener man bør tage dispensationen i forhold til efteruddannelsestimer op til revurdering.

Sagen er, at jeg faktisk burde have været sygemeldt længe før det egentlig skete, og at jeg ifølge den medicinske overlæge på Hamlet også skulle have været sygemeldt meget længere efter den delvise genoptagelse af mit arbejde, (han mente faktisk ikke, at jeg nogensinde skulle på arbejde igen) hvilket havde betydet, at jeg var kommet under de manglende accepterede 40 timer af efteruddannelsen.

Jeg blev raskmeldt pr. 1. januar 2012, og dette var endda til stor overraskelse for den kontaktperson, jeg var tilknyttet på sygedagpengekontoet.

At jeg overhovedet har været på arbejde, skyldes kun, at jeg føler et så stort ansvar for firmaet, hvor jeg er daglig leder, samt ansvarsfølelse overfor mine 4 ansatte, samt vores kunder. Så det har været en kamp, som så har kostet på hjemmefronten, hvor jeg absolut intet har været værd. Men jeg var jo af den formodning, at det i sidste ende ville komme mig og firmaet til gode, at jeg forsøgte at lægge den smule energi jeg havde der. Jeg kan nu se, at jeg meget tidligere skulle have søgt denne dispensation, så jeg kunne have handlet anderledes.

Vi har jo stadig fulgt med i nye regler og forordninger, så vi har ikke følt os bagud, selvom vi netop i denne første periode har været ramt af min sygdom, hvilket jeg naturligvis er meget ked af, da jeg rent faktisk ellers aldrig i min karriere (39 år) har haft ret mange sygedage.

Jeg er nu på nedsat tid, da jeg stadig ikke magter at arbejde fuld tid, men på trods af dette, har jeg i 2012 været på kurser i 61½ time.

Nu står vi i en næsten uløselig situation, trods et ellers velfungerende firma med tilfredse kunder, som vi grundet manglende dispensation i stor udstrækning ikke vil kunne betjene mere.”

Ankenævnet udtaler:

En revisor, der er godkendt efter revisorlovens § 3, har i henhold til revisorlovens § 4, stk. 1, pligt til at deltage i et passende efteruddannelsesprogram, der sikrer, at den pågældende til stadighed vedligeholder sin teoretiske viden, sine faglige kvalifikationer og sin viden om kravene til offentlighedens tillidsrepræsentant på et tilstrækkelig højt niveau.

Af lovbemærkningerne (L 120 af 27. marts 2008) til § 4 fremgår:

”Efter lovforslagets § 4, stk. 1, er det en betingelse for at opretholde sin godkendelse som revisor, at revisor til enhver tid opfylder de fastsatte krav til efteruddannelse. Den gældende lov indeholder ikke regler med krav til revisor om efteruddannelse. De foreslåede ændringer er en følge af artikel 13 i det nye 8. direktiv. Artiklen stiller krav om, at medlemssta-

terne sikrer, at revisorer deltager i et passende vedvarende uddannelsesprogram, så de kan bevare deres teoretiske viden, faglige kvalifikationer og værdier på et tilstrækkeligt højt niveau. Efteruddannelsen vil således blive et væsentligt element til sikringen af, at godkendte revisorer igen hele deres virke vedligeholder og eventuelt udbygger de kompetencer, som de har opnået gennem deres teoretiske og praktiske uddannelsesforløb. Formålet er at sikre, at den høje kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Direktivet stiller endvidere krav om, at der kan pålægges passende sanktioner for manglende overholdelse af kravet til efteruddannelse. Da efteruddannelsen, som nævnt, er af væsentlig betydning for revisors kompetence, kan passende sanktioner i henhold til direktivets artikel 30 i sidste instans blive frakendelse af godkendelsen.

...”

Det fremgår af lovens § 8, stk. 2, nr. 2, at Erhvervsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis revisor ikke opfylder kravene i § 4 til efteruddannelse.

Efter § 8, stk. 3, kan Erhvervsstyrelsen, hvor revisor alene mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde de krav til efteruddannelsen, der er fastsat i medfør af § 4, stk. 2.

Af lovbemærkningerne (L 120 af 27. marts 2008) til § 8 fremgår:

”...

Det foreslåede stk. 2, nr. 2, indeholder konsekvenserne af manglende efteruddannelse, idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis denne ikke opfylder efteruddannelseskravene i forslaget § 4. Herved bliver sanktionen direktivkonform. Direktivet fastsætter således, at fratagelse af godkendelse skal være en mulig sanktion for manglende opfyldelse af efteruddannelseskravet. Sanktionen understreger tillige den betydning, som efteruddannelsen tillægges. Bestemmelsen skal dog ses i sammenhæng med bestemmelsen i stk. 3, hvis revisor kun mangler en mindre del af sin efteruddannelse. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse om fratagelse vil kunne indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. § 51.

Stk. 3 modificerer udgangspunktet i stk. 2, nr. 2, hvorefter godkendelsen kan fratages, hvis efteruddannelseskravet ikke er opfyldt. Med inspiration i de norske regler om revisorers efteruddannelse, foreslås det, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal kunne give en revisor, der ikke fuldt ud opfylder kravene til efteruddannelse, en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde kravene. Fristen bør have en sådan længde, at revisor inden for fristen vil kunne gennemføre den manglende efteruddannelse, uden at denne skal tages på fuld tid. Ideen med fristen er netop, at revisor skal kunne varetage sit hverv, mens revisor følger op på den manglende

efteruddannelse. Hvis revisor ikke opfylder kravene inden for den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen givne frist, fratages godkendelsen, jf. stk. 2, nr. 2. Det er alene revisorer, der mangler at opfylde en mindre del af efteruddannelseskravene, der vil kunne opnå en sådan frist. Som udgangspunkt vil der ved en mindre del skulle forstås 1/3 eller mindre af efteruddannelsen.”

I medfør af § 4, stk. 2, har Erhvervsstyrelsen i bekendtgørelse nr. 1289 af 12. december 2008 (efteruddannelsesbekendtgørelsen) fastsat regler om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer.

Ifølge efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, skal revisor for at opfylde kravene til efteruddannelse inden for en periode på tre år deltage i mindst 120 timers efteruddannelse. Den første periode løber fra 1. januar 2009.

Efter bekendtgørelsens § 18, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen i forhold til en revisor, der ved udgangen af den i § 2, stk. 1, nævnte treårsperiode mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer, fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal gennemføre den manglende efteruddannelse. Opfylder revisor ikke kravet for efteruddannelse inden for den fastsatte frist kan Erhvervsstyrelsen efter bekendtgørelsens § 18, stk. 3, fratage revisor godkendelsen.

K manglede ved udgangen af den i efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nævnte tre-årsperiode at gennemføre 74 timers efteruddannelse. Hun har fremlagt dokumentation for en sammenhængende sygdomsperiode på omkring 3 måneder i 2011, hvorfor efteruddannelseskravet skal reduceres i medfør af bekendtgørelsens § 15, stk. 2, hvorefter der sker reduktion med 7 timer pr. to måneders fravær fra stillingen. Klagers oplysninger om, at hun burde have været sygemeldt langt tidligere og om, at sygemeldingen burde have haft en længere varighed efter den delvise genoptagelse af arbejdet, findes ikke efter bekendtgørelsens § 15 eller på andet grundlag at kunne føre til en yderligere reduktion af bekendtgørelsens krav til omfanget af efteruddannelse.

K manglede ved udgangen af den i § 2, stk. 1, nævnte treårsperiode herefter at gennemføre mere end de i § 18, stk. 1, fastsatte maksimale 40 timers efteruddannelse, hvorfor ankenævnet tiltræder, at Erhvervsstyrelsen ikke har meddelt en frist

til gennemførelse af den manglende efteruddannelse, jf. bekendtgørelsens § 18, stk. 1.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 1. august 2012.

38) Kendelse af 26. juni 2013 (J.nr. 2012-0027402)

Ikke grundlag for reduktion af omfanget for revisorerers efteruddannelse. Revisorlovens § 3, § 4 og § 8, stk. 2, nr. 2, samt bekendtgørelse nr. 1289 af 12. december 2008 om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer.
(Lise Høgh, Lars Holtug og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 19. april 2012 har K klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 26. marts 2012 har afslået en ansøgning om dispensation for manglende efteruddannelse.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 13. juni 2012 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog den 3. januar 2012 en henvendelse fra K med anmodning om dispensation om afholdelse af de resterende efteruddannelses timer i løbet af 2012.

I henvendelsen oplyses det, at ... [registreret revisor] K manglede at afholde 45,50 efteruddannelses timer. Registreret revisor K oplyste, at baggrunden for, at hun ikke havde afholdt de resterende efteruddannelses timer var, at hun den 1. august 2011 henvendte sig til sin læge med smerter i foden, hvorved hun dårligt kunne gå. Hun fik derpå smertestillende medicin samt en henvendelse til speciallæge. I december 2011 fik hun konstateret betændelse i hulfodssenen, som hun efterfølgende er kommet i behandling for.

Erhvervsstyrelsen oplyste i brev af 21. februar 2012 til registreret revisor K, at styrelsen kun kunne give dispensation for op til 40 efteruddannelses timer, jf. efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18. Styrelsen opfordrede dog samtidig registreret revisor K om at dokumentere, hvorvidt ... [hun] var berettiget til at få en reduktion i antallet af efteruddannelses timer efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15.

Registreret revisor K fremlagde dokumentation for sit sygdomsforløb i brev af 9. marts 2012 sammen med en dokumentation for et kursus, hun var tilmeldt i efteråret 2011, men som efterfølgende blev aflyst.

Erhvervsstyrelsen sendte derpå et brev, hvori registreret revisor K blev anmodet om at indsende dokumentation for de perioder, hvor hun var fraværende fra sin stilling som registreret revisor.

Registreret revisor K fremsendte den 19. marts 2012 en liste over hendes sygdomsperiode i løbet af 2011 sammen med en udtalelse fra hendes læge.

Erhvervsstyrelsens afslag på dispensation for afholdelse af manglende efteruddannelsestimer i løbet af 2012

Erhvervsstyrelsen gav i brev af 26. marts 2012 registreret revisor K afslag på dispensation for afholdelse af manglende efteruddannelsestimer i løbet af 2012, efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, jf. revisorlovens [Lov nr. 468 af 17. juni 2008 om godkendte revisor og revisionsvirksomheder (revisorloven).] § 8, stk. 3. Registreret revisor K manglede således at afholde mere end 40 timer.

Erhvervsstyrelsen konstaterede samtidig, at selvom hun havde en sygdomsperiode på over 2 måneder, hvor hun kunne have været berettiget til at få en reduktion i antallet af efteruddannelsestimer, så har registreret revisor K i samme periode afgivet erklæringer med sikkerhed på mindst ét regnskab. Registreret revisor K har derfor ikke været fraværende fra sit arbejde i den pågældende periode og er derfor ikke berettiget til at få en reduktion i antallet af efteruddannelsestimer.”

K har ved skrivelse af 19. april 2012 klaget over afgørelsen.

I førnævnte redegørelse af 26. juni 2012 har Erhvervsstyrelsen yderligere udtalt:

”Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af revisorlovens § 4, stk. 1, at en revisor, der er godkendt efter revisorlovens § 3, har pligt til at deltage i et passende efteruddannelsesprogram, der sikrer, at den pågældende til stadighed vedligeholder sin teoretiske viden, sine faglige kvalifikationer og sin viden om kravene til offentlighedens tillidsrepræsentant på et tilstrækkeligt højt niveau.

Det fremgår af lovbemærkningerne til revisorlovens § 4, at efteruddannelsen vil blive et væsentligt element til sikringen af, at godkendte revisorer igennem hele deres virke vedligeholder og eventuelt udbygger de kompetencer, som de har opnået gennem deres teoretiske og praktiske uddannelsesforløb. Formålet er at sikre, at den høje kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Det fremgår endvidere af lovbemærkningerne til revisorlovens § 4, at 8. direktiv endvidere stiller krav om, at der kan pålægges passende sanktioner for manglende overholdelse af kravet om efteruddannelse.

8. direktiv stiller endvidere krav om, at der kan fastsættes passende sanktioner for manglende overholdelse af kravet til efteruddannelse.

I henhold til 8. direktivs artikel 30, stk. 3, skal medlemsstaterne sørge for, at foranstaltninger og sanktioner over for revisorer og revisionsfirmaer offentliggøres på passende vis. Blandt sanktionerne skal der indgå mulighed for fratagelse af godkendelse.

Det fremgår af revisorlovens § 4, stk. 2, at Erhvervsstyrelsen fastsætter nærmere regler om efteruddannelse og om kontrol heraf.

Det fremgår af revisorlovens § 8, stk. 2, nr. 2, at Erhvervsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis revisor ikke opfylder kravene i revisorlovens § 4 til efteruddannelse, jf. dog revisorlovens § 8, stk. 3.

Det fremgår af revisorlovens § 8, stk. 3, at Erhvervsstyrelsen, hvor revisor alene mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, kan fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde de krav til efteruddannelsen, der er fastsat i medfør af revisorlovens § 4, stk. 2.

Det fremgår af lovbemærkningerne til revisorlovens § 8, at det er alene revisorer, der mangler at opfylde en mindre del af efteruddannelseskravene, der vil kunne opnå en sådan frist. Som udgangspunkt vil der ved en mindre del skulle forstås 1/3 eller mindre af efteruddannelsen.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, at for at opfylde kravene til efteruddannelse skal revisor inden for en periode på tre år deltage i mindst 120 timers efteruddannelse. Den første tre-års periode løber fra den 1. januar 2009.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 1, at er revisor fraværende fra sin stilling – og skyldes dette ikke deponering, bortfald, fratagelse eller frakendelse – i en periode på 2 mdr. eller derover, reduceres efteruddannelsens omfang på 120 timer i overensstemmelse med stk. 2. Revisor skal som betingelse for reduktionen kunne dokumentere lovligt forfald, f.eks. uarbejdsdygtighed fra den pågældende stilling på grund af sygdom eller barselsorlov.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 2, at kravet om 120 timers efteruddannelse i § 2, stk. 1, reduceres i de i stk. 1 nævnte tilfælde med 7 timer pr. 2 måneders fravær fra stillingen.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, at mangler en revisor ved udgangen af den i efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nævnte tre-års-periode at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer, kan Erhvervsstyrelsen fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal gennemføre den manglende efteruddannelse.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 3, at opfylder revisor ikke kravet for efteruddannelse inden for den i medfør af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, givne frist, kan Erhvervsstyrelsen fratage revisor godkendelsen, jf. revisorlovens § 8, stk. 2, nr. 2.

Styrelsens udtalelse

Erhvervsstyrelsen fastholder sit afslag på at give registreret revisor K en frist til at gennemføre sin resterende del af sin efteruddannelse.

Registreret revisor K mangler at gennemføre 45,50 timer for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011. I henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, jf. revisorlovens § 8, stk. 3, kan Erhvervsstyrelsen give en frist til at gennemføre den manglende efteruddannelse, hvis den godkendte revisor mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer.

Idet ... [registreret revisor K] mangler flere end 40 efteruddannelses timer for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011, kan hun ikke få en dispensation med frist til at gennemføre den resterende del af efteruddannelsen for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011.

Formålet med at pålægge godkendte revisorer et efteruddannelsesforløb på 120 timer over en tre-årig periode er at sikre, at en høj kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Formålet med at give den godkendte revisor tre år til at gennemføre de 120 timers efteruddannelse er at sikre, at den godkendte revisor kan varetage sit hverv og arbejde samtidig med, at hun gennemfører uddannelsesforløbet.

Registreret revisor K mangler derfor 45,50 timers efteruddannelse og er derfor ikke berettiget til at få frist i henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18.

Vedrørende muligheden for at få reduceret antallet af efteruddannelses timer efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15

Registreret revisor K har i brev af 19. marts fremsendt en liste over hendes sygdomsperiode i løbet af 2011. Af listen fremgår, at hun har haft én sygdomsperiode på over 2 måneder i løbet af 2011.

Registreret revisor K har ikke fremlagt anden dokumentation for, at hun i løbet af 2011 har været uarbejdsdygtig, bl.a. i form af lægeerklæringer eller dokumenteret kompensation for tabt arbejdsfortjeneste.

Erhvervsstyrelsen har imidlertid konstateret, at registreret revisor K i samme periode har afgivet erklæring med sikkerhed på mindst ét årsregnskab, og hun har derfor ikke været fraværende fra sit arbejde i den pågældende periode.

Registreret revisor K opfylder derfor ikke betingelserne for at få en reduktion i antallet af efteruddannelses timer, jf. efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 1, og styrelsens brev af 26. marts 2012.

...”

I skrivelse af 23. juli 2012 har K anført:

” ...

Erhvervsstyrelsen har konstateret at jeg har afgivet erklæringer med sikkerhed på mindst et regnskab, hvorfor jeg ikke har været fraværende fra mit arbejde.

Det er rigtigt at jeg har afgivet erklæringer på 2 regnskaber. Regnskaberne har samme ejerkreds, ligesom de har samme regnskabschef. Begge regnskaber har regnskabsår 30. juni.

Revisionen af regnskaberne har været foretaget som løbende revision (inden regnskabsårets afslutning), samt som status revision som blev foretaget i juli og august 2011. Det vil sige at det eneste der mangler for at færdiggøre regnskaberne er opstilling. Dette arbejde er normalt beregnet til en tidsramme på ca. 4 timer.

Erklæringerne er dateret efter hvornår regnskaberne er opstillet og endeligt færdigt og ikke efter hvornår arbejdet er udført.

Jeg vil vove den påstand at selv revisorerne for Mærsk ikke har lavet alt arbejdet den dag de underskriver erklæringer.

Erhvervsstyrelsen fremkommer yderligere med bemærkning om at der ingen dokumentation er for tabt arbejdsfortjeneste. Jeg er i lovens forstand det der bliver kaldt selvstændig erhvervsdrivende. Det vil sige ingen arbejdsgiver. Når man ingen arbejdsgiver har, er det umuligt at få sygedagpenge. Man kan så tegne en frivillig sygeforsikring, men for at tegne den skal man være rask.

...”

Ankenævnet udtaler:

En revisor, der er godkendt efter revisorlovens § 3 har i henhold til revisorlovens § 4, stk. 1, pligt til at deltage i et passende efteruddannelsesprogram, der sikrer, at den pågældende til stadighed vedligeholder sin teoretiske viden, sine faglige kvalifikationer og sin viden om kravene til offentlighedens tillidsrepræsentant på et tilstrækkelig højt niveau.

Af lovbemærkningerne (L 120 af 27. marts 2008) til § 4 fremgår blandt andet:

”Efter lovforslagets § 4, stk. 1, er det en betingelse for at opretholde sin godkendelse som revisor, at revisor til enhver tid opfylder de fastsatte krav til efteruddannelse. Den gældende lov indeholder ikke regler med krav til revisor om efteruddannelse. De foreslåede ændringer er en følge af artikel 13 i det nye 8. direktiv. Artiklen stiller krav om, at medlemsstaterne sikrer, at revisorer deltager i et passende vedvarende uddannelsesprogram, så de kan bevare deres teoretiske viden, faglige kvalifikationer og værdier på et tilstrækkeligt højt niveau. Efteruddannelsen vil således blive et væsentligt element til sikringen af, at godkendte revisorer igennem hele deres virke vedligeholder og eventuelt udbygger de kompetencer, som de har opnået gennem deres teoretiske og praktiske uddannel-

sesforløb. Formålet er at sikre, at den høje kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Direktivet stiller endvidere krav om, at der kan pålægges passende sanktioner for manglende overholdelse af kravet til efteruddannelse. Da efteruddannelsen, som nævnt, er af væsentlig betydning for revisors kompetence, kan passende sanktioner i henhold til direktivets artikel 30 i sidste instans blive fratagelse af godkendelsen.”

Det fremgår af lovens § 8, stk. 2, nr. 2, at Erhvervsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis revisor ikke opfylder kravene i § 4 til efteruddannelse.

Efter § 8, stk. 3, kan Erhvervsstyrelsen, hvor revisor alene mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde de krav til efteruddannelsen, der er fastsat i medfør af § 4, stk. 2.

Af lovbemærkningerne (L 120 af 27. marts 2008) til § 8 fremgår blandt andet:

”Det foreslåede stk. 2, nr. 2, indeholder konsekvenserne af manglende efteruddannelse, idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis denne ikke opfylder efteruddannelseskravene i forslaget § 4. Herved bliver sanktionen direktivkonform. Direktivet fastsætter således, at fratagelse af godkendelse skal være en mulig sanktion for manglende opfyldelse af efteruddannelseskravet. Sanktionen understreger tillige den betydning, som efteruddannelsen tillægges. Bestemmelsen skal dog ses i sammenhæng med bestemmelsen i stk. 3, hvis revisor kun mangler en mindre del af sin efteruddannelse. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse om fratagelse vil kunne indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. § 51.

Stk. 3 modificerer udgangspunktet i stk. 2, nr. 2, hvorefter godkendelsen kan fratages, hvis efteruddannelseskravet ikke er opfyldt. Med inspiration i de norske regler om revisorerers efteruddannelse, foreslås det, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal kunne give en revisor, der ikke fuldt ud opfylder kravene til efteruddannelse, en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde kravene. Fristen bør have en sådan længde, at revisor inden for fristen vil kunne gennemføre den manglende efteruddannelse, uden at denne skal tages på fuld tid. Ideen med fristen er netop, at revisor skal kunne varetage sit hverv, mens revisor følger op på den manglende efteruddannelse. Hvis revisor ikke opfylder kravene inden for den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen givne frist, fratages godkendelsen, jf. stk. 2, nr. 2. Det er alene revisorer, der mangler at opfylde en mindre del af efteruddannelseskravene, der vil kunne opnå en sådan frist. Som udgangspunkt vil der ved en mindre del skulle forstås 1/3 eller mindre af efteruddannelsen.”

I medfør af § 4, stk. 2, har Erhvervsstyrelsen i bekendtgørelse nr. 1289 af 12. december 2008 (efteruddannelsesbekendtgørelsen) fastsat regler om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer.

Ifølge efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, skal revisor for at opfylde kravene til efteruddannelse inden for en periode på tre år deltage i mindst 120 timers efteruddannelse. Den første periode løber fra 1. januar 2009.

Efter bekendtgørelsens § 18, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen i forhold til en revisor, der ved udgangen af den i § 2, stk. 1, nævnte treårsperiode mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer, fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal gennemføre den manglende efteruddannelse. Opfylder revisor ikke kravet for efteruddannelse inden for den fastsatte frist kan Erhvervsstyrelsen efter bekendtgørelsens § 18, stk. 3, fratage revisor godkendelsen.

K mangler ved udgangen af den i § 2, stk. 1, nævnte tre-årsperiode at gennemføre 45,5 timers efteruddannelse. Hun har fremlagt liste over sygeperioder i 2011, hvoraf fremgår, at hun har haft én sygdomsperiode på over 2 måneder. Hun har ikke fremlagt anden dokumentation for, at hun i løbet af 2011 har været uarbejdsdygtig, f.eks. i form af lægeerklæringer. Hun har imidlertid afgivet erklæring på årsregnskab i samme periode, hvilket ikke er bestridt, og kan derfor ikke anses som have værende fraværende fra sin stilling i den pågældende periode. Efteruddannelsens omfang kan således ikke reduceres efter bekendtgørelsens § 15.

Ankenævnet kan herefter tiltræde, at Erhvervsstyrelsen ikke har meddelt K en frist til gennemførelse af den manglende efteruddannelse, jf. bekendtgørelsens § 18, stk. 1.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 26. marts 2012.

39) Kendelse af 23. juli 2013 (J.nr. 2012-0027348)

Ikke grundlag for reduktion af omfanget for revisorerers efteruddannelse. Revisorlovens § 3, § 4 og § 8, stk. 2, nr. 2, samt bekendtgørelse nr. 1289 af 12. december 2008 om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer.
(Lise Høgh, Lars Holtug og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 16. april 2012 har K klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 15. marts 2012 har afslået en ansøgning om dispensation for manglende efteruddannelse.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 13. juni 2012 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog i brev af 10. januar 2012 statsautoriseret revisor Ks anmodning om dispensation om afholdelse af de resterende efteruddannelsestimer i løbet af 2012.

I brevet oplyses det, at statsautoriseret revisor K manglede at afholde 71,50 efteruddannelsestimer. Dette antal blev reduceret til 45,50 efteruddannelsestimer i brev af 17. februar 2012, idet statsautoriseret revisor K ikke havde medtaget 26 efteruddannelsestimer afholdt i august 2009. Statsautoriseret revisor As dispensation omfatter således manglende afholdelse af 45,50 efteruddannelsestimer.

Statsautoriseret revisor K begrundede anmodningen med, at han oven på sin ægtefælles død i juni 2008 fik en depression, der strakte sig helt frem til begyndelsen af 2011. I samme periode afhændede han sin virksomhed til en anden revisionsvirksomhed.

Statsautoriseret revisor K fik imidlertid ingen lægeerklæring eller tilsvarende dokumentation for, at han led af depression i perioden.

Erhvervsstyrelsen oplyste i brev af 3. februar 2012 til statsautoriseret revisor K, at styrelsen kun kunne give dispensation for op til 40 efteruddannelsestimer, jf. efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18. Styrelsen opfordrede dog samtidig statsautoriseret revisor Kom at dokumentere, hvorvidt han var berettiget til at få en reduktion i antallet af efteruddannelsestimer efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15.

Statsautoriseret revisor K oplyste i brev af 28. februar 2012, at han var berettiget til en reduktion i antallet af efteruddannelsestimer efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15. Han kunne imidlertid ikke dokumentere dette.

Erhvervsstyrelsens afslag på dispensation for afholdelse af manglende efteruddannelsestimer i løbet af 2012

Erhvervsstyrelsen gav i brev af 15. marts 2012 statsautoriseret revisor K afslag på dispensation for afholdelse af manglende efteruddannelsestimer i løbet af 2012, efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, jf. revisorlovens [Lov nr. 468 af 17. juni 2008 om godkendte revisor og revisionsvirksomheder (revisorloven).] § 8, stk. 3. Statsautoriseret revisor K manglede således at afholde mere end 40 timer.”

I klageskrivelsen af 16. april 2012 har K anført:

”Ansøgning om dispensation for manglende efteruddannelse

Herved tillader jeg mig at indbringe afslag afgivet af Erhvervsstyrelsen i anledning af Erhvervsstyrelsens afslag på ansøgt dispensation for manglende efteruddannelse.

Baggrunden for min ansøgning baserer sig på min ægtefælles død i juni 2008. På grund af denne alvorlige begivenhed kunne jeg ikke gennemføre efteruddannelse i 2008 og 2009 og delvis i 2010. Jeg mangler således 45,5 timer, som jeg venligst anmoder om at afholde efterfølgende. Jeg står helt uforstående overfor, at sådanne begivenheder ikke kan give en dispensation, da man ikke er herre over sådanne hændelser.”

I førnævnte redegørelse af 13. juni 2012 har Erhvervsstyrelsen yderligere udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af revisorlovens § 4, stk. 1, at en revisor, der er godkendt efter revisorlovens § 3, har pligt til at deltage i et passende efteruddannelsesprogram, der sikrer, at den pågældende til stadighed vedligeholder sin teoretiske viden, sine faglige kvalifikationer og sin viden om kravene til offentlighedens tillidsrepræsentant på et tilstrækkeligt højt niveau.

Det fremgår af lovbemærkningerne til revisorlovens § 4, at efteruddannelsen vil blive et væsentligt element til sikringen af, at godkendte revisorer igennem hele deres virke vedligeholder og eventuelt udbygger de kompetencer, som de har opnået gennem deres teoretiske og praktiske uddannelsesforløb. Formålet er at sikre, at den høje kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Det fremgår endvidere af lovbemærkningerne til revisorlovens § 4, at 8. direktiv endvidere stiller krav om, at der kan pålægges passende sanktioner for manglende overholdelse af kravet om efteruddannelse.

8. direktiv stiller endvidere krav om, at der kan pålægges sanktioner for manglende overholdelse af kravet til efteruddannelse.

I henhold til 8. direktivs artikel 30, stk. 3, skal medlemsstaterne sørge for, at foranstaltninger og sanktioner over for revisorer og revisionsfirmaer offentliggøres på passende vis. Blandt sanktionerne skal der indgå mulighed for fratagelse af godkendelse.

Det fremgår af revisorlovens § 4, stk. 2, at Erhvervsstyrelsen fastsætter nærmere regler om efteruddannelse og om kontrol heraf.

Det fremgår af revisorlovens § 8, stk. 2, nr. 2, at Erhvervsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis revisor ikke opfylder kravene i revisorlovens § 4 til efteruddannelse, jf. dog revisorlovens § 8, stk. 3.

Det fremgår af revisorlovens § 8, stk. 3, at Erhvervsstyrelsen, hvor revisor alene mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, kan fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde de krav til efteruddannelsen, der er fastsat i medfør af revisorlovens § 4, stk. 2.

Det fremgår af lovbemærkningerne til revisorlovens § 8, at det er alene revisorer, der mangler at opfylde en mindre del af efteruddannelseskravene, der vil kunne opnå en sådan frist. Som udgangspunkt vil der ved en mindre del skulle forstås 1/3 eller mindre af efteruddannelsen.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, at for at opfylde kravene til efteruddannelse skal revisor inden for en periode på tre år deltage i mindst 120 timers efteruddannelse. Den første tre-års periode løber fra den 1. januar 2009.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 1, at er revisor fraværende fra sin stilling – og skyldes dette ikke deponering, bortfald, fratagelse eller frakendelse – i en periode på 2 mdr. eller derover, reduceres efteruddannelsens omfang på 120 timer i overensstemmelse med stk. 2. Revisor skal som betingelse for reduktionen kunne dokumentere lovligt forfald, f.eks. uarbejdsdygtighed fra den pågældende stilling på grund af sygdom eller barselsorlov.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 2, at kravet om 120 timers efteruddannelse i § 2, stk. 1, reduceres de i stk. 1 nævnte tilfælde med 7 timer pr. 2 måneders fravær fra stillingen.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, at mangler en revisor ved udgangen af den i efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nævnte treårs-periode at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer, kan Erhvervsstyrelsen fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal gennemføre den manglende efteruddannelse.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 3, at opfylder revisor ikke kravet for efteruddannelse inden for den i medfør af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, givne frist, kan Erhvervsstyrelsen fratage revisor godkendelsen, jf. revisorlovens § 8, stk. 2, nr. 2.

Styrelsens udtalelse

Erhvervsstyrelsen fastholder sit afslag på at give statsautoriseret revisor K en frist til at gennemføre sin resterende del af sin efteruddannelse.

Statsautoriseret revisor K mangler at gennemføre 45,50 timer for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011. I henhold til efteruddannelses-

bekendtgørelsens § 18, stk. 1, jf. revisorlovens § 8, stk. 3, kan Erhvervsstyrelsen give en frist til at gennemføre den manglende efteruddannelse, hvis den godkendte revisor mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer.

Idet statsautoriseret revisor K mangler flere end 40 efteruddannelses timer for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011, kan han ikke få en dispensation med frist til at gennemføre den resterende del af efteruddannelsen for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011.

Formålet med at pålægge godkendte revisorer et efteruddannelsesforløb på 120 timer over en tre-årig periode er at sikre, at en høj kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Formålet med at give den godkendte revisor tre år til at gennemføre de 120 timers efteruddannelse er at sikre, at den godkendte revisor kan varetage sit hverv og arbejde samtidig med, at han gennemfører uddannelsesforløbet.

Statsautoriseret revisor K mangler derfor 45,50 timers efteruddannelse og er derfor ikke berettiget til at få frist i henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18.

Vedrørende muligheden for at få reduceret antallet af efteruddannelses timer efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15

Statsautoriseret revisor K oplyser, at han fik en depression oven på sin ægtefælles død i juni 2008, og på denne baggrund kunne han ikke gennemføre efteruddannelse i 2008, 2009 og delvis i 2010. Statsautoriseret revisor K oplyser samtidig i brevet af 17. februar 2012, at han i august 2009 har afholdt en række efteruddannelses timer.

Erhvervsstyrelsen har anmodet om dokumentation for sygdomsforløbet, men det har statsautoriseret revisor K ikke dokumenteret, jf. brev af 28. februar 2012.

Statsautoriseret revisor K opfylder derfor ikke betingelserne for at få en reduktion i antallet af efteruddannelses timer, jf. efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 1, og styrelsens brev af 3. februar 2012.

...”

I skrivelse af 24. juli 2012 har K yderligere anført:

” ...

I Erhvervsstyrelsens skrivelse af 13. juni 2012 anføres, at jeg fik en depression. Dette er korrekt, men en helt naturlig del af livet, når ens ægtefælle går bort. Der er med andre ord ikke tale om noget lægeligt, men alene om noget menneskeligt.

For en god ordens skyld, skal jeg understrege, ligeledes med henvisning til Erhvervsstyrelsens skrivelse af 13. juni 2012, at jeg var tvunget til at afhænde min revisionsvirksomhed.

Afslutningsvis vil jeg ikke undlade at henlede opmærksomheden på, at jeg kun mangler 4,50 timer sammenholdt med de krav som Erhvervsstyrelsen anfører nemlig 40 timer for at nå dispensation.

Det finder jeg ikke rimeligt, situationen taget i betragtning.

Til orientering kan jeg oplyse, at jeg allerede nu har indgået bindende aftale om afholdelse af 21 timers efteruddannelse i september og oktober 2012.”

Ankenævnet udtaler:

En revisor, der er godkendt efter revisorlovens § 3 har i henhold til revisorlovens § 4, stk. 1, pligt til at deltage i et passende efteruddannelsesprogram, der sikrer, at den pågældende til stadighed vedligeholder sin teoretiske viden, sine faglige kvalifikationer og sin viden om kravene til offentlighedens tillidsrepræsentant på et tilstrækkelig højt niveau.

Af lovbemærkningerne (L 120 af 27. marts 2008) til § 4 fremgår blandt andet:

”Efter lovforslagets § 4, stk. 1, er det en betingelse for at opretholde sin godkendelse som revisor, at revisor til enhver tid opfylder de fastsatte krav til efteruddannelse. Den gældende lov indeholder ikke regler med krav til revisor om efteruddannelse. De foreslåede ændringer er en følge af artikel 13 i det nye 8. direktiv. Artiklen stiller krav om, at medlemsstaterne sikrer, at revisorer deltager i et passende vedvarende uddannelsesprogram, så de kan bevare deres teoretiske viden, faglige kvalifikationer og værdier på et tilstrækkeligt højt niveau. Efteruddannelsen vil således blive et væsentligt element til sikringen af, at godkendte revisorer igen hele deres virke vedligeholder og eventuelt udbygger de kompetencer, som de har opnået gennem deres teoretiske og praktiske uddannelsesforløb. Formålet er at sikre, at den høje kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Direktivet stiller endvidere krav om, at der kan pålægges passende sanktioner for manglende overholdelse af kravet til efteruddannelse. Da efteruddannelsen, som nævnt, er af væsentlig betydning for revisors kompetence, kan passende sanktioner i henhold til direktivets artikel 30 i sidste instans blive fratagelse af godkendelsen.”

Det fremgår af lovens § 8, stk. 2, nr. 2, at Erhvervsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis revisor ikke opfylder kravene i § 4 til efteruddannelse.

Efter § 8, stk. 3, kan Erhvervsstyrelsen, hvor revisor alene mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde de krav til efteruddannelsen, der er fastsat i medfør af § 4, stk. 2.

Af lovbemærkningerne (L 120 af 27. marts 2008) til § 8 fremgår blandt andet:

”Det foreslåede stk. 2, nr. 2, indeholder konsekvenserne af manglende efteruddannelse, idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis denne ikke opfylder efteruddannelseskravene i forslagets § 4. Herved bliver sanktionen direktivkonform. Direktivet fastsætter således, at fratagelse af godkendelse skal være en mulig sanktion for manglende opfyldelse af efteruddannelseskravet. Sanktionen understreger tillige den betydning, som efteruddannelsen tillægges. Bestemmelsen skal dog ses i sammenhæng med bestemmelsen i stk. 3, hvis revisor kun mangler en mindre del af sin efteruddannelse. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse om fratagelse vil kunne indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. § 51.

Stk. 3 modificerer udgangspunktet i stk. 2, nr. 2, hvorefter godkendelsen kan fratages, hvis efteruddannelseskravet ikke er opfyldt. Med inspiration i de norske regler om revisorers efteruddannelse, foreslås det, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal kunne give en revisor, der ikke fuldt ud opfylder kravene til efteruddannelse, en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde kravene. Fristen bør have en sådan længde, at revisor inden for fristen vil kunne gennemføre den manglende efteruddannelse, uden at denne skal tages på fuld tid. Ideen med fristen er netop, at revisor skal kunne varetage sit hverv, mens revisor følger op på den manglende efteruddannelse. Hvis revisor ikke opfylder kravene inden for den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen givne frist, fratages godkendelsen, jf. stk. 2, nr. 2. Det er alene revisorer, der mangler at opfylde en mindre del af efteruddannelseskravene, der vil kunne opnå en sådan frist. Som udgangspunkt vil der ved en mindre del skulle forstås 1/3 eller mindre af efteruddannelsen.”

I medfør af § 4, stk. 2, har Erhvervsstyrelsen i bekendtgørelse nr. 1289 af 12. december 2008 (efteruddannelsesbekendtgørelsen) fastsat regler om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer.

Ifølge efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, skal revisor for at opfylde kravene til efteruddannelse inden for en periode på tre år deltage i mindst 120 timers efteruddannelse. Den første periode løber fra 1. januar 2009.

Efter bekendtgørelsens § 18, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen i forhold til en revisor, der ved udgangen af den i § 2, stk. 1, nævnte treårs-periode mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer, fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal gennemføre den manglende efteruddannelse. Opfylder revisor ikke kravet for efteruddannelse inden for den fastsatte frist kan Erhvervsstyrelsen efter bekendtgørelsens § 18, stk. 3, fratage revisor godkendelsen.

K mangler ved udgangen af den i § 2, stk. 1, nævnte tre-årsperiode at gennemføre 45,5 timers efteruddannelse, hvorfor der ikke kan fastsættes en frist til gennemførelse af den manglende efteruddannelse, jf. bekendtgørelsens § 18, stk. 1.

Da K ikke har dokumenteret den anførte depression med fravær fra stillingen som følge kan der ikke ske reduktion af efteruddannelsens omfang efter bekendtgørelsens § 15, jf. således udtrykkeligt § 15, stk. 1, 2. pkt.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 15. marts 2012.

40) Kendelse af 19. november 2013 (J.nr. 2013-0034041)

Revisor ikke meddelt en frist til gennemførelse af den manglende efteruddannelse. Revisorlovens §§ 3 og 4, samt § 8, stk. 2, nr. 2, og § 8, stk. 3.
(Anders Hjulmand, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 9. marts 2013 har K klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 15. februar 2013 har fastholdt styrelsens afslag af 17. januar 2013 på hans ansøgning om dispensation for manglende efteruddannelse.

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

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 17. januar 2013 hedder det:

”Ansøgning om dispensation for manglende efteruddannelse

Erhvervsstyrelsen har modtaget din ansøgning om dispensation for manglende lovpligtig efteruddannelse. Du forklarer, at du havde et alvorligt uheld i 2008, der gik ud over din ryg og venstre arm, og derfor var

nød til at arbejde på nedsat tid i hele 2009. De kurser du var tilmeldt i 2009, måtte for en stor dels vedkommende melde afbud til p.g.a. sygdom, hvilket også gjorde sig gældende for 2011.

A [revisionselskab] har været udtrukket til Revisortilsynets kvalitetskontrol i 2012. I den forbindelse har kvalitetskontrollen gennemgået dokumentation for gennemført efteruddannelse i perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011. Kontrollanten har til Erhvervsstyrelsen oplyst, at der i alt kan godkendes 33 timers efteruddannelse for perioden – samtlige timer hører under kategorien Direkte og indirekte skatter.

Du oplyser, at du selv vurderer at have gennemført langt over de lovpligtige 120 timers efteruddannelse i form af vedligeholdelse af kvalitetsstyringssystem/kvalitetshåndbog, opdatering/udvikling af nye regnskabsmodeller/standarder efter årsregnskabsloven, undervisning af medarbejdere i nye love/standarder/skat/årsregnskab, udvikling og implementering af nye (arkiv) systemer, forståelse af nyhedsinformation til alle virksomhedens kunder med deraf følgende selvstudium af nye love, udvikling af XBRL løsninger samt ressource- og kompetencestyring.

Det kan oplyses, at al efteruddannelse skal foregå på masterniveau, kvalitetskontrollanten har vurderet, at det ovenfor nævnte ikke kan tælle med som efteruddannelse, og Erhvervsstyrelsen er enig i kvalitetskontrollantens vurdering.

Du oplyser endvidere, at det ville være rimeligt med et nedslag i efteruddannelses timerne på 42 timer, da du gennemsnitlig har været syg i 1 år.

Hertil skal bemærkes, at det kræves en sammenhængende sygdomsperiode på 2 måneder at opnå et nedslag på 7 timer, jf. § 15 i efteruddannelsesbekendtgørelsen [Bekendtgørelse nr. 1289 af 12. december 2008].

Da du tidligere har oplyst, at du har arbejdet helt eller delvist gennem hele perioden, vil der ikke kunne ske en reduktion af efteruddannelses timerne efter bekendtgørelsens § 15.

Du oplyser, at du i 2012 har gennemført en hel del efteruddannelses timer, og det fremgår af Revireg, at du har inddateret 138 efteruddannelses timer i perioden 1. januar 2012 – 31. december 2014. Disse timer kan imidlertid ikke tilbageføres til forgående efteruddannelsesperiode.

Da du således mangler mere end 40 timers efteruddannelse, kan styrelsen derfor ikke give dig frist til at gennemføre den manglende efteruddannelse.

...”

I skrivelse af 15. februar 2013 har Erhvervsstyrelsen meddelt K:

” ...

På baggrund af din telefoniske henvendelse, har Erhvervsstyrelsen gennemgået sagen igen.

Du har anmodet om, at få et nedslag på 42 timer, hvilket ikke kan imødekommes, jf. bekendtgørelse nr. 1289 af 12. december 2008 om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer § 18, efter hvilken Erhvervsstyrelsen har mulighed for at give frist, hvis en revisor mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer.

Da der ikke er kommet nye oplysninger i sagen, og da der ikke foreligger dokumentation for afholdt efteruddannelse på masterniveau, fastholder styrelsen sin afgørelse af 17. januar 2013.

...”

I klageskrivelsen af 9. marts 2013 har K anført:

”Vedrørende afslag på dispensation iht. bekendtgørelse om efteruddannelse af godkendte revisorer

Jeg skal hermed klage over følgende 5 forhold i en afgørelse truffet af Erhvervsstyrelsen om manglende efteruddannelse i henhold til Bekendtgørelse om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer (BEK):

- a) Nedslag i den krævede efteruddannelse som følge af sygdom
- b) Manglende godkendelse af efteruddannelse gennem internt udvalgsarbejde med primært 87 timer og sekundært 60 timer
- c) Styrelsens meget langmodige og manglende vilje til at hjælpe med svar på alle mine forespørgsler
- d) Manglende svar på spørgsmål vedrørende samme, således at klage til Ankenævnet på grund af klagefrist skal udarbejdes uden et svar fra Styrelsen på afgørende spørgsmål
- e) Styrelsens 1. afgørelse på baggrund af styrelsens usande og udokumenterede udlægning af min kvalitetskontrollants udsagn.

Indledningsvist anføres det at jeg fremsender den samlede korrespondance med Styrelsen, dels for ikke at skulle skrive det hele en gang mere, og dels for at Ankenævnet med det samme får adgang til alt relevant materiale som allerede er stillet til rådighed for Styrelsen.

Herudover klages der over punkterne a – e således:

a) nedslag i den krævede efteruddannelse som følge af sygdom.

I tillæg til det allerede overfor Styrelsen fremføres yderligere at jeg som nævnt ved et fald fra en stige brækkede ryggen og den ene hånd. Begge brud var meget komplicerede, således var 2 ryghvirvler komplet sammenmaste, og bruddet på hånden var yderligere kompliceret af, at der først blev opdaget et andet og mere alvorligt brud da jeg skulle hjemsendes fra hospitalet. Som følge af de komplicerede brud fik jeg forbud mod at køre bil de første 6 måneder.

Jeg har oprindeligt bedt Styrelsen om at jeg først skal starte min 3 årsperiode ved udgangen af 2009, idet jeg reelt har ligget brak i hele 2009 og kun med nød og næppe formåede at få alt afleveret til tiden, men da der

er tale om en ejerledet virksomhed med 1 registreret revisor med 3 ansatte, kunne jeg jo ikke sætte min virksomhed på "stand by" i det år. I henhold til BEK §stk. 4 er jeg herefter berettiget til et nedslag på 40 timer.

Dette afslog Styrelsen og jeg bad herefter om nedslag på grund af sygdom, hvor jeg ud fra et gennemsnitligt fravær har bedt om et nedslag på 42 timer. Dette har Styrelsen også afvist, idet de mener der skal være tale om en sammenhængende sygeperiode, uagtet at dette ikke fremgår af bekendtgørelsen, men kun af vejledningen. Da der er igen er tale om en ejerledet virksomhed er det rigtig svært at få en sammenhængende sygeperiode, og selv om jeg på papiret måske godt "kunne have lagt mig syg" ville situationen ikke være holdbar. Jeg synes selv min argumentation for et gennemsnitligt fravær er reelt, for ellers kan man lige så godt afskaffe BEK §15 for alle godkendte revisorer der driver en enkeltmandsvirksomhed, og det har vel ikke været meningen da loven blev indført.

Jeg skal igen fremføre at jeg i 2009/10 ikke vidste om min ryg ville kunne holde til et fortsat arbejde, og jeg ville kunne have gået på efterløn den 10/1 2011, hvilket jeg så valgte ikke at gøre.

Jeg skal derfor klage over Styrelsens fortolkning og bede Ankenævnet om som minimum at godkende et nedslag på 40 timer som følge af at jeg reelt først starter min periode i 2010.

b) Manglende godkendelse af efteruddannelse gennem internt udvalgsarbejde med primært 83 timer og sekundært 60 timer

Jeg skal klage over Styrelsens fortolkning af de omhandlede §§ 4; 7 og 10 i BEK.

Mine argumenter fremgår af alt det medsendte materiale, og skal ikke gentages her ud over at såfremt jeg havde udført det samme arbejde mens jeg var ansat i B A/S, er jeg ikke i tvivl om at det vil blive godkendt som internt fagteknisk udvalgsarbejde. Det at det nu sker i en enkeltmandsvirksomhed bør ikke medvirke til at det samme arbejde ikke kan godkendes.

Samtidig skal jeg igen gøre opmærksom på at jeg ikke har gjort brug af de købebaserede systemer som Revmentor, MS-Rev, Audcom/QWM og IT revisor. Som udgangspunkt mener jeg at disse systemer er for tunge at arbejde med i den kundegruppe jeg beskæftiger mig med. Principielt har jeg ingen klasse C kunder, kun klasse A og B. De største kunder er med 10-20 medarbejdere og en omsætning på max 50 mio kr.

Jeg har derfor udviklet mit helt eget Revisions/kvalitetsstyringssystem, som opfylder alle revisionsstandarder og som er godkendt af kvalitetskontrollanten.

Herudover har jeg udviklet mit eget rapporteringssystem med automatisk genererede regnskaber, der opfylder årsregnskabsloven og alle regnskabsstandarderne og som er godkendt af Kvalitetskontrollanten. Senest

har jeg videreudviklet regnskaberne til brug for indberetning i XBRL formatet.

I 2010 og 2011 har jeg udviklet mit eget elektroniske arkivsystem, med basis i Therefore fra Canon. Alene dette arbejde har taget mere end 20 timer, og jeg skal ikke undlade at fremføre, at netop arkivsystemet er en væsentlig del af revisors samlede kvalitetsstyringssystem.

Jeg har således pålagt mig selv et langt højere efteruddannelseskraft end den godkendte revisor, der blot er ansat i et af de større revisionsvirksomheder, og som aldrig har beskæftiget sig med udviklingsarbejde med dertil hørende læsning af revisions- og regnskabsstandarder, idet han kun skal være bruger af de systemer som f. eks. jeg udvikler.

Dokumentationen for alt dette arbejde er ikke kun min tidsregistrering, idet jeg med garanti ikke har fået bogført alle mine timer, men i lige så høj grad de produkter, der er kommet ud af mit arbejde, hvoraf min kvalitetsmanual/håndbog er vedhæftet i en af de medsendte filer.

Ud over den interne uddannelsesarbejde har jeg været på 33 timer efteruddannelse i skat og moms, som er områder, hvor det er sværere selv at følge med, og jeg derfor har haft 33 timer inden for skat og afgifter, selv om kravet kun er 12 timer.

Jeg skal klage over Styrelsens fortolkning og anmode Ankenævnet om godkendelse af 87 timer idet jeg så med den dokumenterede eksterne uddannelse på 33 timer har efteruddannet mig med de lovpligtige 120 timer, selv uden nedslag for sygdom.

Sekundært skal jeg anmode Ankenævnet om godkendelse af 60 timer jvf BEK § 2 stk. 3, idet jeg så med de dokumenterede 33 timers eksterne uddannelse har efteruddannet mig med 93 timer, hvorefter jeg kan få dispensation efter BEK §18 om at gennemføre den manglende efteruddannelse, hvilket jeg på egen foranledning allerede har gjort i 2012.

c) Styrelsens meget langmodige og manglende vilje til at hjælpe med svar på alle mine forespørgsler

Jeg skal klage over at det ikke har været muligt at få Styrelsens fortolkning af de omhandlede §§.

Jeg skal klage over Styrelsens ualmindeligt langsommelige sagsbehandling, idet jeg allerede den 18. september 2012 forelagde min sag for Styrelsen.

Samtidig skal jeg igen klage over at der ikke gives nogen form for hjælp fra Styrelsen. Det fremgår ganske vist af vejledningen til BEK at der ikke kan opnås forhåndsgodkendelse om den gennemførte efteruddannelse er i overensstemmelse med revisorloven, men her er der jo heller ikke tale om en forhåndsgodkendelse men om en reel fortolkning på et givet og nøjagtigt gennemført forløb. Efter min opfattelse kan Styrelsen derfor ikke nægte at vejlede/tage stilling til forløbet.

d) Manglende svar på spørgsmål vedrørende samme, således at klage til Ankenævnet på grund af klagefrist skal udarbejdes uden et svar fra Styrelsen på afgørende spørgsmål

Jeg har af mail af bedt om et svar på alle mine spørgsmål, hvilket de endnu ikke har givet. Da der i Styrelsens afgørelse 2 er givet mig en ankefrist på 4 uger, er jeg nu nødt til at udarbejde denne klage, som måske viser sig at være unødvendig når de får taget sig sammen til at give mig et svar.

Jeg skal derfor klage over Styrelsens sagsbehandling, herunder at det af afgørelserne ikke fremgår hvem i Styrelsen der har behandlet min sag.

e) Styrelsens 1. afgørelse på baggrund af styrelsens usande og udokumenterede udlægning af min kvalitetskontrollants udsagn.

Jeg fik til min store overraskelse en 1. afgørelse om ikke at give dispensation med henvisning til, at min kvalitetskontrollant ikke mente, at det arbejde jeg havde udført var egnet til godkendelse som efteruddannelse. Styrelsen har efterfølgende modtaget skrivelse fra min kontrollant, hvor han tilkendegiver at han anser det udførte udvalgsarbejde som efteruddannelse, hvorefter Styrelsen i sin 2. afgørelse blot skriver at der ikke er fremkommet nye oplysninger i sagen og fastholder at der ikke kan gives dispensation.

Jeg skal klage over at Styrelsen ikke tager hensyn til de nye, faktuelle oplysninger.

Som afslutning på min klage skal jeg bede om at klagen iht. Bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet §9 får opsættende virkning på eventuelle sanktioner, idet jeg, såfremt Ankenævnet ikke giver mig medhold, vil have min sag prøvet ved domstolene jvf. Vejledning om BEK pkt. 3.4.1.

Herudover overvejer jeg at indbringe min sag for menneskeretsdomstolen, idet jeg anser den foreliggende BEK som stridende mod enhver retssikkerhed f.s.v. angår §7 sammenholdt med vejledningens pkt. 3.4. det kan have fatale følger for en revisor, såfremt han i god tro anser en gennemført efteruddannelse som opfyldt efter BEK § 2, og så Styrelsen efterfølgende med deres rigide fortolkninger ikke vil anerkende det, med heraf følgende fratagelse af godkendelsen eller andre sanktioner som Styrelsen måtte finde passende.

Desuden anser jeg Styrelsens fortolkning af BEK §15 for diskriminerende overfor alle godkendte revisorer, der driver deres egen virksomhed, idet de aldrig vil kunne gøre brug af bestemmelsen, samtidig med at de opretholder deres virksomhed.

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 30. april 2013 udtalt:

” ...

I brev af 9. marts 2013 fremfører K 5 klagepunkter. Erhvervsstyrelsen kommentere nedenfor de 5 punkter:

ad a) *Der klages over styrelsens fortolkning og Erhvervsankenævnet anmodes om som minimum at godkende et nedslag på 40 timer som følge af, at revisor reelt først starter sin uddannelsesperiode i 2010.*

Det fremgår af bekendtgørelse nr. 1289 af 12. december 2008 om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer § 15, at er en revisor fraværende fra sin stilling p.g.a. f.eks. sygdom i en periode på 2 måneder eller derover, reduceres efteruddannelses omfang på 120 timer med 7 timer pr. 2 måneders fravær fra stillingen. Der er således ikke tale om en fortolkning fra Erhvervsstyrelsens side.

Med hensyn til, at revisor reelt først starter sin uddannelsesperiode i 2010 henviser Erhvervsstyrelsen til bekendtgørelsens § 2, stk. 1 samt lovbemærkningerne til § 4 i lov nr. 468 af 17. juni 2008 om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven), hvoraf fremgår, at den første uddannelsesperiode ligger fast og løber fra den 1. januar 2009 – 31. december 2011. Det er således ikke muligt at ændre på den første uddannelsesperiode for en enkelt revisor.

ad b) *Der klages over styrelsens fortolkning og Erhvervsankenævnet anmodes om godkendelse af 87 timer, idet revisor så med den dokumenterede eksterne uddannelse på 33 timer har efteruddannet sig med de lovpligtige 120 timer selv uden nedslag for sygdom.*

Erhvervsstyrelsen har tidligere henvist revisor til ”Vejledning om bekendtgørelse om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer”, hvilket er styrelsens fortolkningsbidrag til efteruddannelsesbekendtgørelsen.

I mail af 11. marts 2013 uddyber styrelsen yderligere sin fortolkning af §§ 4, 7 og 10:

”§ 4 Det fremgår af vejledningen, at internt udvalgsarbejde forudsætter en vis struktur og kvalitetssikring, og at der bør være taget stilling til de forhold, der indgår i dokumentationskravene.

En vis struktur må indebære, at internt udvalgsarbejde må have en form for formaliseret struktur, der er taget stilling til, forinden udvalgsarbejdet påbegyndes. Det kan f.eks. være i form af et kommissorium, eller det er en del af virksomhedens kvalitetsstyringssystem, hvor der i det mindste er taget stilling til de forhold, der kræves for at kunne dokumentere udvalgsarbejdet med henblik på at kunne medregnes som lovpligtig efteruddannelse. Det må ligeledes indebære, at udvalgets formål og rammer er fastlagt og beskrevet af revisionsvirksomheden eller de personer, der har nedsat udvalget.

Der må endvidere være taget stilling til kvalitetssikring af udvalgsarbejdet. Det kan f.eks. være i form af rapportering til en overordnet, som har det faglige ansvar for det område, udvalget omhandler eller ved inddragelse af eksterne parter.

Et udvalg forudsætter umiddelbart efter styrelsens opfattelse, at der deltager flere personer i udvalgsarbejdet.

§ 7 Efter bekendtgørelsens § 7, påhviler det den enkelte revisor at vurdere, om efteruddannelsens faglige indhold opfylder kravene i § 2.

Det betyder, at Erhvervsstyrelsen ikke på forhånd godkender efteruddannelse. Det er altså overladt til revisor i hvert enkelt tilfælde at vurdere, hvorvidt en konkret efteruddannelsesaktivitet opfylder kravene og dermed kan medregnes som efteruddannelse.

Det forhold, at revisor har vurderet, at en efteruddannelsesaktivitet opfylder kravene, er naturligvis ikke til hinder for, at den myndighed, der administrerer reglerne ikke er enig. I sådanne tilfælde kan revisor få prøvet afgørelsen hos Erhvervsankenævnet, jf. revisorlovens § 51.

§ 10 Revisor skal kunne dokumentere sin deltagelse i internt fagteknisk udvalgsarbejde. Minimumskravene fremgår direkte af bekendtgørelsen. Hvis disse minimumskrav ikke er tilstrækkelige til at dokumentere deltagelse i internt fagteknisk udvalgsarbejde må mindstekravene suppleres med den yderligere dokumentation, der er nødvendig, for at der kan tages stilling til, om der reelt er tale om internt fagteknisk udvalgsarbejde, som i henhold til § 4 kan medregnes som lovpligtig efteruddannelse. Det må bero på en konkret vurdering, hvilken supplerende dokumentation, der er nødvendig.

Internt fagteknisk udvalgsarbejde kan være vanskeligere at dokumentere end eksternt fagteknisk udvalgsarbejde med henblik på at det kan medregnes som lovpligtigt udvalgsarbejde. Netop derfor er det i vejledningen til § 4 gjort opmærksom på dokumentationskravene i forbindelse med tilrettelæggelse og nedsættelse af internt fagteknisk udvalgsarbejde.”

På denne baggrund anerkender styrelsen ikke det af revisor medregnede udvalgsarbejde som godkendt efteruddannelse.

ad c) og d) samlet besvarelse - c) *Der klages over, at det ikke har været muligt at få styrelsens fortolkning af de omhandlede §§. Der klages over styrelsens ualmindeligt langsommelige sagsbehandling, idet revisor allerede den 18. oktober 2012 forelagde sin sag for styrelsen. d) Der klages over styrelsens sagsbehandling, herunder at det af afgørelserne ikke fremgår, hvem der i styrelsen der har behandlet sagen.*

Erhvervsstyrelsen medgiver, at sagen har været under behandling længe, og beklager det lange sagsforløb.

Sagsbehandleren er som udgangspunkt den person, der har underskrevet brevet. Det er dog ikke usædvanligt, at en sagsbehandler rådfører sig med kollegaer i forbindelse med sagsbehandlingen. Disse kollegaers navne vil ikke fremgå af afgørelsen.

ad e) *Der klages over, at styrelsen ikke tager hensyn til de nye, faktuelle oplysninger.*

Kvalitetskontrollant C oplyser i mail af 28. januar 2013, at han har set dokumentation for 33 timers efteruddannelse under kategorien direkte og indirekte skatter. Herudover har kvalitetskontrollanten oplysninger fra revisor om, at revisor har udviklet et kvalitetssikringssystem, regnskabsmodeller samt elektronisk arkiveringssystem. Endvidere oplyser revisor overfor kontrollanten, at denne har undervist medarbejdere og kolleger i systemerne.

Kvalitetskontrollanten oplyser, at han havde vanskeligt ved at vurdere, om ovennævnte opfyldte kravene til efteruddannelse. Kontrollanten oplyser afslutningsvis i sin mail, at han stadig er i tvivl, men at det nok efterfølgende er hans opfattelse, at timerne vil kunne indgå som efteruddannelse.

Da der ikke foreligger dokumentation for mere end de 33 timers efteruddannelse under direkte og indirekte skatter, vurderede styrelsen, at kvalitetskontrollantens mail ikke tilførte sagen nye oplysninger.

I det medsendte materiale til Erhvervsankenævnet foreligger der en mail af 21. januar 2013 fra kvalitetskontrollanten til revisor, hvoraf det fremgår, at kvalitetskontrollanten ikke har taget stilling til, om det revisor medregner som efteruddannelse, er på masterniveau. Denne vurdering overlader han til Erhvervsstyrelsen.

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af revisorlovens § 4, stk. 1, at en revisor, der er godkendt efter revisorlovens § 3, har pligt til at deltage i et passende efteruddannelsesprogram, der sikrer, at den pågældende til stadighed vedligeholder sin teoretiske viden, sine faglige kvalifikationer og sin viden om kravene til offentlighedens tillidsrepræsentant på et tilstrækkeligt højt niveau.

Det følger af lovbemærkningerne til revisorlovens § 4, at efteruddannelsen vil blive et væsentligt element til sikringen af, at godkendte revisorer igennem hele deres virke vedligeholder og eventuelt udbygger de kompetencer, som de har opnået gennem deres teoretiske og praktiske uddannelsesforløb. Formålet er at sikre, at den høje kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Det fremgår tillige af lovbemærkningerne til revisorlovens § 4, at 8. direktiv endvidere stiller krav om, at der kan pålægges passende sanktioner for manglende overholdelse af kravet om efteruddannelse.

I henhold til 8. direktivs artikel 30, stk. 3, skal medlemsstaterne sørge for, at foranstaltninger og sanktioner over for revisorer og revisionsfirmaer offentliggøres på passende vis. Blandt sanktionerne skal der indgå mulighed for fratagelse af godkendelse.

Ifølge revisorlovens § 4, stk. 2, fastsætter Erhvervsstyrelsen nærmere regler om efteruddannelse og om kontrol heraf.

Det fremgår af revisorlovens § 8, stk. 2, nr. 2, at Erhvervsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis revisor ikke opfylder kravene i revisorlovens § 4 til efteruddannelse, jf. dog revisorlovens § 8, stk. 3.

Det fremgår af revisorlovens § 8, stk. 3, at Erhvervsstyrelsen, hvor revisor alene mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, kan fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde de krav til efteruddannelsen, der er fastsat i medfør af revisorlovens § 4, stk. 2.

Endvidere fremgår det af lovbemærkningerne til revisorlovens § 8, at det alene er revisorer, der mangler at opfylde en mindre del af efteruddannelseskravene, der vil kunne opnå en sådan frist. Som udgangspunkt vil der ved en mindre del skulle forstås 1/3 eller mindre af efteruddannelsen.

For at opfylde kravene til efteruddannelse skal revisor inden for en periode på 3 år deltage i mindst 120 timers efteruddannelse, jf. efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1. Den første 3-årige periode løber fra den 1. januar 2009.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 1, at er revisor fraværende fra sin stilling – og skyldes dette ikke deponering, bortfald, fratagelse eller frakendelse – i en periode på 2 mdr. eller derover, reduceres efteruddannelsens omfang på 120 timer i overensstemmelse med stk. 2. Revisor skal som betingelse for reduktionen kunne dokumentere lovligt forfald, f.eks. uarbejdsdygtighed fra den pågældende stilling på grund af sygdom eller barselsorlov.

Det følger af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 2, at kravet om 120 timers efteruddannelse i § 2, stk. 1, reduceres de i stk. 1 nævnte tilfælde med 7 timer pr. 2 måneders fravær fra stillingen.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, at mangler en revisor ved udgangen af den i efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nævnte 3-årige periode at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer, kan Erhvervsstyrelsen fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal gennemføre den manglende efteruddannelse.

Endvidere fremgår det af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 3, at opfylder revisor ikke kravet for efteruddannelse inden for den i medfør af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, givne frist, kan Erhvervsstyrelsen fratage revisor godkendelsen, jf. revisorlovens § 8, stk. 2, nr. 2.

Ifølge efteruddannelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 1 anses revisors deltagelse i internt og eksternt fagteknisk udvalgsarbejde for efteruddannelse.

Vejledning om bekendtgørelse om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer uddyber, at for så vidt angår internt fagteknisk udvalgsarbejde kan der f.eks. være tale om deltagelse i virksomhedens interne udvalg inden for revision, regnskab eller skat, herunder i forbindelse med

analyse og behandling af ny lovgivning på området. Det kan endvidere tænkes at være udvikling af kursus- og uddannelsesmateriale, forudsat at det pågældende kursus opfylder de faglige krav, hvilket vil sige, at undervisningen skal være på masterniveau.

Styrelsens udtalelse

Erhvervsstyrelsen fastholder sit afslag på at give registreret revisor K en frist til at gennemføre sin resterende del af sin efteruddannelse.

Registreret revisor K mangler at gennemføre mere end 40 timer for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011. I henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, jf. revisorlovens § 8, stk. 3, kan Erhvervsstyrelsen give en frist til at gennemføre den manglende efteruddannelse, hvis den godkendte revisor mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer.

Idet registreret revisor K mangler mere end 40 efteruddannelsestimer for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011, kan styrelsen ikke meddele dispensation med frist til at gennemføre den resterende del af efteruddannelsen.

Formålet med at pålægge godkendte revisorer et efteruddannelsesforløb på 120 timer over en 3-årig periode er at sikre, at en høj kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Formålet med at give den godkendte revisor 3 år til at gennemføre de 120 timers efteruddannelse er at sikre, at den godkendte revisor kan varetage sit hverv og arbejde samtidig med, at han gennemfører uddannelsesforløbet.

Da registreret revisor K mangler mere end 40 timers efteruddannelse, er han ikke berettiget til at få frist i henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 18.

Endvidere fastholder styrelsen, at et internt udvalgsarbejde forudsætter en vis struktur og kvalitetssikring, og at der bør være taget stilling til de forhold, der indgår i dokumentationskravene.

Dertil kommer, at et udvalg forudsætter umiddelbart efter styrelsens opfattelse, at der deltager flere personer i udvalgsarbejdet.

Vedrørende muligheden for at få reduceret antallet af efteruddannelses-timer efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15

Registreret revisor K oplyser, at han har haft flere sygeperioder i løbet af den første efteruddannelsesperiode, men der er ikke oplyst en sammenhængende sygdomsperiode på 2 måneder eller derover, hvorfor styrelsen ikke kan meddele reduktion i efteruddannelsestimerne, jf. efteruddannelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 1.

... ”

I skrivelse af 12.maj 2013 har K yderligere anført:

” ...

Generelt:

Bekendtgørelsen om obligatorisk efteruddannelse (BEK) erstatter retningslinjerne fra hhv FSR og FRR der begge har haft stort set enslydende foreningsbaserede efteruddannelseskraav. Disse retningslinjer vedhæftes som PDF filer.

Loven skal sikre at revisor til stadighed **vedligeholder** sin teoretiske viden, sine faglige kvalifikationer og sin viden om kravene til offentlighedens repræsentant på et tilstrækkelig højt niveau. Denne vedligeholdelse skal ske gennem efteruddannelse på allerede opnåede færdigheder.

Loven skal således ikke sikre at revisor tager nye specialer eller andet. Dette er reguleret i de generelle krav til revisors kompetancer og professionelle ansvar.

FSR's og FRR's retningslinjer er bortfaldet ved vedtagelse af loven, der i vid udstrækning er baseret på de omtalte retningslinjer, og der er mig bekendt ikke mange forarbejder til BEK.

Ingen af de nævnte retningslinjer giver nedslag på grund af sygdom, så det er en nyskabelse i loven.

Nedslaget skal tage hånd om de tilfælde hvor revisor **uforskyldt** ikke er i stand til at leve op til det samlede krævede timetal.

Det fremgår ikke direkte af BEK at der skal være tale om en sammenhængende periode, hvorimod der i vejledningen til BEK (VEJ) er indsat en formodning om at dette er tilfældet, og der drages paralleller til deltidarbejde, der ikke kan give nedslag. Hermed trækker vejledningen efter min opfattelse en sondring mellem selvforskyldt og uforskyldt fravær.

Herudover er loven og retningslinjerne stort set ens, bortset fra det timetal som man selv kan vælge efter eget valg/behov. Her er der et timetal på hhv. 55 og 57 timer ved FSR og FRR. Begge lægger op til at det er kvalitetskontrollanten, der kontrollerer efteruddannelsen, og dette er ligeledes videreført i BEK.

Kun på et enkelt punkt skiller retningslinjerne for FRR sig ud med BEK og FSR, og det er med hensyn til selvstudium, hvor det i FRR har været muligt at efteruddanne sig gennem selvstudium

Efter min opfattelse er efteruddannelse gennem selvstudium en mangel i BEK, dels fordi alle revisorer er ”flasket op med” at en stor del af et pensum skal gennemføres gennem selvstudium, og dels fordi de lovkrævede 40 timers efteruddannelse om året på ingen måde kan dække det krav, der følger af professionsansvaret.

Det er således at behovet for efteruddannelse svinger med det erhverv man er i. En kassedame og en lagermedarbejder har ikke det samme behov for efteruddannelse som f.eks revisorer, advokater, læger og andre højtuddannede har.

Som revisor bliver vi bombarderet med nye love, nye vedledninger og retningslinjer, nye revisions- og regnskabsstandarder, og jeg vil vove den påstand, at der ikke er en eneste godkendt revisor der, uden at have været på et eneste kursus, ikke har efteruddannet sig i 40 timer om året, bare gennem læsning (efteruddannelse) af alt dette nye, - ajourførende stof. Jeg vil tro at jeg i snit bruger 2 timer om ugen på bare at læse aktuelle nødvendige informationsskrivelser fra FSR. Hertil kommer så alt andet læsning i forbindelse med specifikke opgaveløsninger, f. eks den nye og meget komplekse lov om solcelleanlæg og beskatningen heraf.

Igen som følge af anden lovgivning om professionsansvar, vil det ikke være muligt for revisor at fremføre at han kan dokumentere at han har fulgt loven om 40 timers uddannelse, hvis hans arbejde ikke lever op til den almindelige gode revisionsstandard. Så kan han for den sags skyld stille med 100 timers dokumentation.

Indlæg til de enkelte punkter:

Ad a) Det fremgår ikke af bekendtgørelsen at der skal være tale om en sammenhængende periode, og jeg opfatter herefter vejledningen som en fortolkning af loven. Der er foreløbig ingen retspraksis på området.

... [Erhvervsstyrelsen] skriver i sit eget partsindlæg ... at VEJ er ”Styrelsens fortolkningsbidrag til BEK”

I 2009 var jeg stadig stærkt handikappet på grund af ryggen og jeg har tidligere beskrevet hvorledes jeg arbejdede derhjemme fra med en seng og et skrivebord i stuen. I hele 2009 var det stort set ikke muligt for mig at stå eller sidde i en periode på mere end max. 4 timer, så var det nødvendigt at lægge mig ned, dels på grund af smerter, og dels på grund af træthed. Jeg var dog på et par skattekurser, men opgav at tage kurser på andre områder, idet jeg havde rigeligt at gøre med at få min virksomhed til at overleve, og herudover efteruddannede jeg mig selv gennem det store arbejde jeg lavede på kvalitetsstyringssystemet og revisor/regnskabsprogrammer.

Som minimum anser jeg stadig at jeg er berettiget til et nedslag på 40 timer som følge af at mit 2009 var et ”spildt” år, - et år på standby.

Ad b) Det fremgår allerede af mine tidligere skrivelser til ... [Erhvervsstyrelsen] hvorfor jeg mener at alle forhold i hht §§4,7 og 10 er opfyldt og skal ikke her trætte med yderligere fremførsler, bortset fra §4 og §10, hvor PJ skriver:

”Et udvalg forudsætter umiddelbart efter styrelsens opfattelse, at der deltager flere personer i udvalget” og under §4 mener ... [Erhvervsstyrelsen] at der skal være nedsat et kommissorium, for at der kan være tale om udvalgsarbejde!

Jeg er ikke enig i synspunkterne, men i 2009-2010 havde jeg en registreret revisor ansat, som var inddraget i arbejdet med kvalitetsstyringsystemet. Desuden var min egen revisor som jeg brugte til den interne kontrol tilknyttet.

Endvidere skriver ... [Erhvervsstyrelsen] at der må være taget stilling til kvalitetssikring af arbejdet, og at der må være en form af rapportering til en overordnet som har det faglige ansvar for området, og

”Det må bero på en konkret vurdering, hvilken supplerende dokumentation, der er nødvendig”

Min rapportering består bl.a. i mine rullende kvalitetshåndbøger, der er godkendt af de ultimative ansvarlige, - dels min interne kontrollant, og dels kontrollanten der er udpeget at revisortilsynet. Begge har godkendt min kvalitetshåndbog, som jeg tvivler på at ... [Erhvervsstyrelsen] har læst.

Min dokumentation i øvrigt består i mine timesagsudskrifter som er medsendt flere gange til PJ, men som jeg ligeledes tvivler på at ... [Erhvervsstyrelsen] overhovedet har læst, og der kan her henvises til den tidligere fremsendte mail

”mail 2 af 5/12 2012”, hvor ... [Erhvervsstyrelsen] fremfører at jeg ikke har fremsendt ønske om hvor mange timer jeg ønsker nedslag for, selv om jeg klart og tydeligt har fremsat det ønskede timetal.

Som jeg har givet udtryk for tidligere er de registrerede timer med garanti mindre end de rent faktisk forbrugte timer, og jeg skal her ikke undlade at gøre opmærksom på, at VEJ i teksten til §4, stk 1 VEJ p 3.6.2 fastslår at det er muligt at medregne eventuelt forberedelsestid, herunder underforstået den tid der bruges på at læse foreliggende revisions- og regnskabsstandarder, incl standarderne for kvalitetssikring.

Som eksempel på det store arbejde jeg udfører kan nævnes XBRL, som jeg netop er blevet helt færdigt med, og nu kommer der så en ny standard om udvidet gennemgang, som jeg skal have implementeret, idet en meget stor andel af mine kunder vil kunne gøre brug af den nye standard.

Det vil sige jeg skal have udarbejdet en ny standard for revisionsstrategi, jeg skal have udarbejdet nye regnskabsmodeller, jeg skal have beskrevet hele området i min kvalitetshåndbog, og jeg skal have instrueret mine medarbejdere i anvendelsen af den nye model. For det første er det vel ikke noget et større kommissorium skal sætte i værk som ... [Erhvervsstyrelsen] åbenbart mener er nødvendigt for at det kan tælle med, for det andet vil der sandsynligvis været gået 20-40 timer før jeg er færdig og for det tredje vil jeg, når mit arbejde er slut, være i stand til at afholde kurser for andre revisor medarbejdere i den nye standard, idet jeg er tvunget til at læse alt tilgængeligt materiale igennem på et tidspunkt, hvor der endnu ikke udbydes kurser i standarden.

Ad c og d) sagen har ikke kun været længe under behandling. Min første henvendelse til ... [Erhvervsstyrelsen] skete fordi der var lukket af for indberetning til registeret om efteruddannelse, og jeg skulle bruge ... [Erhvervsstyrelsens] hjælp til indberetningen. At jeg ikke var den eneste der havde oplevet problemer med Styrelsens systemer fremgår af vedhæfte PDF fil "Systemfejl ved Styrelsen" hvor det blev lovet at vi kunne kontakte. ... [Erhvervsstyrelsen] for at afhjælpe Styrelsens svigtende EDB systemer, men det lykkedes jo aldrig at komme igennem, før jeg klagede til ... [medarbejderens] chef. ...

Mht klage over at det ikke fremgår hvem i styrelsen, der har behandlet min ansøgning, er det fordi jeg er forundret over at der ikke kommer nye øjne på, når der i en 1 afgørelse er så store fejl og fejlagtige påstande at en 2 afgørelse bør træffes af en anden, for at undgå enhver tvivl om inhabilitet i afgørelsen. ...

Ad e) Jeg er forbavset over ... [Erhvervsstyrelsens] argumentation. Først skriver ... [Erhvervsstyrelsen] at ... [styrelsen] har fået en mail fra min kvalitetskontrollant den 28/1 2013, hvor han som kontrollant erklærer at det foreliggende arbejde efter hans opfattelse kan anses at være efteruddannelse.

Efterfølgende henviser ...[Erhvervsstyrelsen] til en mail af 21/1 2013, hvor ...[Erhvervsstyrelsen] konkluderer at ...[Erhvervsstyrelsen] på baggrund af en samtale med kontrollanten ikke kan anse det udførte arbejde at være på masterniveau. Dette viser jo med enhver tydelighed at ...[Erhvervsstyrelsen] er forudindtaget, når hun 7 dage senere har modtaget en mail fra kontrollanten, hvor han præciserer hvad han har ment i den tidligere telefonsamtale, og samtidig tilkendegiver at han anser det udførte arbejde som efteruddannelse. Alligevel nægter ... [Erhvervsstyrelsen] at medtage dette i den endelige afgørelse. Efter BEK er det kontrollanten, der kontrollerer om efteruddannelseskraevet er opfyldt.

Det fremgår tydeligt at kontrollanten anser mit udvalgsarbejde som efteruddannelse, idet han i sin påtegning som supplerende oplysninger skriver:

"Efteruddannelse for perioden 1/1 2009 – 31/12 2011 er ikke indberettet til revireg på kontroltidspunktet. Der er fremsendt dispensationsansøgning om kravet for efteruddannelse, idet der er gennemført efteruddannelse på minimum 120 timer efter den 1/1 2013. Svar på ansøgning er ikke fremkommet endnu."

Den manglende indberetning er som nævnt på grund af Styrelsens systemfejl og på grund af, at det ikke var muligt at komme i kontakt med ... [Erhvervsstyrelsen].

Kontrollanten skriver herudover at der er efteruddannelse på mere end 120 timer efter den 1/1 2013, men heraf er de 87 timer på eksterne kurser, og de resterende timer er på udvalgsarbejde. Han har hermed godkendt mit udvalgsarbejde som efteruddannelse.

(Han skriver ganske vist 1/1 2013 men der skal står 1/1 2012, dvs det første år i den nye 3 års periode)

Jeg savner stadig en udtalelse fra Styrelsen om hvad der forstås ved Master niveau.

Umiddelbart vil jeg selv konkludere, at min største fejl er at jeg ikke fik indberettet rettidigt på Styrelsens system, der var præget af adskillige nedbrud. Hvis jeg havde nået det ville min kontrollant have godkendt min efteruddannelse, alene ud fra den revision han havde foretaget af mit kvalitetsstyringssystem, der blev godkendt uden bemærkninger. Jeg skal her ikke igen undlade at gøre opmærksom på, at det er en del af kvalitetskontrollantens opgaver at vurdere om efteruddannelsen er sket iht BEK. Denne løsning er udmærket, idet kontrollanten gennem kontrollen får et klart billede af det anvendte samlede kvalitetsstyringssystem, - et billede som Styrelsen aldrig vil kunne opnå.

Afsluttende bemærkninger:

Revisor skal efteruddanne sig, det er der slet ingen tvivl om, men det er et spørgsmål om den foreliggende BEK er den rigtige måde at få lavet en lex mediestorm som følge af revisors fejl og mangler. Bl.a. mangler jeg en tilkendegivelse om selvstudium, som er langt den største del som godkendte revisorer bruger på efteruddannelse, langt mere end de lovkrævede 40 timer om året.

Det er dog helt sikkert at efteruddannelse af de revisorer, der har været i medierne for ikke at gøre deres arbejde godt nok, ikke ville kunne have afværget fejlene, idet det er helt basale mangler i det udførte arbejde så som manglende omhu, manglende efterprøvelse af tilstedeværelse og værdier og måske en for lang periode med den samme revisor, der har skabt de store overskrifter, og det kan nok så meget efteruddannelse ikke råde bod på.

Nu har man så fået skabt et system som alle undervisere klapper i deres små hænder over.

Der er måske 6.500 godkendte revisorer i Danmark. Alle skal have 40 timer om året. Det er 260.000 timer. Hvis en kursustime sættes til ca. 500 kr er det et potentiale på 130.000.000 kr Læg hertil den mistede indtjeningstid på måske 900 kr/time => 234.000.000 kr, det giver i alt en belastning af erhvervet på 364.000.000 kr. eller 56.000 kr / revisor. Alle taler om at vi skal afskaffe byrderne for virksomhederne, men denne udgift, der nødvendigvis skal betales af kunderne, gavner jo da ikke ligefrem dette ønske.

Nu er jeg så, som følge af at Styrelsens systemer ikke har fungeret, og at jeg var så uheldig at brække ryggen, stillet i udsigt at jeg måske skal fratages min godkendelse, selv om jeg mere end har opfyldt kravene til efteruddannelse og har bevist det gennem en blank påtegning af mit kvalitetsstyringssystem.

Samtidig skal jeg diskrimineres fordi jeg har en lille virksomhed, der efter Styrelsens opfattelse ikke kan have et "udvalg" simpelthen fordi der ikke er personer nok ansat. Betyder det så også at jeg ikke selv må træffe beslutning om hvilket kvalitetsstyringssystem jeg skal have, eller skal jeg i modstrid med reglerne om at tilpasse mit kvalitetsstyringssystem til den kundegruppe jeg har, presses over i en fordyrende og overdimensioneret løsning fra nogle af de store udbydere såsom FSR.

Kan Styrelsen tilsidesætte BEK § 7, efter hvilken det påhviler den enkelte revisor at vurdere, om efteruddannelsens faglige indhold opfylder kravene, samtidig med at Styrelsen ikke vil give en forhåndsgodkendelse?

Det må da stride mod såvel grundloven som menneskerettighederne og kan hurtigt komme til at tangere magtmisbrug

Alene det at Styrelsen,... [Erhvervsstyrelsen], ikke allerede nu har udtalt sig om hvad en sanktion kunne være er kritisabelt. I 2. afgørelse står der blot at Styrelsen **kan** fratage godkendelsen, men ikke at de vil gøre det. Samtidig henviser ... [Erhvervsstyrelsen] til en ikke aktuel § i BEK idet jeg ikke har været uden godkendelse i mere end 3 år.

Jeg skal derfor fastholde at jeg **mere end** har opfyldt efteruddannelseskravet, eller –

at jeg har mere end 80 timers efteruddannelse på eksterne kurser og udvalgsarbejde således at der kan dispenseres efter BEK §18 eller –

at der indrømmes et nedslag på 40 timer på grund af sygdom og samtidig godkendes sammenlagt 80 timers efteruddannelse på eksterne kurser og udvalgsarbejde eller –

at der indrømmes et nedslag på 40 timer på grund af sygdom og godkendes 40 timers efteruddannelse på eksterne kurser og udvalgsarbejde således at der kan dispenseres efter BEK §18 .

Bemærk herunder at der i 2012 er afholdt det manglende antal timer på eksterne kurser, og jeg har således opfyldt kravet om 120 timer, selv uden at mit udvalgsarbejde tælles med."

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 7. juni 2013 bemærket:

"...

Erhvervsstyrelsen har følgende kommentarer til K's indlæg.

Ad a) K fremfører i sit indlæg, at han har arbejdet hjemmefra i 2009 p.g.a. rygproblemer samt, at året af den grund var "et spildt år", hvorfor K ser sig berettiget til et nedslag på 40 timer.

Det fremgår af vejledning om bekendtgørelse om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer, at der er mulighed for at fravige time-

antallet, hvis en godkendt revisor er fraværende fra sit job som godkendt revisor i mere end 2 måneder p.g.a. sygdom, barsel eller lignende.

Ifølge vejledningen skal revisor kunne dokumentere det lovlige fravær fra stillingen. Bestemmelsen er alene møntet på de tilfælde, hvor revisor er ude af stand til at gennemføre den obligatoriske efteruddannelse, d.v.s. at revisor ikke kan udføre sit arbejde i den pågældende periode.

Endvidere fremgår det af vejledningen, at der må stilles krav om, at der er tale om en sammenhængende fraværsperiode, før det kan medføre reduktion i de 120 timers efteruddannelse.

Ad b) Erhvervsstyrelsen har ingen yderligere bemærkninger til dette punkt, men henviser til indlæg af 30. april 2013.

Ad c og d) Erhvervsstyrelsen skal hertil informere om, at efteruddannelses timer kan indberettes i Revireg løbende gennem hele perioden. Sidste frist for indberetning er den 1. april året efter udløbet af uddannelsesperioden, efter denne dato lukker systemet af for yderligere indberetning for den pågældende periode.

Den 13. januar 2012 offentliggjorde Erhvervsstyrelsen en nyhed om, at sidste frist for indberetning af efteruddannelses timer for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011 var den 1. april 2012.

Den 28. marts 2012 offentliggjorde Erhvervsstyrelsen en nyhed om, at man p.g.a. tekniske problemer med Revireg, forlængede perioden for indberetning med 1 måned.

K tog kontakt til styrelsen i mail af 21. oktober 2012 med en anmodning om, at få flyttet sin første uddannelsesperiode frem således at den løb fra 1. januar 2010 – 31. december 2012.

Ad e) Erhvervsstyrelsen skal her præcisere, at mail af 21. januar 2013 er en korrespondance mellem K og kvalitetskontrollanten. Styrelsen har først fået kendskab til denne korrespondance i forbindelse med K's klage til Erhvervsankenævnet.

K fremfører, at kvalitetskontrollanten anser udvalgsarbejdet som efteruddannelse, og henviser til den supplerende oplysning i erklæringen til Revisortilsynet.

Her oplyser kontrollanten imidlertid blot, at efteruddannelsen for perioden 1. januar 2009 – 31. december 2011 ikke er indberettet i Revireg samt, at der er indsendt dispensationsansøgning for kravet om efteruddannelse.

Endvidere oplyser kontrollanten, at der er gennemført minimum 120 timers efteruddannelse efter den 1. januar 2013 (2012). Dette er imidlertid ikke relevant, da der er tale om en ny efteruddannelsesperiode.

Som bilag vedlægges Erhvervsstyrelsens nyheder på hjemmesiden af henholdsvis den 13. januar og den 28. marts 2012.”

K har den 13. juni 2013 bemærket blandt andet:

»

[Erhvervsstyrelsen] skriver ... at det ikke er relevant at kontrollanten har godkendt 120 timer i 2012. ...[Erhvervsstyrelsen] overser dermed tilsyneladende at han samtidig har godkendt at mit udvalgsarbejde, der er indeholdt i de 120 timer, kan godkendes som efteruddannelse, og det var egentlig mit eneste udsagn desangående.”

Ankenævnet udtaler:

Erhvervsankenævnet er klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov, jf. lov om Erhvervsankenævnet § 1, stk. 1. Ankenævnet har således ikke det almindelige tilsyn med de myndigheder, hvis afgørelser kan påklages til ankenævnet, herunder Erhvervsstyrelsen.

Ankenævnet har således ikke kompetence til at forholde sig til den i klagens punkt c og punkt d påberåbte kritik af Erhvervsstyrelsens sagsbehandling.

En revisor, der er godkendt efter revisorlovens § 3 har i henhold til revisorlovens § 4, stk. 1, pligt til at deltage i et passende efteruddannelsesprogram, der sikrer, at den pågældende til stadighed vedligeholder sin teoretiske viden, sine faglige kvalifikationer og sin viden om kravene til offentlighedens tillidsrepræsentant på et tilstrækkelig højt niveau.

Af lovbemærkningerne (L 120 af 27. marts 2008) til § 4 fremgår:

”Efter lovforslagets § 4, stk. 1, er det en betingelse for at opretholde sin godkendelse som revisor, at revisor til enhver tid opfylder de fastsatte krav til efteruddannelse. Den gældende lov indeholder ikke regler med krav til revisor om efteruddannelse. De foreslåede ændringer er en følge af artikel 13 i det nye 8. direktiv. Artiklen stiller krav om, at medlemsstaterne sikrer, at revisorer deltager i et passende vedvarende uddannelsesprogram, så de kan bevare deres teoretiske viden, faglige kvalifikationer og værdier på et tilstrækkeligt højt niveau. Efteruddannelsen vil således blive et væsentligt element til sikringen af, at godkendte revisorer igennem hele deres virke vedligeholder og eventuelt udbygger de kompetencer, som de har opnået gennem deres teoretiske og praktiske uddannel-

sesforløb. Formålet er at sikre, at den høje kvalitet i revisors opgaveudførelse bevares.

Direktivet stiller endvidere krav om, at der kan pålægges passende sanktioner for manglende overholdelse af kravet til efteruddannelse. Da efteruddannelsen, som nævnt, er af væsentlig betydning for revisors kompetence, kan passende sanktioner i henhold til direktivets artikel 30 i sidste instans blive fratagelse af godkendelsen.

...”

Det fremgår af revisorlovens § 8, stk. 2, nr. 2, at Erhvervsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis revisor ikke opfylder kravene i § 4 til efteruddannelse.

Efter revisorlovens § 8, stk. 3, kan Erhvervsstyrelsen, hvor revisor alene mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde de krav til efteruddannelsen, der er fastsat i medfør af § 4, stk. 2.

Af lovbemærkningerne (L 120 af 27. marts 2008) til § 8 fremgår:

” ...

Det foreslåede stk. 2, nr. 2, indeholder konsekvenserne af manglende efteruddannelse, idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fratage en revisor godkendelsen, hvis denne ikke opfylder efteruddannelseskravene i forslaget § 4. Herved bliver sanktionen direktivkonform. Direktivet fastsætter således, at fratagelse af godkendelse skal være en mulig sanktion for manglende opfyldelse af efteruddannelseskravet. Sanktionen understreger tillige den betydning, som efteruddannelsen tillægges. Bestemmelsen skal dog ses i sammenhæng med bestemmelsen i stk. 3, hvis revisor kun mangler en mindre del af sin efteruddannelse. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse om fratagelse vil kunne indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. § 51.

Stk. 3 modificerer udgangspunktet i stk. 2, nr. 2, hvorefter godkendelsen kan fratages, hvis efteruddannelseskravet ikke er opfyldt. Med inspiration i de norske regler om revisorerers efteruddannelse, foreslås det, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal kunne give en revisor, der ikke fuldt ud opfylder kravene til efteruddannelse, en frist, inden for hvilken revisor skal opfylde kravene. Fristen bør have en sådan længde, at revisor inden for fristen vil kunne gennemføre den manglende efteruddannelse, uden at denne skal tages på fuld tid. Ideen med fristen er netop, at revisor skal kunne varetage sit hverv, mens revisor følger op på den manglende efteruddannelse. Hvis revisor ikke opfylder kravene inden for den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen givne frist, fratages godkendelsen, jf. stk. 2, nr. 2. Det er alene revisorer, der mangler at opfylde en mindre del af efteruddannelseskravene, der vil kunne opnå en sådan frist. Som udgangs-

punkt vil der ved en mindre del skulle forstås 1/3 eller mindre af efteruddannelsen.”

I medfør af revisorlovens § 4, stk. 2, har Erhvervsstyrelsen i bekendtgørelse nr. 1289 af 12. december 2008 (efteruddannelsesbekendtgørelsen) fastsat regler om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer.

Ifølge efteruddannelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, skal revisor for at opfylde kravene til efteruddannelse inden for en periode på tre år deltage i mindst 120 timers efteruddannelse. Den første periode løber fra 1. januar 2009.

Efter bekendtgørelsens § 18, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen i forhold til en revisor, der ved udgangen af den i § 2, stk. 1, nævnte treårsperiode mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer, fastsætte en frist, inden for hvilken revisor skal gennemføre den manglende efteruddannelse. Opfylder revisor ikke kravet for efteruddannelse inden for den fastsatte frist kan Erhvervsstyrelsen efter bekendtgørelsens § 18, stk. 3, fratage revisor godkendelsen.

Under henvisning til det af Erhvervsstyrelsen i redegørelsen af 30. april 2013 anførte tiltrædes det, at det af K påberåbte internt foretagne arbejde i revisionsvirksomheden ikke kan anses for efteruddannelse efter bekendtgørelsens § 4.

K mangler ved udgangen af den i § 2, stk. 1, nævnte tre-årsperiode at gennemføre 87 timers efteruddannelse. Ud fra det oplyste har K i sygdomsperioden i 2009 arbejdet helt eller delvist. Der er således under ingen omstændigheder grundlag for reduktion i efteruddannelsen efter bekendtgørelsens § 15, stk. 1 og 2 i det af klager påberåbte omfang.

Ankenævnet tiltræder herefter, at Erhvervsstyrelsen ikke har meddelt K en frist til gennemførelse af den manglende efteruddannelse, jf. bekendtgørelsens § 18, stk. 1.

Ankenævnet stadfæster derfor den ved Erhvervsstyrelsens skrivelse af 15. februar 2013 fastholdte afgørelse af 17. januar 2013.

41) Kendelse af 19. november 2013 (J.nr. 2013-0035155)

Godkendelse som revisionsvirksomhed frataget og virksomheden slettet i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.

Revisorlovens § 14, stk. 2.

(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Lone Møller og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 1. august 2013 har registreret revisor A klaget over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. juli 2013, hvorved styrelsen har meddelt, at styrelsen vil fratage K1[revisionsvirksomhed] godkendelsen som revisionsvirksomhed og slette virksomheden i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet i anledning af klagen fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse af 19. september 2013 er det om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”Sagens faktiske omstændigheder

Revisortilsynet har oplyst, at K1 blev udtaget til kvalitetskontrol i 2012, hvilket revisionsvirksomheden fik besked om den 21. februar 2012.

I henhold til § 22 i bekendtgørelsen om kvalitetskontrol og Revisortilsynets virksomhed skulle erklæring fra kvalitetskontrollanten om kvalitetskontrollens gennemførelse indsendes til Revisortilsynet snarest mulig og senest den 15. november 2012.

Revisortilsynet har oplyst, at tilsynet den 26. november 2012 modtog en lægeerklæring, hvoraf det fremgik, at A ville være sygemeldt i ca. 4 uger fra den 22. november. Tilsynet skrev på denne baggrund til K1, at der enten skulle foreligge en ny lægeerklæring senest den 21. december eller kvalitetskontrollen skulle gennemføres, så erklæring herom kunne indsendes senest den 11. januar 2013.

Revisortilsynet har endvidere oplyst, at tilsynet igen skrev til revisionsvirksomheden den 8. februar 2013, da tilsynet hverken havde modtaget ny lægeerklæring, ligesom kvalitetskontrollanten ikke havde hørt fra revisionsvirksomheden vedrørende indgåelse af aftale om kontrolbesøg. K1 fik yderligere en frist til 15. februar 2013 til enten at indsende lægeerklæring eller til at indgå aftale med kvalitetskontrollanten om kontrollens gennemførelse.

Da revisionsvirksomheden fortsat ikke indsendte lægeerklæring eller indgik aftale om gennemførelse af kvalitetskontrollen oversendte Revisortilsynet ved brev af 4. marts 2013 ... Revisionsvirksomheden K1 til Erhvervsstyrelsen, idet revisionsvirksomheden ikke havde medvirket aktivt til kvalitetskontrollens gennemførelse og derved havde nægtet at un-

derkaste sig den lovpligtige kvalitetskontrol i henhold til revisorlovens § 29.

Revisortilsynet oplyste i brevet, at revisionsvirksomheden ikke som anmodet havde indsendt ny lægeerklæring for A, ligesom der ikke var taget kontakt til kvalitetskontrollanten med henblik på at indgå en aftale om kvalitetskontrol for 2012 inden fristens udløb.

Erhvervsstyrelsen meddelte revisionsvirksomheden ved brev af 11. marts 2013 ..., at styrelsen overvejede at fratage Revisionsvirksomheden K1 godkendelsen som revisionsvirksomhed og anmodede om at modtage revisionsvirksomhedens eventuelle bemærkninger senest den 25. marts 2013.

Erhvervsstyrelsen modtog den 25. marts 2013 ... en mail fra A, hvor denne beklagede ikke at have reageret på breve fra Revisortilsynet og Erhvervsstyrelsen, at et brev med dokumentation var på vej. Erhvervsstyrelsen modtog den 2. april 2013 brevet, som var bilagt dokumentation for lægebehandling mv. A anmoder samtidig om en udsættelse med kontrollen.

Erhvervsstyrelsen meddelte ved brev af 23. maj 2013 (bilag ...), at styrelsen på grundlag af de foreliggende oplysninger ville udsætte afgørelsen til den 8. juli 2013. Samtidig blev det meddelt, at styrelsen uden yderligere varsel vil træffe afgørelse af at fratage Revisionsvirksomheden K1 godkendelsen som revisionsvirksomhed, hvis der ikke senest den 8. juli 2013 var indsendt dokumentation for gennemført kvalitetskontrol.

Da Erhvervsstyrelsen ikke modtog dokumentation for gennemført kvalitetskontrol, traf styrelsen den 19. juli 2013 ... afgørelse om at fratage Revisionsvirksomheden K1 godkendelsen som revisionsvirksomhed på grund af manglende underkastelse af den lovpligtige kvalitetskontrol.”

Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. juli 2013 fremgår blandt andet:

”På grundlag af de foreliggende oplysninger har styrelsen derfor i henhold til revisorlovens § 14, stk. 2, truffet afgørelse om at fratage K1 – CVR-nr. - godkendelsen som revisionsvirksomhed, idet revisionsvirksomheden ikke har underkastet sig den lovpligtige kvalitetskontrol i 2012. Afgørelsen indebærer, at revisionsvirksomheden efter den 2. august 2013 vil blive slettet i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.

...

Begrundelse

Det følger af revisorlovens § 13, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen godkender som revisionsvirksomhed, enhver virksomhed, der bl.a. lader sig undergive reglerne om kvalitetskontrol efter lovens § 29.

En godkendt revisionsvirksomhed skal dermed overholder de pligter, der følger af revisorlovens § 29 og §§ 34-36, herunder der regler der er ud-

stedt med hjemmel heri. Revisionsvirksomheden skal således også efterleve de pligter, der er fastsat i bekendtgørelse om kvalitetskontrol og Revisortilsynets virksomhed [Bekendtgørelse nr. 643 af 10. juni 2011].

Det fremgår af revisorlovens § 14, stk. 2, at Erhvervsstyrelsen kan fratage en revisionsvirksomhed godkendelsen, hvis denne nægter at lade sig undergive reglerne om kvalitetskontrol efter lovens § 29.

Revisortilsynet meddelte Erhvervsstyrelsen den 4. marts 2013, at revisionsvirksomheden havde nægtet at underkaste sig den lovpligtige kvalitetskontrol, idet virksomheden ikke havde overholdt sin pligt til at medvirke aktivt til kontrollens gennemførelse, idet revisionsvirksomheden hverken har indsendt en ny lægeerklæring for A som anmodet om, eller har kontaktet kvalitetskontrollanten med henblik på at indgå en aftale om kvalitetskontrol for 2012 inden for den fastsatte frist.

På grundlag af bemærkninger fra revisionsvirksomheden af 2. april 2013 udsatte Erhvervsstyrelsen afgørelsen om fratagelse til den 8. juli 2013. Det blev i den forbindelse oplyst, at styrelsen uden yderligere varsel ville træffe afgørelse om at fratage K1 godkendelsen som revisionsvirksomhed, jf. revisorlovens § 14, stk. 2, hvis dokumentation for gennemført kvalitetskontrol ikke var modtaget senest den anførte dato.

Styrelsen har ikke hørt fra revisionsvirksomheden.

En revisionsvirksomhed, der er registreret i Revireg, viser overfor omverdenen, herunder brugere af revisoreres erklæringer, at der er tale om en revisionsvirksomhed, som lader sig kvalitetskontrollere af Revisortilsynet, og som følger Revisortilsynets afgørelser. Regnskabsbrugere m.v. kan således have tillid til kvaliteten af de erklæringer, der afgives igennem revisionsvirksomheden.

På grundlag af de foreliggende oplysninger finder styrelsen ikke, at der foreligger sådanne forhold, der kan berettige revisionsvirksomheden til ikke at efterkomme de pligter som følger af den lovpligtige kvalitetskontrol. Styrelsen har derfor truffet afgørelse om at fratage virksomheden godkendelsen som revisionsvirksomhed og vil som følge heraf slette virksomheden i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.

...”

I klageskrivelsen af 1. august 2013 har registreret revisor A anført:

”Jeg er naturligvis ked af den udvikling sagen har taget.

Jeg har som tidligere oplyst været en del plaget af sygdom og er af den grund kommet en del bag ud "med det som skulle ordnes".

Det ærgelige er, at ellers alt i virksomheden fungerer - jeg har aldrig haft en klage, mit kvalitetssikringssystem fungerer og anvendes, og er tidligere kontrolleret og godkendt. Endvidere har jeg aldrig haft en "responsumsag".

Imidlertid har jeg besluttet, hovedsagligt p.g.a. sygdom at afhænde virksomheden, hvilket jeg håber og tror kan ske i løbet af efteråret og senest ved årets udgang og vil naturligvis i den forbindelse selv framelde mig i Revi-reg.

Det ville være meget uheldigt for mig i forbindelse med de forhandlinger som er igang, at blive "slettet" i registeret.

Denne mail skal samtidig betragtes som en indbringelse af styrelsens afgørelse for Erhvervsankenævnet med anmodning om, at indbringelsen skal have opsættende virkning.

Jeg er helt klar over, at jeg selv har bragt mig i denne meget vanskelige situation og kan kun anmode om, at man vil se positivt på min henvendelse og er naturligvis til tjeneste med yderligere oplysninger, såfremt dette måtte ønskes."

I førnævnte redegørelse af 19. september 2013 har Erhvervsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder oplyst:

"Sagens retlige omstændigheder

Det følger af revisorlovens § 13, stk. 1 (lov nr. 468 af 17. juni 2008 med senere ændringer), at det er en betingelse for at blive godkendt som revisionsvirksomhed, at virksomheden underkaster sig reglerne om kvalitetskontrol efter lovens § 29.

En godkendt revisionsvirksomhed skal dermed overholde de pligter, der følger af revisorlovens § 29 og §§ 34-36, herunder de regler, der er udstedt med hjemmel heri. Revisionsvirksomheden skal således også efterleve de pligter, der er fastsat i bekendtgørelse om kvalitetskontrol og Revisortilsynets virksomhed (dagældende bekendtgørelse nr. 625 af 14. juni 2012). Herunder skal fristen for indsendelse af kvalitetskontrollantens erklæring i henhold til bekendtgørelsen ligeledes overholdes.

Det fremgår af revisorlovens § 14, stk. 2, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fratage en revisionsvirksomhed godkendelsen, hvis denne nægter at lade sig undergive reglerne om kvalitetskontrol efter lovens § 29.

...

Styrelsens bemærkninger og konklusion

Styrelsen har foretaget en gennemgang af sagen og har følgende bemærkninger.

Revisionsvirksomheden anfører, at A har været en del plaget af sygdom.

Revisortilsynet har imidlertid givet K1 en række frister for at indsende lægeerklæring eller indgå aftalen om kvalitetskontrollens gennemførelse, ligesom styrelsen også gav revisionsvirksomheden mulighed for at indsende en erklæring om kvalitetskontrollens gennemførelse, forinden der ville blive truffet endelig afgørelse i sagen.

Lovpligtig kvalitetskontrol er af afgørende betydning for brugers tillid til revisorerklæringer. Denne tillid vil kunne svækkes, hvis revisorer kan blive ved med at søge udsættelse med kvalitetskontrollen uden dette får konsekvenser for revisorerne.

Det er på denne baggrund styrelsens opfattelse, at revisionsvirksomheden ikke på noget tidspunkt har udvist vilje til at lade sig underlægge den lovpligtige kvalitetskontrol, og at klagers oplysninger om sygdom ikke kan føre til noget andet resultat.

Styrelsen fastholder derfor afgørelsen om frakendelse af godkendelsen af K1 som revisionsvirksomhed.

...”

Erhvervsstyrelsen har den 20. september 2013 meddelt, at styrelsen ikke vil slette virksomheden i registeret over godkendte revisionsvirksomheder inden ankenævnets afgørelse foreligger.

Registreret revisor A har ved mail af 13. oktober 2013 bemærket:

” ...

Jeg tillader mig at henvise til min mail af 1. august 2013 hvor jeg bl.a. gør rede for mine personlige forhold samt min nuværende situation.

Jeg vil gentage, at jeg framelder mig Revi-reg snarest, i det afhændelsen af min virksomhed er ved at "falde på plads", og senest 1. januar 2014.

...”

Ankenævnet udtaler:

Det følger af revisorlovens § 29, at en revisionsvirksomhed og de heri beskæftigede revisorer har pligt til at underkaste sig kvalitetskontrol, og det fremgår af revisorlovens § 14, stk. 2, at Erhvervsstyrelsen kan fratage en revisionsvirksomhed godkendelsen, hvis denne nægter at lade sig undergive reglerne om kvalitetskontrol.

Efter det oplyste har Erhvervsstyrelsen ikke modtaget erklæring om gennemført kvalitetskontrol, og K1 har, uanset en række meddelte fristforlængelser fra Revisortilsynet og Erhvervsstyrelsen, ikke iværksat den lovpligtige kvalitetskontrol i 2012.

Efter sagens forløb tiltræder Erhvervsankenævnet derfor, at Erhvervsstyrelsen har frataget K1 godkendelsen som revisionsvirksomhed og som følge deraf vil slette virksomheden i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. juli 2013.

4.10. HVIDVASKLOVEN

42) Kendelse af 15. oktober 2013 (J.nr. 2012-0032842)

Tiltrådt styrelsens nægtelse af sletning af virksomhed fra hvidvaskregistret.
Hvidvaskloven.

(Anders Hjulmand, Elisabeth Stamer og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 8. oktober 2012 har advokat A på vegne af K smba klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 19. september 2012 har nægtet at slette virksomheden fra hvidvaskregisteret (hvl-reg) med virkning fra 1. marts 2010.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 17. oktober 2012 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”Sagens faktiske omstændigheder:

Den 24. februar 2010 modtog Erhvervsstyrelsen en anmeldelse om at registrere K i styrelsens særlige register, hvl-reg, for virksomheder, der driver virksomhed i henhold til hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 18. Styrelsen nægtede at registrere anmeldelsen med henvisning til, at en af deltagerne var dømt for et strafbart forhold, som styrelsen anså for at være til hinder for registrering.

Styrelsen modtog herefter meddelelse om, at den pågældende deltager var udtrådt af selskabet, og styrelsen modtog en anmeldelse dateret den 16. marts 2010 om optagelse i registeret.

Styrelsen registrerede herefter selskabet i hvl-reg den (dato). marts 2010.

Som led i styrelsens risikobaserede tilsyn udtog styrelsen selskabet til tilsyn den 10. februar 2011.

Tilsynet blev afholdt den 21. marts 2011. ...

Ved mail af 11. september 2012 sendte klagerens advokat kopi af en anmeldelse om sletning af K fra hvl-reg. Anmeldelsen var efter sit indhold underskrevet og dateret den 20. marts 2010. Klagerens advokat var efter det oplyste i tvivl om, hvorvidt anmeldelsen var modtaget i styrelsen og bad styrelsen om at berigtige registreringsforholdene for selskabet, således at selskabet blev slettet med virkning pr. 1. marts 2010.

Styrelsen bekræftede modtagelsen af mailen den 13. september 2012 med samtidig oplysning om, hvilket j.nr. sagen havde fået.

Ved den påklagede afgørelse af 19. september 2012 nægtede styrelsen at registrere anmeldelsen bl.a. med henvisning til, at anmeldelsen ikke tidligere havde været modtaget i styrelsen, og at klageren ikke havde reageret i forbindelse med meddelelsen om optagelsen i registreret eller i forbindelse med det senere tilsynsmøde. Der henvises nærmere herom til den påklagede afgørelse.

...”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. september 2012 hedder det:

”K SMBA

Erhvervsstyrelsen har modtaget Deres mail af 11. september 2012 vedhæftet en kopi af en anmodning om sletning af K SMBA fra hvidvaskeregisteret (hvl-reg) med virkning fra den 1. marts 2010.

I den anledning kan vi oplyse, at Erhvervsstyrelsen ikke tidligere har modtaget en anmodning om sletning af virksomheden.

K SMBA er optaget i registreret den (dato). marts 2010. Optagelsen er sket på baggrund af en ansøgning dateret (dato). marts 2010.

Den fremsendte anmodning om sletning af virksomheden er dateret den 20. marts 2010.

Erhvervsstyrelsen har på baggrund af det fremsendte materiale foretaget en gennemgang af sagen vedrørende K SMBA.

Erhvervsstyrelsen finder som følge heraf ikke belæg for at slette virksomheden pr. 20. marts 2010, dvs. ... dage efter at virksomheden søgte om at blive optaget i registret, og inden virksomheden blev optaget i registret.

Erhvervsstyrelsen fremhæver i den forbindelse, at styrelsen ikke modtog nogen reaktion fra virksomheden, da styrelsen meddelte virksomheden, at den var optaget i registret. Virksomheden har ligeledes ikke nævnt dette forhold over for styrelsen, da styrelsen den 21. marts 2011 var på tilsyn hos virksomheden. Da styrelsen var på tilsynsbesøg, kunne det endvidere konstateres, at virksomheden efter styrelsens opfattelse udøvede aktiviteter, der forudsætter registrering i HVL-reg., ligesom virksomhedens egne oplysninger forud for tilsynsbesøget bekræfter dette.

...”

I klageskrivelsen af 8. oktober 2012 har advokat A anført:

” ...

Som begrundelse for ikke-sletning anfører Erhvervsstyrelsen, at man ikke tidligere har modtaget afmeldingsblanket dateret 20/3 2010 med virkning pr. 1/3 2010. Dette er i sig selv ikke et materiel korrekt grundlag for afslag, jf. nærmere nedenfor.

Klager og klagers rådgiver ved ikke, hvorfor afmeldingsblanketten ikke tidligere er modtaget af Erhvervsstyrelsen. Afmeldingsblanketten er sendt pr. post ganske som mange andre blanketter, der fremsendes til Erhvervsstyrelsen.

Klagers rådgiver er dog ofte ude for, at materiale fremsendt til Erhvervsstyrelsen forsvinder eller ikke når frem – hvorved relevante blanketter skal genfremsendes. Endvidere forekommer det også, at selv når en blanket er modtaget, så sker der fejl hos Erhvervsstyrelsen, hvorved visse forhold ikke bliver registreret. Normalt findes der en løsning, så relevante forhold blive registreret eller afmeldt.

I 2010 forsøgte klagers rådgiver og klager forgæves at få adgang til det offentlige register på domænet www.hvl-reg.dk. Tilsvarende har klagers rådgiver i forbindelse med udarbejdelse af denne klage. Sitet eksisterer ikke jf. ... www.hvl-reg.dk med fejlmeldinger ...

Det forhold, at klager – efter Erhvervsstyrelsens opfattelse og ukendte målestok – ikke har reageret eller ikke har reageret som ønsket, er et forhold, som klager ikke skal stilles til ansvar for. Klager har indsendt en anmeldelse af sletning, og er gået fra at denne var behørigt registreret. Det forhold, at der bliver sendt et brev om tilsyn, har klager opfattet som et servicebesøg, hvilket klager ikke anså for at være problematisk. ..., [Klager] har været i besiddelse af ID mv. for samtlige personer og virksomheder, som klager og B er selskabsdeltager i og sammen med.

I sit afslag anfører Erhvervsstyrelsen yderligere, at den ikke finder belæg for at slette virksomheden pr. 20/3 2012 – altså 4 dage efter, at den ansøgte om at blive optaget i registeret og inden virksomheden blev optaget i registeret (ansøgning dateret 16/3 2010 – med virkning pr. 1/3 2010). Dette må være en fejlfortolkning fra Erhvervsstyrelsens side.

Virksomheden ønsker rettelig at nulstille anmodning om registrering i HVL-registeret dateret 16/3 2010 med virkning pr. 1/3 2010. Derfor skal sletning/afmelding ske pr. 1/3 2010, da virksomheden ikke finder at skulle være registreret i HVL-registeret. ... [Af] Erhvervsstyrelsens nyhedsmeddelelse af 20/9 2010, ... fremgår, at det kun er advokater og revisorer, der må oprette selskaber for andre, men at det dog **ikke er ulovligt at oprette selskaber til sig selv**. Det bl.a. netop dette forhold, som er omdrejningspunktet, idet K og/eller B er selskabsdeltager(e) i de virksomheder, som er oprettet. Når man selv er deltager i selskaber, skal man ikke være registreret i HVL-registeret.

Af LBK nr. 559 af 19/05/2010, lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, følger af Kapitel 3, Registrering og retsevne, § 8: ”Virksomheder med begrænset ansvar, jf. § 3, skal af bestyrelsen, direktionen eller det tilsvaren-

de ledelsesorgan anmeldes til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen”.

Yderligere er der i forhold til virksomheder og selskabsdeltagere primært tale om relationer til personer og/eller virksomheder, som er ”gamle bekendte”. De ultimative ejere altså personer, som B og andre har kendt i længere årrække – måske op til 15-20 år. Risikovurderingen er altså til enhver tid baseret på det årelange, gensidige bekendtskab – og uanset registrering eller ikke-registrering i HVL-registeret.

Af BEK nr. 1197 af 10/12 2008, § 5, følger, at en virksomhed har PLIGT til at anmelde sig til sletning af hvl-reg.dk, når de ikke længere er omfattet af (hvidvask-)lovens § 1, nr. 11 og 18. Sidstnævnte er relevant for klager jf. nedenfor angående redegørelse til SØK.

Registrering/notering af en afmeldingsblanket burde være en simpelt administrativ ekspeditionssag, som ikke påkalder sig opmærksomhed. I denne sag er forholdet nu oppustet til at være noget mere. I de 30 år, hvor klagers rådgiver har bistået erhvervsvirksomheder med registrering af og ophør af virksomhed samt øvrige registreringer mv., er det første gang, at klagers rådgiver har oplevet, at Erhvervsstyrelsen har fastholdt en registrering, når der er indsendt anmeldelse om ophør/sletning.

...

Det er beklageligvis klagers opfattelse, at Erhvervsstyrelsens chefkonsulent ... – efter at have fået underkendt sin afgørelse om afslag af registrering af virksomheden i HVL-registret som følge af C's deltagelse – bærer et personligt nag til virksomheden. Der henvises til Erhvervsankenævnets afgørelse af 6/10 2011, j.nr. 2010-0021587.

Den efterfølgende sagsbehandling hos Erhvervsstyrelsen bærer beklageligvis også præg af dette nag, ligesom sagsbehandlingen er usaglig og disproportional. ...

Den reelle begrundelse for, at Erhvervsstyrelsen ikke vil slette virksomheden af og/eller anerkende den fremsendte anmeldelsesblanket om sletning fra HVL-registeret med virkning pr. 1/3 2010, ... er, at Erhvervsstyrelsen ... har indgivet politianmeldelse mod klager, hvorfor der p.t. verserer en straffesag.

...[Det fremgår] af brev af 1/9 2011 fra Erhvervsankenævnet i den tidligere klagesag j.nr. 2010-0021587, ..., at politianmeldelsen blev forsøgt inddraget i daværende klagesag uden behørig grund. Et forhold, der er i strid med samtlige principper om god forvaltningsskik og objektivitet, hvorved hele officialmaksimen tilsidesættes.

Hvis Erhvervsstyrelsen sletter virksomheden og/eller registrerer afmelding pr. 1/3 2010, så har Erhvervsstyrelsen udøvet en grov myndighedsfejl, der er ansvarspådragende, og det er i realiteten dette forhold, som Erhvervsstyrelsen forsøger at dække over.

Hvis klagers anmodning om afmelding/sletning fra HVL-registeret den 20/3

2010 anerkendes/noteres medvirkning pr. 1/3 2010, så har Erhvervsstyrelsen uden grund indgivet en politianmeldelse for et forhold uden juridisk belæg, og dette er ikke godt, når man nu – også i medierne – har udråbt klager til at være en ”lovovertræder af rang i forhold til økonomisk kriminalitet”, og yderligere har fremhævet at straffesagen er en prøvesag, som er vigtig for Erhvervsstyrelsen.

... [Der henvises til] ... 2 artikler, der er bragt i ... [avis] den ... [dato]. I begge artikler, er det kun klager, der er nævnt med navns nævnelse. Artiklerne er stærkt injurierende. Yderligere kan konkret udledes, at netop straffesagen mod klager er en prøvesag og derfor vigtig for Erhvervsstyrelsen.

I straffesagen har klagers rådgiver udarbejde en redegørelse til SØK ..., hvori redegøres for, hvorfor klager ikke skal være registreret i HVL-registeret og yderligere tilbageviser de forhold, som Erhvervsstyrelsen har lagt til grund for det såkaldte ”påbud”.

I tilknytning [henvises] til..., artikel fra Erhvervsstyrelsens hjemmeside vedrørende ”Hvad er virksomhedernes forpligtelser”, ... Det er særligt forholdet med økonomiske transaktioner, som hverken klager eller B medvirker til, idet samtlige virksomheder (og altså dermed også klager og B) alene forestår sædvanlig drift indenfor virksomhedernes respektive brancher.

Ved en nærlæsning af Erhvervsstyrelsens breve og fremstilling af sagen kan man – når man har indsigt i klagers forhold, se, at ...[styrelsen] forsøger at bekrige klager. Det forhold, som ...[styrelsen] overser, er, at der – for at overholde EU-direktiver – også er indført regler, der lemper for legitimationsproceduren og i det hele fritager både fysiske og juridiske personer fra hvidvaskloven.

Ganske som det er inden for aftaleretten, er det ikke nok blot at ”se på overskriften”; der skal foretages en konkret, materiel vurdering af indholdet. I forhold til klager, ønsker [styrelsen] alene at se på overskriften, men glemmer – også som led i officialmaksimen og samtlige principper for god forvaltningsskik – at foretage en vurdering af, hvad virksomhederne reelt har af driftsaktivitet. Tilsvarende i relation til B.

Erhvervsstyrelsen – ... – må have overset at BKG nr. 712 af 1/7 2008 om hvilke fysiske og juridiske personer samt produkter, der kan undtages fra lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme [...], indeholder bestemmelser om dels undtagelse fra legitimationsproceduren, [på nærmere angivne betingelser]

...

Yderligere har Erhvervsstyrelsen – ... – overset, at BKG nr. 712 af 1/7 2008 om hvilke fysiske og juridiske personer samt produkter, der kan undtages fra lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme [...], UNDTAGER juridiske og fysiske personer vedrørende:

Finansiell aktivitet, der udøves lejlighedsvis eller i et meget begrænset omfang

...

Afslag til klager på sletning fra HVL-registeret, ..., er ulovhjemlet og uden materielt indhold. Det viser i bedste fald, at der føres en "heksejagt" mod klager og B, også i offentlige medier. Der er tale om et forhold, der ligger langt ud over, hvad der er rimeligt – og som i øvrigt også er i strid med klagers og B's retssikkerhed. Det må være klager, som bedst ved, om man er pligtig til at være registreret i HVL-registeret.

Ifølge officialmaximen, som Erhvervsstyrelsen og enhver medarbejder i den offentlige tjeneste er omfattet af, skal Erhvervsstyrelsen selvstændigt fremdrage samtlige forhold, der tale til fordel eller til ulempe for en borger, herunder i forhold til det formål, der ligger bag muligheden for en godkendelse eller et afslag. Normalt skal Erhvervsstyrelsen på baggrund af disse samlede forhold foretage en saglig, konkret og individuel helhedsvurdering før der træffes en afgørelse, MEN i denne sag har Erhvervsstyrelsen imidlertid ikke et valg, da der ikke er hjemmel til at nægte sletning fra registeret.

Når der ikke er lovhjemmel til at nægte noget, skal Erhvervsstyrelsen imødekomme klagers anmodning, og sker dette ikke, er der tale om en myndighedsudøvelse, der bærer præg af alt andet end sædvanlig sagsbehandling, idet Erhvervsstyrelsen herved tvinger klager og B at tåle noget, nemlig manglende sletning af registeret – og som følge heraf uretmæssig at blive inddraget i en straffesag. Afslag på sletning har meget stor og væsentlig betydning, også af personlig og individuel karakter, for klagers og B's fremtidige muligheder, herunder særligt erhvervmæssigt.

Af BEK nr. 1197 af 10/12 2008, § 5, følger kun, at en virksomhed har PLIGT til at anmelde sig til sletning af hvl-reg.dk, når de ikke længere er omfattet af (hvidvask-)lovens § 1, nr. 11 og 18. Det fremgår ikke, at Erhvervsstyrelsen kan nægte at registrere en sådan anmeldelse om sletning. Erhvervsstyrelsen kan kun nægte at registrere fysiske og juridiske personer, hvis vilkår for registrering ikke er opfyldt.

På vegne af klager gøres gældende,

- At – klagers anmeldelse af 20/3 2010 om afmelding/sletning af HVL-registeret med virkning pr. 1/3 2010 burde være imødekommet, da der ikke er hjemmel til at nægte sletning af personer eller virksomheder, der ikke omfattes af hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 18,
- At – klagers anmeldelse om afmelding/sletning af HVL-registeret af 20/3 2010 med virkning pr. 1/3 2010 skal imødekommes, da den omstændighed, at Erhvervsstyrelsen uberettiget har nægtet at slette klager fra registret med virkning pr. den 1/3 2010, ikke skal komme klager til skade,
- At – at en nægtelse af sletning af klager fra HVL-registeret er ulovhjemlet,
- At – klager har pligt til at anmelde sletning fra HVL-registeret jf. BEK nr. 1197 af 10/12 2008, § 5, når man ikke længere er omfattet af loven,

At – at en nægtelse af sletning af klager fra HVL-registreret alene understøtter klagers opfattelse af, at der er tale om en ”heksejagt” med deraf følgende offentlig ydmygelse (udråbt som kriminel i offentlige medier), der har stor og væsentlig betydning, også af personlig og individuel karakter.

Yderligere gøres gældende,

At – klager har et retskrav på at blive slettet fra HVL-registeret med virkning pr. 1/3 2010

At – klagers retskrav på sletning fra HVL-registeret ikke kan nægtes med begrundelse om, at anmeldelse ikke tidligere er modtaget.

...”

I førnævnte redegørelse af 17. oktober 2012 har Erhvervsstyrelsen yderligere udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder:

Det kan undre, at klageren indgav ansøgning om optagelse i registret den (...dato). marts 2010 for så - angiveligt - 4 dage efter den (...dato). marts 2010 at anmode om at blive slettet af registreret - i øvrigt på et tidspunkt, hvor selskabet endnu ikke var blevet registreret.

Styrelsen står uforstående over for, hvorfor K ikke i forbindelse med, at styrelsen den 25. marts 2010 meddelte selskabet, at dets ansøgning om optagelse i hvl-reg var imødekommet, gjorde styrelsen opmærksom på, at selskabet alligevel ikke ønskede at blive optaget i registeret. Det ville ellers efter styrelsens opfattelse have været nærliggende.

Styrelsen står også uforstående over for, hvorfor klageren ikke på tilsynsmødet den 21. marts 2011 – eller tidligere - spurgte ind til, hvorfor styrelsen kom på tilsyn, når nu klageren var af den opfattelse, at selskabet ikke var omfattet af hvidvaskloven og havde afmeldt sig i hvl-reg. Det ville også have været nærliggende.

Styrelsen står i det hele taget meget uforstående overfor, hvorfor klageren eller klagerens advokat først nu - 2 ½ år efter den påståede indsendelse af anmeldelsen om sletning af virksomheden fra hvl-registreret skulle være indsendt hævder, at der har tidligere været indsendt en anmeldelse herom.

Ligesom styrelsen sendte en bekræftelse på, at selskabet var optaget i registret, ville styrelsen også have sendt – som styrelsen altid gør det – en bekræftelse på sletningen, hvis styrelsen havde modtaget anmeldelsen, jf. § 8 i bekendtgørelse om anmeldelse af og registrering af bl.a. udbydere af tjenesteydelser, hvoraf fremgår, at styrelsen meddeler virksomheden om registreringen.

Styrelsen undrer sig således over, at klageren ikke reagerede over manglende bekræftelse på anmodningen om sletningen. Selskabet kunne i øvrigt også selv have undersøgt, om sletningen var gennemført ved opslag på <http://hvl-reg.eogs.dk/>. Hvis klageren ikke kunne åbne linket, kunne klageren have ringet til styrelsen og søgt vejledning eller spurgt, om sletningen var foretaget.

Styrelsen kan blot konstatere, at styrelsen ikke tidligere har modtaget anmodningen om sletning.

Styrelsen kan ikke registrere en anmodning om sletning, som styrelsen ikke har modtaget.

Som følge heraf fastholder styrelsen den påklagede afgørelse.

Klagerens advokat har fremført en række forhold, som efter styrelsens opfattelse ikke er relevant for sagens afgørelse.

...

Erhvervsstyrelsen skal afslutningsvis henlede ankenævnets opmærksomhed på, at der pt. verserer en straffesag ved Københavns Byret mod klagerens klient, som klagerens advokat også er forsvarer for. Den indgivne klage medfører således, at ankenævnet inddrages i en straffesag, hvilket ankenævnet efter styrelsens opfattelse bør være opmærksomt på.”

I skrivelse af 26. november 2012 har advokat A yderligere anført:

” ...

Det fremgår af samtlige lov og lovebekendtgørelser, at HVL-Registeret skal føres under domænet: HVL-reg.dk

Formålet med domænet har været, at virksomheder og personer har mulighed for digitalt at registrere sig hos HVL-registeret, men også digitalt at kunne afmelde sig.

Som det tidligere er fremført af klager, har domænet HVL-Reg.dk aldrig eksisteret. Også klagers rådgiver har forgæves forsøgt at fremfinde domænet ved søgning, herunder på Erhvervsstyrelsens hjemmeside.

Klager har – udelukkende efter henstilling og vejledning fra Erhvervsstyrelsen – indgivet anmodning om registrering i HVL-registeret. I forbindelse med anmodningen, har klager undersøgt forholdet nærmere, herunder om det var korrekt, at klager skulle være registreret i HVL-registeret. Efter en nærmere gennemgang af diverse lovebekendtgørelser og vejledninger mv., fandt klager, at man ikke var pligtig at være registreret i HVL-registeret, da man ikke opfylder vilkår for at skulle være registreret, og derfor fremsendtes anmodning om afmelding fra HVL-registeret.

Da det ikke er usædvanlig, at man ikke modtager kvittering på afmelding eller berigtigelse af indsendte, men ikke registrerede afmeldinger fra registreringer har klager ikke studset over ikke at modtage en kvittering.

I forbindelse med en generel juridisk gennemgang af klagers forhold, opstod der usikkerhed om, hvorvidt klager i realiteten var blevet afmeldt fra HVL-registeret som anmodet. Derfor genfremsendtes anmodning om afmelding – ganske som klagers rådgiver sædvanligvis gør, når det ønskes bekræftet om en afmelding er sket eller skal berigtiges.

Dato for indsendelse af anmodning om registrering i HVL-registeret og dato for anmodning om sletning af HVL-registeret er i realiteten uden betydning, idet det væsentligste er, at klager ønsker at få berigtiget en fejltagtig registrering i HVL-registeret med virkning pr. 1/3 2010.

Det er ulovhjemlet og uden materiel realitet, når Erhvervsstyrelsen i sit indlæg ..., anfører, at Erhvervsstyrelsen nægter at berigtige forholdet med afmelding fordi 1) den ikke er modtaget før og 2) fordi klager ikke reagerede i forbindelse med registrering og 3) fordi man klager ikke reagerede ved kontrolbesøg.

Ad 1)

Det er ikke usædvanligt, at indsendte anmeldelser forsvinder hos Erhvervsstyrelsen.

Da Erhvervsstyrelsen ikke har gjort gældende, at man har haft postleveringsproblemer eller andet, så er det juridiske udgangspunkt, at breve der er afsendt, også er modtaget. Det må være Erhvervsstyrelsen der løfter bevisbyrden for, at anmeldelse i realiteten ikke er modtaget – og denne bevisbyrde er ikke løftet.

At klager er blevet i tvivl om, om et forhold er registreret og i givet fald ønsker at få det berigtiget, kan ikke danne grundlag for en nægtelse af berigtigelse af forholdet.

Da pågældende domæne HVL-reg.dk positivt ikke har eksisteret – hvilket Erhvervsstyrelsen gøre gældende at <http://hvl-reg.eogs.dk> har – har Erhvervsstyrelsen frataget samtlige virksomheder og personer muligheden for selv at afgøre, om man vil afmeldes fra HVL-registeret. Dette er ulovhjemlet og i strid med principperne for god forvaltningsskik, når det gøres gældende, at domænet er elektronisk tilgængeligt.

Da klagers anmodning er en berigtigelse af et forhold pr. 1/3 2010, har det været nødvendigt at få Erhvervsstyrelsen til at gøre dette – dels fordi domænet hvl-reg.dk ikke har eksisteret og dels fordi det viser sig, at man ikke kan afmelde sig fra <http://hvl-reg.eogs.dk> med tilbagevirkende kraft.

Klager beder ikke Erhvervsstyrelsen om at registrere et af Erhvervsstyrelsen påstået ikke-modtaget anmodning, men om at berigtige den anmodning om sletning, som nu er modtaget.

Årsagen til, at Erhvervsstyrelsen ikke ønsker at berigtige forholdet er alene, at så er den mod klager indgivne politianmeldelse uden realitet – og dette særligt, når Erhvervsstyrelsen til offentlige medier har udtalt, at der er tale om en prøvesag.

Ad 2)

Det er Erhvervsstyrelsen egen antagelse, at klager ikke har reageret i forbindelse med registrering i HVL-registeret. Klager har netop 5 dag før registrering den (...dato) marts 2010 fremsendt anmodning om sletning – altså at man ønsker forholdet berigtiget. Se i øvrigt ad 1).

Ad 3)

Det forhold, at klager ikke har reageret i forbindelse med kontrolbesøg, er en subjektiv opfattelse fra Erhvervsstyrelsen, der er uden juridisk og materiel substans. Klager har oplyst, at det hurtigt ved besøget blev klart, at der kun var én part, som ret til at tale – og det var ikke repræsentant for klager. Klager opfattede besøget som et servicebesøg, idet driften hos klager i det væsentligste var indstillet. Henset til at klager havde indsendt anmodning om afmelding, så kunne besøget alene anses for at være et servicebesøg.

Som det følger af ...[afgørelsen], finder Erhvervsstyrelsen ikke at kunne slette klager fra registeret 4 dage efter, at virksomheden søgte om optagelse. Dette forhold viser netop, at klager med rettidig omhu har undersøgt, om det også var korrekt, at klager – som anvist fra Erhvervsstyrelsen – skulle registreres i registeret.

Som det yderligere følger af ...[afgørelsen], nederst, inddrager Erhvervsstyrelsen et ulovhjemlet forhold, nemlig at klager alene kan blive afmeldt ved fornyet ansøgning og med virkning fremadrettet.

Som det også anføres i ...[afgørelsen], er det et vilkår, at en virksomhed forud for sletning af HVL-registeret ikke udøver virksomhed, der er omfattet af hvidvaskloven. Det er netop dette forhold, som klager har forsøgt at få berigtiget.

Som det yderligere fremgår af ...[afgørelsen], så kan en virksomhed være omfattet af hvidvaskloven uden at skulle være registreret. Sidstnævnte er netop det forhold, som klager har tillagt betydning ved at anse besøget fra Erhvervsstyrelsen som et servicebesøg.

Hvem er i realiteten den bedste til at vurdere, om man skal være registreret i HVL-registeret? Erhvervsstyrelsen som ikke har foretaget en materiel vurdering af, hvad driften i klager har været, eller klager, der hver dag forestår den daglige drift?

Det fastholdes, at manglende berigtigelse af den indsendte anmodning om sletning fra HVL-registeret alene er for at kunne opretholde den i sagen uretmæssige indgivne anmeldelse til politiet fra... [Erhvervsstyrelsen] ...

Det gøres gældende, at Erhvervsstyrelsen handlemåde er ulovhjemlet og i strid med samtlige de bekendtgørelser, der gør sig gældende for hvidvaskloven, idet Erhvervsstyrelsen ikke kan nægte klager at få foretaget

en berigtigelse af registreringen – nemlig at blive slettet af hvl-registeret pr. 1/3 2010.

Det gøres gældende, at Erhvervsstyrelsen udøver en utilbørlig sagsbehandling, der udsætter klager og øvrige for ulempe, forstyrrelse, ødelæggelse af stilling og forhold, herunder integritetstab og tab af velfærd.

Ud over denne klage, vil der blive indgivet en anmodning til Folketingets Ombudsman om enten at foretage en undersøgelse af denne konkrete sag – eller at forestå en egen-undersøgelse af Erhvervsstyrelsen i forhold til styrelsens sagsbehandling vedrørende hvidvanskloven, herunder i forhold til det manglende offentligt tilgængelige, lovfæstede domæne hvl-reg.dk.”

Erhvervsstyrelsen har den 27. november 2012 meddelt, at advokat A selv har slettet K fra hvidvaskregisteret, hvl-reg, den 25. oktober 2012.

Ankenævnet udtaler:

I mangel af dokumentation fra postvæsenet for, at den manglende modtagelse i Erhvervsstyrelsen af anmeldelsen af 20. marts 2010 om sletning af K smba fra hvl-reg, skyldes fejl fra postvæsenets side ved postbesørgelsen, lægger ankenævnet til grund, at Erhvervsstyrelsen først den 11. september 2012 har modtaget en anmodning fra K smba om sletning fra hvidvask-registeret (hvl-reg). Der er herved tillige lagt vægt på, at K smba hverken ved Erhvervsstyrelsens meddelelse til selskabet om dets optagelse i hvl-reg den 25. marts 2010 eller ved styrelsens tilsynsbesøg den 21. marts 2011 har reageret overfor styrelsen.

Der ses på den baggrund ikke at være grundlag for at slette selskabet fra hvl-reg med virkning fra den 1. marts 2010.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. september 2012.

4.11. GASINSTALLATIONSLOVEN

43) Kendelse af 5. august 2013 (J.nr. 2012-0032141)

Afslag på ansøgning om autorisation som vvs-installatør med X som teknisk ansvarlig ophævet.

Lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger § 8.

(Anders Hjulmand, Ingrid Henriksen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 30. maj 2012 har advokat A på vegne af K klaget over, at Sikkerhedsstyrelsen ved skrivelse af 21. maj 2012 har afslået en ansøgning om autorisation som vvs-installatør med K som teknisk ansvarlig person.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 31. juli 2012 om sagens faktiske omstændigheder fremgår:

” ...

Autorisationssagens retlige og faktiske omstændigheder

...

8. september 2011 modtog Sikkerhedsstyrelsen en ansøgning om autorisation som vvs-installatør fra K samt i forbindelse hermed en ansøgning om godkendelse som teknisk ansvarlig fra K.

13. oktober 2011 anmodede Sikkerhedsstyrelsen om yderligere dokumentation til behandling af ansøgningen. I samme forbindelse har styrelsen anmodet K om at udfylde rubrikken i ansøgningskemaet, hvori der sættes kryds, såfremt ansøgeren ikke inden for de sidste tre år er straffet for overtrædelse af autorisationslovgivningen, herunder eventuelt gasreglementet.

17. oktober 2011 indsendte K den manglede dokumentation. I forbindelse hermed oplyste K, at han havde modtaget og betalt en bøde på 3.000 kr. for at have skrevet under på arbejde, som han ikke selv havde udført.

På baggrund af denne oplysning sammenholdte Sikkerhedsstyrelsen den nuværende ansøgningssag med det vedtagne bødeforlæg i overtrædelsessagen

Af bødeforelægget af 18. januar 2011 fremgår det, at K var sigtet for overtrædelse af bekendtgørelse nr. 1674 af 14. december 2006 om autorisation og drift af virksomhed som vvs-installatør, vand- og sanitetsmester, godkendt kompetent virksomhed eller kloakmester, § 34, stk. 1, nr. 3, jf. § 22, stk. 1, ved torsdag den 13. marts 2008, at have anmeldt en

gasinstallation på adressen ... og herved at have taget ansvaret for arbejdet, der er udført af en person, der ikke er ansat i virksomheden.

Politiet har oplyst til Sikkerhedsstyrelsen, at K har vedtaget bødeforelægget den 11. august 2011.

Idet der er sket vedtagelse og betaling af bødeforlægget, har Sikkerhedsstyrelsen lagt til grund, at der er sket overtrædelse af den pågældende bestemmelse under de faktiske omstændigheder, som bødeforelægget beskriver.

15. november 2011 meddelte Sikkerhedsstyrelsen afslag på godkendelse af K som teknisk ansvarlig person i K.

Sikkerhedsstyrelsen vurderede som baggrund herfor, at det ikke var sikkerhedsmæssigt forsvarligt at udstede en autorisation med K som teknisk ansvarlig, idet karakteren af den pågældende forseelse efter styrelsens vurdering medfører, at der kan være nærliggende fare for, at der vil ske misbrug af en autorisation.

Afslaget blev meddelt under henvisning til § 8, stk. 1, nr. 1, jf. § 7, stk. 3, i lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger, jf. lovbekendtgørelse nr. 988 af 8. december 2003 ... [om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger med senere ændringer].

22. november 2011 anmoder K Sikkerhedsstyrelsen om at genoverveje sagen.

30. november 2011 meddelte Sikkerhedsstyrelsen, at styrelsen måtte fastholde afslaget, idet ansøgeren ikke var fremkommet med nye faktiske oplysninger af betydning for sagen, hvorfor der ikke var grundlag for at ændre afgørelsen.

Ved denne beslutning lagde Sikkerhedsstyrelsen vægt på, at der ikke var klageadgang i form af administrativ rekurs. Idet der heller ikke er remonstrationsadgang i ansøgningssager om autorisationer, blev denne anmodning behandlet efter reglerne om ulovhjemlet remonstration. Sikkerhedsstyrelsen har i forbindelse hermed vurderet, at ansøgeren ikke fremkom med nye faktiske oplysninger af så væsentlig betydning for sagen, at der var en vis sandsynlighed for, at sagen ville have fået et andet udfald, hvis oplysningerne havde foreligget i forbindelse med styrelsens oprindelige stillingtagen til sagen. På baggrund heraf valgte styrelsen at fastholde sit afslag.

Desuden meddeltes det i samme skrivelse, at klagevejledningen i afslaget af 15. november 2011 ikke var korrekt, idet afslag begrundet i den pågældende bestemmelse ikke kunne indbringes for anden administrativ myndighed [§ 24 a, 1. pkt., i lovbekendtgørelse nr. 988 af 8. december 2003 om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger med senere ændringer].

2. januar 2012 fremsendte K diverse materiale, idet han på ny anmodede Sikkerhedsstyrelsen om at genoptage sagen.

30. januar 2012 oplyste Sikkerhedsstyrelsen, at afslaget fortsat måtte fastholdes, idet Sikkerhedsstyrelsen vurderede, at den fremsendte korrespondance ikke ændrede på det faktum, at ansøgeren havde erkendt sig skyldig i den pågældende forseelse, og at styrelsen ikke kunne realitetsbehandle en afgjort straffesag. Desuden vejledte styrelsen ansøgeren om at kontakte politiet for her at forespørge om muligheden for at få genoptaget straffesagen.

1. februar 2012 anmodede K pr. e-mail om at blive oplyst hvilken dato, der er gældende for, hvornår han igen kan søge om at blive teknisk ansvarlig person i firmaet.

24. februar 2012 oplyste Sikkerhedsstyrelsen, at vi havde modtaget forespørgslen af 1. februar 2012, hvortil styrelsen oplyste, at vi undersøgte sagen og lovgivningen på området, hvorefter vi ville vende tilbage med et svar.

8. maj 2012 rykkede K for svar på sin henvendelse af 1. februar 2012.

9. maj 2012 orienterede Sikkerhedsstyrelsen K om, at styrelsen var blevet opmærksom på, at ansøgningen i stedet skulle have været behandlet i henhold til § 8, stk. 1, nr. 3, i lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger, jf. lovbekendtgørelse nr. 988 af 8. december 2003 ... [om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger med senere ændringer]. I samme skrivelse oplystes det, at styrelsen var i færd med at behandle sagen og forventede at kunne fremsende en afgørelse inden for 2 uger.

Det er beklageligt, at Sikkerhedsstyrelsen i november 2011 traf afgørelse med henvisning til forkert hjemmel, nemlig lovens § 8, stk. 1, nr. 1, jf. § 7, stk. 3.

21. maj 2012 traf Sikkerhedsstyrelsen afgørelse i sagen og fremsendte sagens afgørelse til K.

...

21. maj 2012 senere på dagen oplyste K, at han var af den opfattelse, at han fortsat ikke var blevet oplyst om, hvornår han igen kan blive teknisk ansvarlig i det pågældende firma.

22. maj 2012 kontaktede Sikkerhedsstyrelsen K telefonisk, idet der henvises til Sikkerhedsstyrelsens brev af 9. maj 2012, som tillige blev forklaret og uddybet. K blev i samme forbindelse oplyst om muligheden for at klage til Erhvervsankenævnet, idet dette var næste skridt, hvis han ønskede at få sagen prøvet.

Overtrædelsessagens faktiske omstændigheder:

...

15. april 2008 anmeldte Dong Gas Distribution A/S forholdet til Sikkerhedsstyrelsen.

24. april 2008 fremsendte Sikkerhedsstyrelsen kvittering til Dong Gas Distribution A/S for modtagelse af denne anmeldelse.

9. februar 2009 anmelder Sikkerhedsstyrelsen K til Midt- og Vestsjællands Politi, hvorved sagen anses som overgivet til politiet.

11. januar 2011 anmodede Sikkerhedsstyrelsen politiet om at få oplyst, hvorvidt der var truffet afgørelse i sagen.

11. august 2011 vedtog K bødeforlæg af 18. januar 2011.

9. september 2011 modtog Sikkerhedsstyrelsen oplysning fra Midt- og Vestsjællands politi om, at sagen var afgjort, idet K den 11. august 2011 havde modtaget bødeforelæg af 18. januar 2011.”

I Sikkerhedsstyrelsens afgørelse af 21. maj 2012 hedder det blandt andet:

”Behandling på ansøgning om autorisation som vvs-installatør med K som teknisk ansvarlig person

...

Afslag på ansøgning

Sikkerhedsstyrelsen har den 8. september 2011 modtaget jeres ansøgninger om autorisation som vvs-installatør og godkendelse af K som teknisk ansvarlig person.

...

Virksomheden har i disse ansøgninger erklæret, at K inden for de sidste 3 år er straffet for overtrædelse af lov om gasinstallationer og installationer med vand- og afløbsledninger [Lovbekendtgørelse nr. 988 af 8. december 2003] eller bestemmelser udfærdiget i medfør af denne lov [Jf. § 7, stk. 3, i lovbekendtgørelse nr. 988 af 8. december 2003 med senere ændringer om gasinstallationer og installationer med vand- og afløbsledninger], idet K har modtaget og vedtaget et bødeforelæg på 3.000,- kr. for at have taget ansvar for arbejdet, der er udført af en person, der ikke er ansat i virksomheden

Begrundelse

Sikkerhedsstyrelsen har foretaget en konkret og individuel vurdering af forseelsen, der ligger til grund for den vedtagne bøde. Det fremgår af det vedtagne bødeforelæg, at K har taget ansvaret for arbejde udført af en person, der ikke er ansat i virksomheden. Forholdet er en overtrædelse af § 22, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1674 ... [af 14. december 2006 om autorisation og drift af virksomhed som vvs-installatør, vand- og kloakmester, godkendt kompetent virksomhed eller kloakmester].

Sikkerhedsstyrelsen anser en sådan overtrædelse som værende særdeles grov, idet der er tale om misbrug af de beføjelser, som en autorisation medfører.

K har som teknisk ansvarlige dermed udvist en sådan adfærd, at der efter Sikkerhedsstyrelsens vurdering er tale om en sikkerhedsrisiko.

Sikkerhedsstyrelsen vurderer derfor, at der er grund til at antage, at virksomheden på nuværende tidspunkt ikke vil blive drevet på forsvarlig måde med K som teknisk ansvarlig.

...”

I klageskrivelsen af 30. maj 2012 har advokat A anført:

” ...

Sagsfremstilling:

K har i mange år haft autorisation som vvs-installatør, men har i en periode fra 01.01.2010 – 01.11.2011 haft sin autorisation flyttet et andet firma ... som i denne periode ejede ansøgerens firma.

I forbindelse med omstruktureringer har K haft behov for at få sin autorisation tilbage til eget firma, og han har den 5. september 2011 indgivet ansøgning herom.

...

Grundlaget herfor er nærmere, at ansøgeren havde ansat en medarbejder, A. Denne var selv i besiddelse af både såkaldt A-certifikat og såkaldt B-certifikat (indreguleringsautorisation). I 2007 ønskede den ansatte dog at være selvstændig, idet han ind imellem også servicerede egne kunder, og parterne indgik en samarbejdsaftale, hvori den ansatte blev garanteret en vis minimumsomsætning i firmaet svarende til 160 timer / måned. Aftalen indeholdt ikke noget om det tekniske ansvar.

Ansættelsesaftalen blev ikke ophævet, og fra marts måned 2008 fik den ansatte igen løn som ansat i firmaet, samtidigt med, at han arbejdede som selvstændig.

I december 2007 udførte den ansatte en installation hos en kunde. Kunden var anvist af ansøgeren og blev serviceres af den ansatte i henhold til samarbejdsaftalen, men blev faktureret af den ansatte i dennes firmanavn, og ansøgeren fakturerede efterfølgende sin del af arbejdet til den ansatte. Dette beroede lidt på en tilfældighed, idet man lige så godt kunne have gjort det omvendt.

Det var ansøgeren som den umiddelbart ansvarlige over for kunden, der færdigmeldte gasinstallationen. Dette skete den 17. marts 2008.

DONG udbad sig yderligere oplysninger i sagen, hvilket man fik. Efterfølgende blev ansøgeren afhørt af politiet en gang i foråret 2010, men ellers skete der ikke noget før den 18.01.2011, da politiet udfærdigede et bødeforlæg (forkyndt den 16.02.2011) på 3.000 kr. for overtrædelse af bekendtgørelsen.

Ansøgeren protesterede mod bøden, og der blev afholdt flere møder hos Holbæk politi, men den retlige sagsbehandling trak ud, hvorfor ansøgeren i august 2011 betalte bødebeløbet for at få sagen ud af verden. Sagen er således ikke behandlet i retten, og ansøgeren er ikke frataget retten til at erhverve autorisation efter lovens § stk. 1, nr. 1. Sikkerhedsstyrelsens behandling af sagen efter denne bestemmelse var derfor indlysende fejlagtig.

Anbringender:

Som nærmere begrundelse for anken gøres det gældende, at der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at afslå ansøgningen.

Ansøgeren har tidligere haft autorisation, men har haft flyttet denne af rent forretningsmæssige årsager, og han opfylder alle krav til autorisationen. Sikkerhedsstyrelsens eneste grund til at afslå ansøgningen er således ansøgerens vandel efter lovens § 8, stk. 1, nr. 3.

Hertil gøres det gældende, at dette beror på en individuel bedømmelse, og at kriteriet er, om ansøgerens adfærd giver grund til at antage, at virksomheden ikke vil blive drevet på ansvarlig måde, og at der heri ligger en sikkerhedsrisiko.

Ved bedømmelse af det konkrete tilfælde bør der tages hensyn til, at ansøgeren som omtalt har haft en mangeårig autorisation, uden at der har været grund til kritik af arbejdet.

Desuden bør der tages hensyn til, at myndighedernes sagsbehandling med hensyn til bødeforlægget har været særdeles langsommeligt. Således fremkommer bødeforlægget først til ansøgeren 2 år og 11 måneder efter forseelsen sket, og hvis ansøgeren ikke havde betalt af sig selv, ville sagen være forældet, før den kom for retten.

Endvidere er der grund til at tro, at ansøgeren, hvis han havde vedstået sin protest mod bøden, var blevet frifundet af materielle årsager.

Gerningsindholdet af den citerede bestemmelse er, at virksomheden tager ansvar for arbejde udført af personer, der ikke er ansat i virksomheden. Dels kunne det med god mening være gjort gældende, at den pågældende faktisk var ansat i virksomheden, idet der forelå en ansættelsesaf-tale, der ikke var ophævet, og den ansatte udførte nøjagtigt det samme arbejde som hidtil omfattet af ansættelsesaftalen. I hvert fald på det tids-punkt, da den påtalte anmeldelse blev udfærdiget, fik den pågældende også almindelig løn fra virksomheden.

Dels kunne det med mening være gjort gældende, at der var tale om ind-lejning i henhold til bekendtgørelsens § 22, stk. 3. Til støtte herfor kunne anføres, at den pågældende var ”ansat” i sit eget firma og i den egenskab var udlejet til ansøgerens virksomhed i kraft af samarbejdsaftalen, som omfatter et minimumsantal timer svarende til normal fuldtidsarbejde.

Dette sammenholdt med den lange ekspeditionstid gør det sandsynligt, at ansøgeren ville være blevet frifundet, hvis han havde haft tålmodighed til at afvente retssagsbehandling af bødeforlægget.

Det gøres endeligt gældende, at selv om det lægges til grund, at ansøgeren er straffet for sin forseelse, er der alligevel ikke grundlag for at afslå ansøgning om autorisation.

Dels bør forældelsesfristen på 3 år regnes fra forseelsen og ikke fra den stærkt forsinkede afgørelse. Det gøres herved gældende, at DONG var opmærksom på den muligvis forkerte anmeldelse og har indberettet til Sikkerhedsstyrelsen allerede i marts 2008, og bødeforlæg burde derfor være udstedt senest i august 2008, hvorefter der ville være gået mere end 3 år, da ansøgningen blev indgivet i september 2011.

Det bør herunder også tages i betragtning, at behandlingen af ansøgningen har taget usædvanlig lang tid på grund af Sikkerhedsstyrelsens fejlagtige sagsbehandling, hvilket har medført en yderligere forsinkelse til skade for ansøgeren.

Dels gøres det gældende, at den forseelse, for hvilken ansøgeren er straffet, er af mindre alvorlig karakter og ikke giver grundlag for at antage, at der vil være en sikkerhedsrisiko ved at meddele autorisation.

Det gøres herunder gældende, at der alene er tale om en formel fejl, idet der ikke havde været noget problem, hvis faktureringen til kunden var sket i omvendt rækkefølge, eller hvis samarbejdsaftalen havde været benævnt indlejningsaftale og havde indeholdt en bestemmelse om det tekniske ansvar.

Endeligt bemærkes hertil, at ansøgeren ikke har skrevet under på anmeldelsen i blinde. Han havde for det første tillid til den ansatte og for det andet havde han besigtiget installationen forud for anmeldelsen. Der har der heller ikke vist sig fejl ved installationen.

De formelle forhold skal naturligvis være på plads, men i relation til spørgsmålet om karakteren af ansøgerens adfærd bør der tages hensyn til, at de reelle forhold var fuldt forsvarlige.

På det grundlag nedlægges påstand om, at autorisationen bør meddeles som ansøgt.

...”

I førnævnte af Erhvervsankenævnet indhentede redegørelse af 31. juli 2012 har Sikkerhedsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

” ...

I ...[klageskrivelsen] gør advokat A navnligt gældende, at såfremt ansøgeren ikke havde valgt at betale bøden, ville sagen være forældet, før denne kom for retten.

Da Sikkerhedsstyrelsen efterfølgende har modtaget en kopi af afgørelse i sagen, forudsættes det, at forældelsesfristen er blevet afbrudt af sigtelse af den pågældende inden forældelsesfristens udløb, eftersom sagen er fortsat og endt med en afgørelse i form af udstedelse og vedtagelse af bødeforelæg.

Advokat A bemærker desuden, at der i straffesagen med god mening kunne være gjort gældende, at den pågældende A henholdsvis var ansat i firmaet, eller at der var tale om indlejning i henhold til bekendtgørelsens § 22, stk. 3.

Sikkerhedsstyrelsen skal hertil bemærke, at det er forudsat at ansættelsesaftalen af 23. juni 2006 er ophævet, idet der efterfølgende den 28. februar 2007 er indgået en samarbejdsaftale. For så vidt angår samarbejdsaftalen bemærkes det, at denne blot var af tre måneders varighed løbende fra den 28. februar 2007, hvorfor denne ikke kan anses som værende gældende på tidspunktet for overtrædelsestidspunktet. For så vidt angår anbringendet vedrørende indlejning af arbejdskraft, skal Sikkerhedsstyrelsen bemærke, at dette kræver en skriftlig aftale med den virksomhed, som den pågældende normalt er tilknyttet [Jf. § 22, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 1674 af 14. december 2006 om autorisation og drift af virksomhed som vvs-installatør, vand- og sanitetsmester, godkendt kompetent virksomhed eller kloakmester med senere ændringer]. Det skal desuden af aftalen fremgå, at den virksomhed, der benytter den lejede arbejdskraft, bærer ansvaret for det arbejde, den pågældende udfører, samt for hvilken periode den pågældende er indlejet i firmaet. Den pågældende skal endvidere være omfattet af den autoriserede virksomheds kvalitetsstyringssystem. Idet det er den autoriserede virksomhed, der tilbyder kunderne at udføre arbejdet, samt har ansvaret for arbejdets udførsel og for at de øvrige regler for autorisationsområdet overholdes, vil det i et sådant tilfælde desuden være den autoriserede virksomhed, der sender faktura til kunden. Dette ses ikke at være tilfældet i denne sag, idet fakturaen for arbejdet er udarbejdet af A. Sikkerhedsstyrelsen har derfor vurderet, at A på tidspunktet for overtrædelsen hverken var ansat eller indlejet i K.

Sikkerhedsstyrelsen har ikke yderligere kommentarer til advokat As anbringender, idet styrelsen er af den opfattelse, at omstændighederne omkring de øvrige anbringender har været overvejet i løbet af styrelsens behandling af sagen. Sikkerhedsstyrelsens afgørelse er derfor blandt andet truffet på baggrund resultatet af disse overvejelser, hvorfor yderligere kommentarer til disse vil blive en gentagelse af begrundelserne for styrelsens sagsbehandlingsskridt. I øvrigt henvises der til begrundelsen i seneste afgørelse af 21. maj 2012.

...”

I skrivelse af 14. august 2012 har advokat A yderligere anført:

”...

Sikkerhedsstyrelsens skrivelse af den 31. juli 2012 giver anledning til at bemærke, at der i hvert fald er en enkelt misforståelse hos Sikkerhedsstyrelsen.

Den samarbejdsaftale, der bestod mellem ansøgeren og den omtalte A, og som blev indgået den 28. februar 2007, bestod ikke kun i tre måneder. Faktisk varede den ved indtil januar 2010, hvilket kan dokumenteres ved afregninger, hvis det ønskes. Misforståelsen opstår, fordi aftalen, der er formuleret af ikke-jurister, indeholder følgende klausul: ”Aftalen er løbende og er på 3 mdr. varighed”. Dette er selvmodsigende, idet en løbende aftale definatorisk ikke er tidsbegrænset. Det skal da også forstås sådan, at der er en løbende aftale med 3 måneders opsigelse.

Bortset fra det er Sikringsstyrelsens beskrivelse af faktum i orden.

Jeg gør gældende, at der ved bedømmelsen af sagen skal lægges vægt på, at den forseelse, min klient har begået, dels ikke er af en så alvorlig karakter, at det bør koste hans autorisation, dels at den ligger så langt tilbage, og at han i øvrigt har udført en lydefri vandel i sit erhverv, til kundernes, herunder DONG's tilfredshed, at en fratagelse af autorisationen virker ude af proportioner.”

Sikkerhedsstyrelsen har ved skrivelse af 24. august 2012 heroverfor bemærket:

”... Sikkerhedsstyrelsen [vil] gerne pointere, at en virksomhed kun lovligt kan tage ansvar for personer, som ikke er ansat i virksomheden, såfremt der udarbejdes en aftale om udlejning med den virksomhed, hvor den pågældende normalt er tilknyttet. Det er blandt andet hertil et krav, at det af denne aftale skal fremgå, for hvilken periode den pågældende er udlejet [Jf. § 22, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 1674 af 14. december 2006 om autorisation og drift af virksomhed som vvs-installatør, vand- og sanitetsmester, godkendt kompetent virksomhed eller kloakmester].

Sikkerhedsstyrelsen er af den opfattelse, at en gyldig indlejningsaftale skal indeholde en fastsat tidsbegrænset periode, for hvilken den pågældende er udlejet.

Sikkerhedsstyrelsen har imidlertid på baggrund af aftalens formulering vurderet, at denne netop var tidsbegrænset og af tre måneders varighed, hvorfor den ikke ansås som stadig værende gældende på tidspunktet for udførelsen af det pågældende arbejde.

Ovennævnte krav til fastsættelse af perioden i en indlejningsaftale betyder tillige, at såfremt aftalen var løbende og dermed ikke tidsbegrænset, ville denne ikke være en gyldig indlejningsaftale i henhold til bestemmelsen. Formuleringen af den pågældende aftale ville derfor i denne situation have medført, at K på sin virksomheds vegne ikke lovligt ville kunne tage ansvar for arbejde udført af A på tidspunktet for det udførte arbejde.

Sikkerhedsstyrelsen ønsker desuden at pointere, at der ikke tale er om fratagelse eller tilbagekaldelse af autorisationen, idet K ikke i forvejen var autoriseret som vvs-installatør på ansøgningstidspunktet.

Der er i stedet tale om, at styrelsen meddelte afslag på en ansøgning om godkendelse af K som teknisk ansvarlig person, grundet den i sagen omhandlede forseelse [Jf. § 8, stk. 1, nr. 3, i lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger, jf. lovbekendtgørelse nr. 988 af 8. december 2003 med senere ændringer].

På baggrund heraf fik K i samme forbindelse afslag på deres ansøgning om autorisation som vvs-installatør, idet virksomheden dermed ikke havde en person tilknyttet, som var godkendt som teknisk ansvarlig person [Jf. § 7, stk. 1, nr. 1, i lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger, jf. lovbekendtgørelse nr. 988 af 8. december 2003 med senere ændringer].

Det er en betingelse for at opnå autorisation, at der til virksomheden er tilknyttet en teknisk ansvarlig person, som Sikkerhedsstyrelsen har godkendt.

Det kan hertil oplyses, at K i mellemtiden har fået autorisation som vvs-installatør med en anden person som teknisk ansvarlig person, idet denne kunne godkendes.

Slutteligt henleder Sikkerhedsstyrelsen opmærksomheden på, at afslaget på ansøgningen om godkendelse som teknisk ansvarlig person er meddelt, fordi Sikkerhedsstyrelsen har vurderet, at K har udvist en sådan adfærd, at der på afgørelsestidspunktet var grund til at antage, at virksomheden ikke ville blive drevet på forsvarlig vis med denne som teknisk ansvarlig person.

Dette afskærer dog ikke K fra igen på et senere tidspunkt at indsende en ansøgning om godkendelse som teknisk ansvarlig person i virksomheden K.”

Advokat A har ved skrivelse af 5. september 2012 bemærket:

” ...

Det anerkendes, at ansøgeren formelt har overtrådt reglerne tilbage i 2007, men det gøres gældende, at forseelsen er af så beskeden karakter, at den ikke bør have konsekvenser for ansøgerens autorisation på nuværende tidspunkt.

Det bemærkes endvidere, at ansøgeren også i perioden fra 01.01.2010 – 01.10.2011 havde autorisation som teknisk ansvarlig i selskabet ... A/S, som han var ansat i, uden at det gav anledning til anmærkninger.

Jeg noterer mig, at Sikkerhedsstyrelsen anfører, at ansøgeren ikke er afskåret fra igen at indsende en ansøgning om autorisation, hvilket jeg forstår

derhen, at han nok kan regne med at få godkendt autorisationen ved en fornyet ansøgning.

Dette er efter min opfattelse en unødigt formalisme, og fører til den konklusion, at der ikke er reelle grunde til afslaget, men at det alene er formelle grunde, der har ført til afslaget. Jeg gør gældende, at Ankenævnet skal afgøre sagen ud fra de reelle forhold.”

Ankenævnet udtaler:

Sikkerhedsstyrelsen har i den påklagede afgørelse med henvisning til § 8, stk. 1, nr. 3, i lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger nægtet K, som driver ..., afslag på ansøgning om autorisation som vvs-installatør med ham som teknisk ansvarlig.

§ 8, stk. 1, i lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger er sålydende:

”Uanset om en virksomhed opfylder betingelserne i § 7 kan Sikkerhedsstyrelsen meddele afslag på autorisation eller godkendelse som kompetent virksomhed eller godkendelse som teknisk ansvarlig person i følgende tilfælde:

...

- 3) Såfremt virksomhedens indehaver eller administrerende direktør eller den teknisk ansvarlige i stilling eller erhverv i øvrigt har udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at virksomheden ikke vil blive drevet på forsvarlig måde.

...”

Af forarbejderne til § 8, stk. 1, i lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger (L 81 af 3. november 1999) fremgår blandt andet:

”I bestemmelsen foreslås en række omstændigheder, hvorunder autorisationsudstedelse kan nægtes. Dette er en videreførelse af de nugældende bestemmelser, der medfører, at autorisationsansøgeren ikke som det ellers er tilfældet, når betingelserne i § 7, stk. 1 og 2 er opfyldt har et retskrav på autorisation, når de pågældende omstændigheder foreligger. Bestemmelsen foreslås tillige at vedrøre ansøgning om godkendelse som kompetent virksomhed, således at det fremgår, at ansøgning herom tillige kan nægtes under de anførte omstændigheder.

...

Stk. 1, nr. 4 [nu nr. 3] svarer til den gældende lov. Anvendelsesområdet for bestemmelsen er for eksempel den situation, hvor den teknisk ansvarlige i en virksomhed, der ansøger om autorisation, tidligere har været ansat i en virksomhed, der har fået frakendt en autorisation eller en godkendelse som kompetent virksomhed. Såfremt det fremgår af kendelsen, at det er den teknisk ansvarlige, der har været ansvarlig for de forhold, der har ført til frakendelsen, vil en nægtelse af udstedelse af autorisation kunne begrundes hermed. Ligeledes vil bestemmelsen kunne finde anvendelse på en virksomhed med samme personkreds som en tidligere, nu ophørt virksomhed, der har fået frakendt autorisationen. Endvidere vil bestemmelsen kunne finde anvendelse i tilfælde af, at den ansøgende virksomhed eller virksomhedens teknisk ansvarlige har fået frakendt en autorisation indenfor et lignende område, f.eks, som elinstallatør. Det er som hidtil ved anvendelsen af nr. 4 [nu nr. 3] forudsat, at der kun tages hensyn til forhold, der set i relation til forholdets karakter ligger indenfor en vis rimelig tid.”

I ansøgningskemaet om autorisation til som vvs-installatør er der en rubrik, hvor der ved afkrydsning skal gives oplysninger om ansøgeren inden for de sidste tre år er straffet for overtrædelse af autorisationslovgivningen, herunder eventuelt gasreglementet.

K har den 11. august 2011 vedtaget et bødeforelæg for overtrædelse af ”bekendtgørelse nr. 1674 af 14. december 2006 om autorisation og drift af virksomhed som vvs-installatør, vand- og sanitetsmester, godkendt kompetent virksomhed eller kloakmester, § 34, stk. 1, nr. 3, jf. § 22, stk. 1, ved den 13. marts 2008, at have anmeldt en gasinstallation på adressen ... og herved at have taget ansvaret for arbejde, som er udført af en person, der ikke var ansat i virksomheden”. Efter det oplyste anmeldte Dong Gas Distribution A/S forholdet til Sikkerhedsstyrelsen den 15. april 2008. Sikkerhedsstyrelsen politianmeldte den 9. februar 2009 K, der efter det foreliggende er afhørt af politiet en gang i foråret 2010. Efter henvendelse fra Sikkerhedsstyrelsen den 11. januar 2011 fremsendte politiet den 18. januar 2011 bødeforelægget til K.

Efter det foreliggende, herunder særligt det om overtrædelsessagens forløb oplyste, Sikkerhedsstyrelsens afgørelse af 15. november 2011, og når henses til Sikkerhedsstyrelsens tidsfrist på 3 år i ansøgningskemaet sammenholdt med lovbemærkningerne om, ”at der kun tages hensyn til forhold, der set i relation til forholdets karakter ligger indenfor en vis rimelig tid”, finder ankenævnet, at der ikke

er grundlag for at afslå ansøgningen med henvisning til § 8, stk. 1, nr. 3, i lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse med vand- og afløbsledninger.

Ankenævnet ophæver derfor Sikkerhedsstyrelsens afgørelse af 21. maj 2012.

4.12. REJSEGARANTIFONDSLOVEN

44) Kendelse af 26. marts 2013 (J.nr. 2012-0027156)

Hjemvisning til Rejsegarantifonden til fornyet behandling af sag om pålagt forhøjet garantistillelse til rejseselskab.

Rejsegarantifondsloven §§ 12a, 13 og 19.

(Anders Hjulmand, Lars Holtug og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 19. marts 2012 har advokat A på vegne af K (Rejseselskab) A/S klaget over, at Rejsegarantifonden i skrivelse af 21. februar 2012 har meddelt selskabet, at selskabet på grund af dets økonomiske forhold udgør en særlig risiko for at påføre fonden tab, og at fonden som følge heraf har pålagt det en forhøjet garantistillelse.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse har Rejsegarantifonden den 25. april 2012 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder:

K (Rejseselskab) A/S blev registreret i fonden den 2. januar 2012.

K (Rejseselskab) v/B havde været registreret i fonden siden 1997 som en personlig virksomhed. Indehaveren B ønskede at omdanne virksomheden til et selskab med henblik på at kunne gennemføre et generationsskifte og fremsendte i september 2011 anmodning om registrering af K (Rejseselskab) A/S til fonden.

Efter en gennemgang af det fremsendte materiale meddelte fonden, at selskabets økonomiske fundament ikke var tilfredsstillende, jf. nedenfor om fondens økonomiske vurdering af den konkrete sag. Samtidig hermed meddelte fonden derfor selskabet, at kapitalgrundlaget skulle forbedres markant, hvis selskabet skulle registreres på ordinær garanti. Fonden oplyste, at kapitalgrundlaget kunne forbedres via ansvarlig lånekapital, yderligere kapitalindsud, eller at en tredjepart kunne indestå, såfremt fonden fandt dennes økonomi tilfredsstillende.

Efter korrespondance mellem fonden, selskabet og selskabets revisor tilbød selskabet at etablere sig med et ansvarligt lån på kr. 3,5 mio. med udløb 1. januar 2014. Fonden fandt ikke dette forslag til forbedring af selskabets økonomi tilfredsstillende og meddelte derfor ved e-mail af 13. oktober 2011 (vedlagt som bilag ...), at det måtte forventes, at fonden

ville kræve forhøjet garanti af selskabet som betingelse for registrering. Selskabet oplyste, at man ikke udover det tidligere fremsendte ønskede at fremkomme med yderligere udtalelse.

Herefter behandlede fondens bestyrelse sagen og traf afgørelse om, at fonden ville kræve forhøjet garanti af selskabet. Afgørelsen blev meddelt klageren den 17. november 2011 og er fremlagt af klager som bilag ...

Afgørelsen blev ikke påklaget inden klagefristens udløb. B meddelte den 22. december 2011 fonden, at han ville fremsende erklæring om, at han indestod personligt for selskabet, så selskabet kunne blive registreret med ordinær garantistillelse, og at han herefter ville indbringe sagen for Erhvervsankenævnet.

På dette grundlag blev K (Rejseselskab) A/S registreret i fonden den 2. januar 2012 med en garanti på kr. 1,5 mio. og en erklæring fra B om personlig indeståelse for ethvert tab, fonden måtte lide på selskabet.

K (Rejseselskab) A/S meddelte den 23. januar 2012, at fondens afgørelse ville blive indbragt for domstolene, hvis fonden ikke traf en ny afgørelse, som kunne indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. bilag ...

På denne baggrund behandlede fondens bestyrelse sagen på ny og traf afgørelse om, at fonden ville kræve forhøjet garanti af selskabet. Afgørelsen blev meddelt klageren den 21. februar 2012 og er fremlagt af klager ...
...”

I Rejsegarantifondens afgørelse af 21. februar 2012 hedder det:

”Vedr.: K (Rejseselskab) A/S – Afgørelse om forhøjet garantistillelse

Fonden henviser til skrivelserne af 13. oktober 2011 og 17. november 2011, hvormed fonden oplyste, at K (Rejseselskab) A/S måtte forvente, at fonden som betingelse for registrering ville kræve, at selskabet afdækker fondens fulde risiko ved at stille ekstraordinært forhøjet garanti. Kopi af skrivelserne er vedlagt.

På baggrund af anmodning fra selskabet med henblik på at kunne indbringe fondens afgørelse i sagen for Erhvervsankenævnet har fondens bestyrelse på ny truffet afgørelse med hensyn til selskabets registreringsbetingelser i fonden. Bestyrelsen fastholder vurderingerne i fondens skrivelser af 13. oktober 2011 og 17. november 2011. Begrundelsen er den samme som meddelt i fondens skrivelse af 17. november 2011.

Bestyrelsen noterede sig, at selskabet kræver registrering på ordinær garanti med et ansvarligt lån, som kan afdrages, så længe soliditetsgraden herefter udgør minimum 6%, likviditetsgraden minimum 1,0 og dækningsgraden minimum 10%. Uenigheden opstår ved, at fonden herudover kræver, at egenkapitalen efter afdraget skal udgøre mindst 4% i forhold til omsætningen, og at goodwill ikke må overstige egenkapitalen.

Endvidere giver fonden ikke på forhånd bindende svar på under hvilke forudsætninger, et ansvarligt lån fremover vil kunne afdrages, fordi det er fondens generelle erfaring, at der løbende er flere forskellige forhold, der kan ændre sig væsentligt, og som derved vil påvirke beregningen af nøgletallene.

Således afslog bestyrelsen selskabets forslag om, at det ansvarlige lån kan benyttes som alternativ løsning til indeståelse fra ejeren eller forhøjet garantistillelse. Begrundelsen herfor er, at den låneaftale, selskabet har fremsendt den 23. januar 2012, ikke opfylder fondens krav, jf. ovenstående. Yderligere er det ifølge den fremsendte låneaftale selskabets ledelse, der bestemmer, hvornår der kan afdrages på lånet, og såfremt de angivne afdragsvilkår fraviges eller ændres, vil fonden først efterfølgende få besked herom. En sådan konstruktion blev vurderet som utilfredsstillende i forhold til fondens risiko.
...”

I klageskrivelse af 19. marts 2012 har advokat A anført:

”
...

PÅSTANDE

Principal:

RGF's afgørelse af 21. februar 2012 vedrørende K (Rejseselskab) A/S ændres således, at Erhvervsankenævnet fastslår, at K (Rejseselskab) A/S kan registreres i RGF mod ordinær garantistillelse, jf. rejsegarantifondslovens § 8, stk. 5.

Subsidiært:

Afgørelsen hjemvises til fornyet behandling i RGF.

...

2. SAGSFREMSTILLING

2.1 Indledning og baggrund

Registrering i RGF er en forudsætning for, at en rejsearrangør må udbyde rejsearrangementer i Danmark, jf. rejsegarantifondslovens § 8, stk. 2. En rejsearrangør skal i medfør af lovens § 8, stk. 3, stille en garanti over RGF for at blive registreret. Størrelsen af garantien beregnes ud fra lovens § 8, stk. 5. I konkrete tilfælde kan RGF kræve forhøjet garantistillelse, hvis en rejsearrangør frembyder ”...særlig risiko...” for, at fonden lider tab, jf. lovens § 19.

Et krav om forhøjet garantistillelse kan i praksis lukke en rejsevirksohed, og RGF's afgørelser herom kan blandt andet derfor indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. lovens § 24. RGF skal ikke træffe afgørelser om garantistillelse ud fra hensyn til, at RGF for enhver pris skal undgå alle risici, men med henblik på, at rejsevirksoheder skal drives på forsvarlige vilkår.

Sagen drejer sig om, hvorvidt K (Rejseselskab) A/S har krav på at blive registreret i RGF mod ordinær garantistillelse på kr. 1,5 mio., jf. rejsegarantifondslovens § 8, stk. 5, nr. 5, eller om RGF retmæssigt kan anse K (Rejseselskab) A/S for at blive drevet uforsvarligt og derfor frembyde særlig risiko. I så fald kan RGF stille krav om forhøjet garantistillelse efter rejsegarantifondslovens § 19.

K (Rejseselskab) A/S er af den opfattelse, at selskabet skal registreres mod ordinær garantistillelse, mens RGF har truffet afgørelse om, at der skal stilles forhøjet garanti. Den forhøjede garanti svarende til faktureringsbeløbet for ikke afrejste kunder vil være på ca. kr. 45 mio.

Indtil videre har K (Rejseselskab) A/S' ejer, B, afgivet personlig indeståelse for ethvert tab, som RGF måtte lide angående K (Rejseselskab) A/S' drift, jf. bilag 2, side 5, hvorved K (Rejseselskab) A/S for nærværende har undgået at stille den krævede garanti.

2.2 K (Rejseselskab) A/S

K (Rejseselskab) A/S blev stiftet den 22. december 2010 af Kjærgaard-Frederiksen Holding ApS. Selskabet er fortsat i dag 100 % ejet af Kjærgaard-Frederiksen Holding ApS. Kjærgaard-Frederiksen Holding ApS ejes 100 % af B.

Selskabets virksomhed er en uændret videreførelse af den rejsevirksomhed, der indtil 31. december 2011 blev drevet i personligt regi af B under navnet K (Rejseselskab) v/B (CVR-nr. 20 12 89 33). Den personligt drevne virksomhed er med virkning fra 1. januar 2012 overgået til selskabsform bl.a. med henblik på inden for en årrække at gennemføre generationsskifte. B er direktør i selskabet.

Den personligt drevne virksomhed blev indledt i 1997. Den har i en årrække været overordentlig profitabel. Som **bilag** ... fremlægges regnskabet for 2011. Det fremgår af regnskabet for 2011, at virksomheden i de seneste år på trods af generelt svære markedsvilkår har realiseret meget betydelige driftsoverskud. I 2011 var årets resultat tkr. 5.984, og i 2010 tkr. 5.773. Omsætningen i virksomheden har været støt voksende de seneste 5 år fra tkr. 42.148 i 2007 til tkr. 72.321 i 2011. Efter pengestrømsopgørelsen genererede virksomheden i 2010 likviditet på tkr. 3.186 og i 2011 tkr. 2.786.

I september 2011 anmodede K (Rejseselskab) A/S om registrering i RGF mod ordinær garantistillelse. Tanken var på daværende tidspunkt, at K (Rejseselskab) A/S skulle have en egenkapital på kr. 500.000. Efter at RGF i email af 14. september 2011 ... havde påpeget, at denne kapitalisering ikke var tilstrækkelig, ændrede K (Rejseselskab) A/S og selskabets ejer finansieringen, så der indgik et ansvarligt lån på kr. 3.500.000. RGF fandt stadig ikke dette tilstrækkeligt og anførte i email af 22. september 2011 ..., at der fortsat var et likviditetsunderskud på kr. 8,3 mio.

RGF traf efter yderligere korrespondance den 17. november 2011 afgørelse om, at K (Rejseselskab) A/S ikke kunne registreres i fonden mod

normal garantistillelse. Begrundelsen, der findes i afgørelsen (bilag 2, på side 1 nederst til side 3 øverst), var reelt alene, at likviditetsgraden på 0,73 blev fundet utilstrækkelig, idet ”normtallet” efter forarbejderne til rejsegarantifondsloven er 1,0.

Det fremgår af afgørelsens sidste side, at kravet om forhøjet garantistillelse kunne frafalde, hvis B afgav personlig indeståelse, en del af selskabets gæld blev gjort ansvarlig, eller hvis der blev tilført yderligere kapital. Ved ydelse af ansvarligt lån eller kapitaltilførsel skulle det være i et omfang, så ”...selskabet opfylder de fremsatte krav, jf. emails af 14. og 22. september 2011...”.

Ved brev af 23. november 2011 ... meddelte K (Rejseselskab) A/S, at selskabet agtede at lade selskabet finansiere ved et ansvarligt lån på kr. 11.769.126. Det fremgik af en samtidigt fremsendt overdragelsesbalance, at likviditetsgraden (forholdet mellem omsætningsaktiver og kortfristet gæld) derefter var 1,0. Selskabet meddelte senere, at selskabet ville respektere, at afdrag på det ansvarlige lån kun kan finde sted, hvis de i forarbejderne til rejsegarantifondsloven nævnte nøgletal er opfyldt (likviditetsgrad på 1,0, soliditetsgrad på 6 % og dækningsgrad på 10 %).

RGF har på trods af dette fastholdt beslutningen om ikke at registrere K (Rejseselskab) A/S mod ordinær garantistillelse. RGF har i den forbindelse bl.a. krævet, at det ansvarlige lån skal ydes på grundlag af en særlig aftaleskabelon, udarbejdet af RGF ... Af aftaleskabelonen fremgår en række usædvanlige begrænsninger i debtors handlefrihed, herunder vedrørende udbytteudlodning, påtagelse af garanti- eller kautionsforpligtelser, forbud mod tilrådighedsstillelse af kapital for koncernforbundne selskaber, betaling af ikke-driftsrelateret gæld mv.

Fonden kræver også, at egenkapitalen efter afdraget skal udgøre mindst 4 % af omsætningen, og at goodwill ikke må overstige egenkapitalen, jf. henvisningen i aftaleskabelonens § 1 til mailkorrespondancen af 14. og 22. september 2011.

K (Rejseselskab) A/S har fastholdt, at selskabet har krav på registrering i RGF mod ordinær garantistillelse, hvis selskabet forpligter sig til alene at afdrage på det ansvarlige lån, hvis de i forarbejderne til rejsegarantifondsloven nævnte nøgletal er opfyldt. Selskabet har til RGF fremsendt et ansvarligt lånedokument, som selskabet agter at anvende ...

RGF har fastholdt kravet om forhøjet garantistillelse. Det sker reelt fordi K (Rejseselskab) A/S ikke vil forpligte sig til, at selskabets egenkapital skal være over 4 % af omsætningen og særligt, at goodwill ikke må overstige egenkapitalen. Endvidere har RGF i afgørelsen af 21. februar 2012 (bilag 1) anført, at det ”...ifølge den fremsendte låneaftale er selskabets ledelse, der bestemmer, hvornår der kan afdrages på lånet, og såfremt de angivne afdragsvilkår fraviges eller ændres, vil fonden først efterfølgende få besked herom...”.

3. JURIDISK GRUNDLAG

Efter rejsegarantifondslovens § 19 kan RGF kræve forhøjet garantistillelse, hvis en rejsearrangør efter en konkret analyse frembyder ”særlig risiko” for, at RGF lider tab.

Det fremgår af forarbejderne til rejsegarantifondsloven, at hensigten med den nuværende § 19 var at sikre ”...muligheder for...at gribe ind over for virksomheder, der drives på et uforsvarligt økonomisk grundlag...”. [Jf. FT 2002-2003 tillæg A s. 4113.]

RGF kan kræve forhøjet garantistillelse efter § 19, hvis ”...fonden efter en konkret vurdering på baggrund af den økonomiske analyse finder, at rejsearrangøren...har en nærliggende risiko for at gå konkurs...Derved sikres det, at fonden kan gribe ind over for virksomheder, der drives på uforsvarligt økonomisk grundlag, eller som i øvrigt agerer særligt uansvarligt...”. [Jf. FT 2002-2003 tillæg A s. 4105.]

I lovbemærkningerne til lovens § 19 fremgår det, at ”...et element i den økonomiske analyse vil være om rejsearrangørens...økonomiske nøgletal afviger negativt fra de indikatorer, der er beskrevet under nr. 7, men der vil ikke være tale om, at nøgletal, der ligger under de angivne værdier, automatisk vil udløse et krav om forhøjet garantistillelse...” og ”...fondens beslutning om at kræve forhøjet garantistillelse skal således bygge på en samlet og konkret analyse af rejsearrangørens...økonomiske forhold sammenholdt med en høring af virksomhedens ledelse med henblik på at få afklaret, om det negative driftsforløb er af forbigående karakter eller ej...”. [Jf. FT 2002-2003 tillæg A s. 4113.]

De indikatorer, der henvises til, fremgår af lovbemærkninger til § 12a, og det drejer sig om soliditetsgrad, dækningsgrad og likviditetsgrad. Det fremgår, at soliditetsgraden bør være over 6 % for overskudsgivende virksomheder, at dækningsgraden bør være over 10 %, og at likviditetsgraden bør være mindst 1.

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 12a, at det ved tilsyn efter lovens § 12a skal kunne afdækkes, om ”...der findes virksomheder, der drives på et uforsvarligt økonomisk grundlag, og som derfor udgør en særlig risiko for fonden. Er det tilfældet, vil fonden kunne kræve, at rejsearrangøren/formidleren stiller en forhøjet garanti efter ... § 19...”. [Jf. FT 2002-2003 tillæg A s. 4111.]

Det fremgår af forarbejderne, at rejsearrangører, der lever op til de nævnte nøgletal, ikke bør underkastes nærmere undersøgelser og dermed heller ikke bør mødes med krav om forhøjet garantistillelse: ”...Fonden skal benytte de indsendte nøgletal som udgangspunkt for en screening af branchen med henblik på at udvælge de rejsearrangører/formidlere, som sekretariatet og fondens bestyrelse finder, at der er behov for at undersøge nærmere. Der vil være tale om rejsearrangører, hvis nøgletal afviger negativt fra en eller flere af de nedenfor nævnte indikatorer...”. [Jf. FT 2002-2003 tillæg A s. 4112.]

Hvis en rejsearrangør lever op til de tre indikatorer, er der således ikke anledning til yderligere undersøgelse af rejsearrangørens økonomiske

forhold, og dermed heller ikke anledning til krav om forhøjet garantistillelse.

4. ANBRINGENDER TIL STØTTE FOR KLAGEN

4.1 K (Rejseselskab) A/S frembyder ikke "særlig risiko" for, at fonden vil lide et tab, jf. rejsegarantifondslovens § 19

K (Rejseselskab) A/S' virksomhed frembyder ikke "særlig risiko" i den forstand, dette skal forstås efter rejsegarantifondslovens § 19. K (Rejseselskab) A/S' økonomiske stilling kan ud fra overtagelsesbalancen (fremlægges som **bilag 9**) og de senere års regnskaber (pkt. 3 fremgår K (Rejseselskab) v/B regnskab fra 2011) sammenfattes i følgende hovedtal, idet det påtænkte ansvarlige lån ubestridt kan henregnes til selskabets egenkapital:

1. Soliditet:	33,3 %	(norm: 6 %)
2. Likviditetsgrad:	1,0	(norm: 1,0)
3. Dækningsgrad:	20,6 %	(norm: 10 %)
4. Egenkapital/goodwill:	1,0	(RGF's krav: 1,0)

Baseret på omsætningsbudgettet for K (Rejseselskab) A/S for 2012 og egenkapitalen i bilag 9 (inklusive det ansvarlige lån) kan egenkapital i procent af omsætningen fastlægges til 16,4 %.

K (Rejseselskab) A/S lever således op til alle krav. Der er ifølge forarbejderne end ikke anledning til at undersøge selskabets økonomiske forhold nærmere, og der er dermed heller ikke hjemmel til at kræve, at selskabet stiller forhøjet garanti til fonden.

4.2 RGF's vurdering af særlig risiko

RGF har i afgørelsen ved vurderingen af "særlig risiko" undladt at inddrage alle relevante forhold, eller det er i hvert fald ladet uomtalt, at de relevante forhold er inddraget.

Det fremgår af forarbejderne, at en vurdering af "særlig risiko" især er relevant, hvis en virksomhed har underskud og negativ egenkapital, og hvis der (derfor) er tale om et "...negativt driftsforløb...".

K (Rejseselskab) A/S' virksomhed er som nævnt en videreførelse af den virksomhed, som hidtil blev udøvet i personligt regi i K (Rejseselskab) v/B. Virksomheden har i de seneste år udvist betydelige driftsoverskud, jf. bilag 3. I 2011 udviste årets resultat t.kr. 5.984, og i 2010 t.kr. 5.773. Omsætningen i virksomheden har været støt voksende de seneste 5 år fra t.kr. 42.148 i 2007 til t.kr. 72.321 i 2011. Efter pengestrømsopgørelsen genererede virksomheden i 2010 likviditet på t.kr. 3.186 og i 2011 t.kr. 2.786.

Disse oplysninger om driften er end ikke omtalt i afgørelsen. Det er heller ikke omtalt i afgørelsen, at dækningsgraden i virksomheden ligger

væsentligt over den dækningsgrad, der er forudsat som nødvendig i forarbejderne til rejsegarantifondsloven. I 2011 var dækningsgraden 19,8 og i 2010 var den 20,6.

Det er en klar fejl, at driftsresultaterne og dækningsgraden slet ikke er nævnt eller tillagt vægt i afgørelsen. Udgangspunktet for bedømmelsen af, om der kan kræves forhøjet garantistillelse, er netop efter forarbejderne, om der foreligger et "*...negativt driftsforløb...*". K (Rejseselskab) A/S er blandt de formentlig mest velindtjenende i branchen, og der er således som udgangspunkt ingen grund til at overveje forhøjet garantistillelse efter rejsegarantifondslovens § 19.

Hvis det i bilag 8 beskrevne ansvarlige lån til K (Rejseselskab) A/S etableres, vil også de øvrige nøgletal (udover dækningsgraden) for K (Rejseselskab) A/S ligge væsentligt over eller på niveau med de normer, der er omtalt i forarbejderne til rejsegarantifondsloven. Det er som nævnt ubestridt, at det ansvarlige lån – som det også forudsættes i RGF's mail af 14. september 2011 – i denne forbindelse skal henregnes til egenkapitalen/kapitalgrundlaget.

Det fremgår af overtagelsesbalancen (bilag 9), at likviditetsgraden pr. 1. januar 2012 var 1,0. Det fremgår også, at soliditetsgraden vil være 33,3 %. Soliditetsgraden vil således meget væsentligt overstige de 6 %, der er nævnt i forarbejderne, og likviditetsgraden vil være præcis som nævnt i forarbejderne.

Samlet vil 2 af de 3 relevante nøgletal overstige det i forarbejderne nævnte meget væsentligt, og likviditetsgraden vil være på niveau. Hertil kommer, at der som nævnt ikke foreligger noget "*...negativt driftsforløb...*" som omtalt i forarbejderne; tværtimod er der tale om en stabil endog særdeles velindtjenende virksomhed.

RGF har intet grundlag for at stille krav om forhøjet garantistillelse, hvis en rejsevirkomhed lever op til de i forarbejderne nævnte normer for likviditetsgrad, dækningsgrad og soliditetsgrad, og i øvrigt ikke har et negativt driftsforløb. Det fremgår af forarbejderne, at forhøjet sikkerhedsstillelse kan kræves, hvis der drives virksomhed på "*uforsvarligt økonomisk grundlag*" eller hvis virksomheden agerer "*særligt uansvarligt*" og hvis "*...rejsearrangøren...har en nærliggende risiko for at gå konkurs....*".

Der skal ganske meget til for, at der foreligger uansvarlighed og "*nærliggende risiko for.. konkurs*". Det er uantageligt, at der kan foreligge en sådan uansvarlighed og konkursrisiko, hvis de i forarbejderne omtalte normer for nøgletal er opfyldt. Det fremgår af forarbejderne, at negativ afvigelse fra normerne for nøgletallene ikke automatisk vil udløse krav om forhøjet garantistillelse. Det er endvidere intet steds i forarbejderne fastsat eller forudsat, at det skulle kunne komme på tale at kræve forhøjet garantistillelse, hvis normerne for soliditetsgrad, dækningsgrad og likviditetsgrad er opfyldt.

Der er sammenfattende intet uforsvarligt ved kapitalgrundlaget i K (Rejseselskab) A/S' virksomhed, hvis det ansvarlige lån ydes på de i bilag 8 beskrevne vilkår, og der er intet negativt driftsforløb. RGF har således ikke grundlag for at nægte registrering mod ordinær garantistillelse, forudsat det ansvarlige lån etableres på de i bilag 8 beskrevne vilkår.

RGF har herunder intet grundlag for at kræve, at i) egenkapitalen efter afdrag på det ansvarlige lån skal udgøre mindst 4 % af omsætningen, og at ii) værdien af goodwill ikke må overstige egenkapitalen, jf. bilag 1, side 1.

Kravet om, at egenkapitalen efter afdrag på det ansvarlige lån skal udgøre mindst 4 % i forhold til omsætningen forekommer irrelevant i lyset af, at egenkapitalen inklusive det ansvarlige lån for nærværende udgør ca. 16,4 % af den budgetterede omsætning for 2012. Hvis K (Rejseselskab) A/S anvendte væsentlige likvide midler til at nedbringe det ansvarlige lån, ville selskabets likviditetsgrad falde til under 1, længe før grænsen på 4 % af omsætningen blev nået. Vilkårene for det ansvarlige lån tillader ikke, at der afdrages på lånet, hvis likviditetsgraden derved falder til under 1. Det formål, der søges varetaget ved kravet om egenkapital på 4 %, er derfor allerede varetaget.

Kravet om at goodwill ikke må overstige egenkapitalen, er også absurd. Når K (Rejseselskab) A/S har et anlægsaktiv i form af goodwill med en værdi på kr. 10.000.000 skyldes det, at det i forbindelse med værdiansættelsen af den overdragne virksomhed har været nødvendigt at aktivere goodwill, fordi den i personligt regi drevne virksomhed har været meget profitabel. Når de i forarbejderne anførte krav i øvrigt er opfyldt, er det absurd at tænke sig, at aktiveringen af goodwill – som konkret er et udtryk for, at virksomheden er velindtjenende – skulle føre til særlige krav i forbindelse med registrering i RGF.

RGF har heller intet grundlag for at kræve, at afdrag på det ansvarlige lån kun kan finde sted efter RGF's godkendelse. K (Rejseselskab) A/S har i det ansvarlige lånedokument påtaget sig kun at afdrage på lånet, hvis de i forarbejderne nævnte nøgletal fortsat er opfyldt efter afdraget. Fondens interesser er altså varetaget. Argumentet om, at fonden først efterfølgende vil få besked, hvis afdragsvilkårene ændres eller fraviges, er hypotetisk og uden hold i virkeligheden.

Hvis fonden havde sådanne bekymringer, kunne fonden i medfør af lovens § 13 kræve, at K (Rejseselskab) A/S øjeblikkelig oplyste om alle fravigelser og ændringer, hvorefter fonden øjeblikkelig kunne kræve forhøjet garantistillelse. Hvis det i bilag 8, § 3 in fine nævnte vækker anstød hos RGF, kan det i øvrigt oplyses, at K (Rejseselskab) A/S vil være indstillet på at ændre formuleringen, således at det fremgår, at afdragsvilkårene ikke kan ændres eller fraviges uden forudgående samtykke fra RGF.
...”

I førnævnte redegørelse af 25. april 2012 har Rejsegarantifonden i øvrigt udtalt:

” ...

Påstand:

Fonden fastholder afgørelsen af 21. februar 2012 om, at K (Rejseselskab) A/S skal stille forhøjet garanti til afdækning af fondens risiko – dog mindst det i lovens § 8 stk. 5 fastsatte beløb.

Kravet vil blive frafaldet, hvis selskabet opfylder et af 3 alternative krav.

...

[a) Selskabets ejer indestår for ethvert tab, som fonden måtte få på selskabets drift

b) En del af selskabets gæld til ejeren gøres ansvarlig, således at selskabet opfylder de af fonden fremsatte krav.

c) Der tilføres kapital, således at selskabet opfylder de af fondens fremsatte krav]. Såfremt selskabet ønsker at undgå kravet om forhøjet garanti ved at etablere et ansvarligt lån, skal låneaftalen være på fondens skabelon.

Sagens retlige omstændigheder:

Ved en ændring af rejsegarantifondsloven i 2004 fik fonden i lovens § 19 hjemmel til at kræve forhøjet garanti af en rejseudbyder, hvis det efter en konkret analyse af rejseudbyderens økonomiske forhold må antages, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab.

På denne baggrund etablerede rejsegarantifonden en tilsynsfunktion, som fører tilsyn med de registrerede rejseudbyderes økonomi. Hvis tilsynet finder en rejseudbyders økonomiske forhold utilfredsstillende, kontaktes rejseudbyderen med henblik på en drøftelse af, hvorvidt der er mulighed for at konsolidere virksomheden. Såfremt det ikke er tilfældet, meddeler tilsynet, at selskabet må forvente, at fonden vil kræve, at rejseudbyderen afdækker fondens risiko ved at stille forhøjet garanti.

Ifølge § 19 stk. 1, 2. punktum skal fonden forinden der træffes afgørelse i sagen iagttage forvaltningslovens regler om partshøring og begrundelse. Derfor opfordrer tilsynet rejseudbyderen til – gerne i samarbejde med revisor eller brancheforening - at afgive en udtalelse, som forelægges fondens bestyrelse.

På baggrund af en indstilling fra tilsynet og rejseudbyderens udtalelse i sagen, træffer fondens bestyrelse afgørelse i sagen. Afgørelsen og begrundelsen herfor meddeles rejseudbyderen, som herefter har 4 uger til at indbringe afgørelsen for Erhvervsankenævnet.

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår de overvejelser, lovgiver gjorde sig i forbindelse med udarbejdelse af bestemmelsen. Uddrag af lovbemærkningerne vedlægges som bilag ...

Generelle bemærkninger om fondens grundlag for at kræve forhøjet garanti:

Det er vigtigt at kende baggrunden for, hvorfor lovgiver i forbindelse med lovændringen i 2004 besluttede at pålægge rejseudbydere at indberette tre nøgletal (soliditetsgrad, likviditetsgrad og dækningsgrad) én gang årligt.

Der var på daværende tidspunkt ca. 550 registrerede rejseudbydere i fonden. Fonden havde intet kendskab til disses økonomi, fordi fonden på daværende tidspunkt alene modtog indberetning om kvartalsvis omsætning omfattet af fondens dækning og kontrollerede, at rejseudbydere stillede garanti i forhold til omsætningens størrelse. Hvis der var tale om to rejseudbydere med samme om-sætning, stillede de ens garantier – uanset om deres økonomi var god eller dårlig.

Lovgiver var derfor opmærksom på, at fonden i første omgang ville få brug for et praktisk redskab til at screene branchen, så fonden umiddelbart efter lovændringens ikrafttræden havde et udgangspunkt for, hvilke rejseudbydere der utvivlsonst skulle ses nærmere på og udarbejdes en konkret vurdering af.

Det blev besluttet at anvende nøgletal for hhv. dækningsgrad, likviditet og soliditet, i hvilken forbindelse lovgiver hentede inspiration i de nøgletal, som luftfartsorganisationen IATA anvender ved vurdering af sine flybilletudstedende agents økonomi. Nøgletallene blev efter vedtagelsen af loven indarbejdet i en bekendtgørelse, der stiller krav om, at rejseudbydere én gang årligt – samtidig med aflæggelsen af årsrapporten - skal indberette de tre nøgletal i forbindelse med afgivelsen af revisorerklæringen vedrørende bl.a. faktureret omsætning.

Lovforslaget blev fremsat den 17. december 2003 og trådte i kraft den 1. april 2004. Fonden havde således kun ganske kort tid at vurdere de 550 registrerede rejseudbyderes økonomi, og i første omgang baserede fonden udelukkende screeningen på de tre nøgletal, således at forstå at fonden udtog de rejseudbydere, som afveg negativt på ét eller flere nøgletal, til en konkret analyse.

I 2004 bistod revisionsfirmaet C fonden med at udarbejde analyser af de største rejseudbydere, hvis nøgletal afveg fra normtallene (bortset fra de rejseudbydere, C selv var revisorer for). C bistod endvidere de regnskabskyndige medarbejdere, som fonden efterhånden fik ansat, med vejledning både vedrørende regnskabsmæssige principper og mere overordnede spørgsmål samt konkrete spørgsmål i enkeltsager. I takt med at de regnskabskyndige medarbejdere i fonden fik mere erfaring, overtog fondens sekretariat i løbet af 2005 hele arbejdet med vurdering af rejseudbyderne økonomi.

Det stod ret hurtigt klart, at de tre nøgletal ikke dannede et tilfredsstillende grundlag som udgangspunkt for, hvilke rejseudbydere der skulle udtages til nærmere analyse.

Som bekendt giver nøgletal kun et øjebliksbillede af økonomien. Årsrapporten aflægges ofte på et tidspunkt med lav aktivitet, fordi det er upraktisk at have skæringstidspunkt midt i sæsonen. Da de tre nøgletal bereg-

nes på baggrund af tallene i årsrapporten, hvor balancesummen ofte er meget lille, kan nøgletallene blive påvirket markant, så de reelt ikke afspejler selskabets faktiske finansielle styrke. Derfor må det samlede billede af økonomien nødvendigvis vurderes ved inddragelse af mange andre forhold end lige nøgletallene.

Disse forhold er forskellige fra sag til sag. Der kan bl.a. være tale om inddragelse af den forretningsmæssige og driftsmæssige risiko. Hvis den forretningsmæssige risiko er høj – fx hvis rejseudbyderen gør omfattende brug af garantisæder og garantisenge (charterrejser) - vil det alt andet lige øge usikkerheden forbundet med indtjeningen og stille større krav til kapitalstrukturen og dermed nøgletallene.

Et andet eksempel kunne være en rejseudbyder, hvis aktivmasse består af aktiver, som efter en kritisk vurdering enten bliver anset som værende af tvivlsom bonitet eller som værende langfristede på trods af, at de i årsrapporten er placeret under omsætningsaktiver. Forholdet påvirker nøgletallene, og det er således helt essentielt i en risikovurdering at forholde sig hertil og at genberegne nøgletallene, hvorefter der kan opnås et mere reelt billede af størrelsen af fondens risiko.

Der kunne også være tale om en rejseudbyder, som har opkøbt et andet Rejseselskab, hvilket kan skabe en markant goodwillpost i balancen. Såfremt indtjeningen vedrørende det købte bureau – eller de forventede synergieffekter - afviger negativt i forhold til det forventede, kan der argumenteres for, at den reelle værdi af goodwill er lavere end den bogførte værdi, dvs. at selve værdiansættelsen af aktivet ikke var korrekt. En anden problemstilling i denne sammenhæng kan være, at opkøbet af andre bureauer sker ved brug af selskabets nuværende likvide beredskab (typisk rejsekundernes forudbetalinger) og ikke via yderligere kapitalisering af selskabet, hvilket reelt betyder, at opkøbet ikke sker på ejerens risiko men derimod på fondens (og dermed de øvrige registrerede rejseudbydere). Hvis fonden i et sådant tilfælde ikke foretog omplaceringer eller nedskrivninger af aktivernes værdier, kunne nøgletallene for hhv. soliditets- og likviditetsgraden godt opfylde deres respektive normtal, samtidig med at fondens risiko reelt var høj.

Den første gennemgang af rejseudbydernes regnskaber efter lovændringen viste da også, at det var vigtigt at foretage en konkret vurdering af den enkelte rejseudbyders økonomiske forhold og samtidig forholde sig kritisk til indholdet i balancen og derved også til de nøgletal, der via revisorerklæringen blev rapporteret til fonden. Det stod således klart, at der måtte foretages en samlet vurdering af samtlige forhold omkring rejseudbydernes økonomiske og forretningsmæssige faktorer, idet fondens risikoanalyse ville blive foretaget på et utilstrækkeligt grundlag, hvis fonden alene så på de 3 nøgletal, der var nævnt i lovbemærkningerne.

C udarbejdede bl.a. et generelt notat til fonden, der fremlægges som bilag ... Det fremgår heraf, at C i forbindelse med de konkrete analyser af rejseudbydernes økonomi bl.a. omplacerede poster, idet C i notatet anførte, at det i henhold til årsregnskabsloven er muligt at indregne foreslået udbytte enten under egenkapital eller under kortfristet gæld. C indreg-

nede i over-sigten alt udbytte under kortfristet gæld og anførte, at denne klassifikation kunne have stor betydning for beregning af soliditetsgrad.

Fondens bestyrelse har siden 2004 stræbt efter at afgøre sagerne på grundlag af en grundig, konkret vurdering af økonomien i den enkelte sag, og bestyrelsen har truffet afgørelse om forhøjet garanti, hvis bestyrelsen vurderede, at der var en særlig risiko for, at fonden ville lide tab. I alle sager har der forinden bestyrelsen traf beslutningen været et forløb med undersøgelse af sagen for at afklare, om ejerne hellere ville indskyde ekstra kapital eller på anden måde påtage sig en større del af risikoen, så fonden kunne undlade at kræve forhøjet garanti, og rejseudbyderen har på fondens opfordring afgivet en udtalelse i sagen.

Bestyrelsen har i forbindelse med de enkelte afgørelser været opmærksom på det i lovbemærkningerne anførte men har også lagt til grund, at lovbemærkningerne ikke er lov. Bemærkningerne skal anses som vejledende og skal ikke være til hinder for, at erfaringer, udvikling, ændringer i samfundsøkonomi mv. indarbejdes i den praksis, der skal administreres efter. Det er bestyrelsens opfattelse, at fondens analyseværktøjer løbende må udvikles og afpasses, så bestyrelsens afgørelser i de enkelte sager træffes på det bedst mulige grundlag.

Eftersom der hverken i loven eller bemærkningerne er angivet nogen facitliste til, hvornår fonden kan kræve forhøjet garanti, må det være bestyrelsens skøn i de enkelte sager kombineret med Erhvervsankenævnets afgørelser i de sager, der bliver påklaget, som danner grundlaget for det regelsæt, det skal anvendes ved fremtidige vurderinger.

...

Den økonomiske vurdering af den konkrete sag:

Følgende overvejelser og beregninger blev lagt til grund for fondens vurdering af selskabets økonomi:

B har siden 1997 drevet virksomheden K (Rejseselskab) i personligt regi. Virksomheden har gennem årene oparbejdet en betydelig omsætning. Således indberettede virksomheden for 2011 en omsætning omfattet af fondens dækning på ca. t.kr. 75.000 kr., hvilket bevirker, at virksomheden er blandt de 40 største rejseudbydere i Danmark (målt på omsætning omfattet af fondens dækning) ud af et samlet antal rejseudbydere på ca. 700.

Da B i efteråret 2011 oplyste, at han ønskede at omdanne virksomheden til et selskab, måtte fonden vurdere det grundlag, B havde til hensigt at lade selskabet etablere med, da der ved omdannelsen ville blive tale om registrering af en ny juridisk enhed.

Selskabet påtænkte at videreføre driften stort set uændret, hvilket også var årsagen til, at fonden ikke fandt det nødvendigt at få fremsendt et budget for 2012. Det er her vigtigt at nævne, at der ved vurderingen blev lagt vægt på virksomhedens drift, som historisk har været stabil og overskudsgivende. I forbindelse med omdannelser af personlige virksomheder til selskaber forventer fonden altid, at der vil ske nogle ændringer. I denne sag var det eksempelvis ansættelse af en daglig leder.

På denne baggrund var det fondens forventning, at omsætningen omfattet af fondens dækning i 2012 ville udgøre i omegnen af t.kr. 65.000-75.000. Dækningsgraden forventedes at udgøre i intervallet 19-21%, og kapacitetsomkostningerne forventedes udgøre ca. t.kr. 9.000, hvilket er t.kr. 1.000 over niveauet fra tidligere år grundet løn til ejer samt til en daglig leder, som selskabet havde oplyst forventedes ansat. Herudover ville der blive fratrukket afskrivninger og finansielle poster. På den baggrund var der fortsat en forventning om, at driften fremadrettet ville generere et pænt overskud før skat i størrelsesordenen t.kr. 3.000-4.000.

Det fremgik af registreringsmaterialet, at selskabet var påtænkt registreret med en egenkapital på t.kr. 500, svarende til soliditetsgrad på 1,4% og en likviditetsgrad på 0,66. I forhold til kapitalberedskabet i den personlige virksomhed, var der tale om væsentlige forringelser, idet den seneste analyse af virksomhedens og indehaverens økonomi for 2010 viste, at den personlige formue udgjorde mere end kr. 5 mio. svarende til en soliditetsgrad på 16%. Likviditetsgraden udgjorde 0,79 og opfyldte ikke umiddelbart sit normtal, men fonden vurderede, at det sandsynligvis ville være muligt at opnå yderligere belåning i ejendomme. Ydermere lagde fonden meget vægt på signalværdien i, at indehaveren hæftede personligt.

Det er vigtigt at understrege, at der ikke er noget usædvanligt i, at kapitalberedskabet ændres, når en virksomhed omdannes fra en personlig virksomhed til et selskab, og ovenstående var på ingen måde udslagsgivende for fondens krav om forhøjet garanti. Bemærkningerne er alene medtaget i denne redegørelse for at give et fuldstændigt billede af sagens omstændigheder.

Fonden oplyste selskabet, at nøgletallet for soliditetsgraden minimum skulle være 6%, og at likviditetsgraden minimum skulle være 1,00. Fondens oplyste endvidere, at der i lighed med alle andre sager var foretaget en beregning på egenkapitalens størrelse i forhold til virksomhedens omsætning i 2010 (t.kr. 66.116), og at forholdet kun udgjorde 0,76%, hvor fondens forventning minimum var 4%. Ved beregning med omsætningen fra 2011 udgør tallet 0,69%, hvilket forværrer forholdet yderligere.

Ved at se på forholdet mellem egenkapitalen og omsætningen er det muligt at vurdere selskabets kapitalstruktur via et nøgletal, som ikke påvirkes af sæsonmæssige udsving. De enkelte balancer, som fonden modtager i regnskabsperioden for en rejseudbyder med en sæsonbetonet omsætning, vil afspejle både lav- og højsæson, hvilket påvirker størrelsen af balancesummen både i op- og nedadgående retning, og derved også påvirker størrelsen af nøgletallene. Soliditetsgraden beregnes som bekendt som egenkapitalens størrelse sat i forhold til størrelsen af balancesummen. Når soliditetsgraden beregnes på et givent statustidspunkt, vil der være en sandsynlighed for, at udbyderens soliditet enten over- eller undervurderes, hvilket medfører en fejlvurdering af, om fonden har en risiko eller ej. Fondens har den baggrund fastsat, at egenkapitalen ved lav forretningsmæssig risiko skal udgøre minimum 4% i forhold til aktuelt

omsætningsniveau, og ved høj forretningsmæssig risiko skal udgøre 6-8% i forhold til aktuelt omsætningsniveau.

Endelig oplyste fonden, at fondens sædvanligvis tager udgangspunkt i, at goodwill ikke må udgøre mere end ca. halvdelen af egenkapitalen, men at fonden i den konkrete sag på grund af virksomhedens gode indtjening og dermed boniteten af selskabets goodwill var villig til at acceptere, at goodwill kunne udgøre et beløb svarende til egenkapitalen. I den forbindelse er det vigtigt at nævne, at det alt andet lige øger fondens risiko, når der investeres i goodwill, da det resulterer i forringelse af det likvide beredskab. Det er klart, at dette på lidt længere sigt kan ændre sig i takt med positiv indtjening, såfremt indtjeningen kan bære de øgede afskrivninger. Fondens er dog på trods heraf af den opfattelse, at der skal være en øvre grænse for, hvor meget likviditet der kan investeres i goodwill, uden at det samtidig medfører krav om forhøjet garanti eller som alternativ indskud af kapital. Begrundelsen herfor er, at det er fondens erfaring, at goodwill sjældent kan belånes, hvis det skulle blive nødvendigt, hvorfor det af hensyn til fondens risiko er fundet nødvendigt at opstille begrænsninger herfor. I det materiale, der lå til grund for fondens første afgørelse om forhøjet garanti, udgjorde goodwill 20 gange så meget som egenkapitalen, hvilket fonden fandt uacceptabelt.

Det fremgik af det fremsendte materiale, at selskabet som et resultat af virksomhedsomdannelsen havde en gæld til ejeren på t.kr. 15.073. Det er der intet usædvanligt i, men fonden har erfaring for, at sådanne tilgodehavender bliver tilbagebetalt, når selskabet efter ejerens opfattelse har likviditet hertil.

Hvis selskabet tilbagebetalte hele det ansvarlige lån, ville selskabets likvide beholdning falde til t.kr. 2.857. Forudbetalinger fra kunder (fondens risiko) ville stadig være t.kr. 17.394. Likviditetsgraden ville blot udgøre 0,39 og goodwill ville udgøre hele 51% af selskabets samlede aktivmasse. Ejerens risiko ville være egenkapitalen på t.kr. 500, hvis der ses bort fra en mulig salgsværdi af goodwill. I denne sag er der indikationer på, at ejeren ønsker størst mulige afdrag på lånet så hurtigt som muligt. I første omgang foreslog klager således i skrivelse af 5. oktober, ... at 50% af købesummen blev udbetalt den 1. januar 2012 og at den sidste del blev udbetalt den 1. januar 2013.

Fonden meddelte selskabet, at det påtænkte etableringsgrundlag efter fondens opfattelse var alt for spinkelt. Herefter foreslog selskabet, at B kunne indskyde kr. 3,5 mio. som ansvarligt lån, der skulle forfalde den 1. januar 2014. Fondens antog, at lånet ville blive etableret på fondens skabelon, jf. mail af 22. september 2011 ..., og foretog herefter beregning af likviditetsgraden til 0,73, hvilket efter fondens opfattelse imidlertid stadig ikke var tilfredsstillende, idet selskabet herved fortsat ville være stærkt afhængig af en løbende pengestrøm fra kunderne. Herudover var det ikke tilfredsstillende, at lånet var tidsbegrænset, da fonden forinden accept af tilbagebetaling af lån foretager en ny risikovurdering, hvor samtlige relevante forhold inddrages, jf. nedenfor.

Det var på dette grundlag, at fondens bestyrelse traf afgørelse om, at selskabet skulle stille forhøjet garanti som betingelse for registrering i fonden, jf. bilag ...

Herefter oplyste selskabet, at man efter omstændighederne var indforstået med at konvertere yderligere 8,3 mio. kr. af gælden til ejeren til ansvarligt lån, så likviditetsgraden ville komme til at udgøre 1,0 i stedet for 0,73, og så egenkapitalen ville komme på niveau med selskabets goodwill-aktiv. Fonden fremsendte derfor sin skabelon til ansvarlig lånekapital. Selskabet oplyste imidlertid, at man ikke ønskede at benytte den, da selskabet ønskede at lade de tre normtal for nøgletallene for hhv. dæknings-, soliditets-, og likviditetsgraden være udslagsgivende for, hvornår der kunne afdrages på den ansvarlige lånekapital.

Hvis fonden ikke har sikkerhed for, at ansvarlige lån ikke kan afdrages, uden at fonden har godkendt dette, henregner fonden ikke lånet til egenkapital men placerer i stedet gælden til ejeren som kortfristet gæld. I den konkrete sag medfører dette, at selskabets egenkapital ved opstart blot udgjorde t.kr. 500 svarende til en soliditetsgrad på 1,4%. Hvis denne egenkapital blev sammenholdt med selskabets omsætning (2010: t.kr. 66.116) udgjorde forholdet 0,76%, mens likviditetsgraden kunne beregnes til 0,66, og goodwill udgjorde 20 gange så meget som værdien af egenkapitalen.

Fonden henregner således kun lån til ansvarlig lånekapital, hvis lånet indgås på de betingelser, som fremgår af fondens skabelon. Det skyldes, at det efter fondens opfattelse i alle sager, hvor der skal foretages en konsolidering med henblik på at mindske fondens risiko, er essentielt, at det er fonden, der ved en konkret analyse af rejseudbyderens økonomiske stilling løbende afgør, hvornår der kan foretages afdrag på lånet.

Såfremt fonden ikke har kontrol over, hvornår ansvarlig lånekapital bliver frigivet, vil det kunne resultere i en kraftig stigning i fondens risiko. I givet fald må fonden på det tidspunkt, hvor lånet afdrages og fonden derved vurderer at være blevet påført en særlig risiko for at lide tab, på ny kræve forhøjet garanti og derefter indgå i en fornyet forhandling med rejseudbyderens ledelse om forbedringer af kapitalstrukturen. I den periode, hvor der forhandles, vil fonden have en uafdækket risiko. Såfremt der ikke kan opnås enighed, vil fonden reelt kunne lide et betydeligt tab.

I den forbindelse er det vigtigt at være opmærksom på, at fonden ikke løbende kan vurdere sandsynligheden for, hvorvidt det rent faktisk vil være muligt at indgå en ny aftale om forbedring af kapitalstrukturen og derved heller ikke kan vurdere sandsynligheden for en konkurs. Det vil også være af stor betydning, på hvilket tidspunkt af året, der afdrages på lånet, for hvis det sker i højsæsonen, hvor kunderne har slutbetalt og rejseudbyderen endnu ikke har betalt alle underleverandører, vil fondens risiko typisk være væsentligt større end i lavsæsonen.

Fondens skabelon til ansvarligt lån indeholder ligeledes en række andre vigtige vilkår, som også skal overholdes, for at fonden henregner lånebetøbet til egenkapital. Vilkårene forekommer muligvis som selvfølgelig-

heder, men det er fondens erfaring fra konkrete sager, at det på forhånd er nødvendigt at præcisere de pågældende forhold nærmere i selve aftalen.

I denne sag er der tale om et nyetableret selskab med tilhørende holdingselskab. Vilklårene i den af fonden udarbejdede skabelon til låneaftale sikrer bl.a., at fondens risiko ikke stiger som følge af mellemregninger med holdingselskabet.

Fonden har igennem tiden oplevet andre eksempler på, at et selskab havde etableret ansvarlig lånekapital og derefter foretog dispositioner, som ikke var nævnt i låneaftalen, men som øgede fondens risiko. Der har fx været tale om udlodning af udbytte, øgede kautionsforpligtelser eller betaling af ikke-driftsrelateret gæld.

På denne baggrund har fonden i denne sag – som i alle andre sager – fastholdt, at aftale om ansvarligt lån skal være med den ordlyd, der er angivet i fondens skabelon, for at fonden henregner lånebeløbet til egenkapital i forbindelse med sin risikovurdering.

I nogle sager ønsker ejerne at forbedre kapitalstrukturen via en kapitalforhøjelse i stedet for at yde ansvarligt lån. I givet fald går fonden i en tæt dialog med ejerne bl.a. om den fremadrettede udbyttepolitik med henblik på at sikre, at kapitalberedskabet også fremover vil være tilfredsstillende.

På baggrund af klagers meddelelse om, at fondens skabelon ikke ville blive benyttet, har fonden samlet set vurderet selskabets økonomi som meget utilfredsstillende, da både soliditets- og likviditetsgrad er lav, ligesom det vurderes ikke at være muligt at opnå langfristet belåning af aktiverne, såfremt det skulle blive nødvendigt. Overordnet set har virksomhedsomdannelsen således overført en markant risiko fra selskabets ejer til fonden, indtil selskabet ved egen drift får opbygget et tilfredsstillende kapitalberedskab.

Fonden har fra selskabets klageskrift side 9 nederst noteret sig, at selskabet nu er indforstået med at ændre vilklårene i lånedokumentet, således at afdragsvilklårene ikke kan ændres eller fraviges uden forudgående samtykke fra fonden. Dette vil umiddelbart fjerne en del af problemet på kort sigt, men der vil formentlig opstå et problem efter det første år, når det skal vurderes, hvor stor en del af det ansvarlige lån, der kan frigives, eftersom fonden i denne forbindelse vil foretage en samlet vurdering af selskabets økonomi og ikke kun vil lægge vægt på, at normtallene for hhv. soliditets- og likviditetsgrad er opfyldt. Fondens vil således også kræve, at forholdet mellem egenkapital og omsætning udgør ca. 4%, at goodwill ikke overstiger egenkapitalen, og fonden vil sikre sig, at selskabet ikke har foretaget dispositioner, som har ændret risikobilledet, jf. de øvrige betingelser i fondens skabelon til ansvarligt lån. Eftersom selskabet fortsat ikke er enig med fonden i disse betingelser, løser selskabets forslag desværre ikke den aktuelle problemstilling.

Såfremt selskabets ejer ydede det ansvarlige lån til selskabet på fondens skabelon, ville fonden kunne beregne selskabets egenkapital ved opstart til t.kr. 12.269 svarende til en soliditetsgrad på 35,5%. Forholdet mellem egenkapital og omsætning (2010: t.kr. 66.116) ville udgøre 18,6%, og likviditetsgraden ville kunne beregnes til 1,0. Selskabet ville således opfylde fondens krav og ville kunne overgå til ordinær garantistillelse.

Begrundelse for afgørelsen:

Fondens bestyrelse lagde ved den oprindelige afgørelse ... særlig vægt på, at selskabets forventede økonomi ved opstart var utilfredsstillende grundet lav likviditetsgrad og store immaterielle anlægsaktiver i balancen.

Endvidere lagde bestyrelsen vægt på, at omdannelsen fra personlig virksomhed til selskab påfører fonden en særlig risiko, indtil selskabet ved egen drift måtte have kapitaliseret sig.

Bestyrelsen fandt ikke det af selskabet foreslåede alternativ til forhøjet garanti tilstrækkeligt til, at fonden kunne anse den særlige risiko for bortfaldet. Selskabet ønsker således dels ikke at forpligte sig til, at egenkapitalen efter afdrag på det ansvarlige lån skal udgøre mindst 4%, og dels opstiller selskabet i den foreslåede aftale om ansvarligt lån nogle forudsætninger, som vil medføre, at der kan afdrages på det ansvarlige lån, uden at fonden har revurderet sin risiko ved gennemgang af selskabets økonomi og genberegnet nøgletal. Endvidere udgjorde goodwill 2,5 gange så meget som egenkapitalen, hvilket langt overstiger den maksimale grænse for, hvad fonden normalt kan acceptere. Fondens bestyrelse fandt ingen af delene acceptabelt.

Fondens bestyrelse var ved afgørelsen opmærksom på, at selskabet i flere år har haft en tilfredsstillende indtjening og dækningsgrad. I denne forbindelse bør det dog nævnes, at de resultater, som klager anfører, er før skat, ligesom der ikke er indregnet løn til ejeren, som har hævet privat udbytte i 2009 på t.kr. 1.601, i 2010 på t.kr. 2.938 og i 2011 på t.kr. 3.648. Driftsindtjeningen genererer således markant mindre overskud, end klager angiver, men vurderes fortsat at være tilfredsstillende.

Fonden har netop taget højde for sagens specielle omstændigheder og har afvejet fra fondens normale principper om balancens sammensætning og størrelsen på goodwill, idet fonden i den konkrete sag har accepteret et niveau af goodwill på niveau med egenkapitalen imod det normale forhold, hvor goodwill højst må udgøre 50% af egenkapitalen.

Bestyrelsen lagde imidlertid vægt på, at der er sket en omdannelse fra en personlig virksomhed med ubegrænset hæftelse til et selskab med begrænset hæftelse (svarende til egenkapitalen på t.kr. 500), i hvilken forbindelse der blev aktiveret en betydelig goodwillpost. Bestyrelsen fandt intet usædvanligt heri, men var af den opfattelse, at dispositionen medfører, at aktiverne derved forøges væsentligt af et aktiv, som efter fondens erfaring sjældent kan belånes, jf. ovenfor.

Eftersom selskabet i henhold til budgettet startede med en likviditetsgrad på 0,73, fandt fondens bestyrelse det bekymrende, at en væsentlig del af aktivmassen bestod af et aktiv, som ikke kunne belånes. Fondens bestyrelse er af den opfattelse, at hvis der ikke sættes begrænsninger på forholdet mellem goodwill og egenkapital, vil det være muligt at opkøbe - eller som i dette tilfælde at omdanne - virksomheder på fondens risiko. Såfremt goodwill udgør en markant del af balancen, vil det alt andet lige øge fondens risiko.

Bestyrelsen bemærkede sig herudover, at den beregnede likviditetsgrad på 0,73 var beregnet med antagelse om, at ejeren ønskede at underskrive fondens skabelon vedrørende ansvarligt lån. Eftersom dette ikke er tilfældet, er selskabets likviditetsgrad reelt lavere ved opstart og udgør 0,66, hvilket forværrer risikobilledet yderligere.

Bestyrelsen havde ved vurderingen af sagen stedse for øje, at lovens bestemmelse om, at der skal være en særlig risiko for, at fonden vil lide tab, skulle være opfyldt, for at fonden kunne kræve forhøjet garanti.

Det var på denne baggrund, at fondens bestyrelse traf afgørelse om, at selskabet skulle stille forhøjet garanti, med mindre selskabet valgte at en af disse løsninger:

- a) Selskabets ejer indestår for ethvert tab, som fonden måtte få på selskabets drift
- b) En del af selskabets gæld til ejeren gøres ansvarlig, således at selskabet opfylder de af fonden fremsatte krav.
- c) Der tilføres kapital, således at selskabet opfylder de af fondens fremsatte krav

Størrelsen af den forhøjede garanti:

Ved afgørelsen af hvilket beløb garantien skal forhøjes til for at afdække fondens risiko, har fonden taget udgangspunkt i lovbemærkningerne, hvorefter den forhøjede garanti som udgangspunkt sammen med rejseudbyderens almindelige garanti skal dække kundernes forudbetalinger og forventede omkostninger til hjemtransport. Det anføres i lovbemærkningerne, at fonden således vil have mulighed for at kræve en ekstra garanti af betydelig størrelse, hvis den skønner, at risikoen er tilsvarende forøget. Fondens vil dog ikke kunne kræve en forhøjet garanti, der skønnes at ville overstige dens samlede tab ved rejseudbyderens konkurs.

Fondens bestyrelse har efter afgørelsen i nærværende sag besluttet at tilbyde rejseudbyderne en alternativ model til afdækning af fondens risiko ved forhøjet garanti. Hidtil har fonden krævet afdækning i forhold til rejseudbyderens fakturerede salg til ikke afrejste kunder – evt. med underbetingelsen om et maksimum svarende til det højeste forudbetalingsbeløb hhv. året før og aktuelt ... Fondens bestyrelse har således i marts 2012 truffet beslutning om at tilbyde de rejseudbydere, der afdækker fondens risiko ved forhøjet garantistillelse, at stille garanti i forhold til det maksimale forudbetalingsbeløb inkl. tillæg, som rejseudbyderen forventes at ville opnå i løbet af 2 måneder fra opgørelsesdatoen. Beløbet

opgøres ud fra tal fra året før, budgetterede tal for indeværende år og aktuelle realiserede tal.

...”

Advokat A har ved skrivelse af 12. juni 2012 yderligere anført:

” ...

SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING

1. K (Rejseselskab) A/S relevante økonomiske forhold

RGF's indlæg af 25. april 2012 (herefter ”Indlægget”) indeholder flere steder redegørelser for de faktiske forhold på tidspunktet for den første afgørelse (bilag 2) af 17. november 2011 og forløbet forud for denne, og det er ikke alle steder muligt at se, om RGF's bemærkninger i Indlægget relaterer sig til de faktiske forhold den 17. november 2011 eller senere.

Det er derfor relevant at sammenfatte, hvilke oplysninger om K (Rejseselskab) A/S' økonomiske situation, der af Erhvervsankenævnet skal lægges til grund for bedømmelsen af, om K (Rejseselskab) A/S frembyder ”...særlig risiko...” for RGF og derfor kan afkræves forhøjet sikkerhedsstillelse, jf. rejsegarantifondslovens § 19, stk. 1.

De relevante forhold fremgår af overtagelsesbalancen ... sammenholdt med den ansvarlige låneaftale ... og regnskabet for den personligt drevne virksomhed i seneste regnskabsår ... Om den ansvarlige låneaftale kan det supplerende lægges til grund ved Erhvervsankenævnets bedømmelse, at K (Rejseselskab) A/S er rede til at ændre afdragsvilkårene således, at vilkårene ikke kan ændres uden forudgående samtykke fra RGF, jf. klageskriftet side 8.

Forudsat et ansvarlig lån ydet på de i bilag 8 anførte vilkår som påstået af K (Rejseselskab) A/S skal henregnes til egenkapitalen/kapitalgrundlaget kan følgende herefter lægges til grund om K (Rejseselskab) A/S' økonomi, jf. Indlægget, side 9 øverst, sammenholdt med klageskriftet, side 6-7:

- soliditetsgraden udgør i størrelsesordenen 35,5 % (i klageskriftet opgjort til 33,3 %, jf. klageskriftet side 6);
- likviditetsgraden udgør 1,0;
- egenkapitalen overstiger værdien af goodwill;
- egenkapitalen udgør ca. 16-19 % af omsætningen (afhængig af om der tages udgangspunkt i den realiserede omsætning i 2010 eller den budgetterede omsætning i 2012); og
- dækningsgraden er i størrelsesordenen 20 % og har været det i en årrække.

Det er ubestridt, at K (Rejseselskab) A/S baseret på disse nøgletal har krav på registrering i Rejsegarantifonden mod ordinær garantistillelse, jf. Indlægget, side 9 øverst.

Om driften anfører RGF i Indlægget, side 5, at ”...der ved vurderingen blev lagt vægt på virksomhedens drift, som historisk har været stabil og overskudsgivende...” og at fonden har haft ”...forventning om, at driften fremadrettet ville generere et pænt overskud før skat i størrelsesordenen t.kr. 3.000 – 4.000...”

Det kan således lægges til grund som ubestridt, at der er begrundet forventning om, at K (Rejseselskab) A/S vil udvise en stabil og overskudsgivende drift, og at der ikke foreligger et negativt driftsforløb.

2. ANBRINGENDER

2.1 Krav om anvendelse af RGF's skabelon for ansvarlige lån følger ikke af den krævede konkrete analyse

Tvisten drejer sig i realiteten om, at RGF kræver, at det ansvarlige lån skal ydes på RGF's skabelon, jf. Indlægget, side 9. I skabelonen ... kræves, at der kun må ske afdrag eller tilbagebetaling af lånet, hvis RGF har givet forudgående skriftlig accept, jf. § 4, ligesom der ikke må udbetales udbytte, jf. § 5. Endvidere stilles der krav om, at det ansvarlige lån skal have en sådan størrelse, at RGF's nøgletal for forhold mellem bl.a. egenkapital/goodwill og egenkapital/omsætning stedse skal være opfyldt, jf. § 1.

K (Rejseselskab) A/S kan af principielle årsager ikke acceptere, at RGF via vilkår i den ansvarlige låneaftale tiltager sig bestemmende indflydelse på K (Rejseselskab) A/S' økonomi, hvilket sker bl.a. via vilkårene i låneaftalen om, at der kun må tilbagebetales på lånet efter forudgående samtykke fra RGF, ligesom der ikke må udbetales udbytte. K (Rejseselskab) A/S kan heller ikke acceptere, at der stilles krav om, at lånet stedse skal sikre opfyldelse af 2 nøgletal, der ikke fremgår af forarbejderne til rejsegarantifondsloven (egenkapital/goodwill og egenkapital/omsætning).

Det er ubestridt, at ansvarlige lån skal henregnes til egenkapitalen/kapitalgrundlaget, men RGF gør gældende, at der kun er tale om et ansvarligt lån, hvis RGF's skabelon anvendes, jf. Indlægget, side 7: ”...Fonden henregner...kun lån til ansvarlig lånekapital, hvis lånet indgås på de betingelser, som fremgår af fondens skabelon...”.

Om et lån er ansvarligt beror ikke på RGF's skøn, men på om lånet står tilbage for anden gæld. Det gør det i bilag ... beskrevne lån utvivlsomt, jf. bilag ..., § 2. Det bestrides, at RGF's kan beslutte, om et lån er ansvarligt eller ej.

RGF's interesser er behørigt varetaget derved, at det i bilag ... er fastsat, at der kun kan afdrages, hvis de i bilag ..., § 3, nævnte nøgletal (svarende til nøgletallene i forarbejderne til rejsegarantifondsloven) er opfyldt, og ved at K (Rejseselskab) A/S er indforstået med at tilføje, at afdragsvilkårene kun kan ændres eller fraviges efter accept fra RGF.

RGF har reelt uden nærmere begrundelse krævet, at fondens skabelon anvendes. RGF har taget udgangspunkt i RGF's angivelige standardmæssige fremgangsmåde i sager af denne karakter og undladt at forholde sig til, om den konkrete rejseudbyders (K (Rejseselskab) A/S') økonomiske forhold frembyder "*...særlig risiko...*", hvis der ydes ansvarligt lån som fastsat i bilag ... Dette er i strid med rejsegarantifondslovens § 19, stk. 1, der kræver en "*...konkret analyse...*".

Den eneste begrundelse for kravet om anvendelse af RGF's skabelon er reelt (jf. Indlægget, side 7, nederst), at "*...det efter fondens opfattelse i alle sager, hvor der foretages en konsolidering med henblik på at mindske fondens risiko, er essentielt, at det er fonden, der ved en konkret analyse af rejseudbyderens økonomiske stilling løbende afgør, hvornår der kan foretages afdrag på lånet...*". RGF kræver på den baggrund – jf. Indlægget, side 7 nederst – "kontrol" over frigivelsen af ansvarlig lånekapital.

Det anførte har netop karakter af en generel betragtning og er ikke egnet til at belyse, hvorfor K (Rejseselskab) A/S efter en konkret analyse skulle frembyde "særlig risiko", når de konkrete afdragsvilkår i det ansvarlige lån ... tages i betragtning. RGF undlader at forholde sig til og begrunde, hvorfor de i bilag ... angivne lånevilkår skulle være utilstrækkelige til at varetage RGF's interesser. Dette er i strid med kravet om en "konkret analyse", jf. rejsegarantifondslovens § 19, stk. 1.

2.2 Lovgrundlaget

Det er bemærkelsesværdigt, at RGF med henblik på at legitimere sine krav om opfyldelse af andre nøgletal end dem, der fremgår af forarbejderne til rejsegarantifondsloven, forsøger at lægge afstand til lovforarbejderne og begrunde en administration på andet grundlag end det, der fremgår af forarbejderne.

Det anføres således i Indlægget, side 3, at "*...de tre nøgletal ikke dannede et tilfredsstillende grundlag som udgangspunkt for, hvilke rejseudbydere der skulle udtages til nærmere analyse...*". De tre nøgletal er de i forarbejderne omtalte dækningsgrad, likviditetsgrad og soliditetsgrad, jf. bilag A, side 13.

I Indlægget, side 4, anføres, at "*...bestyrelsen har i forbindelse med de enkelte afgørelser været opmærksom på det i lovbemærkningerne anførte men har også lagt til grund, at lovbemærkningerne ikke er lov...*" og "*...eftersom der hverken i loven eller bemærkningerne er angivet nogen facitliste til, hvornår fonden kan kræve forhøjet garanti, må det være bestyrelsens skøn...*"

Pligten til at indberette netop nøgletal for dækningsgrad, likviditetsgrad og soliditetsgrad fremgår af rejsegarantifondslovens § 12a. Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, at de indberettede nøgletal skal bruges til at "screene" branchen og udvælge rejsearrangører, der undersøges nærmere, og det anføres herom, at "*...der vil være tale om rejsearrangører, hvis nøgletal afviger negativt fra en eller flere af de nedenfor angiv-*

ne indikatorer...". Herefter omtales "indikatorerne", som er en dækningsgrad på 10 %, en likviditetsgrad på 1 og en soliditetsgrad på 6% for overskudsgivende virksomheder. [Se bilag ..., side 13]

Eftersom rejsearrangører, der ikke afviger negativt fra en eller flere af disse indikatorer, ifølge lovforarbejderne som udgangspunkt slet ikke bør udtages til nærmere undersøgelse, er det uantageligt, at RGF kan nå frem til, at sådanne rejsearrangører alligevel frembyder "særlig risiko", jf. rejsegarantifondsloven § 19, stk. 1. Det må i hvert fald kræve helt særlige holdepunkter, som ikke er til stede i denne sag.

Fsva. nystartede rejsearrangører fremgår det af forarbejderne, at RGF "...vil have mulighed for løbende at følge op over for nyregistrerede rejsearrangører/formidlere og kræve de tre nøgletal oplyst...". Også for nystartede virksomheder lægges det således til grund i forarbejderne, at RGF's tilsyn skal tage udgangspunkt i de tre nøgletal for dækningsgrad, likviditetsgrad og soliditetsgrad.

RGF har via sin afstandtagen til forarbejderne indirekte erkendt, at RGF har administreret og fortsat agter at administrere reglerne om forhøjet sikkerhedsstillelse på andet grundlag end det, der er klart fastsat eller forudsat i loven og dens forarbejder. Allerede derfor er det nødvendigt, at Erhvervsankenævnet omgør RGF's afgørelse.

RGF overser, at bestemmelserne om nøgletal i lov og forarbejder udover at varetage hensynene til RGF også skal sikre rejsearrangører imod, at RGF – som i denne sag – stiller urimelige krav om forhøjet sikkerhedsstillelse ud fra en for ensidig hensyntagen til RGF's økonomi. Sådanne krav kan uden videre føre til lukning af rejsevirksomheder. Normerne for nøgletal i lovforarbejderne sikrer således rejsearrangørerne en forudsigelighed i administrationen af rejsegarantifondslovens § 19, stk. 1, og RGF's afvigende administrative praksis underminerer i realiteten dette.

2.3 RGF's almindelige betragtninger om risikoforhold

Visse steder rummer Indlægget generelle betragtninger om risikofaktorer ved rejsearrangørers virksomhed, jf. f.eks. side 3, hvor bl.a. nævnes brug af garantisæder og garantisenge, aktiver af tvivlsom karakter, opkøb af andre Rejseselskaber (eventuelt ved brug af selskabets likviditet) mv. Det nævnes også, at aflæggelse af regnskaber på tidspunkter med lav aktivitet kan give et forkert indtryk af risikoen.

Det er værd at understrege, at det ikke fremgår af den omstridte afgørelse (og RGF gør ikke gældende), at nogen af de nævnte særlige risikofaktorer er relevante for K (Rejseselskab) A/S. Det anførte er således i hovedsagen irrelevant for denne sag, og det er alene egnet til at forvirre begreberne og skabe tvivl om den reelle begrundelse for kravet om forhøjet garantistillelse i denne sag.

..."

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 16. juli 2012 heroverfor bemærket:

”
...

Fonden henviser i det hele til det i skrivelsen af 25. april 2012 anførte. I det omfang denne skrivelse ikke indeholder kommentarer til det af advokat Torkild Høg i skrivelsen af 12. juni 2012 fremsatte, skal flg. anføres:

Side 2, punkt 1, afsnit 5

Det er korrekt, at det er ubestridt, at K (Rejseselskab) A/S kan registreres med ordinær garantistillelse, såfremt nøgletallene beregnes efter indskud af ansvarlig lånekapital foretaget på fondens skabelon.

Side 3, punkt 2.1, afsnit 1

Fonden er enig i, at tvisten i realiteten drejer sig om, at fonden kræver, at det ansvarlige lån ydes på fondens skabelon. Dette forhold er efter fondens opfattelse meget afgørende for fondens risiko, hvilket er udførligt begrundet i fondens skrivelse af 25. april 2012 side 7 fra og med 5. hele afsnit til og med side 9, 1. hele afsnit.

Side 3, punkt 2.1, afsnit 3

Fonden er enig i, at det regnskabsmæssigt er korrekt at henregne et ansvarligt lån til egenkapitalen – uanset på hvilke betingelser, det ansvarlige lån er ydet. I forbindelse med sin risikovurdering omplacerer fonden imidlertid i så fald beløbet til kort- eller langfristet gæld, med mindre lånet er ydet på de betingelser, som er afgørende for fondens risiko, og som er udførligt begrundet i fondens skrivelse af 25. april 2012 side 7 fra og med 5. hele afsnit til og med side 9, 1. hele afsnit.

Side 4, punkt 2.1, afsnit 2

Fonden er ikke enig i, at fondens interesser er behørigt varetaget ved, at lånet kun kan afdrages, hvis nøgletallene er opfyldt, og ved at K (Rejseselskab) A/S er indforstået med at tilføje, at afdragsvilkårene kun kan ændres eller fraviges efter accept af fonden. Fonden henviser til hele punktet ”Generelle bemærkninger om fondens grundlag for at kræve forhøjet garanti” i skrivelsen af 25. april 2012 side 2 og frem, samt til hele punktet ”Den økonomiske vurdering af den konkrete sag” fra side 5 midt til side 9 øverst.

Side 4, punkt 2.1, afsnit 3-4

Fonden er uenig i, at fonden uden begrundelse har krævet, at fondens skabelon skal anvendes i forbindelse med ansvarligt lån. Begrundelse herfor er udførligt beskrevet i skrivelsen af 25. april 2012 side 7 fra og med 5. hele afsnit til og med side 9, 1. hele afsnit.

Side 4, punkt 2.1, afsnit 5

Fonden er uenig i, at der er tale om generelle betragtninger, som ikke er egnet til at belyse, hvorfor K (Rejseselskab) A/S efter en konkret analyse skulle frembyde ”særlig risiko”. Fonden henviser til skrivelsen af 25. april 2012 side 7 fra og med 5. hele afsnit til og med side 9, 1. hele afsnit. Der er tale om vigtige betragtninger, som er helt essentielle for fondens risiko, idet forholdene kan påvirke størrelsen af fondens risiko betydeligt. Da fremtiden samtidig i alle sager er behæftet med usikkerhed, og der derved ikke kan opnås tilfredsstillende sikkerhed for, at der ikke

sker ændringer, som påvirker driften, er det helt afgørende, at der i aftalen om ansvarlig lånekapital gælder en række betingelser, som sikrer, at fondens risiko ikke stiger eksplosivt.

Side 4, punkt 2.2, afsnit 1-2 og side 5.

Fonden er uenig i, at fonden skulle forsøge at lægge afstand til de tre nøgletal. Nøgletallene anvendes som vejledende i alle sager, efter at fonden har foretaget de omplaceringer, som er relevante for en risikoanalyse af den pågældende rejseudbyders virksomhed. Klager overser efter fondens opfattelse den kontekst, som de tre vejledende nøgletal nævnes i i lovbemærkningerne, ligesom det intet sted i hverken loven eller bemærkningerne er angivet, at de tre nøgletal udgør en slags facitliste, hvilket er klagers opfattelse. Der kan være andre forhold end netop nøgletallene, som i en konkret sag påvirker fondens risiko, hvilket fonden forholder sig kritisk til. Fonden henviser til afsnittet "Generelle bemærkninger om fondens grundlag for at kræve forhøjet garanti" på side 2 og frem i skrivelsen af 25. april 2012, som beskriver problemstillingen.

Side 5, punkt 2.2, sidste afsnit og side 6 første afsnit

Fonden er uenig i, at der i den konkrete sag stilles urimelige krav om forhøjet sikkerhedsstillelse ud fra en for ensidig hensyntagen til fondens økonomi, og at det kan resultere i lukning af rejsevirksomheder. Kravene vil efter fondens opfattelse ikke medføre lukninger, men derimod en mere rimelig fordel af den risiko, der er ved at drive rejsevirksomhed, hvor kunderne forudbetaler varen, længe før den leveres. I den konkrete sag er der tale om omdannelse af en personlig virksomhed til et selskab, hvor ejeren tidligere hæftede med hele sin privatformue, og hvor oplægget til kapitalberedskabet i selskabet jf. skrivelsen af 25. april 2012 side 6 afsnit 1, var utilfredsstillende. Det er fondens erfaring, at det ikke er uvæsentligt at lægge vægt på signalværdien i, at indehaveren hæfter privat. At indtjeningen historisk set er god er positivt, men det ændrer ikke på, at det er afgørende for fondens risikovurdering, at kapitalberedskabet også er tilfredsstillende fra start, og at der er sikkerhed for, at kapitalberedskabet også vil være tilfredsstillende fremadrettet, så fonden senere ved gennemgang af revideret regnskabsmateriale kan foretage en fornyet vurdering, og derved tage stilling til en evt. frigivelse af ansvarlig lånekapital.

Det er således altafgørende for fondens risiko, at afdragsprofilen af den ansvarlige lånekapital ikke gøres afhængig af bestemte nøgletal, som kan beregnes ud fra forskellige forudsætninger, og som er påvirkelige af mange forhold, der kan øge fondens risiko betydeligt. Herudover er der andre yderst relevante forhold, der ikke påvirker nøgletallene - eksempelvis kautionsforhold - som fonden ønsker at medtage i sin risikovurdering, hvorfor det ikke giver mening at præ-definere, hvilket niveau tre nøgletal skal have, førend et lån kan frigives.

Side 6, punkt 2.3

Fonden er uenig i, at de anførte scenarier er irrelevante i denne sammenhæng. Hvis selskabet er fuldstændig overbevist om, at ingen af de nævnte scenarier er relevante for selskabet, undrer det, at selskabet ikke ønsker at underskrive fondens skabelon, da vilkårene således ikke vil på-

virke afgørelsen af, hvorvidt dele af det ansvarlige lån kan frigives efterfølgende. Det er imidlertid fondens erfaring, at de fleste rejseudbydere ikke ønsker at afskære sig fra at udnytte de eventuelle muligheder, som løbende kan opstå. Fonden ser således jævnlige, at en rejseudbyder opkøber en anden virksomhed, selv om dette ikke var tiltænkt fra starten af regnskabsperioden, men hvor en interessant mulighed er opstået i løbet af perioden. Hvis opkøbet finansieres af selskabets likviditet, kan fondens risiko - særligt på kort sigt - påvirkes i opadgående retning. De nævnte scenarier kan således forekomme irrelevante pr. 31. december 2011 men kan vise sig at være relevante eksempelvis pr. 31. december 2012.

...”

I skrivelse af 14. august 2012 er advokat A fremkommet med følgende supplerende bemærkninger:

” ...

SUPPLERENDE BEMÆRKNINGER

1. RGF lægger uden føje stor vægt på anvendelsen af RGF's skabelon for ansvarlige lån

RGF lægger i både indlægget af 25. april 2012 og indlægget af 16. juli 2012 stor vægt på, at ansvarlige lån ydes på fondens skabelon. RGF anfører i indlægget af 25. april 2012 bl.a., at ”...*hvis fonden ikke har sikkerhed for, at ansvarlige lån ikke kan afdrages, uden at fonden har godkendt dette, henregner fonden ikke lånet til egenkapital...*”.

RGF's synspunkt indebærer, at RGF – hvis der ydes ansvarlige lån til et rejseselskab – via fondens låneskabelon tiltager sig kontrol med anvendelsen af selskabets midler, i det omfang der er tale om gældsnedbringelse. Dette er yderst vidtgående, og det har intet grundlag i rejsegarantifondsloven eller dens forarbejder, at RGF som led i sin risikoafdækning skal kunne tiltage sig en sådan kontrol. RGF har ikke hjemmel til at stille sådanne krav.

Det er også ubegrundet, at RGF ved krav om anvendelse af fondens låneskabelon ønsker at tiltage sig en kontrol med anvendelsen af K (Rejseselskab) A/S' midler, som RGF ikke ville have, hvis selskabets kapitalgrundlag i stedet var tilvejebragt ved aktiekapital tegnet til overkurs.

Hvis K (Rejseselskab) A/S' kapitalgrundlag bestod i aktiekapital tegnet til overkurs er det ubestrideligt, at selskabet ville have krav på registrering i RGF uden forhøjet sikkerhedsstillelse. Samtidig er det klart, at selskabet ville kunne anvende fri egenkapital til udbytteudlodning uden forudgående samtykke fra RGF. RGF ville i så fald være henvist til efterfølgende at søge at nedbringe sin risiko, hvis RGF fandt, at udbyttebetalingen svækkede kapitalgrundlaget for meget.

Tilbagebetalingsvilkårene i bilag 8 stiller således de facto RGF bedre, end hvis kapitalgrundlaget var tilvejebragt ved aktiekapital tegnet til overkurs, fordi bilag 8 indeholder forpligtelser til kun at afdrage, hvis nøgletallene i forarbejderne til rejsegarantifondsloven er opfyldt.

Det er ubegrundet, at RGF alene sammenligner situationer, hvor ansvarlige lån ydes hhv. ikke ydes under anvendelse af fondens skabelon. Det er mindst lige så relevant at sammenligne med fondens risikoprofil i det nævnte scenarie med kapitalfremskaffelse via aktiekapital tegnet til overkurs, hvor K (Rejseselskab) A/S ubestridt ville have krav på registrering i fonden uden forhøjet sikkerhedsstillelse.

...”

Rejsegarantifonden er ved skrivelse af 28. august 2012 fremkommet med følgende bemærkninger hertil:

” ...

Klager gør gældende, at fonden ikke ville kunne kontrollere selskabets udlodning af udbytte, hvis kapitalgrundlaget bestod af aktiekapital tegnet til overkurs.

Det kan oplyses, at fonden i givet fald som udgangspunkt ville formode, at det ville være mindre sandsynligt, at der ville blive hævet et udbytte, som oversteg årets resultat. Fondens ville således antage, at selskabets aktiekapital ville forblive uændret i en længere periode.

I den konkrete sag oplyste selskabet imidlertid allerede den 5. oktober 2011 (dvs. før omdannelsen var sket), at 50% af købesummen ville blive udbetalt den 1. januar 2012, og at den sidste del ville blive udbetalt den 1. januar 2013. Hvis selskabet herefter havde meddelt, at beløbet ville blive indskudt som kapitalforhøjelse i stedet for lån til selskabet, ville fonden være gået i dialog med selskabet om størrelsen af fremtidigt udbytte for at forhindre, at selskabet på kort sigt udloddede udbytte af en sådan størrelse, at selskabets kapitalberedskab efter fondens opfattelse ikke længere ville være tilfredsstillende.

...”

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

Ankenævnet udtaler:

I henhold til § 19, stk. 1, i rejsegarantifondsloven, kan fonden kræve forhøjet garantistillelse af en rejseudbyder eller en formidler for en udenlandsk rejseudbyder, når det efter en konkret analyse af dennes økonomiske forhold må antages, at der er særlig risiko for, at fonden vil lide tab.

Af lovbemærkningerne til § 19, stk. 1, i rejsegarantifondsloven (L 116 af 17. december 2003) fremgår af de specielle bemærkninger (nr. 10) blandt andet:

”Lovforslaget indebærer som nævnt, at den mulighed for at kræve forhøjet garantistillelse, som fonden allerede i dag har, når en ”genganger” driver sin virksomhed på en måde, der giver fonden en særlig risiko for tab, udvides til at gælde alle rejsearrangører/formidlere, der driver virksomhed på et uforsvarlig økonomisk grundlag. I lighed med hvad der gælder efter den nuværende § 19, stk. 1 og 2, skal dette ske på baggrund af et skøn, der er baseret på en analyse af rejsearrangørens/formidlerens økonomi.

Et element i den økonomiske analyse vil være om rejsearrangørens-/formidlerens økonomiske nøgletal afviger negativt fra de indikatorer, der er beskrevet under nr. 7, men der vil ikke være tale om, at nøgletal der ligger under de angivne værdier, automatisk vil udløse et krav om forhøjet garantistillelse.

Fondens beslutning om at kræve forhøjet garantistillelse skal således bygge på en samlet og konkret analyse af rejsearrangørens/formidlerens økonomiske forhold sammenholdt med en høring af virksomhedens ledelse med henblik på at få afklaret, om det negative driftsforløb er af forbigående karakter eller ej, og/eller om rejsearrangøren/formidleren har yderligere muligheder for at rejse kapital.

Den forhøjede garanti fastsættes konkret af fonden i forhold til den skønnede forøgede risiko, men skal som udgangspunkt sammen med den almindelige garanti dække kundernes forudbetalinger og forventede omkostninger til hjemtransport.”

I henhold til § 12a i rejsegarantifondsloven skal rejseudbydere én gang årligt indberette dækningsgrad, likviditetsgrad og soliditetsgrad til fonden i forbindelse med afslutningen af deres årsregnskab. I henhold til § 13 kan fonden af enhver forlange alle oplysninger, som skønnes nødvendige for at sikre, at loven overholdes, herunder til afgørelse af, om et forhold falder ind under lovens bestemmelser, eller for at undgå, at fonden lider tab.

Af lovbemærkningerne til § 12a i rejsegarantifondsloven (L 116 af 17. december 2003) fremgår af de specielle bemærkninger (nr. 7) blandt andet:

”De tre nøgletal, der skal indberettes, er:

- Dækningsgrad (omsætning fratrukket omkostningerne ved rejsearrangementer i % af omsætningen).

- Likviditetsgrad (forholdet mellem omsætningsaktiver og kortfristet gæld).
- Soliditetsgrad (egenkapitalens andel af aktivernes sum).

...

Fonden skal benytte de indsendte nøgletal som udgangspunkt for en screening af branchen med henblik på at udvælge de rejsearrangører/formidlere, som sekretariatet og fondens bestyrelse finder, at der er behov for at undersøge nærmere. Der vil være tale om rejsearrangører, hvis nøgletal afviger negativt fra en eller flere af de nedenfor angivne indikatorer:

Dækningsgrad

Det er vurderingen, at dækningsgraden generelt set ikke bør ligge under et niveau på 10 %, hvis det skal sikres, at en rejsearrangør på sigt skal være i stand til at skabe et overskud. Det skal dog understreges, at der i den forbindelse skal tages højde for sæsonmæssige udsving i dækningsgraden, således at en lavere dækningsgrad på bestemte tidspunkter af året ikke i sig selv kan anses for at være betænkelig. Ligeledes vil virksomheder med en dækningsgrad under 10 %, men med en god soliditets- og likviditetsgrad heller ikke blive vurderet som behæftede med en særlig risiko.

Likviditetsgrad

Likviditetsgraden giver i modsætning til virksomhedens likviditet - der jo også indeholder kundernes forudbetalinger - et billede af rejsearrangørrens/formidlerens likvide beredskab. Det er vurderingen, at likviditetsgraden generelt set bør være mindst 1, idet en likviditetsgrad af denne størrelse vil indikere, at rejsearrangøren/formidleren har et tilstrækkeligt likviditetsberedskab, også under sæsonudsvingninger, herunder i de dele af året, hvor forudbetalingerne nærmer sig 0. Det er i denne forbindelse vigtigt, at man løbende er opmærksom på niveauet for forudbetalinger.

Soliditetsgrad

Soliditetsgraden er en indikation for rejsearrangørrens/formidlerens muligheder for at imødegå et tab, uden at det vil føre til en konkurs med deraf følgende tab for kreditorerne, herunder Rejsegarantifonden. Der vil her kunne tages udgangspunkt i de soliditetskrav, som IATA (den internationale luftfartsorganisation) stiller til de billetudstedende agenter. IATA kræver en soliditetsgrad på 6 % for virksomheder, der er overskudsgivende, og 8 % af virksomheder, der giver underskud.

Foruden den løbende indberetning skal fonden, således som den har oplyst, at det allerede sker i dag, sideløbende følge udviklingen inden for branchen og nærmere undersøge udvalgte rejsearrangørers økonomiske forhold...Fonden har som kriterium for nærmere at undersøge en virksomheds økonomiske forhold, at virksomheden i dag både har underskud og negativ egenkapital.

Endelig skal fonden i forbindelse med registreringen af en ny rejsearrangør/formidler kræve oplysninger om virksomhedens kapitalgrundlag, budgetter, prispolitik etc. med henblik på nærmere at vurdere virksomhedens økonomiske grundlag i forhold til den planlagte drift.

...

Viser en konkret analyse, at en rejsearrangør/formidler har et utilstrækkeligt økonomisk fundament, eller hvis det skønnes, at en nystartet virksomhed vil have et utilstrækkeligt kapitalgrundlag i forhold til den planlagte drift, har fonden mulighed for at kræve, at rejsearrangøren/formidleren stiller en forhøjet garanti.

Såfremt fonden finder, at rejsearrangørens/formidlerens økonomiske grundlag er usikkert, men ikke at der er tilstrækkelig risiko til at kræve en forhøjet garantistillelse, vil fonden som hidtil i stedet kunne vælge at følge firmaets økonomi mere indgående og fx stille krav om kvartalsmæssig indberetning af nøgletal i medfør af lovens § 13.”

Det er om K (Rejseselskab) A/S' økonomiske forhold blandt andet oplyst, at virksomheden indtil udgangen af 2011 har været personligt drevet, og at driften siden etableringen i 1997 har været stabil og således, at der i de seneste år vedvarende er genereret pæne overskud. Selskabet har efter registreringen i Rejsegarantifonden erklæret at ville optage et ansvarligt lån på 11.769.126 kr., hvorved likviditetsgraden blev 1,0, og at ville respektere, at afdrag på det ansvarlige lån kun kan finde sted, hvis de i forarbejderne til rejsegarantifondsloven nævnte nøgletal er opfyldt. Efter fondens behandling har selskabet endvidere tilkendegivet at være rede til at ændre afdragsvilkårene således, at vilkårene ikke kan ændres uden forudgående samtykke fra rejsegarantifonden.

Rejsegarantifonden har som betingelse for at registrere K (Rejseselskab) A/S mod ordinær garantistillelse krævet, at det ansvarlige lån skal udarbejdes på grundlag af en særlig aftaleskabelon udfærdiget af fonden, at egenkapitalen skal udgøre mindst 4 procent af omsætningen, og at goodwill ikke må overstige egenkapitalen. Fonden har for så vidt angår aftaleskabelonen navnlig henvist til, at et lån ved risikovurderingen i henhold til rejsegarantifondslovens § 19 ikke kan anses som et ansvarligt lån og dermed henregnes til egenkapitalen i stedet for til kortfristet gæld, hvis ikke fonden har sikkerhed for, at lånet kun kan afdrages med fondens godkendelse. Fonden har til støtte for sit krav blandt andet henvist til, at det ikke er muligt at på forhånd definere, hvilket niveau de tre nøgletal skal have, før end et lån kan frigives.

Uenigheden mellem parterne drejer sig på denne baggrund om de vilkår, som fremgår af Rejsegarantifondens skabelon for ansvarlige lån, herunder om Rejsegarantifonden skal godkende afdrag samt en række andre forhold i virksomheden.

Ankenævnet finder efter selskabets seneste tilbud om, at ændring af afdragsvilkår skal godkendes af Rejsegarantifonden, at det ikke kan antages, at der foreligger en sådan særlig risiko for, at fonden vil lide tab, jf. rejsegarantifondslovens § 19, stk. 1, at fonden kan kræve forhøjet garantistillelse af selskabet. Nævnet har herved navnlig lagt vægt på, at selskabet etableres med en likviditetsgrad på 1 og at selskabet ikke vil afdrage på gælden, hvis likviditetsgraden kommer under 1.

Ankenævnet ophæver herefter afgørelsen af 21. februar 2012 og hjemviser sagen til fornyet behandling i Rejsegarantifonden.

4.13. BEKENDTGØRELSE OM ERHVERVSANKENÆVNET

45) Kendelse af 17. januar 2013 (J.nr. 2011-0025359)

Klage afvist, da anmeldelse berigtiget og styrelsens efterfølgende tilkendegivelse ikke kunne prøves af ankenævnet.

Bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet, § 8, stk. 1.
(Finn Møller, Monica Reib og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 19. september 2011 har statsautoriseret revisor A på vegne af K P/S klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 25. august 2011, hvorved styrelsen tilkendegav, at stiftelsen af selskabet kun kunne registreres, hvis selskabet med en selskabskapital på 500.000 kr. og indskudte nettoaktiver på 2.500.000 kr. anmeldes med en tegningskurs på 500.

Sagens omstændigheder

Af en af Erhvervsankenævnet fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder fremgår:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog anmeldelse og bilag, herunder stiftelsesdokument og vurderingsberetning om stiftelsen af K P/S, den 22. december 2010.

Det fremgår heraf, at stiftelsen skete den 16. december 2010 med en aktiekapital på 500.000 kr. Det fremgik tillige af vurderingsberetningen af 13. december 2010, at der blev indskudt en igangværende virksomhed til en værdi af 2.500.000 kr., og at kursen var 100.

Styrelsen kontaktede anmelder telefonisk og gjorde opmærksom på, at kursen efter styrelsens opfattelse skulle anmeldes til kurs 500 og ikke som kurs 100. Hvis forholdet blev berigtiget, kunne anmeldelsen registreres, i modsat fald, ville anmeldelsen blive nægtet registrering med et brev fra styrelsen og med den fornødne begrundelse og ankevejledning.

Anmeldelsen blev berigtiget og ny, efter styrelsens opfattelse korrekt vurderingsberetning blev indsendt, hvorefter anmeldelsen kunne registreres den 31. januar 2011.

Anmelder anmodede om at få styrelsens skriftlige afgørelse og styrelsen skrev derfor brevet af 25. august 2011 til anmelder, hvor afgørelsen blev begrundet. På baggrund af denne afgørelse klagede A til ankenævnet.”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 25. august 2011 hedder det blandt andet:

”Det fremgår af selskabsloven § 26, at tegningskursen for kapitalandele skal angives i stiftelsesdokumentet. Dette betyder efter styrelsens opfattelse, at hvis selskabskapitalen udgøre 500.000 kr., og værdien af de indskudte aktiver udgør 2.500.000 kr., skal tegningskursen anmeldes til kurs 500.

...

Hvis selskabet med en selskabskapital på 500.000 vil registrere tegningskursen til kurs 100, selv om de indskudte aktivers værdi er vurderet til 2.500.000 kr., må det overskydende beløb betragtes som et driftstilskud, der skal vise sig i den skattemæssige og regnskabsmæssige opgørelse, hvilket efter det oplyste ikke er sket i denne sag.

Det er således fortsat styrelsens holdning, at tegningskursen skal være 500 i dette selskab.”

Skrivelsen indeholder sædvanlig klagevejledning til Erhvervsankenævnet.

I klageskrivelsen af 19. september 2011 har statsautoriseret revisor A anført:

”...

Af vurderingsberetningen med åbningsbalance for partnerselskabet pr. 1. maj 2010 fremgår, at værdien af de indskudte nettoaktiver efter fradrag af indskydertilgodehavende til stifterne udgør 2.500.000 kr.

Vederlaget til stifterne på 500.000 kr. (nominelt 500.000 kr. aktier til kurs 100) er således **mindre** end den opgjorte nettoværdi af den indskudte virksomhed på 2.500.000 kr.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afviste registrering af partnerselskabet til kurs 100 og stillede krav om, at tegningskursen skulle angives til kurs 500. Af forretningsmæssige årsager kunne stiftelse af partnerselskabet ikke afvente en klagebehandling, hvorfor selskabet blev stiftet til kurs 500.

I sin nægtelse af registrering af partnerselskabet til kurs 100 henviser Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til selskabsloven § 26. I selskabsloven § 26 er alene anført, at tegningskursen for kapitalandele skal oplyses. Der er ikke i § 26 eller lovens forarbejder vedrørende § 26 noget belæg for styrelsens opfattelse, hvorefter tegningskursen skal være 500, hvis selskabskapitalen udgør 500.000 kr., og værdien af de indskudte nettoaktiver udgør 2.500.000 kr. Selskabsloven § 26 er efter min opfattelse alene en ordensforskrift, hvorefter tegningskursen skal være kendt.

Selskabsloven § 26 indeholder ikke noget om fastsættelse af tegningskursen for aktierne. Der er imidlertid andre bestemmelser i selskabsloven, der regulerer tegningskursens størrelse.

Det fremgår således af selskabsloven § 31, at kapitalandele ikke kan tegnes under forbehold eller til underkurs. Denne bestemmelse er overholdt i den aktuelle stiftelse, der er nægtet registreret af styrelsen.

Det fremgår endvidere af selskabsloven § 36 om apportindskud, at den ansatte værdi af apportindskuddet **mindst** skal svare til det aftalte vederlag til stifterne. Denne bestemmelse er også overholdt i den aktuelle stiftelse, der er nægtet registreret af styrelsen, da det aftalte vederlag til stifterne på 500.000 kr. (nominelt 500.000 kr. aktier til kurs 100) er mindre end den ansatte værdi af apportindskuddet på 2.500.000.

Som følge af formuleringen af selskabsloven § 36, hvor formuleringen ”**mindst**” er anvendt, kan det udledes, at værdien af apportindskuddet godt kan være større end det aftalte vederlag til stifterne. Hvis dette ikke var muligt, skulle § 36 i stedet være formuleret således, at værdien af apportindskuddet skal svare (nøjagtigt) til det aftalte vederlag til stifterne.

Hvis styrelsens krav om forhøjelse af tegningskursen i den aktuelle sag var gældende ret, burde den af styrelsen angivne opfattelse være angivet eksplicit i selskabsloven, når der i øvrigt findes andre specifikke krav til tegningskursen i selskabsloven, jf. § 31 og § 36.

...

At bringe skattemæssige overvejelser ind fortolkningen af selskabsloven har ingen mening. Et partnerselskab er ikke et selvstændigt skattesubjekt omfattet af selskabsskatteloven. Beskatning af indtjening i partnerselskabet sker hos deltagerne i partnerselskabet, hvilket i øvrigt også fremgår af styrelsens egen vejledning om partnerselskaber. Hvad det er for en skattemæssig opgørelse styrelsen henviser til i citatet, kan jeg således ikke gætte mig til.

Hvad styrelsen mener med ”*den regnskabsmæssige opgørelse*” er også uvist. Der må enten menes åbningsbalancen pr. 1. maj 2010, der er en del af vurderingsberetningen, eller det førstkommende årsregnskab for partnerselskabet.

Både åbningsbalancen pr. 1. maj 2010 og årsregnskabet skal udarbejdes efter årsregnskabsloven. Der er af gode grunde ikke udarbejdet noget årsregnskab for partnerselskabet på tidspunktet for styrelsens nægtelse af registrering af partnerselskabet.

I åbningsbalancen pr. 1. maj 2010 fremgår forskellen mellem vederlaget til stifterne på 500.000 kr. og værdien af de indskudte nettoaktiver på 2.500.000 kr. som egenkapital med benævnelsen andre reserver på 2.000.000 kr.

Den regnskabsmæssige behandling af overkurs ved stiftelse af et datterselskab er den samme som behandlingen af et tilskud fra moderselskab til datterselskab. Dette fremgår bl.a. af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens notat af 28. april 2009 om selskabsretlig og regnskabsretlig regulering af tilskud inden for en koncern (Sag 2008-16.095). På side 2 i notatet er om tilskud anført, at ”*indregningen på egenkapitalen sker direkte på de frie*

reserver under egenkapitalen (overkurs ved emission eller overført overskud/underskud), da der ikke er tale om en kapitaludvidelse, jf. nedenfor om de selskabsretlige forhold.”

Åbningsbalancen for partnerselskabet pr. 1. maj 2010 er således påvirket af, om den ovenfor omtalte forskelsværdi på 2.000.000 kr. er et officielt overkursbeløb ved stiftelsen til kurs 500, eller om forskelsbeløbet på 2.000.000 kr. anses som tilskud fra stifterne i forbindelse med stiftelse til kurs 100. Tilsvarende vil det første årsregnskab for partnerselskabet være påvirket af dette forhold.
...”

I førnævnte redegørelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af 25. oktober 2011 har styrelsen yderligere anført:

”Udtalelse

Styrelsen modtog den 22. december 2010 anmeldelse med bilag vedr. stiftelsen af K P/S fra advokat B. Det fremgik af det indsendte stiftelsesdokument, at selskabets aktiekapital udgjorde nominelt 500.000 kr., og at stiftelsen var sket ved indskud af en igangværende virksomhed til kurs 100.

Det fremgik imidlertid af den sammen med stiftelsesdokumentet indsendte vurderingsberetning, at de indskudte aktiver og forpligtelser fratrukket gæld til stifteren, havde en værdi på 2.500.000 kr.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tilkendegav over for anmelder, at stiftelsen derfor ikke kunne anmeldes til kurs 100, idet den anmeldte kurs ikke gav et retvisende billede af værdien af det indskudte. Kursen skulle derfor, efter styrelsens opfattelse, anmeldes til kurs 500.

Styrelsen tilkendegav, at stiftelsen kun kunne registreres, hvis kursen blev rettet til kurs 500, hvilket herefter skete og sagen blev registreret.

Det er fortsat styrelsens opfattelse, at anmeldelsen ikke opfyldte selskabslovens bestemmelser, som de bliver fortolket og administreret af styrelsen og at styrelsen derfor med rette har stillet krav om ændring af anmeldelsen.

...

Redegørelse for sagens retlige omstændigheder

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afviste at registrere kursen til 100 og forlangte, at tegningskursen skulle anmeldes som kurs 500. Dette skete, da anmelder ikke havde tid til at afvente en klagebehandling og anmeldelsen blev registreret.

Det fremgår af selskabsloven § 14, stk. 2, at oplysninger, der er offentliggjort i styrelsens it-system, anses for at være kommet til tredjemands kendskab. Da de offentliggjorte oplysninger skal tjene som information

til omverdenen, herunder kreditorer, selskabsdeltagere og offentlige myndigheder, er det efter styrelsens opfattelse vigtigt, at de er korrekte.

Det fremgår endvidere af selskabsloven § 15, stk. 1, at registreringen ikke må finde sted, hvis de forhold, der ønskes registreret, ikke opfylder bestemmelserne i denne lov, bestemmelser fastsat i henhold til denne lov eller selskabets vedtægter.

Kravene om hvilke oplysninger der skal registreres og dermed bringes til tredjemands kundskab fremgår bl.a. af anmeldelsesbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 243 af 25. marts 2011) § 14, [nr.] 5, hvor der står, at registrering via webreg eller anmeldelse til registrering af stiftelse af et kapital selskab, skal angive **størrelsen af et evt. overkursbeløb**. Dette overkursbeløb skal, efter styrelsens opfattelse, give sig udslag i kursangivelsen og registreres i styrelsens it-informationssystem.

Det fremgår endvidere af selskabsloven § 26, at stiftelsesdokumentet skal indeholde oplysning om **tegningskursen**.

Den bestemte form, **tegningskursen**, fortolker styrelsen således, at det der skal anmeldes og registreres er den korrekte kurs, der giver omverdenen et rigtigt billede af hvad der er sket i selskabet, dvs. værdien af de indskudte aktiver fratrukket passiver sat i forhold til den nominelle kapital, og altså ikke en tilfældigt af anmelder valgt kurs, der blot ikke er under 100.

Anmelder skulle i denne sag, have anført kursen til 500. Efter styrelsens opfattelse er en anmeldt kurs på 100 tilstrækkeligt til at anmeldelsen ikke må registreres efter selskabsloven § 15.

Styrelsens holdning

Det er efter styrelsens opfattelse ikke korrekt, at det eneste krav i selskabsloven om tegningskursen er, at tegningen ikke må ske til underkurs.

Det fremgår således, at tegningskursen, og det betyder efter styrelsens opfattelse, den korrekte tegningskurs, skal anmeldes og registreres, så interessenter kan blive orienteret om selskabets forhold og økonomiske formåen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke kompetence til administrativt at slette den foretagne registrering, jf. selskabsloven § 20, hvoraf det fremgår, at hvis nogen mener, at en registrering er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om registreringens udrettelse under domstolene.

...”

I skrivelse af 14. november 2011 har statsautoriseret revisor A yderligere anført:

” ...

Styrelsen fastholder i sin skrivelse af 25. oktober 2011, at stiftelsen af K P/S ikke kunne ske til kurs 100, idet den anmeldte kurs *“ikke gav et retvisende billede af værdien af det indskudte”*.

I sin nægtelse af registrering af stiftelsen lægger styrelsen til grund, at den anmeldte tegningskurs ikke er korrekt, angiveligt med henvisning til, at værdien af det indskudte 2.500.000 kr. pr. 1. maj 2010 overstiger det aftalte vederlag til stifteren på 500.000 kr. (nominelt 500.000 kr. aktier til kurs 100) på stiftelsestidspunktet i december 2010.

Styrelsen stiller krav om, at der **skal** anmeldes en overkurs på 2.000.000 kr. i den konkrete case.

Styrelsen anfører ingen konkret retskilde for det angivne krav om, at værdien af det indskudte ikke må overstige det aftalte vederlag til stifteren.

Forklaringen på styrelsens manglende angivelse af retskilde er efter min opfattelse, at der ikke findes nogen bestemmelser i selskabsloven, der siger, at værdien af det indskudte ved stiftelse af et selskab ikke må overstige det aftalte vederlag til stifteren. Tværtimod findes der en bestemmelse i selskabsloven § 36, der kræver, at værdien af det indskudte **mindst** svarer til det aftalte vederlag til stifteren. Heri ligger, at værdien af det indskudte godt kan overstige det aftalte vederlag til stifteren.

Det fremgår udtrykkeligt af bemærkningerne til selskabsloven § 36, at formålet med denne beskyttelsesregel er at tilgodese hensynet til kapital-selskabets kreditorer og eventuelle kapitalejere med minoritetsinteresser.

I betænkning 1498 fra november 2008 om modernisering af selskabsretten er beskyttelsehensynet beskrevet således (side 132):

“Kravet om vurderingsberetning ved indskud i andre værdier end kontanter er indsat for at beskytte kapitalejerne og selskabets kreditorer mod, at der indskydes aktiver, der er mindre værd end den påståede værdi. I mange selskaber er der betydelig sammenfald mellem ledelse og ejerkreds, og der er i så fald mindre behov for at beskytte kapitalejerne.

Det er udvalgets opfattelse, at det nuværende system med en mere udstrakt brug af vurdering ved indskud af apportindskud medfører en vis sikkerhed for, at den aftalte værdi faktisk tilføres selskabet. Dette kan sikre kreditorerne og modvirke misbrug, hvor selskabskapitalen tegnes ved brug af aktiver til opskruede priser.

Formentligt kan kravet om involvering af en vurderingsmand afholde nogle selskaber fra at misbruge denne indskudsform. Desuden kan en kreditor være bedre stillet ved retsforfølgning af et krav mod en professionel rådgiver med en lovpligtig ansvarsforsikring end mod et medlem af selskabets ledelse.”

Det fremgår med stor tydelighed, at lovgivningen skal beskytte mod, at der indskydes “for lidt” i selskabet i forhold til det aftalte vederlag til stifteren.

Der findes ikke noget forbud mod, at der indskydes "for meget" i selskabet i forhold til det aftalte vederlag til stifteren. Det ses heller ikke, hvad formålet med et sådant forbud i givet fald skulle være.
..."

Statsautoriseret revisor A har på en forespørgsel af 19. marts 2012 fra Erhvervsankenævnet til ham og Erhvervsstyrelsen af, om der foreligger en afgørelse, der kan påklages anført følgende:

..."
Sagen for Erhvervsankenævnet er ikke et spørgsmål om prøvelse af "styrelsens holdning". Det er derimod en prøvelse af konkret forvaltningsbeslutning truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og denne afgørelse har K P/S en retlig interesse i at få prøvet. K P/S har, uanset at der efterfølgende blev lavet en ny registrering, en væsentlig, individuel interesse i at få prøvet afgørelsen. K P/S forbeholder sig således retten til at påberåbe sig de retsvirkninger, der måtte følge af, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens oprindelige beslutning kendes ugyldig.
..."

Erhvervsstyrelsen har herom den 16. april 2012 anført:

..."
Det er styrelsens opfattelse, at styrelsens afgørelse om, at registrering af kapitalindskuddet ikke kunne ske til den anmeldte kurs 100, og at kursen for kapitalindskuddet skulle være kurs 500, er en afgørelse, der kan efterprøves af Erhvervsankenævnet, hvilket vi også har meddelt klager i vores breve af 25. august 2011 til C [advokatvirksomhed].
..."

Ankenævnet udtaler:

Det følger af § 1 i lov om Erhvervsankenævnet, lov nr. 858 af 23. december 1987 med senere ændringer samt § 1 i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet, at Erhvervsankenævnet behandler klager over afgørelser truffet af blandt andet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor der i lov eller i henhold til lov er fastsat bestemmelse om klageadgang til nævnet.

Ankenævnet lægger til grund som ubestridt, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen telefonisk kontaktede anmelder og gjorde opmærksom på, at kursen efter styrelsens opfattelse skulle anmeldes til kurs 500 og ikke som kurs 100. Hvis forholdet blev berigtiget, kunne anmeldelsen registreres, i modsat fald, ville anmeldelsen blive nægtet registrering. Anmeldelsen blev herefter berigtiget og ny vurderet

ringsberetning blev indsendt, hvorefter anmeldelsen blev registreret den 31. januar 2011. Den 25. august 2011 tilkendegaves, at det ”fortsat [er] styrelsens holdning, at tegningskursen skal være 500 i dette selskab”, og der blev samtidig givet sædvanlig klagevejledning.

Da der den 31. januar 2011 er sket registrering til kurs 500, er den efterfølgende tilkendegivelse af 25. august 2011 ikke en sådan afgørelse, som kan prøves af Erhvervsankenævnet. Det forhold, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har givet klagevejledning ændrer ikke herved.

Ankenævnet afviser således klagen, jf. § 8, stk. 1, i bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet.

46) Kendelse af 24. juni 2013 (J.nr. 2011-0025578)

Klagen afvist, da konkursbo ikke har tilkendegivet at ville indtræde i sagen.

Bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet.

(Monica Reib, Niels Walther-Rasmussen og Jan Uffe Rasmussen).

Ved skrivelse af 7. oktober 2011 har advokat A på vegne af K ApS klaget over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 15. september 2011, hvorved styrelsen har meddelt, at anmeldelse om ændring af revisor ikke kan registreres, før der er skabt klarhed over ejerforholdet i selskabet.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet i anledning af klagen indhentet redegørelse af 29. november 2011 har Erhvervsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder udtalt blandt andet:

”Sagens faktiske omstændigheder

Styrelsen modtog den 7. september 2011 en anmeldelse af revisorændring i K ApS fra advokat A. Af det medsendte generalforsamlingsprotokollat ... fremgår det, at beslutningen om valg af ny revisor blev truffet på ekstraordinær generalforsamling den 29. august 2011. Det fremgår tillige af protokollatet at B ApS er eneste anpartshaver, der er til stede på den ekstraordinære generalforsamling, og at B på tidspunktet for general-

forsamlingens afholdelse anser sig for at eje samtlige anparter i selskabet.

Styrelsen modtog den 9. september en mail fra advokat C..., hvor i denne på vegne af D ApS gjorde indsigelse mod, at ændringen af revisor blev registreret. Advokat C meddelte, at beslutningen om ændring af revisor ikke var sket på en lovlige indkaldt generalforsamling, og at de øvrige anpartshavere i K ApS uberettiget havde søgt at tage rådheden over D ApS's anpart i selskabet. Sammen med mailen sendte C

- kopi af begæring af fagedforbud mod at D ApS slettes som ejer af 10 % af anpartskapitalen i K ApS,
- kopi af stævning, hvor D ApS stiller krav om at få de øvrige anpartshaveres anparter i K ApS overdraget til sig,
- kopi af skrivelse af 8. september 2011 til advokat A, hvor advokat C bestrider, at D ApS er i misligholdelse, og hvor han meddeler, at han anser generalforsamlingen afholdt den 29. august 2011 for ulovlig,
- kopi af skrivelse af 8. september 2011 til statsautoriseret revisor E, hvor advokat C meddeler, at han anser generalforsamlingen afholdt den 29. august 2011 for ulovlig.

På baggrund af den indsendte indsigelse mod registreringen, traf styrelsen den 15. september 2011 afgørelse om, at registrering ikke kunne foretages grundet tvivl om adkomsten i selskabet.”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 15. september 2011 hedder det blandt andet:

”Der er derfor efter styrelsens opfattelse opstået tvivl om, hvorvidt den foretagne anmeldelse er lovlige og styrelsen har derfor truffet beslutning om, at registrering ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet, jf. selskabsloven § 16, stk. 3.

Styrelsen har derfor samtidig hermed i styrelsens it-system offentliggjort en meddelelse om grundlaget for styrelsens beslutning, hvor der står:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal henlede opmærksomheden på, at der er uenighed om ejendomsretten til anparterne i selskabet. Så længe der er uenighed, kan der ikke foretages registreringer af ændringer i selskabet, heller ikke via webreg.”

Det er styrelsens praksis at offentliggøre en modsat rettet meddelelse, når parterne dokumenterer, at de er nået til enighed. Vi skal derfor henstille, at vi bliver orienteret, når sagens parter har fundet en løsning.
...”

I klageskrivelse af 7. oktober 2011 har advokat A anført:

”...

Jeg [kan] oplyse, at der på foranledning af statsaut. rev. F pr. 30.09.2010 blev oprettet et holdingselskab, som overtog anparterne i CVRnr. ... – K ApS, som hidtil havde været ejet af stifteren G og dennes to sønner med henholdsvis

G	52 %
H	24 %
I	24 %

Dette holdingselskab er ifølge statsaut. rev. F efterfølgende blevet spaltet i tre holdingselskaber, i hvilken forbindelse ejerforholdet ændredes til følgende:

B ApS	61 %
J ApS	29 %
D ApS	10 %

Denne omstrukturering skyldtes, at selskabet efter at have konstateret uregelmæssigheder på selskabets konti og i det af I førte bogholderi i sommeren 2010 måtte afvikle ansættelsen af denne.

Dette medførte desværre, at I overfor sin personlige ven – selskabets revisor statsaut. rev. F – hos hvem I tidligere har været ansat og uddannet, fremsatte ubegrundede påstande om, at et aktiv, selskabet havde, først kunne have været og senere var blevet solgt for mere, end det faktisk gjorde.

Den overfor omtalte omstrukturering skulle sammen med en anpartshaveroverenskomst, ... afslutte uoverensstemmelserne mellem på den ene side I og på den anden side hans fader og storebroder og skabe arbejdsro i selskabet.

I anpartshaveroverenskomsten forpligtede parterne sig til fortsat at have statsaut. rev. F som selskabets generalforsamlingsvalgte revisor.

Efter i 2010 at have modtaget en række regninger fra revisor, hvilket fortsatte i 2011, opstod der uenighed mellem selskabet og revisor om dennes honorarkrav.

Dette førte til, at revisor nægtede at udfærdige selskabets regnskab før yderligere regninger var betalt.

Selskabet var derfor nødt til at udskyde afholdelsen af dets ordinære generalforsamling, og da denne omsider blev afholdt, forelå der endnu ikke et regnskab ...

På en efterfølgende ekstraordinær generalforsamling afholdt d. 01.06.2011, anmodede anpartshaverne B ApS og J ApS om at blive løst fra anpartshaveroverenskomstens bestemmelse om valg af revisor.

Dette blev afslået, ...

...

Selskabet valgte herefter at foretage betaling af en af revisor fremsendt a conto regning for udfærdigelse af selskabets regnskab, og efter at selskabet havde modtaget første skrivelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i anledning af det manglende regnskab, meddelte statsaut. rev. F ved skrivelse af 05.07.2011 ..., at han ville ”for at undgå eventuelle skadevirkninger og meromkostninger foreslå og tilbyde, at årsrapporten for 2010 færdiggøres og forsynes med revisionspåtegning, videresendes og indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.”

Det af revisor d. 14.07. afleverede regnskab blev behandlet på ekstraordinær generalforsamling d. 21.07.2011 ..., men efter indsendelsen meddelte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 05.08.2011 ..., at regnskabet efter Styrelsens opfattelse ikke indeholdt nogen konklusion fra revisor, hvorfor det ikke kunne accepteres som et årsregnskab.

Som følge heraf anmodede anpartshaverne B ApS og J ApS ved skrivelser af 10.08.2011 ... igen om at blive løst fra anpartshaveroverenskomstens bestemmelse om valg af revisor, idet det samtidig med det i anpartshaveroverenskomsten foreskrevne varsel på 14 dage blev tilkendegivet, at manglende efterkommelse ville blive betragtet som misligholdelse med de i anpartshaveroverenskomsten anførte konsekvenser i form af tvangsmæssig overdragelse af anparterne tilhørende D ApS.

Fra selskabets ledelses side var forslaget fra den ekstraordinære generalforsamling d. 01.06.2011 om nyvalg af statsaut. rev. E genfremsat, og da D ApS ikke ved udløbet af fristen på 14 dage havde tilsluttet sig dette, gjorde B ApS og J ApS ved skrivelser af 25.08.2011 ... misligholdelsen gældende, og krævede anparterne tilhørende D ApS overdraget til sig.

Den til 25.08.2011 indvarslede ekstraordinære generalforsamling gennemførtes, ...

Ved skrivelser af 26.08.2011 ... fastholdt B ApS og J ApS misligholdelsen og kravet om overdragelse af anparterne tilhørende D ApS.

Herefter er D ApS ikke længere anpartshaver i CVRnr. ... – K ApS.

Anpartshaveroverenskomsten er i medfør af bestemmelsen i § 2 hermed ophørt med at være gældende.

Anpartsbesiddelser så herefter sådan ud:

B ApS	67,78 %
J ApS	32,22 %

Den 27.08.2011 overdrog J ApS sin anpartsbesiddelse – incl. den fra D ApS erhvervede del – til B ApS.

Overdragelserne registreredes i selskabets Ejerbog d. 26.08.2011

Anpartsbesiddelsen så herefter således ud:

B ApS 100 %

Herefter afholdtes ekstraordinær generalforsamling d. 29.08.2011, hvor nyvalg af statsaut. rev. E fandt sted ...

...

Selskabets nye revisor har herefter udarbejdet nyt årsregnskab, som efter vedtagelse på endnu en ekstraordinær generalforsamling d. 09.09.2011 ... samme dag blev indleveret til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Efter det oplyste har advokat C på vegne D ApS samme dag indleveret stævning med påstand om, B ApS og J ApS mod betaling af nærmere specificerede beløb overdrager selskabernes anpartsbesiddelse i CVRnr. ... – K ApS til D ApS.

Da D ApS har nægtet at modtage betaling for sine anparter, har B ApS og J ApS foretaget deponering af overdragelsessummerne.

...

På vegne CVRnr. ... – K ApS gøres det gældende, at selskabet ikke er part i anpartshaveroverenskomsten.

Endvidere gøres det gældende, at der forud for d. 10.08.2011 ikke er tvivl om anpartsbesiddelsen i selskabet, som var:

B ApS	61 %
J ApS	29 %
D ApS	10 %

Derudover gøres det gældende, at en ikke misligholdende anpartshaver i medfør af anpartshaveroverenskomstens § 7 stk. 2 har ret til at erhverve en misligholdende anpartshavers anparter efter 14 dages forudgående varsel.

Det gøres gældende, at en anpartshaver, overfor hvem et sådant krav rejses, mister retten til sine anparter i det øjeblik kravet fremsættes.

Da kravet er fremsat d. 25.08.2011 kl. 16:00 og for en sikkerheds skyld gentaget d. 26.08.2011 gøres det gældende, at D ApS fra da af ikke længere kan udøve rettigheder i henhold til anparterne.

Anpartsbesiddelsen så herefter således ud:

B ApS	67,78 %
J ApS	32,22 %

Anpartshaveroverenskomsten er i medfør af bestemmelse i § 2 hermed ophørt med at være gældende.

Da J ApS herefter d. 27.08.2011 overdrog samtlige sine anparter til B ApS, så ejerforholdene således ud:

B ApS 100 %

På denne baggrund er der ikke noget grundlag for at være i tvivl om anpartsbesiddelsen i selskabet.

B ApS har i hele forløbet haft ubetinget flertal uanset ejerforholdene, ligesom D ApS på intet tidspunkt har været ejer af mere end 10 % af anparterne

Den af D ApS indleverede stævning vedrører påståede misligholdelser efter disse tidspunkter og den baserer sig på den mellem parterne indgåede anpartshaveroverenskomst.

Da denne er ophørt med at være gældende principalt d. 25.08.2011/26.08.2011, men under alle omstændigheder d. 27.08.2011, da J ApS overdrog sin anpartsbeholdning til B ApS, kan D ApS ikke påberåbe sig denne overenskomst efter disse tidspunkter.

Derfor er der heller ikke noget grundlag for, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen sætter spørgsmålstegn ved de på generalforsamlingerne truffne beslutninger.”

Erhvervsstyrelsen har i førnævnte redegørelse af 29. november 2011 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

En anpartshaver har ret til at møde på generalforsamling, hvilket fremgår direkte af selskabslovens § 78. Endvidere foreskriver selskabslovens § 94, stk. 1, indkaldelsesvarslet til en generalforsamling. Kravet til indkaldelsesvarslet kan konkret fraviges, hvis alle kapitalejere i et selskab samtykker i fravigelsen, jf. lovens § 76, stk. 2. I det indsendte af advokat C er det anført, at indkaldelse til generalforsamling den 29. august var ulovlig, idet D ApS fortsat på tidspunktet for generalforsamlingen ejede anparter i selskabet og ikke var indkaldt. .

Kompetencen til at påse om en generalforsamlingen var lovligt indkaldt, henhører under domstolene, jf. selskabslovens § 109. Styrelsen kan derfor ikke træffe afgørelse om hvorvidt beslutningen forud for den anmeldte registrering er truffet på et lovligt grundlag, men må afvente, at striden er afgjort mellem parterne, eller der er afsagt en dom herom. Baggrunden herfor er, at hvis der rejses en uenighed omkring adkomsten til et selskab, vil det typisk være nødvendigt med en egentlig bevisbedømmelse, når det skal afklares, hvem der rettelig har adkomsten hertil.

Selskabslovens § 16, stk. 3, foreskriver, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan træffe beslutning om, at registrering ikke kan finde sted, når styrelsen bliver bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af den anmeldte registrering. Formålet med denne bestemmelse i selskabsloven er således at sikre, at når der er en sådan konflikt om adkomsten til selskabet kan

registrering afskæres, således at der ikke uretmæssigt registreres ændringer i det konkrete selskab, som ikke er blevet til på lovlig vis.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

Spørgsmålet om, hvorvidt beslutning truffet på den ekstraordinære generalforsamling den 29. august 2011 er gyldig, afhænger af, hvem der på tidspunktet for generalforsamlingen udgjorde ejerkredsen i selskabet. Tvisten omkring ejerskab henhører under domstolene. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke i kompetence til at foretage den fornødne bevisbedømmelse af forholdene.

I det tidsrum, hvor konflikten pågår, er det afgørende, at der ikke uretmæssigt bliver foretaget registrering af beslutninger i selskabet, medmindre parterne er enige om disse, hvilket som nævnt ovenfor er baggrunden for bestemmelsen i selskabslovens § 16, stk. 3, som efter styrelsens opfattelse finder anvendelse i den konkrete sag.

På baggrund af det modtagne materiale fra de forskellige parter i den konkrete sag finder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen således, at der er tvivl om adkomsten til selskabet.

Styrelsen finder derfor fortsat, at styrelsen ikke kan tage foretage registrering af den anmeldte revisorændring, før end der er klarhed om forholdet.

...”

D ApS er med ankenævnets tilladelse indtrådt til støtte for Erhvervsstyrelsen, jf. lov om Erhvervsankenævnet § 5, hvorefter I fra D ApS ved indlæg af 19. december 2011 har anført:

” ...

Som der er redegjort for i den stævning, som er indgivet med påstand om, at B ApS og J ApS er forpligtede til at overdrage deres anpartsbesiddelser i selskabet til D ApS, har man fra de øvrige anpartshavere og ledelsens side, opbygget en konflikt med selskabets generalforsamlingsvalgte revisor, statsaut. revisor F.

Statsaut. revisor F havde været selskabets revisor i mange år forud for den etablerede tvist og tvistens reelle indhold er, at selskabets ledelse ikke ville give revisor det fornødne grundlag for at kunne foretage sin revision. Der er redegjort herfor overfor styrelsen.

Som der også er redegjort for i stævningen, var der en forpligtelse til at have statsaut. revisor F som selskabets revisor, af hensyn til tilliden til denne fra D ApS's side, der som mindre-tals anpartshaver og udenfor den daglige drift, ikke havde mulighed for at følge med i selskabets forhold.

Selskabets ledelse ville ganske enkelt ikke give selskabets revisor den fuldmagt som var fornøden til, at denne kunne udføre sit arbejde, endda

til trods for, at D ApS tilkendegav, at man var indstillet på at afholde udgifterne til revisors gennemførelse af sine undersøgelser.

Der er ligeledes redegjort i stævningen for, at D ApS tilkendegav, at hvis tvisten mellem revisor og selskabets ledelse, havde gjort et samarbejde umuligt, så ville man være indstillet på, skønt konflikten skyldtes ledelsens forhold, at der kunne vælges en anden revisor, nemlig en af de som D ApS foreslog fra 3 af Danmarks største og mest velrenommerede revisionsvirksomheder. Dette ville man ikke fra de øvrige anpartshaveres side, som mente, at hvis D ApS ikke stemte for valget af statsaut. revisor E, fra en revisionsvirksomhed, som hedder L, var dette en misligholdelse fra D ApS's side.

Dette er gentagne gange afvist, at der var grundlag for at gennemtvinge et valg af en ny revisor og som det fremgår af de fremsendte udskrifter, har B ApS og J ApS, ved ikke at stemme, både den 31. maj 2011 og igen den 1. juni 2011 medvirket til valget af statsaut. revisor F som selskabets revisor.

Der er en tvist mellem anpartshaverne, som i sin enkelthed går ud på, om D ApS har misligholdt sine forpligtelser efter anpartshaveroverenskomsten, med den konsekvens, at de øvrige anpartshavere er berettiget til at overtage anpartsbesiddelsen eller om D ApS, som følge af de øvrige anpartshaveres misligholdelse er berettiget til at overtage disses anpartsbesiddelser.

De øvrige anpartshavere har ikke anlagt sag, men har blot via deres ledelsespost i selskabet legitimeret en uberettiget overdragelse. D ApS har anlagt sag med den angivne påstand. End ikke i dag har de øvrige anpartshavere taget retsskridt til at opnå dom for påstanden om ret til erhvervelse som følge af misligholdelse, heller ikke i relation til nedlægelse af påstand i den af D ApS anlagte sag.

Som anført påberåber klager sig, at der er en tvist med revisor, men forholder sig ikke til realiteten, nemlig at dette beror på ledelsens misligholdelse. Advokat A kommenterer end ikke, at styrelsen jo har tilkendegivet at det påhviler ledelsen at assistere revisor, jfr. Selskabslovens § 133.

Det kan også undre, hvorledes advokat A kan være af den opfattelse, at den af statsaut. revisor E, skønt ikke lovligt valgt, påtegnede årsrapport kan være korrekt og retvisende. Årsrapporten er af statsaut. revisor E og selskabets direktør underskrevet den 9. september 2011, pr. hvilken dato, det angives at den er godkendt af generalforsamlingen.

Generalforsamlingen er ikke indkaldt overfor de som rettelig var anpartshavere på tidspunktet for udsendelse af indkaldelse/afholdelse, og derfor ikke lovligt indkaldt og derfor heller ikke beslutningsdygtig.

Det kan da også noteres, at det er advokat A, der er dirigent på den generalforsamling, hvor statsaut. revisor E søges valgt, og som er den som

konkluderer, trods manglende indkaldelse af D ApS, er der tale om en lovlig indkaldt generalforsamling.

Under ledelsesberetningen er anført, at der ikke er indtruffet begivenheder efter regnskabsårets afslutning, som kan påvirke vurderingen af selskabets forhold væsentligt.

Af de oplysninger, som er kommet frem i forbindelse med likvidationen, herunder H's forklaring til skifteretten den 2. november 2011, jfr. vedlagte udskrift, er der sket en virksomheds-overdragelse med virkning fra 1. juli 2011, som har betydet, at selskabet netto har måttet overføre ca. kr. 400ts. til det M I/S, som, jfr. vedlagte udskrift, er etableret den 30. juni 2011, som H er citeret for i udskriften fra skifteretten: " Aktiviteterne fortsættes i det nye selskab, da det ikke er muligt at fortsætte driften i det gamle som sagerne står."

Dette er der ingen oplysninger om og advokat A har da heller ikke redegjort herfor, skønt dette er et meget væsentligt forhold.

Det bemærkes, at såvel etableringen af M I/S, som overdragelsens virkning, ligger inden at misligholdelse gøres gældende fra advokat A's side. Dette betyder, at uden at orientere samtlige anpartshavere, herunder uden at give orientering herom på generalforsamlingen afholdt den 21. juli 2011, hvor indholdet af en retvisende årsrapport drøftes, overdrager selskabets ledelse, som ligeledes er hovedanparts-haver, selskabets aktiver til et I/S med begge de øvrige anpartshaver, bortset fra D ApS, som interessenter, og oven i købet således at selskabet får en udgift på kr. 400.000 ved at overdrage sine aktiver.

Der foreligger klart en disposition som er egnet til at skaffe visse anpartshavere en utilbørlig fordel på andre kapitalejere eller selskabets bekostning, jfr. Selskabslovens § 127 og som er strafsanktioneret jfr. Selskabslovens § 367.

Advokat A anfører i klagen, at undertegnede var årsagen til uenigheden i ejerkredsen, som følge af uregelmæssigheder på selskabets konti og i det af undertegnede førte bogholderi.

Dette er helt og aldeles uberettigede anklager, som henstår ganske udokumenterede. Der foreligger ingen dokumentation for at selskabet skulle have fremsat sådan påstand eller at revisor skulle have konstateret eller påtalt sådanne forhold. Ingen revisionsprotokol indeholder nogen oplysninger om uregelmæssigheder fra undertegnedes side.

I stedet for at fremkomme med injurierende udtalelser uden nogen form dokumentation, ville det klæde advokat A, hvis denne enten fremlagde dokumentation eller bekræftede, at han ikke har noget grundlag for at fremkomme med sådanne beskyldninger.

Advokat A og hans klienter har ganske åbenbart søgt at undgå en domstolsprøvelse, hvilket på baggrund af det konstaterbare forløb, virker forståeligt, men faktum er, at indtil der foreligger en domstolsafgørelse,

som endeligt tager stilling til, hvorvidt advokat A's klienter er berettiget til at over-tage D ApS's anparter eller D ApS er berettiget til at overtage de øvrige anpartshaveres anparter, så er det vigtigt at ingen af anpartshaverne kan benytte deres påståede anpartsbesiddelser til at træffe beslutninger i selskabet, hvilket styrelsen helt korrekt har sikret ved sin beslutning.

Der er heller ingen betænkelighed ved at lade selskabet tage under likvidation. Likvidator varetager selskabets interesser og da der som anført er sket virksomhedsoverdragelse, formentlig pr. 1 juli 2011, er der heller ikke nogen virksomhed, som "kan lide under" at selskabet er under likvidation. Likvidator har også mulighed for at få afklaret, hvorvidt der er grundlag for erstatningskrav mod ledelse eller anpartshavere, ved at gennemføre en virksomhedsoverdragelse, som betyder, at selskabet skal give afkald på ca. kr. 400.000 og undersøge grundlaget for, at G og H, trods aftale om en bruttoløn på max. kr. 65.000 pr. måned, pr. 11.juli 2011 har hævet mere end kr. 1.600.000, svarende til mere end det dobbelte. Det bemærkes, at hævninger og krav fra tidligere år, har været omfattet af krav om berigtigelse, i henhold til anpartshaveroverenskomsten, længe inden misligholdelse gøres gældende fra de øvrige anpartshaveres side. Hævningerne viser med al tydelighed, at de øvrige anpartshavere har været i en hævebegrundende misligholdelse overfor D ApS og at disse har søgt dette skjult med at undlade at oplyse herom.

Det er derfor undertegnede opfattelse, at styrelsens handlemåde er helt korrekt, og at denne sikrer, at der sker en domstolsprøvelse af de påståede berettigede ændringer i anpartshaverforholdene, før end den/de reelt berettigede anpartshaver/e kan udøve stemmeret og at der ikke lides noget tab ved at selskabet er taget under likvidation. Tværtimod er det likvidators opgave at sikre selskabets værdier og ikke foretage dispositioner, som fremstår alene i enkelte anpartshaveres interesse."

G fra B ApS, der med ankenævnets tilladelse er indtrådt til støtte for klager, jf. lov om Erhvervsankenævnet § 5, er ved skrivelser af 13., 14. og 15. februar 2012 fremkommet med bemærkninger i sagen, og I fra D ApS er ved skrivelser af 13. og 14. februar 2012 ligeledes fremkommet med yderligere bemærkninger.

Det er for Erhvervsankenævnet oplyst, at K ApS den 9. november 2011 blev taget under tvangsopløsning, og at advokat N af skifteretten blev udpeget som likvidator.

Sø- og Handelsrettens Skifteret har den 21. marts 2012 afsagt konkursdekret over K ApS.

Erhvervsankenævnet rettede foranlediget heraf henvendelse til advokaterne A og N, samt D ApS, B ApS og Erhvervsstyrelsen og bad om at få oplyst, om klagen fastholdes og i givet fald på hvilket grundlag.

G har den 19. juli 2012 svaret ankenævnet således:

”Ejerkredsen bestående af B ApS og J ApS repræsenteret af G og H skal hermed venligst anmode om, at Nævnets endelige beslutning udskydes til afventning af retssagen, om hvem der er ejer af selskabet.

...

Det er rigtigt, at der er afsagt konkursdekret i Sø- og Handelsretten, men faktum er, at det var som følge af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 15. september 2011, at selskabet blev erklæret konkurs.

Kurator og selskabets ejerkreds har indgivet klage over revisoren til Revisornævnet samt anlagt sag ved domstolen.

Da Nævnets afgørelse må forventes at kunne få afgørende indflydelse på de igangværende sager med krav om erstatning fra revisoren, håber vi meget, at vort ønske om udskydelse af sagens behandling på 3 – 4 måneder kan imødekommes.

Ovenstående indlæg er på vegne af B ApS og af J ApS, skrevet af G og godkendt af H.”

G er dels ved e-mails af 16. maj 2012 og 4. juni 2012 og dels ved skrivelse af 13. november 2012 fremkommet med bemærkninger i sagen. Af sidstnævnte fremgår blandt andet:

”Det er for eksperter ubegribeligt, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har taget parti for mindretalsanpartshaverens krav om likvidering af selskabet, - helt uden at han behøvede at gå rettens vej.

...

Undertegnede og mine rådgivere er af den opfattelse, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke burde have efterkommet mindretalsanpartshaverens anmodning om likvidering af selskabet, men i stedet have henvist til domstolene, idet alle tvister om fortolkning af indbyrdes aftaler mellem anpartshavere hører under domstolene i retssamfund som Danmark.

Når selskabet i dag er insolvent, er det alene et direkte resultat af, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen greb ind og lukkede selskabet, med et stort økonomisk tab for selskabet og ejerkredsen til følge.

...

Jeg opfordrer hermed igen til, at Nævnet overlader det til domstolene at afgøre en strid om fortolkning af en ejer-aftale, og for ikke at påføre ejerkredsen yderligere tab, opfordres Nævnet til at omstøde Erhvervs- og Selskabsstyrelsens (foreløbige) beslutning om likvidering af det solvente selskab, udelukkende baseret på et krav fra mindretals-anpartshaveren.”

Ankenævnet udtaler:

Nærværende sag angår en prøvelse af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 15. september 2011, hvorved styrelsen har meddelt, at anmeldelse om ændring af revisor ikke kan registreres, før der er skabt klarhed over ejerforholdet i selskabet om. Spørgsmålet om, hvorvidt Erhvervsstyrelsen har været berettiget til at træffe afgørelse om likvidation af selskabet, er således ikke til prøvelse.

Da K ApS ved dekret af 21. marts 2012 er taget under konkursbehandling, og da konkursboet ikke har tilkendegivet, at det ønsker at indtræde i klagesagen, er der ikke længere den fornødne retlige interesse i at få prøvet spørgsmålet, og ankenævnet afviser derfor klagen over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 15. september 2011.

5. SAGSSTATISTIK

Erhvervsankenævnet har i året 2013 modtaget 87 klagesager. Hertil kommer 44 sager fra tidligere år, som endnu ikke var afsluttede ved årets begyndelse. Af disse i alt 131 sager er der afsagt kendelse i 46 sager. 66 sager er afsluttet på anden måde, heraf 13 ved at den indklagede myndighed omgjorde sin afgørelse under styrelsens behandling i ankenævnet. 19 sager var fortsat under behandling ved årets udgang.

Af de 46 kendelser, der blev afsagt i 2013, var der i 37 tilfælde tale om en stadfæstelse af den påklagede afgørelse. I 6 kendelser ændrede/omgjorde ankenævnet den påklagede afgørelse og i 3 kendelser afviste nævnet klagen.

Oplysningerne for 2013 kan specificeres således:

Sagsstatistik 2013:

Uafsluttede sager pr. 1. januar 2013:	44
<u>Indkommet i året:</u>	<u>87</u>
<i>Til behandling i alt:</i>	<i>131</i>
Heraf:	
Afvist på grund af manglende gebyr:	46
Afvist af andre grunde:	3
Omgjort af indklagede:	13
<u>Tilbagekaldt af klager:</u>	<u>4</u>
<i>Afsluttet uden kendelse i alt:</i>	<i>66</i>
<u>Afgjort ved kendelse:</u>	<u>46</u>
<i>Afsluttet i alt:</i>	<i>112</i>
<i>Uafsluttede sager pr. 31. december 2013:</i>	<u>19</u>

Kendelsesstatistik 2013:

Ankenævnets kendelser fordeler sig således på de enkelte sagsområder:

Sagsområde	Stadfæstet	Ændret/ Hjemvist/ ophævet	Afvist	I alt
Pengeinstitutter	2	2	0	4
Livsforsikring/ forsikring/ pension	3	0	0	3
Anden finansiel virksomhed	8	0	1	9
Aktie- og an- partsselskaber	8	1	2	11
Fondsmægler- virksomhed	2	0	0	2
Forsikringsmæg- lervirksomhed	0	1	0	1
Årsrapport	8	0	0	8
Revisorer	5	0	0	5
Hvidvask	1	0	0	1
VVS	0	1	0	1
Rejsegarantifond	0	1	0	1
I alt	37	6	3	46

Bilag 1: Lovbekendtgørelse nr. 1374 af 10. december 2013 om Erhvervsankenævnet med senere ændringer

Herved bekendtgøres lov nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet med de ændringer, der følger af § 27 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, § 3 i lov nr. 1052 af 23. december 1998, § 2 i lov nr. 427 af 6. juni 2002 og § 67 i lov nr. 1231 af 18. december 2012.

§ 1. Erhvervsankenævnet er klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov. Endvidere er ankenævnet klageinstans for afgørelser truffet af Rejsegarantifonden, i det omfang det er fastsat ved lov om en rejsegarantifond, samt for afgørelser truffet af virksomheder, der udøver beføjelser på Fondsrådets vegne, i det omfang det er fastsat i lov om værdipapirhandel m.v.

Stk. 2. Ankenævnet er i sin virksomhed uafhængig af instrukser vedrørende den enkelte sags behandling og afgørelse.

Stk. 3. Ankenævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

§ 2. Ankenævnet består af en formand, et antal næstformænd og et antal sagkyndige medlemmer.

Stk. 2. Formandskabets og nævnets medlemmer beskikkes af erhvervs- og vækstministeren for en periode af 4 år. Formandskabets medlemmer skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Nævnets medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi og forsikringsmatematik.

§ 3. Ved afgørelsen af den enkelte sag deltager formanden eller næstformand og 2 eller i særlige tilfælde 4 sagkyndige medlemmer, der udpeges af formanden efter regler fastsat af erhvervs- og vækstministeren.

§ 4. Klager over de afgørelser, der træffes i medfør af § 1, stk. 1, skal indbringes for Erhvervsankenævnet.

Stk. 2. Sagsbehandlingen ved ankenævnet er skriftlig. Hvor særlige grunde taler derfor, kan formanden dog bestemme, at mundtlig forhandling skal finde sted.

§ 4 a. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte regler om, at skriftlig kommunikation til og fra Erhvervsankenævnet skal foregå digitalt.

Stk. 2. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte nærmere regler om digital kommunikation, herunder om anvendelse af bestemte it-systemer, særlige digitale formater og digital signatur el.lign.

Stk. 3. En digital meddelelse anses for at være kommet frem, når den er tilgængelig for adressaten for meddelelsen.

§ 4 b. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte regler om, at Erhvervsankenævnet kan udstede afgørelser og andre dokumenter uden underskrift, med maskinelt eller på tilsvarende måde gengivet underskrift eller under anvendelse af en teknik, der sikrer entydig identifikation af den, som har udstedt afgørelsen eller dokumentet. Sådanne afgørelser og dokumenter sidestilles med afgørelser og dokumenter med personlig underskrift.

Stk. 2. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte regler om, at afgørelser og andre dokumenter, der udelukkende er truffet eller udstedt på grundlag af elektronisk databehandling, kan udstedes alene med angivelse af Erhvervsankenævnet som afsender.

§ 4 c. Hvor det efter lovgivningen er krævet, at et dokument, som er udstedt af andre end Erhvervsankenævnet, skal være underskrevet, kan dette krav opfyldes ved anvendelse af en teknik, der sikrer entydig identifikation af den, som har udstedt dokumentet, jf. dog stk. 2. Sådanne dokumenter sidestilles med dokumenter med personlig underskrift.

Stk. 2. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte nærmere regler om fravigelse af underskriftskrav. Det kan herunder bestemmes, at krav om personlig underskrift ikke kan fraviges for visse typer af dokumenter.

§ 5. Ankenævnet kan tillade en tredjemand eller offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede styrelse.

§ 6. En klage har ikke opsættende virkning, medmindre dette er fastsat i anden lovgivning. Hvor særlige grunde taler derfor, kan ankenævnet dog bestemme, at en klage tillægges opsættende virkning.

§ 7. Erhvervs- og vækstministeren fastsætter nærmere regler for ankenævnets virksomhed, herunder regler om sagsbehandling og regler om, at klagerne skal betale et gebyr for at få behandlet en klage.

Stk. 2. Erhvervs- og vækstministeren kan bestemme, at Erhvervsankenævnet er klageinstans for administrative afgørelser truffet af færøske hjemmestyremyndigheder, hvis der indgås en aftale herom.

§ 8. Loven træder i kraft den 1. januar 1988.

Lov nr. 315 af 14. maj 1997 indeholder følgende bestemmelse om ikrafttræden:

§ 26. Loven træder i kraft den 1. juli 1997.

Stk. 2-5. (Udeladt)

Lov nr. 1052 af 23. december 1998 indeholder følgende bestemmelse om ikrafttræden:

§ 4

Loven træder i kraft den 1. januar 1999.

Lov nr. 427 af 6. juni 2002 indeholder følgende bestemmelse om ikrafttræden:

§ 3

Stk. 1. Loven træder i kraft den 1. juli 2002, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. § 1, nr. 13, 14, 16-18, 35 og 39, træder i kraft den 1. oktober 2002. Økonomi- og erhvervsministeren fastsætter tidspunktet for ikrafttrædelsen af § 1, nr. 5, 8-12, 19, 26, 30, 31, 33, 34, 37 og 38, samt § 2.¹⁾

Lov nr. 1231 af 18. december 2012 indeholder følgende bestemmelse om ikrafttræden:

§ 69

Stk. 1. Loven træder i kraft den 1. januar 2013.

Stk. 2. Administrative forskrifter, der er udstedt i medfør af de hidtidige bestemmelser, vedbliver at være i kraft, indtil de ændres eller ophæves.

Erhvervsstyrelsen, den 10. december 2013

P.M.V.

Betina Hagerup

/ Lars Bunch

¹⁾ Økonomi- og erhvervsministeren fastsatte i bekendtgørelse nr. 344 af 15. maj 2003 om ikrafttræden af lov om værdipapirhandel mv., at § 2 trådte i kraft den 1. juni 2003.

§ 135 i lov nr. 712 af 25. juni 2014 om Erhvervsdrivende fonde (ændring af lov om Erhvervsankenævnet)

§ 135. I lov om Erhvervsankenævnet, jf. lovbekendtgørelse nr. 1374 af 10. december 2013, foretages følgende ændring:

1. I § 2, *stk. 2, 3. pkt.*, indsættes efter »herunder«: »fondsretlige forhold,«.

Bilag 2: Bemærkningerne til det oprindelige lovforslag om Erhvervsankenævnet fra 1987

Fremsat den 18. november 1987 af industriministeren
(Nils Wilhjelm)

§ 1. Industriministeriets Erhvervsankenævn er klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov.
Stk. 2. Ankenævnet er i sin virksomhed uafhængig af instrukser vedrørende den enkelte sags behandling og afgørelse.

Stk. 3. Ankenævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

§ 2. Ankenævnet består af en formand, et antal næstformænd og et antal sagkyndige medlemmer.
Stk. 2. Formandskabets og nævnets medlemmer beskikkes af industriministeren for en periode af 4 år. Formandskabets medlemmer skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Nævnets medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedets forhold, nationaløkonomi og forsikringsmatematik.

§ 3. Ved afgørelsen af den enkelte sag deltager formanden eller næstformand, og 2 eller i særlige tilfælde 4 sagkyndige medlemmer, der udpeges af formanden efter regler fastsat af industriministeren.

§ 4. Klager over de afgørelser, der træffes i medfør af § 1, stk. 1, skal indbringes for Industriministeriets Erhvervsankenævn.

Stk. 2. Sagsbehandlingen ved ankenævnet er skriftlig. Hvor særlige grunde taler derfor, kan formanden dog bestemme, at mundtlig forhandling skal finde sted.

§ 5. Ankenævnet kan tillade en tredjemand eller offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede styrelse.

§ 6. En klage har ikke opsættende virkning, med mindre dette er fastsat i anden lovgivning. Hvor særlige grunde taler derfor, kan ankenævnet dog bestemme, at en klage tillægges opsættende virkning.

§ 7. Industriministeren fastsætter nærmere regler for ankenævnets virksomhed, herunder regler om sagsbehandling og regler om, at klagerne skal betale et gebyr for at få behandlet en klage.

§ 8. Loven træder i kraft den 1. januar 1988.

BEMÆRKNINGER TIL LOVFORSLAGET

Almindelige bemærkninger

1. Forslaget har til formål at oprette Industriministeriets Erhvervsankenævn.

For Industriministeriets vedkommende er adgangen til at rekurere afgørelser i vidt omfang afskaffet, enten ved oprettelse af ankenævn, ved indførelse af en rådsorganisation med endelige afgørelser eller ved at gøre institutionernes afgørelser administrativt endelige. Dette er et led i en almindelig udvikling siden begyndelsen af 70-erne, hvor det blev anerkendt, at departementer ikke bør beskæftige sig med konkret sagsbehandling, hverken som førstestans eller som ankeinstans.

I dag er der således på mange centrale lovgivningsområder under Industriministeriet oprettet ankenævn. Her skal peges på Monopolankenævnet, Patentankenævnet, Butikstidsankenævnet og Besætningsnævnet.

2. For borgere er klagebehandlingen ved ankenævn fremfor rekurs til ministeren mere betryggende under hensyn til ankenævnets uafhængige stilling og sammensætning. For centraladministrationen vindes der typisk ikke værdifuld indsigt i sagsområdet eller effektive styringsmuligheder ved rekursbehandling. Styring gennem tilfældig ankesagsbehandling er ikke hensigtsmæssig.

3. Under Industriministeriet findes der stadig væsentlige områder, hvor adgangen til ved rekurs at indbringe institutionernes afgørelser for departementet er uændret. Det er i særlig grad tilfældet for de institutioner, som administrerer selskabs- og kapitalmarkedetslovgivningen, dvs. Aktieselskabs-Registeret, Bank- og Sparekassetilsynet samt i et vist omfang Forsikringstilsynet. Erhvervsankenævnets oprettelse er et led i Industriministeriets strukturomlægning, der bl.a. medfører, at Aktieselskabs-Registeret omdannes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og Forsikringstilsynet og Tilsynet med Banker og Sparekasser sammenføres i Finanstilsynet.

Lovforslaget har til formål primært at lade Erhvervsankenævnet være klageinstans for den lovgivning, der administreres af ovennævnte styrelser.

De sager, der for tiden bliver tale om at kunne indbringes for ankenævnet, er afgørelser efter lov om aktieselskaber, lov om anpartsselskaber, lov om visse selskabers aflæggelse af årsregskab m.v., lov om banker og sparekasser m.v., lov om visse kreditinstitutter, lov om visse spare- og udlånsvirksomheder m.v., lov om investeringsforeninger, lov om Københavns Fondsbørs, lov om en værdipapircentral, lov om realkreditlignende lån og andelsboliglån m.v., lov om forsikringsvirksomhed og lov om tilsyn med pensionskasser.

Herved opnås, at ankenævnet bliver kompetent i alle sammenlignelige sager, hvor et fælles ankenævnets behandling kan sikre ensartethed i praksis.

Samtidig med oprettelsen af Erhvervsankenævnet nedlægges Forsikringsnævnet. Forsikringsnævnet har bl.a. behandlet klager over afgørelser efter bestemmelser i lov om forsikringsvirksomhed, der antages at være af særlig indgribende karakter eller af kompliceret art.

4. Forslaget har under udarbejdelsen været forelagt følgende til udtalelse: Industrirådet, LO, Dansk Arbejdsgiverforening, Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, Den danske Bankforening, Danmarks Sparekasseforening, Danske Investeringsforeningers Fællesrepræsentation, Foreningen af Fondsbørsvekslerere, Foreningen af Firma-Pensionskasser, Pensionskasserådet, Assurandør-Societetet, FDB, Butikshandelens Fællesråd, Dansk Organisation for Detailhandelskæder, Det Danske Handelskammer og Håndværksrådet.

5. Forslaget forventes ikke at medføre øget personaleforbrug for staten. Forslaget vil medføre, at der skal ske en særskilt vederlæggelse til nævnsmedlemmer. Det er ikke muligt at angive udgifterne, som vil blive afholdt inden for ministeriets rammer.

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

Til § 1

Ved oprettelse af Industriministeriets Erhvervsankenævns navn er det tillagt afgørende vægt, at nævnet er uafhængigt af de øvrige administrative myndigheder, og at det både repræsenterer og råder over den fornødne sagkundskab.

Nævnets status som en selvstændig og uafhængig myndighed er fastslået i stk. 2, hvor det er foreskrevet, at det ikke kan modtage instruktioner om, hvorledes den enkelte sag skal afgøres. Ved stk. 3 fastslås det, at Erhvervsankenævnet er øverste administrative myndighed med hensyn til de sager, der kan indbringes for nævnet. Nævnet er dog som andre administrative myndigheder undergivet ombudsmandens kontrol. Nævnets afgørelser er undergivet den almindelige domstolskontrol.

Til § 2

Efter forslaget forestås nævnets virksomhed af et formandsskab samt et antal sagkyndige medlemmer. Som det fremgår af de almindelige bemærkninger, er det tanken, at nævnet skal behandle afgørelser, der træffes af Finanstilsynet i henhold til pengeinstituttovgivningen m.v. og forsikringslovgivningen og af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for så vidt angår selskabslovgivningen. Nævnets opgave er at behandle sager og træffe afgørelser efter en juridisk og fagmæssig bedømmelse af sagens omstændigheder. Ankenævnets opgave er således at behandle såvel de retlige som de hermed forbundne skønsmæssige forhold i de berørte styrelsers afgørelser. Afgrænsningen af de spørgsmål, der kan indbringes for ankenævnet, er foretaget i de pågældende love. Nævnet består af et formandsskab, der skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Lovteksten åbner mulighed for udpegning af såvel en formand som eventuelle næstformænd, ligesom man har undladt i lovteksten at tage stilling til, hvor mange sagkyndige der skal udpeges. Det skyldes usikkerhed om, hvor mange sager der indbringes for nævnet. Opmærksomheden skal dog henledes på § 3, hvor det fastslås, at der ved afgørelsen af hver enkelt sag mindst deltager formanden og 2 sagkyndige.

Nævnet skal desuden bestå af uvildige sagkyndige, der har en speciel sagkundskab på de områder, hvor nævnet får tillagt kompetencen til at behandle klagesager. Der agtes udpeget personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi samt forsikringsmatematik.

Til § 3

Det foreslås, at formanden og 2 sagkyndige deltager ved afgørelsen af den enkelte sag. Der fastslås, at industriministeren fastsætter retningslinier for udvælgelse af nævnsmedlemmer. Baggrunden herfor er, som det også fremgår af bemærkningerne til § 2, at der er tale om indbringelse af vidt forskellige sagstyper, hvor forskellig ekspertise er fornøden.

Der er mulighed for at bestemme, at 4 medlemmer deltager ved en sags behandling. Det vil f.eks. være tilfældet, hvor der er tale om en sag af kompliceret art, hvor det er påkrævet med flere sagkyndiges vurdering.

Til § 4

Det fastslås som hovedregel, at sagsbehandlingen under nævnsbehandlingen er skriftlig. Klageren vil naturligvis have krav på at blive gjort bekendt med sagens akter. Klageren og den myndighed, hvis afgørelse indklages, har adgang til efter begæring at møde for nævnet, medmindre nævnet skønner denne ret overflødig.

Til § 5

Der gives tredjemænd og offentlige myndigheder mulighed for at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede myndighed, såfremt de har retlig interesse i udfaldet af en for ankenævnet verserende sag. Afgørelsen af, hvorvidt der foreligger en retlig interesse, træffes i første instans af ankenævnet. Ankenævnets afgørelse herom er underkastet domstolsprøvelse.

Til § 6

Som hovedregel har klager ikke opsættende virkning. Der er dog tillagt ankenævnet en mulighed for at bestemme, at klagen skal have opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.

Til § 7

Ministeren vil i medfør af denne bestemmelse udarbejde en række detailregler, som man ikke har fundet nødvendigt at optage i selve lovteksten.

Bilag 3: Bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet med senere ændringer.

Bekendtgørelse om Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn

I medfør af §§ 3 og 7 i lov nr. 858 af 23. december 1987 om

Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn fastsættes:

Kapitel 1

Erhvervsankenævnets kompetence og organisation

§ 1. Erhvervsankenævnet behandler klager over afgørelser, der er truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Finanstilsynet, Forbrugerstyrelsen eller af den færøske registreringsmyndighed, i det omfang det er fastsat i

- 1) lov om aktieselskaber,
- 2) lov om anpartsselskaber,
- 3) lov om erhvervsdrivende fonde,
- 4) lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v.,
- 5) lov om erhvervsdrivende virksomheder,
- 6) lov om banker og sparekasser m.v.,
- 7) lov om visse kreditinstitutter,
- 8) lov om visse spare- og udlånsvirksomheder m.v.
- 9) lov om investeringsforeninger,
- 10) lov om Københavns Fondsbørs,
- 11) lov om en værdipapircentral,
- 12) lov om forsikringsvirksomhed,
- 13) lov om tilsyn med firmapensionskasser,
- 14) lov om Lønmodtagernes Dyrtidsfond,

- 15) lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension
- 16) lov om administration af Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs forordninger om indførelse af europæiske økonomiske firmagrupper,
- 17) realkreditlov,
- 18) lov om mærkning og skiltning med pris m.v.,
- 19) lov om prospekter,
- 20) lov om markedsføring,
- 21) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om aktieselskaber,
- 22) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om anpartsselskaber,
- 23) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om erhvervsdrivende fonde,
- 24) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v.,
- 25) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om banker og sparekasser m.v. og
- 26) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om visse kreditinstitutter.

Stk. 2. Ankenævnet kan i øvrigt behandle klager over afgørelser, hvor der ved lov eller i henhold til lov er fastsat bestemmelse om klageadgang til nævnet.

§ 2. Ankenævnet består af en formand, en eller flere næstformænd og et antal sagkyndige, der beskikkes for en periode af 4 år.

Stk. 2. Personer, der er fyldt 65 år, kan ikke beskikkes som medlemmer af nævnet.

Stk. 3. Formandskabets og nævnets øvrige medlemmer kan genbeskikkes.

§ 3. Formanden tilrettelægger ankenævnets arbejde, herunder arbejdet i dets sekretariat. Formanden drager omsorg for indkaldelse til møder, leder møder og sørger for, at arbejdet udføres på en hensigtsmæssig måde.

Stk. 2. Formanden kan bemyndige en næstformand til at træde i sit sted, når formanden er forhindret.

Stk. 3. Formanden bestemmer om, og i bekræftende fald på hvilken måde nævnets afgørelser skal offentliggøres.

§ 4. Ved behandlingen og afgørelsen af en sag medvirker formanden eller en næstformand og 2 eller 4 sagkyndige.

Stk. 2. Fordelingen af de enkelte sager mellem formanden og næstformænd bestemmes af formanden i samråd med næstformændene.

Stk. 3. I sager, der efter stk. 2 er fordelt til en næstformand, varetager denne de beføjelser, der efter bekendtgørelsen er henlagt til formanden.

§ 5. Formanden udpeger under hensyn til den enkelte sags beskaffenhed de sagkyndige, der skal deltage i sagens behandling og afgørelse, og bestemmer, om 2 eller 4 sagkyndige skal medvirke.

Stk. 2. Forudsætter afgørelsen kendskab til kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik eller forbrugerforhold, skal mindst en af de medvirkende sagkyndige udpeges blandt de sagkyndige, der har særligt kendskab til området.

§ 6. Ankenævnets arbejdsprog er dansk.

Kapitel 2

Sagens forberedelse

§ 7. Klage indgives skriftligt til Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn, sekretariatet, Kampmannsgade 1, 1780 København V.

Stk. 2. Med klagen skal følge et gebyr på 4.000 kr. Ved klager over forhold, der ikke har forbindelse med klagerens aktuelle eller fremtidige erhvervsudøvelse, er gebyret 2.000 kr. Medfølger gebyret ikke, og betales dette ikke inden en af formanden fastsat frist, afvises klagen.

Stk. 3. Ved klage over afslag på begæring om aktindsigt opkræves ikke gebyr.

§ 8. Ankenævnet eller formanden på dets vegne kan afvise klager, der ikke er omfattet af nævnets kompetence, er indgivet for sent, eller som er indgivet af en, som ikke er klageberettiget.

Stk. 2. Afvises en klage, tilbagebetales gebyret.

§ 9. En klage har ikke opsættende virkning, medmindre dette er fastsat i anden lovgivning. Hvor særlige grunde taler derfor, kan ankenævnet eller formanden på dets vegne dog bestemme, at en klage tillægges opsættende virkning.

§ 10. Ankenævnet eller formanden på dets vegne kan tillade en tredjemand eller en offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede myndighed.

Stk. 2. Formanden kan bestemme, at en tredjemand eller en offentlig myndighed underrettes om en sag, der er indbragt for nævnet, således at der gives den pågældende mulighed for at anmode om tilladelse til at indtræde efter stk. 1.

§ 11. Klagen forelægges for den indklagede myndighed, der tilbagesender klagen med en udtalelse og en redegørelse for sagens faktiske og retlige omstændigheder samt sagens dokumenter.

Stk. 2. Ankenævnet eller formanden på dets vegne kan anmode klageren eller tredjemand, der er indtrådt i sagen efter § 10, om at tilvejebringe oplysninger, der skønnes at have betydning for

sagens bedømmelse. Fremkommer sådanne oplysninger ikke inden en fastsat frist, kan nævnet tillægge dette virkning til skade for den pågældende.

Stk. 3. Nævnet eller formanden på dets vegne kan i øvrigt indhente oplysninger, hvor det skønnes hensigtsmæssigt.

§ 12. Klageren eller den, der er indtrådt i sagen efter § 10, skal gøres bekendt med den redegørelse, der er nævnt i § 11, stk. 1, og med det materiale, der i øvrigt er fremkommet i sagen, medmindre adgangen til aktindsigt er begrænset i anden lovgivning. De pågældende skal have lejlighed til at afgive en udtalelse.

Stk. 2. Formanden kan bestemme, at der skal udveksles yderligere skriftlige indlæg og træffer bestemmelse om afslutning af den skriftlige forberedelse. Formanden kan bestemme, at den skriftlige forberedelse skal genoptages og formen herfor.

Kapitel 3

Sagens afgørelse

§ 13. I sager, der behandles skriftligt, træffer ankenævnet afgørelse på grundlag af skriftlig voting, eventuelt i et møde. Formanden træffer bestemmelse herom.

§ 14. Formanden kan bestemme, at en sag skal forhandles mundtligt.

Stk. 2. Er der truffet bestemmelse om mundtlig forhandling, underrettes klageren, den indklagede myndighed og den, der er indtrådt i sagen efter § 10, om tid og sted for den mundtlige forhandling.

Stk. 3. De i stk. 2 nævnte er berettigede til at møde sammen med eller ved advokat, revisor eller anden kyndig repræsentant, der har fuldmagt til at give møde. Formanden kan, hvis sagen efter sit indhold gør det ønskeligt, henstille, at der gives møde ved en repræsentant.

Stk. 4. Formanden bestemmer formen for den mundtlige forhandling, herunder i hvilken rækkefølge de mødende skal have ordet, og hvornår forhandlingerne er afsluttet.

Stk. 5. Offentligheden eller andre end de, der er nævnt i stk. 3, har ikke adgang til den mundtlige forhandling, medmindre der blandt de mødende er enighed om det, og formanden efter forhandling med nævnets medlemmer tillader det.

§ 15. Ankenævnets afgørelser træffes ved almindeligt stemmeflertal.

Stk. 2. Er afgørelsen ikke truffet i enighed, skal afgørelsen indeholde mindretallets opfattelse.

Stk. 3. Afgørelsen skal begrundes og tilstilles klageren, den indklagede myndighed og den, der er indtrådt i sagen.

Stk. 4. Gives der klageren helt eller delvis medhold i den indbragte klage, eller ændrer den indklagede myndighed sin afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand, kan nævnet eller formanden på dets vegne træffe bestemmelse om hel eller delvis tilbagebetaling af det indbetalte gebyr.

§ 16. Bekendtgørelsen træder i kraft den 15. januar 1995.

Stk. 2. Bekendtgørelse nr. 885 af 30. oktober 1992 om Industriministeriets Erhvervsankenævn ophæves.

Erhvervsministeriet, den 18. december 1994

Mimi Jakobsen

/ Gitte Klint Axelsen

Bekendtgørelse nr. 226 af 10. marts 2010

§ 1

I bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn foretages følgende ændring:

1. § 2, *stk. 2*, ophæves.

§ 2

Bekendtgørelsen træder i kraft den 15. marts 2010

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, den 10. marts 2010

Ole Blöndal

/ Mette Toftdal Grolleman

Bekendtgørelse nr. 1269 af 7. november 2013

§ 1

I bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn, som ændret ved bekendtgørelse nr. 226 af 10. marts 2010, foretages følgende ændringer:

1. Bekendtgørelsens *titel* affattes således:

»Bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet«.

2. *Indledningen* affattes således:

»I medfør af §§ 3 og 7 i lov nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet, som ændret ved lov nr. 315 af 14. maj 1997, fastsættes:«

3. § 7, stk. 1, affattes således:

»Klage indgives skriftligt via e-mail til adressen ean@erst.dk eller pr. post til Erhvervsankenævnets sekretariat, Dahlerups Pakhus, Langelinie Allé 17, 2100 København Ø.«

§ 2

Bekendtgørelsen træder i kraft den 15. november 2013.

Erhvervsstyrelsen, den 7. november 2013

P.M.V.

Betina Hagerup

/ Lars Bunch

Bilag 4: Fortegnelse over love og anordninger omfattet af Erhvervsankenævnets kompetence.

Lov om finansiel virksomhed

(lovbekendtgørelse nr. 948 af 2. juli 2013 med senere ændringer).

Lov om finansiel stabilitet

(lovbekendtgørelse nr. 875 af 15. september 2009 med senere ændringer).

Lov om investeringsforeninger m.v.

(lov nr. 597 af 12. juni 2013).

Lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.

(lov nr. 598 af 12. juni 2013).

Lov om værdipapirhandel m.v.

(lovbekendtgørelse nr. 227 af 11. marts 2014).

Lov om garantifond for indskydere og investorer

(lovbekendtgørelse nr. 133 af 22. februar 2011 med senere ændringer).

Lov om pantebrevsselskaber

(lov nr. 697 af 25. juni 2010 med senere ændringer).

Lov om forsikringsformidling

(lovbekendtgørelse nr. 1065 af 22. august 2013).

Lov om tilsyn med firmapensionskasser

(lovbekendtgørelse nr. 1561 af 19. december 2007 med senere ændringer).

Lov om betalingstjenester og elektroniske penge

(lov nr. 365 af 26. april 2011 med senere ændringer).

Lov om finansielle rådgivere

(lov nr. 599 af 12. juni 2013).

Lov om et skibsfinansieringsinstitut
(lovbekendtgørelse nr. 886 af 8. august 2011).

Lov om Lønmodtagernes Dyrtidsfond
(lovbekendtgørelse nr. 1156 af 3. oktober 2007 med senere ændringer).

Lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension
(lovbekendtgørelse nr. 942 af 2. oktober 2009 med senere ændringer).

Lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v.
(lovbekendtgørelse nr. 1261 af 15. november 2010 med senere ændringer).

Lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de
erhvervstilknyttede sikringsordninger
(lovbekendtgørelse nr. 775 af 29. august 2001 med senere ændringer).

Lov om arbejdsskadessikring
(lovbekendtgørelse nr. 848 af 7. september 2009 med senere ændringer).

Lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og
finansiering af terrorisme
(lovbekendtgørelse nr. 1022 af 13. august 2013 med senere ændringer).

Lov om fremgangsmåden ved anmeldelse m.v. af visse oplysninger
hos Erhvervsstyrelsen
(lovbekendtgørelse nr. 1204 af 14. oktober 2013).

Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)
(lovbekendtgørelse nr. 322 af 11. april 2011 med senere ændringer).

Anordning af ikrafttræden for Grønland af lov om aktieselskaber
(anordning nr. 620 af 23. juni 2008).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om anpartsselskaber
(anordning nr. 619 af 23. juni 2008).

Lov om erhvervsdrivende fonde

(lovbekendtgørelse nr. 560 af 19. maj 2010 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om erhvervsdrivende fonde

(anordning nr. 621 af 23. juni 2008).

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder

(lovbekendtgørelse nr. 1295 af 15. november 2013 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder

(anordning nr. 622 af 23. juni 2008).

Lov om det europæiske selskab (SE-loven)

(lov nr. 654 af 15. juni 2006 med senere ændringer).

Lov om administration af Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs forordninger om indførelse af europæiske økonomiske firmagrupper

(lovbekendtgørelse nr. 281 af 17. april 1997 med senere ændringer).

Lov om det europæiske andelsselskab (SCE-loven)

(lovbekendtgørelse nr. 454 af 22. maj 2006 med senere ændringer).

Lov om administration af forordning om oprettelse af en europæisk gruppe for territorielt samarbejde (EGTS)

(lov nr. 309 af 30. april 2008).

Årsregnskabsloven.

(lovbekendtgørelse nr. 1253 af 1. november 2013 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af årsregnskabsloven

(anordning nr. 625 af 23. juni 2008).

Bogføringslov

(lovbekendtgørelse nr. 648 af 15. juni 2006 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af bogføringslov
(anordning nr. 624 af 23. juni 2008).

Lov om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven)
(lov nr. 468 af 17. juni 2008 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om
statsautoriserede og registrerede revisorer
(anordning nr. 623 af 23. juni 2008).

Lov om translatører og tolke
(lovbekendtgørelse nr. 181 af 25. marts 1988 med senere ændringer).

Lov om dispachører
(lovbekendtgørelse nr. 184 af 25. marts 1988 med senere ændringer).

Lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder
(lovbekendtgørelse nr. 1205 af 14. oktober 2013).

Lov om omsætning af fast ejendom
(lovbekendtgørelse nr. 1717 af 16. december 2010 med senere ændringer).

Lov om en rejsegarantifond
(lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009).

Lov om fyrværkeri og andre pyrotekniske artikler
(lovbekendtgørelse nr. 363 af 9. april 2013).

Lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse
med vand- og afløbsledninger
(lovbekendtgørelse nr. 988 af 8. december 2003 med senere ændringer).

Lov om autorisation af virksomheder på el-, vvs og kloakinstallationsområdet
(lov nr. 401 af 28. april 2014 – træder i kraft den 2. juni 2014).

Lov om elforsyning

(lovbekendtgørelse nr. 279 af 21. marts 2012 med senere ændringer).

(Pr. april 2014)